

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

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

Número 74 - Julho/Agosto - 2008

R. TRF 5ª Região, nº 74, p. 1 - 318, Julho/Agosto - 2008

**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

ANGELA RAPOSO GONÇALVES DE MELO LARRÉ
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

Bimestral, a partir do volume nº 73.

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

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

CDU 34(05)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Desembargador Federal

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

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

Desembargador Federal
VLADIMIR SOUZA CARVALHO - 27.02.08

Desembargador Federal
ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA - 05.05.08

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 LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Presidente
Desembargador Federal MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Desembargador Federal ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA

TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)

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

QUARTA TURMA (terças-feiras)

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

SUMÁRIO

I - Jurisprudência	13
II - Índice Sistemático	307
III - Índice Analítico	311

JURISPRUDÊNCIA

**AGRAVO REGIMENTAL NA
SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 3.799-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Requerente: BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN
Requerido: JUÍZO DA 12ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Parte Autora: VANIA LUCIA VIEIRA MACEDO E OUTROS
Agravante: VANIA LUCIA VIEIRA MACEDO
Repte.: PROCURADOR REGIONAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL
Adv./Proc.: DR. ADOLFO PAIVA MOURY FERNANDES (PARTE A)

EMENTA: AGRAVO INOMINADO. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE EXTRA-TO ANALÍTICO PELO BACEN. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO INOMINADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

- Inferre-se dos §§ 1º e 9º do art. 4º da Lei nº 8.437/92 que o incidente de suspensão de segurança tem o seu campo de atuação restrito aos processos que ainda não transitaram em julgado. Ultrapassado este momento, deve a parte que se sentir prejudicada utilizar outros mecanismos processuais existentes para estancar a suposta violação sofrida pela ordem jurídica.

- A responsabilidade quanto à manutenção dos cadastros de ativos financeiros não pertenciam ao BACEN, mas, sim, às instituições financeiras, nos termos dos parâmetros objetivos estabelecidos pelo § 1º do art. 9º da Lei 8.024/90. A competência do primeiro se restringia ao aspecto ligado à fiscalização destes últimos, o que, por evidência, não os coloca na mesma condição jurídica.

- Agravo inominado 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, 18 de junho de 2008 (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 inominado manejado por Vania Lucia Vieira Macedo e outros objetivando, alternativamente, que a Presidência desta Corte se utilize do juízo de retratação em relação à decisão proferida às fls. 56/57, restaurando-se os efeitos jurídicos da liminar concedida pelo juiz *a quo* ou, entendendo de forma diversa, que seja recebida a presente na figura de agravo regimental, com vistas à reforma da decisão vergastada.

Assevera, em apertada síntese, que o Banco Central não teria demonstrado que a concessão da liminar concedida pelo MM. Juiz da 12ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, nos autos da Execução de Sentença nº 95.0005690-9, teria provocado grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, nos termos do art. 4º da Lei nº 8.437/92. Afirma, também, que não caberia o ajuizamento do incidente de suspensão de segurança em sede de execução de sentença.

Às contra-razões, o Banco Central historia que a decisão transitada em julgado, que motivou a execução de sentença nº 95.0005690-9, teria acolhido a ilegitimidade passiva *ad causam* do BACEN, em relação ao índice de 42,72%, pertinente ao mês de janeiro/89, bem como julgado improcedente a ação no que toca ao IPC de abril/90, condenando, apenas, os réus remanescentes (Cai-

xa Econômica Federal, Banco do Brasil, Banco Banorte, Banco Bradesco e o Banco Bilbao Viscaya) ao pagamento do índice de 42,72% referente ao IPC de janeiro/89. Aduz, ainda, que o MM. juiz da execução teria determinado ao Banco Central e à Caixa Econômica Federal que apresentassem, no prazo improrrogável de 20 (vinte) dias, os extratos analíticos dos autores Vania Lúcia Vieira Macêdo, Antônio Martins Mendes, Josué Nogueira dos Santos, Maria da Conceição L'amour Nascimento e Aluisio Roberto Andrade Macêdo. Alega que a referida determinação judicial estaria violando a ordem pública, uma vez que o acórdão transitado em julgado, que aparelhou a execução em questão, teria excluído o BACEN da lide, remanescendo a pretensão executória em relação ao IPC de janeiro de 1989, apenas, contra a Caixa Econômica Federal. Suscita, também, que a decisão em comento igualmente estaria violando a ordem pública, na medida em que somente as instituições financeiras foram obrigadas a manter cadastro dos ativos financeiros bloqueados, por força do disposto no § 1º do art. 9º da lei nº 8.024/90. Obtempera que o incidente de suspensão de segurança seria a medida adequada contra a decisão proferida nos autos de uma execução de sentença, uma vez existentes os requisitos legais para tanto, visto que *“às tutelas concedidas contra a Fazenda Pública se aplica as mesmas regras atinentes ao demais provimentos de urgência, com amparo no art. 1º da Lei nº 9.404, de 10 de setembro de 1997”*.

O Ministério Público Federal, com vistas, ofereceu parecer opinando, preliminarmente, pela extinção do incidente, sem julgamento do mérito, ao fundamento de que não caberia pedido de suspensão em sede de execução de sentença, com base no § 9º do art. 4º da Lei nº 8.437/92. Adentrando o mérito, pugnou pelo não provimento do referido recurso, visto que, no seu entendimento, a decisão proferida pelo Juiz *a quo* estaria ofendendo a ordem pública, na sua expressão ordem administrativa, porquanto, segundo o *Parquet*, manter tal decisão *“significaria respaldar o caos administrativo no seio dessa autarquia federal, dada a insegurança em fazer cumprir uma decisão sobre a qual não tem mesmo poder decisional”*.

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO (Relator):

Trata-se de agravo inominado interposto por Vania Lucia Macêdo e outros frente à decisão proferida por esta Presidência, a qual teria deferido o pedido de suspensão de segurança.

Os agravantes sustentam, preliminarmente, que o disposto no § 1º do art. 4º da Lei nº 8.437/92 não teria autorizado o ajuizamento do incidente de suspensão de segurança em sede de execução de sentença.

O Ministério Público, por sua vez, também encampou a tese defendida pelos agravantes, argumentando que, nos termos do art. 4º, § 9º, do diploma legal referido, *“não tem sentido se trabalhar com a ultratividade da suspensão da decisão ‘até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal’, e admitir, quando já ultrapassada essa fase, a possibilidade mesmo de manejo desse incidente processual”*.

Por oportuno, trago a lume o disposto nos artigos do diploma legal retro-citado a que se referem os agravantes e o *Parquet*:

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

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

(...)

§ 9º A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal **vigora até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal**. (Negritos não constam no original)

Realmente, infere-se, do dispositivo legal supra-transcrito, que o incidente de suspensão de segurança tem o seu campo de atuação restrito aos processos que ainda não transitaram em julgado. Ultrapassado este momento, deve a parte que se sentir prejudicada utilizar outros mecanismos processuais existentes para estancar a suposta violação sofrida pela ordem jurídica.

Demais disso, é princípio de hermenêutica que o sentido e o alcance das **normas restritivas** devam ser interpretados com temperamento, sem sobressalto, não cabendo, na espécie, aplicação extensiva, sob pena de flagrante violação aos direitos individuais.

Nesse sentido, no escopo de manter unidade e coerência ao sistema jurídico vigente, cumpre assinalar que não se pode emprestar ao incidente de suspensão de segurança, que já é uma medida de natureza **excepcional e restritiva de direito** conferida ao poder público, a elasticidade pretendida pelo Banco Central do Brasil.

A respeito do tema em debate, trago à baila lapidar ensinamento sobre a ausência da possibilidade jurídica do pedido vaticinado por Moniz de Aragão:¹ *“A possibilidade jurídica, portanto, não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável”*.

Com efeito, à luz de uma interpretação sistemática dos §§ 1º e 9º do art. 4º da Lei nº 8.437/92, verifica-se, na espécie, inequívoca mácula à condição da ação, no que tange à falta de **possibilidade jurídica do pedido**, como ressaltou o representante do *Parquet*.

Sob essa perspectiva, dou provimento ao agravo inominado para, conhecendo da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, julgar pela extinção do feito, sem resolução do mérito.

É como voto.

¹ Citado por Fredie Didier Jr. na obra *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, 7ª edição, 2007, p. 164/165.

VOTO MÉRITO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO (Relator):

Cinge-se o mérito do agravo inominado em apreço sobre a possível violação à ordem pública provocada pela determinação do juiz *a quo*, dirigida ao Banco Central do Brasil, no sentido de fornecer os extratos analíticos, referentes ao IPC de janeiro de 1989, dos autores que encabeçam os autos da execução de sentença nº 95.0005690-9.

A análise do incidente de suspensão de segurança deve ser feita dentro de um restrito limite de profundidade no mérito da ação principal, no sentido de averiguar, no seu estreito contorno de cognição, a coexistência de dois pressupostos autorizadores desta medida de contracautela, quais sejam, “um mínimo de plausibilidade jurídica” na tese sustentada pela parte legitimamente interessada e uma grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

A par disso, no que tange à plausibilidade jurídica, importa considerar que o BACEN estaria acobertado pelo manto da coisa julgada, visto que o acórdão transitado em julgado, que aparelhou a Execução de Sentença nº 95.0005690-9, o teria excluído da responsabilidade em relação às ações que versavam sobre remuneração das cadernetas de poupança no período de **janeiro de 1989**, remanescendo à CEF a responsabilidade no que toca ao índice de 44,80% referente ao período de abril de 1990 (v.fl.s.27/33).

Ademais, a responsabilidade quanto à manutenção dos cadastros de ativos financeiros não pertencia ao BACEN, mas, sim, às instituições financeiras, nos termos dos parâmetros objetivos estabelecidos pelo § 1º do art. 9º da lei 8.024/90. A competência do primeiro se restringia ao aspecto ligado à fiscalização destes últimos, o que, por evidência, não os coloca na mesma condição jurídica.

Confira-se, por oportuno, o que dispõe a legislação em apreço. *In verbis*:

Art. 9º. Serão transferidos ao Banco Central do Brasil os saldos em cruzados novos não convertidos na forma dos

arts. 5º, 6º e 7º, que serão mantidos em contas individualizadas em nome da instituição financeira depositante.

§1º. As instituições financeiras deverão manter cadastro dos ativos financeiros denominados em cruzados novos, individualizados em nome do titular de cada operação, o qual deverá ser exibido à fiscalização do Banco Central do Brasil, sempre que exigido.

No que toca à violação aos interesses protegidos pela Lei nº 8.437/92, especificamente à 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* estaria malferindo a ordem pública, na sua expressão ordem administrativa, na medida em que tal *decisum* implica em determinação inviável para o BACEN, em virtude das razões acima esmiuçadas, ensejando, inclusive, complicações na órbita civil e criminal ao servidor que descumpriu a citada determinação.

Por todas essas razões, quanto ao mérito, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 3.845-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO
Agravante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - DPU
Agravada: FAZENDA NACIONAL
Requerente: FAZENDA NACIONAL
Requerida: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA: PROCESSO CIVIL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. AGRAVO INOMINADO. TEMPESTIVIDADE. DEFENSORIA PÚBLICA. PRAZO EM DOBRO. CESSÃO DE CRÉDITOS RURAIS À UNIÃO POR FORÇA DE MEDIDA PROVISÓRIA. CERTIDÕES DE DÍVIDAS ATIVAS SUSTADAS. EXECUÇÕES FISCAIS SUSPENSAS. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E DE CERTEZA E DE LIQUIDEZ DAS DÍVIDAS INSCRITAS. PRESUNÇÃO NÃO ILIDIDA. APARÊNCIA DE BOM DIREITO DA FAZENDA NACIONAL. RECEBIMENTO DOS CRÉDITOS POSTERGADO. RISCO DE GRAVE LESÃO À ECONOMIA E À ORDEM PÚBLICAS. AGRAVO INOMINADO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

- Agravo inominado interposto de decisão da Presidência do Tribunal nos autos de pedido de suspensão de liminar. Recurso sob a égide da Lei nº 8.437/1992, que estipula o prazo de 5 (cinco) dias para interposição do agravo (parágrafo 3º do art. 4º com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001).***
- Defensores Públicos. Prerrogativa de prazo em dobro para recorrer. Lei Complementar nº 80/1994, art. 44, I.***
- Ciência do recurso aos 18/09/2007. Agravo inominado interposto aos 27/09/2007, portanto, dentro do prazo duplicado. Agravo tempestivo.***
- Certidões de dívida ativa. Presunção de legali-***

dade dos atos administrativos e de certeza e de liquidez da dívida regularmente inscrita não ilidida.

- Alegação de inconstitucionalidade de medida provisória que teria embasado as certidões de dívida ativa questionadas não é suficiente para desfazer a mencionada presunção, até porque não prescinde de decisão do órgão máximo de controle de legalidade, que é o Supremo Tribunal Federal. Aparência de bom direito da Fazenda Nacional.

- Recebimento dos créditos postergado. Risco de grave lesão à ordem e à economia públicas.

- Agravo inominado ao qual se nega provimento.

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 unanimidade, negar provimento ao agravo inominado, nos termos do voto do Relator e do que consta nas notas taquigráficas que ficam integrando este julgado.

Recife, 11 de junho de 2008 (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 inominado interposto pela Defensoria Pública da União visando modificar a decisão desta Presidência que, atendendo ao pedido da União (Fazenda Nacional), deferiu a suspensão da liminar exarada pelo Juiz Federal substituto da 8ª Vara em Alagoas, nos autos da Ação Civil Pública nº 2007.80.01.000461-0, que determinava: a) a sustação em todo o território nacional dos efeitos das certidões da dívida ativa elaboradas com fundamento na Medida Provisória nº 2.196-3; b) que a Fazenda Nacional se

abstivesse de inscrever no CADIN, ou em qualquer outro cadastro de restrição ao crédito, produtores rurais cujos débitos se enquadrassem nas situações albergadas pela referida medida provisória; além de c) suspender as execuções fiscais de competência do Juiz Federal substituto da 8ª Vara Federal de Alagoas ajuizadas com base na mencionada medida provisória (fl. 91).

Aduz a agravante ser tempestivo o recurso interposto, porquanto a contagem de seu prazo só teve início com a remessa dos autos ocorrida em 18/09/2007; que o recurso encontra agasalho no artigo 228 do Regimento Interno deste Tribunal e na Lei nº 8.437/92. No mérito, alega que a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 2.196-3 ilide a presunção de legalidade, de certeza e de liquidez das certidões de dívida ativa elaboradas com base na referida Medida Provisória; que a sustação de certidões de dívida ativa, a abstenção de inscrição dos mutuários devedores no CADIN e a suspensão das execuções fiscais de competência do Juiz Federal substituto da 8ª Vara de Maceió-AL não importam em lesão à economia pública, porquanto os débitos continuam existindo, podendo ser cobrados posteriormente, além de os créditos rurais, adquiridos pela União, terem garantia hipotecária e, por fim, que inexistente violação à ordem pública pelo fato de o Judiciário decidir pela inconstitucionalidade de uma norma, afastando os efeitos concretos do seu campo de abrangência (fls. 112-121).

Contra-razões ao agravo em que a Fazenda Nacional suscita a intempestividade do recurso alegando que, na forma do artigo 12, parágrafo primeiro, da Lei nº 7.347/85, o prazo de interposição do agravo é de 5 (cinco) dias, de maneira que, tendo sido intimada a Defensoria Pública da União, pessoalmente, em 18/09/2007, o término do seu prazo ocorrera aos 24/09/2007, até porque não se pode falar em prazo em dobro, em face da norma inserida no artigo 44, I, da Lei Complementar nº 80/94, tendo em vista que a disposição da lei sobre ação civil pública merece ser aplicada, por ser de caráter especial. Quanto ao mérito, sustenta a existência de manifesto interesse público, em virtude da ameaça de grave lesão à economia e à ordem públicas, considerando a privação de recuperar créditos cujo valor consolidado corresponde à cifra de R\$ 7.037.915.508,15 (sete bilhões, trinta e sete milhões, novecentos e quinze mil, quinhentos e oito reais e quinze centavos), além

do risco de que os devedores se desfaçam de seus bens, prejudicando a garantia de suas dívidas, e enriquecendo sem causa, para concluir pela plausibilidade jurídica do pedido de suspensão da segurança e pelo perigo de demora inverso, este em função do efeito multiplicador da decisão (fls. 129-139).

Com vistas dos autos, o Ministério Público Federal opina, em parecer da lavra do Procurador Regional da República Francisco Rodrigues dos Santos Sobrinho, pelo improvimento do agravo inominado (fls. 141-146).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO (Relator):

Examino, primeiramente, a questão suscitada pela Fazenda Nacional da intempestividade do agravo inominado interposto pela Defensoria Pública da União.

O agravo inominado foi interposto de decisão desta Presidência nos autos de pedido de suspensão de liminar, não da decisão proferida na ação civil pública, razão pela qual o recurso encontra-se sob a égide da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, que estipula o prazo de 5 (cinco) dias para interposição do agravo (parágrafo 3º do artigo 4º com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.8.2001).

In casu, consta que a Defensoria Pública da União restou intimada da decisão desta Presidência aos 18/09/2007, quando os autos foram recebidos em seu Núcleo de Recife (fl. 111v.), tendo sido interposto o agravo aos 27/09/2007 (fl. 112).

Logo, em prazo superior ao quinqüídio estabelecido pela Lei nº 8.437/92 (parágrafo 3º do artigo 4º), porém dentro do prazo duplicado.

Não desconheço que há doutrina no sentido de que, com relação ao prazo, nas hipóteses de pedido de suspensão de execução judicial, não se aplica a prerrogativa do artigo 188 do Código de Processo Civil, considerando a especificidade da norma emanada da Lei nº 8.437/92.

Também não se nega que o § 3º do artigo 4º da Lei nº 8.437/92, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/08/2001, que se mantém em vigor por força do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, é norma específica.

No entanto, a prevalecer o entendimento de que lei especial derroga lei geral, no caso, suprimir-se-á prerrogativa, legalmente atribuída à Fazenda Pública (CPC, artigo 188) e à Defensoria Pública (Lei Complementar nº 80, de 12/01/1994, artigo 44, I).

Em razão disso, trilho o entendimento de que a prerrogativa da Fazenda Pública e da Defensoria Pública deva ser mantida, contando-se o prazo de agravo em dobro.

A propósito do tema, colho aresto do Superior Tribunal de Justiça que, não obstante se referir a Município, *mutatis mutandis*, guarda pertinência com o entendimento ora esposado:

AGRAVO REGIMENTAL. ATO ADMINISTRATIVO. INCLUSÃO DE MUNICÍPIO DA ZONA DE PRODUÇÃO PRINCIPAL DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL DA BACIA DE CAMPOS. ROYALTIS DE PETRÓLEO. SUSPENSÃO DE LIMINAR. LEGITIMIDADE ATIVA. TEMPESTIVIDADE. LESÃO À ECONOMIA, À SAÚDE, À SEGURANÇA, À ORDEM PÚBLICA NÃO COMPROVADAS.

1. Tanto o Ministério Público quanto a pessoa jurídica de direito público podem formular pedido de suspensão de liminar.

2. Os Municípios, por força do Código de Processo Civil, artigo 188 possuem a prerrogativa da contagem do prazo recursal em dobro, sendo tempestivo o agravo interno prolatado no prazo de dez dias após a publicação da decisão recorrida.

3. *Omissis*.

4. *Omissis*.

5. *Omissis*.

6. Agravo regimental não provido.¹

¹ Ementa de acórdão, por maioria, em 01/12/2004, no AGAGSL 79/RJ, Rel. Min. Édson Vidigal, pub. DJ 13/06/2005, p. 146.

Neste sentido, a circunstância de o § 3º do artigo 4º da Lei nº 8.437/92 não se referir à prerrogativa do prazo em dobro, prevista na norma geral do CPC, não significa negar tal direito à Defensoria Pública, razão pela qual rejeito a preliminar.

Passo ao exame de mérito do agravo.

A suspensão de execução de liminar ocorre em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, na forma do disposto no artigo 4º da Lei nº 8.437, de 30/06/1992, situações às quais fica adstrito o Presidente do Tribunal, no que pese não dever afastar-se do pressuposto de aparência do bom direito, qual já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

I. Suspensão de segurança: natureza cautelar e pressuposto de viabilidade do recurso cabível contra a decisão concessiva da ordem.

A suspensão de segurança, concedida liminar ou definitivamente, é contracautela que visa à salvaguarda da eficácia pleno (*sic*) do recurso que contra ela se possa manifestar, quando a execução imediata da decisão, posto que provisória, sujeita a riscos graves de lesão interesses públicos privilegiados – a ordem, a saúde, a segurança e a economia pública: sendo medida cautelar, não há regra nem princípio segundo os quais a suspensão da segurança devesse dispensar o pressuposto do *fumus boni iuris* que, no particular, se substantiva na probabilidade de que, mediante o futuro provimento do recurso, venha a prevalecer a resistência oposta pela entidade estatal à pretensão do impetrante.

II. *Omissis*²

No caso, vislumbro a aparência de bom direito da Fazenda Nacional, ante a presunção de legalidade dos atos administrativos e de certeza e de liquidez da dívida ativa regularmente inscrita (Lei nº 6.830/80, artigo 3º).

À Fazenda Nacional incumbe inscrever em dívida ativa não só os seus créditos tributários, mas também os não tributários, que

² Ementa de acórdão, por maioria, do STF, sem data do julgamento, na SS-AgR 846/DF, rel.: Sepúlveda Pertence, pub. DJ 08/11/1996, p. 43.208.

compreendem, nos termos do artigo 39, parágrafo 2º, da Lei nº 4.320/64, aqueles decorrentes de sub-rogação de garantias, de contratos em geral e de outras obrigações legais, qual se afigura a hipótese.

Daí militar em favor da Fazenda Nacional a presunção aludida.

É certo que a presunção de legalidade, de certeza e de liquidez da dívida ativa não é absoluta, podendo ser ilidida por prova a cargo do contribuinte ou de quem a aproveite.

No entanto, no caso *sub judice*, a Defensoria Pública da União cinge-se a alegar que a presunção de legalidade, de certeza e de liquidez da dívida restou ilidida, mas não faz prova alguma que possa respaldar a sua tese. Isto porque a alegação de inconstitucionalidade de medida provisória que teria embasado as certidões de dívida ativa questionadas não é suficiente para desfazer a mencionada presunção, até porque não prescinde de decisão do órgão máximo de controle de legalidade, que é o Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, cobra relevo destacar a possibilidade real de a decisão que a Fazenda Nacional pretende ver suspensa produzir grave lesão à economia pública, ante o impacto negativo que enseja na arrecadação federal.

Com efeito, o estoque em dívidas ativas oriundas dos créditos rurais adquiridos pela União importa, em todo o território nacional, em 31.023 inscrições, cujo valor consolidado alcança a cifra de R\$ 7.037.915.508,15 (sete bilhões, trinta e sete milhões, novecentos e quinze mil, quinhentos e oito reais e quinze centavos), qual se verifica na informação trazida aos autos (fls. 94-95), o que fornece a dimensão dos prejuízos se se mantiver a decisão do juiz *a quo*.

Não se nega que, apesar da suspensão da liminar, as dívidas subsistem. Mas, não se nega também que, com a sustação, em todo o território nacional, dos efeitos das certidões de Dívida Ativa da União, relativas aos créditos rurais, inúmeras certidões de dívidas ativas deixarão de seguir os trâmites regulares, implicando, de forma indireta, na suspensão, sem a respectiva garantia, das

execuções fiscais propostas e na inibição de futuras execuções fiscais embasadas em tais títulos executivos.

Postergar a cobrança das dívidas significa não só postergar o recebimento dos créditos, mas, com o decurso do tempo, pode até haver alterações no patrimônio dos devedores que venham a comprometer, irremediavelmente, o próprio recebimento dos créditos em comento.

Com isto, mais de R\$ 7.000.000.000,00 (sete bilhões de reais) deixarão de ser arrecadados ao Tesouro Nacional, ocasionando sérios prejuízos à economia pública.

A decisão também encerra potencial lesivo à ordem pública do ponto de vista internacional, considerando que a ingerência do Poder Judiciário em matéria legislada e adotada pelo Poder Executivo repercute, de forma negativa, no cenário externo, causando insegurança no mercado e afastando possíveis investidores no Brasil, prejudicando, por conseqüência, a economia pública interna.

Nestes termos, resta evidenciado o liame existente entre a decisão requestada e as graves lesões à economia e à ordem públicas, suficientemente caracterizadas.

Por fim, é de bom alvitre ressaltar que a jurisprudência vem respaldando as execuções lastreadas em títulos oriundos de contratos de créditos rurais (cédula rural) adquiridos pela União com base em medida provisória.

A propósito, colho ementa de acórdão do Tribunal Regional Federal da Quarta Região:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. NULIDADE. CRÉDITO RURAL. SUB-ROGAÇÃO.

- A dívida executada diz respeito a crédito oriundo de alongamento do contrato de crédito rural (cédula rural) firmado pelo agravante. Adquirida, posteriormente, pela União, com fulcro na Medida Provisória 2.196-3, de 24.08.2001, que tratou do Programa de Fortalecimento das Instituições Financeiras Federais. Com a cessão de créditos, a União sub-rogou-se nos direitos adquiridos, utilizando-se, para a

sua inscrição em dívida ativa, dos dados fornecidos pelo Banco do Brasil.

- Logo, a execução fiscal está amparada em título com presunção de certeza e liquidez, o que somente pode ser elidida por prova inequívoca a cargo dos executados, nos termos do art. 3º da Lei 6.830/80.³

Qual se observa, além da grave lesão à economia e à ordem públicas, milita em favor da Fazenda Nacional a aparência de bom direito.

Com estas considerações, nego provimento ao agravo inominado.

É como voto.

³ Ementa de acórdão da Terceira Turma do TRF/4ª Região, aos 18/09/2007, no AGTR 200704000013906/RS, relatora para acórdão: Juíza Federal Vânia Hack de Almeida, pub. DE 05/11/2007.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 317.895-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelantes: VAM MONTAGEM INDL/ VALDEMAR ANEZIO MACHADO ME, CREA/PB - CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA ARQUITETURA E AGRONOMIA DA PARAÍBA
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. GIL MARTINS DE OLIVEIRA JUNIOR, ISMAEL MACHADO DA SILVA E OUTROS

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO.

- A Lei 5.194/66 não proíbe ou restringe o registro de empresas ou firmas individuais nos Conselhos profissionais, quando seu titular não seja também profissional inscrito no respectivo conselho. O Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia está obrigado, por lei, a proceder ao registro da firma individual Vam Montagem Industrial/Valdemar Anezio Machado - ME, sendo nulas as notificações números 15.123 e 27.321.

- Apelo da autora, neste particular, provido, em parte.

- No que tange à notificação número 15.122, concernente à ausência de Anotação de Responsabilidade Técnica no Conselho, do contrato firmado em 15 de junho de 1999 com a empresa Toalia S/A Indústria Têxtil, fls. 35-59, é subsistente a cobrança do valor correspondente ao auto de infração a ela vinculada, vez que a autora teve ciência em 28 de julho de 1999, fls. 142 e 142-v, sobre o deferimento de prazo requerido de sessenta dias para regularização das pendências que o Conselho notificara, prorrogando-o por hiato igual através de despacho, fl. 142, com termo dos cento e vinte dias, em 25 de novembro de 1999.

- **No entanto, a autora procedeu à Anotação de Responsabilidade Técnica dos serviços relativos à notificação número 15.122 [ART 118.450] apenas em 17 de dezembro de 1999, fl. 19, quando já finda a prorrogação deferida prevalecendo, conseqüentemente, o auto de infração respectivo.**
- **O réu tem direito à cobrança e recebimento desse valor.**
- **Mantida a sucumbência recíproca fixada na sentença.**
- **Apelação e remessa, quanto a esse ponto, providas parcialmente.**

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento, em parte, às apelações e à remessa, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 10 de abril de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Ação declaratória, com pedido liminar, açulada por Vam Montagem Industrial/Valdemar Anezio Machado - ME, contra o Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia da Paraíba, intentando a declaração de ilegalidade das notificações e infrações delas decorrentes, excluindo-as, definitivamente, do banco de dados daquele Conselho.

A sentença, fls. 108-111, julgou procedente, em parte, o pedido inicial declarando *subsistente a Notificação nº 15.123, para que a A. efetue o registro junto ao referido órgão, e sem efeito a Notificação nº 15.122*, relativa à anotação de responsabilidade técnica de contrato, fixando os honorários de 10% sobre o valor corrigido

da causa, divididos entre as partes, proporcionalmente, em virtude da sucumbência recíproca.

Em apelação, fls. 123-135, o Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia evoca que a atividade desempenhada pela autora requer o registro em sua autarquia, todavia, ergue o empenço de ser firma individual com titular não profissional daquelas áreas, devendo para tanto, inicialmente, ser a pessoa jurídica transformada em empresa coletiva, com esteio na Resolução 336/89, fl. 128.

Atroa, que a apelada anotou a obra através da ART 118.450, em prazo intempestivo, devendo persistir a notificação de número 15.123, pedindo, por conseguinte, a condenação no pagamento das infrações, cujos autos foram lavrados sob os números 15.122, 15.123 e 27.321, bem como o ônus da sucumbência em desfavor da autora, por ter dado causa à presente ação.

A Vam Montagem Industrial/Valdemar Anézio Machado, por sua vez, também apelou, fls. 188-194, reiterando as razões do petitório inicial ressaltando que o registro *não se consumou em face dos embaraços e caprichos do retro-referido órgão configurados* e que a Notificação 15.123 nunca foi precedida do devido processo legal, que lhe garantisse o contraditório e a ampla defesa, requerendo, ao final, a nulidade dos autos de infração em epígrafe e a sucumbência em desfavor do referido Conselho.

O réu e a autora contra-arrazoaram, fls. 197-201 e 284-288, respectivamente.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

Impende, inicialmente, assentar a legalidade do registro de firma individual junto ao Conselho, cujo titular não seja profissional de engenharia, arquitetura ou agronomia.

A Lei 5.194, de 24 de dezembro de 1966, que regula o exercício das profissões de Engenheiro, Arquiteto e Agrônomo, preconiza:

Art. 6º Exerce ilegalmente a profissão de engenheiro, arquiteto ou engenheiro-agrônomo:

a) a pessoa física ou jurídica que realizar atos ou prestar serviços público ou privado reservados aos profissionais de que trata esta lei e que não possua registro nos Conselhos Regionais;

(...)

e) a firma, organização ou sociedade que, na qualidade de pessoa jurídica, exercer atribuições reservadas aos profissionais da engenharia, da arquitetura e da agronomia, com infringência do disposto no parágrafo único do art. 8º desta lei.

(...)

Art. 8º (...)

Parágrafo único. As pessoas jurídicas e organizações estatais só poderão exercer as atividades discriminadas no art. 7º, com exceção das contidas na alínea a, com a participação efetiva e autoria declarada de profissional legalmente habilitado e registrado pelo Conselho Regional, assegurados os direitos que esta lei lhe confere.

Ocorre, que a Resolução 336/89 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, estabelece:

Art. 11. Somente ao profissional habilitado é facultado constituir-se em firma individual para a prestação de serviços profissionais, ou execução de obras, desde que proceda ao registro no CREA, nos moldes desta Resolução, fl. 128.

A lei, todavia, não proíbe ou restringe o registro de empresas ou firmas individuais nos Conselhos profissionais, quando seu titular não seja também profissional inscrito no respectivo conselho.

A Resolução não pode restringir o que a lei não o fez. Quando a Lei 5.194/66 preconiza, em seu art. 59, § 3º, que o Conselho Federal estabelecerá, por Resolução, os requisitos para o registro, o legislador referiu-se a critérios de caráter procedimentais, e não, a exigências não previstas em lei.

As restrições ao livre exercício profissional devem estar assentadas em lei em sentido estrito, sob pena de violação ao encastelado no art. 5º, XIII, da CF.

Constituir-se em firma individual é uma garantia constitucional no exercício da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CF).

Ressalto, ainda, que a firma individual, não obstante se confundir com o seu titular, é pessoa jurídica, e, por conseguinte, empresa, exigindo-se, apenas, não do seu titular, mas de qualquer pessoa contratada por ela, a condição de profissional responsável técnico, com fincas na Lei 6.496/77, *in verbis*:

Art. 2º. A ART define para os efeitos legais os responsáveis técnicos pelo empreendimento de engenharia, arquitetura e agronomia.

§ 1º. A ART será efetuada pelo profissional ou pela empresa no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CREA), de acordo com Resolução própria do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CONFEA).

Não bastassem tais argumentos, o registro de empresas nos conselhos profissionais e a anotação dos respectivos responsáveis técnicos são obrigatórios de acordo com a atividade-fim, na soleira da Lei 6.839/80:

Art. 1º O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.

O caso em tela é de empresa individual, que tem como objeto a prestação de serviços de engenharia, e como responsável técnico contratado, o engenheiro mecânico Alexandre de Assis Brazil, fls. 22 e 31.

Assento, por conseguinte, que, cumpridos os requisitos legais para o registro da apelada e da responsabilidade técnica do aludido profissional, dispensa-se que o titular da firma individual seja profissional de engenharia.

Acórdão da egrégia Quarta Turma deste Tribunal, nesse sentido:

Administrativo. Constitucional. Mandado de segurança. Prazo. Recurso. Publicação da sentença. Necessidade do pa-

gamento de custas. CREA. Art. 11 da Resolução nº 336/89 do CONFEA. Ilegalidade.

O prazo para recorrer de acórdão concessivo de segurança conta-se da publicação oficial da sentença, e não da data de notificação da autoridade impetrada.

O Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia é uma entidade fiscalizadora do exercício profissional, portanto, o parágrafo único do art. 4º da Lei nº 9.289/96 é claro no sentido de excluí-los da isenção do pagamento de custas processuais.

O CREA não possui poder de fiscalização plena, visto que suas atribuições esbarram nas limitações legais, não podendo, por meio de simples resolução, fazer exigências não contidas em lei.

O art. 11 da Resolução 336/89 do CONFEA, extrapolou os seus limites visto que a lei exige apenas que haja no quadro da empresa um responsável técnico e não que o próprio titular da empresa seja técnico, inexistindo qualquer ressalva quanto à firma individual.

Remessa oficial improvida (REOMS 81.696/CE, rel. des. Marcelo Navarro, julgado em 8 de junho de 2004).

O Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia está obrigado, por lei, a proceder ao registro da firma individual Vam Montagem Industrial/Valdemar Anezio Machado - ME, sendo nulas as notificações números 15.123 e 27.321.

No que tange à notificação número 15122, datada de 28 de junho de 1999, fl. 12, concernente à ausência de Anotação de Responsabilidade Técnica no Conselho, do contrato firmado em 15 de junho de 1999 com a empresa Toalia S/A Indústria Têxtil, fls. 35-59, é subsistente a cobrança do valor correspondente ao auto de infração a ela vinculada.

Explico:

A autora teve ciência em 28 de julho de 1999, através do Ofício 622/99, fls. 142 e 142-v, sobre o deferimento de prazo requerido de sessenta dias para regularização das pendências que o Conselho notificara, prorrogando-o por hiato igual através de despacho, fl. 142, com termo dos cento e vinte dias, em 25 de novembro de 1999. No entanto, a autora procedeu à Anotação de Responsabilidade Técnica dos serviços relativos à Notificação 15.122 [ART nº

118.450] apenas em 17 de dezembro de 1999, fl. 19, quando já finda a prorrogação deferida, prevalecendo, conseqüentemente, o auto de infração respectivo, notificado em 28 de junho de 1999. O réu, assim, tem direito à cobrança e recebimento desse valor.

De outra feita, não há que se falar em ausência do devido processo legal clangorejada pela autora, vez que ela própria requereu prazo para regularizar a firma perante o Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia da Paraíba, fl. 140, originando o Processo Administrativo 2.407/99, sendo, posteriormente, cientificada do deferimento desse prazo, bem como de que, vencido este, as notificações números 15.122 e 15.123 seriam transformadas em autos de infração, podendo o débito ser inscrito na dívida ativa, fl. 11. A autora é que optou por não se defender, administrativamente, das notificações que lhe foram impostas, inclusive a de número 27.321, quando também requereu prazo para regularização, fl. 152.

Dessa forma, dou provimento, em parte, à apelação da Vam Montagem Industrial/Valdemar Anezio Machado - ME, para declarar nulos os autos de infração decorrentes das notificações números 15.123 e 27.321, lavrados pelo Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, sob a pecha de a empresa ser firma individual, necessitando modificar sua constituição social para a efetivação do registro junto àquela autarquia, fls. 140, 142, 144 e 152, bem como à apelação e à remessa, para declarar a legalidade da cobrança relativa ao auto de infração decorrente da Notificação número 15.122.

Mantida a sucumbência recíproca fixada na sentença.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 396.577-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Apelante: OZÉAS DAS NEVES DO NASCIMENTO
Apelada: UNIÃO
Adv./Proc.: DR. ALYSSON WENDELL V. DE ANDRADE LIMA

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. LEI DE IMPROBIDADE. DEMISSÃO. NULIDADES NA FORMAÇÃO DA COMISSÃO PROCESSANTE NÃO VERIFICADAS. COMPROVAÇÃO DE DOLO. DESNECESSIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. IMPROVIMENTO DO APELO.

- A aplicação de penalidade com fulcro no art. 132, IV, da Lei nº 8.112/90 preconiza que se analise os fatos à luz da Lei nº 8.429/92, para fins de tipificação, sem descaracterizar a sanção como sendo afeita ao Estatuto dos Servidores, caso em que não cabe a discussão sobre a exclusividade do Poder Judiciário para aplicar as penas da Lei de Improbidade.

- Inexistência de nulidade na formação da Comissão Processante, tendo em vista que, por delegação do Presidente da República, é possível a nomeação de Comissão formada por Policiais Federais para a condução de processo administrativo em que indiciado Policial Rodoviário Federal.

- A Lei nº 8.112/90, no seu art. 149, determina que a comissão disciplinar deve ser presidida por ocupante de cargo superior ou do mesmo nível que o indiciado, ou que tenha, ao menos, o mesmo grau de escolaridade que ele, não devendo ser confundida a ocupação da função comissionada de superintendente com o cargo efetivo do servidor para tanto designado.

- As irregularidades praticadas pelo apelante, que motivaram o seu desligamento, a despeito do afastamento de uma delas, ensejam a aplicação da penalidade de demissão, não havendo malfechimento ao princípio da proporcionalidade, mormente se considerado que o superintendente de uma corporação policial deve ser o guardião do princípio da legalidade perante os seus subordinados.

- Improvimento do recurso.

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, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 18 de março de 2008 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

RELATÓRIO

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

Ozéas das Neves do Nascimento recorre de sentença da lavra da Juíza Federal Substituta Carolina Souza Malta que, nos autos da ação ordinária de anulação de ato administrativo por ele promovida, julgou improcedente o pedido.

Apela o réu (fls. 522/551), pleiteando a reforma total do referido *decisum*. Nas suas razões recursais, a parte apelante aduz, em síntese, que o processo administrativo disciplinar que culminou com a sua demissão padece de vício legal, em razão de ter sido composta a comissão processante por membros de outro órgão e por ser presidida por pessoa de cargo inferior ao seu. Argumenta que, por ser membro da Polícia Rodoviária Federal, a comissão disciplinar não poderia ser composta por membros da

Polícia Federal, assim como, sendo superintendente da referida corporação, a presidência da aludida comissão teria de ser ocupada ao menos por superintendente regional da Polícia Federal, sob pena de infringência ao disposto no art. 149 da Lei nº 8.112/90.

Afirma, também, que a penalidade de demissão que lhe foi aplicada foi fundamentada no art. 1º do Decreto nº 3.035/99, no art. 117, XVI, e art. 132, IV, X e XIII, da Lei nº 8.112/90 e nos arts. 10, III, e 11, I, da Lei nº 8.429/92, mas que a Lei de Improbidade Administrativa é de aplicação exclusiva do Poder Judiciário. Argumenta que as conclusões a que chegou a comissão processante foram equivocadas, afastando cada uma das imputações e as penalidades a elas relacionadas. Evoca o princípio da proporcionalidade, com arrimo no entendimento de que, das irregularidades que lhe foram imputadas, apenas subsiste o uso indevido do *hangar* por aeronaves estranhas ao quadro, o que se mostra insignificante para determinar a sua demissão. Pugna pela declaração da nulidade do processo administrativo e da portaria que determinou a sua demissão e, alternativamente, pede a revisão do ato administrativo com base no princípio da proporcionalidade.

Em sede de contra-razões (fls. 557/567), a União pugnou pela manutenção, *in totum*, da sentença recorrida. Reafirma o poder disciplinar da administração pública, ao tempo em que assegura que a pena aplicada ao autor foi pautada na proporcionalidade e na razoabilidade, além de contemplar o princípio da isonomia. Aduz que o processo administrativo que culminou na demissão do autor não padece de qualquer vício, tendo sido a decisão lastreada em exaustiva fundamentação.

A Turma converteu o julgamento em diligência para solicitar ao Juízo da 5ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco os autos da AC nº 357.321-PE.

É o relatório.

VOTO

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

Primeiramente, cumpre fazer referência ao processo solicitado ao Juízo da 5ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, qual

seja, a AC nº 357.321. Naquela demanda, uma ação civil pública por atos de improbidade, o ora autor figura como réu. Naquela demanda, foi dado parcial provimento ao apelo, em relação a Ozéas das Neves do Nascimento, de modo a que apenas subsistiu a penalidade pecuniária. Saliente-se que os fatos narrados na exordial daquela demanda não são os mesmos que deram ensejo à instauração da comissão de sindicância ora guerreada.

Naquela demanda, o ora apelante foi condenado, em primeira instância, à suspensão de seus direitos políticos por 5 (cinco) anos, na proibição de contratar com o serviço público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios também por 5 (cinco) anos e ao pagamento de multa civil correspondente ao dano causado ao erário. O acórdão do voto que julgou a apelação, relatado pela Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, deu parcial provimento ao seu apelo para manter apenas a multa civil correspondente ao dano causado ao erário, no valor individual de R\$ 1.080,83 (um mil e oitenta reais e oitenta e três centavos).

Um dos trechos do voto (fl. 803) deixa assentado claramente tratar-se de outros fatos, quando afirma que “importante salientar que o réu Oséas das Neves do Nascimento foi demitido, conforme comprovado nos autos (fls. 592/593), por motivo outro que não o nestes autos examinado”.

Os fatos ali examinados ocorreram no ano de 1995 e foram objeto do processo administrativo disciplinar nº 08654-000119-6/96-61. À época dos fatos, o autor era chefe da Seção de Administração e Serviço Auxiliar (SASA) da Polícia Rodoviária Federal e, por delegação, atuava como ordenador de despesas da repartição, tendo aprovado as contas irregulares objeto da investigação administrativa.

Não há, portanto, qualquer ligação daquela demanda com a que está sendo julgada.

O recorrente pede que, com o provimento de seu apelo, seja decretada a nulidade do Processo Administrativo Disciplinar a que foi submetido, o qual acarretou a sua demissão, assim como seja nulificada a portaria que consubstanciou a pena máxima administrativa. Alternativamente, em caso de inacolhimento de seus argumentos apresentados no sentido da nulificação de tais atos, pede

seja reduzida a sua pena, com lastro no princípio da proporcionalidade.

Passo a analisar cada um dos argumentos.

O apelante afirma que a comissão processante não poderia ser composta por policiais federais, o que somente seria passível de ocorrer sob delegação expressa do Presidente da República, em respeito ao estatuído pelo art. 143, § 3º, da Lei nº 8.112/90, tendo em vista ser o processado policial rodoviário federal, de outro órgão, portanto.

A sentença ora atacada enfrentou a matéria de forma clara e objetiva (fls. 512/514), merecendo transcrição, passando seus argumentos a fundamentarem esta decisão:

No tocante à composição de comissão administrativa, quadra transcrever o art. 143, e seu § 3º, da Lei nº 8.112/90, os quais preceituam, *in verbis*:

Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ampla defesa.

§ 3º A Apuração de que trata o *caput*, por solicitação da autoridade a que se refere, poderá ser promovida por autoridade de órgão ou entidade diverso daquele em que tenha ocorrido a irregularidade, mediante competência específica para tal finalidade, delegada em caráter permanente ou temporário pelo Presidente da República, pelos presidentes das Casas do poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, no âmbito do respectivo Poder, órgão ou entidade, preservadas as competências para o julgamento que se seguir à apuração. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

No caso ora analisado, verifico que, a despeito de a comissão administrativa ter sido composta por agentes estranhos ao quadro da polícia rodoviária federal, não houve afronta ao supracitado dispositivo legal, uma vez que, de acodo com dispositivo retrotranscrito, restou consagrada tal possibilidade desde que verificada a delegação de competência específica para a apuração da irregularidade.

Na espécie, verifico que, ao tempo da edição da portaria responsável pela instauração do PAD, encontrava-se em vigor o Decreto nº 2.802, de 13 de outubro de 1998, e a MP nº 1.549-36, de 06 de novembro de 1997. Nos supracitados instrumentos normativos restou consignada a delegação, pelo Presidente da República ao Ministro da Justiça, da esfera de competência concernente aos assuntos relativos à Polícia Rodoviária Federal. Confirma-se os dispositivos atinentes:

DECRETO Nº 2.802, DE 13 DE OUTUBRO DE 1998.

ANEXO I

Art. 1º O Ministério da Justiça, órgão da administração direta, tem como área de competência os seguintes assuntos:

(...)

IV - segurança pública, trânsito, Polícias Federal, Rodoviária e Ferroviária Federal e do Distrito Federal.

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.549-36, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1997

Art. 14. Os assuntos que constituem área de competência de cada Ministério são os seguintes:

(...)

XI - Ministério da Justiça:

(...)

d) entorpecentes, segurança pública, trânsito, Polícias Federal, Rodoviária e Ferroviária Federal e do Distrito Federal.

O Ministro da Justiça, por seu turno, através da Portaria nº 461, de 5 de junho de 1997, delegou a competência para instauração de processos administrativos disciplinares, bem como para designação de comissões de sindicância e inquérito administrativo ao Secretário Executivo, *in verbis*:

Portaria nº 461, de 5 de junho de 1997.

O MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA, no uso de suas atribuições, tendo em vista o que dispõem os artigos 11 e 12 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 e Medida Provisória nº 1549, de 15 de maio de 1997, resolve:

Art. 1º Delegar competência ao Secretário Executivo para, no âmbito deste Ministério, assinar documentos e baixar atos necessários à administração de recursos

humanos, dos bens móveis e imóveis, à execução orçamentária de dotações consignadas no Orçamento em favor deste Ministério, ou das que lhe foram descentralizadas, a à movimentação e ao uso dos recursos financeiros, independente de sua fonte ou origem, e, ainda, em especial:

(...)

VII - instaurar processos administrativos disciplinares, designar os membros das comissões de sindicância e de inquérito administrativo, proferir decisão e aplicar penalidades de advertência e suspensão, consoante disposições da Lei nº 8.112/90, de 11 de dezembro de 1990.

Deste modo, não vislumbro qualquer irregularidade na composição da Comissão de Processo Administrativo Disciplinar, eis que, a despeito de ser formada por servidores estranhos ao quadro da Polícia Rodoviária Federal, restou comprovada a regular delegação da competência para sua instauração, nos termos do art. 143, § 3º, da Lei nº 8.112/90.

Compulsando os autos em apenso, onde consta a integralidade do Processo Administrativo Disciplinar, consta, à fl. 2, a Portaria que instaurou dito PAD, firmada pelo Secretário Executivo do Ministério da Justiça, “no uso da atribuição que lhe conferem o inciso VII do art. 1º da Portaria GM nº 461, de 05 de junho de 1997, e o art. 143 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (...)”.

Estando ambos os órgãos vinculados ao mesmo Ministério, a delegação abrange a possibilidade de nomeação de comissão na forma utilizada.

O outro argumento expendido como supedâneo da alegativa de nulidade do procedimento disciplinar consiste na impossibilidade de ser a já referida comissão processante presidida por ocupante de cargo inferior, tendo em vista que o autor, quando da instauração do PAD, ocupava o posto de Superintendente da Polícia Rodoviária Federal, o que afrontaria o disposto no art. 149 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais.

Estabelece o *caput* do art. 149 da Lei nº 8.112/90:

Art. 149. O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3º

do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.

A restrição está voltada ao cargo efetivo, e não à função comissionada exercida pelo servidor público. No caso vertente, a condição de Superintendente não implica na necessidade de ser a comissão presidida por outro Superintendente. Não pode o servidor ocupante de cargo de nível superior ser submetido a comissão constituída por ocupante de cargo de nível médio, que não tenha, ao menos, a mesma escolaridade. A objeção trazida confunde cargo efetivo com posto ocupado em razão de nomeação para cargo comissionado.

Traçados esses argumentos, resta assente não haver qualquer eiva de nulidade na formação da comissão disciplinar.

A parte recorrente afirma, ainda, que a Portaria nº 1.039, de 13/11/00, através da qual o Ministro de Estado da Justiça aplicou-lhe a pena de cassação teve fundamento no art. 1º do Decreto nº 3.035/99, no art. 117, XVI, e art. 132, IV, X e XIII, da Lei nº 8.112/90 e nos arts. 10, III, e 11, I, da Lei nº 8.429/92, o que acarretaria nulidade do ato demissionário, tendo em vista que a aplicação das penas previstas na Lei de Improbidade, como é conhecida a Lei nº 8.429/92, é seara exclusiva do Poder Judiciário.

Necessário que se faça uma remissão aos diplomas legais evocados. Preceituam os arts. 117 e 132 da Lei nº 8.112/90:

Art. 117. Ao servidor é proibido:

(...)

XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;

(...)

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

(...)

IV - improbidade administrativa;

(...)

X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;

(...)

XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

Por sua vez, a Lei nº 8.429/92 assim determina:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistenciais, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

(...)

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

(...)

O que se depreende da leitura dos dispositivos é que, para aplicar a penalidade de demissão prevista no art. 132, IV, é imprescindível recorrer à Lei de Improbidade para aquilatar se o ato objeto do processo administrativo disciplinar configura ato de improbidade.

Assim, o que se tem é a aplicação da penalidade capital prevista no Estatuto do Servidores, em razão do cometimento de ato tipificado como sendo de improbidade. Daí que a discussão a respeito da reserva legal da aplicação da penalidade prevista na Lei 8.429/92 não tem razão de ser. Não há outra maneira de classificar um ato como sendo de improbidade senão confrontando-o com o diploma legal que rege o tema. Entretanto, ressalte-se, a penalidade aplicada no caso em tela não foi a da Lei de Improbidade, mas sim a prevista na Lei nº 8.112/90. E, no que tange à aplicação das penalidades nela previstas pela própria Administração, não paira qualquer dúvida. Inexistente a nulidade aventada.

Ainda em relação a este ponto específico, o recorrente argumenta que a aplicação das penas prescritas na Lei de Improbidade só pode ocorrer à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o que compete ao Poder Judiciário. Ao seu ver, ao permitir que seja aplicada pena ali contida pela Administração, estaria sendo realizada à margem dos princípios constitucionais. Labora em equívoco o apelante. A pena aplicada com lastro na Lei nº 8.112/90 deve levar em conta, conforme dita o art. 128, “a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”, o que resulta na aplicação dos princípios aludidos, apenas com critérios norteadores elencados no texto legal, contemplando ainda o critério da individualização da sanção.

Prossegue o apelo asseverando que as conclusões a que chegou a Comissão Processante são equivocadas. Impende analisar as imputações e os argumentos contrários. No PAD restou atribuída a responsabilidade do autor pelo cometimento das seguintes irregularidades: ter permitido o uso do hangar destinado a PRF no aeroporto internacional dos Guararapes por aeronave estranha aos quadros do governo; ter determinado o uso de viatura da instituição para fins particulares na remoção do corpo do motorista do Deputado Roberto Fontes de Petrolina para Catende, e ter doado viaturas da Polícia Rodoviária Federal sem observar as normas legais atinentes à espécie.

O autor afirma que trechos dos depoimentos demonstram não ter sido sua a ordem para remoção do corpo, aduzindo também que as declarações acostadas às fls. 508/509 dos autos o insentam da responsabilidade, inclusive com a declaração do inspetor Neemias Pereira Sobral, de que foi dele a ordem sob exame.

Efetivamente, os depoimentos e provas coligidas aos autos não induzem à necessária certeza de que tenha sido o autor quem deu a ordem para a remoção do corpo do motorista do Deputado Roberto Fontes. Demais disso, o depoimento de Elizeu Gadelha Roque (fl. 692 do PAD) é claro ao atribuir a ordem ao inspetor Neemias. Insubsistente, portanto, a ocorrência da apontada irregularidade.

No que tange à utilização do hangar, o apelante alega que o próprio parecerista, assistente jurídico da União, afirmou que não haveria qualquer violação às regras administrativas, o que está colocado no referido parecer nos seguintes termos:

07. Muito embora, ao nosso ver, o comportamento descrito como “permitir o uso do hangar destinado à PRF por aeronave estranha aos quadros do Governo” não se nos pareça adequar-se à violação de quaisquer dos deveres funcionais ou regras de proibição previstos no capítulo pertinente ao regime disciplinar do Estatuto dos Servidores Públicos Federais (...).

Necessário que se faça remissão aos termos do relatório da Comissão Processante:

1. No tocante ao indiciamento, por USAR O HANGAR DESTINADO AO DPRF IRREGULARMENTE, ante a denúncia de que *“também é do conhecimento dos denunciantes a existência de um avião, prefixo PT-RQL, de propriedade da Construtora Ricardo Neves Ltda., situada na rua Jalisco 275, Imbiribeira, que fica estacionado na PRF, no Aeroporto de Recife, sendo utilizado pelo denunciado”*, alegou a defesa haver manifesta contradição entre ela e o que apurou o processo.

O verbo **ficar**, segundo o argumento, dava a entender que a aeronave ocupava, **permanentemente**, o hangar da Polícia Rodoviária Federal, o que não aconteceu senão uma única vez, para induzir patenteada a impropriedade da acusação.

A carta, de 14 de abril, da Construtora Ricardo Neves Ltda. (fl. 289 do Apenso 06), esclarece que a aeronave em comento esteve no hangar da Polícia Rodoviária Federal no dia 01/10/99, por ter sido tomada por empréstimo pelo Superintendente Regional OZÉAS, por ocasião de viagem a Aracaju, tendo ocupado o hangar das 02 horas do dia 02/10 às 16 horas do dia 04/10 (...).

LAURINDO FERREIRA GUIMARÃES JÚNIOR (fl. 841) depôs no mesmo sentido:

(...) chegou a fazer uma viagem na PT-RQL para a cidade de Aracaju, não sabendo ao certo dizer se para o Sr. Ozéas ou para a Polícia Rodoviária Federal (...) que o Inspetor Ozéas ofereceu o hangar da Polícia Rodoviária

Federal para passar a noite, em razão da falta de balizamento para pouso noturno no aeroclube, tendo que desviá-lo para o Aeroporto Internacional dos Guararapes. A indicição foi por usar o hangar destinado ao DPRF irregularmente, ainda que isto tenha ocorrido apenas uma vez.

A administração central pode até relevar o fato neste particular, entendendo as razões expostas quanto à utilização de bem da PRF, mas não pode olvidar nem entender impropriedade, como quer a defesa, que o avião de prefixo PT-RQL, de particular, foi utilizado pelo denunciado e que aquela aeronave, após ter estado no hangar no dia 01.10.1999, permaneceu (ficou) no hangar estacionada por todo o dia 02, idem por todo dia 03 e até as 16 horas do dia 04/10.

Por primeiro, entendo que labora em equívoco o mencionado parecerista ao entender que não há qualquer enquadramento possível na conduta do apelante em relação a este fato. O art. 117 da Lei nº 8.112/90, no seu inciso XII, claramente delinea que é proibido ao servidor público “receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições”. Efetuar viagem em avião particular consiste, evidentemente, em auferir vantagem. E a relação com as atribuições do autor estão caracterizadas pelo fato de ter permitido que a aeronave fosse recolhida ao hangar da PRF. Somente na qualidade de Superintendente poderia dar tal autorização. Não fosse assim, estaria em atividade particular, não podendo jamais oferecer o hangar, por estar incorrendo na vedação contida no inciso XVI do art. 117 do Estatuto dos Servidores: “utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares”. No caso, o hangar.

Além disso, o art. 10 da Lei nº 8.429/92 estabelece que consiste em ato de improbidade “permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie”.

Se por um lado pode ser até justificável que, devido à inexistência de balizamento noturno no aeroclube, o autor oferecesse o

hangar para o pernoite (isso sem levar em conta a impropriedade de estar um Superintendente da Polícia Rodoviária Federal viajando em avião de propriedade de empreiteira), a razoabilidade do procedimento cessa no momento em que o clarear do dia não foi acompanhado da providência para retirada da aeronave, que ali ficou por mais dois dias. A manutenção de aeronave em pátio de aeroporto envolve custos. Ao permitir o uso indevido do hangar, o apelante permitiu o proveito pessoal do proprietário do avião, ou, ainda, do seu, caso ficasse a seu encargo o pagamento dos ônus pela ocupação do aeroporto pela aeronave, conforme prescreve o art. 117, IX, da Lei nº 8.112/90.

Relativamente às doações de viaturas, argumenta que, muito embora não tenha exigido o certificado de entidade filantrópica, as doações beneficiaram apenas entidades reconhecidamente de utilidade pública. Argumenta que nenhum prejuízo adveio à Administração, pois foram consideradas antieconômicas por comissão inventariante, concluindo por assegurar que não teve qualquer ingerência na escolha das entidades beneficiadas. Aduz que não foi comprovado que as instituições favorecidas não tinham natureza de instituições filantrópicas com fins reconhecidamente de interesse público, o que não pode ser descaracterizado pela simples ausência de uma certidão, configurando mera preterição de formalidade legal.

O Decreto 99.658/90 regula o reaproveitamento, movimentação, alienação e outras formas de desfazimento de material de propriedade da Administração Pública Federal, estabelecendo, no seu art. 15, II, com a redação anterior ao Decreto nº 6.087/07, vigente à época dos fatos examinados, que:

Art. 15. A doação, presentes razões de interesse social, poderá ser efetuada pelos órgãos integrantes da Administração Pública Federal direta, pelas autarquias e fundações, após a avaliação de sua oportunidade e conveniência, relativamente à escolha de outra forma de alienação, podendo ocorrer, em favor dos órgãos e entidades a seguir indicados, quando se tratar de material:

(...)

II - antieconômico, para os Estados e Municípios mais carentes, Distrito Federal, empresas públicas, sociedades

de economia mista e instituições filantrópicas, reconhecidas de utilidade pública pelo Governo Federal; (...).

A não-comprovação da condição de instituição filantrópica reconhecida como sendo de utilidade pública pelo Governo Federal, não é mera formalidade a ser cumprida. Trata-se de condição essencial para revestir de legalidade o ato de doação. Não restam dúvidas sobre a responsabilidade do autor, na qualidade de Superintendente da organização, sobre a regularidade das doações. E não se pode querer atribuir o ônus da comprovação da condição das entidades à Comissão Processante. A situação de conformidade com as determinações legais deveria, obrigatoriamente, constar dos processos que ensejaram as doações.

Aduz o apelante, ainda, que por não ter agido com dolo, não lhe pode ser imposta qualquer penalidade advinda da Lei de Improbidade. Também não deve ser albergada a alegação. A uma, como já acima expendido, pelo fato de que não foi aplicada qualquer penalidade da referida Lei, mas sim, foi analisada com o fim de tipificar as infrações cometidas como sendo ato de improbidade. A duas, por ser desnecessária a comprovação da existência de dolo na conformação do ato ímprobo, como assenta a jurisprudência:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESPESAS DE VIAGEM. PRESTAÇÃO DE CONTAS. IRREGULARIDADE. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ELEMENTO SUBJETIVO. DANO AO ERÁRIO. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. SANÇÃO DE RESSARCIMENTO EXCLUÍDA. MULTA CIVIL REDUZIDA.

1. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Precedente da Turma.

2. A aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade independe da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo tribunal ou conselho de contas (art. 21, II, da Lei 8.429/92).

3. Segundo o art. 11 da Lei 8.429/92, constitui ato de improbidade que atenta contra os princípios da administra-

ção pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, notadamente a prática de ato que visa fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência (inciso I), ou a ausência de prestação de contas, quando esteja o agente público obrigado a fazê-lo (inciso VI).

4. Simples relatórios indicativos apenas do motivo da viagem, do número de viajantes e do destino são insuficientes para comprovação de despesas de viagem.

5. A prestação de contas, ainda que realizada por meio de relatório, deve justificar a viagem, apontar o interesse social na efetivação da despesa, qualificar os respectivos beneficiários e descrever cada um dos gastos realizados, medidas necessárias a viabilizar futura auditoria e fiscalização.

6. Não havendo prova de dano ao erário, afasta-se a sanção de ressarcimento prevista na primeira parte do inciso III do art. 12 da Lei 8.429/92. As demais penalidades, inclusive a multa civil, que não ostenta feição indenizatória, são perfeitamente compatíveis com os atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei 8.429/92 (lesão aos princípios administrativos).

7. Sentença mantida, excluída apenas a sanção de ressarcimento ao erário e reduzida a multa civil para cinco vezes o valor da remuneração recebida no último ano de mandato.

8. Recurso especial provido.

(STJ, Segunda Turma. REsp 880.662/AL, Rel. Min. Castro Meira. DJ01.03.07, p. 255)

EMENTA: AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TENENTE-CORONEL DO EXÉRCITO BRASILEIRO. EXORDIAL QUE NARRA PERSEGUIÇÕES E CONSTRAIMENTOS A SUBALTERNOS, REALIZAÇÃO DE SINDICÂNCIAS COM DESVIO DE FINALIDADE E VÍCIOS DE LEGALIDADE, DETERMINAÇÃO DE PRISÕES E REALIZAÇÃO DE MARCHAS ABUSIVAS, DENTRE OUTRAS ARBITRARIEDADES. ANTECIPADA REJEIÇÃO DA AÇÃO, COM FULCRO NO ART. 17, § 8º DA LEI Nº 8.429/92. NÃO COMPROVAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS. RETORNO DOS AUTOS À PRIMEIRA INSTÂNCIA PARA REGULAR PROCESSAMENTO. APELAÇÃO PROVIDA.

- Narra a exordial que o réu perseguiu e constrangeu subalternos em razão do ajuizamento de ações com vistas à promoção de patentes; realizou sindicâncias com desvio de finalidade e vícios de ilegalidade; concedeu ordens de prisão e de realização de marchas abusivas e ilegais, dentre outras arbitrariedades.

- É prescindível a comprovação de dolo ou culpa para a caracterização do ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública (art. 9º da Lei 8.429/92).

- A rejeição antecipada da ação de improbidade, com fulcro no art. 17, parágrafo 8º, somente é possível quando for manifesta inexistência do ato de improbidade, a impropriedade da ação ou a inadequação da via eleita. Ausente prova inequívoca a esse respeito, impõe-se o retorno dos autos à primeira instância para regular processamento.

- Apelação provida. (Grifei)

(TRF 5ª Região, Quarta Turma, AC 379.528/AL, Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho, DJ08.08.2007, p. 152)

Por fim, tenho que a alegação de desproporcionalidade da pena de demissão não merece acolhida. Os deveres e as vedações inerentes à carreira do servidor público devem ser observadas por todos aqueles que ingressem no setor público. No caso dos autos, o autor ocupava elevado cargo dentro da hierarquia da Polícia Rodoviária Federal, o que exigiria de sua conduta uma observância ainda mais vigorosa de todos os preceitos éticos do serviço público, tendo em vista a importância do cargo por ele exercido e a sua responsabilidade pelos rumos do órgão. O posto de superintendente de uma corporação policial federal enseja que o seu ocupante atue como guardião do princípio da legalidade perante os seus subordinados. As violações dos preceitos nestes autos narradas são suficientes a ensejar a aplicação da penalidade mais alta prevista na Lei nº 8.112/90.

Em razão disso, verifico que a penalidade aplicada na seara administrativa não merece ser afastada.

Com essas considerações, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 407.009-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelada: JACY COSTA
Recte. Ad.: JACY COSTA
Adv./Proc.: DRA. JACY COSTA

EMENTA: ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CIVIL. RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. MILITAR. TRATAMENTO OFTALMOLÓGICO. URGÊNCIA. TERAPIA FOTODINÂMICA COM USO DE VISUDYNE. COBERTURA PREVISTA NAS INSTRUÇÕES NORMATIVAS GERAIS PARA O FUNDO DE SAÚDE DO EXÉRCITO. DESPESAS MÉDICAS DESCONTADAS EM SUA INTEGRALIDADE, PELO FUSEX, NOS PROVENTOS DO TENENTE. DESCABIMENTO. CONFIGURAÇÃO DE DANO MATERIAL. INOCORRÊNCIA DE DANO MORAL. SITUAÇÃO DE MERO DISSABOR DO COTIDIANO QUE NÃO ATINGE A PRÓPRIA PERSONALIDADE DO INDIVÍDUO.

- Trata-se de apelação cível interposta pela União Federal contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido inserto na exordial, condenando o referido ente público a cobrir as despesas realizadas no tratamento oftalmológico do ora apelado, no percentual de 80% sobre o seu valor total, tal como previstas nas Instruções Gerais para o Fundo de Saúde do Exército, bem assim, a devolver-lhe as diferenças indevidamente descontadas de seus proventos, a contar de dezembro de 2005, que excedam o montante de 20% sobre o valor da fatura.

- Recurso adesivo desafiado pelo particular no qual requer a condenação da apelante em danos morais estimados em R\$ 300.000,00 ou em ou-

tro valor a ser arbitrado pelo Juízo, acrescidos de juros, correção monetária e honorários advocatícios, tendo em vista os transtornos e constrangimentos suportados em decorrência da recusa do hospital conveniado em realizar os procedimentos médicos necessários, por conta da inadimplência do FUSEx com a instituição hospitalar.

- A Portaria 46/02 (IR 30/06), ao traçar os procedimentos referentes à prestação de assistência médico-hospitalar aos beneficiários do FUSEx, prevê a cobertura de tratamentos especializados, tal qual a terapia fotodinâmica com uso de material visudyne.

- Segundo as Instruções Gerais para o Fundo de Saúde do Exército (IG 30-32), aprovada pela Portaria 653/2005, são indenizáveis 80% das despesas acobertadas pelo plano, na hipótese de tratamento médico-hospitalar, em caráter de urgência.

- Configuração de danos materiais em face da realização de descontos em percentual superior ao devido.

- Ausência de dano moral, pois a recusa de atendimento a clientes por causa do inadimplemento eventual dos planos de saúde perante a rede conveniada, nos dias de hoje, não pode ser caracterizada como um fato incomum, capaz de gerar efetivo abalo emocional ao indivíduo.

- Apelação da União Federal e recurso adesivo do particular improvidos.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AC 407.009-AL, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento à apelação e ao recurso adesivo, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 29 de abril de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA
ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de apelação cível interposta pela União Federal contra sentença proferida pelo douto Juízo Federal da 7ª Vara da SJ/AL que, nos autos da Ação Ordinária nº 2006.80.00.000542-0, julgou parcialmente procedente o pedido inserto na exordial, *condenando o referido ente público a cobrir as despesas realizadas no tratamento oftalmológico do ora apelado Jacy Costa, no percentual de 80% sobre o valor total, tal como previstas nas Instruções Gerais para o Fundo de Saúde do Exército, bem assim, a devolver-lhe as diferenças indevidamente descontadas de seus proventos, a contar de dezembro de 2005, que excedam o montante de 20% sobre o valor da fatura* (fls. 105/111).

2. O pedido desafiado na petição inicial continha a condenação da União Federal no sentido de (I) cobrir integralmente as despesas realizadas pelo ora recorrido em tratamento médico acobertado pelo Plano de Saúde do Exército (FUSEx), (II) devolver os valores descontados indevidamente de seus proventos a partir de dezembro de 2005, (III) indenizar o apelado por danos morais, pelos constrangimentos por ele suportados em razão da não autorização imediata da recorrente em financiar as referidas despesas.

3. O eminente Juiz *a quo*, ao proferir a sentença que ora se ataca, aplicou as regras constantes da Portaria 046/2002, Instrução Reguladora dos Sistema de Prestação de Assistência Médico-Hospitalar aos Beneficiários do FUSEx, reconhecendo o direito do autor de ter as suas despesas médico-hospitalares custeadas pelo aludido plano de saúde, no entanto, não em sua integralidade, mas tão-só em 80% do seu valor total; por outro lado, não vislumbrou a existência de danos morais a serem ressarcidos, vez que, ao seu sentir, nenhum dos direitos de personalidade foi violado, tampouco houve qualquer constrangimento de monta.

4. No presente recurso, a União Federal aduz, em síntese, que: (I) o apelado descumpriu o prazo máximo para comunicação da realização do seu tratamento de urgência, desrespeitando o previsto nas Instruções Gerais para o Fundo Nacional de Saúde (IG 70-03), aprovadas pela Portaria Ministerial 859/97; (II) as Instruções Reguladoras do Sistema de Prestação de Assistência Médico-Hospitalar aos Beneficiários do FUSEx (IR 30.06), aprovadas pela Portaria 046-DGP, de 26/04/2002, contêm norma regulamentar no mesmo sentido das Instruções Gerais 70-03, com prazo diverso igualmente não cumprido pelo recorrido; (III) a pretensão do recorrido de reembolso das despesas médico-hospitalares não encontra parâmetro nas referidas normas; (IV) o pagamento do reembolso pretendido significaria também risco de desequilíbrio do sistema custeio/benefício do FUSEx.

5. Em contra-razões, o apelado requer a manutenção da sentença vergastada, insurgindo-se, apenas, contra a ausência de condenação em danos morais.

6. Ato contínuo, apresenta recurso adesivo (fls. 124/140), no qual requer a condenação da apelante em danos morais estimados em R\$ 300.000,00 ou em outro valor a ser arbitrado pelo Juízo, acrescido de juros, correção monetária e honorários advocatícios, tendo em vista os transtornos e constrangimentos que teve de suportar diante dos seguintes fatos: (I) que, inicialmente, houve recusa ao atendimento médico; (II) que a guia de autorização fornecida pela recorrida não foi recebida pelo hospital destinatário por falta de crédito e por conta da inadimplência do FUSEx; (III) que o procedimento só foi realizado porque, desesperado, concordou em remeter o valor do medicamento (visudyne) diretamente para o fornecedor em São Paulo, o que redundou no dispêndio de R\$ 4.563,00 (fl. 21); (IV) que, só depois disso, foi que o FUSEx efetuou o pagamento ao hospital, porém, numa atitude desrespeitosa e ilegal, descontou dos seus proventos todo o valor recolhido ao Hospital (HOPE), embora o procedimento tivesse a cobertura prevista na sua regulamentação (IR 30-06); e (V) que, do atendimento retardado e irregular, decorreu a perda de 70% da visão do seu olho esquerdo.

7. Às fls. 142/143, o apelado requereu antecipação parcial dos efeitos da tutela, a fim de que fosse determinada a suspensão ime-

diata dos descontos que vêm sendo efetuados em seus proventos, sob o título “*FUSEx despesas médicas*”.

8. A União Federal, em contra-razões ao recurso adesivo, aduz que a Administração Pública agiu de forma regular e no âmbito de suas atribuições, tanto é assim que o recorrente recebeu a guia de encaminhamento para fazer o tratamento, descabendo falar-se em qualquer dano causado ao apelado por conduta delituosa da apelante.

9. É este o relatório.

VOTO

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

1. O cerne da controvérsia inserta no presente recurso consiste em perquirir se são legítimos (ou não) os descontos efetuados pelo FUSEx nos contracheques do ora apelado, a título de ressarcimento de despesas médicas por ele realizadas em tratamento oftalmológico no Hospital de Olhos do Recife (HOPE), e, em não sendo legítimos, se teria o segurado direito a indenização pelos danos materiais e morais advindos da conduta ilícita da União Federal ao negar a cobertura hospitalar pretendida.

2. Inicialmente, registre-se que não repousa nos autos o contrato firmado entre as partes litigantes no qual tenham restado fixadas as condições das prestações médico-hospitalares a cargo do Plano de Saúde do Exército em prol de seus usuários; tal ausência, no entanto, *ao meu modesto sentir*, não inviabiliza o deslinde da celeuma sob foco, porquanto, como bem afirmaram o apelado e o douto Juiz *a quo*, assertiva, inclusive, frise-se, não contestada pela União Federal, *esse contrato sequer existe pois a filiação ao referido plano é de caráter obrigatório, bastando o ingresso nas carreiras militares*.

3. Não havendo, portanto, um contrato específico a regular as relações entre as partes ora em discussão, merecem atenção as regras gerais que regulam o FUSEx, quais sejam, o Decreto 92.512/86, bem como as Portarias 859/1997 (IG 70/03), 46/2002 (IR 30/06) e 653/2005.

4. Sobre os procedimentos da prestação de assistência médico-hospitalar aos beneficiários do FUSEx, a Portaria 46/2002 assim preceitua:

3. CONDIÇÕES DE EXECUÇÃO

a. Rotina de utilização:

4) tratamento especializado em OCS/PSA:

a) quando o beneficiário necessitar de tratamento especializado, ou realizar cirurgia considerada tradicionalmente como estética ou quando o tratamento envolver transplantes de órgãos, deverá ser submetido a uma avaliação pela Comissão de Ética da OMS mais próxima de sua UV; (...).

c) na ausência de OCS/PSA conveniada/contratada/credenciado, mediante parecer favorável da Comissão de Ética e autorização da RM, o beneficiário poderá ser encaminhado, para esse tipo de tratamento, em OCS não conveniada/contratada ou PSA não credenciado; e

d) dentre os tratamentos que se enquadram nessa situação, podem ser considerados os seguintes:

(16) terapia fotodinâmica para pacientes com degeneração muscular (utilizando-se Visudyne)

b. Ressarcimentos de despesa paga pelo titular

1) A solicitação de autorização de ressarcimento de despesa paga pelo titular deverá ser implantada no SIPEO na ND 93;

2) é expressamente proibido ressarcir despesas aos beneficiários do FUSEx que não sejam decorrentes de atendimentos de urgência ou emergência, ou consequência de encaminhamentos para OCS/PSA não conveniadas, contratadas ou credenciados, em conformidade com a legislação vigente e/ou autorizados pela DAS;

(...).

5. *In casu*, o tratamento realizado pelo recorrido consistiu em *terapia fotodinâmica com uso de material visudyne*, o qual, conforme se vê na transcrição acima, encontra-se incluído dentre os tratamentos especializados em OCS/PSA e cujo ressarcimento de despesas hospitalares, em face da emergencialidade da medida diante do comprometimento da acuidade visual do paciente que poderia vir, inclusive, a sofrer a perda total desse sentido pela não

realização do procedimento, encontra amparo na norma supra-indicada.

6. Desse modo, não há como negar a pretensão do autor, ora recorrido, de ter as suas despesas médico-hospitalares custeadas pelo Fundo de Saúde do Exército, mesmo que não tenham sido por ele obedecidos, criteriosamente, os prazos estipulados nas instruções normativas que o regula, porquanto, como bem apontou o ilustre Magistrado *a quo*, trata-se de questão meramente formal que não prejudica a pretensão delineada na exordial.

7. No entanto, tal cobertura, à luz da diretriz traçada na Portaria 653/05, inserta nas Instruções Gerais para o Fundo de Saúde do Exército (IG 30-32), por ser prevista pelo sistema, não se opera em sua integralidade mas tão-só no percentual de 80%, conforme se deduz da dicção do aludido ato normativo:

As despesas indenizáveis, relativas à assistência médico-hospitalar prestada aos beneficiários do FUSEx, correspondem a vinte por cento do total do atendimento, se cobertos pelo sistema, e a cem por cento, no caso de despesas não cobertas, mas financiadas pelo FUSEx, sendo ambas pagas pelo contribuinte.

8. Patente, portanto, o dano material sofrido pelo recorrido que teve indevidamente descontados, em seus proventos, valores além do percentual de 20% que lhe cabia custear no seu tratamento, justificando-se, em face disso, sem qualquer reparo, a condenação imposta pelo douto Juízo de Primeiro Grau à União Federal, consistente na cobertura das despesas realizadas no tratamento do ora recorrido, no percentual de 80% sobre o valor total, bem assim na devolução das diferenças equivocadamente descontadas, a contar de dezembro de 2005, que excedam o montante de 20% sobre o valor da fatura.

9. No que concerne ao dano moral, por sua vez, comungo de idêntico posicionamento ao do estampado na sentença ora impugnada que considerou o presente caso como mero dissabor, inexistindo efetivo abalo moral a justificar uma reparação pecuniária.

10. Com efeito, o dano moral é aquele que atinge um bem de natureza não patrimonial do sujeito, um dos direitos personalíssi-

mos, tais como a honra, a vida privada, a imagem, dentre outros, os quais são insuscetíveis de aferição valorativa, mediante cálculo matemático para fins de ressarcimento.

11. A recusa de atendimento a clientes por causa do inadimplimento eventual dos planos de saúde perante a rede conveniada, nos dias de hoje, não pode ser caracterizada como um fato incomum, capaz de gerar efetivo abalo emocional ao indivíduo.

12. Ademais disso, vale ressaltar que é entendimento assente nos Tribunais do País *a impossibilidade de indenização de danos morais em face de meros transtornos do cotidiano, tendo em vista que se mostram inábeis a gerar maiores angústias ou sofrimentos, interferindo, assim, na própria personalidade do indivíduo.*

13. Com essas considerações, nego provimento à apelação intentada pela União Federal e ao recurso adesivo desafiado pelo particular, mantendo a sentença proferida pelo eminente Juiz *a quo* em todos os seus termos e por seus judiciosos fundamentos.

14. É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 408.127-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Apelante: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
Apelados: GESTÃO DE AUDITORIA E PUBLICIDADE LTDA. E OUTROS - GESMARKETING
Advs./Procs.: DRS. ANILDSON MENEZES SILVA E OUTRO (APTE.) E ANA MARGARETH VALADARES MACIEL TAVARES E OUTRO (APDOS.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO EM FACE DE SENTENÇA PROFERIDA EM EMBARGOS MONITÓRIOS. REVOGAÇÃO DO MANDADO DE PAGAMENTO EXPEDIDO EM RELAÇÃO A UM DOS SÓCIOS DA EMPRESA DEVEDORA. ABSOLVIÇÃO, NO JUÍZO CRIMINAL, DA PRÁTI-

CA DE CRIME DE ESTELIONATO. PERFAZIMENTO DE COISA JULGADA NA ESFERA CIVIL. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO EQÜITATIVA DO JUÍZO. RECURSO IMPROVIDO.

- Não tendo o sócio da empresa devedora agido com má-fé, nem incorrido em conduta fraudulenta, tal como constatado com a sua absolvição no juízo criminal, é de se revogar o mandado de pagamento expedido em ação monitória desafiada pelo credor, com o fim de, desconsiderando a pessoa jurídica inadimplente, alcançar o patrimônio pessoal do acusado.

- Uma vez afastada a conduta delituosa pelo Juízo Criminal após o devido processo penal, com todas as suas garantias, e tendo tal pronunciamento judicial já transitado em julgado, não pode o acusado ser responsabilizado pela prática dessa mesma conduta no âmbito cível, em razão do perfazimento da coisa julgada, cujos efeitos refulgem tanto na esfera criminal quanto na cível. Precedente do colendo Tribunal da Cidadania: REsp 645.496-RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 14.11.05, p. 191.

- O princípio da sucumbência adotado pelo Código de Processo Civil de 1973 consiste em atribuir à parte vencida na causa a responsabilidade por todos os gastos no processo, assentando-se, portanto, na idéia fundamental de que o processo não deve redundar em prejuízo da parte que tenha razão; por isso mesmo, a responsabilidade financeira decorrente da sucumbência é objetiva e prescinde de qualquer culpa do litigante derrotado no pleito judiciário, bastando, para a sua incidência, o resultado negativo da solução da causa, em relação à parte.

- Embora a melhor doutrina atinente à ação monitória venha divergindo acerca da natureza jurídica dos embargos monitórios, alguns cultu-

res entendendo-os como contestação e, outros, como ação incidental, há, todavia, consenso entre eles no sentido segundo o qual, interpostos os embargos monitorios, o provimento jurisdicional deslindador dos mesmos será sempre uma sentença dotada de eficácia condenatória, donde se faz cabível a incidência dos honorários advocatícios.

- Tendo sido arbitrada a verba honorária sucumbencial na monta de R\$ 1.000,00, com base no § 4º do art. 20 do CPC, razoável se mostra o quantum fixado, razão pela qual não merece reforma.

- Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AC 408.127-AL, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Segunda Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 27 de maio de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de apelação cível interposta pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, em face de sentença prolatada pelo douto Juízo Federal da 1ª Vara da SJ/AL que, nos autos da Ação Monitoria 2004.80.00.002832-0, *julgou procedentes os embargos monitorios apresentados por Manuel Martins da Balinha, para o fim de revogar o mandado de pagamento expedido em seu desfavor, tendo em vista a ausência de sua participação no ato lesivo aos cofres da referida empresa pública, inclusive com a*

sua absolvição da prática do crime de estelionato, não se justificando, ao ver do eminente Magistrado, o redirecionamento ao particular, pessoa física, da cobrança atinente às dívidas contraídas pela Empresa GESMARKETING - Gestão, Auditoria e Publicidade Ltda., da qual é sócio-gerente (fls. 284/287).

2. O referido *decisum* condenou, ainda, a ECT, ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, fixados na monta de R\$ 1.000,00, com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC.

3. *In casu*, a ora apelante intentou, no primeiro grau de jurisdição, ação monitória em adversidade à GESMARKETING - Gestão, Auditoria e Publicidade Ltda. e a seus sócios-gerentes Paulo José de Carvalho e Manuel Martins da Balinha, pretendendo compeli-los ao pagamento da quantia equivalente a R\$ 1.856.081,66, fundada em prova documental destituída de eficácia executiva.

4. Requereu, liminarmente, a desconsideração da personalidade jurídica da primeira demandada visando a que o patrimônio dos sócios pudesse responder solidariamente com o da empresa devedora, sob o argumento de que estes agiram com abuso de poder e fraude à lei, na medida em que se apropriaram da aludida quantia em prejuízo da empresa pública federal.

5. Em sede de juízo liminar, o Magistrado singular prolatou decisão, determinando a citação dos sócios acima mencionados para figurarem no pólo passivo da demanda e, conseqüentemente, responderem de forma solidária pelo débito perseguido.

6. No presente recurso, renova a ECT todos os argumentos lançados na exordial, insurgindo-se contra a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados pelo juízo, sustentando serem os mesmos descabidos, porquanto o que deu ensejo à exclusão da responsabilidade pessoal do sócio Manuel Martins da Balinha foi o advento de fato novo, qual seja, exame grafotécnico produzido no juízo criminal que findou por atestar a falsidade da assinatura do acusado, ora recorrido, em documento procuratório utilizado pelo outro sócio, com fins de fraudar diversas empresas, o que resultou em sua absolvição da prática do crime a ele imputado.

7. Afirma a recorrente que este fato não decorreu de descúria processual que pudesse lhe ser atribuída, nem de melhor talento

ou tese do advogado do sócio excluído, razão pela qual não há que se falar em honorários de sucumbência; ressalta que a mudança no *status* processual se deu em decorrência de fato novo oriundo de processo distinto, do qual a ECT não teria como conhecer, mesmo porque posterior à propositura da presente demanda.

8. Alega, ainda, ser impertinente a condenação em honorários, haja vista a natureza jurídica dos embargos à ação monitória que consiste, não em ação, mas em incidente processual, impondo, deste modo, que a condenação ao vencido se restrinja, apenas, às despesas processuais, e não aos honorários advocatícios, segundo preconiza o art. 20, § 1º, do CPC, até porque o incidente não põe termo ao processo, tanto é assim que, no presente caso, o feito correrá normalmente contra a empresa ré e o outro sócio, Paulo José de Carvalho.

9. Pede, portanto, a reforma do julgado.

10. O apelado, em contra-razões, pugna pela manutenção da sentença defendendo que o princípio da sucumbência tem como pressuposto a submissão da parte vencida ao que foi decidido nos autos, não cogita de culpa do litigante derrotado, sendo bastante o resultado negativo da ação, ou seja, aquele que se encontra em juízo e tem a sua tese rejeitada, no todo ou em parte, deve arcar com o risco da sucumbência. Sustenta, outrossim, que a defesa do réu em ação monitória, apesar do nome de embargos, amolda-se a uma contestação, daí porque os embargos são juntados ao processo e não apensados; ademais, diz, opostos os embargos em contraditório regular, convertendo o rito em ordinário, restou decidido pela insubsistência do mandado contra o apelado, cabendo, portanto, ao apelante arcar com o ônus sucumbencial resultante da sentença.

11. É este o relatório.

VOTO

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

1. Sem razão a parte recorrente.

2. Compulsando os autos, observa-se como fato incontroverso a absolvição do apelado Manuel Martins da Balinha, repousan-

do no processo, inclusive, cópia da sentença prolatada em seu favor no Juízo Criminal, cuja ementa se viu vazada nos seguintes termos:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AUSÊNCIA DE PROVAS QUE DEMONSTREM A PARTICIPAÇÃO DO ACUSADO MANOEL MARTINS DA BALINHA. ABSOLVIÇÃO.

1. A autoria por parte do réu Manoel Martins da Balinha não foi comprovada, havendo, inclusive, provas que demonstraram a inocência do acusado.

2. As provas utilizadas no processo, além da própria manifestação do Ministério Público, demonstram que o acusado não possuía qualquer relação com o ato delitivo, sendo uma vítima, pois houve a utilização do seu nome para o cometimento do crime.

3. Indeferimento do pedido, através da aplicação do art. 386, IV do Código de Processo Penal. (Fl. 273).

3. Realmente, o douto *Parquet* Federal, autor da ação penal, reconhece a inocência do Sr. Manoel Martins Balinha, conforme deixou assente em pronunciamento às fls. 203/204, a saber:

Examinando melhor os autos, percebemos que a estrutura da quadrilha parece ser bem mais complexa do que como foi descrita na denúncia.

Com efeito, a própria participação do Sr. Manoel da Balinha, que figura como sócio da firma Gesmarketing, é discutível, parecendo merecedora de crédito, nesta quadra das investigações, a sua versão de que nunca antes viera a Maceió. É que o principal elemento que existia com relação a este era o reconhecimento de sua pessoa feita por funcionários da CEF Barão de Jaraguá; tal reconhecimento, porém, foi reconsiderado pelos citados funcionários em juízo, quando afirmaram que a pessoa que de fato compareceu na agência foi o Sr. Mário Alberto Fernandes de Matos, também português e com uma certa semelhança com o Sr. Manoel da Balinha. Não bastasse isso, verificase que a procuração passada por Manoel da Balinha para Paulo José de Carvalho só o autorizava a constituir empresa no estado do Rio Grande do Norte.

Neste momento, a nossa convicção é a de que o Sr. Manoel da Balinha é apenas uma pessoa que teve o seu nome usado para uma fraude, não tendo qualquer participação nesta, ao passo que os Srs. Vicente Xavier Neto da Fon-

seca e Paulo José de Carvalho (sócio da Gesmarketing) eram apenas empregados dos verdadeiros mentores e maiores beneficiados com as fraudes, que seriam os Srs. Francisco Manuel Miranda da Costa e Mário Alberto Fernandes de Matos.

4. Desse modo, acertada a sentença atacada quando revogou o mandado de pagamento expedido com o fim de alcançar seu patrimônio pessoal para a quitação de dívidas da empresa Gesmarketing, da qual é sócio, porquanto não tendo agido de má-fé, nem incorrido em conduta fraudulenta, não poderia ser responsabilizado pelos débitos contraídos pela pessoa jurídica em apreço.

5. Com efeito, uma vez afastada a conduta delituosa pelo Juízo Criminal, após o devido processo penal, com todas as suas garantias, penso, respeitando os posicionamentos adversos, que diante desse pronunciamento judicial, já trânsito em julgado, o apelado sob foco não pode ser responsabilizado pela prática dessa mesma conduta no âmbito cível, em razão do perfazimento da coisa julgada, cujos efeitos reluzem tanto na esfera criminal quanto na civil.

6. A respeito, vale a transcrição do seguinte precedente do egrégio Tribunal da Cidadania:

(...).

Destarte, ainda que conhecível fosse a presente irresignação especial, no mérito, a pretensão do recorrente não lograria perspectiva de êxito, isto porque, a sentença penal absolutória faz coisa julgada no juízo cível, nos casos em que o juízo criminal afirma a inexistência material do fato típico ou exclui sua autoria, tornando preclusa a responsabilização civil, bem como na hipótese de reconhecida ocorrência de alguma das causas excludentes de anti-juridicidade. Interpretação dos arts. 65, 66 e 67, do Código de Processo Penal.

(STJ, REsp 645.496-RS, Rel. Min. Luiz Fux, *DJU* 14.11.05, p. 191).

7. No que concerne à irresignação da apelante quanto à condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, entendo, de igual sorte, não merecer reparos a sentença objurgada.

8. O princípio da sucumbência adotado pelo Código de Processo Civil de 1973 consiste em atribuir à parte vencida na causa a responsabilidade por todos os gastos no processo; eis a dicção do *caput* de seu art. 20:

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.

9. Como se vê, assenta-se, tal princípio, na idéia fundamental de que o processo não deve redundar em prejuízo da parte que tenha razão; por isso mesmo, a responsabilidade financeira decorrente da sucumbência é objetiva e prescinde de qualquer culpa do litigante derrotado no pleito judiciário, bastando, para a sua incidência, portanto, o resultado negativo da solução da causa, em relação à parte.

10. É certo que a doutrina acerca da ação monitória tem divergido quanto à natureza jurídica dos embargos monitórios, alguns cultores entendendo-os como *contestação*, e outros como *ação incidental*. No entanto, há consenso entre eles no sentido segundo o qual, interpostos os embargos monitórios, o provimento jurisdicional deslindador dos mesmos será sempre uma sentença dotada de eficácia condenatória, donde se faz cabível a incidência dos honorários advocatícios.

11. O Professor Eduardo Talamini, grande estudioso do tema, delinea, com maestria, os aspectos inerentes ao referido instituto processual, com a seguinte lição:

7.6.1 NATUREZA E EFICÁCIA DO PROVIMENTO FINAL DOS EMBARGOS

O ato que acolhe ou rejeita os embargos, com ou sem julgamento de mérito, é sentença. Põe fim ao processo que incidentalmente se formou. Esse enquadramento vale inclusive para a decisão que indefere liminarmente os embargos.

(...).

7.6.2 CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DAS VERBAS DE SUCUMBÊNCIA

A sentença dos embargos veiculará, ademais, condenação da parte vencida ao pagamento das verbas de sucum-

bência (art. 20 e seguintes). Em relação a esses valores, a sentença será propriamente título executivo. (Tutela Monitória: a ação monitória - Lei 9.079/95, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, pp. 153 e 164).

12. Destarte, a sentença ora impugnada se coaduna com a orientação encampada pela doutrina, bem assim pela jurisprudência assente nos tribunais do País acerca da matéria, do que é exemplo o aresto abaixo colacionado:

(...)

4. No procedimento especial de ação monitória, opostos os embargos, o processo segue o rito ordinário (CPC, art. 1.102-C, § 2º), razão por que cabível a condenação do litigante vencido ao pagamento da verba honorária, na forma prevista no art. 20 do CPC.

(...) (TRF1, AC 200338000449740-MG, Rel. Des. Federal Fagundes de Deus, DJU 14.12.07, p. 39).

13. Com essas considerações, e atento à ponderação do Juízo *a quo*, ao fixar o *quantum* referente à verba honorária sucumbencial com base no § 4º do art. 20 do CPC, redundando na monta de R\$ 1.000,00, não vislumbro razões plausíveis que justifiquem a alteração do julgado atacado, motivo pelo qual nego provimento à apelação.

14. É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 409.768-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE - UFRN
Apelado: JOÃO DANIEL LIMA DOS SANTOS (MENOR)
Reptes.: PROCURADORIA DA UFRN E MARIA PEREIRA DE LIMA (REPTE. DO MENOR)
Adv/Proc: DR. JOSÉ DUARTE SANTANA (APDO.)

EMENTA: DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. DOENÇA DIA-

GNOSTICADA CORRETAMENTE. HOSPED - HOSPITAL PEDIÁTRICO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. AGRAVAMENTO DO ESTADO DE SAÚDE DO AUTOR APÓS ALTA HOSPITALAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE.

- Trata-se de ação na qual se discute o direito do autor à indenização decorrente da responsabilidade da UFRN - Universidade Federal do Rio Grande do Norte em face de seqüelas decorrentes do procedimento adotado pelo hospital pediátrico quando fora submetido a tratamento médico naquelas dependências.

- Após ser diagnosticado o quadro de Cólon-Agangliônico (Megacólon Congênito), o postulante fora conduzido ao Departamento de Pediatria da UFRN, sujeitando-se à primeira cirurgia em 26/07/1994 (Colostomia) e a segunda (Reconstituição do Reto) em 18/05/1995, quando se esperava obter a cura do paciente. Entretanto, passados 3 (três) meses da última operação, o menor volta a apresentar os sintomas da mesma doença, culminando com a sua internação no Hospital de Pediatria da UFRN no período compreendido entre 14/10/1995 a 23/10/1995.

- Demonstrado pelo laudo pericial, bem assim, pelos depoimentos testemunhais dos médicos, que a demora no diagnóstico foi justificada pelo próprio quadro evolutivo da doença do autor e que a perfuração intestinal é uma das possíveis complicações pós-cirúrgicas em caso de Megacólon Congênito, e não da cirurgia em si.

- Tanto o diagnóstico quanto o procedimento cirúrgico a que foi submetido o autor foram tidos como adequados ao tratamento da doença congênita nele desenvolvida.

- Justificada a conduta da UFRN em conceder a alta hospitalar ao menor, ocorrida quando ele foi

internado após três meses da segunda cirurgia, diante da estabilidade de seu quadro clínico provado pelos boletins médico-hospitalares nos quais consta a ocorrência de várias dejeções no período de sua internação (14/10/1995 a 23/10/1995), descaracterizando o quadro de constipação intestinal grave.

- Inexistência do nexó de causalidade entre o comportamento do HOSPED - Hospital Pediátrico da Universidade Federal do Rio Grande do Norte e o dano experimentado pelo demandante com o agravamento de sua saúde após o tratamento médico.

- Apelação e remessa obrigatória providas.

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, dar provimento à apelação e à remessa obrigatória, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 27 de março de 2008 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Cuida-se de apelação e de remessa obrigatória de sentença que julgou procedente o pedido, condenando a UFRN - Universidade Federal do Rio Grande do Norte ao pagamento de indenização no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) pelos danos materiais e estéticos causados ao menor João Daniel Lima dos Santos, nesta ação representado pela sua genitora, Maria Pereira Lima dos Santos, por lhe ter sido dado alta hospitalar quando ainda apresentava problemas de saúde. Condenou, ainda, a UFRN ao pagamento de

correção monetária, de juros de mora à razão de 1% ao mês, contados a partir da citação até a vigência do novo Código Civil, quando será aplicada a SELIC, e à concessão de pensão vitalícia no valor de um salário mínimo, além de todo suporte financeiro para cobrir as despesas com tratamento médico. Por fim, arbitrou honorários advocatícios no valor correspondente a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Irresignada, apela a UFRN, pugnando pela reforma total da sentença, alegando ausência de provas, nos autos, aptas a demonstrar o nexo de causalidade entre as intervenções cirúrgicas realizadas no hospital da UFRN e os danos provocados ao postulante, tratando-se de doença congênita. Afirmou não se poder cogitar de negligência daquela instituição, quando da alta hospitalar do menor, por ocasião de internação em razão de constipação intestinal ocorrida cinco meses após a cirurgia, visto ter sido concluído, na época, não ser caso de realização de cirurgia. Corroborando tal fato, consta no prontuário médico-hospital o registro de várias dejeções pelo postulante, inferido-se a normalização do quadro a justificar a liberação do paciente.

Ao se pronunciar sobre a contenda, o douto representante do Ministério Público opinou pelo provimento da apelação.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Versa a presente contenda sobre a reparação de danos morais e estéticos pretensamente sofridos pelo demandante. Para um satisfatório exame da problemática posta, é curial tracejar algumas breves linhas acerca do dano moral.

O dano moral é aquele que atinge um bem de natureza não patrimonial do sujeito, um dos direitos personalíssimos, tais como a honra, a vida privada, a imagem etc., os quais são insuscetíveis de aferição valorativa, mediante cálculo matemático, para fins de ressarcimento. Contudo, a dificuldade de valorar essa espécie de dano, dada a sua natureza, não deve implicar na negativa de indenizar. Havendo o dano, necessário se mostra o pagamento da in-

denização respectiva, através de uma estimacão ponderada do magistrado, considerando alguns critérios como a gravidade do dano, a reputacão da vítima, a sua situacão familiar e socioeconômica, as condições do autor do ilícito etc., de forma que o *quantum* arbitrado não seja tão grande que se transforme em fonte de enriquecimento da vítima e insolvência do ofensor, nem tão pequeno a ponto de se tornar inexpressivo.

Após essas considerações preliminares, passo à análise do caso retratado nos autos.

O autor, representado por sua genitora, pede indenização alegando a responsabilidade da UFRN - Universidade Federal do Rio Grande do Norte em face de seqüelas decorrentes do procedimento adotado pelo hospital pediátrico quando fora submetido a tratamento médico naquelas dependências.

O autor, desde aproximadamente um ano e seis meses de idade, apresentava problemas para evacuar, tendo sido o primeiro diagnóstico no sentido de tratar-se de Constipação Intestinal Psicogênica, sendo ele encaminhado para tratamento junto ao Departamento de Gastropediatria e Psicologia do HOSPED (Hospital de Pediatria da UFRN).

Após a realização de exames (clister opaco, em 08/06/1994, e biópsia de cólon, em 29/06/1994), fora diagnosticado o quadro de cólon-agangliônico, sendo ele conduzido ao Departamento de Pediatria da UFRN, onde fora acompanhado pela médica Dra. Zita, sujeitando-se à realização da primeira cirurgia em 26 de julho de 1994, denominada de colostomia, na qual foram retirados fragmentos do cólon para nova biópsia, na qual não concluiu pelo megacólon congênito (outra denominação dada à doença inicialmente diagnosticada).

A segunda etapa da cirurgia somente veio a ocorrer após 11 (onze) meses (18 de maio de 1995), quando foi realizada a reconstituicão do reto e esperava-se obter a cura do paciente.

Ocorre que, após 3 (três) meses da segunda operacão, o menor voltou a apresentar os sintomas da mesma doença, havendo um agravamento de sua saúde, o que culminou com a sua internacão no Hospital de Pediatria da UFRN, no período compreendido entre 14/10/1995 e 23/10/1995.

Segundo a mãe do demandante, até hoje o seu filho apresenta estado de saúde frágil, convivendo com uma série de problemas (colostomia, hipocolcemia, esofagite, ginecomastia), sendo o Hospital Pediátrico da UFRN responsável objetivamente por tais danos em face das seguintes condutas: a médica, Dra. Zita, procedeu à segunda cirurgia, mesmo sendo contraditórios os resultados da primeira e segunda biópsias; foi determinada a alta hospitalar da criança, apesar de não estar normalizado o seu quadro de saúde, pois continuava há vários dias sem conseguir evacuar. Não agüentando mais ver o seu filho naquele estado, a genitora do menor, por recomendação do Dr. Paulo Matos – médico gastroenterologista de sua confiança –, o levou a hospital situado em São Paulo, onde ele teve que se submeter a nova intervenção cirúrgica, em face do acúmulo de fezes ressequidas a ocasionar a perfuração do intestino, passando ele a conviver permanentemente com uma bolsa coletora de resíduos intestinais.

Entretanto, não há de ser acolhida a pretensão autoral pelos motivos que passo a expor.

Primeiramente, observa-se do laudo pericial, constante às fls. 213/215, 229/230 e 375/378, que o tratamento adotado pelos médicos do HOSPED foi adequado ao caso do requerente, sendo a demora no diagnóstico justificada pelo próprio quadro evolutivo da doença do autor, pois como bem asseverou o Dr. Paulo Matos, em seu depoimento que após todos esses anos de acompanhamento, que o menor João Daniel é um paciente que a literatura médica chama de “sindrômico”, ou seja, apresenta uma patologia multifatorial, com diversas atipias intrincadas, especialmente nas áreas genética, endocrinológica e metabólica. E tal fora ratificado pelo perito quando testemunha que o quadro do menor João Daniel é bastante incomum, ou seja, um megacólon congênito com surgimento tardio (2 anos e 3 meses de idade) e evolução fora do habitual. O demandante até hoje apresenta um quadro cuja origem é absolutamente desconhecida.

Por outro lado, a perfuração intestinal é uma das possíveis complicações pós-cirúrgicas em caso de Megacólon Aganclônico, conforme elucidado pelo perito, à fl. 214, e não da cirurgia em si, sendo ainda ressaltado por ele, à fl. 375, que mesmo nos melhores

centros, independentemente da técnica cirúrgica utilizada, 5% a 20% das crianças operadas por aganglionose não apresentam resultados satisfatórios após a cirurgia.

Inclusive, observa-se que a concessão da indenização pelo duto sentenciante se pautou apenas na aludida conduta errônea da UFRN ao dar alta ao menor, conforme se extrai do trecho da sentença abaixo reproduzido:

Assim sendo, ainda que, na hipótese em tela, não se possa apontar à existência de erro de diagnóstico de megacólon congênito, ou à conduta inadequada na opção pela realização da colostomia no Hospital de Pediatria, ainda que não se possa apontar falhas nos procedimentos cirúrgicos realizados nas dependências deste Hospital, é patente a ilação de os médicos da UFRN não agirem com cautela ao dar alta ao demandante quando este apresentou constipação severa após a 2ª cirurgia, vindo a provocar, com essa atitude, um sofrimento descomunal para o enfermo, que teve o intestino perfurado pelo acúmulo de fezes ressecadas, tendo necessidade de uma nova colostomia realizada às pressas sob sérios riscos de morte.

Considerando constar nos boletins médico-hospitalares o registro de várias dejeções no período de internação do autor, nas datas a seguir mencionadas: 15/10/1995 (fl. 88), 18/10/1995 (fl. 94), 19/10/1995 (fl. 84), 20/10/1995 (fl. 86) e 23/10/1995 (fl. 66), demonstrando a estabilidade do quadro clínico do menor a justificar a sua alta, torna-se impossível a concessão de indenização, por ausência de nexos de causalidade entre o ato da UFRN e o dano alegado. É comum nos centros médicos privilegiar-se o retorno do paciente ao lar o mais rápido possível tão logo se normalize o seu quadro clínico, por se entender ser o lar o melhor local para a sua recuperação, até mesmo para evitar infecções hospitalares.

Cumprido frisar, ainda, ter sido opção da genitora do menor em recorrer ao hospital situado em São Paulo, quando do agravamento da saúde do requerente, visto ter faltado a duas das três consultas marcadas quando recebeu alta hospitalar, sendo a demora em levá-lo ao hospital o motivo pelo qual se deu o agravamento do estado de saúde dele.

Desta forma, cumpre reconhecer que os documentos anexados aos autos não exprimem a existência do nexo de causalidade entre o comportamento do HOSPED - Hospital Pediátrico da UFRN e o dano experimentado pelo demandante, tampouco demonstram a prática de qualquer ato ilícito, haja vista não haver provas da existência de conduta lesiva do hospital, quedando impossível, nestas circunstâncias, sua responsabilização.

Neste sentido, colaciona-se a jurisprudência do TRF - 2ª Região abaixo reproduzida:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CRITÉRIO OBJETIVO, PREVISTO NO ART. 37, § 6º, DA CRFB/88. ERRO MÉDICO. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. OBRIGAÇÃO DE MEIO.

Cuida-se de ação condenatória em que a menor, representada por seu pai, sustenta o direito a indenização por danos materiais em decorrência de alegado erro médico. Nascida em 27/07/1984, foi diagnosticada com “sopro no coração” e submetida a tratamento médico e ambulatorial no Hospital de Laranjeiras, no qual, antes que completasse um ano de vida, fora submetida a exame de cateterismo cardíaco, durante o qual sofreu acidente vascular cerebral (AVC) do qual resultou a paralisia total do lado direito do seu corpo, com seqüelas.

Rejeitada a preliminar de cerceamento de defesa, na medida em que o relatório médico de fls. 48/50 substituiu o prontuário requerido na inicial.

Em se tratando do critério objetivo para a determinação da responsabilidade do Estado, basta que fique configurado o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado danoso. Na hipótese, todavia, das provas produzidas nos autos, em especial a prova pericial, restou demonstrada a inexistência de nexo de causalidade entre o ato do agente público e o resultado produzido.

O dano neurológico não decorreu do cateterismo, mas sim da grave hipoxemia causada pela própria enfermidade.

Apelação a que se nega provimento.

(Tribunal - Segunda Região, AC 386.358/RJ, Sétima Turma Esp., decisão: 22/08/2007, DJU, data: 05/08/2007, página 220, Juiz Theophilo Miguel).

Pelas considerações acima engendradas, dou provimento à apelação e à remessa obrigatória para reformar a sentença, jul-

gando improcedente o pedido autoral. Deixo de condenar a parte autora nos ônus sucumbenciais, por ser ela beneficiária da justiça gratuita.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 414.595-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: JOANA MARIA DE LIMA SILVA
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. FRANCISCO CANINDÉ DE OLIVEIRA E OUTROS (APDA.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ART. 42 DA LEI 8.213/91. LAUDO PERICIAL DESFAVORÁVEL. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO RACIONAL DO MAGISTRADO. SUPPLICANTE PORTADOR DO HIV. AIDS ASSINTOMÁTICA. COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO DE SEGURADA DO INSS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

- O art. 42 da Lei nº 8.213/91 encerra que “a aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não no gozo do auxílio-doença, for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição”.

- O laudo pericial, inobstante tenha confirmado que a autora é portadora do HIV, estava em tratamento médico e não apresentava sintomas, concluindo que não havia incapacidade laborativa.

- Por força do Princípio do Livre Convencimento

Racional, o magistrado não está adstrito a esta ou aquela prova carreada nos autos, devendo analisar todas as provas em conjunto para formular o seu entendimento.

- A predisposição dos portadores do HIV às chamadas doenças oportunistas é um fator que coloca esses doentes num patamar distinto para efeitos de constatação da incapacidade laborativa. Um sujeito que corre riscos diários de adquirir uma eventual doença facilmente tratável pelos não-portadores do vírus e, por causa dela, ir ao óbito, não pode se submeter às regras corriqueiras que se prestam a comprovar a incapacidade laborativa daqueles que pleiteiam benefícios previdenciários.

- A AIDS é uma doença cujos efeitos não se restringem à esfera física do doente. Na verdade, os efeitos psicológicos são bastante relevantes, porque a doença não tem cura, é transmissível e fatal. Numa palavra, o portador do vírus, além de andar com idéias de morte na cabeça, naturalmente se isola do convívio social.

- A autora é segurada do Regime Geral de Previdência Social pelo tempo mínimo exigido pela Lei 8.231/91. Assim, comprovou ter adimplido todas as exigências necessárias à percepção do benefício da aposentadoria por invalidez.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 27 de maio de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Tem-se aqui ação ordinária promovida por Joana Maria de Lima Silva contra o INSS, objetivando a concessão de aposentadoria por invalidez, desde a data da cessação de auxílio-doença, cujo benefício foi suspenso a partir de outubro/2004.

O MM. Juiz sentenciante julgou procedente o feito, visto ser a autora portadora de AIDS assintomática, atendendo, assim, aos pressupostos do art. 42 da Lei nº 8.213/91, não obstante Laudo Pericial do Juízo em contrário, isto é, afirmativo quanto à capacidade de a autora exercer atividade laborativa, condenando a autarquia previdenciária, ainda, no pagamento do benefício no valor de um (1) salário mínimo, com efeitos retroativos a partir do dia imediato à cessação do benefício denominado “Auxílio-Doença”, observada a prescrição quinquenal, sendo que ao valor da condenação deverá ser acrescida correção monetária desde o débito, nos moldes do Manual de Cálculos da Justiça Federal até a data da citação, a partir de quando incidirá somente a taxa SELIC. Por fim, condenou, ainda o Instituto Previdenciário ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios à razão de 10% sobre o valor da condenação.

Apela o INSS para reforma da sentença, sob o argumento de que a Perícia Judicial conclui que a demandante, embora portadora do vírus da imunodeficiência humana adquirida (AIDS), até o momento não desenvolveu a doença, o que não a impossibilita para o exercício de atividade laborativa.

Contra-razões apresentadas.

Dispensada a revisão, determinei a sua inclusão em pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

O art. 42 da Lei nº 8.213/91 encerra que “a aposentadoria por

invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não no gozo do auxílio-doença, for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição”.

É cediço que o laudo médico, emitido por profissional especializado e competente, comprometido judicialmente, serve de prova suficiente para o convencimento racional do magistrado acerca da existência ou não de incapacidade laborativa. Vejamos:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RESTABELECIMENTO DE BENEFÍCIO. AUXÍLIO-DOENÇA. ART. 59, DA LEI Nº 8.213/91. LAUDO MÉDICO JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE UM DOS REQUISITOS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O benefício do auxílio-doença é devido nos termos do art. 59, da Lei nº 8.213/91, desde que comprovada: a condição de segurado perante a Previdência Social; a incapacidade total e temporária para o trabalho e o cumprimento do período de carência, conforme estabelecido no art. 25, inciso I, da Lei citada.

2. Nas demandas judiciais, em que se busca a concessão de aposentadoria por invalidez, auxílio-doença ou auxílio-acidente, o julgador, apesar de não estar adstrito à conclusão do laudo oficial, ampara sua decisão, via de regra, com base na prova pericial, através da qual firma o seu convencimento ao avaliar a presença dos pressupostos e requisitos legais que autorizam a concessão do benefício.

3. Não constatada, pela perícia médica judicial, a incapacidade para o exercício das atividades laborativas habituais por problemas de saúde e sim pela idade avançada da demandante, e não constando nos autos prova capaz de invalidar a conclusão do laudo do juízo, ausente um dos requisitos legais para a concessão do benefício pretendido, pois desatendida a previsão do art. 59 da Lei nº 8.213/91. Acertada a decisão singular.

4. Apelação improvida.

(Processo nº 200680010006766/AL, AC - Apelação Cível 415.572, origem: Tribunal Regional Federal - 5ª Região, órgão julgador: Primeira Turma, Relator: Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcanti, decisão unânime, data da decisão: 09/08/2007, data da publicação: 16/11/2007, p. 263)

Impende ressaltar, todavia, que, por força do Princípio do Livre Convencimento Racional do Magistrado, este não está adstrito a esta ou aquela prova carreada nos autos, de tal maneira que pode e deve analisar todas as provas em conjunto para formular o seu entendimento.

Digo isto porque, no caso em comento, a requerente é portadora do HIV (Vírus da Imunodeficiência Humana), mas, quando da avaliação clínica pelo perito judicial, ainda não havia desenvolvido as chamadas “doenças oportunistas”, tão comuns aos portadores do vírus da AIDS.

De fato, as declarações do perito foram pertinentes. Disse ele que a paciente, embora seja portadora do HIV, apresenta-se em boa forma, apta para o trabalho, tendo em vista que até à data do exame o vírus ainda não havia eclodido.

A predisposição dos portadores do HIV às doenças oportunistas é um fator que coloca esses doentes num patamar distinto para efeitos de constatação da incapacidade laborativa. Um sujeito que corre riscos diários de adquirir uma doença facilmente tratável pelos não-portadores do vírus e, por causa dela, ir ao óbito, não pode se submeter às regras corriqueiras que se prestam a comprovar a incapacidade laborativa daqueles que pleiteiam benefícios previdenciários.

Demais disso, a AIDS é uma doença cujos efeitos não se restringem à esfera física do doente. Na verdade, os efeitos psicológicos são bastante relevantes, porque a doença não tem cura, é transmissível e fatal. Numa palavra, o portador do vírus, além de andar com idéias de morte na cabeça, naturalmente se isola do convívio social.

Assim é porque o soropositivo se sente cansado, abandonado à própria sorte, tendo a morte por vizinha, carregando no sangue o algoz da sua vida.

O mesmo entendimento que ora sustento faz parte da formidável decisão proferida pela Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, cuja ementa oportunamente colaciono:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS PREENCHIDOS. PORTADORA DE AIDS AS-

SINTOMÁTICA. NÃO VINCULAÇÃO DO JUIZ AO LAUDO PERICIAL. INCAPACIDADE LABORATIVA TIDA COMO TOTAL, PERMANENTE E INSUSCETÍVEL DE REABILITAÇÃO. ART. 151 DA LEI 8.213/91: DESNECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DE CARÊNCIA. AFASTAMENTO DO TRABALHO EM RAZÃO DE DOENÇA INCAPACITANTE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADA NÃO CONFIGURADA. VALOR DA RENDA MENSAL. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E PERICIAIS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

I - Para a aquisição do direito ao benefício de aposentadoria por invalidez, é necessária a comprovação do preenchimento simultâneo de requisitos essenciais: a incapacidade laborativa total, permanente e insuscetível de reabilitação, a qualidade de segurado e sua manutenção à época do requerimento, carência de doze contribuições mensais, demonstração de que o segurado não era portador da alegada doença ao filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social.

II - O laudo pericial atestou que, embora a apelante fosse comprovadamente portadora da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), estava em tratamento médico e não apresentava sintomas, concluindo que não havia incapacidade laborativa.

III - O juiz não está adstrito às conclusões do laudo pericial para a formação de sua convicção, devendo analisar os aspectos sociais e subjetivos do autor para decidir se possui ou não condições de retornar ao mercado de trabalho, para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência. No caso de portadores de AIDS, as limitações são ainda maiores, mormente para pessoas sem qualificações, moradoras de cidade do interior e portadora de doença incurável e contagiosa, fatalmente submetidas à discriminação da sociedade. Ademais, devem preservar-se do contato com agentes que possam desencadear as doenças oportunistas, devendo a incapacidade ser tida como total, permanente e insuscetível de reabilitação para o exercício de qualquer atividade.

IV - Cumprimento do período de carência e condição de segurada da Previdência Social devidamente demonstrados. Não há como detectar a data exata do início da contaminação ou da incapacidade do portador de AIDS, por

tratar-se de moléstia cujo período de incubação é variável de meses a anos. O art. 151 da lei de benefícios dispensa o cumprimento do período de carência ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social for acometido dessa doença. Ainda que a apelante tenha ingressado com a ação cinco anos após a última contribuição, não há que se falar que decorreu o prazo hábil a caracterizar a quebra de vínculo com a Previdência Social e a conseqüente perda da qualidade de segurada, nos termos do artigo 15 da Lei de Benefícios, conjugada à interpretação jurisprudencial dominante, pois comprovado que deixou de obter colocação e de contribuir para com a Previdência em virtude de doença incapacitante.

V - Sentença reformada, para condenar o INSS a pagar à apelante o benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez.

VI - A renda mensal inicial deverá ser calculada segundo o art. 44 da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.032/95, c/c os arts. 28, 29 e 33 da Lei nº 8.213/91 em regular liquidação de sentença, em valor nunca inferior a um salário-mínimo (art. 201, § 2º, da Constituição Federal).

VII - Inexistindo prévio requerimento administrativo onde demonstrada a incapacidade laborativa, o termo inicial é fixado a partir da data do laudo pericial, quando reconhecida, no feito, a presença dos males que impossibilitam o exercício de atividade vinculada à Previdência Social. Precedentes.

VIII - As prestações em atraso deverão ser corrigidas monetariamente a partir de cada vencimento, segundo as disposições da Lei nº 6.899/81, legislação superveniente, Súmulas nº 08 desta Corte e nº 148 do STJ.

IX - Incidirão os juros de mora a partir do laudo, à base de 6% ao ano até a vigência do novo Código Civil e, após, à razão de 1% ao mês.

X - Honorários advocatícios de dez por cento sobre o montante da condenação, devendo incidir sobre as parcelas devidas até o Acórdão. Inteligência do art. 20, § 3º, do CPC, da jurisprudência desta Turma e do STJ - Súmula 111.

XI - Honorários periciais fixados em R\$ 200,00, de acordo com a Tabela II da Resolução 281/2002, do Conselho da Justiça Federal.

XII - Diante da gravidade da doença e do fato da apelante

aguardar a prestação jurisdicional há 9 anos, configurados o relevante fundamento e o justificado receio de ineficácia do provimento final, a justificar a concessão liminar da tutela, na forma do artigo 461, § 3º, CPC.

XIII - Apelação provida, com a concessão da antecipação da tutela jurisdicional, determinando que o INSS proceda à imediata implantação da prestação em causa, intimando-se a autoridade administrativa a fim de que cumpra a ordem judicial no prazo de trinta dias, sob pena de multa diária, que será oportunamente fixada em caso de descumprimento.

(Processo nº 199903990748965/SP, AC - Apelação Cível 517.864, origem: Tribunal Regional Federal - 3ª Região, órgão julgador: Nona Turma, Relator: Desembargadora Federal Marisa Santos, decisão unânime, data da decisão: 10/05/2004, data da publicação: 27/05/2007, p. 303)

No mais, a autora comprovou ser segurada do Regime Geral de Previdência Social pelo tempo mínimo exigido pela Lei 8.231/91. Assim, comprovou ter adimplido todas as exigências necessárias à percepção do benefício da aposentadoria por invalidez.

Isto posto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 415.297-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelante: FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE
Apelada: MARCÍLIA AYDEA GALLINDO DE ASSIS
Repte.: PROCURADORIA DO IBGE
Advs./Procs.: DRS. NILTON WANDERLEY DE SIQUEIRA E OUTROS (APDA.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ COM PROVENTOS PROPORCIONAIS. TRANSFORMAÇÃO EM APOSENTADORIA COM PROVEN-

TOS INTEGRAIS. SERVIDOR ACOMETIDO DE MOLÉSTIA ESPECIFICADA EM LEI APÓS A APOSENTAÇÃO. POSSIBILIDADE.

- Ação ordinária movida por servidora pública aposentada por invalidez com proventos proporcionais, em face de grave deficiência visual, com o intuito de ver reconhecido o direito à integralização do seu benefício, por ter sido acometida de cegueira total nos dois olhos.

- O servidor aposentado com proventos proporcionais ao tempo de serviço ou de contribuição, acometido de qualquer das moléstias especificadas no art. 186, § 1º, da Lei nº 8.112/90, passará a fazer jus a aposentadoria com proventos integrais (art. 190, da Lei nº 8.112/90).

- Não há que se falar em revogação do art. 190, da Lei nº 8.112/90, pelo advento da Emenda Constitucional nº 41/2003, uma vez que esta, ao conferir nova redação ao art. 40 da CF/88, manteve a previsão de aposentadoria do servidor por invalidez permanente com proventos integrais, quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável independentemente do tempo de serviço ou de contribuição.

- Apelação e remessa oficial improvidas.

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, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 3 de abril de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Cuida-se de remessa oficial e de apelação interposta pelo IBGE - Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística contra sentença que julgou procedente o pedido formulado na ação ordinária movida por Marcília Aydea Gallindo de Assis, assegurando-lhe o direito de perceber sua aposentadoria por invalidez com proventos integrais, nos termos do art. 190 da Lei nº 8.112/90.

Alega a apelante, em resumo, a impossibilidade de se converter a aposentadoria com proventos proporcionais da autora em aposentadoria com proventos integrais. Isso porque a sua doença não se enquadraria nas hipóteses do art. 186, inciso I, da Lei nº 8.112/90.

Acrescenta que o disposto no art. 190 daquele diploma legal somente seria aplicável aos casos anteriores à EC nº 41/2003, regulamentada pela Lei nº 10.887/2004, que alterou o art. 40 da CF/88.

Por fim, pugna pela reforma da sentença.

Contra-razões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

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

O cerne da questão a ser aqui dirimida consiste em saber se a autora, aposentada por invalidez com proventos proporcionais, faz jus ao recebimento de proventos integrais.

Em 1992, em face de grave doença em ambos os olhos, a autora foi aposentada por invalidez com proventos proporcionais ao tempo de serviço (21 anos). Em 2005, com o agravamento da enfermidade, que a deixou cega, forte no disposto no art. 190 da Lei nº 8.112/90, formulou requerimento administrativo pugnando pela percepção de proventos integrais.

Referido pleito foi indeferido sob o fundamento de que, a partir da edição da Emenda Constitucional nº 41/2003, não seria possível a integralização perseguida (fls. 16/25).

Inicialmente, é importante ressaltar que inexistem dúvidas quanto à cegueira da autora, constatada, inclusive, por junta médica oficial (fls. 22/23), cingindo-se a controvérsia, tão-somente, em saber se a mesma possui direito de perceber aposentadoria com proventos integrais.

O direito dos servidores públicos à aposentadoria por invalidez se encontra previsto no art. 40 da Constituição Federal, que em sua redação original, vigente quando da aposentadoria da autora, assim estabelecia:

Art. 40. O servidor será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos; (...).

Por sua vez, a Lei nº 8.112/90, ao tratar da matéria, prescreve o seguinte:

Art. 186. O servidor será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei, e proporcionais nos demais casos; (...)

§ 1º Consideram-se doenças graves, contagiosas ou incuráveis, a que se refere o inciso I deste artigo, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, **cegueira posterior ao ingresso no serviço público**, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS, e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada. (Grifos acrescidos).

Art. 190. O servidor aposentado com provento proporcional ao tempo de serviço, se acometido de qualquer das moléstias especificadas no art. 186, § 1º, passará a perceber provento integral.

Com a edição da Emenda Constitucional nº 41/2003, o art. 40 da Constituição Federal teve sua redação alterada. No entanto, restou mantida a previsão de aposentadoria do servidor por invalidez permanente com proventos integrais, independentemente do tempo de serviço ou de contribuição, quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável. É o que infere da nova redação do referido dispositivo, *in verbis*:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei; (grifos acrescidos).

Não se há que falar, portanto, em revogação do art. 190 da Lei nº 8.112/90 pela EC nº 41/2003.

Nesse diapasão, é de se reconhecer o direito da autora a integralização de seus proventos, nos termos do art. 190 da Lei nº 8.112/90, uma vez que, em data posterior a sua aposentação, restou acometida de moléstia especificada no art. 186, § 1º, da Lei nº 8.112/90 (cegueira).

Por fim, observe-se que é impertinente a invocação da Medida Provisória nº 167/2004, convertida na Lei nº 10.887/2004, como fundamento para o indeferimento da pretensão autoral, como fez a apelante em sua peça contestatória. Isso porque, apesar de estabelecer regras diversas relativas à aposentadoria de servidores públicos, não traz qualquer disposição acerca da aposentadoria por invalidez.

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

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 418.930-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO SILVIO OURÉM CAMPOS (CONVOCADO)
Apelante: VERÔNICA MARIA RODRIGUES DE SOUSA
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Advs./Procs.: DRS. IGOR MOREIRA DE SOUSA PINTO E OUTROS (APTE.), MARX ANTONIO TEIXEIRA SEGUNDO E OUTROS (APDA.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO ESPECIAL URBANO. EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA, COM CONDIÇÃO RESOLUTIVA, FIRMADO COM EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. POSSE DERIVADA E PRECÁRIA. AUSÊNCIA DE ANIMUS DOMINI. OBRIGAÇÕES PACTUADAS QUE AINDA NÃO FORAM ADIMPLIDAS. APELO CONHECIDO, MAS IMPROVIDO.
- Cuidam os autos de apelação cível, interposta contra a sentença a quo, que indeferiu pretensão de usucapião especial urbano. Baseia-se a decisão ora questionada no entendimento de que inexistente o animus domini na posse ad usucapionem ora discutida, porquanto esta resulta de relação jurídica, qual seja, contrato de promessa de compra e venda, firmado entre a autora e a ré. Assim, referida posse não é hábil para aquisição do domínio, por se tratar de posse derivada.
- A usucapião, por seu turno, é forma originária de aquisição da propriedade. Assim, por regra, é incabível quando o usucapiente adquire o bem

num regular contrato de compra e venda, pois trata-se de forma derivada de aquisição da propriedade.

- A partir do momento em que oficializou o contrato com a CEF, passou a apelante a ter apenas a posse precária do imóvel, condicionada ao adimplemento integral das obrigações pactuadas.
- Apelação conhecida, mas improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conhecer, mas negar provimento à apelação cível, na forma do relatório, voto e das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 27 de março de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO SILVIO OUREM CAMPOS - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO SILVIO OUREM CAMPOS (Convocado):

Cuidam os autos de apelação cível interposta pela Sra. Verônica Maria Rodrigues de Sousa contra sentença *a quo*, que indeferiu pretensão de usucapião especial urbano. Baseia-se a decisão ora questionada no entendimento de que inexistente o *animus domini* na posse *ad usucapionem* ora discutida, porquanto esta resulta de relação jurídica, qual seja, contrato de promessa de compra e venda, firmado entre a autora e a ré. Assim, referida posse não é hábil para aquisição do domínio, por se tratar de posse derivada.

Nas razões de seu apelo (fls. 86-90), a apelante afirma que, diferentemente do fundamento da sentença, a sua posse não derivaria do contrato firmado com a CEF, mas da negociação realizada com o antigo possuidor. Ademais, volta a afirmar que a promessa de compra e venda firmada com a CEF seria contrato de ade-

são, no qual teria ocorrido coação por parte da empresa pública federal, o que o tornaria nulo, não descaracterizando, assim, seu *animus domini*.

Contraminuta ofertada às fls. 95/100.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO SILVIO OUREM CAMPOS (Relator Convocado):

Reputando presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço a apelação interposta por Verônica Maria Rodrigues de Souza.

Não é pequena a controvérsia no que diz respeito à indagação sobre a natureza jurídica da posse. Será ela um direito? Em caso afirmativo, direito real ou pessoal? As opiniões em cada um desses sentidos se multiplicam. Sustenta Savigny que a posse é ao mesmo tempo um direito e um fato. Considerada em si mesma é um fato; considerada nos efeitos que gera, isto é, usucapião e interditos, ela se apresenta como um direito. Para Ihering, a posse é um direito subjetivo, segundo o qual aquele é o interesse juridicamente protegido, é evidente a natureza jurídica da posse. Verdade que a posse difere dos outros direitos porque, enquanto nestes o fato que dá margem ao seu surgimento desaparece com a nascenta do direito, na posse o direito só existe enquanto a situação de fato existir.

Com efeito, nos outros direitos, o direito se separa do fato que o engendrou – tradição, ocupação, contrato, delito – desde o momento em que são engendrados aqueles fatos, desde esse momento, pertencem ao passado. Na posse, ao contrário, a manutenção da relação de fato é condição da sobrevivência do direito à posse. Não são poucos, entretanto, os juristas que negam à posse a natureza de um direito. Beviláqua, entre muitos, entende que a posse é mero estado de fato, que a lei protege em atenção à propriedade, de que ela é a manifestação exterior.

A usucapião, por seu turno, é forma originária de aquisição da propriedade. Assim, por regra, é incabível quando o usucapiente

adquire o bem num regular contrato de compra e venda, pois trata-se de forma derivada de aquisição da propriedade.

O eminente jurista Silvio de Salvo Venosa assim define os fundamentos do usucapião:

A possibilidade de a posse continuada gerar a propriedade justifica-se pelo sentido social e axiológico das coisas. Premia-se aquele que se utiliza utilmente do bem, em detrimento daquele que deixa escoar o tempo, sem dele utilizar-se ou não se insurgindo que o outro o faça, como se dono fosse. Destarte, não haveria justiça em suprimir-se o uso e gozo de imóvel (ou móvel) de quem dele cuidou, produziu ou residiu por longo espaço de tempo, sem oposição. Observa Serpa Lopes (1964, v. 6:544) a esse respeito que, “encarado sob este aspecto, o usucapião pode ser admitido na lei sem vulneração aos princípios de justiça e equidade”.

Embora destinado a móveis e imóveis, é evidente a maior importância econômica e social dos imóveis. Tendo sob orientação esses princípios, nossa legislação mais recente permite prazos menores do que os estabelecidos originalmente no Código Civil para certas modalidades de usucapião, como examinaremos. Nesse diapasão, o usucapião tem o condão de transformar a situação do fato da posse, sempre suscetível a vicissitudes, em propriedade, situação jurídica definida. [...]

O usucapião deve ser considerado modalidade originária de aquisição, porque o usucapiente constitui direito à parte, independentemente de qualquer relação jurídica com anterior proprietário. Irrelevante ademais houvesse ou não existido anteriormente um proprietário. (*Direito Civil: direitos reais*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 211)

Maria Helena Diniz, discorrendo sobre o *animus domini*, explica:

[...] é um requisito psíquico, que se integra à posse, para afastar a possibilidade de usucapião dos fâmulos da posse (RT, 539.205, 537:196. 567214, 555.256). Excluindo-se, igualmente, toda posse que não se faça acompanhar do intuito de ter a coisa para si, como a posse direta do locatário, do credor pignoratício, do comodatário (RT, 542:212; JB, 161:140 e 170) [...] que, embora tendo direito

à posse, que os possibilita de invocar os interditos para defendê-la contra terceiros ou contra o proprietário do bem, não podem usucapir, porque sua posse advém de título que os obriga a restituir o bem, não podendo, portanto, adquirir essa coisa.

(*Curso de Direito Civil brasileiro*. 17ª ed. atual. de acordo com o Novo CC. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4, p. 149-150)

Sobre a matéria, transcrevo excertos do parecer ministerial de fls. 107-110, *verbis*:

Omissis.

No mérito, não assiste razão à apelante.

O usucapião especial urbano é um instituto que demonstra o caráter de vanguarda da Constituição da República de 1988 e traz novo alcance à função social da propriedade. A aquisição da propriedade, por meio da usucapião especial, depende da reunião, também, do requisito do ânimo de senhorio. Este não se coaduna com a posse que deriva de um compromisso de compra e venda submetido à condição resolutiva, que se perfaz, como bem acentuado na decisão recorrida, com sentido precário.

Não a converte em posse legítima a motivação de nulidade do contrato de adesão baseada em vício decorrente de coação por parte da empresa pública federal.

A proteção do consumidor é área na qual o Judiciário brasileiro se destaca, muito em razão da legislação consumerista pátria, referência para diversos outros ordenamentos. O resguardo dos direitos do consumidor em face dos contratos de adesão tem sido objeto de acórdãos-paradigma e súmulas do Superior Tribunal de Justiça desde a década de 90, com destaque para as intervenções nos contratos bancários.

Tivesse a apelante recorrido à tutela jurisdicional para modificar cláusulas porventura abusivas no contrato firmado com a CEF, possibilitando o prosseguimento do pagamento do imóvel até a sua quitação, com certeza encontraria respaldo da legislação de proteção ao consumidor para garantir seu direito em relação ao imóvel.

Entretanto, mesmo que o contrato em comento viesse a ser anulado em face da existência de disposições abusivas, ainda não teria a apelante o *animus domini* de modo a

conferir aquisição do imóvel mediante usucapião. Neste caso, a usucapião do imóvel importaria em verdadeiro prêmio ao devedor inadimplente que por certo não deve prevalecer.

Por fim, não merece relevo a alegação da apelante de que sua posse adviria, em verdade, de negociação com o antigo possuidor do imóvel. Tal fato sequer foi cogitado em sede de inicial ou réplica à contestação, o que implicaria em inovação indevida em sede recursal.

A posse da apelante em relação ao imóvel, à toda evidência, deriva da relação contratual de compromisso de compra e venda, pendente de condição resolutiva.

Omissis.

Assim, a partir do momento em que oficializou o contrato com a CEF, passou a apelante a ter apenas a posse precária do imóvel, condicionada ao adimplemento integral das obrigações pactuadas.

Sobre o tema, confira-se os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E MAÇÃO ORDINÁRIA. SFH. IMISSÃO LIMINAR NA POSSE DE IMÓVEL ADJUDICADO. PERDA DA TITULARIDADE DO BEM. DECISÃO MANTIDA.

I. Falece de relevância jurídica a fundamentação esposada, eis que a adjudicação se reputa perfeita e acabada e, em consequência, hábil a transferir o domínio ao credor adjudicatário, com o devido registro no registro geral de imóveis.

II. Assim sendo, resta configurada a perda da titularidade e da disponibilidade dos direitos relativos à propriedade quando do ajuizamento do feito.

III. Com a transcrição da carta de adjudicação no registro de imóveis, a CEF adquiriu a propriedade do imóvel, na forma do art. 1.245, *caput*, do novo Código Civil e, por outro lado, com a alienação do mesmo imóvel, através do leilão público, o autor perdeu a propriedade, consoante o disposto no art. 1.275, inciso I, do mesmo código.

IV. Ademais, a própria agravante admite não ter qualquer relação contratual com a CEF, não sendo mutuária, nem “gaveteira”, decorrendo sua posse apenas do *animus* de ter o bem imóvel como seu, pelo usucapião, sem qualquer

comprovação de que, ocupando irregularmente o imóvel, tenha resgatado ou consignado judicialmente o valor do débito perante à CEF, o que impediria a imissão, sendo patente o direito da agravada em reaver o bem, levado à leilão desde 1987 (docs. fls. 26/31).

V. Agravo improvido.

(TRF 2ª R. - AG 2004.02.01.006119-9 - 6ª T. Esp. - Rel. Des. Fed. Benedito Gonçalves - *DJU* 13.04.2007 - p. 342) (grifos nossos)

Civil. Ação reivindicatória de imóvel promovida pela CEF contra mutuário inadimplente. Título de propriedade através de adjudicação. Usucapião inexistente. Benfeitorias necessárias não demonstradas para efeito **de retenção**. **A adjudicação do imóvel constitui forma de aquisição de propriedade, mormente quando precedida de execução extrajudicial na forma do Decreto-lei 70/66. Quem reside em imóvel financiado pelo SFH, não paga as prestações e é executado pela instituição financeira, não pode alegar posse de boa-fé para o fim de usucapir o bem. Não há direito à retenção de benfeitorias, se o ocupante do imóvel não demonstra a sua existência e que eram necessárias. Recurso improvido.**

(TRF da 5ª Região. 4ª Turma. AC 334.122-CE (20028 1000179326). J. em 28.09.2004. *DJ* 05.11.2004. p. 932 - Rel. Desembargador Federal Ricardo César Mandarino Barreto (decisão unânime)) (grifos nossos).

Isso posto, conheço, mas nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 426.472-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: JOSÉ RENATO PIRES DE ALMEIDA
Apelados: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF E BANCO DO BRASIL S/A
Advs./Procs.: DRS. RODRIGO BARBOSA VALENÇA CALABRIA E OUTRO (APTE.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. VALOR ATRIBUÍDO À CAUSA. INCIDÊNCIA DO ART. 3º DA LEI Nº 10.259/2001. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. TRANSFORMAÇÃO DO PROCESSO FÍSICO EM VIRTUAL. ADEQUAÇÃO DO APARATO JUDICIAL. EVENTUAL PROPOSITURA DE UMA NOVA AÇÃO. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. SENTENÇA ANULADA. REMESSA DOS AUTOS AO JEF. INTELIGÊNCIA DO ART. 3º DA LEI Nº 10.259/2001.

- As ações judiciais, cujo valor fixado na inicial for inferior a 60 (sessenta) salários-mínimos, devem ser processadas e julgadas nos Juizados Especiais Federais da respectiva Seção Judiciária da Justiça Federal, a teor do que estabelece o art. 3º da Lei 10.259/2001, excetuadas as hipóteses previstas no parágrafo primeiro deste artigo.

- Nos termos do § 2º do artigo 113 do CPC, declarada a incompetência absoluta para processar e julgar a ação, outra não pode ser a decisão, senão a de remeter-se o respectivo processo ao juízo competente.

- A existência de incompatibilidade entre as espécies de autos processuais utilizados na Justiça Federal Comum e nos Juizados Especiais Federais não pode ser motivo para a extinção do feito sem resolução do seu mérito, devendo a

questão ser solucionada pela própria administração da Justiça, buscando os meios operacionais necessários para transformar em virtuais os processos físicos porventura remetidos aos juizados especiais.

- Ad argumentandum tantum, a eventual propositura de uma nova ação perante o JEF, in casu, estaria fadada a não ter o seu mérito apreciado, em face do óbice decorrente da prejudicial de prescrição.

- Sentença que se anula, remetendo-se os autos ao Juizado Especial Federal da respectiva Seção Judiciária da Justiça Federal.

- Apelação parcialmente provida.

ACORDÃO

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

Recife, 8 de abril de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de apelação interposta contra sentença prolatada nos autos de ação de cobrança, que extinguiu o feito, nos termos do art. 267, IV, do CPC.

Busca o autor o pagamento dos expurgos inflacionários, decorrentes dos vários planos econômicos do governo.

Reconheceu o julgador *a quo* ser ele absolutamente incompetente para processar e julgar o feito, nos termos do art. 3º da Lei nº 10.259/2001. Entendeu, ainda, que, devido à virtualização dos pro-

cessos nos Juizados Especiais Federais, seria mais eficaz e menos dispendioso para a administração da Justiça e para o regular prosseguimento do feito no juízo competente, extinguir a ação sem resolução do seu mérito, facultando à parte autora o levantamento dos documentos constantes dos autos.

Desse *decisum*, apela o autor, estando suas razões recursais às fls. 31/40.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Diante do valor que foi atribuído à presente causa, não resta dúvida de que, nos termos do art. 3º da Lei nº 10.259/2001, é o Juizado Especial Federal da Seção Judiciária de Pernambuco o juízo competente para processar e julgar o presente feito. Neste sentido, inúmeros são os precedentes deste Tribunal.

Neste sentido, irretocável a sentença sob exame.

Acontece que, sendo virtual o processo nos juizados federais, o julgador *a quo* extinguiu a ação, nos termos do art. 267, IV, do CPC, por entender ser improdutivo para os trabalhos da Justiça declinar de competência e encaminhar os autos a uma das varas daquele órgão julgador, a contrário do que determina o § 2º do art. 113 do CPC, que, por oportuno, ora transcrevo:

Art. 113. (*omissis*).

§ 2º. Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, **remetendo-se os autos ao juízo competente**. (Grifei).

Quanto a este aspecto, entendo que não caminhou bem a decisão recorrida, pois, conquanto sejam razoáveis tais fundamentos sob o prisma operacional, não têm eles o condão de revogar o que prescreve a lei.

Ora, no caso destes autos, sendo declarada a incompetência absoluta do juízo em que foi proposta a ação, outra não poderia ser a decisão, senão a de remeter-se o respectivo processo ao Juizado Especial Federal.

Ademais, se existe incompatibilidade entre as espécies de autos processuais utilizados na Justiça Federal Comum e nos Juizados Especiais Federais, tal limitação deve ser solucionada pela própria administração da Justiça, buscando os meios operacionais necessários para transformar em virtuais os processos físicos porventura remetidos aos juizados especiais. Neste sentido, aliás, tem sido o entendimento desta egrégia 4ª Turma, conforme se depreende da ementa de acórdão lavrado nos autos da AC nº 433.583-PE, do qual foi relatora a eminente Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, que, por oportuno, ora transcrevo:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CAUSA ORÇADA EM VALOR INFERIOR A SESENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. VALOR DA CAUSA. CORRESPONDÊNCIA À VANTAGEM ECONÔMICA PRETENDIDA. LEI Nº 10.259/01. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. COMPLEXIDADE DA CAUSA. IRRELEVÂNCIA.

I. O objeto da demanda, que cuida de pagamento de diferença de remuneração de caderneta de poupança, decorrente de aplicação de índices de correção monetária, junto à Caixa Econômica Federal, não se encontra entre o rol de vedações constantes do artigo 3º da Lei nº 10.259/01.

II. A ação foi ajuizada em 31.05.2007, além do prazo de três anos que a referida lei, em seu artigo 23, concedeu ao Conselho da Justiça Federal para limitar a competência dos referidos Juizados.

III. É indispensável a fixação do valor do pedido, para que se determine se possível a sua tramitação na Justiça Comum, uma vez que, em sendo inferior a sessenta salários mínimos, a competência do Juizado Especial é inderrogável.

IV. A parte não pode ser prejudicada em razão de particularidade da organização judiciária (processos virtuais nos Juizados), em face do disposto no artigo 219, caput e § 1º, do CPC. Sentença anulada, devendo os autos serem remetidos a um dos Juizados Especiais Federais para processamento e apreciação do mérito da causa. (Grifo atual).

V. Apelação provida.

(Julg. em 15/01/2008, por maioria, vencido o Des. Federal convocado Rogério Fialho)

Não bastassem tais fundamentos, no caso dos presentes autos, outro ponto relevante deve ser levado em consideração, o que diz respeito à possível imposição da prescrição dos títulos pleiteados, como restou defendido pelo (a) apelante, haja vista que esta ação, como tantas outras a ela semelhantes, foi interposta “no apagar das luzes” do prazo para a sua propositura. Em razão deste fato, agora, fosse o (a) autor (a), através de uma nova demanda, pleitear o seu direito em uma das varas do Juizado Especial Federal, estaria fadada a não vê-lo apreciado por aquele juízo, em face da prejudicial de mérito acima citada.

Com estas considerações, dou parcial provimento à apelação para anular a sentença, determinando, todavia, que sejam os presentes autos remetidos ao Juizado Especial Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, a quem compete processar e julgar o pedido inaugural.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 427.224-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(CONVOCADO)
Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
E JOSÉ QUEIROZ DE ARAÚJO
Apelados: OS MESMOS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. JURANDIR PEREIRA DA SILVA E OUTRO
(2º APTE.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DA RMI. APOSENTADORIA ESPECIAL. RETROAÇÃO DA DATA DE INÍCIO DO BENEFÍCIO PARA A DATA DE ENTRADA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE, EM FACE DO RECONHECIMENTO PELO INSS. JUROS DE MORA. TAXA SELIC E MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.180-35/2001. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA DA PARTE

AUTORA. CONDENAÇÃO DO INSS EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 111/STJ.

- Ação Ordinária contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a revisão da Renda Mensal Inicial de benefício previdenciário (aposentadoria especial), no sentido de que seja considerada como nova data de início do benefício o dia 09.10.1991 (data de entrada do requerimento administrativo), e que esta sirva de parâmetro para o recálculo das últimas 36 (trinta e seis) contribuições, com a incidência do disposto no art. 201, § 3º, da Constituição Federal de 1988, c/c o art. 144 da Lei nº 8.213/91 e legislação posterior.

- Houve o reconhecimento por parte do INSS da nova data de início do benefício, que a retificou para 09/10/1991, porém não restou demonstrado nos autos que a autarquia procedeu ao recálculo da nova Renda Mensal Inicial, o que dá direito ao autor à revisão pleiteada na exordial, de acordo com os reajustes determinados pela Lei nº 8.213/91 e legislação posterior, conforme decidido na sentença.

- Exclusão da taxa Selic e condenação nos juros de mora à base de 6% (seis por cento) ao ano, a contar da citação. Há que ser considerada a Medida Provisória nº 2.180-35/2001, já que a ação foi ajuizada após a sua edição. Precedentes do Tribunal e do STJ.

- O autor sucumbiu da parte mínima do pedido (apenas quanto ao pedido de correção monetária do débito pelo IGP-DI, nos anos de 1997, 1999, 2000, 2001 e 2003), devendo, portanto, o INSS ser condenado na verba honorária no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, a teor do parágrafo único do art. 21 do CPC.

- Apelação e remessa oficial providas em parte. -

- Apelo do particular provido.

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 do INSS e à remessa oficial, e dar provimento ao apelo do particular, 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, 3 de abril de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA - Relator
Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(Convocado):

José Queiroz de Araújo ajuizou a presente Ação Ordinária contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em feito a obter a revisão da Renda Mensal Inicial do seu benefício (aposentadoria especial), no sentido de que seja considerada como nova data de início do benefício o dia 09.10.1991, data de entrada do requerimento administrativo, e que esta sirva de parâmetro para o recálculo das últimas 36 (trinta e seis) contribuições, com a incidência do disposto nos arts. 201, § 3º, da Constituição Federal de 1988, c/c o art. 144 da Lei nº 8.213/91 e legislação posterior.

Na sentença, o pedido foi julgado procedente, em parte, para condenar o INSS a: (a) *considerar como data inicial da aposentadoria especial do autor o dia 09.10.1991, para fins de recálculo das 36 (trinta e seis) últimas contribuições a serem utilizadas no período básico de cálculo, que deverão ser corrigidas mês a mês, de acordo com o INPC;* (b) *complementar o valor desse benefício previdenciário com a repercussão financeira da diferença decorrente da revisão promovida nos termos do item anterior* e (c) *pagar-lhe os valores atrasados devidos a título dessa complementação desde 15.05.1997, em face das parcelas anteriores estarem*

atingidas pela prescrição. Condenou, ainda, o INSS, observada a prescrição quinquenal, ao pagamento das parcelas atrasadas, com correção monetária, com base no IGP-DI até 11.01.2003, e juros de mora de 1% da citação (25.6.2002) até 10.01.2003, e a partir daí, pela taxa SELIC (juros e correção monetária). Os honorários advocatícios foram aplicados em sucumbência recíproca.

Na apelação, o INSS sustenta a impossibilidade de retroação da data de início do benefício (DIB), sob a alegação de que procedeu de acordo com a legislação vigente à época da concessão do benefício. Pugna, por último, em caso de manutenção da sentença, no sentido de que seja: a) excluída da sentença a incidência da taxa SELIC como critério de correção; b) reduzida a verba honorária para 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa.

Em suas razões recursais, pugna o autor-apelante pela reforma, em parte, da sentença, para que apenas o INSS seja condenado em honorários advocatícios, ao argumento de que decaiu apenas da parte mínima do pedido, não havendo, pois, sucumbência recíproca, nos termos do parágrafo único do art. 21 do CPC.

O INSS apresentou contra-razões às fls. 265/268, pedindo a manutenção da sentença quanto aos honorários advocatícios estabelecidos.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

É o relatório.

Dispensada a revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(Relator Convocado):

Penso que a sentença deve ser reformada em parte. Vejamos.

Sustenta a autarquia-apelante que não cabe a revisão da RMI do benefício de aposentadoria especial do demandante no sentido de retroagir a data de início do benefício (DIB) para 9 de outubro de 2001, em face de que a aposentadoria foi concedida nos moldes da legislação de regência.

O benefício de aposentadoria especial foi concedido a partir de 01.01.1992 (vide o doc. de fl. 17), sendo correspondente a 100% (cem por cento) do salário de benefício, mediante a apuração de 25 anos, 3 meses e 23 dias de atividade laborativa, quando já em vigor a Lei nº 8.213/91.

Ocorre que a própria autarquia previdenciária fez retroagir a data inicial do benefício, ao retificá-lo para o dia 09/10/1991 (data de entrada do requerimento administrativo), conforme consta do doc. de fl. 15.

E o MM. Juiz *a quo*, atento a este fato entendeu haver o direito de que houvesse o recálculo do mencionado benefício, conforme se colhe do excerto da sentença infra:

No entanto, apesar de constar do referido documento essa retificação, não há quaisquer elementos no procedimento administrativo de fls. 126/180 que indiquem que a RMI do benefício do Autor foi recalculada com base na data de entrada do requerimento administrativo.

Em face do seu enquadramento como segurado empregado e do fato de ter requerido a sua aposentadoria, em 09.10.91, antes de seu desligamento do emprego, em 31.12.1991 (fl. 176), encontra-se incorreta a fixação da DIB de sua Aposentadoria Especial por ser diversa da sua DER, infringindo o disposto no art. 57, § 2º, c/c o art. 49, inciso I, b, ambos, da Lei nº 8.213/91.

Ora, não tendo o INSS conseguido comprovar que efetivou o recálculo da aposentadoria especial, apesar de ter retificado o referido benefício para a data de entrada do requerimento administrativo (09.10.91), faz jus o autor ao recálculo das 36 (trinta e seis) contribuições, com a incidência do disposto no art. 201, § 3º, da Constituição Federal de 1988 c/c o art. 144 da Lei nº 8.213/91 e legislação posterior, conforme decidido na sentença.

No pertinente à condenação imposta ao INSS em juros de mora equivalentes à taxa SELIC, no período posterior à data da citação, creio que a sentença merece ser reformada quanto a este aspecto, pelas razões que passo a expor. Vejamos.

Em primeiro lugar, entendo ser inaplicável, *in casu*, a taxa SELIC, na composição dos juros de mora, vez que, a partir de 11.1.2003,

data em que entrou em vigor o novo Código Civil, o qual dispõe, em seu artigo 406, que a taxa de juros legais deve ser a mesma aplicada para a mora no pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, os juros incidentes sobre as parcelas vencidas devem ser calculados à razão de 1% (um por cento) ao mês, conforme estabelecido no art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

É este, inclusive, o entendimento constante do Enunciado nº 20 da Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (evento este ocorrido no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ).

O referido enunciado segue adiante reproduzido: “20 - Art. 406: a taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% (um por cento) ao mês”.

Confira-se, a propósito, precedente do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. ADMINISTRADORES, AUTÔNOMOS E AVULSOS. TAXA SELIC. ILEGALIDADE. JUROS DE MORA DE 1% AO MÊS, CONTADOS A PARTIR DE JANEIRO DE 1996.

- Determinando a lei, sem mais esta ou aquela, a aplicação da Taxa SELIC em tributos, sem precisa determinação de sua exteriorização quântica, escusado obtemperar que mortalmente feridos se quedam os princípios tributários da legalidade, da anterioridade e da segurança jurídica.

- Fixada a Taxa SELIC por ato unilateral da Administração, além desses princípios, fica também vergastado o princípio da indelegabilidade de competência tributária. Se todo tributo deve ser definido por lei, não há esquecer que sua quantificação monetária ou a mera readaptação de seu valor, bem como os juros, devem ser, também, previstos por lei.

- “A utilização da taxa SELIC como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária; é incom-

patível com a regra do art. 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual dos juros, e pode ser incompatível com o art. 192, § 3º, da Constituição Federal, se resultarem juros reais superiores a 12% (doze por cento) ao ano” (Enunciado 20, aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal).

- Consoante já ficou assentado no julgamento, por esta Segunda Turma, do AGA 404.938/GO, rel. o subscritor deste, julgado em 3.9.2002, a declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora de um tributo altera a natureza jurídica dessa prestação pecuniária, que, retirada do âmbito tributário, passa a ser de indébito para com o Poder Público, e não de indébito tributário.

- É inaplicável aos pedidos de compensação/restituição de tributos declarados inconstitucionais o § 1º do artigo 167 do Código Tributário Nacional e, da mesma forma, a Súmula nº 188 desta egrégia Corte, uma vez que o indébito em questão já não mais possui índole tributária.

- Se na repetição de indébito referente a recolhimentos relativos a tributos válidos os juros moratórios são de 1% ao mês, seria completamente desarrazoado aplicar àqueles fulminados pela inconstitucionalidade, que é o pior vício capaz de macular qualquer ato normativo no Estado de Direito, a taxa do artigo 1.062 do Código Civil, sob pena de se premiar o descumprimento da Constituição em matéria tributária com uma taxa de juros menor.

- Nada obstante os juros moratórios devam ser fixados desde os recolhimentos indevidos, *in casu*, eles somente o foram a partir de janeiro de 1996, por meio da aplicação da indigitada Taxa SELIC pela Corte de origem. Na ausência de recurso da contribuinte, então, este deverá ser o *dies a quo* para a sua incidência.

- Recurso especial parcialmente provido.

- Divergência parcial com o voto proferido pela nobre relatora. (STJ - Superior Tribunal de Justiça, REsp 464.216/SP, Segunda Turma, decisão: 24/08/2004, DJ data: 29/11/2004, página 277, Relator Eliana Calmon).

Este Tribunal, por sua vez, já se pronunciou sobre a matéria:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL. VALIDADE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PRINCÍPIO DO LIVRE

CONVENCIMENTO MOTIVADO. PERÍODO DE CARÊNCIA. ART. 143 DA LEI 8.213/91. INEXIGIBILIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO DA LEI Nº 6.899/81 E LEGISLAÇÃO POSTERIORES. SÚMULA 71 - EXTINTO TFR. INAPLICABILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 111 DO STJ. APLICABILIDADE. TERMO FINAL DAS PRESTAÇÕES VENCIDAS. PROLAÇÃO DA SENTENÇA. JUROS DE MORA NOS TERMOS DO NOVO CÓDIGO CIVIL. TAXA DE 1% AO MÊS, APLICAÇÃO DO ART. 161, § 1º, DO CTN. CUSTAS PROCESSUAIS. DEVIDAS.

(...)

8. A taxa SELIC há de ser aplicada tão-somente nas questões tributárias, de modo a interpretar o art. 406 do NCC à luz do disposto no art. 161, § 1º do CTN. Neste sentido, inclusive já se posicionou o Conselho da Justiça Federal quando aprovou o Enunciado nº 20, segundo o qual, a taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% (um por cento) ao mês.

9. As custas e contribuições judiciais serão reembolsadas afinal pelo vencido, ainda que seja uma das entidades referidas no inciso I, do art. 9º da Lei nº 6.032/74.

10. Apelação e remessa oficial parcialmente providas para excluir da condenação a aplicação da taxa SELIC, bem como, para determinar quanto aos honorários, a aplicação da Súmula 111 do STJ.

(Tribunal - Quinta Região, AC - 339.135/RN, Segunda Turma, decisão: 30/11/2004, *DJ*, data: 17/03/2005, página: 673 - nº 52, Desembargador Federal Petrucio Ferreira).

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DE RURÍCOLA. PROVA DA CONDIÇÃO DA SEGURADA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 111/STJ. JUROS DE MORA. SELIC. INAPLICABILIDADE. ENUNCIADO Nº 20/CJF.

(...)

- Incabível a adoção da SELIC para a apuração dos juros de mora, por afrontar o Enunciado nº 20 do Conselho de Justiça Federal.

(Tribunal - Quinta Região, AC 325.481/RN, Terceira Turma, decisão: 09/10/2003, *DJ*, data: 08/12/2003, página: 184 - nº 237, Desembargador Federal Ridalvo Costa).

Assim, estou em que deve ser afastada a taxa SELIC da condenação em juros de mora imposta ao INSS.

Por outro lado, entendo ser inaplicável o percentual de 1% (um por cento) ao mês, para a condenação em juros de mora, quando restar vencida a Fazenda Pública.

Penso que, apesar do caso em foco se reportar à verba de caráter alimentar, os juros de mora deverão ser aplicados à base de 6% (seis por cento) ao ano, quando se tratar de ações que foram propostas a partir da edição da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001.

A razão de tal pensamento repousa no fato de que, para ações propostas a partir da referida Medida Provisória, serão aplicados juros de mora à base de 6% (seis por cento) ao ano.

Colaciono alguns julgados que se harmonizam com o entendimento ora defendido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. JUROS.DÍVIDA DE NATUREZA ALIMENTAR. JUROS DE MORA. PERCENTUAL DE 6% A.A.MEDIDA PROVISÓRIA 2.180-35, DE AGOSTO DE 2001. INCIDÊNCIA.PRECEDENTES DO STJ. ART. 406, DA LEI N.º 10.406/2002. NÃO APLICAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

I - A Medida Provisória 2.180-35/2001, que acrescentou o art. 1º-F ao texto da Lei nº 9.494/97, somente pode ser aplicada às ações ajuizadas após sua vigência. Tendo sido a ação proposta após à vigência da referida medida provisória, os juros moratórios devem ser fixados no patamar de 6% ao ano. Precedentes. No mesmo sentido, o art. 406 da Lei nº 10.406/2002, por se tratar de norma material, não pode ser aplicado às relações processuais constituídas antes de sua vigência.

II - Agravo interno desprovido.

(STJ - Superior Tribunal de Justiça, AGREsp - 733.095/RS, Quinta Turma, decisão: 24/05/2005, DJ, data: 13/06/2005, página 347, Relator Gilson Dipp).

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. JUROS DE MORA. PERCENTUAL. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97. Proposta a ação após a entrada em vigor da Medida Provi-

sória 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 6% ao ano. Precedentes.

Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - Superior Tribunal de Justiça, AGA - 625.191/RS, Sexta Turma, decisão: 01/03/2005, DJ, data: 16/05/2005, página 433, Relator Paulo Medina).

Infere-se, pois, que tendo sido a ação aforada em 14 de maio de 2002, sendo esta data ulterior à edição da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, resta cabível a fixação de juros de mora, à base de 6% (seis por cento) ao ano, a contar da citação (Súmula 204/STJ).

No tocante à verba honorária, também merece reparo a decisão do primeiro grau.

O autor apela contra o ponto da sentença que aplicou a sucumbência recíproca entre as partes, cujo excerto abaixo transcrevo, *in verbis*:

Em face da sucumbência recíproca ocorrida entre as partes (art. 21, cabeça, do CPC), cada uma das partes arcará com os honorários de seus respectivos advogados, ficando o autor responsável pelas custas iniciais a ele referentes observado o disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50, por ser ele beneficiário da assistência judiciária e não havendo condenação em custas finais quanto ao INSS, por ser ele isento de seu pagamento na forma do art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96.

Ora, não vislumbro tal hipótese, eis que a parte autora decaiu da parte mínima do pedido (apenas quanto ao pedido de correção monetária do débito pelo IGP-DI, nos anos de 1997, 1999, 2000, 2001 e 2003). Assim, fixo a verba honorária em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, a teor do parágrafo único do art. 21 do CPC, observados os limites do contido na Súmula 111/STJ.

Diante do exposto, dou provimento, em parte, à apelação do INSS e à remessa oficial apenas para excluir a taxa Selic dos juros de mora, após a data da citação, e aplicar juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano, a teor da Medida Provisória 2.180-35/2001, e dou provimento ao apelo do autor.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 431.717-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelada: FAZENDA PÉRSICO S/A
Adv./Proc.: DR. RAFAEL MEDEIROS CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE (APDA.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. HABEAS DATA. FALTA DE INTERESSE DE AGIR DA IMPETRANTE. PRELIMINAR REJEITADA. ACESSO A INFORMAÇÕES EXISTENTES NO SISTEMA DE CONTA CORRENTE DE PESSOA JURÍDICA DA RECEITA FEDERAL. POSSIBILIDADE.

- Conquanto devessem ser do conhecimento da impetrante as informações contidas em banco de dados da Receita Federal, tal circunstância não afasta o seu direito de requerer, perante a autoridade administrativo-fiscal competente, a descrição e o detalhamento dos débitos por ela informados e dos pagamentos vinculados em função do vencimento e do tributo. É de afastar-se, portanto, a preliminar de falta de interesse de agir argüida contra a impetrante.

- O direito da impetrante de obter as informações contidas no Sistema de Conta-Corrente de Pessoa Jurídica da Receita Federal- SINCOR, referentes aos seus débitos lançados e aos respectivos pagamentos, encontra amparo no art. 5º, LXXII, alíneas a e b, da Constituição Federal.

- Não há que se falar em quebra de sigilo fiscal, quando é o próprio contribuinte quem requer a divulgação das informações existentes a seu respeito nos bancos de dados governamentais.

- A norma contida no art. 206 do CTN não tem o condão de afastar a obrigação da Receita Federal de disponibilizar ao contribuinte as informa-

ções a ele pertinentes, contidas em seus bancos de dados, dentre os quais, o Sistema de Conta-Corrente de Pessoa Jurídica - SINCOR, cabendo, todavia, à requerente, de posse das referidas informações e após confrontação com os seus registros contábeis, pleitear em juízo, assim queira e se for o caso, a repetição do indébito porventura existente. Precedentes.
- Apelação e remessa oficial, esta tida como interposta, improvidas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 8 de abril de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de apelação interposta pela Fazenda Nacional contra sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, que julgou procedente ação de *habeas data* impetrada pela Fazenda Pésico S/A, objetivando o acesso às anotações contidas no Sistema de Conta-Corrente de Pessoa Jurídica - SINCOR da Receita Federal, referentes ao pagamento de tributos e respectivos créditos por quitação feita a maior ou indevidamente, no período de 1º de janeiro de 1999 a 31 de dezembro de 2000.

Em suas razões recursais, às fls. 218/221, alega a apelante faltar à impetrante interesse de agir, haja vista que as informações contidas na conta-corrente da Secretaria da Receita Federal di-

zem respeito aos débitos e aos respectivos pagamentos vinculados aos tributos, todos do conhecimento da demandante.

Diz, ainda, que o documento que a empresa apelada pretende obter carece de previsão legal, além do que as informações da conta-corrente da SRF não são de domínio público, porquanto são protegidas pelo sigilo fiscal. Requer, assim, a reforma do julgado vergastado.

Sem contra-razões.

Intimado da sentença, o Ministério Público Federal restou silente.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Examinando, inicialmente, a preliminar de falta de interesse de agir da impetrante, suscitada pela ora apelante, verifico que não procedem as suas alegações.

É que, conquanto sejam as informações existentes nos bancos de dados da apelada, por presunção, do conhecimento da impetrante, tal fato não afasta o direito desta de requerer, perante a autoridade administrativa competente, a descrição e o detalhamento dos débitos informados e dos pagamentos vinculados em função do vencimento e do tributo.

Ademais, como bem salientou o douto sentenciante, "(...) pela simples análise das informações prestadas, percebo que a própria autoridade reconhece que não pode fornecer administrativamente, de forma integral, as informações requeridas pelo contribuinte, mormente quanto à destinação dada à arrecadação tributária das cifras constantes no SINCOR, o que cristaliza flagrante resistência quanto aos interesses deduzidos e confere ao impetrante interesse no deslinde da ação".

Afasto, portanto, a preliminar.

Quanto ao mérito, pelo que se depreende do relatório, não há dúvida de que a pretensão deduzida nos presentes autos encon-

tra-se amparada pela Constituição Federal, que, em seu art. 5º, LXXII, assim preceitua:

LXXII - conceder-se-á *habeas data*:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

No tocante à alegação de que o acesso às pretendidas informações encontra óbice no sigilo fiscal, entendo não se adequar à hipótese destes autos, uma vez que, *in casu*, é o próprio contribuinte quem requer a divulgação de ditas informações a seu respeito, constantes do Sistema de Conta-Corrente de Pessoa Jurídica da Receita Federal - SINCOR. A propósito, destaco trecho do *decisum* vergastado, de teor seguinte:

Em outras palavras, a restrição do sigilo fiscal não pode ser oponível àquele que é o seu destinatário e beneficiário, ou seja, o próprio contribuinte.

Por derradeiro, também não procede a alegação da apelante de que a pretensão da impetrante é uma tentativa de burlar o disposto no art. 206 do CTN, que prevê, exclusivamente, a possibilidade de ser expedida a certidão negativa ou positiva com efeito de negativa de débitos perante a Fazenda Nacional.

Em verdade, a norma contida no dispositivo legal por ela invocado (art. 206 do CTN) não tem o condão de afastar a sua obrigação de disponibilizar ao contribuinte as informações a ele pertinentes, contidas em seus bancos de dados, dentre os quais, o Sistema de Conta-Corrente de Pessoa Jurídica - SINCOR. Assim, de posse das referidas informações, após confrontação com os seus registros contábeis, poderá a requerente pleitear em juízo, se for o caso, a repetição do indébito porventura existente.

Neste sentido, aliás, em julgado semelhante ao que ora se examina, entendeu a egrégia 1ª Turma deste Tribunal, consoante se depreende do acórdão lavrado na AC 344.112/PE, cuja ementa traz o seguinte teor:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. *HABEAS DATA*. ACESSO ÀS INFORMAÇÕES DO SISTEMA DE CONTA-CORRENTE DE PESSOA JURÍDICA SINCOR, DA RECEITA FEDERAL. RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS. SIGILO FISCAL. ALCANCE.

1. Apesar das normas de regência se reportarem, especificamente, ao fornecimento, pela Receita, das certidões positiva e negativa de débito e da positiva com efeito de negativa, diante da necessidade de assegurar ao contribuinte o acesso às informações constantes do Sistema de Conta-Corrente de Pessoa Jurídica - SINCOR, da Receita Federal, atinentes ao recolhimento, pela impetrante, de tributos, no período entre janeiro de 1992 e dezembro de 2002, para eventual ajuizamento de ação de restituição de indébito, impõe-se a concessão do *habeas data* impetrado.

2. O sigilo fiscal não é obstáculo ao deferimento do pleito, já que tem por finalidade proteger a privacidade do contribuinte, com relação a terceiros, não servindo para inviabilizar o acesso do próprio contribuinte aos valores dos tributos por ele recolhidos pela sistemática da conta-corrente.

3. Apelação improvida.

(Relator Des. Fed. Élio Siqueira (Auxiliar), unânime, julg. em 25 de novembro de 2004.)

Com estas considerações, nego provimento à apelação e à remessa oficial tida como interposta.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 434.427-RN

Relator: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI
Apelante: VERONICA DA SILVA CUNHA
Apelado: ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
Advs./Procs.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (APTE.), FABIANA FERNANDES PINHEIRO DE MEDEIROS E OUTROS (APDO.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REALIZAÇÃO DE EXAME DE RESSONÂNCIA

MAGNÉTICA DE ARTICULAÇÃO TEMPORO-MANDIBULAR. DOR AGUDA. URGÊNCIA. PRECINDÍVEL A OBSERVAÇÃO DA ORDEM CRONOLÓGICA.

- *“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.* (cf. CF: art. 196).

- *Necessidade de realização do indigitado exame devidamente atestada em laudo médico.*

- *Preterição da ordem cronológica que se justifica em virtude da urgência reclamada pelo quadro clínico da paciente: “... apresenta dor no dente superior esquerdo permanente de forte intensidade que irradia para o ouvido esquerdo”.*

- *“A existência de lista de espera não impossibilita o deferimento da medida de urgência requerida. É que a agravante pode ser submetida à ressonância magnética requerida sem prejuízo dos demais interessados que estejam no seu aguardo, isso se for possibilitado o seu atendimento após a conclusão de todos os exames agendados para o próximo dia disponível para realização de exames dessa natureza. Caso não seja possível a adoção dessa providência, que seja a recorrente encaminhada a uma unidade médica particular onde se submeterá, às expensas do Estado, ao apontado exame”.* (AGTR nº 74.258; Relator Desembargador Federal Francisco Wildo, Diário da Justiça 16.03.2007).

- *Apelação provida, em ordem a determinar a incontinenti realização do exame de ressonância magnética vindicado pela apelante, em estabelecimento público, ou, não sendo isso viável, em estabelecimento particular, às expensas dos apelados.*

- *Inversão dos ônus da sucumbência pro rata.*

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, 15 de maio de 2008 (data do julgamento).

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - Relator

RELATÓRIO

O JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI:

Trata-se de recurso de apelação interposto por Verônica da Silva Cunha em face de sentença proferida pelo MM. Juiz da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, nos autos da Ação Ordinária de nº 2007.84.00.000228-5.

Na sentença, entendeu o Juiz *a quo* não restar comprovada a urgência na realização do exame médico vindicado, de forma a prescindir da observância da ordem cronológica.

Eis o teor da ementa e do dispositivo redigidos para a sentença:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. REALIZAÇÃO DE EXAME DE RESSONÂNCIA MAGNÉTICA DE ARTICULAÇÃO TEMPORO-MANDIBULAR. NÃO COMPROVAÇÃO DE URGÊNCIA. DEVER DE OBEDECER A ORDEM CRONOLÓGICA PARA A REALIZAÇÃO DO EXAME. IMPROCEDÊNCIA.

- A autora não carreou aos autos meio probatório razoável, capaz de atestar a urgência de sua situação, de modo a não obedecer à ordem cronológica para a realização do exame.

- Existem outros pacientes com maior urgência na realização do exame e há mais tempo na lista de espera, sendo necessário obedecer à ordem cronológica e de urgência estabelecida em lista.

- Improcedência do pedido.

[...]

Diante do exposto, julgo improcedente o pedido formulado na inicial.

Condeno a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, ficando a execução suspensa, nos termos do artigo 11, § 2º, c/c o artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

Nas razões da apelação, alegou a recorrente ser “portadora de patologia não identificada que causa intensas e inenarráveis dores em sua dentição há mais de 6 (seis) anos” e “hodiernamente a evolução da doença faz com que as dores irradiem também para a região auricular”, pelo que teria ficado “impossibilitada de laborar, em face de trabalhar como telefonista”.

Proseguiu aduzindo que, a despeito o deferimento da tutela antecipada recursal, nos autos do AGTR nº 74258, “o requestado exame [Ressonância Magnética na articulação temporo-mandibular] ainda não foi efetivado”.

Em defesa da pretensão, asseverou ser o direito à saúde uma garantia de matriz constitucional (cf. CF: art. 196) e afirmou que o “i. Magistrado de primeira instância se outorgou conhecedor de preceitos médicos para se dar ao labor de julgar se o caso clínico da apelante é ou não de urgência”.

Ao final, pugnou pelo provimento do recurso de apelação, para “reformular o i. ato ordinatório de primeiro grau de fls. 104/107, afastando julgamento pela improcedência do pedido autoral e – *ipso facto* – condenando os apelados a realizar a ressonância magnética na articulação temporo-mandibular na apelante”, bem como em custas e honorários advocatícios.

Recurso recebido no duplo efeito (fl. 120).

Às fls. 150/156, o MPF opinou pelo provimento do apelo.

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

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 interposto em face de sentença que julgou improcedente o pedido de preferência na realização do exame de ressonância magnética na articulação temporo-mandibular pleiteado na exordial.

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

Passo, pois, ao exame do mérito.

No que pertine ao *meritum causae*, registro que os pontos suscitados já foram suficientemente deslindados no bojo do AGTR nº 74.258/RN (em decisão de caráter liminar), em sede da qual se exauriu o objeto do presente recurso.

Eis o inteiro teor da decisão proferida no AGTR nº 74.258/RN:

Cuida-se de agravo de instrumento manejado contra decisão da lavra do MM. Juiz Federal da 3ª Vara/RN que, nos autos da Ação Ordinária nº 2007.84.00.000228-5, deferiu tutela antecipada requestada com o propósito de garantir a imediata submissão da autora, ora agravante, ao exame de ressonância magnética de articulação temporo-mandibular essencial ao tratamento da enfermidade dental que a acomete.

O douto julgador monocrático entendeu não existirem razões fundadas hábeis a autorizar a realização do exame referenciado, sem a observância da ordem cronológica de agendamento e prioridade das situações dos pacientes, eis que, muito embora a postulante alegue sofrer de dores em sua dentição há mais de 6 (seis) anos, apenas em 07/12/2006 procurou a Secretaria Estadual de Saúde Pública para agendar a realização do exame solicitado.

A agravante, por seu turno, defende que incorreu em equívoco o nobre magistrado *a quo*, já que apenas vem suportando as incessantes dores em sua dentição porque inadverti-

da e diuturnamente se automedica, fazendo uso dos mais diversos remédios analgésicos. Sustenta que é premente a necessidade de se submeter à apontada ressonância magnética, sabido que somente assim as autoridades médico-odontológicas poderão ter subsídios suficientes para averiguar qual a enfermidade que a acomete por tão longo tempo.

Discorre sobre o direito à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana, estatuídos, respectivamente, nos arts. 196, 5º e 1º, III, da Constituição Federal, para argumentar que é dever do Estado fornecer a todos, indistintamente, tratamento médico adequado como forma de objetivar a redução do risco de doenças e de outros agravos. Trazendo a contexto precedentes jurisprudenciais que afirma ratificarem a tese esposada, requer a imediata concessão do provimento de urgência requestado.

É o que de relevante havia para relatar. Passo a decidir.

De início, saliento que deixo de promover a conversão deste agravo de instrumento em agravo retido – na forma expressamente prevista no art. 527, II, do CPC, com a redação conferida pela Lei nº 11.187/05 –, em razão de vislumbrar os possíveis prejuízos que serão suportados pela recorrente caso se postergue injustificadamente a solução do presente litígio, pois é fato incontroverso que efetivamente necessita submeter-se ao aludido exame para que se possa averiguar qual a enfermidade que a acomete por tanto tempo.

A meu ver, o simples fato de a agravante ter permanecido inerte por longos seis anos não afasta, *per se*, o perigo em aguardar pelo julgamento definitivo da presente demanda, pois quanto mais tempo demorar para submeter-se ao exame considerado imprescindível pelos profissionais que lhe assistem, mais sofrimento terá que suportar. Ademais, parece-me que não há qualquer previsão de quando a recorrente poderia ser submetida à apontada ressonância médica, o que apenas ratifica a urgência apontada nas razões do agravo de instrumento referenciado, dado que a evolução de sua doença, irradiando para a região auricular, termina por prejudicar a sua atividade laboral de telefonista.

Contudo, para que se possa conceder a liminar substitutiva requestada, não basta a presença do perigo da demora, eis que, revestindo-se aquela medida de cunho nitidamente extraordinário, apenas deve ser ministrada quando também

demonstrado de forma inequívoca a relevância da argumentação desenvolvida no recurso.

In casu, entrevejo, ao menos neste juízo de deliberação, característico das tutelas de urgência, a plausibilidade das alegações vertidas pela recorrente. Isso porque se a agravante de fato necessita sujeitar-se ao exame em discussão, penso que não poderia o Estado (*lato sensu*) esquivar-se de seu dever de prestar a devida assistência, sabido que o direito à saúde encontra-se previsto na Constituição Federal, mais especificamente em seu art. 6º, *caput*, como direito fundamental do homem.

Com efeito, a preocupação do legislador constituinte em garantir a todo cidadão o acesso efetivo a um sistema de saúde adequado fê-lo dedicar, dentre outras abordagens transitórias (art. 1º, III, e 5º, *caput*), seção exclusiva a esse tema, no bojo da qual deixa evidenciado ser a saúde direito de todos e dever do Estado. Nesse sentido, confira-se a disposição estatuída no art. 196, que, de modo pontual, inaugura o aludido segmento:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Destaco que o simples fato de ser irreversível o provimento antecipatório requestado não impede, *per se*, a sua concessão. Isso porque, nessas hipóteses em que o julgador está diante de verdadeira “irreversibilidade recíproca”, é possível antecipar a tutela jurisdicional se, sopesados os interesses envolvidos no conflito, constatar-se que o seu indeferimento causará danos de maior monta à parte que a postula, tal qual ocorre no caso em apreço, em que se sabe que a realização do exame em discussão apresenta-se como único meio de investigar a enfermidade que acomete a agravante por tão longo período. Essa, inclusive, é a lição de Alexandre Freitas Câmara, quando de seu comentário ao preceito contido no art. 273, § 4º, do Código de Processo Civil:

“(…) uma interpretação apressada da norma (cf. art. 273, § 4º, do CPC) nos levaria a concluir que, havendo risco de que a antecipação da tutela jurisdicional acarretasse efeitos irreversíveis, tal antecipação seria terminantemente proibida. Esta, porém, não é a melhor

exegese. Isto porque há casos em que o indeferimento da tutela antecipada pode causar um dano ainda mais grave do que seu deferimento.”

Por fim, saliento que a existência de lista de espera não impossibilita o deferimento da medida de urgência requestada. É que a agravante pode ser submetida à ressonância magnética requerida sem prejuízo dos demais interessados que estejam no seu aguardo, isso se for possibilitado o seu atendimento após a conclusão de todos os exames agendados para o próximo dia disponível para realização de exames dessa natureza. Caso não seja possível a adoção dessa providência, que seja a recorrente encaminhada a uma unidade médica particular onde se submeterá, às expensas do Estado, ao apontado exame.

Com essas considerações, defiro o pedido de liminar substitutiva requestado para autorizar, na forma estatuída no parágrafo anterior, a realização do exame de ressonância magnética de articulação temporo-madibular prescrito.

Comunique-se com urgência ao MM. Juiz Federal prolator do ato judicial verberado o inteiro teor desta decisão.

Intimem-se os agravados a apresentar contraminuta no decêndio legal. Publique-se.

Recife, 13 de fevereiro de 2007.

À míngua de motivação legal que justifique a revisão do entendimento, adoto a indigitada decisão como razão de decidir, mercê do caráter judicioso e consistente dos fundamentos esposados.

Sendo assim, e com espeque nas considerações suso expendidas, dou provimento ao recurso de apelação, em ordem a determinar a *incontinenti* realização do exame de ressonância magnética vindicado pela apelante, em estabelecimento público, ou, não sendo isso viável, em estabelecimento particular, às expensas dos apelados.

Inverto, outrossim, os ônus da sucumbência *pro rata*.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 436.204-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelante: GETÚLIO CAMPELO SALVIANO
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. PAULO AMÉRICO MAIA DE VASCONCELOS E OUTROS (APTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA DO ITR COM BASE NO RENDIMENTO DO IMÓVEL (GRAU DE UTILIZAÇÃO). FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. LANÇAMENTO EX OFFICIO VÁLIDO E REGULAR. IMPROVIMENTO DO APELO.

- Caso em que o Fisco, verificando que o imóvel rural pertencente ao contribuinte não desempenhava função social nos padrões previstos na Lei e nas Instruções disciplinadoras do tema, rejeitou o autolançamento do ITR, realizando outro, ex officio, para maior, o qual restou impugnado na presente anulatória.

- As Instruções Normativas que, a partir da Lei, estabelecem tabelas de utilização pecuária das propriedades rurais levam em consideração a região em que o imóvel rural esteja inserido.

- A quantidade de cabeças do rebanho informada pelo apelante, in casu, foi equivalente a 490, valor que, dividido pelo índice legalmente previsto para a região (0,5 cabeça/ha.), importaria uma área diferente daquela declarada, ou seja, 980 ao invés de 1900 hectares.

- A majoração do ITR (efetivada através da elevação da alíquota declarada, que passou de 0,30% para 3,40%) está em conformidade com o disposto no art. 153, VI, § 4º, da CF/88, respeitando, assim, a função social da propriedade rural.

- Não aproveita ao contribuinte o fato de que uma determinada decisão administrativa do conselho

de contribuintes, pretensamente sobre o mesmo imóvel, mas concernente a outro lançamento, tivesse sido adotada em seu favor; caso em que, para além do princípio da relativa independência das instâncias, ainda viceja o primado do livre convencimento motivado.
- 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, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 13 de março de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Getulio Campelo Salviano interpôs recurso de apelação contra a sentença exarada pelo MM. Juiz Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Paraíba, que julgou improcedente o seu pedido, consistente na anulação de lançamento do ITR concernente a determinado imóvel (exercício de 2000).

Ao arrazoar o apelo, o autor aduziu, resumidamente, que o Terceiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda reconheceu, em recurso sobre auto de infração idêntico ao ora em questão, o direito à redução no índice de utilização da área aproveitável em face das condições climáticas da região, e daí o pretenso equívoco em que incorrera o Fisco (bem assim a sentença impugnada) ao lançar *ex officio* o ITR de 2000 (aumentando o valor declarado pelo proprietário do imóvel, posta a nova alíquota encontrada a partir do “correto” grau de utilização do bem).

Há contra-razões.

É breve o relatório.

VOTO

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

A questão cinge-se ao exame de alíquota aplicável na declaração de ITR do exercício de 2000, referente ao imóvel rural “Fazenda Gruta Funda”.

No caso em análise, a Secretaria da Receita Federal, em face das informações do Apelante na DITR (exercício de 2000), elevou, de ofício, nos termos do art. 151 da Lei 9.393/96 e do art. 282 da IN SRF 43/97, a alíquota do ITR, fazendo-o de 0,30% (informada na declaração do contribuinte) para 3,40%, forte no rendimento mínimo previsto na IN/SRF 43/97 para área de localização do imóvel (situado no Município de Algodão de Jandaíra/PB).

É certo que as Instruções Normativas, a partir da Lei, estabelecem tabelas de utilização pecuária das propriedades rurais levando em consideração a região em que o imóvel rural esteja inserido; entendeu-se que a exploração da referida propriedade estaria abaixo dos parâmetros previstos, e daí a majoração da alíquota.

Qual a hipótese fática dos autos?

É que o autor, no ato da declaração, informou que a quantidade de cabeças de seu rebanho era de 490, número este que, dividido pelo índice legalmente previsto para a região (0,5 cabeças/ha.), equivaleria a uma área de 980 hectares, incompatível com a área declarada (de 1900 hectares), levando, assim, ao lançamento de ofício e, em decorrência, ao aumento da alíquota do ITR, que passou de 0,30% para 3,40%, como já se mencionou.

Sobre a questão dos autos, cumpre destacar o princípio constitucional da função social da propriedade, assim disposto no art. 153, VI, § 4º, I, da Constituição da República de 1988:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

VI - propriedade territorial rural;

(...)

§ 4º O imposto previsto no inciso VI do *caput*.

I - será progressivo e terá suas **alíquotas fixadas de for-**

ma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas.

Nesse sentido, trago à colação decisão desta Corte, em que figura no pólo ativo o mesmo autor desta ação, em pendenga de natureza similar (exercício diverso):

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO EMAÇÃO ORDINÁRIA. ELEVAÇÃO, DE OFÍCIO, DA ALÍQUOTA DO ITR COM BASE NO RENDIMENTO MÍNIMO DO IMÓVEL. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.

1. Trata-se de Apelação interposta por Getúlio Campelo Salviano (fls. 154/157), cujo objeto é a reforma da sentença proferida pela Exma. Juíza Federal da 4ª Vara/PB Dra. Cristina Maria Costa Garcez, fls. 139/143, que indeferiu o pedido de desconstituição do auto de infração de ITR, cuja alíquota de 0,30%, declarada pelo apelante, foi elevada para 3,40% pelo Fisco, ao argumento de que o referido lançamento observou a legislação tributária, e a referida alíquota (3,40%) atende às peculiaridades da propriedade rural do autor.

2. No caso, a SRF (fls. 10/11), em face das informações do apelante em sua DITR – exercício de 1999 –, elevou, de ofício, nos termos do art. 154 da Lei 9.393/96 e do art. 285 da IN SRF 43/97, a alíquota do ITR de 0,30%, informada na Declaração, para 3,40%, com base no rendimento mínimo previsto na IN/SRF 43/97 (fl. 101) para área de localização do imóvel, qual seja, o polígono das secas nordestinas, situado no Município de Algodão de Jandaíra/PB, por entender que a exploração da referida propriedade estava abaixo dos parâmetros (fls. 10/11).

3. Eventual majoração do ITR com o fito de fazer cumprir o comando do art. 153, VI, § 4º, da CF/88 (função social da propriedade rural) se operacionaliza por elevação de alíquota, compatível com o tamanho da área aproveitável do imóvel, cujo percentual é obtido pela relação entre a área utilizada e a área aproveitável da propriedade.

4. Sentença mantida também por seus próprios fundamentos.

5. Apelação improvida.

(Tribunal - 5ª Região; classe: AC - Apelação Cível 371.989; processo: 200382010052720; UF: PB; órgão julgador: Primeira Turma; data da decisão: 09/03/2006; documento:

TRF500112414)

Desse modo, não há que se falar em ilegalidade no lançamento do Imposto Territorial Rural, posto que foram atendidas todas as formalidades legais, bem como as peculiaridades existentes no caso concreto, tendo sido legítimo o procedimento tomado pela Receita Federal.

Registro que não aproveita ao contribuinte o fato de que uma determinada decisão administrativa do conselho de contribuintes, pretensamente sobre o mesmo imóvel, mas concernente a outro lançamento, tivesse sido adotada em seu favor; caso em que, para além do princípio da relativa independência das instâncias, ainda viceja o primado do livre convencimento motivado – e não há, nos autos, nada que infirme a legalidade seja da instrução normativa, seja do lançamento dela derivado.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 444.234-PE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelante: MUNICÍPIO DE CATENDE (PE)
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Adv./Proc.: DR. LUIZ OTÁVIO LARANJEIRAS LINS (APTE.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CARGO EFETIVO E EM COMISSÃO. CONVÊNIO. IPSEP. AUSÊNCIA DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. DESCARACTERIZAÇÃO DO REGIME PRÓPRIO. CABÍVEL O RECOLHIMENTO PARA O REGIME GERAL. SAT - SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO. CONSTITUCIONALIDADE. MAJORAÇÃO. LEGALIDADE.

- Devida a cobrança de recolhimento para o Regime Geral da Previdência Social, quando o con-

vênio firmado entre o Município e o IPSEP - Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Pernambuco não consignava a garantia ao benefício da aposentadoria, descaracterizando a existência de regime próprio.

- No que se refere aos servidores comissionados, apenas antes da edição da Emenda Constitucional nº 20/98, quando o Município recolhesse para Regime Próprio de Previdência, não existia a obrigação de recolhimento da contribuição sobre os cargos comissionados para o Regime Geral de Previdência Social. No caso dos autos, pertinente é a cobrança que se refere a período posterior (12/98 a 03/2004) à referida Emenda.

- O SAT incidente sobre a remuneração paga aos segurados empregados é legítimo e a responsabilidade é solidária, podendo a dívida ser cobrada de qualquer um dos sujeitos passivos, indistintamente. Constitucionalidade das Leis 7.787/98 (art. 3º, II) e 8.219/91 (art. 22, II) declarada pelo STF (RE 343.446/SC). Os Decretos 612/92, 2.173/97 e 3.048/94 tiveram sua legalidade declarada pelo STJ (REsp 512.488-GO. Rel: Min. Eliana Calmon. DJ: 24/05/2004).

- No que se refere à aplicação da taxa SELIC, a mesma é cabível a partir de 01.01.1996, englobando a correção monetária e os juros de mora. Sua adoção no âmbito das relações tributárias, a propósito, encontra amparo em nosso ordenamento jurídico a teor do que dispõe o art. 161, §1º, do CTN, o qual autoriza que a taxa de juros moratórios pode ser objeto de lei específica, que, in casu, é a Lei 9.065/95.

- Remessa oficial e apelação improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Fede-

ral da 5ª Região, por unanimidade, em negar 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, 27 de maio de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI -
Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

O Município de Catende (PE) propôs ação ordinária contra o INSS, objetivando a declaração de nulidade da NFLD nº 35.398.118-4, extinguindo-se o débito previdenciário relativo à contribuição previdenciária, no período de 12/98 a 03/2004, incidente sobre a remuneração dos servidores efetivos e comissionados, estes ditos filiados a regime próprio de previdência (IPSEP) e ao SAT, tendo em vista a ocorrência de vícios no procedimento administrativo de lançamento tributário (divergência entre valores da NFLD e o Relatório de Notificação Fiscal). Sucessivamente, na hipótese de não acolhimento do pedido inicial, pugnou pela revisão dos cálculos com exclusão dos juros com base na SELIC e da SAT.

Ao final, a MM. Juíza *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido para declarar como valor devido na NFLD nº 35.398.118-4 R\$ 3.619.829,10 (três milhões, seiscentos e dezenove mil, oitocentos e vinte e nove reais e dez centavos), considerando a ocorrência do erro material apontado. Honorários fixados em um mil e seiscentos reais a serem pagos pelo Município, considerando que a parte ré decaiu de parte mínima. Reexame necessário.

Inconformado, apela o Município, com as razões de fls. 257/263.

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):

De início, ressalto que se cuida de aquilatar a legalidade da cobrança das contribuições previdenciárias frente à determinação sobre a ausência ou não de previsão de pagamento de aposentadorias pela autarquia estadual no Convênio firmado pelo Município com o IPSEP, para fins de identificação de formação de regime próprio previdenciário, afastada a vinculação ao regime geral.

No que se refere aos servidores comissionados, destaco que apenas antes da edição da Emenda Constitucional nº 20/98, quando o Município recolhesse para regime próprio de previdência, não existia a obrigação de recolhimento da contribuição sobre os cargos comissionados para o Regime Geral de Previdência Social. No caso dos autos, a cobrança refere-se a período posterior (12/98 a 03/2004) à referida Emenda.

No que se refere à identificação de formação de regime próprio previdenciário, afastada a vinculação ao regime geral, ressalto que os servidores municipais efetivos do Município apelante contribuem para o Regime de Previdência Municipal (IPSEP) - docs. fls. 158/175, ou seja, estão vinculados a regime próprio, não podendo os mesmos usufruírem dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

Entretanto, da análise da documentação acostada aos autos, mais precisamente do Convênio firmado entre o Município e o IPSEP, constatamos a ausência de previsão de pagamento de aposentadorias pela referida autarquia estadual, o que caracteriza a vinculação dos servidores efetivos ao Regime Geral da Previdência Social.

Senão vejamos, a cláusula terceira, item 3.2, item I, do Convênio de vinculação a regime de seguridade social, firmado entre o ente federativo e o IPSEP, explicitado pelo próprio apelante em seu recurso, que, ao tratar da descrição do objeto do referido Convênio, estipula, *por parte do IPSEP: todos os planos vigentes para a realização de política de Seguridade Social promovida pelo Estado de Pernambuco, nomeadamente: (...) d) previdência social, incluindo pensão e pecúlio, auxílio-reclusão e auxílio natalidade.*

Sobre este ponto muito bem esclareceu o MM. Juiz *a quo*, pelo que transcrevo trecho de sua decisão:

Segundo o entendimento consagrado no âmbito da jurisprudência, a caracterização do regime previdenciário próprio, através da adoção de Convênio, exige: a) estar o ente em dia com as contribuições destinadas a entidade conveniada, no caso, ao IPSEP; b) que tal regime venha a abranger a totalidade do quadro de servidores da pessoa política; c) a previsão mínima dos benefícios de aposentadoria e pensão, além de outros que venha a estipular; d) estejam os servidores sujeitos ao pagamento da contribuição própria, nos termos do art. 149, § 1º, da Constituição Federal.

Cito o disposto no artigo 12 da Lei nº 8.213/91 e 13 da Lei nº 8.212/91, respectivamente, expostos nos seguintes termos:

Art. 12. O servidor civil ocupante de cargo efetivo ou o militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações, são excluídos do Regime Geral de Previdência Social consubstanciado nesta Lei, desde que amparados por regime próprio de previdência social (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99).

Art. 13. O servidor civil ocupante de cargo efetivo ou o militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações, são excluídos do Regime Geral de Previdência Social consubstanciado nesta Lei, desde que amparados por regime próprio de previdência social (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99).

Como visto, a Lei 8.212/91, em seu artigo 13, apenas exclui do Regime Geral da Previdência os servidores públicos que estejam amparados por regime próprio de previdência social, o que não restou caracterizado no caso em tela, sendo devida a cobrança.

Por oportuno, destaco o que preceitua o artigo 149 da CF/88, com a redação que lhe foi dada pela EC nº 41/2003, assim exposto:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas,

como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.

Sobre o assunto, esta egrégia Corte já vem decidindo, a exemplo dos seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ANULAÇÃO DE NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS COBRADAS PELO INSS INCIDENTES SOBRE A REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES MUNICIPAIS OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO. DECADÊNCIA. PRAZO. ART. 173 DO CTN, E ART. 45 DA LEI Nº 8.212/91. RECONHECIMENTO DE PARTE. ART. 337, DO CPC. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE, ANTES DA CF/88, DE ADESÃO A REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL POR PARTE DOS COMISSIONADOS. LEIS ESTADUAIS NºS 7.551/77 E 11.327/96. EXIGÊNCIA DE CONVÊNIO ENTRE A EDILIDADE E O IPSEP. NÃO COMPROVAÇÃO. VINCULAÇÃO AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O SAT - SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO. CONSTITUCIONALIDADE. TR. APLICAÇÃO COMO JUROS DE MORA. PERMISSÃO. INOVAÇÃO EM SEDE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. MULTA. NÃO APLICADA.

1. Ação ajuizada com vistas à anulação de NFLD - Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (com fatos geradores ocorridos de janeiro/90 a setembro/93 e de abril/95 a março/96), ao fundamento de que inexistiria relação jurídica que obrigasse o Município ao recolhimento de contribuições previdenciárias junto ao INSS, incidentes sobre a remuneração de servidores municipais ocupantes de cargos em comissão.

2. A decadência – assim como ocorre com a prescrição –, por ser matéria de ordem pública, pode ser alegada em qualquer momento processual ou grau de jurisdição. An-

tes da edição da Lei nº 8.212/91, que disciplinou a decadência no âmbito das contribuições previdenciárias (art. 45), vigia o entendimento de que a constituição do crédito previdenciário estava sujeita ao prazo decadencial de cinco anos (Súmula nº 108, do extinto TFR, e art. 173 do CTN). O lançamento é regido pela lei vigente no momento da ocorrência do fato gerador da obrigação (art. 144, do CTN). A notificação fiscal de lançamento de débito está datada de 30.06.1997. De seu turno, os débitos em comento se referem ao período de janeiro de 1990 a março de 1996 (com exclusão do período que vai de outubro de 1993 a março de 1995), ou seja, de janeiro de 1990 a setembro de 1993 e de abril de 1995 a março de 1996. Destarte, é de se reconhecer que, neste caso, se verificou a decadência do direito de lançar apenas no tocante à parte dos débitos previdenciários. A partir de 25.07.1991, foi instituído o prazo de dez anos, de modo que esse deve ser respeitado desde então, não havendo que se falar, pois, diante dessa regra e frente à situação concreta, em decadência das parcelas cujos fatos geradores se verificaram quando já vigorante a Lei nº 8.212/91, porquanto não ultrapassado o decênio. Quanto aos débitos anteriores a essa data, o correspondente lançamento deveria obedecer ao quinquênio, de sorte que, em relação a eles, se reconhece o decurso do prazo. Em outros termos, o débito relativo a parcelas não recolhidas pelo contribuinte referentes aos anos de 1990 e 1991, sendo a notificação fiscal datada de 30.06.1997, acha-se atingido pela decadência.

3. Na petição inicial, o ora apelante fez alusão às Leis Municipais nºs 206/90 e 05/83. As duas foram devidamente colacionadas pelo próprio autor. Não houve, pois, violação ao art. 337, do CPC.

4. A contar da EC nº 20/98, os comissionados foram automática e obrigatoriamente vinculados ao regime geral de previdência social (art. 40, parágrafo 13). Antes, contudo, da alteração constitucional, os servidores ocupantes de cargos comissionados poderiam ser excluídos do RGPS, existindo, efetivamente, regime próprio de previdência ao qual tivessem aderido. O Município diz que os comissionados seriam beneficiários, por força de convênio, do IP-SEP (regime próprio), de modo que não caberia falar de recolhimento de contribuição previdenciária ao INSS (regime geral).

5. A Lei Estadual nº 7.551/77, posteriormente alterada pela Lei Estadual nº 11.327/96, dispôs que seriam segurados obrigatórios do IPSEP "os servidores, a qualquer título, dos municípios do interior do Estado, cujas prefeituras mantêm convênio com o IPSEP" (art. 4º, VII).

6. Sendo o convênio entre o Município e o IPSEP requisito formal imprescindível, nos termos da lei de regência, à configuração do regime próprio de previdência, não tendo sido comprovada a sua existência, pela juntada do correspondente instrumento, é de se concluir pela correção dos lançamentos efetuados pelo INSS, atinentes às contribuições previdenciárias para o RGPS.

7. Os dois documentos descritos como "Convênio de Pagamento e Confissão de Dívida" não conferem certeza à existência de convênio de previdência social. A dívida registrada na NFLD compreende o período de janeiro/90 a setembro/93 e de abril/95 a março/96, enquanto os pactos confessórios datam de 01.04.92 e 26.02.93. O primeiro teria vigor até 01.10.92; o segundo, até 26.08.93. Não há notícia de prorrogação ou da assinatura de novos ajustes. De igual modo, não especificam qual a relação jurídica anterior que ensejou a existência de parcelas ditas vencidas, bem como quais as épocas em que deveriam ter sido vertidas. Ambos corporificam reconhecimento de débito junto ao Instituto, embora não esteja claramente especificado a que título. Tais peças, portanto, nada esclarecem em relação à pretensão que o Município busca ver agasalhada.

8. "Certidão de situação" expedida pelo IPSEP não demonstra a presença de convênio, pois se reporta apenas a um dos ajustes de "pagamento e confissão de dívida", deixando, inclusive, de mencionar o outro ajuste confessório, o que poderia levar à ilação de que não estaria havendo o regular cumprimento do pacto firmado em 26.02.93, ou seja, de que não estaria se verificando o recolhimento que o Município afirma efetuar para fins de financiamento do regime próprio. Esse é o panorama que emerge do relatório fiscal, em que constou que "sobre os valores pagos a esses servidores ["ocupantes de cargos comissionados e alheios ao quadro de funcionários da Prefeitura"] não houve o recolhimento da contribuição previdenciária nem para o IPSEP - Instituto de Previdência do Estado de Pernambuco, nem para o INSS - Instituto Nacional de Seguro Social". De igual modo, o documento não revela o quadro de

benefícios que estariam sendo custeados com as contribuições, bem como quais os beneficiários.

9. Além de não enumerados os benefícios que se originariam do alegado regime próprio de previdência social, a leitura da Lei Estadual nº 7.551/77, ainda que com a nova redação atribuída pela Lei Estadual nº 11.327/96, evidencia que não se garante o mais característico de todos os benefícios previdenciários, qual seja, a aposentadoria. Realmente, são indicados, como benefícios realizáveis, pensão, pecúlio, auxílio-reclusão, auxílio-natalidade, assistência-médica, assistência social e assistência financeira. E somente. É sabido que qualquer regime previdenciário deve ofertar, no mínimo, pensão por morte e aposentadoria. Não sendo qualquer deles garantido, é possível asseverar que o regime existe apenas documentalmente, mas não concretamente e, portanto, não pode arredar situação efetivamente existente.

10. Em nenhum momento restou demonstrado que a edibilidade reverteu ao IPSEP contribuições atinentes a todos os servidores ocupantes de cargos em comissão. As guias de recolhimento juntadas não são esclarecedoras.

11. “As Leis 7.787/89, art. 3º, II, e 8.212/91, art. 22, II, definem, satisfatoriamente, todos os elementos capazes de fazer nascer a obrigação tributária válida. O fato de a lei deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de ‘atividade preponderante’ e ‘grau de risco leve, médio e grave’, não implica ofensa ao princípio da legalidade genérica, CF, art. 5º, II, e da legalidade tributária, CF, art. 150, I” (STF, Pleno, RE 343.446/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 20.03.2003, *DJ* de 04.04.2003, p. 40).

12. Admite-se a utilização da TR como juros de mora – não como correção monetária –, em virtude da nova redação dada ao art. 9º da Lei nº 8.177, de 01.03.1991, pelo art. 30 da Lei nº 8.218, de 29.08.1991. Sobre a matéria, o apelante alegou também em suas razões recursais que “ainda que houvesse sido utilizada como taxa de juros remuneratórios, a TR fora aplicada pela Autarquia recorrida para a remuneração de crédito cuja origem é posterior a dezembro de 1991, o que é ilegal”. Essa argumentação, entretanto, não pode ser conhecida, porquanto é evidente a inovação recursal, não tendo sido ela objeto de consideração na petição inicial. Ainda que assim não fosse, o fato é que a TR apenas foi aplicada até dezembro de 1991.

13. Não procede a insurgência da Municipalidade contra multa que, em verdade, não lhe foi aplicada.

14. Pelo parcial conhecimento da apelação.

15. Pelo parcial provimento da remessa necessária (tida por interposta) e da apelação (na parte conhecida), apenas para reconhecer a decadência do direito de lançar as contribuições atinentes ao período anterior a 25.07.91.

(AC 341.385-PE, DJ 21/02/2005, Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti)

ACÇÃO CAUTELAR. EXPEDIÇÃO DE CND. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDORES MUNICIPAIS. PARTICIPAÇÃO EM TESE DE REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO. OBRIGATORIEDADE DE VINCULAÇÃO AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PARA O INSS.

- Não tendo a lei municipal instituidora do Regime Jurídico Único criado regime especial de previdência social próprio, e tendo o estatuto, superveniente, vinculado o servidor ao regime especial estadual, somente através de convênio com a entidade estadual gestora estaria desobrigado o município de contribuir para o Regime Geral de Previdência Social.

- Circunstância improvada pela não apresentação do instrumento de convênio.

- Ausência de *fumus boni juris*.

- Improvimento da remessa oficial.

(REO 296.676-PE, DJ 04/04/2003, Relator Desembargador Federal Alcides Saldanha - convocado)

Quanto à contribuição para o SAT, incidente sobre a remuneração paga aos segurados empregados, observo que esta é legítima e que a responsabilidade é solidária. Assim, a dívida pode ser cobrada de qualquer um dos sujeitos passivos, indistintamente, razão pela qual não pode o município se eximir da responsabilidade do pagamento da referida exação.

O Pleno desta Corte já se pronunciou acerca da matéria:

ACÇÃO RESCISÓRIA AJUIZADA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. CONTRIBUIÇÃO SEGURO DE ACIDENTE DE TRABALHO - SAT. DEFERIMENTO DO PEDIDO. AGRAVO REGIMENTAL.

- Acção rescisória desafiada pelo INSS ao fito de rescindir

acórdão que declarou ser inconstitucional a cobrança do SAT - Seguro Acidente de Trabalho, prevista no artigo 22, II, da Lei nº 8.212/91.

- Tutela antecipada deferida sob o fundamento de que este Tribunal, filiado ao entendimento emanado do Pretório Excelso, posicionou no sentido de que a cobrança do SAT, está devidamente prevista na Norma Constitucional (art. 195), não havendo necessidade de que sua instituição ocorra através de lei complementar (RE nº 343.446/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. em 20/03/2003, publ. *DJ* de 04/04/2003).

- Presentes a verossimilhança da alegação do INSS, assim como o perigo do dano de difícil reparação em desfavor da Previdência Social.

- Agravo Regimental improvido.

(Agravo Regimental na AR 4.896/AL, Rel. Desembargador Federal convocado Ivan Lira de Carvalho, *DJ* 09/11/04, pág. 441).

No tocante à legalidade da majoração das alíquotas do SAT, o STJ também já entendeu pela sua ocorrência, conforme passo a transcrever:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO . SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO. SAT.

1. O STF, no RE 343.446/SC, concluiu pela constitucionalidade da exação, nos termos das Leis 7.787/98 (art. 3º, II) e 8.219/91 (art. 22, II).

2. Os Decretos 612/92, 2.173/97 e 3.048/94, nos quais se estabeleceram os graus de risco, foram considerados pelo STJ de plena legalidade.

3. A Lei 9.732/98, alterando o art. 22 da Lei 8.212/91, destinou parte da contribuição do SAT para o financiamento das aposentadorias especiais.

4. A Lei 9.732/98 anulou a alíquota da contribuição para o SAT sem macular o sistema, sendo de absoluta legalidade a majoração.

5. Recurso especial improvido.

(REsp 512.488-GO. Rel. Min. Eliana Calmon. *DJ*: 24/05/2004).

No que diz respeito à aplicação da taxa SELIC, entendo que a mesma é cabível a partir de 01.01.1996, englobando a correção monetária e os juros de mora. Sua adoção no âmbito das relações

de natureza tributária, a propósito, como no caso de contribuições previdenciárias, encontra amparo em nosso Ordenamento Jurídico a teor do que dispõe o art. 161, §1º, do CTN, o qual autoriza que a taxa de juros moratórios pode ser objeto de lei específica, que, *in casu*, é a Lei 9.065/95.

Neste sentido, cito o seguinte julgado do egrégio STJ:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CDA. LIQUIDEZ E CERTEZA. SÚMULA 07/STJ. CONTRIBUIÇÕES PARA O SAT E SEBRAE. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL PELA CORTE DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DO APELO ESPECIAL. TAXA SELIC. APLICABILIDADE. HONORÁRIOS. DESISTÊNCIA DA AÇÃO. CABIMENTO. PRECEDENTES.

1. A revisão do entendimento assentado pela Corte de origem, quando da análise dos requisitos de validade da Certidão da Dívida Ativa, exige para formação de conclusão diversa que se examina o substrato probatório dos autos. Incidência da Súmula 07/STJ.

2. As questões vertentes às contribuições do SAT e SEBRAE foram decididas à luz da interpretação da norma constitucional, de modo que o exame da matéria, no âmbito do apelo especial, enseja a usurpação da competência atribuída ao STF pelo art. 102, II, da CF de 1988.

3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que não há óbice para aplicação da Taxa SELIC, no campo tributário, a partir da edição da Lei nº 9.250/95, bem como quanto ao cabimento da verba honorária nos casos de desistência por adesão ao PAES.

4. Precedentes, dentre vários: REsp 529.502/SC, Rel. Min. Franciulli Netto, *DJ* de 16/05/2005, REsp 586.081/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* 02/05/2005, REsp 529.079, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ* 07/03/2005, AgRg no Ag 65.6847, Rel. Min. Teori Zavascki, *DJ* 16/05/2005.

5. Agravo regimental não-provido.

(AGA 806.262 Processo: 200601831606 RS, *DJ* 19/04/2007, Relator Ministro José Delgado)

Sobre o assunto, esta Quarta Turma também já possui pronunciamentos, a exemplo do seguinte:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TAXA SELIC.

- Não há falar em capitalização dos juros mês a mês na SELIC a constituir anatocismo, pois a forma de acumulação da SELIC se dá mediante o somatório dos percentuais mensais, e não pela multiplicação dessas taxas de forma a caracterizar caso de anatocismo, vedado em lei (art. 167, parágrafo único, do CTN). (TRF/4ª Região, 1ª Turma; AC 2004.71.07.003309-0/RS; DJU 10/05/2006, p. 575; Relator Vilson Darós). Multa moratória no percentual de até 20%, a teor do disposto no art. 59 da Lei nº 8.383/91. Incidência, na espécie, por ter o débito previdenciário natureza jurídica de tributo. Legislação mais benéfica ao devedor (Recurso Especial nº 649.957-SP. Min. Eliana Calmon). Embargos de declaração da empresa parcialmente providos, sem conferir efeitos modificativos e do INSS improvidos. (AC 391.362/02/RN, DJ02/10/2007, Relator Desembargador Federal Lázaro Guimarães)

Diante do exposto, nego provimento à remessa oficial e à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 3.874-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, LUIZ CARLOS RODRIGUES
Apelados: OS MESMOS
Def. Público: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO E OUTROS

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES INTERPOSTAS PELA ACUSAÇÃO E PELA DEFESA. TENTATIVA DE ESTELIONATO. DOSIMETRIA DA PENA. DESOBEDIÊNCIA AO SISTEMA TRIFÁSICO. HOMENAGEM AOS PRINCÍPIOS DA ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAIS. DESNECESSIDADE DA BAIXA DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM. REELABORAÇÃO DA REPRIMENDA PELO TRIBUNAL. PRIN-

CÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. JUSTIÇA GRATUITA. POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO NAS CUSTAS JUDICIAIS. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PREVISTAS NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. ELEIÇÃO DO REGIME SEMI-ABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA.

- A sentença vergastada, ao proceder à dosimetria da pena, não obedeceu à ordem do sistema trifásico, encastelado no art. 68, caput, do Código Penal, à medida que o MM. Magistrado de Primeiro Grau, após fixar a pena-base (CP, art. 59), inverteu a segunda e a terceira fases da quantificação da reprimenda, aplicando, primeiro, a redução decorrente da causa de diminuição (tentativa), e, em seguida, a causa de aumento prevista no art. 171, § 3º, para, só então, aplicar a atenuante da confissão (CP, art. 65, inciso III).

- Entretanto, em homenagem aos princípios da economia e celeridade processuais, é permitido ao Tribunal reelaborar a dosimetria da pena, evitando-se desnecessária e prejudicial baixa dos autos ao juízo de origem.

- O Superior Tribunal de Justiça já firmou jurisprudência no sentido de que o réu, ainda que beneficiário da assistência judiciária gratuita, deve ser condenado ao pagamento das custas processuais nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, ficando, contudo, seu pagamento sobrestado, enquanto perdurar seu estado de pobreza, pelo prazo de cinco anos, quando então a obrigação estará prescrita, conforme determina o art. 12 da Lei nº 1.060/50 (REsp 842.393/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, decisão unânime da Quinta Turma, em 20 de março de 2007).

- Os valores pretendidos pelo apelante, superio-

res a um mil e duzentos reais, não autorizam seja invocado o princípio da insignificância, pois ultrapassam consideravelmente o salário mínimo vigente na época dos fatos, patamar que sempre foi reconhecido pela jurisprudência como o que melhor delimita o chamado crime de bagatela (STJ, HC 9.199/MG, Rel. Min. Felix Fischer, decisão unânime da Quinta Turma, em 17 de junho de 1999).

- Uma vez verificado que as circunstâncias judiciais encasteladas no art. 59 do Código Penal são desfavoráveis ao réu, mostra-se inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por restarem inexoravelmente desatendidos os requisitos subjetivos previstos no art. 44, inciso III, do CP. Precedente (TRF-1ª Região, ACR 200401000379420/PA, Rel. Des. Ítalo Fioravante Sabo Mendes, decisão unânime da Quarta Turma, em 3 de julho de 2007).

Fixação do regime prisional semi-aberto para o início do cumprimento da pena, em consonância com o disposto no art. 33, § 3º, do CP.

Preliminar de nulidade da sentença rejeitada. No mérito, apelação do réu parcialmente provida, reduzindo a pena privativa de liberdade ao patamar de um ano, dois meses e seis dias de reclusão.

- Apelação do Ministério Público provida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade da sentença e, no mérito, dar parcial provimento à apelação interposta pelo réu e provimento à apelação manejada pelo Ministério Público Federal, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 12 de junho de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Apelações criminais desafiadas pelo Ministério Público Federal e pelo réu Luiz Carlos Rodrigues, em contrariedade à sentença do MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, proferida em sede da ação penal 2003.83.00.012095-0.

A denúncia atribuiu ao réu a prática de tentativa do crime de estelionato (CP, art. 171, c/c. art. 14, inciso II), por haver, no dia 17 de abril de 2000, em companhia de Lucinalva Silva dos Santos, comparecido à agência da Caixa Econômica Federal localizada na Avenida Agamenon Magalhães, nesta Capital, perseguindo sacar valores da conta vinculada do FGTS de José Francisco da Silva, supostamente morto. Entretanto, foram presos em flagrante, após receberem indevidamente a quantia de um mil, duzentos e noventa e quatro reais e trinta e oito centavos.

A sentença acolheu a exordial acusatória, condenando-o à pena de um ano e quatro meses de reclusão, além de sessenta dias multa, no valor unitário de um trigésimo do salário mínimo vigente na época dos fatos. Outrossim, por encontrar condições favoráveis, determinou a substituição da indigitada pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consubstanciadas em prestação de serviços a entidade assistencial e proibição de freqüentar bares e locais onde se venda bebida alcoólica, ambas a serem cumpridas durante o mesmo tempo de duração da reprimenda.

Em suas razões recursais, fls. 376-396, o *Parquet* assevera a insuficiência da substituição do encarceramento por restritivas de direito, à vista da norma engaiolada no art. 44 do Código Penal, uma vez que o réu teve valoradas contra si, quando da fixação da pena-base, quatro circunstâncias judiciais (CP, art. 59). Requer, ademais, seja fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da sanção cominada.

O réu, no seu apelo, fls. 415-424, invoca o princípio da insignificância, ataca a dosimetria da pena e pugna pela isenção das custas judiciais, visto ter sido representado pela Defensoria Pública da União.

Contra-razões apresentadas por ambas as partes, fls. 400-406 e 427-440.

Subiram os autos a esta instância revisora, donde foram ao *custos legis*, que opinou pelo provimento parcial do recurso da defesa e provimento total do apelo ministerial.

É o relatório.

Encaminhar o feito ao douto Revisor, para os fins do art. 222 do RITRF-5ª Região.

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

Antes de passar ao mérito dos recursos interpostos por ambas as partes, observo que a sentença vergastada, ao proceder à dosimetria da pena, não obedeceu à ordem do sistema trifásico, encastelado no art. 68, *caput*, do Código Penal, assim descrito: a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Deveras, a leitura do dispositivo sentencial, fl. 359, mostra que o MM. Magistrado de Primeiro Grau, após fixar a pena-base (CP, art. 59), inverteu a segunda e a terceira fases da quantificação da reprimenda, porquanto procedeu, primeiro, à redução decorrente da causa de diminuição (tentativa), aplicando, em seguida, a causa de aumento prevista no art. 171, § 3º, para, só então, aplicar a atenuante da confissão (CP, art. 65, inciso III).

Esta inversão, que acarreta inexorável diferença no apurado final do montante da sanção, implica, forçosamente, a impossibilidade do conhecimento do mérito das irresignações, à medida que ambas atacam aspectos da dosimetria da pena e de seus efeitos, rediscutindo, inclusive, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, o que somente poderá ser avaliado depois de realizada a quantificação corretamente.

Nos casos quejandos, a jurisprudência pátria, homenageando o direito à individualização da pena, assegurado no art. 5º, inciso

XLVI da Carta Magna, vem declarando a nulidade do veredicto, determinando, outrossim, o retorno dos autos à instância jurisdicional *a quo*.

Assim já decidiu o colendo STJ, em feito de grande similitude, donde colho os seguintes excertos: hipótese em que houve uma inversão de fases na dosimetria da reprimenda, pois o Juiz *a quo*, após fixar a pena-base, aplicou o aumento pela continuidade delitiva e, somente depois, considerou a atenuante da menoridade. Evidenciado o desrespeito ao método trifásico de aplicação da pena e o evidente prejuízo ao réu, deve ser determinada a correção da reprimenda (HC 39.380/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, decisão unânime da Quinta Turma, em 3 de março de 2005).

No mesmo sentido, vale trazer a lume precedente do e. TRF-3ª Região, orientando ser nula a sentença que, na dosimetria da pena, engloba em uma única fase as circunstâncias judiciais e a agravante genérica da reincidência, deixando de observar o sistema trifásico, previsto no artigo 68, *caput*, do Código Penal (...). Apelação provida para decretar a nulidade da sentença, devolvendo o feito à instância de origem para que outra seja prolatada (ACR 10.177, Rel. Des. Theotonio Costa, decisão unânime da Primeira Turma, em 3 de outubro de 2000).

Forte nessas considerações, declaro, de ofício, a nulidade da sentença recorrida, no pertinente à dosimetria da pena, determinando o retorno dos autos ao juízo de origem, para que outra seja prolatada.

Julgo prejudicadas ambas as apelações.

É como voto.

VOTO MÉRITO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

Levada de vencida a preliminar, passo ao exame do mérito das inconformidades.

O conjunto probatório coligido aos autos comprova cabalmente a prática tentada do crime de estelionato ora perquirido (CP, art. 171, c/c. art. 14, inciso II).

O réu, Luiz Carlos Rodrigues, vulgo *gringo*, foi preso em flagrante, no dia 17 de abril de 2000, na agência da Caixa Econômica Federal localizada na Avenida Agamenon Magalhães, nesta Capital, juntamente com Lucinalva Silva dos Santos, após receber indevidamente a quantia de um mil, duzentos e noventa e quatro reais e trinta e oito centavos.

A autoria e a materialidade do ilícito são estremes de dúvidas, até porque o réu confessou seus atos por ocasião do interrogatório, fls. 204-205, declarando *ser verdade o que consta da denúncia; que foi ele quem falsificou a documentação e foi até a CEF com a acusada Lucinalva Silva dos Santos para tentar receber o valor do FGTS; que ela chegou a receber do caixa, mas foi detida juntamente com o depoente e presos em flagrante.*

Por outro lado, a doutrina majoritária admite a existência da forma tentada do crime de estelionato, bastando, para isso, que o agente obtenha a *vantagem econômica indevida, em prejuízo de outrem, ou seja, quando a coisa passa da esfera de disponibilidade da vítima para a do agente* (MIRABETE, Julio Fabbrini, *Código Penal Interpretado*, editora Atlas S.A., 1999, SP, p. 1104).

E isto, de fato, ocorreu, porquanto o ora recorrente chegou a receber a vantagem ilícita, todavia, a consumação do delito restou frustrada por circunstâncias alheias à sua vontade. Isso porque a gerência da Caixa Econômica, previamente ciente das intenções ilícitas dos denunciados, que haviam lá comparecido dias antes perseguindo o malsinado objetivo, já havia acionado o Departamento da Polícia Federal para efetuar a prisão logo após o saque, providência que logrou êxito inteiramente.

Ademais, os valores pretendidos pelo apelante, superiores a um mil e duzentos reais, não autorizam seja invocado o princípio da insignificância, pois ultrapassam consideravelmente o salário mínimo vigente na época dos fatos, patamar que sempre foi reconhecido pela jurisprudência como o que melhor delimita o chamado *crime de bagatela* (STJ, HC 9.199/MG, Rel. Min. Felix Fischer, decisão unânime da Quinta Turma, em 17 de junho de 1999).

Quanto à dosimetria da pena, a sentença esgrimida deve ser reformada, em razão dos motivos já enumerados no Voto Prelimi-

nar. Destarte, atento às diretrizes encasteladas no art. 68 do CP, procedo a nova quantificação da reprimenda.

De início, observo que o MM. Magistrado sentenciante agiu bem ao exacerbar a pena-base do seu mínimo legal, tendo em vista que as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59, *caput*, do CP, em tudo não recomendam o réu. Com efeito, há provas cabais de que ele obtém seu sustento da atividade criminosa, já que responde a diversos processos criminais por fatos da mesma natureza, inclusive, fora condenado por estelionato mais de uma vez.

Agiu premeditadamente, comparecendo àquela agência bancária duas vezes, imbuído da intenção de consumir o ilícito. É, pois, inequivocamente movido pela cupidez e desrespeito a seus semelhantes, e sua vida não demonstra qualquer temor quanto ao peso das sanções legais.

Aplico, em seguida, a atenuante da confissão (CP, art. 65, inciso III, alínea *d*), diminuindo a sanção em um sexto, perfazendo, assim, um ano e oito meses de reclusão. Não obstante o réu tenha antecedentes, era tecnicamente primário à época dos fatos ora apenados, razão pela qual deixo de aplicar a agravante da reincidência.

Outrossim, reduzo a cominação em um terço, por se tratar de crime tentado (CP, art. 14, parágrafo único), consignando expressamente que esta redução deve ficar no mínimo legal, em função de o *iter criminis* ter se exaurido completamente, apenas não se verificando o resultado nefasto esperado por causas alheias à vontade do agente. Fica, então, a pena, neste momento, em dez meses e vinte dias de reclusão.

Por fim, elevo a cominação em um terço, em decorrência da causa de aumento prevista no art. 171, § 3º, do CP, chegando ao total de **um ano, dois meses e seis dias de reclusão**, pena que torno definitiva. Destaque-se que, não obstante a controvérsia a respeito da aplicação desta causa de aumento ao presente caso, a jurisprudência vem decidindo que *na hipótese de saque dos recursos do FGTS mediante fraude, é perfeitamente aplicável a causa de aumento prevista no § 3º do artigo 171 do Código Penal, pois a infração foi praticada em prejuízo de entidade de direito público, eis que esses valores são de responsabilidade da União, figurando o*

Ministério da Ação Social e a Caixa Econômica Federal na posição de gestor e operador dos mesmos, respectivamente (art. 7º da Lei n. 8.036) (TRF-3ª Região, ACR 200304010009025/SC, Rel. Des. Élcio Pinheiro de Castro, decisão unânime da Oitava Turma, em 10 de agosto de 2005).

Quanto às custas judiciais, em matéria penal, o *Superior Tribunal de Justiça já firmou jurisprudência no sentido de que o réu, ainda que beneficiário da assistência judiciária gratuita, deve ser condenado ao pagamento das custas processuais nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, ficando, contudo, seu pagamento sobrestado, enquanto perdurar seu estado de pobreza, pelo prazo de cinco anos, quando então a obrigação estará prescrita, conforme determina o art. 12 da Lei n. 1.060/50 (REsp 842393/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, decisão unânime da Quinta Turma, em 20 de março de 2007).*

Forte nessas considerações, dou parcial provimento ao apelo do réu, apenas para reduzir a pena ao supra referido montante de um ano, dois meses e seis dias de reclusão.

No tocante ao recurso interposto pelo Ministério Público Federal, novamente perfilho o entendimento jurisprudencial majoritário, que orienta que *a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos deve atender aos requisitos objetivos e subjetivos elencados no art. 44 do Código Penal. Assim, considerando que as circunstâncias judiciais delineadas na respeitável sentença condenatória são, na sua maioria, desfavoráveis ao réu, não se apresenta juridicamente possível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, na forma como determinado pelo MM. Juízo Federal a quo, por não atendidos os requisitos subjetivos para tanto exigidos (TRF-1ª Região, ACR 200401000379420/PA, Rel. Des. Ítalo Fioravante Sabo Mendes, decisão unânime da Quarta Turma, em 3 de julho de 2007).*

E, conforme registrado linhas acima, o réu teve valoradas contra si todas as circunstâncias judiciais erigidas no art. 59, *caput*, do CP, razão pela qual lhe deve ser negado o benefício da substituição.

Pelos mesmos motivos, não faz jus à suspensão da pena (*suris*), uma vez que o art. 77, inciso II, do CP exige, a título de condi-

ção subjetiva, o preenchimento de idênticas circunstâncias para o deferimento do benefício, *in verbis*: art. 77. *A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2(dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: (...) II- a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício.*

Ainda em atendimento ao pleito ministerial, fixo o regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena, até porque, na forma do art. 33, § 3º, do CP, as mesmas circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, do CP, devem ser levadas em consideração para estabelecer o regime prisional.

Com essas considerações, dou provimento à apelação do Ministério Público Federal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.260-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE
Apelante: MARIA DE NAZARÉ SARRAF
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 33 C/C O ART. 40, I, DA LEI 11.343/2006. PROVAS SUFICIENTES DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DELITIVA. CRIME PERMANENTE. COMPETÊNCIA INDISCUTÍVEL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO, POR PREVENÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 71 DO CPP. ESCORREITA FUNDAMENTAÇÃO DA APLICAÇÃO DA PENA-BASE, COM A VALORAÇÃO DE TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PREVISTAS NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. RÉ QUE NÃO TROUXE FATOS NOVOS AOS AUTOS COM SUA CONFISSÃO, QUE APE-

SAR DE ESPONTÂNEA, NÃO DEVE SER RECONHECIDA COMO CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE, NOS TERMOS DO ART. 65, III, D, DO CÓDIGO PENAL. RELATOR VENCIDO NESTE PARTICULAR. OBRIGATORIEDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, INCISO IV, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. FIXAÇÃO DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. DESCABIMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, I, DA LEI 8.072/90. APELO CRIMINAL CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

- Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a sentença a quo, proferida pelo MM. Juízo Federal da 13ª Vara Federal de Pernambuco, que condenou a recorrente pela prática do crime de tráfico internacional de drogas, tipificado no art. 33, caput, c/c o art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006, fixando uma pena privativa de liberdade de 7 (sete) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, além de sanção pecuniária no valor de 700 (setecentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

- A peça acusatória externa claramente que a apelante foi presa por estar transportando/trazendo consigo, pela via da ingestão de cápsulas de cocaína, substância entorpecente. Na referida modalidade, o delito tem caráter permanente, fixando-se a competência pela prevenção, nos termos do art. 71 do Código de Processo Penal. Preliminar de incompetência da Seção Judiciária de Pernambuco que se rechaça.

- A materialidade do crime exsurge extreme de dúvida da leitura do laudo preliminar de contestação de fls. 07/08 e dos laudos de exame em substância de fls. 50/54 e 55/59, todos constantes do inquérito policial em apenso.

- A autoria, por sua vez, está evidenciada pelo

teor do auto de prisão em flagrante de fls. 02/06 (apenso), do auto de qualificação e interrogatório de fls. 35-37 (apenso), do auto de apresentação e apreensão de fls. 33/34 e dos registros constantes da audiência de instrução e julgamento (fls. 66/73), com destaque especial para a confissão judicial da acusada (fls. 69/71).

- A agente tratou apenas de admitir os fatos que eram inquestionáveis nos autos, para futuramente valer-se do benefício legal. Assim, não se deve aplicar à pena a atenuante inculpada no art. 65, III, d, do CP, devendo a pena privativa de liberdade definitiva ser de 6 (seis) anos de reclusão, e multa de 600 dias-multa, fixado o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, vencido o Relator neste particular.

- A ré faz jus à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, já que é primária e possui bons antecedentes. No tocante aos requisitos de não integrar organização criminosa e não se dedicar às atividades delituosas, observa-se, de uma leitura atenta dos autos, que também não há qualquer elemento de prova a demonstrar que a mesma se dedique a atividades ilícitas ou mesmo faça parte de uma quadrilha, apenas tendo restado esclarecida a sua participação única nas atividades delinqüentes, na condição de “mula”, ou seja, de pessoa que transportaria, eventualmente, a droga até o seu destino final, recebendo uma contraprestação pecuniária.

- Possibilidade de progressão do regime prisional, diante da inconstitucionalidade da previsão inculpada no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, fixando-se-lhe em inicialmente fechado.

- Apelo criminal conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao apelo criminal, na forma do relatório, voto e das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 6 de março de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE:

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Maria de Nazaré Sarraf contra a sentença *a quo*, proferida pelo MM. Juízo Federal da 13ª Vara Federal de Pernambuco, que a condenou pela prática do crime de tráfico internacional de drogas, tipificado no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006, fixando uma pena privativa de liberdade de 7 (sete) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, além de sanção pecuniária no valor de 700 (setecentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Nas razões do recurso de apelação interposto pela ré, às fls. 114-124, foi alegado pela defensoria pública: (a) a incompetência do Juízo Federal da Seção Judiciária de Pernambuco para processamento e julgamento do caso; (b) erro na dosimetria da pena, já que a pena-base foi aplicada em 1 (um) ano acima do mínimo legal; (c) necessária aplicação da atenuante de confissão espontânea; (d) necessária aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, já que apenas agiu como “mula”.

Contra-razões oferecidas pelo Ministério Público Federal, às fls. 129-140.

Instado, o *Parquet* Regional opinou pelo provimento parcial da

apelação criminal, com o necessário reconhecimento da circunstância atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do CP e da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, vedada a conversão da reprimenda final em penas restritivas de direitos (art. 44 da norma supracitada) e a necessária fixação do regime inicial fechado – e não integralmente fechado – possibilitando-se, assim, a progressão do regime prisional.

É o relatório.

Ao douto revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE (Relator):

Reputando presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço do apelo criminal interposto pela Defesa.

Inicialmente, informo que o STJ já decidiu que não há nulidade em o magistrado acolher motivação deduzida pelo Ministério Público Federal. Confira-se o precedente:

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. **FUNDAMENTAÇÃO. ADOÇÃO DA MOTIVAÇÃO MINISTERIAL. POSSIBILIDADE.**

1. A toda evidência, a fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.

2. Tal fundamentação, para mais, deve ser deduzida em relação necessária com as questões de direito e de fato postas na pretensão e na sua resistência, dentro dos limites do pedido, não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação não raramente com fatos e juízos abstratos, inidôneos à incidência da norma invocada.

3. Nenhuma ilegalidade há em que adote o juiz, ao acolhê-lo, a motivação deduzida pelo Ministério Público em pedido de decretação de custódia cautelar,

irrazoável, até, que seria exigir-se a sua reprodução nos mesmos autos, absolutamente desnecessária, mormente quando a compreende de modo sustentado.

4. O *habeas corpus*, como é do comum entendimento doutrinário e jurisprudencial, por força de sua própria natureza hostil à dilação probatória, somente se presta ao deslinde, quando devidamente instruída a inicial com os elementos que demonstram os fundamentos nela expostos, não cabendo ao Poder Judiciário suprir os vícios que afastem a regularidade da dedução da demanda heróica.

5. *Writ* denegado.

(STJ. 6ª Turma. HC 25.352/SC, *Habeas Corpus* 2002/0149754-5. J. em 20.05.2003. DJ30.06.2003, p. 318, RSTJ, vol. 176, p. 506. Rel. Min. Hamilton Carvalhido) (grifos nossos).

Assim, acerca das questões trazidas a exame, transcrevo, a seguir, excertos do parecer ministerial de fls. 144-156, entremeadas por colocações minhas, *verbis*:

Omissis.

2. Sobre a materialidade delitiva e respectiva autoria:

Restam sobejamente demonstradas nos autos a materialidade e a autoria, tanto que a ré sequer contesta isso em suas razões de insatisfação, as quais apenas se dirigem para o reconhecimento da incompetência do juízo *a quo* e a diminuição das reprimendas fixadas.

De qualquer forma, impende reconhecer aqui que a materialidade do crime exsurge extreme de dúvida da leitura do laudo preliminar de contestação de fls. 07/08 e dos laudos de exame em substância de fls. 50/54 e 55/59, todos constantes do inquérito policial em apenso.

A autoria, por sua vez, está evidenciada pelo teor do auto de prisão em flagrante de fls. 02/06 (apenso), do auto de qualificação e interrogatório de fls. 35-37 (apenso), do auto de apresentação e apreensão de fls. 33/34 e dos registros constantes da audiência de instrução e julgamento (fls. 66/73), com destaque especial para a confissão judicial da acusada (fls. 69/71).

3. Sobre as teses sustentadas no Recurso de Apelação:

3.1. Sobre a preliminar de incompetência da Seção Judiciária de Pernambuco.

À toda evidência, não merece qualquer agasalho a arguição de incompetência da Seção Judiciária de Pernambuco.

Isto porque a peça acusatória exordial (fls. 08/10) externa claramente que a apelante foi presa por estar transportando/trazendo consigo, pela via da ingestão de cápsulas de cocaína, substância entorpecente.

Na referida modalidade, o delito tem caráter permanente, fixando-se a competência pela prevenção, nos termos do art. 71 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, pacífica é a jurisprudência pátria, *verbis*:

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PREVENÇÃO. EXAME DA LEGALIDADE.

1. Quando o tráfico ilícito de entorpecentes se estende por mais de uma jurisdição, é competente, pelo princípio da prevenção, o juiz que primeiro toma conhecimento da infração e pratica qualquer ato processual. No caso, o ato que fixou a competência do juiz foi a autorização para proceder a escuta telefônica das conversas do paciente.

2. O exame da legalidade da autorização para a escuta telefônica não foi suscitado perante o STJ. Impossibilidade de conhecimento neste Tribunal, sob pena de supressão de instância. Precedentes. *Habeas corpus* conhecido em parte e nessa parte indeferido.¹

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. DÚVIDA ENTRE A COMPETÊNCIA ESTADUAL OU FEDERAL. DEMONSTRAÇÃO DE ATOS PRATICADOS COMETIDOS EM DIVERSOS ESTADOS DA FEDERAÇÃO VISANDO O MERCADO EUROPEU. ART. 109, INCISO

¹ Acórdão. Origem: STF - Supremo Tribunal Federal. Classe: HC - *Habeas corpus*. Processo: 82.009. UF: RJ - Rio de Janeiro. Órgão Julgador: Data da decisão: Documento: Fonte DJ 19-12-2002. PP-00129. EMENT VOL-02096-03. PP-00586. Relator(a) Nelson Jobim. Descrição Votação: unânime. Resultado: indeferido. Acórdãos citados: HC-13.624, HC-55.333, HC-71.603 (RTJ-160/566), HC-73.390, HC-74.287 (RTJ-172/522), HC-80.558, HC-80.730. N.PP.: (20). Análise: (MML). Revisão: (AAF). Inclusão: 13/03/03, (SVF). Alteração: 18/03/03, (SVF).

V, DA CF/88. COMPETÊNCIA FEDERAL. DÚVIDA ENTRE A COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE GOIÁS E DO JUÍZO ESTADUAL, COM ATRIBUIÇÃO FEDERAL, DA COMARCA DE VARJÃO/GO. PRIMEIROS ATOS DECISÓRIOS. PREVENÇÃO. MANUTENÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE GOIÁS. ART. 71 DO CPP. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. NÃO-CONFIGURAÇÃO. CRIME COMPLEXO. PLURALIDADE DE RÉUS E DE CRIMES. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

Demonstrando os indícios ter sido o crime perpetrado em diversos Estados da Federação, visando à exportação da substância entorpecente para o mercado europeu, indubitável a internacionalidade do tráfico e a competência da Justiça Federal para seu processamento e julgamento, em consonância com o art. 109, inciso V, da Constituição da República. Firmou-se a competência pela prevenção da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás, eis que se trata de infração praticada em território de mais de uma jurisdição e este Juízo Federal foi o primeiro a decidir pleito formulado pela Polícia Federal, dando início às investigações, tornando-se, desta forma, prevento para conhecer e decidir a ação penal. Excesso de prazo que não configura constrangimento ilegal, eis que se tratam de catorze acusados em crimes diversos, um deles hediondo, com reflexos no Brasil e na Europa, onde as características do feito conferem razoabilidade à demora da formação da culpa. O lapso temporal para conclusão do processo criminal submete-se ao princípio da razoabilidade, não constituindo uma simples soma dos prazos processuais.

Ordem DENEGADA.²

Omissis.

² Origem: STJ. Classe: HC 55.263. Processo: 200600410788. UF: GO. Órgão Julgador: 6ª Turma. Data: 16.05.2006. Doc.: STJ000697459. Fonte: DJ Data 01.08.2006. Página: 558. Relator: Paulo Medina. Data da publicação: 01.08.2006.

Assim, ao contrário do que argumentou a defesa, o Ministério Público Federal não imputou à apelante a conduta de importação de substância entorpecente, de forma a trazer a aplicação do art. 70 do Código de Processo Penal e a definir a competência da Seção Judiciária do Pará, local onde primeiramente a apelante pisou o solo nacional após trazer consigo a droga da capital do Suriname, Paramaribo.

3.2. Exagero na fixação da pena-base:

Postula ainda a apelante o reconhecimento, por esse Tribunal, de exagero na fixação da pena-base pelo juízo *a quo*.

Essa também não deve prosperar, consoante adiante se discorrerá.

Como muito bem aduzido pela própria recorrente em sua razões de insatisfação, o juiz sentenciante fixou a pena-base pela prática do delito de tráfico de entorpecente, previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, em 06(seis) anos de reclusão, um ano acima, portanto, da sanção mínima ali prevista, que seria de 5 (cinco) anos de reclusão. Ora, para chegar a essa conclusão, foram avaliadas, uma a uma, consoante evidenciam as passagens de fls. 81/82, todas as circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal, num total de 8 (oito).

Duas delas foram consideradas desfavoráveis à ré, no caso a culpabilidade e as conseqüências do crime, tendo sido exatamente esse o motivo que justificou o pequeno acréscimo combatido.

Considerando que a sanção máxima prevista no tipo penal em destaque seria de 15 (quinze) anos de reclusão, mostra-se perfeitamente razoável a reprimenda-base fixada, apenas um pouco acima do parâmetro mínimo legal.

Ao reconhecer como desfavorável à ré a circunstância judicial da culpabilidade, assim fundamentou a sentença, *verbis*:

No caso em tela, o grau de reprovação da conduta da ré é elevado, tendo em vista que agiu imbuída pelo intento de lucro fácil, por intermédio da prática do tráfico internacional de drogas.

Não tenho como razoável a alegação da defesa no sentido de que a intenção do lucro fácil seria inerente ao próprio

tipo penal incriminador e, por esse motivo, não poderia justificar o acréscimo da sanção-base na forma realizada. Em primeiro lugar, porque a intenção econômica não se encontra prevista como um dos elementos do tipo de referência.

Ademais, a própria recorrente reconheceu em juízo que trabalha regularmente, percebendo um valor aproximado de R\$ 3.000,00 (três mil reais) mensalmente, demonstrando que, apesar de não estar passando por dificuldades financeiras, aceitou a proposta de transporte da droga pelo oferecimento do valor de US\$ 4.000,00 (quatro mil dólares), o que eleva sem sombra de dúvidas o grau de censura de sua conduta no episódio criminoso em comento, justificando, por si só, a elevação na aplicação da pena.

Apesar de concordar com a ré quanto à alegação de que a circunstância judicial das conseqüências do crime foi equivocadamente reconhecida como negativa a ela – já que aqui, sim, o juízo *a quo* levou em conta as conseqüências gerais do delito, como o mal que assola a sociedade, levando inúmeras pessoas à degeneração moral e à morte, sem adentrar nos aspectos do caso concreto, vez que a droga foi apreendida antes de ser colocada à disposição dos consumidores – entendo que o pequeno acréscimo realizado na pena-base, de um ano, encontra-se devidamente justificada na análise específica feita da circunstância judicial da culpabilidade, bem ainda na consideração da gravidade da natureza e da quantidade de droga apreendida – no caso, cerca de meio quilo de cocaína, consoante previsto no art. 42 da Lei n° 11.343/2006.

Quanto a esse último aspecto, houve registro na sentença, mais precisamente no antepenúltimo parágrafo de fl. 79, no sentido de que “foram apreendidas mais de 500g (quinhentos gramas) de cocaína, a justificar, inclusive, a elevação da pena-base acima do mínimo legal”.

Por fim, impende consignar que depois de fixar a pena-base corretamente em 6 (seis) anos de reclusão, o juízo *a quo* fez aplicar ainda, mais uma vez com acerto, a causa de aumento de pena inserida no art. 40, I, da Lei 11.343/2006, no percentual de 1/6 (um sexto), diante da caracterização da transnacionalidade do delito.

Também incensurável se mostra, a meu sentir, a fixação da sanção pecuniária em 700 (setecentos) dias-multa, com o valor do dia-multa na fração de 1/30 (um trigésimo) do

salário mínimo vigente à época dos fatos, em quantidade que também se aproxima do mínimo legal.

3.3. Sobre a possibilidade de incidência da circunstância atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal (confissão espontânea):

A apelante também postula, em suas razões recursais, a redução da pena a ela aplicada pelo juízo de origem, sob o argumento primeiro de uma necessária aplicação da circunstância atenuante descrita no art. 65, inciso III, d, do Código Penal (confissão espontânea).

Para tanto, advogou haver colaborado efetivamente com a persecução penal, desde a fase de inquérito, mediante a confissão livre e espontânea do modo como haveria se desenvolvido toda a prática delituosa, fornecendo, inclusive, telefones, nomes e dados de qualificações das demais pessoas que participam do episódio em análise.

Observe que o juízo de origem negou a aplicação da circunstância alvitada sob o fundamento de que a confissão qualificada não deve ser considerada como atenuante.

A confissão qualificada se daria em razão de apesar da apelante haver confirmado a prática do crime a ela imputado, por duas vezes inclusive, tanto na esfera policial quanto na seara judicial, afirmou que agiu sob o pálio da coação moral irresistível, tese que, se aceita, teria o condão de excluir a sua culpabilidade e, portanto, a sua responsabilidade penal.

Com a devida vênia, creio assistir razão à apelante quanto a esse aspecto.

É que, analisando os fundamentos que levam o julgador monocrático a prolatar a sentença condenatória hostilizada, observo, sem muito esforço, à fl. 79, parte final, que a confissão da ré foi utilizada dentre eles, inclusive com o destaque costumeiro.

O festejado Mestre Júlio Fabbrini Mirabette, ao lecionar sobre as circunstâncias atenuantes do crime, ensina que em todas as hipóteses previstas no supramencionado dispositivo, “a redução é obrigatória, levando-se em conta, evidentemente, as demais circunstâncias do delito, que podem agravar a sanção”. Nesse sentido, de acordo com o preceito insculpido no inciso III, alínea d, do citado dispositivo legal, a confissão espontânea feita pelo agente quanto à autoria do crime, perante a autoridade, deve ser

considerada para a atenuação da reprimenda, como forma de estímulo à verdade processual.

A jurisprudência pacífica do Egrégio Superior Tribunal de Justiça reconhece que a confissão do acusado deve ser aplicada como atenuante nos casos em que, somada aos demais elementos de prova constantes dos autos, serve de base para a fundamentação da sentença condenatória, sendo levada em consideração, portanto, para a formação do convencimento do órgão julgador.

Nesse sentido, trazemos à colação os seguintes arestos, *in verbis*:

CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES NÃO CONFIGURADOS. PROCESSO EM ANDAMENTO. CONSIDERAÇÃO DE PECULIARIDADES CONCRETAS DO DELITO. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. OBJETIVO DE LUCRO FÁCIL. PREJUÍZO À SAÚDE PÚBLICA. EXASPERAÇÃO FUNDAMENTADAMENTE PROCEDIDA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA CARACTERIZADA CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, §1º, DA LEI Nº 8.072/90 DECLARADA *INCIDENTER TANTUM* PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS A SEREM EXAMINADOS PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR REPRIMENDA RESTRITIVA DE DIREITOS. ÓBICE DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO AFASTADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

III. Evidenciado que a confissão do acusado, juntamente com outros elementos de provas constantes dos autos, serviu, efetivamente, para alicerçar a sentença condenatória, tendo sido claramente considerada para formar a convicção do Julgador, não há como afastá-la, devendo, portanto, ser aplicada como atenuante.

[...]

VI. Deve ser reformado o acórdão recorrido, bem como a sentença monocrática, para não aplicar na dosimetria da pena imposta ao réu os maus antecedentes não ca-

racterizados, devendo ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea (...), mantendo-se a condenação. VII. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator.³

Omissis.

3.4. Da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006:

A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, inovou ao prever a seguinte causa de redução de pena, *verbis*:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

[...]

§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa⁷.

O caso, portanto, é de se perquirir se a apelante preenche os requisitos previstos na redação do dispositivo em tela, para o gozo do benefício de redução de pena e, se positivo, em que nível há de se operar essa redução.

Quanto aos requisitos da primariedade e dos bons antecedentes, verifico, da própria análise da fundamentação da aplicação da pena (fl. 81), que a ré os preenche.

Já em relação aos requisitos de não integrar organização criminosa e não se dedicar às atividades delituosas, observo, de uma leitura atenta dos autos, que também não

³ STJ - Superior Tribunal de Justiça, HC- *Habeas Corpus* - 59.834. Processo: 200601133040. UF: MS, Órgão Julgador: Quinta Turma. Data da decisão: 03/10/2006. Documento: STJ000716572. Fonte *DJ*. Data: 30/10/2006 Página: 356. Relator Gilson Dipp. Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

há qualquer elemento de prova a demonstrar que a Ré se dedique a atividades ilícitas ou mesmo faça parte de uma quadrilha, apenas tendo restado esclarecida a sua participação única nas atividades delinqüentes, na condição de “mula”, ou seja, de pessoa que transportaria, eventualmente, a droga até o seu destino final, recebendo uma contraprestação pecuniária.

Assim, não há razão para que o juízo de origem tenha desconsiderado a aplicação da hipótese de redução de pena suprarreferida, como aliás propugnou o próprio recorrido desde as alegações finais.

Observo, por fim, que a redução da pena deve se dar, salvo melhor juízo, em um parâmetro mais próximo da redução mínima (1/6), considerando que a droga transportada era de razoável quantidade (cerca de meio quilo), que se tratava de cocaína (uma das mais fortes, perigosas e rentáveis substâncias entorpecentes), que o tráfico internacional se encontra caracterizado em suas duas vertentes (origem no Suriname e destino na Europa), que a ré se utilizou de uma forma de transporte que dificulta a fiscalização policial (ingestão de cápsulas), apesar de também ter sofrido conseqüências negativas à sua saúde (contínuo mal estar e intervenção cirúrgica).

3.5. Sobre a inconstitucionalidade da fixação do regime integralmente fechado:

Apesar de não alegada pela defesa, adentro, agora, na polêmica questão sobre a aplicação ou não da progressão do regime de cumprimento de pena para as condenações pela prática de crimes hediondos e assemelhados, como é o caso do tráfico de drogas, mercê da constitucionalidade ou não da previsão insculpida no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

Vejamos o que dispõem, inicialmente, os dispositivos invocados:

Art. 2º da Lei 8.072/90. Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança e liberdade provisória.

§1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

Resta claro, de início, que a pretendida progressão no regime de cumprimento de pena foi obstada, expressamente, pela lei de regência, sendo que tal vedação foi julgada constitucional, de maneira praticamente pacífica, pelos tribunais brasileiros e em especial pelo Pretório Excelso até que, em recente sede de controle difuso, o STF reviu o seu posicionamento consolidado e passou a entender que tal estipulação normativa viola o princípio constitucional da individualização da pena.

Lei 8.072/90: art. 2º, § 1º-4

Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, deferiu pedido de *habeas corpus* e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que veda a possibilidade de progressão de regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos definidos no art. 1º do mesmo diploma legal - v. Informativos 315, 334, 372. Inicialmente, o Tribunal resolveu restringir a análise da matéria à progressão de regime, tendo em conta o pedido formulado. Quanto a esse ponto, entendeu-se que a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afronta o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), já que, ao não permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, acaba tornando inócua a garantia constitucional. Ressaltou-se, também, que o dispositivo impugnado apresenta incoerência, porquanto impede a progressividade, mas admite o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena (Lei 8.072/90, art. 5º). Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Grace, Celso de Mello e Nelson Jobim, que indeferiram a ordem, mantendo a orientação até então fixada pela Corte no sentido da constitucionalidade da norma atacada. O Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, uma vez que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisi-

tos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. (HC 82.959/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio, 23.2.2006).

Como a aludida decisão se cristalizou no âmbito do Supremo Tribunal Federal, já que por inúmeras vezes foi reiterada, sem qualquer discordância, com ares de unanimidade, tanto que já se fala na elaboração de uma súmula vinculante para a matéria, não há como acolher o entendimento manifestado pelo juízo de origem quanto ao cumprimento da pena privativa de liberdade fixada em regime integralmente fechado, ou seja, sem a possibilidade da progressão de regime prisional.

Nesse sentido, não é razoável negar à apelante um direito que lhe será indiscutivelmente assegurado pelo Supremo Tribunal Federal, consoante tem entendido o próprio Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME. CRIME HEDIONDO. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90. DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONCEDENDO MEDIDAS LIMINARES. ORDEM CONCEDIDA.

1. Tendo em conta que a questão acerca da constitucionalidade do dispositivo legal que veda a progressão de regime prisional ao condenados pela prática de crime hediondo está sendo novamente debatida no Supremo Tribunal Federal, no HC nº 82.959, o que tem levado a maioria dos Ministros daquela Corte a conceder medidas liminares assegurando o benefício, não se mostra razoável continuar a negar os pedidos aqui formulados.

2. Ordem concedida.⁴

Omissis.

Isso posto, conheço e dou parcial provimento ao recurso de apelação criminal interposto pela Defesa, com a reforma da sentença de origem no tocante ao necessário reconhecimento da cir-

⁴ Acórdão. Origem: STJ - Superior Tribunal de Justiça. Classe: HC - *Habeas corpus* - 44.904. Processo: 200500982884. UF: SC. Órgão Julgador: Sexta Turma. Data da decisão: 31/08/2005. Documento: STJ000702957. Fonte *DJ*, Data: 28/08/2006. Página: 309. Relator Hamilton Carvalho (*omissis*).

cunстância atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal e da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, vedada a conversão da reprimenda final em penas restritivas de direitos (art. 44 da lei acima citada), bem como a necessária fixação do regime inicial fechado – e não integralmente fechado – para cumprimento da pena de reclusão fixada, possibilitando, assim, a progressão de regime prisional, diante da inconstitucionalidade da previsão insculpida no art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90.

Passo à dosimetria da pena.

1) Com a aplicação da circunstância atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal (confissão espontânea), reduzo a pena-base, originalmente fixada em 6 (seis) anos, para 5 (cinco) anos de reclusão (redução de 1/6 - um sexto, preconizada pela doutrina penal especializada, já que o Código Penal é omissivo em fixar o *quantum* desta atenuante inominada) e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa (redução de 1/6 - um sexto), fixado o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos);

2) Da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 (1/6 - um sexto), *quantum* este que se compensa com a causa de aumento de pena, prevista no art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006, valorada também em 1/6 (um sexto), ambas se anulando;

3) Fixo a pena afliativa definitiva em 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, bem assim a pena pecuniária em 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, fixado o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo do salário-mínimo vigente à época dos fatos).

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.469-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Apelantes: RAFAELA DA LAPA CRUZ (RÉ PRESA), MARCELO CARLOS DA SILVA (RÉU PRESO) E JOSÉ MARCOS ZEFERINO DOS SANTOS (RÉU PRESO)
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (2º APTE.)
Advs./Procs.: DRS. ALEX PEREIRA ALCÂNTARA (1ª APTE.) E MARY ANY VIEIRA ALVES (3º APTE.)

EMENTA: PENAL. LATROCÍNIO TENTADO. ROUBO. QUADRILHA ARMADA. DOSIMETRIA DA PENA. MÉTODO TRIFÁSICO. AJUSTE QUANTO A UM DOS RÉUS.

- As provas apuradas no curso do inquérito e em juízo demonstram, suficientemente, a responsabilidade penal de dois dos acusados quanto aos crimes tipificados no art. 157, § 2º, I e II, e § 3º, segunda parte c/c art. 14, II – tentativa de latrocínio em concurso formal com roubo – e no art. 288, parágrafo único – quadrilha armada, todos do CP.

- Comprovada a ausência da ré no momento da ação delituosa, embora tenha concorrido para a prática do crime de roubo, ao passar informações sobre a agência, instruindo o restante da quadrilha, não pode a mesma ser responsabilizada pelo ilícito capitulado no art. 157, § 3º, segunda parte c/c art. 14, II, ambos do CP (latrocínio tentado): condenação limitada às sanções previstas nos arts. 157, § 2º, I e II, e 288, parágrafo único, CP (roubo em concurso material com o crime de quadrilha armada).

- O cálculo final da pena deve ser promovido de acordo com o método trifásico, atribuído a Nelson Hungria e adotado pelo Código Penal Brasileiro, em seu art. 68: ajuste da reprimenda quan-

to a um dos acusados.

- Hipótese em que, com emprego de arma de fogo, os meliantes roubaram, em Maceió, um restaurante e, no dia seguinte, após terem dominado as guarnições Policiais Cíveis e Militares de Maribondo/AL e tomado refém soldado da PM, assaltaram a agência da Caixa Econômica Federal da cidade, ferindo gravemente estagiária, na cabeça, e empregado do banco.

- Apelação de José Marcos Zeferino dos Santos improvida e apelos de Marcelo Carlos da Silva e Rafaela da Lapa Cruz parcialmente providos.

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, negar provimento à apelação de José Marcos Zeferino dos Santos e dar parcial provimento aos apelos de Marcelo Carlos da Silva e Rafaela da Lapa Cruz, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 18 de março de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Trata-se de apelações interpostas contra sentença que julgou parcialmente procedente a ação penal ajuizada pelo Ministério Público Federal, condenando: José Marcos Zeferino dos Santos à pena de 32 anos e 6 meses de reclusão (art. 157, § 3º, segunda parte – pena de 26 anos e 8 meses, aumentada de metade em virtude do concurso formal com o roubo, resultando em 40 anos, acrescidos de 4 anos e 4 meses, em face da reincidência, com total de 44 anos e 4 meses, diminuídos de 1/3, tendo em vista a

tentativa, ficando a reprimenda em 29 anos e 6 meses / art. 288, parágrafo único – pena de 2 anos e 8 meses, aumentada de 4 meses, tendo em conta a reincidência, ficando a reprimenda em 3 anos), a ser cumprida, integralmente, em regime fechado, e ao pagamento de 210 dias-multa, no valor unitário de 1/20 do salário mínimo vigente ao tempo do último fato delitivo; Rafaela da Lapa Cruz e Marcelo Carlos da Silva à reprimenda de 30 anos de reclusão (art. 157, § 3º, segunda parte – pena de 26 anos e 8 meses, aumentada de metade em virtude do concurso formal com o roubo, resultando em 40 anos, diminuídos de 1/3, tendo em vista a tentativa, ficando a reprimenda em 27 anos e 4 meses / art. 288, parágrafo único – pena de 2 anos e 8 meses), a ser cumprida, integralmente, em regime fechado, e ao pagamento de 180 dias-multa, no valor unitário de 1/20 do salário mínimo vigente ao tempo do último fato delitivo, todos pela prática dos crimes previstos no art. 157, § 2º, I e II, e § 3º, segunda parte – tentativa de latrocínio em concurso formal com roubo – c/c o art. 288, parágrafo único, ambos do CP.

Em seu apelo, Marcelo Carlos da Silva alega que não foi reconhecido no local da prática delituosa, de modo que inexistente prova da sua participação no crime.

Já Rafaela da Lapa Cruz sustenta que:

1) o único crime que cometeu diz respeito ao roubo da joalheria Ztrícia em Sergipe, tendo confirmado a sua participação e, inclusive, indicado o nome dos co-autores;

2) por ter denunciado o policial de sobrenome “Teles”, em face de extorsão de que estaria sendo vítima, este, usando de sua influência, juntou-se com outras presas para prejudicá-la, razão pela qual não há de ser levado em consideração o depoimento prestado pela sua companheira de cela (Márcia);

3) Márcia teria aduzido que ela (a apelante) comentou possuir R\$ 50.000,00 nas mãos dos comparsas com os quais assaltou o banco, quando a quantia subtraída foi de apenas R\$ 30.000,00, o que demonstra a falsidade das afirmações;

4) Emerson Alves dos Santos (filho da proprietária do restaurante Aconchego e da camionete) asseverou que o roubo da cami-

onete foi praticado por três indivíduos, não mencionando a presença de pessoa do sexo feminino;

5) o testemunho de Emerson está em consonância com as declarações prestadas pela Sra. Maria Zuleide dos Santos da Silva (proprietária do restaurante Aconchego e da camionete) e por seu sobrinho Luiz Casimiro de Melo Neto;

6) o Policial Civil Marcos André do Nascimento (na ação delitosa na delegacia), os Policiais Militares José Raulberg Almeida e Silva e Adeilton Câmara da Silva (com relação à ocorrência na Companhia da Polícia Militar) e o Policial Militar Carlos Henrique do Livramento (no evento do roubo da Caixa) excluíram, em seus depoimentos, a participação de mulher entre os meliantes;

7) apresentada a sua foto (da apelante), o gerente da Caixa Marcello Aguiar Vitória não a reconheceu como tendo já freqüentado a agência;

8) em 05/05/06 (dia do assalto da Caixa), encontrava-se na cidade de Itabaiana/SE, em companhia de sua filha menor;

9) tal fato pode ser comprovado pelos policiais que a prenderam, pois estes estavam de tocaia nas proximidades de sua residência desde o dia 02/05/06;

10) o funcionário da Caixa Thiago Oliveira de Almeida e o vigilante José Carlos Félix afirmaram que todos os assaltantes eram homens;

11) nos depoimentos prestados em juízo, Márcia e Nadja (suas companheira de cela) negaram a versão apresentada na polícia;

12) Ana Alaíde Matos Oliveira e Maria de Lourdes Menezes Barbosa declararam que a apelante no dia 05/05/06 (por volta das 18:00h) estava em Itabaiana/SE e não aparentava nervosismo ou cansaço;

13) a prova realizada exclusivamente na fase inquisitiva, não renovada em juízo sob o crivo do contraditório, é insuficiente para amparar um decreto condenatório;

14) as fotos tiradas pela câmera de segurança da agência assaltada mostram homens encapuzados (nenhuma mulher);

15) Sheylla Kelly Ferreira Melo, sua companheira de cela, afirmou que apenas Márcia a ouviu mencionar que tinha assaltado um banco e uma joalheria;

16) o próprio Representante do Ministério Público foi favorável à revogação da prisão da apelante nos autos do Processo nº 2007.80.00.001835-1 (pedido de liberdade provisória com ou sem fiança), alegando que não há fatos que corroborem suficiente indício de autoria;

17) inexistente comprovação de que os réus se conheciam antes dos fatos da denúncia, de modo que não se deve falar em formação de quadrilha ou bando;

18) o simples fato de a apelante ter supostamente ido a uma agência bancária dias antes da prática delituosa não implica na sua participação no crime;

19) há de preponderar o princípio *in dubio pro reu*;

20) No caso de condenação, deve ser considerada a sua participação de menor importância, atenuando ao máximo a pena, para aplicação do disposto no art. 44, CP.

Por sua vez, José Marcos Zeferino dos Santos aduz que:

1) não foi reconhecido pelas testemunhas (Luiz Casimiro de Melo Neto, José Raulberg Almeida e Silva, Adelton Câmara da Silva, Thiago Oliveira de Almeida e José Ivan Bernardino dos Santos);

2) todos os depoimentos lhe são favoráveis (da ré Rafaela da Lapa Cruz, do acusado Marcelo Carlos da Silva, de Márcia Fabiana de Souza Feitosa e de Nadja Tavares de Almeida);

3) o Representante do Ministério Público concedeu parecer favorável em seu pedido de liberdade provisória;

4) o réu Marcelo Carlos da Silva e policiais da delegacia de homicídio resolveram montar um esquema para prejudicar Rafaela;

5) diante de tantas incertezas, a absolvição é medida que se impõe, tendo em vista o princípio *in dubio pro reu*;

6) na hipótese de condenação, a reprimenda deve ser diminuída, pois houve excesso indevido na sua aplicação.

Contra-razões (fls. 944/946 e 990/999).

Oficiando como *custos legis*, nesta Instância, o ilustre representante do Parquet ofertou parecer, em que opina pelo improvido dos recursos.

É o relatório.

Ao revisor.

VOTO

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

Inicialmente, convém salientar que, apesar do contido na certidão de fl. 985, a apresentação a destempo das razões de apelação, segundo repetida jurisprudência dos tribunais, constitui mera irregularidade, não caracterizando a intempestividade do recurso.

Tecida tal consideração, observo que pretendem os apelantes a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente a denúncia, condenando: José Marcos Zeferino dos Santos à pena de 32 anos e 6 meses de reclusão e ao pagamento de 210 dias-multa; e Rafaela da Lapa Cruz e Marcelo Carlos da Silva à reprimenda de 30 anos de reclusão e ao pagamento de 180 dias-multa, todos pela prática dos crimes previstos no art. 157, § 2º, I e II, e § 3º, segunda parte – tentativa de latrocínio em concurso formal com roubo - c/c o art. 288, parágrafo único – quadrilha armada, ambos do CP, que assim dispõem:

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

(...)

§ 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade:

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;

(...)

§ 3º - Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa. Vide Lei nº 8.072, de 2.7.90

Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena - reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

Conforme relatado nos autos, no dia 05/05/06, por volta de 12:25 h, a agência da Caixa Econômica Federal de Maribondo/AL foi assaltada por vários indivíduos encapuzados e fortemente armados, que espalharam terror entre funcionários, clientes etc.

Na ocasião, foram subtraídos cerca de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), as armas dos vigilantes e celular de um empregado. Os meliantes, após vários disparos, feriram gravemente a estagiária Aytja Zenira de Lima Silva, de 17 anos, na cabeça, deixando-a com seqüelas permanentes (v. fl. 668 - Laudo de Exame de Corpo de Delito), e o empregado Thiago Oliveira de Almeida, no pé.

Registre-se que Aytja, ao ser atingida, encontrava-se deitada no chão, de modo que restou verificada a existência de dolo na conduta dos agentes. Consoante exposto na sentença, “torna-se inconteste o fato de que se a quadrilha não queria o evento morte, no mínimo, ela assumiu o risco de produzi-lo. Ao acionar o gatilho da sua arma de fogo na cabeça da vítima, que vale salientar era menor à época do fato, os agentes iniciaram o processo executivo de um homicídio, que por circunstâncias alheias à sua vontade não se concretizou, cometendo efetivamente tentativa de latrocínio, eis que a finalidade última da quadrilha era a subtração de bens”.

No dia anterior (04/05/06), integrantes do mesmo grupo invadiram o Restaurante Aconchego, em Maceió, roubando, dentre diversos itens de valor, uma camionete Mitsubishi, que foi utilizada na ação delituosa contra a Caixa e, posteriormente, abandonada em um canavial.

Em 05/05/06, antes do assalto à Caixa, os bandidos dominaram as guarnições Policiais Cíveis e Militares, fazendo refém o sol-

dado da PM Carlos Livramento, libertado na estrada depois de roubarem o estabelecimento bancário.

Rafaela da Lapa Cruz, presa pelo assalto a uma joalheria em Sergipe, e José Marcos Zeferino dos Santos, já condenado por homicídio, estiveram dias antes do crime na agência da Caixa para observar o local e instruir o resto da quadrilha.

Vejamos trechos dos depoimentos dos vigilantes da Caixa da agência em Maribondo/AL José Carlos Félix, José Ivan Bernardino dos Santos e Carlos Jorge Correia dos Santos (fls. 460/461, 462, 464/465):

(...) que conhece o Sr. José Marcos Zeferino, que sabe que o Sr. Zeferino foi vigilante da Caixa; (...) que Marcos Zeferino esteve em frente à Caixa 5 dias ou mais antes do assalto; que 3 dias depois da passagem de Marcos Zeferino na porta da Caixa entrou Rafaela Lapa e realizou um pagamento na agência; que segundo comentários o vigilante Carlos Jorge orientou a Rafaela Lapa; (...) que o depoente só escutava tiros e os assaltantes chamando pelo gerente Marcelo e pelo tesoureiro; (...) que a esposa do depoente, MARIA HELENA PEREIRA FÉLIX, estava em cima da estagiária juntamente com algumas pessoas e o assaltante empurrou com o pé as pessoas que ali estavam e atirou na estagiária. (...) que a cliente Rafaela no dia que esteve na agência realizou um pagamento. (...) que o Marcos tem mãe em Maribondo e que na época do assalto a mãe de Marcos morava em Maribondo; (...) (depoimento em juízo de José Carlos Félix - fls. 460/461).

(...) que reconhece Rafaela Lapa Cruz, que a mesma esteve na agência antes do assalto, 8 a 10 dias antes do assalto; (...) que o assaltante ameaçou a copeira e que deu um tiro na menina estagiária e atirou; que quando ele apontou para a estagiária o depoente virou o rosto; que não sabe informar se Marcos vigilante tem algum problema com o pai da estagiária e que o depoente não vê o Marcos vigilante por volta de cinco anos; (...) o outro assaltante disse que o gerente era um baixinho careca; (...) (depoimento em juízo de José Ivan Bernardino dos Santos - fl. 462).

(...) que Marcos Zeferino não ia muito a Maribondo, ia para

visitar a mãe que morava lá na época do assalto; que viu uns 15 dias antes do assalto Marcos Zeferino de passagem por Maribondo; (...) que cerca de 15 dias antes do assalto da Caixa reconheceu Rafaela Lapa (...) que Rafaela foi atendida por uma estagiária, que não se lembra por qual estagiária; (...) (depoimento em juízo de Carlos Jorge Correia dos Santos - fl. 464/465).

Por outro lado, Márcia Fabiana de Souza Feitosa, Sheylla Kelly Ferreira Melo e Nadja Tavares de Almeida, companheiras de cela da ré, afirmaram perante a autoridade policial que Rafaela lhes disse ter participado de um assalto a banco.

Observemos:

(...) Que também mencionou que teria feito um assalto a um banco no interior, não sabendo qual Estado, além de mencionar que fazia parte de quadrilhas no Rio de Janeiro, Fortaleza, Maceió e Recife (...). Que a depoente não ouviu o que "RAFAELA" e "MAURÍCIO" conversaram, porque estava deitada, não tendo visto "MAURÍCIO". Que depois soube, por comentários de suas colegas de cela, que estavam planejando um possível "resgate" de "RAFAELA". (...) Que "RAFAELA" mencionou que possuía armas que nem mesmo a polícia possuiria (...). Que ouviu "RAFAELA" comentar que teria trinta mil reais (R\$ 30.000,00) (...). Que destaca que "RAFAELA" disse que iria pôr as cabeças dos Delegados "ALEXANDRE" e "CARINA" a prêmio, estando presa ou solta, querendo dizer que os mataria. Que a depoente, assim como as demais colegas, tem medo de "RAFAELA" por tudo que ela comentou, especialmente por ter dito que quem a prejudica ela manda matar e que, se não consegue, manda matar um parente. Que "RAFAELA", certa vez, sem motivos aparentes, apontou uma caneta para a depoente e disse que a mataria em "dois tempos", talvez por estar estressada, achando que ela é muito perigosa (depoimento de Nadja na polícia - fls. 79/80).

Que "RAFAELA" comentou com a depoente e demais companheiras de cela que possuía cinquenta mil reais (R\$ 50.000,00) nas mãos dos comparsas com os quais assaltou o banco que seria produto do roubo (...). Que a depoente costumava "ajudar" "TELES", contando tudo que "RAFAELA" dizia dentro da cela, inclusive do plano para

fugir da 6ª DM (...). Que, por fim, destaca que "RAFAELA" disse que iria pôr a cabeça dos Delegados "ALEXANDRE" e "CARINA" a prêmio, querendo dizer que os mataria. (Depoimento de Márcia na polícia - fls. 75/76).

Que ela disse que teria praticado o assalto ao banco um dia antes de ter sido presa pelo roubo da joalheria pelos policiais deste Estado (...). Que "RAFAELA" comentou com a depoente e demais companheiras de cela que possuía cinquenta mil reais (R\$ 50.000,00) nas mãos dos seus comparsas, entre eles "MAURÍCIO", com os quais assaltou o banco (...). Que o policial "TELES" daquela 6ª Delegacia no dia 14/05/06, pela noite, veio até a cela da depoente a pedido das próprias presas e disse piscando para a depoente e as demais que estaria vendendo seu aparelho celular por trezentos reais (R\$ 300,00). Que isto fazia parte de um plano de "TELES" para "pegar" "RAFAELA" e que as demais já sabiam. Que a depoente costumava "ajudar" "TELES", contando tudo que "RAFAELA" dizia dentro da cela, inclusive do plano para fugir da 6ª DM (...). Que a depoente tem medo de "RAFAELA" por tudo que ela comentou (...). (Depoimento de Sheylla na polícia - fls. 77/78).

Em juízo, apenas Sheylla confirmou a declaração prestada na fase inquisitorial. Vejamos:

(...) Que tinha conhecimento de todo o depoimento prestado na Delegacia, inclusive, teve a oportunidade de lê-lo antes de assinar. Que a acusada mencionou ter efetuado um assalto a uma agência bancária (...). Que não foi pressionada por policiais a prestar esse depoimento (...). Que ficou preocupada com essas pessoas analisando a Delegacia (...). Que temia por um resgate violento da presa (...). Que Teles teria "oferecido" o celular no intuito de "armar uma situação" (...). Que ele respondeu a Rafaela que não conseguiu o celular, mas repassou as informações ao Delegado (...). Que é verdade que Rafaela disse que quem a prejudica ela mata e, se não conseguir, manda matar os parentes (...). (Depoimento de Sheylla em juízo - fls. 638/639).

José Marcos Zeferino dos Santos, tendo trabalhado como segurança do estabelecimento bancário roubado, sabia da rotina deste. Registre-se que Thiago Oliveira de Almeida, funcionário da

Caixa, afirmou, em seu depoimento judicial, que os assaltantes, ao chegarem ao fundo da agência, perguntaram pelo gerente como se o conhecessem.

A propósito:

(...) que viu todos da agência correndo para os fundos da agência e encontrou com o Marcelo, gerente da agência, que fugiu; que o depoente ficou quieto, não fugiu e logo os assaltantes chegaram ao fundo da agência perguntando pelo vigilante e por Marcelo: Cadê você Marcelo? Eu sei que você é um baixinho careca; (...) (fl. 458).

Por sua vez, a copeira da Polícia Civil em Maribondo/AL, que conhecia José Marcos Zeferino dos Santos desde criança, identificou-o, mesmo mascarado, como um dos integrantes do grupo (v. informação de fl. 123).

Noutro turno, Luiz Casimiro de Melo Neto, consoante Auto de Reconhecimento Fotográfico acostado à fl. 115, achou Marcelo Carlos da Silva, preso por assaltar uma joalheria em Sergipe juntamente com Rafaela da Lapa Cruz, muito parecido com um dos envolvidos no furto da camionete de sua tia.

Segundo informação de fls. 116/123, os vigilantes disseram, observando a fotografia de Marcelo Carlos, que, no momento do assalto, ele encontrava-se com uma camisa no rosto (v. fl. 123).

Impende realçar que Marcelo Carlos afirmou, quando detido, que Rafaela participou do assalto à Caixa em Maribondo/AL junto com José Marcos, cuja mãe era daquela localidade. Apesar de negar o seu envolvimento no assalto, Rafaela disse que o conhecia (Polícia Civil em Sergipe - fls. 69/72). Em juízo, no entanto, assegurou que não (fls. 573/577).

José Marcos, no interrogatório de fls. 201/204 (em juízo), declarou ter conhecido Marcelo Carlos da Silva, na cidade de Gaibu/PE, por intermédio de Rafaela da Lapa Cruz, com quem teve um relacionamento amoroso.

Perante a autoridade policial, Marcelo Carlos alegou não conhecer José Marcos (fls. 81/82). Entretanto, na justiça, afirmou ter conversado com ele quando Rafaela o visitou em Recife (fls. 694/698).

Como se vê, no intuito de confundir o juízo, os réus apresentaram várias versões. Contudo, as condutas por eles praticadas – como a invasão do restaurante, em Maceió, com o roubo da camionete utilizada na ação delituosa contra o banco; a dominação das guarnições Policiais Cíveis e Militares de Maribondo/AL, tomando refém soldado da PM; e o assalto da agência da Caixa Econômica Federal daquela cidade, ocasião em que, em face do emprego de arma de fogo, estagiária foi gravemente ferida na cabeça – demonstram a associação deles, em quadrilha, para o fim de cometer crimes. Faz-se necessário acentuar que não há dúvidas quanto à configuração do tipo previsto no art. 288 do CP, o qual exige o envolvimento de pelo menos quatro indivíduos, tendo em vista a participação de, no mínimo, sete pessoas nas ocorrências, consoante descrito na denúncia, sendo certo que não descaracteriza os ilícitos o fato de não ser possível, por ora, o reconhecimento dos demais comparsas.

Saliente-se que não há como se acolher a tese traçada pela defesa de Rafaela no sentido de que a mesma, por ter denunciado o Policial Teles de extorsão, teria sido vítima de um conluio entre este e outras presas para incriminá-la. Com efeito, a versão apresentada não tem força probante e credibilidade, não encontrando amparo nos autos. É importante frisar que o fato de as companheiras de cela terem aduzido que a ré havia comentado possuir o valor de R\$ 50.000,00 nas mãos dos comparsas com os quais assaltou o banco, em vez de R\$ 30.000,00, produto real do roubo, não retira a eficácia das declarações contidas nos depoimentos.

Também não se pode admitir, como quer fazer crer a defesa, que a participação de Rafaela da Lapa Cruz no crime de roubo foi de menor importância. A colaboração prevista no art. 29, § 1º, CP é aquela secundária, praticamente dispensável, que inexistindo não impediria a realização do crime. No caso, a ré concorreu para a prática do ilícito penal, a começar da colheita de informações do local a ser roubado, de modo que não se deve falar em culpabilidade menos expressiva quanto ao assalto.

Entretanto, com relação à participação de Rafaela no crime de latrocínio tentado, algumas ponderações deverão ser feitas.

É que, consoante alegado na apelação da ré, testemunhas de

todos os eventos (roubo da camionete, invasão da delegacia e da companhia da polícia militar e assalto da Caixa) excluíram a presença de mulher entre os meliantes. Além disso, na data do assalto da Caixa e até mesmo dias antes, conforme depoimentos prestados nos autos, Rafaela se encontrava na cidade de Itabaiana/SE.

Vale conferir:

(...) não havia mulher no assalto (...). (Depoimento em juízo de Luiz Casimiro de Melo Neto, abordado quando do assalto à camionete - fl. 423).

(...) que na sede da companhia eram três homens que participavam do assalto; que o depoente não viu nenhuma mulher fazendo parte do assalto (...). (Depoimento em juízo de José Raulberg Almeida e Silva, policial militar - fl. 424).

(...) que não havia mulher no assalto (...). (Depoimento em juízo de Emerson Alves dos Santos, proprietário da camionete roubada - fl. 427).

(...) que não havia mulher participando do assalto. (Depoimento em juízo de Carlos Henrique do Livramento Silva, policial militar - fl. 430).

(...) que ficou na cozinha com cerca de 3 a 4 pessoas, inclusive um senhor numa cadeira de roda; que teve visão de 3 assaltantes, todos homens (...). (Depoimento em juízo de Thiago Oliveira de Almeida, empregado da Caixa - fl. 458).

(...) que não viu mulher entre os assaltantes (...). (Depoimento em juízo de José Carlos Félix, vigilante da Caixa - fl. 461).

(...) afirma que não esteve presente na festa de aniversário da filha de Rafaela; afirma que foi convidada para a festa, recebeu o convite das mãos da própria Rafaela; afirma ter certeza absoluta de que esteve no dia 4 de maio na casa de D. Aurelina, avó da acusada Rafaela, onde mora a mãe da acusada Rafaela e que neste lugar recebeu das mãos da própria acusada Rafaela o convite para a festa de aniversário que ocorreria no dia 8 de maio, no próprio dia do aniversário; lembra com precisão da data porque à época

folgava às sextas-feiras e lembra de ter ido após o último dia de trabalho da semana (quinta) à casa da Sra. Aurelina, a quem costumava visitar; afirma que foi à casa de D. Aurelina sozinha; a testemunha viu na casa de D. Aurelina um tio da acusada (Messias), a própria acusada, acreditando que a filha de Rafaela estivesse na escola, tendo sido esta a última vez que a testemunha viu a acusada solta (...). (Depoimento em juízo de Maria de Fátima Silva Vieira - fl. 543).

(...) afirma que esteve com a acusada Rafaela no dia 5 de maio, por volta das 18:00 horas, quando esta lhe convidou para a festa de aniversário de sua filha que ocorreria na segunda-feira, dia 8 de maio; tem certeza que encontrou Rafaela no dia 5, uma vez que no dia 6 um sobrinho seu conhecido por Nandinho iria viajar e na véspera da viagem saiu com ele para lhe comprar uma lembrança; quando voltava da missão encontrou Rafaela na calçada do Mercadinho Nunes Peixoto, nesta cidade de Itabaiana; (...) chegou a comentar com a mãe de Rafaela no dia 8 de maio que tinha visto a acusada na sexta-feira; no dia do encontro a testemunha não trabalhou, pois não estava de plantão; Rafaela não aparentava nervosismo ou cansaço no dia do encontro. (Depoimento em juízo de Ana Alaíde Matos Oliveira - fl. 544).

(...) afirma que tem certeza que três dias antes do aniversário da filha de Rafaela encontrou a acusada Rafaela na loja de produtos naturais pertencentes à filha da testemunha, esta foi comprar um produto e lhe convidou para o aniversário; (...) a acusada não apresentou agitação ou nervosismo nesse encontro; afirma que tal fato ocorreu à tardinha, por volta das 17:30 horas. (...) chegou a encontrar a mãe de Rafaela no sábado dia 6 e lhe dizer que tinha visto Rafaela no dia 5 (...). (Depoimento em juízo de Maria de Lourdes Menezes Barbosa - fl. 545).

(...) acredita que tenha estado com Rafaela no dia 4 de maio quando esta lhe convidou e lhe entregou o convite para o aniversário da filha que seria no dia 8; viu também Rafaela no dia 8, quando passou em frente à casa dela; acredita que o encontro tenha sido no dia 4, mas não tem certeza em face do tempo decorrido, mas sabe que não podia ter sido no dia 5, pois não tinha aula às sextas-feiras

(...). (Depoimento em juízo de Tatiana Goes Maciel - fl. 546).

Frise-se, ainda, que as fotos tiradas no momento do crime pela câmera de segurança da agência de Maribondo/AL não demonstram a presença de pessoa do sexo feminino no assalto (v. Laudo de fls. 793/805).

Desse modo, muito embora a ré, ainda que ausente no momento da ação delituosa, tenha concorrido – ao passar informações sobre a agência, instruindo o restante da quadrilha – para a prática do crime de roubo, não pode ser responsabilizada pelo ilícito previsto no art. 157, § 3º, segunda parte c/c art. 14, II, ambos do CP (latrocínio tentado).

No que diz respeito às alegações formuladas nos apelos de José Marcos Zeferino dos Santos (no sentido de que não foi reconhecido pelas testemunhas Luiz Casimiro de Melo Neto, José Raulberg Almeida e Silva, Adeilton Câmara da Silva, Thiago Oliveira de Almeida e José Ivan Bernardino dos Santos, bem como de que todos os depoimentos lhe são favoráveis) e de Marcelo Carlos da Silva (quanto ao fato de que não foi reconhecido no local da prática delituosa), não merecem prosperar. Com efeito, as provas apuradas no curso do inquérito e em juízo demonstram, suficientemente, a responsabilidade penal dos referidos réus, consoante anteriormente exposto.

É válido destacar, como motivação, o seguinte excerto das contra-razões, o qual reforça o posicionamento desta Relatoria (fl. 997):

Há de se ter em consideração, além disso, o fato de que existem crimes cuja prova apresenta uma extrema dificuldade, posto que as circunstâncias em que ocorrem impossibilitam a obtenção, por outros meios probantes, que não o testemunho dos presentes à situação, normalmente autor e vítima ou os co-autores, do real acontecido. No delito em questão, os réus agiram encapuzados, o que dificulta a obtenção de provas diretas sobre a autoria do crime. No entanto, existem nos autos fortes indícios que apontam a autoria do delito para os ora apelantes, como, por exemplo, as inconsistências dos seus interrogatórios e o fato de, embora encapuzados, para dificultar o reco-

nhecimento pelos circunstantes, foram reconhecidos por três testemunhas, que afirmam terem visto os apelantes juntos no local do crime antes de seu cometimento. Nos delitos de difícil obtenção de prova, é pacífico que a autoria resta comprovada com o reconhecimento da vítima ou a existência de indícios de autoria.

Cumpra especificar, agora, a dosimetria da pena a ser imposta à acusada Rafaela da Lapa Cruz pelo crime de roubo (art. 157, § 2º, I e II, CP), em atenção aos postulados dos arts. 59 e 68, ambos do CP: a) a conduta da ré demanda grau de censura intenso; b) a análise de sua personalidade demonstra características voltadas para a perfectibilização de condutas ilícitas; e c) as circunstâncias e as conseqüências do crime são absolutamente desfavoráveis.

Assim, com supedâneo no exposto, razoável o estabelecimento da pena-base em 7 (sete) anos de reclusão. Presente a causa especial de aumento (art. 157, § 2º, I e II, do CP), a mesma há de ser elevada de metade, ficando em 10 (dez) anos e 6 (seis) meses. Em virtude do concurso material com o crime de quadrilha armada (art. 288, parágrafo único, CP), cuja reprimenda firmada na sentença foi de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses, torno-a definitiva em 13 (treze) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida, inicialmente, em regime fechado. Fixo, ainda, a pena de multa em 100 (cem) dias, calculada de acordo com um trigésimo do salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, com correção monetária até a data do efetivo pagamento.

Relativamente ao *quantum* das reprimendas de José Marcos Zeferino dos Santos e de Marcelo Carlos da Silva, verifico que o cálculo final da pena foi promovido em desacordo com o método trifásico, atribuído a Nelson Hungria e adotado pelo Código Penal Brasileiro em seu art. 68, que assim dispõe:

Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo único. No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na Parte Especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

Dessa forma, reordeno as etapas de fixação da reprimenda privativa de liberdade imposta aos acusados.

Quanto ao réu José Marcos Zeferino dos Santos: sobre a pena-base de 26 (vinte e seis) anos e 8 (oito) meses deve acrescer 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses, em face da reincidência (circunstância agravante), resultando em 31 anos, diminuídos de 1/3, tendo em vista a tentativa (causa de diminuição), com total de 20 (vinte) anos e 8 (oito) meses, aumentados de metade, em virtude do concurso formal com o roubo, ficando a reprimenda em 31 (trinta e um) anos. Considerando que a pena estabelecida na sentença (referente ao latrocínio tentado em concurso formal com roubo) foi de 29 (vinte e nove) anos e 6 (seis) meses, a mesma há de ser mantida para que não haja reforma em prejuízo para o referido réu.

Sobreleva consignar que se justifica a aplicação da pena-base acima do mínimo legal, tendo em conta o fato de uma das vítimas ser menor de idade à época, bem como a engenhosidade do grupo e as conseqüências graves do delito (a estagiária da Caixa ficou com seqüelas irreversíveis).

No que tange à agravante de reincidência, verifico que a esta foi imposta em patamar razoável (aproximadamente 1/6 da pena-base), não merecendo prosperar a alegação de excesso.

Com relação ao acusado Marcelo Carlos da Silva: a pena-base de 26 (vinte e seis) anos e 8 (oito) meses deve ser diminuída de 1/3, tendo em vista a tentativa (causa de diminuição), resultando em 17 (dezessete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias, aumentados de metade, em virtude do concurso formal com o roubo, ficando a reprimenda em 26 (vinte e seis) anos e 8 (oito) meses. Em face do concurso material com o crime de quadrilha armada (art. 288, parágrafo único, CP), cuja reprimenda firmada na sentença foi de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses, torno-a definitiva em 29 (vinte e nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida, inicialmente, em regime fechado.

Posto isso, nego provimento à apelação do réu José Marcos Zeferino dos Santos e dou parcial provimento aos apelos dos demais acusados, para fixar a pena de Rafaela da Lapa Cruz em 13 (treze) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida, inicialmente, em regime fechado, e, ainda, estabelecer o pagamento de

100 (cem) dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato, com correção monetária até a data do efetivo pagamento, pela prática dos crimes previstos nos arts. 157, § 2º, I e II, e 288, parágrafo único, ambos do CP, bem como reduzir a reprimenda imposta a Marcelo Carlos da Silva para 29 (vinte e nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida, inicialmente, em regime fechado, devendo ser mantida a multa determinada na sentença.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.613-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)
Apelante: GEILDO OLIVEIRA DA SILVA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Adv./Proc.: DR. HUMBERTO BORGES CHAVES FILHO (APTE.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. SONEGAÇÃO FISCAL. TIPICIDADE MATERIAL. CONSTITUIÇÃO DE EMPRESA EM NOME DE TERCEIRO MOTIVADA POR ÓBICES PARA CONSTITUIR EM NOME PRÓPRIO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ART. 109, V C/C ART. 110, §§ 1º E 2º, CÓDIGO PENAL. FALSO CONTIDO NA CONSTITUIÇÃO DA SOCIEDADE. DECURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL PELA PENA EM CONCRETO. MATERIALIDADE DO DELITO DE SONEGAÇÃO FISCAL. COMPROVAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO GERENTE “DE FATO”. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DE CONDENAÇÃO JUDICIAL. RÉU PRIMÁRIO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO PRÓXIMA AO MÍNIMO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. ART. 12, I, LEI Nº 8.137/1990. CONTINUIDADE DELITIVA. APLICAÇÃO DA MAJO-

RANTE EM PRIMEIRO LUGAR. OFENSA AO CRITÉRIO TRIFÁSICO. NULIDADE DA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE CORREÇÃO. PRECEDENTES.

- O delito de falsidade ideológica consubstancia-se na vontade de atestar falsamente algo, no caso a condição de sócio-gerente da empresa que seria, “de fato”, exercida pelo apelante, contudo impossibilitado de o ser, “de direito”, diante de óbices legais, como a inscrição em cadastros restritivos de crédito e obrigações trabalhistas.

- Fixada a pena em concreto para o delito de falsidade ideológica em 2 (dois) anos, com trânsito em julgado para a acusação, e tendo transcorrido mais de 4 (quatro) anos entre o fato e o recebimento do aditamento da denúncia, tem-se por superado o prazo prescricional, nos termos da exigência contida no art. 110, § 1º, CP, sendo de se reconhecer a prescrição retroativa, nos moldes do art. 110, §§ 1º e 2º, c/c art. 109, V, ambos do Código Penal.

- Constituída a empresa por intermédio de prepostos, recai a autoria do crime de sonegação fiscal na pessoa do “sócio-gerente de fato” que, munido de instrumento procuratório que lhe concedia amplos poderes, funcionava como o administrador da empresa autuada.

- A existência de uma única outra ação penal em curso contra o acusado pode repercutir na fixação da pena-base, contudo, ainda se encontrando aquela em instrução processual, necessariamente não é parâmetro viável a aquilatar ter personalidade voltada para o crime, havendo, ainda, de ser considerado um réu primário, por não haver trânsito em julgado de condenação judicial, pelo que não há como fixar a pena-base próxima ao máximo.

- “A fixação da pena-base no mínimo legal é possível, tendo em vista a primariedade do réu, seus

bons antecedentes e o pequeno porte da dívida decorrente da omissão de informações à autoridade fazendária. Razoabilidade na interpretação do art. 59 do CP". (Acr 5.159/PE - DJU 02.10.2007).

- Para evitar o bis in idem, não se deve valorar o montante da sonegação fiscal na fase do art. 59, CP, mas somente como circunstância agravante (art. 12, I, Lei nº 8.137/1990). Precedente do TRF/1: ACR-2001.01.34.024887-0/DF, rel. Des. Federal Olindo Menezes (DJU 29.06.2007).

VII. Toda e qualquer sonegação fiscal traz dano à coletividade, ao retirar a possibilidade de investimentos estatais ou mesmo o próprio oferecimento de insumos básicos, devendo, pelo valor da sonegação, ser avaliada a amplitude do dano, se de forma grave ou não, para aplicação da causa de aumento da pena prevista no art. 12, I, da Lei nº 8.137/1990.

- Extinta a punibilidade, pela prescrição, quanto ao delito de falsidade ideológica.

- Apelação parcialmente provida, quanto ao delito de sonegação fiscal para, mantendo a condenação, fixar em definitivo a pena restritiva de liberdade em 3 (três) anos e 11 (onze) meses, substituindo-a por pena restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas - art. 43, IV, CP), e a pena de multa em 140 (cento e quarenta) dias-multa, cada qual correspondendo a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo estabelecido para o ano de 2004, a ser atualizado monetariamente desde a data do trânsito em julgado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, em julgar extinta a punibi-

lidade, pela prescrição, quanto ao delito de falsidade ideológica, e dar parcial provimento à apelação, quanto ao delito de sonegação fiscal, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 6 de maio de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI -
Relatora

RELATÓRIO

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

Cuida-se de apelação interposta por GEILDO OLIVEIRA DA SILVA contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 17ª Vara Federal/PE (fls. 220/261), que o condenou à pena de 9 (nove) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e à pena de 300 (trezentos) dias-multa, pela infração ao disposto no art. 1º, I, e art. 12, I, ambos da Lei nº 8.137/1990 c/c o art. 71 (duas vezes) e o 299, ambos do CP, determinando que o réu poderia apelar em liberdade (art. 594, CPP), posto ter respondido ao processo nesta condição e não vislumbrar, naquele momento, requisitos deflagradores da decretação de prisão preventiva (art. 312, CPP).

A mesma sentença absolveu o outro réu, Geildo Oliveira da Silva Júnior, com fundamento no art. 386, IV, do Código de Processo Civil.

Na denúncia oferecida contra Geildo Oliveira da Silva Júnior, imputou-se a ele, na qualidade de sócio-gerente da empresa GT Construção & Serviços Ltda., haver omitido e prestado informações falsas à Receita Federal, suprimindo tributos federais incidentes sobre o faturamento dos anos-calendários 2003/2004.

Diz a denúncia, em seu primeiro aditamento, datado de 10 de abril de 2006, às fls. 18/20, quando passou a figurar o ora apelante:

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (...) vem, em ADITAMENTO À DENÚNCIA de fls. 03/04, DENUNCIAR:
GEILDO OLIVEIRA DA SILVA JÚNIOR (...); e
GEILDO OLIVEIRA DA SILVA
pelas razões fáticas e jurídicas que passa a aduzir.

Os denunciados, voluntária e conscientemente, na qualidade de responsáveis legais da empresa GT CONSTRUÇÃO & SERVIÇOS LTDA., CNPJ nº 05.259.554/0001-21, omitiram e prestaram informações falsas à Receita Federal, suprimindo tributos federais incidentes sobre o faturamento dos anos-calendários 2003/2004 (IRPJ, PIS, CSLL e COFINS).

Constatou-se, no curso de ação fiscal efetivada pela Receita Federal em Petrolina/PE, que a empresa GT CONSTRUÇÃO & SERVIÇOS LTDA. teve faturamento de R\$ 222.477,25 (duzentos e vinte e dois mil, quatrocentos e setenta e sete reais e vinte e cinco centavos) no ano de 2003, e um faturamento de R\$ 3.550.097,08 (três milhões, quinhentos e cinqüenta mil, noventa e sete reais e oito centavos) no exercício de 2004, apesar de haver declarado à Receita Federal informações que indicavam a inatividade da empresa nessas duas competências (2003 e 2004).

A cláusula oitava do contrato social de fls. 63/68 indica que o primeiro denunciado tinha efetivo poder de gerência da empresa fiscalizada, sendo responsável pela decisão de omitir e prestar informações falsas para a autoridade fazendária federal.

Ademais, no Auto de Interrogatório do primeiro acusado (fls. 11/13), este apontou seu pai, GEILDO OLIVEIRA DA SILVA, como sendo o efetivo gestor da empresa GT CONSTRUÇÃO & SERVIÇOS LTDA., consoante procuração de fl. 07 do Apenso.

Desta forma, resta imperiosa a inclusão do segundo denunciado no pólo passivo da ação penal em epígrafe.

A autoria e a materialidade do delito estão comprovadas pela documentação anexa aos autos: autos de infração (fls. 115/118; 123/126; 137/140 e 151/154), demonstrativos de apuração (fls. 119/121; 127/129; 141/142 e 155/156) e, sobretudo, pelas cópias das notas fiscais e de empenho (fls. 81/95), as quais especificam que a empresa auferiu consideráveis receitas nos calendários 2003 e 2004, apesar de ter prestado à SRF declaração de conteúdo diverso, bem como pelo Auto de Interrogatório de fls. 11/13.

O dano material causado ao erário resultou no crédito tributário de R\$ 456.622,30 (quatrocentos e cinqüenta e seis mil, seiscentos e vinte e dois reais e trinta centavos), atualizados até 22/04/2005, conforme salientado na representação fiscal e nos documentos que a acompanham.

Evidente que os denunciados, dolosamente, omitiram e

prestaram informações falsas à Receita Federal, nos anos-calendário de 2003 e 2004, reduzindo os tributos federais devidos, impondo-se a deflagração da respectiva ação penal.

Pelo exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL requer o recebimento da presente denúncia, a citação e interrogatório dos denunciados e, após os trâmites legais, sejam condenados às penas do art. 1º, inc. I c/c art. 12, inc. I, ambos da Lei 8.137/90, em continuidade delitiva (duas vezes) nos termos do artigo 71 do CP. Requer, também, a expedição das comunicações de praxe.

Em novo aditamento, datado de 15 de dezembro de 2006, às fls. 90/93:

Trata-se de ação penal proposta pelo Ministério Público Federal em face de GEILDO OLIVEIRA DA SILVA JÚNIOR porque o mesmo, na qualidade de responsável legal da pessoa jurídica GT CONSTRUÇÃO & SERVIÇOS LTDA., omitiu e prestou informações inverídicas à Receita Federal, suprimindo tributos federais incidentes sobre o faturamento dos anos-calendário 2003/2004 (IRPJ, PIS, CSLL e COFINS), visto que informou à Receita que a aludida empresa estava inativa naqueles exercícios, quando, na verdade, teve faturamento de R\$ 222.477,25 (duzentos e vinte e dois mil, quatrocentos e setenta e sete reais e vinte e cinco centavos) em 2003, e um faturamento de R\$ 3.550.097,08 (três milhões, quinhentos e cinquenta mil, noventa e sete reais e oito centavos) no exercício de 2004.

A denúncia foi recebida em 10/03/2006 (fl. 05). Houve aditamento da denúncia com a inclusão do réu GEILDO OLIVEIRA DA SILVA (fl. 21).

Devidamente citados, os réus foram interrogados às fls. 09/13 e 29/32. Contudo, apenas o réu GEILDO OLIVEIRA DA SILVA JÚNIOR apresentou, tempestivamente, defesa prévia (fls. 15/16). Prosseguindo-se à instrução, as testemunhas foram ouvidas às fls. 38/45.

Indeferida a diligência da defesa (fls. 59/61), vieram-se os autos para oferecimento de alegações finais.

Antes de se ultrapassar a fase do artigo 500 do Código de Processo Penal, impõe-se seja oferecida a *mutatio libelli* (art. 384, parágrafo único do CPP), tendo em vista que durante a instrução criminal, foram reveladas circunstâncias que implicam nova definição jurídica do fato, com o concernente agra-

vamento da pena a ser infligida a GEILDO OLIVEIRA DA SILVA, pela flagrante prática de falsidade ideológica.

Resta imperiosa a necessidade de aditamento da denúncia, para fazer incluir o delito descrito supra. Vamos à redação do art. 384 do CPP:

Art. 384. Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em conseqüência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de 8 (oito) dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas.

Parágrafo único. Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de 3 (três) dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas.

É sabido que há a possibilidade de suprimento de omissões existentes na peça inaugural acusatória até o advento da sentença final, como giza o artigo 569 do CPP, não havendo, pois, quaisquer óbices à presente *mutatio libeli*.

2. DO CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA

Pelos elementos constantes nos autos, verifica-se que a conduta praticada pelo denunciado GEILDO DE OLIVEIRA consubstancia, também, crime de falsidade ideológica, na medida em que, para se furtar à responsabilidade perante credores, emancipou seu filho, menor à época, inserindo o nome do mesmo no contrato social da empresa GT CONSTRUÇÕES LTDA., como se proprietário da mesma fosse, para obter fim de prejudicar direito de terceiros.

A falsidade praticada não se encontra absorvida pela prática de delito contra a ordem tributária, uma vez que tem características autônomas, visto que o agente fez inserir informação inverídica, qual seja, a que seu filho GEILDO DE OLIVEIRA JÚNIOR estivesse constituindo empresa, quando, de fato, era ele próprio o criador e administrador da organização empresarial em comento.

Com intuito de exclusivo de se evadir (*sic*) da responsabilidade perante credores, inclusive de créditos trabalhistas,

utilizou de artifício ilegal, utilizando seu filho com interposta pessoa, para assim continuar a atuar, oficiosamente, através de outro empreendimento, impedindo o exercício de direito de terceiros.

Portanto, não há que falar em consunção em relação à falsidade praticada, devendo, destarte, ser GEILDO DE OLIVEIRA DA SILVA processado e responsabilizado, também, pela falsidade ideológica praticada, nos termos do artigo 499 do CP (*sic*).

4. REQUERIMENTO

Pelo exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, requer o aditamento da denúncia, nos termos do parágrafo único do artigo 384 c/c 569 do CPP, para requerer a condenação de GEILDO OLIVEIRA DA SILVA às penas do artigo 299 do Código Penal brasileiro. Requer, outrossim, a concessão de vista à parte demandada para, se quiser, oferecer prova.

Nas razões de apelação (fls. 275/303), alegou, em síntese:

A nulidade do aditamento quanto à falsidade ideológica, por ser fato desvinculado da imputação originária, em clara violação à regra do art. 384, CPP, acrescentando prejuízo para a defesa com a ausência de citação do réu para o novo fato incriminador.

Ainda, a prescrição retroativa da pretensão punitiva e a ausência de tipicidade material.

Quanto à imputação de sonegação fiscal, a falta de justa causa para a ação penal, pois não existem elementos anteriores ao ajuizamento da ação penal que determinem a condição de responsável tributário do apelado, até porque os elementos trazidos aos autos são incapazes de determinar o excesso de mandado ou a infração à legislação civil ou comercial aptas a impor um enquadramento na condição de responsável tributário, segundo o art. 135 do CTN.

Acrescenta a nulidade da sentença pela falta de fundamentação acerca da condição de sujeito ativo do crime, não sendo demonstrada a condição de responsável e a inexistência de prova no processo administrativo-fiscal dessa condição.

Também, não reunir as condições de responsável tributário, pois era mero mandatário da sociedade, evidenciando uma conduta atípica, não sendo possível utilizar-se de interpretação extensiva.

Aduz a ausência de dolo específico diante da percepção equivocada sobre o regime de tributação ao entender que as retenções na fonte consistiam na integralidade das obrigações fiscais.

No tocante à aplicação da pena, restaria a sentença equivocada por considerar alegações de transgressões de normas penais, quando haveria contra ele apenas uma ação penal ainda em curso, acrescentando que, ao analisar as circunstâncias do crime, o juízo se limitou a indicar a situação de fato que daria margem à caracterização do próprio crime, havendo flagrante *bis in idem*, pois a conduta não pode ser considerada como realização do tipo e, ao mesmo tempo, como circunstância desfavorável para a aplicação da pena.

Também, não aplicou a atenuante da confissão, em que pese ter admitido ser o responsável pela condução da sociedade, bem como haver promovido a confecção do contrato social.

Acrescenta não ter sentido a aplicação da causa de aumento de pena previsto no art. 12, I, da Lei nº 8.130/1990, tendo em vista que o dispositivo é de difícil aplicação nos crimes contra a ordem econômica e contra as relações de consumo.

Por fim, a nulidade da sentença decorrente de ofensa ao critério trifásico de aplicação da pena, tendo em vista que a majoração decorrente do reconhecimento da continuidade delitiva foi aplicada antes das demais causas de aumento de pena, incidindo umas sobre as outras, e, ainda, que primeiro incidiu a causa de aumento relativa ao crime continuado e, depois, sobre a pena produto da majoração, incidiu a causa de aumento do art. 12, I, da Lei nº 8.130/90, o que evidencia que uma causa incidiu sobre a outra, o que é vedado.

O apelado ofereceu contra-razões (fls. 309/342), rechaçando os argumentos da defesa e pugnando pelo improvimento do recurso, mantendo integralmente a sentença.

O *Parquet* Federal com atuação neste egrégio Regional emitiu parecer, da lavra do Procurador Regional da República ROGÉRIO TADEU ROMANO, assim ementado (fls. 346/349):

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL E FALSIDADE IDEOLÓGICA. ADITAMEN-

TO DA DENÚNCIA. *MUTATIO LIBELLI*. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO PROCESSUAL PARA O RÉU. NOVA IMPUTAÇÃO.

1. Nenhum ato será declarado nulo se não houver prejuízo à acusação ou para a defesa.
2. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo mediante a omissão de informações ou prestação de informação falsa.
3. Parecer pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Ao Revisor.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Geildo Oliveira da Silva apelou da sentença que o condenou à pena de 9 (nove) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e à pena de 300 (trezentos) dias-multa, pela infração ao disposto no art. 1º, I, e art. 12, I, ambos da Lei nº 8.137/1990 c/c o art. 71 (duas vezes) e o 299, ambos do CP, determinando que o réu poderia apelar em liberdade (art. 594, CPP), posto ter respondido ao processo nesta condição e não vislumbrar, naquele momento, requisitos deflagradores da decretação de prisão preventiva (art. 312, CPP).

Na sentença condenatória, o MM. Juiz *a quo*, pronunciou-se pela materialidade dos delitos de sonegação fiscal (fls. 245/250) e falsidade ideológica (fls. 251/253).

1. FALSIDADE IDEOLÓGICA

1.1. Tipicidade Material

A materialidade, no tocante à falsidade ideológica, estaria comprovada quando da constituição, pelo ora apelante, da empresa GT Construções & Serviços Ltda., colocando seu filho, o réu Geildo Oliveira da Silva Júnior, como responsável pela gerência, fato inverídico demonstrado nas próprias declarações dos réus, o que denotaria declaração falsa, alterando a verdade sobre fato juridicamente relevante, qual seja, colocar seu filho como sócio-gerente da empresa a fim de burlar impedimentos legais que o obstavam a constituí-la em nome próprio.

Oferecida denúncia contra Geildo Oliveira da Silva Júnior, filho do ora apelante, imputando àquele a prática do delito tipificado no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/1990, por ter omitido e prestado declarações falsas à Receita Federal, suprimindo, com tal conduta, tributos federais incidentes sobre o faturamento da empresa da qual seria seu sócio-gerente, a GT Construções & Serviços Ltda., quando do seu interrogatório ficou constatada a contribuição do seu pai, o ora apelante Geildo Oliveira da Silva, nos fatos, sendo este o efetivo gerente da sociedade, eis que detinha procuração do réu para agir em nome da sociedade, razão pela qual foi aditada a denúncia.

Ao ser ouvido o réu/apelante Geildo Oliveira da Silva, tem-se que a empresa fora constituída em nome de seu filho porque não poderia ele constituir empresa, por problemas de ordem trabalhista e de restrições de crédito, mas que era ele quem atuava na empresa (fls. 29/32), o que foi confirmado pelas testemunhas (fls. 36/45), no que restou aditada a denúncia para imputar a ele a prática do delito tipificado no art. 299, CP, de falsidade ideológica.

O apelante alega a ausência de tipicidade material, aduzindo que a circunstância de ter constituído a sociedade em nome do seu filho, no momento em que o fato se concretizou, foi irrelevante, pois não causou nenhum prejuízo à pessoa alguma, não existindo, portanto, dolo específico na prática do ato, acrescentando que não laborou com dolo ou má-fé, uma vez que não tencionava prejudicar direitos de terceiros frente à empresa constituída ou mesmo utilizar a empresa como instrumento de fraude.

Contra tais argumentos, trago à colação julgado desta egrégia Corte, assim ementado:

PENAL. ART. 299, *CAPUT*, C/C 20 DO CPB. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADOS. DESNECESSIDADE DA PERCEPÇÃO DE VALORES PARA A CONSUMAÇÃO DO DELITO. TABELIÃO. ATESTAR ATO NÃO OCORRIDO EM SUA PRESENÇA. FALSIDADE IDEOLÓGICA. REDUÇÃO DA PENA. DIFICULDADE FINANCEIRA. INOCORRÊNCIA. APELAÇÕES CRIMINAIS IMPROVIDAS.

1. (...)

2. **O delito de falsidade ideológica consubstancia-se com a inserção de declaração falsa no documento,**

sendo irrelevante a percepção de vantagem. O que se examina é a presença do dolo – a vontade de atestar falsamente algo –, e não o fim a que se destine o documento.

3. (...)

4. (...)

5. (...)

(TRF5, 3ª T., ACR 3.481/PE, Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano, ac. un. 09.03.2006, DJU 31.03.2006, p. 649).

Houve a vontade de atestar falsamente algo, no caso a condição de sócio-gerente da empresa que seria, de fato, exercida pelo ora apelante, contudo impossibilitada diante de óbices pelo mesmo admitidos tanto nas suas declarações em juízo (fls. 30/31), como de seu filho, o sócio-gerente de direito (fls. 12/13).

Desta forma, resta configurada a tipicidade material do delito de falsidade ideológica.

1.2. Nulidade do Aditamento

Alega, ainda, o apelante a nulidade do aditamento quanto à falsidade ideológica, por ser fato desvinculado da imputação originária, em clara violação à regra do art. 384, CPP, acrescentando prejuízo para a defesa com a ausência de citação do réu para o novo fato incriminador.

Neste ponto, oportuno citar o seguinte excerto do parecer ministerial (fls. 347/348):

De início, analiso a hipótese da *mutato libeli*. É dito que, para se furta à responsabilidade perante os credores, o acusado emancipou seu filho, menor à época, inserindo o nome do mesmo no contrato social da empresa GT CONSTRUÇÕES LTDA, como se proprietário da mesma fosse, para prejudicar o direito de terceiros.

Bem observado que o crime de falsidade ideológica praticado não se encontra absorvido pela prática do delito contra a ordem tributária, uma vez que o acusado inseriu informação inverídica no sentido de que seu filho estivesse constituindo empresa, quando, de fato, era ele próprio o criador e administrador da organização empresarial em foco. É censurável o fato do acusado, ora apelante, se evadir da responsabilidade perante credores, utilizando-se de tal artifício.

Saliente-se que o acusado, ora apelante, foi novamente intimado para manifestar-se sobre o aditamento da denúncia, sobre a nova capitulação apresentada, artigo 299 do Código Penal, razão pela qual não se pode falar em nulidade por ausência de citação alegada pelo réu. Preservado o princípio da ampla defesa. O aditamento que é um conserto ou complementação da peça acusatória visa a permitir que a sentença possa decidir sobre o mais amplo aspecto fático que envolve o caso apresentado.

Ao compulsar os autos, verifica-se assistir razão ao opinativo suso transcrito, eis que, após intimação (fl. 95), veio a se manifestar nos autos sobre o aditamento (fls. 97/100) em momento anterior ao ato que o recebeu (fls. 104/106).

Ainda, a produção das provas requeridas pelo ora apelante.

Assim, não há como se falar em nulidade do aditamento (*mutatio libeli*), pelo que a rejeito.

1.3. Prescrição da Pretensão Punitiva

Ainda no tocante à falsidade ideológica, pretende a extinção da punibilidade devido à prescrição retroativa decorrente da aplicação conjunta dos arts. 109, V, e 110, §§ 1º e 2º, ambos do Código Penal, e igualmente a pena de multa cominada (art. 114, II, CP), tendo em vista a sua prática quando da constituição da empresa, em 16 de abril de 2002.

Com o recebimento do primeiro aditamento da denúncia, em 17 de abril de 2006, ter-se-iam passados mais de 4 (quatro) anos desde o fato indicado (constituição da empresa), o que ultrapassaria, igualmente, o prazo indicado no inciso V do art. 109, CP, haja vista haver sido aplicada, àquele delito, a pena de 2 (dois) anos.

Alega-se nas contra-razões não assistir razão ao apelo, aduzindo que o termo inicial da contagem do prazo prescricional não seria o antes indicado, da constituição da empresa, mas sim a data da inserção de declaração falsa no documento que repousa às fls. 67/71 do Apenso 1, de alteração e consolidação da sociedade, que data de 8 de julho de 2004, quando teriam sido reafirmadas todas as cláusulas do primeiro contrato social.

Diz a peça de fls. 309/342 (contra-razões), que "a falsidade ideológica apontada pelo Ministério Público Federal no aditamento de fls. 18/20, no qual foi narrado o delito de falsidade ideológica, foi aquela referente à inserção de declaração falsa" no instrumento acima referido, de alteração e consolidação da sociedade.

Neste ponto, não vejo assistir razão ao contra-dito, eis que, no aditamento à denúncia, que repousa às fls. 90/93, o que ali se indica é a constituição da empresa, utilizando-se de artifício ilegal, com seu filho como interposta pessoa, para assim continuar a atuar, oficiosamente, através de outro empreendimento, impedindo o exercício de direito de terceiros.

Ou mais claramente:

Pelos elementos constantes nos autos, verifica-se que a conduta praticada pelo denunciado GEILDO DE OLIVEIRA consubstancia, também, crime de falsidade ideológica, na medida em que, para se furtar à responsabilidade perante credores, emancipou seu filho, menor à época, inserindo o nome do mesmo no contrato social da empresa GT CONSTRUÇÕES LTDA., como se proprietário da mesma fosse, para obter fim de prejudicar direito de terceiros.

A falsidade praticada não se encontra absorvida pela prática de delito contra a ordem tributária, uma vez que tem características autônomas, visto que o agente fez inserir informação inverídica, qual seja, a que seu filho GEILDO DE OLIVEIRA JÚNIOR estivesse constituindo empresa, quando, de fato, era ele próprio o criador e administrador da organização empresarial em comento.

Com intuito de exclusivo de se (*sic*) evadir da responsabilidade perante credores, inclusive de créditos trabalhistas, utilizou de artifício ilegal, utilizando seu filho como interposta pessoa, para assim continuar a atuar, oficiosamente, através de outro empreendimento, impedindo o exercício de direito de terceiros.

Portanto, não há que falar em consunção em relação à falsidade praticada, devendo, destarte, ser GEILDO DE OLIVEIRA DA SILVA processado e responsabilizado, também, pela falsidade ideológica praticada, nos termos do artigo 499 do CP.

Assim, não há como entender o termo inicial da contagem do prazo prescricional à data da alteração e consolidação da sociedade (8 de julho de 2004), mas, sim, à data de constituição da sociedade empresarial, em 16 de abril de 2002 (fls. 63/67 do Apenso 1).

Definido tal marco, passo à análise da pretendida extinção da punibilidade quanto ao crime de falsidade ideológica.

Prolatada a sentença, o apelante foi condenado à pena definitiva, quanto ao delito em análise, antes da sua unificação pelo entendimento de prática em concurso material (art. 69, *caput*, CP), em 2 (dois) anos de reclusão.

Recebido o segundo aditamento da denúncia, em 1º de fevereiro de 2007 (fls. 104/106), vê-se decorrido, do fato, prazo superior a 4 (quatro) anos.

Conforme o art. 109, V, CP, sendo aplicada pelo juízo a pena de 2 (dois) anos, a prescrição é de 4 (quatro) anos e, levando-se em consideração que o Ministério Público deixou de recorrer da decisão, deu-se o trânsito em julgado para a acusação, nos precisos termos da exigência contida no art. 110, § 1º, CP, pelo que, superado o prazo prescricional, é de se reconhecer a prescrição consubstanciada pela pretensão punitiva, nos moldes dos §§ 1º e 2º do art. 110, CP.

A ilustrar, trago à colação os seguintes julgados:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. ART. 168 DO CÓDIGO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO RETROATIVA. ART. 110, PARÁGRAFOS 1º E 2º, AMBOS DO CP.

- Fixada a pena em um ano e um mês de reclusão, consuma-se a prescrição em quatro anos.

- Extinção da punibilidade em face da prescrição retroativa. Denúncia recebida em 02.03.95.

- Prejudicada a apelação da parte ré. Decisão unânime. (TRF5, 1ª T., ACr 2.073/PE, Rel. Des. Federal Castro Meira, DJU 16.04.99, p. 602).

PENAL. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

1 - Tendo a decisão condenatória transitado em julgado para a acusação, tendo sido a pena aplicada na espécie

inferior a 4 (quatro) anos e tendo transcorrido mais de 8 (oito) anos entre a data do fato e a do recebimento da denúncia, deve a prescrição da pretensão punitiva, ocorrida na forma prevista no art. 109, *caput*, e inciso IV, combinado com os §§ 1º e 2º do art. 110, todos do Código Penal, ser declarada de ofício, conforme dispõe o art. 61 do CPP, extinta a punibilidade, nos termos do art. 107, IV, do CP;

2 - O reconhecimento da prescrição, assim levado a efeito, exclui o exame de outras preliminares e do mérito;

3 - Prejudicada a apelação. Decisão unânime.

(TRF2, ACr-23234-3/RJ, rel. Des. Federal Rogério Carvalho, DJU 03.12.1998, p. 197).

Desta forma, acolho a alegação e declaro extinta a punibilidade pela prescrição, nos termos do art. 110, §§ 1º e 2º, c/c art. 109, V, ambos do Código Penal, quanto ao crime previsto no art. 299, *caput*, do Código Penal (falsidade ideológica) e, quanto a ele, julgo prejudicada a apelação.

2. SONEGAÇÃO FISCAL

De início, alega o apelante a ausência de justa causa para a ação penal, pois não existem elementos anteriores ao ajuizamento da ação penal que determinem a sua condição de responsável tributário, até porque os elementos trazidos aos autos são incapazes de determinar o excesso de mandado ou a infração à legislação civil ou comercial aptas a impor um enquadramento na condição de responsável tributário, segundo o art. 135, CTN.

Faz crer, em seu recurso, que a comprovação da condição de responsável tributário competiria ao juízo cível, pois se trataria de questão regulada pela legislação tributária, cuja competência é do juízo cível e não do juízo penal.

Diz a sentença condenatória que a materialidade restou comprovada no bojo da Representação Fiscal para Fins Penais nº 13411.000350/2005-07 (PAC nº 26.001.000080/2005-44), em apenso aos autos, e nas declarações prestadas pelos então réus, Geildo Oliveira da Silva Júnior e Geildo Oliveira da Silva, este último o apelante.

Os elementos ali contidos dizem respeito ao previsto na Lei nº 8.137/1990, que regula os crimes contra a ordem tributária.

No magistério de Luiz Régis Prado (Direito Penal Econômico, 2007, p. 303), a matéria ali veiculada (ordem tributária ou fiscal) *“vem reconhecida pela Constituição Federal de 1988 (arts. 145 a 169), integrando a denominada Constituição Econômica como base jurídica para o tratamento da ordem e do processo tributário-fiscal. É o fundamento constitucional dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal”*.

Ademais, sonegação fiscal se qualifica entre os crimes de resultado, quanto ao tipo penal, sendo próprio, então, o juízo criminal para a análise da responsabilidade do agente, e não o juízo administrativo como pretende o apelante.

Acrescente-se, ainda, que a representação fiscal para fins penais (nos autos em seu Apenso 1), trazem os elementos necessários à persecução penal, qual seja a sonegação fiscal ali apurada, com o enquadramento do sócio-gerente na condição de responsável tributário, o que veio a ser obtido, quanto à pessoa do apelante, a partir das próprias declarações dos réus, quando dos interrogatórios na ação penal.

A empresa GT Construções & Serviços Ltda., ainda que apresentando atividade financeira nos anos-calendários indicados na representação fiscal para fins penais, eis que prestou serviços a órgãos públicos, com a emissão de notas fiscais, declarou-se inativa nos anos investigados, o que não condiz com a verdade dos fatos.

Sabe-se que o sujeito ativo do delito não é a empresa (pessoa jurídica), mas, em tese, a pessoa física que, por força de instrumento contratual, detém a sua gerência.

No caso em análise, o sujeito ativo não seria o sócio-gerente indicado no contrato de constituição da empresa, mas sim o “sócio-gerente de fato”, munido do instrumento procuratório que lhe concedia amplos poderes para tal, pois funcionava, assim, como o administrador daquela empresa.

Como antes expandido, a representação fiscal para fins penais apurou a existência do crime contra a ordem tributária (sonegação fiscal), recaindo sobre o sócio-gerente a autoria do delito, pela própria responsabilidade tributária a ele atribuída.

E, ainda, repetindo o teor da denúncia oferecida, “a autoria e a materialidade do delito estão comprovadas pela documentação anexa aos autos: autos de infração (fls. 115/118; 123/126; 137/140 e 151/154), demonstrativos de apuração (fls. 119/121; 127/129; 141/142 e 155/156) e, sobretudo, pelas cópias das notas fiscais e de empenho (fls. 81/95), as quais especificam que a empresa auferiu consideráveis receitas nos calendários 2003 e 2004, apesar de ter prestado à SRF declaração de conteúdo diverso, bem como pelo Auto de Interrogatório de fls. 11/13”.

Da sentença, vê-se restar atacada a autoria e a materialidade do delito, mormente ao indagar se o sócio-gerente "de fato" saberia da obrigação de prestar informações à Receita Federal, mas não saberia que deveria pagar tributos.

O apelante, em que pese não figurar no contrato social, era o único responsável pela gerência da empresa, utilizando-se para tanto de uma procuração firmada pelo gerente de direito, seu filho, conferindo-lhe amplos poderes para representar a sociedade, como declarado por ambos os réus, o ora apelante e seu filho. Apenas não constituiu a empresa em vista de restrições creditícias e de ordem trabalhista (fls. 29/32).

Neste sentido, trago à colação julgado desta colenda Turma:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. CRIMES DE SONEGAÇÃO FISCAL. DECLARAÇÃO FALSA COM O OBJETIVO DE EXIMIR-SE PARCIALMENTE DE PAGAMENTO DE TRIBUTOS. REDUÇÃO DE TRIBUTOS MEDIANTE FRAUDE. CONCURSO MATERIAL. PROVA SUFICIENTE DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE DOS DELITOS. REDUÇÃO DAS PENAS APLICADAS. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

- Trata-se de apelação criminal interposta por Tadeu Coatti (fls. 909/920), em face da sentença do Exmo. Juiz Emiliano Zapata de Miranda Leitão (fls. 883/896), que julgou parcialmente procedente a denúncia: a) procedente, para condenar Tadeu Coatti à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão, e multa de 185 dias-multa, no valor unitário de R\$ 68,00, pelo crime previsto no art. 1º, II, da Lei nº 8.137/80, e à pena de 1 ano e 3 meses de detenção e mesma multa, pelo delito do art. 2º, I, da Lei nº 8.137/80, c/c o art. 706 do CPB; b) improcedente, para absolver Maria Nícia Araújo

Medeiros (esposa do co-acusado), por ausência de prova de sua efetiva participação na administração da empresa.

- Alega o apelante: a) em preliminar, cerceamento de defesa, diante do indeferimento da perícia para comprovação de assalto e incêndio no veículo do contador, em que havia documentos da empresa do período apontado pela auditoria da Receita Federal, bem assim, a inépcia da denúncia, por falta de individualização da conduta do apelante, fazendo menção genérica ao fato criminoso; b) no mérito, ausência de dolo na prática das condutas descritas no tipo penal e a inobservância do sistema trifásico para a individualização da pena, bem assim, o excesso no *quantum* das penas privativa de liberdade e de multa.

- Requerimento de prova pericial baseado unicamente na assertiva de que "uma quantidade não especificada de notas fiscais teria sido destruída pelo incêndio ocorrido no veículo do Contador da empresa, momento em que foi o mesmo vítima de assalto" (*sic*), (fls. 844/845), sem, no entanto, apresentar qualquer prova de suas alegações, embora devidamente intimado para esse fim (fl. 847).

- **Tratando-se de crime societário, a denúncia deve estabelecer o vínculo de cada sócio ou gerente ao ato ilícito que lhe está sendo imputado (STF: HC 79.399/SP, DJ 01/01/2001 – pp 00077 –, Rel. Min. Nelson Jobim). No caso, isto efetivamente ocorreu, pois a denúncia (fls 03/05) descreve os fatos com detalhamento capaz de ensejar o exercício da defesa, especificando que: a) o acusado Tadeu Coatti constituiu a empresa Distribuidora de Fermentos da Paraíba Ltda. (em 28.07/98 - fl. 9), por intermédio de interpostas pessoas, com o escopo de eximir-se do recolhimento de tributos da União; b) houve omissão na emissão de notas fiscais de entrada pelo retorno de remessas feitas para vendas realizadas fora do estabelecimento, o que constitui receitas não escrituradas; c) houve pagamentos, sem escrituração, a outras empresas (Parmalat, PANE e Usina Itaquara S/A - fls. 26 e 540/600); d) a partir de fevereiro/99, deixou de escriturar nos livros próprios, não apresentando, ainda, cerca de 1.100 (um mil e cem) notas fiscais, configurando-se a omissão de receitas operacionais.**

- **No caso: a) confirmou o apelante (fl. 780) ser o administrador da empresa, desde a sua fundação, cons-**

**tituindo-a em nome de terceiros: da esposa do co-
acusado Maria Nícia Araújo Medeiros Coatti, de Luci-
neide da Silva Santos e Elias Alexandre, que suce-
deu a primeira, por impossibilidade de fazê-lo em
nome próprio, por constar dos cadastros negativado-
res de crédito; b) os dois últimos sócios tiveram parti-
cipação meramente formal, pois nunca contribuíram
com nenhum valor para a sociedade, tampouco pos-
suíam quaisquer bens, como consta da Representa-
ção Fiscal para Fins Penais, fl. 12/19, e dos depoi-
mentos às fls. 824/825 e 836/837, restando configura-
da a intenção (dolo) na constituição da sociedade,
com o objetivo de afastar a responsabilidade tributá-
ria, incidindo o tipo do art. 2º da Lei 8.137/80.**

**- Ainda, houve fraude, com a omissão de receitas tri-
butárias na declaração ao Fisco, como demonstram
a representação fiscal para fins penais (fls. 08/32), os
autos de infração (fls. 33/88), as cópias das notas fis-
cais e livros contábeis/fiscais, fls. 140/164, 167/223, 220/
309, 316/400, 401/435, 455/528, 534/600 e 616/656, do
que resultou redução de valores devidos a título de
pagamento de tributos federais, no valor consolida-
do de R\$ 480.059,97 (quatrocentos e oitenta mil, cin-
qüenta e nove reais e noventa e sete centavos), em
27/09/01 (fl. 88), relativo aos anos-calendário de 98/99
e ao período de janeiro a agosto/2000 (fl. 114), com a
incidência no tipo do art. 1º da Lei 8.137/80.**

- A pena aplicada foi de: a) 3 (três) anos e 6 (seis) meses
de reclusão, e multa em 185 dias-multa, no valor unitário
de R\$ 68,00, para o delito previsto no art. 1º, II, da Lei
8.137/80, cuja pena prevista é de 2 (dois) a 5 (cinco) anos
de reclusão, e multa; b) 1 (um) ano e 3 (três) meses de
detenção, e multa de 185 dias-multa, no valor unitário de
R\$ 68,00, para o delito previsto no art. 2º, I, da mesma Lei,
cuja pena prevista é de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos de
detenção, e multa.

- Dosimetria adequada da pena, pois, com base na aplica-
ção das circunstâncias previstas no *caput* do art. 591 do
CPB, conquanto o Apelante não possua antecedentes cri-
minais, restou configurado o seu alto grau de culpabilida-
de na prática do fato delituoso, consubstanciado na inten-
ção (dolo) de constituir a sociedade em nome de tercei-
ros, com o objetivo de afastar de si a responsabilidade

tributária, bem assim, a relevante conseqüência do crime por ele praticado, cujo prejuízo à ordem tributária é bastante significativo. Sentença mantida.

- Apelação improvida.

(TRF-5, 4ª T., ACR 4.273/PB, Rel. Des. Federal Hélio Sílvio Ourem Campos, ac. p/maioria 17.01.2006, DJU 06.03.2006, p. 700). Sem destaque no original.

Desta forma, quanto ao crime de sonegação fiscal, encontram-se afastadas as alegações do apelo.

3. DOSIMETRIA

Antes de adentrar nas alegações contidas no apelo, relevante reproduzir as etapas utilizadas na sentença, para a dosimetria da pena do delito de sonegação fiscal.

A. Pena base

94. Circunstâncias judiciais para cada um dos delitos de sonegação fiscal - art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90: (a) culpabilidade: grave; (b) antecedentes: são bons; (c) conduta social: é boa; (d) personalidade do agente: voltada para o crime, desvirtuada do homem médio, vez que propensa ao desrespeito às normas legais e sociais vigentes, além de ser ganancioso e egoísta; (e) motivos: o lucro fácil, preferindo seu enriquecimento ilícito em detrimento do erário; (f) circunstâncias do crime: sonegações fiscais praticadas mediante prestação de informações falsas à Secretaria da Receita Federal (SRF), na medida em que informado que a empresa GT CONSTRUÇÃO & SERVIÇOS LTDA. estava inativa nos anos-calendário de 2003/2004, fatos de todo inverídicos. Inolvidável, no ponto, que grande parte da receita da citada empresa gerida pelo réu originou-se do próprio poder público, donde denotar-se a maior perfídia e levidade nas condutas; ainda, o réu geria a empresa de forma dissimulada, mediante procuração firmada por seu filho, que apenas formalmente era seu sócio-gerente – fazia isso colimando abstrair-se de qualquer responsabilidade; (g) conseqüências do crime: deixo de considerar a enormidade do valor sonegado nesta etapa porque o considerarei como causa de aumento de pena (art. 12, I, da Lei nº 8.137/90), com isso, evitando indesejável *bis in idem* - “Por tratar-se de lei especial a lei que dispõe sobre os Crimes Contra a Ordem Tributária, que tem como causa agravante

o grave dano à coletividade”, e para se evitar o *bis in idem*, não se deve valorar o elevado montante da sonegação fiscal na fase do art. 59 do CP, mas tão-somente como circunstância agravante (art. 12, I, da Lei nº 8.137/1990 - “ocasionar grave dano à coletividade”) (TRF 1ª Região - Terceira Turma - Apelação Criminal - Processo: 200134000248870 UF: DF - Relator(a) Desembargador Federal OLINDO MENEZES - Data da decisão: 12/6/2007 - DJ Data: 29/6/2007 Página: 20); (h) comportamento da vítima: não colaborou para a prática dos ilícitos.

95. (...)

96. Frente aos elementos acima aferidos, fixo as seguintes penas base:

(a) crimes do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90: pena base em 4 (quatro) anos de reclusão, para cada um dos 2 (dois) ilícitos cometidos - sonegação fiscal nos anos-calendário de 2002 e 2003;

B. Agravantes/Atenuantes

(a) crimes do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90: sem agravantes ou atenuantes;

C. Majorantes/Minorantes

97. Como os crimes de sonegação fiscal foram perpetrados em continuidade delitiva - 2 (duas) vezes, aplicável se mostra a majorante respectiva (art. 71, *caput*, do Código Penal), aumentando-se a pena no seu grau mínimo - 1/6 (um sexto), devido ao diminuto número de condutas, passando a 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

98. Entendo pertinente, face ao reconhecimento da unicidade dos crimes - crime continuado (art. 71, *caput*, do Código Penal), aplicar somente agora a causa de aumento de pena do art. 12, I, da Lei nº 8.137/90, esta em virtude da enormidade do valor sonegado (grave dano à coletividade) - R\$ 456.622,30 (quatrocentos e cinqüenta e seis mil, seiscentos e vinte e dois reais e trinta centavos), isso à época da fiscalização (22/4/2005), aumentando a pena no máximo previsto - 1/2 (metade), passando a 7 (sete) anos de reclusão.

99. (...)

100. Sem minorantes.

(...)

F. Fixação da pena de multa

104. Frente aos elementos já aferidos quando da fixação da pena privativa de liberdade, além das condições sócio-

econômica do réu GEILDO OLIVEIRA DA SILVA, condeno-o às penas de multa abaixo indicadas:

(a) para cada um dos crimes do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90: 120 (cento e vinte) dias-multa. Aplicando-se a regra da continuidade delitiva (art. 71, *caput*, do Código Penal), aumentando a pena no seu grau mínimo - 1/6 (um sexto), devido ao diminuto número de condutas, passando a 140 (cento e quarenta) dias-multa. Considerando a causa de aumento de pena do art. 12, I, da Lei nº 8.137/90, e aumentando-se esta pena de multa em 1/2 (metade) tem-se a pena de multa final de 210 (duzentos e dez) dias-multa. Com o reconhecimento da continuidade delitiva, cada dia-multa deverá corresponder a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo estabelecido para o ano de 2004, época da consumação do último dos crimes, a ser atualizado monetariamente desde a data do trânsito em julgado desta sentença condenatória;

(...)

106. O pagamento da pena de multa deverá ser realizado dentro de 10 (dez) dias também a contar do trânsito em julgado desta sentença condenatória (art. 50, *caput*, do Código Penal).

3.1. Aplicação da Pena. Fixação da Pena-base: impossibilidade de processo em andamento ser considerado para fins de sua exasperação. Circunstâncias do crime.

Alega o apelante que a sentença, ao fixar a pena-base no crime de sonegação afirmou que o mesmo possuía personalidade voltada para o crime, propensa ao desrespeito das normas legais vigentes, restando evidenciado que foi considerado, equivocadamente, o argumento do MPF de que deveria ser utilizada uma ação penal ainda em curso para majorar a pena.

Da sentença apelada, tem-se que, das circunstâncias judiciais, ser o acusado portador de culpabilidade grave, bons antecedentes, boa conduta social, contudo, quanto à personalidade, seria voltada para o crime, desvirtuada do homem médio, vez que propensa ao desrespeito às normas legais e sociais vigentes, além de ser ganancioso e egoísta. Ainda, que teria agido motivado por lucro fácil, preferindo seu enriquecimento ilícito em detrimento do erário.

Em julgado anterior (ACR-4076/PE), concluí que o “*réu com bons antecedentes é o que nunca se envolveu em ocorrências reprováveis com repercussão na esfera penal*” e que “*a existência de inquéritos policiais e processos penais em curso denota maus antecedentes, hábeis a determinar a exacerbação da pena-base*”.

A existência de uma única outra ação penal em curso contra o ora apelado poderia repercutir na fixação da pena-base, contudo, ainda se encontrando aquela em instrução processual, necessariamente não se tem aí um parâmetro viável a aquilatar tal circunstância, até mesmo, a teor do art. 63, CP, se considerar o réu primário por não se encontrar transitada em julgado uma condenação judicial.

Desta forma, não há como se fixar a pena-base próxima ao máximo, como foi o caso da sentença, devendo-se reconhecer, neste ponto, a procedência do apelo.

3.2. Aplicação da Pena. Atenuante genérica da confissão. Reconhecimento pelo réu, das situações imputadas pelo MPF.

Alega o apelante não haver sido aplicado a atenuante da confissão, inobstante ter admitido em juízo que era o responsável pela condução da sociedade, bem como haver promovido a confecção do contrato social.

Neste ponto, sendo dirigido à imputação do delito de falsidade ideológica, resta prejudicada sua apreciação em vista do acolhimento do apelo quanto a sua prescrição.

No tocante ao delito da sonegação fiscal, não é de se aplicar em vista da previsão de sua espontaneidade (ar. 65, III, *d*, CP), o que não ocorre pelos próprias razões do apelo.

3.3. Causa de aumento de pena (art. 12 da Lei nº 8.317/90). Inviabilidade de sua aplicação. Circunstâncias concretas que não se amoldam à previsão legal. Inexistência de grave dano. Aplicação subsidiária de normas administrativas da Procuradoria da Fazenda Nacional.

Diz o apelante que não tem sentido a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 12, I, da Lei nº 8.137/1990, tendo em vista que o dispositivo é de difícil aplicação nos crimes contra a

ordem tributária, sendo mais pertinente sua aplicação nos crimes contra a ordem econômica e contra as relações de consumo.

Assim prevê o aludido dispositivo legal:

Art. 12. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º e 4º a 7º:

I - ocasionar grave dano à coletividade;

De início, poder-se-ia concordar com o apelo, nesta seara, por não se possibilitar aferir a ocorrência do dano causado pela sonegação fiscal apontada, não havendo como se apontar, de forma objetiva, a aplicação de tal dispositivo legal.

Contudo, ainda que no apelo tenha sido defendida a utilização, como parâmetro, do valor constante na Portaria nº 53/2005, da Procuradoria da Fazenda Nacional, que classifica como “grandes devedores” aqueles que possuam débitos superiores a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), isto é, mais de vinte vezes o valor apontado na fiscalização sofrida pela empresa, há que se reconhecer que toda e qualquer sonegação traz dano à coletividade, ao retirar a possibilidade de investimentos estatais, ou mesmo o próprio oferecimento de insumos básicos.

Restaria, por conseguinte, a amplitude do dano, se de forma grave, eis que nenhuma norma legal se encontra inserta no ordenamento jurídico sem uma utilidade.

3.4. Nulidade da sentença. Ofensa ao critério trifásico.

Pretende o apelante afirmar a nulidade da sentença decorrente da má-aplicação do critério trifásico de aplicação da pena, tendo em vista que a majoração decorrente do reconhecimento da continuidade delitiva foi aplicada antes das demais causas de aumento de pena, e, além disto, as causas de aumento de pena incidiram umas sobre as outras.

Ainda, que analisando a seqüência de aplicação da pena, primeiro teria incidido a causa de aumento relativa ao crime continuado e, depois, sobre a pena produto da majoração, incidiu a causa de aumento do art. 12, I, da Lei nº 8.137/1990, o que evidenciaria que uma causa incidira sobre a outra, o que seria vedado.

Neste ponto, por se encontrarem ambas as majorações na mesma fase, e até mesmo por não se encontrar presentes mino- rantes a serem utilizadas, seria indiferente a seqüência de aplica- ção, restando de igual montante a pena definitiva.

4. CONCLUSÃO

Desta forma, ainda que mantida a condenação quanto à sone- gação fiscal, necessário, pelo antes expendido, alterar-se a dosi- metria das penas cominadas.

4.1. Pena Restritiva de Liberdade

4.1.1. Pena-base

Em outro julgado sobre a matéria específica:

PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I DA LEI Nº 8.137/90. OMISSÃO DE INFORMAÇÕES. DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS. PRESENÇA DO DOLO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RAZOABILIDADE.

I. A omissão de informações quanto às receitas auferidas por microempresa, demonstrada pelo cruzamento com notas fiscais e de empenho, incide no tipo penal do art. 1º, I da Lei nº 8.137/90.

II. O dolo do agente evidencia-se pela indicação de valor "zero" como renda em 02 (duas) declarações anuais de rendimentos, não podendo alegar erro de cálculo, seu bai- xo grau de escolaridade ou a falsa idéia de que não estaria obrigado a prestar a informação por ser optante do SIM- PLES. Precedente do TRF/5ª: ACR nº 3601/CE, Primeira Turma, Rel. Frederico Azevedo (convocado), *DJ* 10/03/2006, p. 914.

III. A fixação da pena-base no mínimo legal é possível, ten- do em vista a primariedade do réu, seus bons anteceden- tes e o pequeno porte da dívida decorrente da omissão de informações à autoridade fazendária. Razoabilidade na in- terpretação do art. 59 do CP.

IV. Apelações improvidas.

(TRF-5, 4ª T., ACr 5.159/PE, Rel. Margarida Cantarelli, ac. un. 28.08.2007, *DJU* 02.10.2007, p. 519).

No presente caso, verifica-se que o montante do valor objeto da sonegação fiscal, ainda que não se possa considerar pequeno,

mas pela própria sentença, não deve ser considerado na pena-base, eis que, naquela (sentença), foi considerado como causa de aumento de pena, para fins do art. 12, I, da Lei nº 8.137/1990.

Neste sentido, trago à colação o seguinte julgado:

PENAL E PROCESSO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E GRAVE DANO À COLETIVIDADE. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. APLICAÇÃO DE LEI ESPECIAL.

1. Em atenção ao art. 12 do CP (“As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”), havendo aparente conflito de normas, aplica-se o princípio da especialidade (lei especial prevalece sobre a geral).

2. Por tratar-se de lei especial a lei que dispõe sobre os Crimes Contra a Ordem Tributária, que tem como causa agravante o “grave dano à coletividade”, e para se evitar o *bis in idem*, não se deve valorar o elevado montante da sonegação fiscal na fase do art. 59 do CP, mas tão-somente como circunstância agravante (art. 12, I, da Lei nº 8.137/1990 - “ocasionar grave dano à coletividade”).

3. Apelação parcialmente provida.

(TRF-1, 3ªT., ACR-2001.01.34.024887-0/DF, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, ac. un. 12.06.2007, DJU29.06.2007, p. 20). Sem destaque no original

Assim, é possível a fixação da pena-base próximo do seu mínimo legal, pelo que a fixo em **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão**.

4.1.2. Circunstâncias Agravantes/Atenuantes:

Ratifico a sentença, em vista da ausência de tais circunstâncias.

4.1.3. Circunstâncias Majorantes/Minorantes:

Ainda que o valor apontado da sonegação fiscal não o classifique como um “grande devedor”, é de se reconhecer não poder considerá-lo de pequena monta, pelo contrário, razão pela qual vejo forçosa a aplicação da circunstância agravante do art. 12, I, da Lei nº 8.137/1990, que aplico no seu mínimo de 1/3 (um terço)

da pena-base, ou seja, 10 (dez) meses, **passando a 3 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.**

Dada a continuidade delitiva (art. 71, *caput*, CP), pertinente o aumento de 1/6 (um sexto) da pena, ou seja, de 7 (sete) meses.

Inexistindo circunstâncias minorantes, tenho como **definitiva a pena privativa de liberdade de 3 (três) anos e 11 (onze) meses**, com cumprimento inicial em regime aberto (art. 33, § 1º, c e § 2º, c, CP), que **substituo**, a teor do art. 44, I a III, CP, por atendidos os requisitos ali indicados, por pena **restritiva de direitos, de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas** (art. 43, IV, CP), a ser definida pelo juízo da execução.

4.2. Pena de Multa

Diante dos elementos antes aferidos, quanto à pena restritiva de liberdade, e a situação econômica do apelante, fixo a pena-base em **90 (noventa) dias-multa.**

Pelas razões já explicitadas quando da pena restritiva de liberdade, forçosa a aplicação da circunstância agravante do art. 12, I, da Lei nº 8.137/1990, no seu mínimo de 1/3 (um terço) da pena-base, ou seja, 30 (trinta) dias-multa, **passando a 120 (cento e vinte) dias-multa.**

Dada a continuidade delitiva (art. 71, *caput*, CP), pertinente o aumento de 1/6 (um sexto) da pena, ou seja, de 20 (vinte) dias-multa, pelo que tenho como **definitiva a pena de multa de 140 (cento e quarenta) dias-multa**, correspondente a um trigésimo do salário-mínimo estabelecido para o ano de 2004, época da consumação do último dos crimes, a ser atualizado monetariamente desde a data do trânsito em julgado da condenação, devendo ser realizado dentro de 10 (dez) dias, também a contar do trânsito em julgado da condenação (art. 50, *caput*, CP).

Posto isto, dou parcial provimento à apelação para:

1. Declarar a extinção da punibilidade, pela prescrição, quanto ao delito de falsidade ideológica (art. 299, CP), oriundo da constituição da empresa utilizando o nome do seu filho;

2. Manter a condenação quanto ao delito de sonegação fiscal, aplicando a pena restritiva de liberdade fixada definitivamente em 3

(três) anos e 11 (onze) meses, com cumprimento inicial em regime aberto (art. 33, § 1º, c, e § 2º, c, CP), que, a teor do art. 44, I a III, CP, por atendidos os requisitos ali indicados, substituo por pena restritiva de direitos, de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas (art. 43, IV, CP), a ser definida pelo juízo da execução; e a pena de multa fixada definitivamente em 140 (cento e quarenta) dias-multa, correspondente a 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo estabelecido para o ano de 2004, época da consumação do último dos crimes, a ser atualizado monetariamente desde a data do trânsito em julgado da condenação, devendo ser realizado dentro de 10 (dez) dias, também a contar do trânsito em julgado da condenação.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 97.914-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: CASA DOS IMPERMEABILIZANTES SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL LTDA.
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES E OUTROS (APTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. CAUSA DE PEDIR ALEGADA NAS RAZÕES RECURSAIS DISTINTA DA ALEGADA NA PEÇA EXORDIAL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. LEI Nº 9.718/98. INCIDÊNCIA SOBRE FATURAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, § 1º. MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA. POSSIBILIDADE. LEI Nº 10.833/03. CONSTITUCIONALIDADE. COMPENSAÇÃO COM OUTROS TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. LEI 9.430/96, ART. 74 COM REDAÇÃO DADA PELA

LEI 10.637/2002. ART. 170-A DO CTN. INCIDÊNCIA.

- Não restou ventilada, na peça preambular, a questão relativa à incidência de tributação sobre o lucro presumido, razão pela qual, tendo havido a modificação, em sede recursal, da causa de pedir com afronta ao disposto no artigo 264, parágrafo único, do CPC, impõe-se o não-conhecimento da apelação, nesse ponto.

- A 1ª Seção do STJ, na apreciação do EREsp 435.835/SC, Relator para o acórdão Min. José Delgado, julgado em 24.03.2004, cf. Inf. de Jurisprudência do STJ n° 203, de 22 a 26 de março de 2004, revendo a orientação até então dominante, firmou entendimento no sentido de que o prazo prescricional para o ajuizamento de ação de repetição de indébito, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, é de cinco anos, tendo como marco inicial a data da homologação do lançamento, que, sendo tácita, ocorre no prazo de cinco anos do fato gerador. Considerou-se ser irrelevante, para efeito da contagem do prazo prescricional, a causa do recolhimento indevido (v.g., pagamento a maior ou declaração de inconstitucionalidade do tributo pelo Supremo), eliminando-se a anterior distinção entre repetição de tributos, cuja cobrança foi declarada inconstitucional em controle concentrado e em controle difuso, com ou sem edição de resolução pelo Senado Federal, mediante a adoção da regra geral dos “cinco mais cinco” para a totalidade dos casos.

- Por ocasião do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no EREsp 644.736/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ocorrido em 06/06/2007, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, foi reconhecida a inconstitucionalidade da expressão “observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.107, de 25 de outubro de 1966 -

Código Tributário Nacional”, constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005. Naquele julgamento, restou assinalado no voto do relator o entendimento de que, no que concerne aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a ação de repetição do indébito é de cinco, a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

- Na espécie, tendo sido ajuizada a ação em 20/02/2006 e, considerando que os valores a serem compensados referem-se a período anterior à data da vigência da LC nº 118/2005, tem-se que, em relação ao primeiro, aplica-se a teoria dos “cinco mais cinco” e, em relação ao segundo, aplica-se a prescrição quinquenal, razão pela qual, no presente caso, não há que se falar em prescrição.

- O STF reconheceu a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, que definia a base de cálculo do PIS e COFINS como sendo o faturamento correspondente à receita bruta da pessoa jurídica, independentemente do tipo de atividade exercida pela pessoa jurídica e da classificação contábil adotada para as receitas (REs 357.950, 390.840, 358.273 e 346.084).

- Mantida a majoração da alíquota da COFINS para três por cento, nos moldes do artigo 8º da Lei nº 9.718/98.

- A MP nº 135/03, posteriormente convertida na Lei nº 10.833/03, não alterou a Lei nº 9.718/98, quer em relação ao fato gerador da COFINS, quer quanto à base de cálculo, tendo havido, na realidade, a eliminação do efeito cumulativo de sua cobrança nas diversas etapas de comercialização de bens e serviços.

- Por intermédio do art. 49 da Medida Provisória nº 66, de 29/08/2002 (convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/2002), foi alterado o art. 74, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.430/96.

- O referido art. 74 passou a expor: “O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão”.

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

- Na espécie, o pedido de compensação foi efetuado após a vigência da Lei nº 10.637, de 20/12/2002. Nessa linha de raciocínio, as diferenças decorrentes dos recolhimentos indevidos a título de COFINS podem ser compensadas com débitos relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

- A compensação pode ser realizada apenas com o trânsito em julgado, pois, à época da propositura da ação (20/02/2006), já estava em vigor a Lei Complementar 104/2001, que introduziu no Código Tributário o art. 170-A, segundo o qual “é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial”.

- Reconhecimento da inexigibilidade da exação, nos termos da Lei nº 9.718/98, até o início da vigência da MP nº 135/2003, de 30 de outubro de 2003 (posteriormente convertida na Lei 10.833/03), observada a anterioridade nonagesimal prevista no art. 68 daquele diploma.**
- Precedentes desta Corte.**
- Apelação do particular não provida.**
- Remessa obrigatória que se dá parcial provimento apenas para determinar a aplicação do art. 170-A ao pedido compensatório.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e dar parcial provimento à remessa obrigatória, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 8 de maio de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de apelação e remessa obrigatória de sentença que concedeu, em parte, a segurança impetrada por Casa dos Impermeabilizantes e Construção Civil Ltda. contra ato do Sr. Delegado da Receita Federal em Fortaleza-CE, com o fito de obter provimento judicial que reconheça a inexigibilidade da COFINS nos moldes da Lei nº 9.718/98 em diante, com pedido de compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos nos últimos 10 (dez) anos, a título do referido tributo com quaisquer tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Aduz a impetrante, ora apelante, na peça exordial, que a majoração da alíquota e base de cálculo da COFINS promovida pela Lei nº 9.718/98 é ilegal e inconstitucional, com ofensa ao artigo 195, inciso I e § 4º, da CF/88.

Consoante se verifica às fls. 93/97, o MM. Juiz *a quo* concedeu, em parte, a segurança, apenas para reconhecer a inexigibilidade da COFINS cobrada com base na Lei nº 9.718/98 até a Lei nº 10.833/03 e o direito à compensação de tais créditos com quaisquer tributos administrados pela SRF.

Nas razões recursais (fls. 112/125), a apelante pugna pela declaração da inexistência de relação jurídico tributária que legitima a cobrança da COFINS com base na Lei nº 10.833/03. Pleiteia o reconhecimento da inconstitucionalidade e ilegalidade do artigo 8º da Lei nº 9.718/98, que majorou a alíquota da COFINS para 3%.

Contra-razões apresentadas, vieram-me os autos conclusos para julgamento.

Relatei.

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

DA CAUSA DE PEDIR ACRESCIDA NAS RAZÕES RECURSAIS

Compulsando-se os autos, verifico que, nas razões recursais, a apelante anotou como uma delas o argumento da “tributação pelo lucro presumido”, o qual ela não ventilou em sua extensa peça preambular (fls. 03/21).

Desta feita, restou configurado o acréscimo de uma nova causa de pedir à presente ação, o que é expressamente vedado pelo art. 264 do CPC, sob pena de não conhecimento.

Assim, não conheço do recurso de apelação em epígrafe, no tocante a este fundamento.

DA PRESCRIÇÃO

Não merece guarida a prejudicial de prescrição suscitada pela Fazenda Nacional.

A 1ª Seção do STJ, na apreciação do EREsp 435.835/SC, Relator para o acórdão o Min. José Delgado, julgado em 24.03.2004, revendo a orientação até então dominante, firmou entendimento no sentido de que o prazo prescricional para o ajuizamento de ação de repetição de indébito, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, é de cinco anos, tendo como marco inicial a data da homologação do lançamento, que, sendo tácita, ocorre no prazo de cinco anos do fato gerador. Considerou-se ser irrelevante, para efeito da contagem do prazo prescricional, a causa do recolhimento indevido (v.g., pagamento a maior ou declaração de inconstitucionalidade do tributo pelo Supremo), eliminando-se a anterior distinção entre repetição de tributos, cuja cobrança foi declarada inconstitucional em controle concentrado e em controle difuso, com ou sem edição de resolução pelo Senado Federal, mediante a adoção da regra geral dos "cinco mais cinco" para a totalidade dos casos.

Por ocasião do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no EREsp 644.736/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ocorrido em 06/06/2007, foi reconhecida a inconstitucionalidade da expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.107, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional", constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005. Naquele julgamento, restou assinalado no voto do relator o entendimento de que, no que concerne aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a ação de repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

Na espécie, tendo sido ajuizada a ação em 20/02/2006 e, considerando que os valores a serem compensados referem-se a período anterior à vigência da Lei Complementar nº 118/05, aplica-se a teoria dos "cinco mais cinco", não tendo que se falar em prescrição.

Rejeito, pois, a dita prejudicial.

Assim voto.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Tenho, inicialmente, que a matéria em debate foi objeto de julgamento recente do egrégio Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 357.950, 390.840, 358.273 e 346.084, em 09 de novembro de 2005, reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, que definiu a base de cálculo do PIS e COFINS como sendo o faturamento associado à receita bruta da pessoa jurídica, independentemente do tipo de atividade exercida pela pessoa jurídica e da classificação contábil adotada para as receitas.

Naquele julgamento, contudo, foi mantida a majoração da alíquota da COFINS para três por cento, prevista no art. 8º da Lei nº 9.718/98, embora os ministros Cezar Peluso e Celso de Mello tenham defendido a inconstitucionalidade do artigo 8º da Lei 9.718, que prevê o aumento da alíquota da COFINS para três por cento, seus votos e argumentos restaram vencidos neste ponto.

Transcrevo, outrossim, o resumo do teor do julgamento naquela Corte, publicado no Informativo do STF nº 408, de novembro de 2005:

Concluído julgamento de uma série de recursos extraordinários em que se questionava a constitucionalidade das alterações promovidas pela Lei 9.718/98, que ampliou a base de cálculo da COFINS e do PIS, cujo art. 3º, § 1º, define o conceito de faturamento (“Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica. § 1º. Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.”) - v. Informativos 294, 342 e 388. O Tribunal, por unanimidade, conheceu dos recursos e, por maioria, deu-lhes provimento para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98. Entendeu-se que esse dispositivo, ao ampliar o conceito de receita bruta para toda e qualquer receita, violou a noção de faturamento pressuposta no art. 195, I, b, da CF, na sua redação original, que equivaleria ao de re-

ceita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, conforme reiterada jurisprudência do STF. Ressaltou-se que, a despeito de a norma constante do texto atual do art. 195, I, b, da CF, na redação dada pela EC 20/98, ser conciliável com o disposto no art. 3º do § 1º da Lei 9.718/98, não haveria se falar em convalidação nem recepção deste, já que eivado de nulidade original insanável, decorrente de sua frontal incompatibilidade com o texto constitucional vigente no momento de sua edição. Afastou-se o argumento de que a publicação da EC 20/98, em data anterior ao início de produção dos efeitos da Lei 9.718/98 – o qual se deu em 1º.2.99 em atendimento à anterioridade nonagesimal (CF, art. 195, § 6º) –, poderia conferir-lhe fundamento de validade, haja vista que a lei entrou em vigor na data de sua publicação (28.11.98), portanto, 20 dias antes da EC 20/98. Reputou-se, ademais, afrontado o § 4º do art. 195 da CF, se considerado para efeito de instituição de nova fonte de custeio de seguridade, eis que não obedecida, para tanto, a forma prescrita no art. 154, I, da CF ("Art. 154. A União poderá instituir: I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição").

No que concerne ao RE 346.084/PR, ficaram vencidos, em parte, o Min. Ilmar Galvão, relator originário, que dava provimento parcial ao recurso para fixar como termo inicial do prazo nonagesimal o dia 1º.2.99, e os Ministros Cezar Peluso e Celso de Mello, que davam parcial provimento para declarar a inconstitucionalidade apenas do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98; integralmente, os Ministros Maurício Corrêa, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Nelson Jobim, presidente, que negavam provimento ao recurso, entendendo ter havido a convalidação da norma impugnada pela EC 20/98. Em relação aos demais recursos extraordinários julgados – RE 357.950/RS; RE 358.273/RS; RE 390.840/MG –, todos de relatoria do Min. Marco Aurélio, ficaram vencidos, em parte, os Ministros Cezar Peluso e Celso de Mello, que declaravam também a inconstitucionalidade do art. 8º da lei em questão; e, integralmente, os Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes e o Nelson Jobim, presidente, que negavam provimento ao recurso. RE 346.084/PR, Rel. orig. Min. Ilmar Galvão, 9.11.2005.

Adoto, portanto, como razões de decidir, os fundamentos do referido *decisum*, que declarou, em sede de controle difuso, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98.

A questão também já foi apreciada em julgado recente desta Primeira Turma, conforme acórdão de ementa:

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. COFINS. LEI Nº 9.718/98. ALTERAÇÕES NA BASE DE CÁLCULO. CONSTITUCIONALIDADE. COMPENSAÇÃO. SÚMULA 212-STJ. ART. 170-A DO CTN. APLICABILIDADE.

- O colendo Supremo Tribunal Federal, recentemente, por ocasião do julgamento em Plenário do RE nº 357.950-RS, em 09.11.2005, da Relatoria do Ministro Marco Aurélio, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, que entende "por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas".

- Ao ser ampliado o conceito de receita bruta para toda e qualquer receita, houve violação à noção de faturamento pressuposto no art. 195, I, b, da CF/88, na sua redação original, que equivaleria ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. Impossibilidade de convalidação, nem de recepção de texto legal eivado de nulidade original insanável, por pura incompatibilidade com o texto constitucional.

- Aplicabilidade do art. 170-A do Código Tributário Nacional, bem como da Súmula 212 do egrégio Superior Tribunal de Justiça, restando a compensação somente possível após o trânsito em julgado da decisão.

- Agravo parcialmente provido.

(AC 382.829/PE, Rel. Des. Federal Francisco Wildo, Primeira Turma, por unanimidade, DJ 15/02/2006, pág. 876).

De outra banda, assinalo que a MP nº 135/03 não regulamentou qualquer dispositivo constitucional, em especial o art. 195, conforme defende a apelante. Com efeito, a MP nº 135/03 não instituiu, majorou ou alterou a base de cálculo dos tributos de que trata, mas apenas adotou nova sistemática de recolhimento para o PIS, CSLL e COFINS.

Em outras palavras, a MP nº 135/03, posteriormente convertida na Lei nº 10.833/03, não alterou a Lei nº 9.718/98, quer em relação ao fato gerador da COFINS, quer quanto à base de cálculo, tendo havido, na realidade, a eliminação do efeito cumulativo de sua cobrança nas diversas etapas de comercialização de bens e serviços (artigos 1º a 16).

A MP nº 135/03 não teve como objeto, pois, a regulamentação de alteração constitucional, promovida pela EC nº 20/98, seja no que instituiu alterações na base de cálculo, excluindo receitas para efeito de não-cumulatividade, seja no que previu o regime de retenção na fonte, uma vez que este decorre não do artigo 195, objeto da EC nº 20/98, mas do § 7º do artigo 150, inserido pela EC nº 3/93, não alcançado pelo artigo 246 da Constituição Federal.

De outra parte, não merece guarida o entendimento de que, com o advento da Lei nº 10.833/03, teria havido violação ao princípio constitucional do não-confisco, segundo o qual os tributos exigidos do contribuinte não podem trazer consigo uma carga crescente e de inexplicável intromissão no patrimônio ou na renda do contribuinte, impedindo-o de viver e se desenvolver, o que não corresponde aos preceitos contidos na norma apontada.

A matéria já foi objeto de julgamento por esta Corte em inúmeros julgados, conforme registram os seguintes acórdãos, de ementas:

TRIBUTÁRIO. CSLL E PIS. RETENÇÃO. MP 135/03 CONVERTIDA NA LEI 10.833/03. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E AOS ARTS. 195 E 246 DA CF/88. INEXISTÊNCIA. APELAÇÃO IMPROVIDA. PRECEDENTES. - A matéria trazida na Medida Provisória nº 135/03, posteriormente convertida na Lei nº 10.833/03, Não veio regulamentar dispositivo constitucional, a saber, o art. 195 da CF, mas apenas estabelecer uma nova sistemática de arrecadação das contribuições já existentes, não se enquadrando na hipótese aventada no art. 246 da CF/88. - O art. 30 da Lei nº 10.833/03 previu tratamento idêntico para determinado contingente empresarial, devendo ser afastada a tese de violação à isonomia, pois este princípio constitucional garante o tratamento igualitário aos que estão na mesma condição.

- Precedentes desta Colenda (AMS 89.576-PE, Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano, *DJ* 25.10.2005, pág. 545) e do TRF-4ª REG.(AMS Nº 200472030004378- SC, Rel. Des. Federal Joel Ilan Paciornik, *DJ* 22.03/2006, PÁG. 492, E AMS Nº 200572010026889- SC, Rel. Des. Federal Artur César de Souza, *DJU* 01/02/2006, pág. 348)
- Apelação improvida.

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR RESTRITA AOS CASOS INDICADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COFINS. ISENÇÃO. LC 70/91, ART. 6º, II. SOCIEDADES CIVIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS. REVOGAÇÃO PELO ART. 56 DA LEI Nº 9.430/96.

(AMS 96.319/PB, Rel. Des. Federal Francisco Wildo, Primeira Turma, por unanimidade, *DJ* 30/03/2007, p. 1132).

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. NÃO-CUMULATIVIDADE LEIS NºS 10.637/2002, 10.833/2003 E 10.865/2004. ISONOMIA. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. NÃO-CONFISCO. NÃO-CUMULATIVIDADE. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NÃO VIOLADOS. NÃO INFRINGÊNCIA AO ARTIGO 246 DA CF/88. ANTERIORIDADE NONAGESIMAL E O PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS LEIS OBSERVADOS. I - A Lei 10.865/2004 permitiu o creditamento a partir de determinado termo, o qual antes era vedado pelas Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, que suprimiam os créditos do PIS e da COFINS em relação às despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos, bem como em relação às despesas referentes à depreciação ou amortização de bens e direitos de ativo imobilizado. Na medida em que não era exigido o preenchimento de determinados requisitos, apresenta-se plenamente cabível a revogação por lei posterior.

II - Não há ofensa ao princípio da isonomia, uma vez que nem todas as pessoas jurídicas estão sujeitas à nova modalidade de cálculo e recolhimento do PIS e da COFINS, mas apenas àquelas que apuram o IRPJ pelo lucro real, obrigatoriamente ou por opção, submetendo-se, então, às suas regras específicas.

III - Apelação improvida.

(AMS 93.395/CE, Rel. Des. Federal Margarida Cantarelli, Quarta Turma, por unanimidade, *DJ* 03/05/2006, p. 673).

Com o advento da Lei nº 8.383, de 30.12.91, alterada pela Lei nº 9.069, de 29.06.95, surgiu a possibilidade da compensação de tributos recolhidos indevidamente, como se verifica no artigo 66 daquele diploma legal, de teor:

Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos, contribuições federais, inclusive previdenciárias, e receitas patrimoniais, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação, ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a período subsequente.

§1º A compensação só poderá ser efetuada entre tributos, contribuições e receitas da mesma espécie.

Posteriormente, houve a edição da Lei nº 9.250, de 26.12.95, ratificando a necessidade de identidade das espécies tributárias a serem compensadas.

Art. 39. A compensação de que trata o art. 66 da Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, com a redação dada pelo art. 58 da Lei 9.069, de 29 de junho de 1995, somente poderá ser efetuada com o recolhimento de importância correspondente a imposto, taxa, contribuição federal ou receitas patrimoniais de mesma espécie e destinação constitucional, apurado em períodos subsequentes.

Entretanto, a legislação de regência sofreu alterações, a exemplo da edição da Medida Provisória nº 66, de 29.08.2002, convertida na Lei nº 10.637, de 30.12.2002, que veio trazer significativas modificações ao art. 74, §§ 1º e 2º, da Lei 9.430/96, resultando este na seguinte dicção:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão. (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002) § 1º A compensação de que trata o *caput* será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

§ 2º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutoria de sua ulterior homologação. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

Anteriormente, o dispositivo legal supra-referido trazia menção expressa à possibilidade de autorização, por parte da Secretaria da Receita Federal, de utilização de créditos para quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração, ante requerimento do contribuinte.

Cotejando ambos os comandos, depreende-se que pela novel sistemática tornou-se despicienda a autorização da Fazenda Pública para a obtenção da compensação entre tributos e contribuições diversas, desde que administrados pela Secretaria da Receita Federal, devendo tão-somente o contribuinte declarar os créditos utilizados e os débitos compensados.

Regulamentando o art. 74 da Lei nº 9.430/96, em sua nova redação, a Secretaria da Receita Federal fez editar a Instrução Normativa nº 210, de 1º.10.2002, que em seu artigo 21 traz a seguinte prescrição:

Art. 21. O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob administração da SRF.

Transcrevo à guisa de exemplificação arestos do colendo STJ a corroborar o entendimento acima esposado:

TRIBUTÁRIO. PIS. DECRETOS-LEIS 2.445/88 E 2.449/88. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL. STF. EFEITOS INTER PARTES. RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL. EXTENSÃO *ERGA OMNES*. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. COMPENSAÇÃO. ART. 74 DA LEI Nº 9.430/96, COM REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI Nº 10.637/02. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. SELIC.
(...)

6. Os tributos devidos e sujeitos à administração da Secretaria da Receita Federal podem ser compensados com

créditos referentes a quaisquer tributos ou contribuições administrados por esse Órgão, a teor do que dispõe o art. 74, da Lei nº 9.430/96, com redação conferida pela Lei nº 10.637/2002.

(REsp 458.236-SP. Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 15.12.03, pág. 259, unânime).

TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS E CSL. COMPENSAÇÃO COM OUTROS TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. LEI 9.430/96, ART. 74 COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 10.637/2002. PRECEDENTES.

1. Acórdão *a quo* que autorizou a compensação dos valores recolhidos indevidamente a título do PIS com o próprio PIS, com a COFINS, e a CSL.

2. A posição firmada pela egrégia 1ª Seção é que a compensação só poderia ser utilizada, nos termos da Lei nº 8.383/91, entre tributos da mesma espécie, isto é, entre os que tiverem a mesma natureza jurídica, e uma só destinação orçamentária. No entanto, a legislação que rege o tema sofreu alterações ao longo dos anos, mais ainda por intermédio da Medida Provisória nº 66, de 29.08.2002 (convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/2002), que em seu art. 49 alterou o art. 74, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.430/96.

(...)

5. Apesar de o PIS envergar espécime diferente e natureza jurídica diversa da COFINS e da CSL, cada qual com destinações orçamentárias próprias, não há mais que se impor limites à compensação, face à nova legislação que rege a espécie, podendo, pois, serem compensados entre si ou com quaisquer outros tributos que sejam administrados/arrecadados pela SRF.

(REsp 499.153-PE. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, DJ 06.10.2003, pág. 214, unânime).

RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA A. TRIBUTÁRIO -PIS-COMPENSAÇÃO COM A COFINS E A CSSL. POSSIBILIDADE. ART. 74, DA LEI Nº 9.430/96, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 10.637, DE 20.12.2002. AUSÊNCIA DE EIVA NO ACÓRDÃO RECORRIDO.

Com o advento da Medida Provisória n. 66, de 29.08.02, convertida na Lei n. 10.637, de 20.12.2002, o art. 74 da Lei nº 9.430/96 passou a ter seguinte redação: “O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição

administrados por aquele Órgão”.

Dessa forma, dispensada a prévia autorização do Fisco para que o contribuinte realize a compensação, exige-se apenas que os tributos objeto de compensação sejam arrecadados pela Secretaria da Receita Federal - SRF. *In casu*, tanto o PIS quanto a COFINS e a CSSL são exações arrecadadas pelo referido órgão, razão por que deve ser reconhecida sua compensabilidade, embora diversa a ulterior destinação da receita advinda de sua arrecadação. (REsp 487.647-RJ. Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, 02.02.2004, pág. 315, unânime).

De outra parte, o colendo STJ tem adotado o entendimento no sentido de que, em relação aos créditos de espécies distintas, a compensação só é possível a partir da vigência da Lei nº 10.637, de 20/12/2002, conforme acórdão de ementa:

TRIBUTÁRIO. PIS. COMPENSAÇÃO COM OUTROS TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. LEIS NºS 8.383/1991 E 9.430/1996. DECRETO Nº 2.138/1997. ART. 49 DA MP Nº 66, DE 29/08/2002 (CONVERSÃO NA LEI Nº 10.637, DE 30/12/2002). ART. 21 DA IN/SRF Nº 210, DE 1º/10/2002. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES.

1. A legislação que rege o instituto da compensação sofreu alterações ao longo dos anos: Leis nºs 8.383/1991, 9.430/1996 e 10.637/2002 (oriunda da MP nº 66/2002), Decreto nº 2.138/1997 e IN/SRF nº 210/2002.

2. Por intermédio do art. 49 da Medida Provisória nº 66, de 29/08/2002 (convertida na Lei nº 10.637, de 30/12/2002), foi alterado o art. 74, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.430/96.

3. O referido art. 74 passou a expor: “O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão”.

4. Disciplinando o citado dispositivo, a Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa nº 210, de 1º/10/2002, cujo art. 21 estatuiu: “O sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento,

poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob administração da SRF”.

5. *In casu*, apesar de o PIS envergar espécime diferente e natureza jurídica diversa de outros tributos, cada qual com destinações orçamentárias próprias, não há mais que se impor limites à compensação, em razão da nova legislação que rege a espécie, podendo, dessa forma serem compensados entre si ou com quaisquer outros tributos que sejam administrados/arrecadados pela SRF. Precedentes da 1ª Turma (AgRegs nos REspS nº 463600/MG, 465011/MG, 449.978/SP, e EDcl no AgReg no REsp nº 455.864/RS).

6. A compensação deverá ser efetuada nos exatos termos estabelecidos pelo art. 49 da Lei nº 10.637/02, bem como pela IN/SRF nº 210, de 30/11/2002, observando-se, principalmente, não excluídos os demais comandos legais e normativos, o seguinte:

- a) **o sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo, ou contribuição, administrado pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob administração daquele Órgão** (grifei);
- b) a aludida compensação será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados;
- c) poder-se-ão utilizar, na mencionada compensação, créditos que já tenham sido objeto de pedido de restituição ou de ressarcimento encaminhado à SRF, desde que o referido pedido se encontre pendente de decisão administrativa à data do encaminhamento da “Declaração de Compensação”;
- d) declarada a compensação, ficará obrigada a Secretaria da Receita Federal a extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

7. Na espécie, o pedido de compensação foi formulado antes da vigência das normas legais supracitadas, que autorizaram a compensação com quaisquer tributos e contribuições como pretende a parte autora. Não pode, portanto, ser realizada a compensação com tributos de espécies diferentes.

8. Adota-se, a partir de 1º/01/1996, na compensação tributária, o art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995, devendo os juros ser calculados, após tal data, de acordo com a referida lei, que inclui, para a sua aferição, a correção monetária do período em que ela foi apurada. A aplicação dos juros, *in casu*, afasta a cumulação de qualquer índice de correção monetária a partir de sua incidência. Este fator de atualização de moeda já se encontra considerado nos cálculos fixadores da referida taxa. Sem base legal a pretensão de o Fisco só seguir tal sistema de aplicação dos juros quando o contribuinte requerer administrativamente a compensação. Impossível ao intérprete acrescentar ao texto legal condição nela inexistente.

Juros de mora pela taxa SELIC a partir da instituição da Lei nº 9.250/95, ou seja, 01/01/1996.

9. Precedentes desta Corte Superior.

10. Recurso especial parcialmente provido, nos termos do voto.

(REsp nº 645.340/DF, Rel. Min. José Delgado, DJ 20/09/2004, p. 211)

Na hipótese dos autos, observo que o pedido de compensação foi efetuado após a vigência da Lei nº 10.637, de 20/12/2002. Nessa linha de raciocínio, as diferenças decorrentes dos recolhimentos indevidos a título de COFINS podem ser compensadas com débitos vincendos relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Outro não é o entendimento do egrégio STJ:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. INCONSTITUCIONALIDADE DOS DECRETOS-LEIS 2.445/88 E 2.449/88 DECLARADA PELO STF (148.754-RJ). COMPENSAÇÃO. COFINS E CSL. IMPOSSIBILIDADE. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA (ERESP 162.914/PR). ART. 39, § 4º, DA LEI Nº 9.250/95. INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO CABIMENTO. RESP 215.881-PR. PRECEDENTES DO STJ.

- A Contribuição para o Programa de Integração Social instituída pela LC nº 07/1970, alterada pelos Decretos-Leis 2.445 e 2.449, ambos de 1988, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (RE 148.754-RJ).

Os valores recolhidos a esse título são compensáveis apenas com aqueles devidos a título do próprio PIS; não com aqueles devidos a título de Cofins, CSL, Imposto de Ren-

da, Contribuição do Empregador sobre a Folha de Salários ou Finsocial.

- A Corte Especial do STJ, julgando Incidente de Inconstitucionalidade argüido no REsp 215.881-PR, acolheu, por maioria, a preliminar de não-cabimento da instauração do incidente suscitado, em acórdão publicado *in DJ* de 19.06.2000.

- A egrégia Primeira Seção assentou o entendimento no sentido de que incidem na compensação/repetição de tributos indevidos, recolhidos em consequência de lançamento por homologação, os juros equivalentes à taxa SELIC, previstos no art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95.

- Ressalva do ponto de vista do relator.

- Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 303066 - SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ*: 05/05/2004, p. 00134, unânime).

No que concerne à aplicação da correção monetária do montante a ser compensado, aplica-se a taxa SELIC, nos termos da Lei nº 9.250/95. Nesse sentido, colaciono arestos do colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. COMPENSAÇÃO. FINSOCIAL X COFINS. CORREÇÃO MONETÁRIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. INCLUSÃO. ENTENDIMENTO PACIFICADO. APLICAÇÃO DOS ÍNDICES QUE MELHOR REFLETEM A REAL INFLAÇÃO À SUA ÉPOCA. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEI Nº 9.250/95. INTENÇÃO PROCRASTINATÓRIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MULTA. ARTS. 16, 17, IV E VII, 18, E 557, § 2º, DO CPC. LEIS NºS 9.668/1998 E 9.756/1998.

(...)

2. A correção monetária não se constitui em um *plus*; não é uma penalidade, sendo, tão-somente, a reposição do valor real da moeda, corroído pela inflação. Portanto, independe de culpa das partes litigantes. É pacífico na jurisprudência desta Colenda Corte o entendimento segundo o qual é devida a aplicação dos índices de inflação expurgados pelos planos econômicos governamentais, como fatores de atualização monetária de débitos judiciais.

3. A respeito, este Tribunal tem adotado o princípio de que deve ser seguido, em qualquer situação, o índice que melhor reflita a realidade inflacionária do período, independentemente das determinações oficiais. Assegura-se, contu-

do, seguir o percentual apurado por entidade de absoluta credibilidade e que, para tanto, merecia credenciamento do Poder Público, como é o caso da Fundação IBGE. É firme a jurisprudência desta Corte que, para tal propósito, há de se aplicar o IPC, por melhor refletir a inflação à sua época.

4. Aplicação dos índices de correção monetária que é absolutamente devida, da seguinte forma: a) por meio do IPC, no período de março/1990 a janeiro/1991; b) a partir da promulgação da Lei nº 8.177/91, a aplicação do INPC (até dezembro/1991); e c) após janeiro/1992, a aplicação da UFIR, nos moldes estabelecidos pela Lei nº 8.383/91.

5. Adota-se, a partir de 1º de janeiro de 1996, no fenômeno compensação tributária, o art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250, de 26/12/95, pelo que os juros devem ser calculados, após tal data, de acordo com a referida lei, que inclui, para a sua aferição, a correção monetária do período em que ela foi apurada.

6. A aplicação dos juros, *in casu*, afasta a cumulação de qualquer índice de correção monetária a partir de sua incidência. Este fator de atualização de moeda já se encontra considerado nos cálculos fixadores da referida taxa. Sem base legal a pretensão do Fisco de só ser seguido tal sistema de aplicação dos juros quando o contribuinte requer administrativamente a compensação. Impossível ao intérprete acrescentar ao texto legal condição nela inexistente. (...)

(AGREsp 444.940-DF, Rel. Min. José Delgado, DJ: 16/12/2002, p. 00260, unânime).

Por fim, cumpre registrar que a compensação pode ser realizada apenas com o trânsito em julgado, pois, à época da propositura da ação (20/02/2006), já estava em vigor a Lei Complementar 104/2001, que introduziu no Código Tributário o art. 170-A, segundo o qual “é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial”.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa obrigatória, apenas para determinar a aplicação do art. 170-A, no que tange à compensação.

Assim voto.

HABEAS CORPUS Nº 2.705-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Impetrante: ANTONIO HERMENEGILDO MARTINS
Impetrado: JUÍZO DA 11ª VARA FEDERAL DO CEARÁ
Pacientes: ADRIANO MÁRCIO DE PAIVA LIMA, THEMIO ROGÉRIO MACHADO FERNANDES, ANTÔNIO JOSÉ ABREU DOS SANTOS E RENATO GONÇALVES DA COSTA

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PEDIDO DE EXTENSÃO DO BENEFÍCIO CONCEDIDO EM FAVOR DE CO-RÉUS. ART. 580 DO CPP. INAPLICABILIDADE. FLAGRANTE DESSEMELHANÇA DA SITUAÇÃO FÁTICO-JURÍDICA DO PACIENTE COM A DOS OUTROS ACUSADOS. RÉU FORAGIDO. REVELIA DECRETADA E QUE SOMENTE APONTA PARA A NECESSIDADE DE GARANTIR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PRESERVAÇÃO DA HIGIEZ DO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA PORQUANTO SUBSISTEM OS ELEMENTOS AUTORIZADORES DE SUA EXPEDIÇÃO. PACIENTE INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, RESPONSÁVEL POR DIVERSAS ATIVIDADES ILÍCITAS: AQUISIÇÃO DE MÁQUINAS DE CLONAGEM DE CARTÃO MAGNÉTICO; CLONAGEM DOS CARTÕES; UTILIZAÇÃO DESSES CARTÕES CLONADOS NOS SAQUES, SUBTRAINDO OS VALORES DOS SALDOS DAS CONTAS (ARTS. 288 DO CP C/C LEI Nº 9.034/95 E 155, § 4º, DO CP).

- À vista da condição de revel do ora paciente, somente noticiada nos autos através das informações do juízo impetrado, porquanto sequer mencionada nesta última impetração, não há que se falar em observância ao princípio da isonomia quanto aos pacientes anteriormente beneficiados

pela soltura decorrente da ordem de habeas corpus, justamente pela singular situação de foragido que milita em desfavor do interessado, ao contrário dos demais pacientes que efetivamente se encontravam encarcerados.

- A hipótese destes autos não se alinha com os ditames do art. 580 do Código de Processo Penal (extensão dos efeitos do recurso), dada a dessemelhança das situações fático-jurídicas dos denunciados.

- Impõe-se a denegação do pedido de extensão dos efeitos de habeas corpus.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a extensão dos efeitos do *habeas corpus*, 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, 27 de maio de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Relaciona-se o presente julgamento exclusivamente ao pedido manejado em prol do paciente Renato Gonçalves da Costa, de fls. 559/567, que veio acompanhado dos documentos de fls. 568/702, através do qual objetiva a extensão de benefício outrora concedido a co-réu, em sede do *habeas corpus* originariamente manejado em favor do paciente Adriano Márcio de Paiva Lima, nestes próprios autos, que redundou na concessão da ordem revocatória da custódia prisional deste último, como se vê das peças do respectivo julgamento (fls. 413/424 e acórdão de fl. 441), em que restou vencido este Relator.

Registre-se, igualmente, a ocorrência da efetiva extensão, em julgamentos posteriores, da ordem de *habeas corpus* aos também pacientes Themio Rogério (vide fls. 481/485) e Antonio José Abreu (fls. 514/519), também nestes autos.

Funda-se, essencialmente, o novel pedido de extensão da ordem de HC, ora manejado em prol de Renato Gonçalves da Costa, de fls. 559/567 (docs. 568/702), na identidade da sua situação processual com as dos demais co-réus beneficiados pelo HC e suas extensões, razão pela qual invoca a necessidade de observância ao princípio da isonomia. Ataca a impetração o grande lapso temporal decorrido entre o decreto de custódia preventiva expedido em desfavor do paciente, datado de 06/03/05, e a não conclusão, até os dias de hoje, da ação penal respectiva, que teve sua instrução tardiamente encerrada há 6 (seis) meses, sem registro, ainda, de prolação da respectiva sentença.

À fl. 706, determinei a ouvida do órgão do *Parquet*, que opinou favoravelmente à extensão da ordem, como se vê às fls. 708/709.

Às fls. 711/714, cópias de expedientes juntados pelo impetrante.

À fl. 715, foi determinada a retificação da autuação, bem como solicitadas as informações do juízo *a quo*, que foram posteriormente prestadas através dos expedientes de fls. 722/752 (cópias) e fls. 763/793 (originais).

Às fls. 754/756, expedientes trazidos aos autos pelo impetrante, dando conta do desmembramento de ações penais, bem como da atual fase processual (alegações finais da defesa) do feito referente ao paciente.

Através do decisório de fl. 759, desta Relatoria, foi determinada nova abertura de vista ao MPF, para pronunciar-se acerca das Informações do juízo, sendo apresentado o parecer de fl. 761, desta feita contrário à extensão do benefício requerido pelo paciente Renato Gonçalves da Costa, ao principal fundamento de “furtar-se ele a aplicação da lei penal”.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Verifico que o paciente Renato Gonçalves da Costa restou denunciado no mesmo contexto de outros quase 40 (quarenta) acusados, fato que, por si só, já reflete a aparência de um todo sistêmico e bem encadeado de articulada organização criminosa. Colho, adiante, específica passagem do libelo acusatório, voltada à síntese da atuação do acusado nesse cenário delituoso (fl. 587):

Renato Gonçalves da Costa, vulgo “RENATO CARIOCA”, é um dos integrantes da organização criminosa, responsável por diversas atividades: aquisição de máquinas de clonagem de cartão magnético; clonagem dos cartões; utilização dos cartões clonados nos saques, subtraindo os valores dos saldos das contas. Conta com a colaboração, também, de sua namorada, DANIELLE, conforme detectado nas ligações gravadas, em que há um fornecimento de trilhas para a confecção de cartões, provenientes do Rio de Janeiro, que, após confeccionados, seriam utilizados por ela.

Em suas viagens ao estado do Rio de Janeiro, capturava e remetia as trilhas para o estado do Ceará, cujas informações sobre os dados constantes dessas trilhas magnéticas eram transportadas para os cartões clonados, os quais eram confeccionados por ele ou por outros membros da associação criminosa.

É um indivíduo afeito à vida do crime, visto constar, em sua via pregressa, as ações criminais e inquérito: (...);

Nas diversas conversações gravadas, em que consta o denunciado, verifica-se que a sua participação é bem ativa na organização, inclusive, durante o Carnaval, arregimentou mão-de-obra para os trabalhos de clonagem (...).

Destarte, o denunciado está incurso nos arts. 288 do CP c/c Lei nº 9.034/95 e 155, § 4º, do CP.

Inauguro meu pronunciamento quanto ao mérito deste HC com o registro de haver sido vencido no julgamento da primeira impetração manejada nestes autos, referente ao paciente Adriano Márcio de Paiva Lima, como se vê às fls. 413/424 (acórdão à fl. 441), e aproveito este momento para ratificar o meu respeito pelas bri-

lhantes considerações jurídicas produzidas pelos meus pares naquela ocasião, conforme se vê das notas taquigráficas de fls. 418/422.

Também assinalo, aqui, o fato de não haver participado dos julgamentos posteriores, concernentes à extensão do benefício em causa, como se verifica do teor das peças de fls. 481/485 (referente ao paciente Têmio Rogério) e de fls. 514/519 (quanto ao paciente Antônio José Abreu). Julgamentos esses também merecedores do meu sincero respeito à tese neles prevalecente, aliás, a mesma que supedaneou o primeiro julgado (extensão), a saber, como se extrai de uma de suas ementas (fl. 518): “(...). 2. *Constatada a identidade de situação de co-réu com o paciente do habeas corpus, ou seja, a prisão além do prazo tido como desejável para o final da instrução criminal, cabe a extensão dos efeitos do writ.* 3. *Pedido de extensão deferido*”.

A par de manter as minhas convicções já expostas no julgamento originário do HC movido inicialmente pelo paciente Adriano Márcio, constantes, principalmente, nas notas taquigráficas de fls. 418/422, observo que a hipótese destes autos, *a contrario sensu* do que fora articulado pela nova impetração, em sua petição de fls. 559 e seguintes, em absolutamente nada guarda similitude com as situações fático-jurídicas dos beneficiados pela concessão e extensão da ordem de *habeas corpus* destes autos.

Explico. Ao ser reiteradamente enfatizada a identidade desta novel pretensão de extensão dos benefícios da ordem de HC, com a dos demais beneficiados, olvidou o impetrante fato da maior importância para o julgamento da postulação posta e somente trazido à baila a partir das informações prestadas pelo juízo *a quo*, em suas informações de fls. 721/752:

RENATO GONÇALVES DA COSTA, ora paciente, teve contra si decretada custódia preventiva e expedido o respectivo mandado no dia 6 de março de 2006 – o qual ainda se encontra pendente de cumprimento –, **foi citado por edital, não tendo comparecido à audiência designada para o seu interrogatório, sendo certo que nunca foi preso por encontrar-se foragido, furtando-se à aplicação da lei penal**, tramitando em seu desfavor, nesta 11ª Vara Federal, a ação penal processo nº 2007.

81.000056-7, à **sua revelia**, conforme adiante exposto. (fls. 722, s/grifos).

À vista, portanto, da condição de revel do ora paciente Renato Gonçalves, somente noticiada nos autos através das informações do juízo impetrado, porquanto sequer mencionada nesta última impetração, não há que se falar em observância ao princípio da isonomia quanto aos pacientes anteriormente beneficiados pela soltura decorrente da ordem de *habeas corpus*, justamente pela singular situação de foragido que milita em desfavor de Renato Gonçalves, ao contrário dos demais pacientes que efetivamente se encontravam encarcerados, em cumprimento a decreto prisional correspondente.

A hipótese destes autos não se alinha com os ditames do art. 580 do Código de Processo Penal (extensão dos efeitos do recurso), dada a dessemelhança das situações fático-jurídicas próprias do paciente Renato e das dos demais co-réus.

Tenho, ainda, que a fuga do réu, como *in casu*, do distrito da culpa justifica, sobremaneira, tanto o decreto prisional em si mesmo considerado, quanto a própria manutenção da prisão preventiva, pela necessidade de efetivar a garantia da aplicação da lei penal.

Firmo-me, pois, no sentido de negar a extensão dos efeitos da decisão concessiva do *writ* ao referido co-réu, tanto porque não se encontra o interessado efetivamente recolhido à prisão, quanto por este relator vislumbrar persistirem os pressupostos autorizadores de sua custódia preventiva, à luz das pormenorizadas informações do juízo impetrado, e no rastro da última manifestação ministerial produzida nestes autos, de fl. 761, que ao retificar entendimento anterior (fls. 708/709), pontuou que “(...) o paciente nunca foi preso e se encontra foragido (fl. 722). Furta-se ele à aplicação da lei penal”.

Com essas considerações, denego a extensão da ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 3.123-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO
Impetrante: DR. MARIO LUIZ BERTI TORRES SANJUAN
Impetrado: JUÍZO DA 17ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Pacientes: EDMILSON ZACARIAS SILVA, JOSÉ EDVALDO SO-
ARES DE SOUZA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. CORRUPÇÃO PASSIVA E QUEBRA DE SIGILO FUNCIONAL. POLICIAIS CIVIS. RECEBIMENTO DE PROPINA PARA O NÃO CUMPRIMENTO DE MANDADOS DE PRISÃO. SUSPENSÃO DAS FUNÇÕES. MANUTENÇÃO DOS REQUISITOS AUTORIZADOS DA PRISÃO PREVENTIVA.

- Pacientes presos no dia 13 de setembro de 2007, e denunciados pela prática dos crimes tipificados nos artigos 316 e 325, § 2º, ambos do Código Penal, em virtude de, supostamente, haverem solicitado valores para livrar um indiciado da responsabilização criminal.

- É significativo o grau de probabilidade de que os pacientes retornem à prática delitiva – no caso de serem postos em liberdade –, tendo-se em conta a circunstância de que tais espécies de delitos são de difícil prevenção/impedimento e de fácil realização.

- A natureza dos delitos cometidos (de elevado nível de reprobabilidade) e a inexistência de prova de que os pacientes, mesmo suspensos do exercício do múnus funcional, não terão o apoio dos colegas de corporação, especialmente os não identificados, no uso da estrutura estatal para o cometimento de novos ilícitos, são elementos que, por si sós, justificam a decretação da prisão preventiva, com vistas à garantia da ordem pública, à aplicação da lei penal, e por conve-

niência da instrução processual, eis que, como dito, é difícil a prevenção, e muito provável a reincidência delituosa. Precedentes do STJ.

- Fatos que autorizam a constrição cautelar que, nos termos do artigo 312 do CPP vigente, se justifica, na medida em que transparecem indicações concretas de que, soltos, os pacientes poderão (em tese) inviabilizar a aplicação da lei penal, ou mesmo dificultar o alcance da verdade real, objetivo da persecução penal.

- Habeas corpus denegado.

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, denegar a ordem de *habeas corpus*, 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, 5 de junho de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Habeas corpus liberatório impetrado por Mário Luiz Berti Torres Sanjuan, com pedido liminar, em favor de Edmilson Zacarias Silva e José Edvaldo Soares de Souza, em face da decisão do MM. Juiz da 17ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco (Petrolina), que indeferiu o pedido de liberdade provisória dos pacientes, presos desde o dia 13 de setembro de 2007, pela suposta prática dos crimes tipificados nos artigos 317, § 1º e 325, § 2º, ambos do Código Penal, fundamentando-se em que os pacientes, na qualidade de Policiais Civis, utilizaram de forma indevida a es-

trutura estatal da Segurança Pública, para cometer delitos em flagrante violação ao dever funcional - fls. 139/156.

Sustenta o impetrante a ausência dos requisitos autorizados para a decretação da prisão preventiva, alegando que os pacientes não põem em risco a ordem pública, eis que são primários, possuem profissão definida, e residem em endereços fixos.

Quanto ao requisito da conveniência da instrução criminal e da aplicação da lei penal, sustenta que os pacientes estão temporariamente afastados das funções de Policiais Cíveis do Estado de Pernambuco, de forma que não poderiam utilizar o aparato estatal para obstar as investigações, ou o andamento do processo, além de inexistirem elementos concretos de que os pacientes estariam, atualmente, a dirigir ameaças às testemunhas e/ou aos co-autores de forma a prejudicar o andamento do instrução criminal.

A medida liminar foi indeferida - fls. 366/368.

As informações estão às fls. 374/408, e nelas reafirma-se estarem presentes os requisitos da prisão cautelar, afirmando que não se trata apenas da prisão de policiais civis, mas sim de supostos integrantes de uma quadrilha de *crackers* com atuação em vários pontos do território nacional.

A douta apresentação do *Parquet* opinou pela denegação da ordem, de sorte a ficar mantida a custódia preventiva.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Averbando acendrada vênica aos que perfilham entendimentos dissonantes, penso não ser o caso de conceder-se a ordem requestada.

Segundo o impetrante, a decisão da lavra do MM. Juiz da 17ª Vara Federal de Pernambuco, não atenderia aos requisitos a que alude o art. 312 do Código de Processo Penal - CPP, para a decretação da prisão preventiva, porque os pacientes estariam suspen-

sos de suas funções como policiais civis do Estado de Pernambuco.

Permito-me rememorar o dispositivo legal mencionado, *ver-bis*:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria.

Quer isso dizer que a prisão preventiva só se justifica em situações excepcionais e quando estiverem presentes os requisitos previstos na lei processual penal; há necessidade, também, de certeza no tocante à materialidade, e deve haver indícios consistentes da autoria do iníção.

A sã doutrina, por seu turno, enxerga na constrição preventiva uma espécie de medida cautelar, a partir da qual se objetiva assegurar as condições indispensáveis a que, no curso da lide, reste garantida a incolumidade da ordem pública, e a aplicação efetiva da lei penal.

Assentadas as premissas, cabe verificar se, de fato, os acontecimentos narrados na peça póstico ajustam-se, ao menos em tese, ao que foi consignado até aqui, de sorte a justificar a constrição preventiva dos pacientes.

Os pacientes são policiais civis e foram denunciados pela eventual prática dos crimes tipificados nos artigos 316 e 325, § 2º, ambos do Código Penal, em virtude de, supostamente, solicitarem valores para livrar um indiciado da responsabilização criminal.

Registro, inicialmente, que votei pela indeferimento da impenção anterior, porque os pacientes, por serem policiais civis, possuem amplo acesso aos dados e/ou elementos de informação amealhados pelos órgãos estatais de segurança, por decorrência do exercício das competências que lhes são institucionalmente cometidas.

Mantenho agora a mesma posição em face da alta reprobabilidade social, e contrariedade à Ordem Pública presentes na conduta dos ora Pacientes que, na condição de policiais, competia-

lhes, posto que investidos da autoridade estatal, prevenir e reprimir a prática de delitos.

O que fizeram, contudo, foi aproveitarem-se do exercício de suas funções para obter vantagem econômica de integrantes de uma organização criminosa, especializada na prática de delitos via Internet.

Ainda que estejam suspensos do exercício funcional, a autoridade impetrada, nas informações, esclarece que os pacientes realizaram as condutas delituosas em conluio com outros policiais, incluindo-se aí um Delegado de Polícia, que até a data do indeferimento do último pedido de liberdade provisória, ainda não haviam sido identificados, de sorte que o só afastamento do exercício das funções policiais, pelos ora pacientes, não implica na extinção do liame entre eles e outros colegas de farda, exurgindo daí a possibilidade concreta de que continuem as práticas delituosas, no tocante a outras investigações em andamento na Delegacia de Polícia, da qual faziam parte - fl. 376.

Destacou, ainda, a autoridade impetrada, que a prisão preventiva é necessária porque "(...) não o recomenda a só gravidade do delito, mas o concreto risco de, em liberdade, inibirem a fiscalização da instrução processual – em que pode ser necessária a reinquirição de testemunhas ou o re-interrogatório de co-réus, seja no processual penal originário ou em vários outros que tramitam neste Juízo, tendo por acusados quer os ora pacientes, quer os demais elementos do grupo criminoso, alguns dos quais demonstram em juízo evidente temor por sua segurança diante da presença dos policiais civis custodiados" - fl. 383.

Apesar de estarem suspensos da Polícia, não mais exercendo suas funções, ainda assim, tenho para mim que, ao menos em tese, e pelos motivos acima expostos, a Ordem Pública estará em risco. Atente-se para o seguinte excerto da denúncia, no concernente aos ilícitos imputados aos policiais-pacientes, não se podendo perder de vista a circunstância de que as condutas descritas, foram deflagradas ao longo da apuração de outros delitos perpetrados por uma organização criminosa; confira-se:

Ao que tudo indica, a organização criminosa opera de diversas formas: i) criam páginas de *internet* falsas de insti-

tuições bancárias para capturar informações bancárias sigilosas (conta corrente, agência, senhas, etc.) digitadas pelas vítimas, que eram induzidas a acessar tais páginas a partir de mensagens que recebiam por email; ii) enviam através da rede mundial de computadores (*internet*) programas de computador denominados Cavalo de Tróia, *trojans* ou *keylogs*, ou ainda os *spywares*, capazes de monitorar e capturar informações bancárias sigilosas (conta corrente, agência, senhas, etc.) inseridas pelas vítimas usuárias dos computadores infectados.

De posse de tais informações, os investigados acessam as contas bancárias das vítimas e transferem para outras contas conseguidas pelos “cartãozeiros” ou “biscoiteiros” junto a correntistas interessados em aderir ao esquema em troca de dinheiro, sacando em seguida os valores desviados ilícitamente. Aqueles que emprestam suas contas para o recebimento de valores ilícitos possuem participação decisiva para a consumação do crime, detendo conhecimento da finalidade da operação.

No que diz, especificamente, com a conduta dos pacientes, cumpre atentar para o que foi consignado no requerimento da prisão preventiva, *verbis*:

Ocorre que, durante os trabalhos de interceptação telefônica dos terminais utilizados por CLÁUDIO ALVES DOS SANTOS, EVERALDO ALVES DOS SANTOS e MARIA DE LOURDES ALVES DOS SANTOS, constatou-se que as diligências encetadas por, ao menos, três prepostos da Polícia Civil da Delegacia da 213ª Circunscrição Policial tinham objetivo diferente da identificação e responsabilização dos envolvidos na prática dos crimes em questão, qual seja: **receber propina dos investigados**. (Grifos no original)

Da análise dos diálogos interceptados na manhã do dia 7 de julho de 2007, percebe-se que CLÁUDIO ALVES DOS SANTOS foi surpreendido quando saía de seu plantão como guarda municipal no parque Municipal Josefa Coelho em Petrolina/PE, tendo sido abordado por EDMILSON, JED-VÂNIO e outro policial ainda não identificado.

Nesse primeiro contato, provavelmente, **os policiais civis corruptos expuseram a CLÁUDIO a existência de investigação e solicitaram valores para livrarem-no da**

responsabilização criminal. Para saberem quanto CLÁUDIO poderia pagar-lhes, dirigiam-se ao River Shopping para retirar saldos e realizar transferência da propina. (Destaque meu).

(...)

São citados, expressamente, os nomes dos policiais civis: JEDVÂNIO VIEIRA JOSÉ DOS SANTOS, proprietário do Vectra que aparece nas imagens da manhã do dia 07 de julho no shopping; EDMILSON ZACARIAS SILVA, escrivão do inquérito em trâmite na Polícia Civil; e GILSON, este último ainda não tendo sido identificado, conforme diálogo telefônico mantido entre LOURDES e CLÁUDIO, no dia 09/07/07. Esses três policiais civis são mencionados nas ligações como sendo os responsáveis pela corrupção.

(...)

Ainda da análise das ligações telefônicas interceptadas, conforme explícita na informação do delegado da Polícia Federal, conclui-se que o pagamento dos R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) foi feito na sexta-feira, 13 de julho de 2007. **LUIZ CARLOS, responsável por toda negociação do pagamento, acompanhado de CLÁUDIO, foram à delegacia e lá lhes foram apresentados os mandados de busca e apreensão e de prisão em desfavor de CLÁUDIO, de MARIA DE LOURDES, de LUCILIA e outros expedientes. Nessa ocasião, foram indagados quanto à opção do pagamento da propina ou do cumprimento dos instrumentos citados, ao que, obviamente, foi aceita a opção do pagamento de propina.** (Destaquei)

Disso tudo, fica evidente que JEDVÂNIO e EDMILSON praticaram os crimes de corrupção passiva e violação ao sigilo funcional, possivelmente em conjunto com outros policiais civis de Petrolina/PE, ainda não identificados. Apon-te-se que se consumou também o crime de corrupção ativa perpetrado pelos integrantes da organização criminosa que se beneficiaram com a possibilidade de fuga e pelas pessoas que lhes auxiliaram na negociação da propina.

Há, portanto, ao meu pensar, um alto grau de probabilidade de que os pacientes retornem à prática delitativa – no caso de serem postos em liberdade –, tendo-se em conta a circunstância de que

estas espécies de delitos e a sua forma de realização são de difícil prevenção/impedimento e de fácil realização, eis que os agentes, embora suspensos de suas funções, não perdem o liame com os colegas de farda, que têm amplo acesso às entranhas da Segurança Pública estatal, e que podem auxiliá-los, como já o fizeram, em novas práticas delituosas.

Ademais, a natureza dos delitos cometidos, de elevado nível de reprobabilidade, (segundo o decreto de prisão preventiva, a propina fora exigida para não incluírem não apenas um integrante da quadrilha, mas toda a família dele, que não participava do delito, na investigação policial, de forma que a acusação poderia incidir sobre pessoas inocentes), já são, no meu apoucado entendimento, indícios que, por si sós, justificam a decretação e a manutenção da prisão preventiva, a fim de se garantir a Ordem Pública, a aplicação da lei penal, e por conveniência da instrução processual, eis que, como dito, é difícil a prevenção, e muito provável a possibilidade da reincidência delituosa - fl. 391.

O direito penal se vale da formulação de juízos de probabilidade para aferir se é ou não necessária a decretação, **ou, como no caso, a manutenção de uma constrição cautelar**; as provas constantes dos autos apontam na direção de uma possibilidade concreta da permanência da prática das atividades malsãs e, só isso, ao meu pensar, já seria suficiente para a denegação da ordem requestada.

Há, outrossim, a necessidade de se manter a custódia cautelar, a fim de evitar a destruição do arcabouço probatório em relação aos delitos cometidos pela organização criminosa, haja vista a fragilidade das provas, nas hipóteses de crimes cometidos por funcionários públicos.

O colendo Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, em caso a este em tudo assemelhado, mantendo a constrição preventiva, pelos mesmos argumentos ora expostos:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. ADVOCACIA ADMINISTRATIVA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE

I - Demonstrando o magistrado, de forma efetiva, as circunstâncias concretas ensejadoras da decretação da prisão preventiva dos pacientes, quais sejam: indícios suficientes de autoria e materialidade do delito e a garantia da ordem pública, esta em razão do *modus operandi* na prática das condutas, valendo-se os pacientes do aparelho estatal, bem como de suas funções públicas – policial civil e policial rodoviário federal – para, em tese, perpetrar diversos crimes contra a Administração Pública, gerando prejuízo ao erário e causando clamor público, tendo sido enfatizados, ainda, o grau de lesividade e a torpeza dos delitos, bem assim a necessidade da manutenção da credibilidade da Justiça. (Precedentes do STF e do STJ).

II - Condições pessoais favoráveis do paciente não têm, por si só, o condão de revogar a segregação cautelar, se o decreto prisional está convincentemente fundamentado (Precedentes).

Writ denegado.

(STJ - Superior Tribunal de Justiça, HC - 42.734/RJ, Quinta Turma, Decisão: 07/06/2005, DJData: 29/08/2005 Página: 387, Relator Felix Fischer).

Por fim, impende ressaltar que o colendo Superior Tribunal de Justiça, bem como essa egrégia Corte Regional, têm posicionamento firmado no sentido de que, apenas as condições pessoais favoráveis dos pacientes não justificam a revogação da prisão preventiva, especialmente quando a decisão estiver bem fundamentada, como ocorre na demanda em tela.

Tudo isso, ao meu pensar, justifica a manutenção da constrição preventiva, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal - CPP vigente, na medida em que transparecem indicações concretas de que, soltos, os pacientes bem poderão (em tese) por em risco a ordem pública, reiterando as práticas delituosas.

A instrução do feito (que corre em segredo de Justiça) na Vara de origem, está seguindo o curso regular, ver certidão de fls – descabendo cogitar-se de que o eventual excesso de prazo – falo dos 81 (oitenta um dias) sempre lembrados em situações como a de que se cuida possa ser imputado aos serviços do Foro.

Isto posto indefiro a ordem de *habeas corpus* requerida.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 3.169-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Impetrante: MARIA ERBÊNIA RODRIGUES
Impetrado: JUÍZO DA 11ª VARA FEDERAL DO CEARÁ
Paciente: ANTÔNIO JUSSIVAN ALVES DOS SANTOS

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRANSFERÊNCIA DE PRESO PARA OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. MOTIVOS RELEVANTES (GARANTIA DA EXECUÇÃO PENAL E PREDISPOSIÇÃO PARA FUGA). RESOLUÇÃO Nº 557/07 DO CJF. REQUISITOS. OBSERVÂNCIA. ARTIGO 86 DA LEP. APLICAÇÃO. EVIDENTE INTERESSE PÚBLICO. PODER DE CAUTELA E CONVENIÊNCIA DO JUIZ. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL E DA PRÓPRIA EXECUÇÃO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO EVIDENCIADO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

- A permanência do preso em presídio no outro Estado da Federação onde reside, não constitui direito subjetivo do sentenciado, porquanto é poder-dever do Juiz, que na hipótese, atendeu a conveniência do processo de execução penal, seja pela garantia da aplicação da lei penal (risco iminente de fuga e incontestável periculosidade), quanto pelo poder de cautela de juiz, pelo que não se observa qualquer vício procedimental a ensejar nulidade na transferência do ora paciente.

- Evidenciado que o pedido de remoção do interno foi devidamente avaliado, não há constrangimento ilegal a ser sanado na via eleita, por não se tratar de circunstância definitiva e porque o art. 86 da LEP não criou um direito subjetivo absoluto ao preso (precedentes).

- 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, 27 de maio de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Cuida-se de *habeas corpus* preventivo impetrado pela Dra. Maria Erbênia Rodrigues, OAB/CE nº 5853 em favor do Sr. Antônio Jussivan Alves dos Santos, brasileiro, solteiro, segurança, atualmente recolhido no Presídio Federal de Campo Grande em Mato Grosso do Sul, por força de decisão judicial da lavra do Exmo. Sr. Juiz Federal da 11ª Vara/CE, que o transferiu para aquele presídio.

Objetiva a impetrante a transferência (retorno) do preso, ora paciente, para o Estado do Ceará para responder a ação penal que ali tramita pelo seu suposto envolvimento nos crimes conexos ao furto qualificado à caixa-forte da Agência do Banco Central do Brasil localizada em Fortaleza, de onde foram subtraídos, aproximadamente R\$ 164.000.000,00 (cento e sessenta e quatro milhões de reais) em agosto de 2005.

Aduz para tal fim que a permanência do paciente no Presídio de Segurança Máxima em Fortaleza seria mais significativa em face de o mesmo responder a outros processos e já cumprir pena junto à Vara de Execuções Penais.

Alega, por fim, constrangimento ilegal, porquanto o Exmo. Juiz singular, na oportunidade de decidir pela transferência do preso, não observou o teor da Resolução nº 557 do Conselho da Justiça Federal.

O Exmo. Desembargador Federal Convocado, Dr. Carlos Rebêlo, postergou a apreciação do pedido liminar (fl. 41), tendo solicitado as informações de praxe à autoridade impetrada, e determinado a remessa ao MPF para oferta do parecer.

A autoridade impetrada, o Exmo. Sr. Juiz Federal da 11ª Vara/CE, ao prestar as informações (fls. 44/49), noticiou que o paciente é o principal mentor do furto ao Banco Central em Fortaleza, já tendo sido prolatada sentença condenatória, que o condenou à pena de 49 anos e 2 meses de reclusão e multa.

Frisa o Magistrado singular que foi negado ao réu o direito de apelar em liberdade por persistirem os motivos da prisão preventiva. Afirma que o paciente é um réu condenado por assalto no Estado do Ceará e na Bahia, fugitivo do presídio de Amanari/CE, e responde a processos e inquéritos por roubo a bancos e transportadoras de valores. Saliencia que é um réu de alta periculosidade com envolvimento com a facção criminosa de São Paulo – Primeiro Comando da Capital - PCC, que planejava atentado contra uma grande instituição ou mesmo morte de autoridades prisionais ou judiciárias com possibilidade de resgate de presos.

Registra, por fim, a autoridade impetrada, que, ao transferir o preso para o Presídio de Segurança Máxima de Mato Grosso do Sul, adotou os procedimentos postos na Resolução nº 557 de 08 de março de 2007 do Conselho de Justiça Federal, na medida que se tratou de uma medida urgente, com possibilidade de fuga iminente do preso e que a remoção agora para Fortaleza, como pleiteia a impetrante, poderia dificultar a execução penal, mormente quando se tem dados concretos de que no presídio cearense, local onde estão alguns dos demais co-réus envolvidos no referido furto, seria óbvia a periclitacão de sua fuga, esvaziando-se, assim, a própria aplicacão da pena imposta no decreto condenatório.

O Parecer Ministerial (fls. 50/55) da lavra do Exmo. Procurador da República, Dr. Sady D'Assumpção, é pela denegação da Ordem.

É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

Objetiva a impetrante a remoção do ora paciente do Presídio de Segurança Máxima de Mato Grosso do Sul para o Estado do Ceará com o fim de responder a ação penal que ali tramita pelo seu suposto envolvimento nos crimes conexos ao furto qualificado à caixa-forte da Agência do Banco Central do Brasil localizada em Fortaleza, de onde foram subtraídos, aproximadamente R\$ 164.000.000,00 (cento e sessenta e quatro milhões de reais) em agosto de 2005.

Aduz para tal fim que a permanência do paciente no Presídio de Segurança Máxima em Fortaleza seria mais significativa em face de o mesmo responder a outros processos e já cumprir pena junto à Vara de Execuções Penais.

Alega constrangimento ilegal, porquanto a autoridade impetrada, na oportunidade de decidir pela transferência do preso, não observou o teor da Resolução nº 557, de 08.05.07, do Conselho da Justiça Federal.

Passo à análise.

A Resolução nº 557, de 08 de maio de 2007, publicada no *DOU* de 09.05.07, do Conselho da Justiça Federal, que regulamenta os procedimentos de inclusão e de transferência de pessoas presas para unidades do Sistema Penitenciário Federal, determina:

Art. 1º Caberá aos Tribunais Regionais Federais, no âmbito de suas competências, a designação do juízo federal que desenvolverá a atividade jurisdicional de execução penal nos estabelecimentos penais federais.

Art. 2º Nos estabelecimentos penais federais de segurança máxima serão admitidos presos, condenados ou provisórios, de alta periculosidade, observados os rigores do regime fechado, quando a medida seja justificada no interesse deles próprios ou em virtude de risco para a ordem ou incolumidade públicas.

§ 1º A execução penal da pena privativa de liberdade, no período em que se efetivar a transferência, ficará a cargo do juízo federal competente.

§ 2º A fiscalização da custódia cautelar será, apenas, deprecada pelo juízo de origem, que manterá a competência para o processo e para os respectivos incidentes.

Art. 3º A admissão do preso, condenado ou provisório, dependerá sempre de decisão prévia e fundamentada do juízo federal competente, provocada pelo juízo responsável pela execução penal ou pela custódia provisória.

§ 1º A autoridade administrativa, o Ministério Público e o próprio preso são legitimados a iniciar o processo de transferência perante o juízo de origem.

§ 2º Formalizados os autos, serão ouvidos, cada um em 5 (cinco) dias, quando não requerentes, a autoridade administrativa, o Ministério Público e a defesa, bem como o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), que indicará, se assim o entender, o estabelecimento penal federal adequado.

§ 3º Constarão dos autos, além das manifestações necessárias, os seguintes documentos:

I - Em se tratando de presos condenados:

- a) decisão fundamentada do juízo de origem;
- b) cópia da denúncia e do respectivo recebimento;
- c) cópia da sentença e do acórdão (quando for o caso);
- d) cópia das certidões de trânsito em julgado;
- e) cópia da guia de recolhimento;
- f) cópia da ficha disciplinar;
- g) folha de antecedentes;
- h) laudo médico acerca da saúde física e mental do preso.

II - Em se tratando de presos provisórios:

- a) decisão fundamentada do juízo de origem;
- b) cópias, se for o caso, dos documentos indicados no inciso anterior, alíneas *b*, *c*, *e*, *f*, *g* e *h*;
- c) cópia do ato motivador da custódia provisória (flagrante, prisão temporária ou preventiva, pronúncia);
- d) certidão do tempo já decorrido da custódia cautelar.

§ 4º Tratando-se de preso provisório, a solicitação da transferência terá como instrumento a carta precatória.

§ 5º Com os autos instruídos, o juízo de origem os encaminhará ao juízo federal competente que, na hipótese de prescindibilidade de diligências complementares, ouvirá, em 5 (cinco) dias, o Ministério Público Federal e decidirá, acerca da transferência, no mesmo prazo.

Art. 4º A transferência e admissão do preso nos estabelecimentos penais federais poderão ser realizadas sem a prévia observância do procedimento previsto no artigo 3º quando houver situação de urgência, como rebelião, ou motim no estabelecimento de origem, ou quando houver risco para a eficácia da medida ou para a ordem pública no caso de prévia ciência pelo preso da solicitação de transferência.

§ 1º Nos casos previstos no *caput* a transferência deverá ser solicitada diretamente ao DEPEN, instruída com a prova da situação de urgência e com a concordância do Juízo responsável pela execução penal ou custódia provisória do preso, que a encaminhará de imediato ao juízo federal competente com a sua manifestação sobre a solicitação.

§ 2º Após a efetiva remoção do preso para o estabelecimento prisional federal, deverá ser adotado o procedimento previsto no artigo 3º para a ratificação da transferência e admissão.

§ 3º Caso se constate pelo procedimento previsto no artigo 3º que a permanência do preso no estabelecimento prisional federal não se justifica nos termos do artigo 2º, será ele devolvido ao juízo do origem.

Art. 5º Rejeitada a transferência, o juízo de origem poderá suscitar o conflito perante o tribunal competente, que o apreciará em caráter prioritário.

Parágrafo único. Admitida a transferência do preso condenado, o juízo de origem deverá encaminhar ao juízo federal os autos da execução penal.

Art. 6º A custódia de preso em estabelecimento penal federal será sempre em caráter excepcional e por período determinado.

§ 1º O período de permanência não poderá ser superior a trezentos e sessenta (360) dias, renovável, excepcionalmente, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados, sempre, os requisitos da transferência.

§ 2º Decorrido o prazo, ficará o juízo de origem obrigado a receber o preso no estabelecimento penal sob sua jurisdição, podendo, então, suscitar o conflito perante o tribunal competente, que o apreciará em caráter prioritário.

Art. 7º No estabelecimento penal federal, a lotação máxima nunca poderá ser ultrapassada, devendo o número de presos, sempre que possível, ser mantido aquém do limite indicado.

Parágrafo único. No julgamento dos conflitos, os tribunais competentes deverão observar a vedação acima estabelecida.

Art. 8º A resolução, visando, provisoriamente, ao funcionamento emergencial dos estabelecimentos penais federais, terá vigência preestabelecida de 1 (um) ano, a partir de sua publicação.

Art. 9º Fica revogada a Resolução nº 502, de 09 de maio de 2006. [Negritei]

Inicialmente, impõe-se transcrever excertos das informações prestadas pela autoridade impetrada, Sua Excelência o Juiz Federal da 11ª Vara/CE, às fls. 44/49, *in verbis*:

(...) Utilizo-me do presente para, em atenção ao expediente (...), informar a Vossa Excelência, inicialmente, que ANTÔNIO JUSSIVAN ALVES DOS SANTOS foi o principal mentor do furto ao caixa-forte do Banco Central do Brasil, ocorrido em agosto de 2005, nesta Capital, tendo confessado a sua participação no furto.

No dia 5 de março de 2008, foi proferida sentença nos autos da ação penal nº 2005.81.00.019744-5, em que foram condenados os réus Marcos Rogério Machado de Moraes e ANTÔNIO JUSSIVAN ALVES DOS SANTOS e absolvidos Josiel Lopes Cordeiro e Tadeu de Souza Matos.

A defesa do réu ANTÔNIO JUSSIVAN ALVES DOS SANTOS, agora paciente, apelou da referida sentença aos 7 de março próximo passado(...), encontrando-se os autos da ação penal pertinente aguardando remessa a esse egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, para o exame dos recursos interpostos.

Assim, já foi julgado em primeira instância o mérito da ação, com a condenação do ora paciente às penas de 49 (quarenta e nove) anos e 2 (dois) meses de reclusão e ao pagamento de multa (...), sendo determinado, no apontado julgamento, que os réus condenados devem apelar presos, diante da persistência dos motivos ensejadores de suas custódias preventivas (item 209).

Acrescento que o paciente é condenado por assalto no Ceará e na Bahia, sendo fugitivo do Presídio de Amanari-CE, além de responder a processos e inquéritos por roubo a bancos e transportadora de valores.

No que concerne à remoção de ANTÔNIO JUSSIVAN ALVES DOS SANTOS para a Penitenciária de Segurança Máxima de Campo Grande/MS, tal ato se deu em caráter de urgência, motivado pela alta periculosidade do agora paciente, que inclusive tem envolvimento com a facção criminosa de São Paulo denominada "Primeiro Comando da Capital, e considerados os riscos de sua fuga – situação que também deu ensejo à sua urgente admissão pelo MM. Juiz Corregedor daquela unidade penitenciária, Dr. Odilon de Oliveira –, adotando-se o procedimento de que trata a Resolução nº 557, de 08 de março de 2007, do Conselho da Justiça Federal em todos os seus termos.

Frise-se que, conforme noticiado pela Autoridade Policial na fl. 04 do procedimento n. 2008.81.00.000862-5 (...) o PCC estava, em fevereiro de 2008, desenvolvendo atividades com o fito de resgatar presos envolvidos no furto ao Banco Central. Decidi, assim, para evitar dita fuga, transferir os réus já condenados indicados pela Polícia Federal para o único presídio federal com vagas. Registro que, cerca de três dias após tal transferência, seguiu todas as normas regulamentares, foi descoberto um túnel de fuga no presídio cearense onde estavam os réus, sendo que o referido túnel se iniciava na cela ao lado daquela onde se encontravam os mesmos réus, restando cerca de cinco metros para alcançar a muralha. Registro, mais, que por volta de dois dias depois da descoberta do túnel, dois presidiários foram mortos, sendo deixados com cadeados em suas bocas.

O presídio cearense onde se deram as mencionadas ocorrências seria onde o paciente ficaria recolhido, sendo, portanto, óbvia a periclitacão de sua fuga, daí porque foi determinada a sua transferência para o mesmo presídio federal onde estão os demais. Ressalto que, há cerca de uma semana, a própria penitenciária federal em Campo Grande-MS foi alvo de ataque, ao que tudo indica, da mesma facção criminosa e com os mesmos fins.

Verifica-se, pois, Excelência, que a transferência do paciente foi o único meio encontrado para assegurar a aplicação da sentença condenatória, evitando-se sua iminente fuga.

Ademais, *data venia*, o direito do preso de permanecer em local próximo ao meio social e familiar não configura garantia absoluta, podendo ser afastada quando houver con-

flitos entre os seus direitos e o interesse público, como no caso.

Registro, nesse aspecto, que o paciente é radicado em Brasília e São Paulo desde 1985, não possuindo laços familiares em Fortaleza, conforme o seu próprio interrogatório judicial, sendo certo que o presídio em Mato Grosso do Sul é mais próximo de Brasília que o de Fortaleza. (...)

A mesma autoridade impetrada, ainda nas informações de fl. 46, a corroborar sobre a possibilidade de transferência de preso para outro Estado da Federação, colacionou vasta jurisprudência emanada dos tribunais pátrios, valendo a transcrição:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. TRANSFERÊNCIA DE PRESO PARA OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. ART.86 DA LEP. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO. ANÁLISE DA CONVENIÊNCIA PELO MAGISTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

A possibilidade de transferência de estabelecimento prisional está sujeita à apreciação, pelo Juiz competente, da conveniência e oportunidade do deslocamento do detento, no interesse da segurança da sociedade.

Evidenciado que o pedido de remoção do interno foi devidamente avaliado, não há constrangimento ilegal a ser sanado na via eleita, por não se tratar de circunstância definitiva e porque o art. 86 da LEP não criou um direito subjetivo absoluto ao preso.

Ordem DENEGADA.

(HC 51.157-SP, STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, pub. in DJU de 25/09/2006, p.313)

HABEAS CORPUS. PROCEDIMENTO DE TRANSFERÊNCIA QUE INOBSERVOU DISPOSITIVO DA RESOLUÇÃO 502/06 DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO 502/06. CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. INOCORRÊNCIA. CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

- Não há ilegalidade em procedimento que, em caráter excepcional, transfere o preso para penitenciária federal, deixando a conclusão do ato, pendente do cumprimento das suas formalidades.

- Sendo cumpridas, mesmo que em atraso, as exigências da resolução para a transferência do preso, não há irregularidade a ser apontada.

- É constitucional a resolução que permite o cumprimento, em estabelecimento federal, sob a competência do Juízo de Execução Criminal da Justiça Federal, de pena imposta por decisão da Justiça Estadual.

- As penas privativas de liberdade devem ser executadas com respeito à integridade física e moral do preso, proibidas as penas cruéis.

- Constatada a observância aos preceitos reguladores do cumprimento da pena, contidos na Constituição da República e na Lei de Execução Penal, torna-se descabida a alegação de ilegalidade.

- O direito ao cumprimento da pena em local próximo ao seio familiar, de modo a facilitar a ressocialização do condenado não é absoluto, podendo ser ultrapassado por decisão do Juízo da Execução, sobretudo se fundamentado no resguardo da segurança pública.

Denegaram a ordem.

(HC 77.835-PR, STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Convocada Jane Silva, pub. in DJU de 8/10/2007, p.335)

PROCESSO PENAL. TRANSFERÊNCIA DE PRESO PROVISÓRIO. RESOLUÇÃO Nº 557 DO CJF. REQUISITOS. OBSERVÂNCIA.

1. Da leitura das peças trazidas aos autos pelo Juiz *a quo*, depreende-se que as formalidade exigidas pela Resolução nº 557 do Conselho da Justiça Federal foram devidamente cumpridas, não se evidenciando, pois, qualquer vício procedimental capaz de eivar de nulidade a remoção do paciente.

2. A decisão da autoridade impetrada foi fundamentada em relatório elaborado pela Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil, o qual relata as condições precárias a que estavam submetidos o ora paciente e o co-réu Fernando Iggnacio no Presídio Laércio da Costa Pellegrino - Bangu I, ambos recolhidos sob o Regime Disciplinar Diferenciado, razão pela qual a transferência apresenta-se evidentemente mais benéfica para os mesmos, eis que serão alocados em unidade com melhores instalações de higiene e segurança.

3. Ordem denegada.

(HC 5139-RJ, TRF 2ª Região, 2ª Turma, Rel. Des. Federal Liliane Roriz, pub. in *DJU* de 22/06/2007, pp. 386/387)

HABEAS CORPUS, TRANSFERÊNCIA DE PRESO. PRESIDIO FEDERAL DE CATANDUVAS. RESOLUÇÃO Nº 502/06 DO CJF. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. Conquanto não tenha seguido o rigorismo procedimental previsto na Resolução nº 502/06, os elementos encartados dão conta de que a transferência do preso se fazia necessária.

Hipótese em que se encontra em regular tramitação o procedimento previsto na Resolução nº 502/06 do CJF para fins de regularização da transferência do paciente para o presídio federal.

Ordem denegada.

(HC processo nº 2007.04.00.008732-0/PR, TRF 4ª Região, 7ª Turma, Rel. Des. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère, pub. in *DJE* de 23/5/2007)

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PERICULOSIDADE DO PRESO. TRANSFERÊNCIA DO PACIENTE PARA A PENITENCIÁRIA FEDERAL DE CATANDUVAS/PR. MEDIDA DETERMINADA EM FACE DA URGÊNCIA. LEGALIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA DO JUÍZO. RESOLUÇÃO Nº 502/2006 DO CJF. Por conta da periculosidade do paciente, com participação direta e/ou indireta em toda a ordem de insubordinações, com participação em facção criminosa (PCC) e insuflações de outros presos ao cometimento de crimes dentro e fora das prisões, não é ilegal, dentro dos limites do poder geral de cautela do Juízo de Execução Penal, a determinação de remoção e admissão urgente do custodiado à prisão federal, mormente com a observação da necessidade de ser adotado, a posteriori, o procedimento que trata a Resolução nº 502/2006 do CJF.

(HC processo nº 2007.04.00.008962-5/PR, TRF da 4ª Região, Rel. Des. Federal, Néfi Cordeiro, pub in *DJE* de 9/5/2007)

PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRANSFERÊNCIA DE DETENTO PARA PRESIDIO DE SEGURANÇA MÁXIMA. LEGALIDADE.

1. Ao decidir sobre remoção de detentos não está o Juiz vinculado a pedidos da autoridade policial, ou mesmo do

Ministério Público Federal, pois é o magistrado que define as melhores condições para o preso e para a sociedade no cumprimento da custódia cautelar.

2. Na remoção do paciente foram observadas as formalidades previstas na Resolução 502/2006, não restando evidenciada qualquer ilegalidade na decisão atacada.

(HC nº 2007.04.00.004507-5/PR, TRF da 4ª Região, 7ª Região, Rel. Des. Federal Néfi Cordeiro, pub. *in DJE* de 11/04/2007)

Quanto à alegação de que o Magistrado singular não observou o procedimento da Resolução nº 557, de 8 de março de 2007, do Conselho da Justiça Federal, os documentos anexados com as informações prestadas por aquela autoridade demonstram a observância das normas que a regulamentam, a destacar: a) ofício nº GJT 0011.000017-2/2008 (fl. 101) do Exmo. Juiz Federal da 11ª Vara/CE, que solicita ao Exmo. Corregedor da Penitenciária de Segurança Máxima de Campo Grande/MS informações acerca da possibilidade de autorização para imediata transferência do preso Antônio Jussivan dos Santos; b) ofício nº 092/08 do Exmo. Juiz Corregedor (fl. 137), que comunica do Juízo da 11ª Vara/CE que foi deferida a inclusão do preso na Penitenciária de Segurança Máxima de Campo Grande/MS atendendo, inclusive, o interesse de ordem pública.

Frise-se que no teor do ofício de fl. 137, do Exmo. Juiz Corregedor, que comunica ao Juízo da 11ª Vara/CE que foi deferida a inclusão do preso na Penitenciária de Segurança Máxima de Campo Grande/MS, Sua Excelência o Juiz Corregedor destaca a necessidade do envio da documentação prevista na Resolução nº 557/07, diligência que o Exmo. Juiz Federal da 11ª Vara/PE, conforme se verifica do teor das informações prestadas (fls. 44/49) e decisão de fls. 12/13, atendeu na forma da referida Resolução.

Atente-se que a própria Lei de Execução Penal nº 7.210 de 11.07.84, no seu artigo 86, permite que um condenado possa cumprir pena em Estado diferente daquele em que foi processado e condenado. A transferência do presídio não constitui, como bem ponderou o Magistrado singular nas suas informações, direito subjetivo do sentenciado, porquanto é poder-dever do juiz, que na hipótese, atendendo a conveniência do processo de execução pe-

nal – seja pela garantia da aplicação da lei penal, uma vez que já houve prolação de sentença condenatória, o risco iminente de fuga, a periculosidade, bem como indícios veementes de participação em organização criminosa.

Por fim, nunca é demais lembrar que a decisão singular que determinou a transferência do preso Antônio Jussivan dos Santos atendeu não só ao interesse da administração da execução penal, bem como o poder de cautela daquele Juízo, em face do próprio caráter peculiar da execução penal, onde o Estado desenvolve atividades complexas tanto no plano Jurisdicional (Poder Judiciário através dos órgãos jurisdicionais), quanto na esfera administrativa (Poder Executivo através dos órgãos administrativos).

Forte nos argumentos expendidos, denego a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 3.178-RN

Relator: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI
Impetrante: RENATO DA COSTA
Impetrado: JUÍZO DA 2ª VARA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
Paciente: GILMAR MENDES DOS SANTOS

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO OURO. CRIMES DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO. QUALIFICADORA. (ART. 159, §1º, ART. 71, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CP, ART. 9º, DA LEI Nº 8.072/90). POSSE E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (ART. 16, CAPUT, DA LEI Nº 10.826/03). POSSE DE ARTEFATO EXPLOSIVO, SEM AUTORIZAÇÃO E EM DESACORDO COM DETERMINAÇÃO LEGAL (ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO III, DA LEI Nº 10.826/03). USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 304 DO CP). CONDENAÇÃO. PRETENSÃO. ANULAÇÃO

DA SENTENÇA. REEXAME DE PROVAS. VIA IMPRÓPRIA. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO. PRISÃO PREVENTIVA. MATERIALIDADE E ÍNDICIOS DE AUTORIA. CUSTÓDIA CAUTELAR LASTREADA NA GARANTIA À ORDEM PÚBLICA E PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. EXTREMA GRAVIDADE DOS DELITOS. PERICULOSIDADE DOS AGENTES. TENTATIVAS DE FUGA NOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS DO ESTADO DE PERNAMBUCO. ART. 312 DO CPP. CRIMES DOLOSOS E PUNIDOS COM RECLUSÃO. HEDIONDO. ART. 313, I, DO CPP. JULGADOS DESTA EGRÉGIA TURMA, EM WRIT INTERPOSTOS POR OUTRO MEMBRO DA QUADRILHA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

- Cuida-se de ordem habeas corpus impetrada em favor de paciente atualmente recolhido na Penitenciária Federal de Catanduvas/PR, condenado pelo Juízo da 2ª Vara/RN pela prática dos crimes de extorsão mediante seqüestro qualificada pela duração superior a 24 horas, com vítima maior de sessenta anos e crianças e cometido por quadrilha (art. 159, §1º, na forma do art. 71, parágrafo único, ambos do Código Penal, na forma do art. 9º, da Lei nº 8.072/90); posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, caput, da Lei nº 10.826/03); posse de artefato explosivo, sem autorização e em desacordo com determinação legal (art. 16, parágrafo único, inciso III da Lei nº 10.826/03) e uso de documento falso (art. 304, do Código Penal), para o fim de anular a sentença e aguardar o julgamento da apelação em liberdade.

- “A OPERAÇÃO OURO, alusão ao ouro existente no penhor da Agência da Caixa Econômica Federal, ‘agência Riberia’, deve-se ao fato de que integrantes de uma quadrilha interestadual de

ladrões de bancos seqüestraram as famílias do Tesoureiro daquela instituição e de analista de sistema, na noite de 27-07-05. Os seqüestradores exigiram 300 kg (trezentos quilos) de ouro para que os familiares do tesoureiro e do analista fossem libertados”.

- Lançando olhos para as alegações deduzidas pelo impetrante acerca do acerto ou não da sentença na cominação das sanções aplicadas, apreende-se que a apreciação da tese ora sufragada demandaria o exame aprofundado das provas dos autos, porquanto importa na incursão do conjunto fático-probatório. Consoante cediço, a via angusta da ação constitucional do habeas corpus não se presta ao exame minucioso dos elementos probatórios, sendo a apelação o recurso adequado, o qual já foi interposto, estando apenas pendente o oferecimento das razões respectivas para posterior subida a esta egrégio Corte Regional.

- Perfilha-se a orientação firmada por esta egrégia Primeira Turma no julgamento do HC nº 2.123/CE, no qual o MD. Desembargador Federal Relator, destacou, “(...) É incabível habeas corpus impetrado com a finalidade de rever questões jurídicas que constituem, ou deveriam constituir, matéria do próprio recurso de apelação.

- A suficiência ou não de provas a embasar a condenação, possíveis nulidades não-flagrantes da sentença ou a dosimetria da pena são matérias que exigem perscrutação dos elementos da prova colhida na instrução e somente podem ser apreciadas no habeas corpus se exsurgir a flagrante ilegalidade de disquisição perfunctória”.

- O Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento no sentido de que não tem direito de apelar em liberdade o réu que permaneceu preso durante a instrução criminal, salvo quando o ato que originou a custódia cautelar é ilegal por falta

de fundamentação válida, o que não ocorre na hipótese dos autos. Irretorquível a medida constritiva aplicada, porquanto demonstrados nos autos os requisitos legais autorizadores da sua decretação.

- Caracterização da materialidade do delito e dos indícios suficientes de autoria.

- Custódia cautelar que se justifica para garantir a ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal.

- O caráter de habitualidade revelado na prática criminosa, a extrema gravidade dos delitos, o fato de – ao contrário do que afirma o impetrante – o paciente não ser réu primário (fato que foi corroborado pela certidão de fl. 48) e aliado a sua reincidência pela prática do crime de roubo no Estado de São Paulo em co-autoria e com emprego de arma (em cuja condenação também lhe fora negado o direito de apelar em liberdade), além de existir notícias nos autos de que o paciente teria participado de outras ações criminosas, a exemplo de roubo a banco e carro-forte, autorizam a ilação de que, uma vez posto em liberdade, incidirá o paciente na reiteração da prática delitativa, justificando a adoção da medida constritiva.

- Não é de se olvidar, outrossim, a alta periculosidade do paciente e o poder de fogo da quadrilha, com grave risco para a ordem pública. Tal assertiva se confirma em face das armas apreendidas, pertencentes à quadrilha, um fuzil AR-15, um fuzil AK-47, cinco pistolas Glock e Taurus, duas submetralhadoras e uma metralhadora '30' ("capaz de derrubar aeronaves") além de artefatos explosivos. Demais disso, as transferências solicitadas por todos os estabelecimentos prisionais por onde passou o paciente neste Estado de Pernambuco (por impossibilidade de deixá-lo lá custodiado em face de sua pericu-

losidade) para a Penitência Federal de Catanduvras/PR, aliada ao fato destacado nos autos de que os integrantes da quadrilha fariam parte da facção criminosa denominada “Primeiro Comando da Capital - PCC”, denotam a periculosidade do paciente.

- A prisão do paciente se impõe, outrossim, para assegurar a aplicação da lei penal, ante as tentativas concretas de fuga e o fato de ter sido apreendido em poder do mesmo documentos públicos falsos, quando tentava se passar por terceiro e tendo em vista, ademais, que a atividade da quadrilha (com alto poder de fogo e numerosa estrutura pessoal) possui ramificações em outros Estados da federação.

- A custódia cautelar ora em discussão já foi objeto de apreciação por esta egrégia Turma, no julgamento do HC nº 2.295-RN (2005.05.00.040866-9), tendo por paciente comparsa do ora paciente, em idêntica situação.

- Ordem de habeas corpus denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Recife, 29 de maio de 2008 (data do julgamento).

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - Relator

RELATÓRIO

O JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI:

Trata-se de ordem de *Habeas Corpus* impetrada por RENATO DA COSTA em favor de GILMAR MENDES DOS SANTOS, réu preso atualmente recolhido na Penitenciária Federal de Catanduvras/PR, denunciado como incurso nas penas do art. 159 (extorsão mediante seqüestro), § 1º, do CP, incidindo a causa de au-

mento do art. 1º, inciso IV, c/c, art. 9º, ambos da Lei nº 8.072/90, em concurso material (art. 69 do CP) com o crime previsto no art. 16, *caput*, e parágrafo único, inciso III, da Lei nº 10.826/03 e condenado pelo MM. Juiz Federal Substituto da 2ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, apontado como autoridade coatora, nas sanções previstas nos arts. 159, § 1º, na forma do art. 71, parágrafo único, ambos do Código Penal; art. 1º, inciso IV, e art. 9º, da Lei nº 8.072/90; art. 16, *caput*, e parágrafo único, inciso III, da Lei nº 10.826/03, nos autos do Processo de nº 2005.84.00.007747-1.

Em suas razões, o impetrante aduziu ter o paciente interposto recurso de apelação, “pugnando pela sua reforma total ou a redução das penas impostas para o mínimo legal em razão da primariedade técnica, sendo certo que não pode o *decisum* ser mantido sem observância ao sistema trifásico, tampouco merece convalidação o reconhecimento da pretensa continuidade delitiva, o que enseja a sua nulidade, assim como não há como se consolidar a denegação do direito de apelar em liberdade”. Acrescentou não ter havido, “ao menos por parte do paciente, não houve a subsunção das disposições estatuídas nos artigos 302, incisos I a IV e 303, ambos do Código de Processo Penal”. Defendeu que, “levando em consideração as declarações das vítimas que não lograram êxito em reconhecê-lo, restou demonstrado que o paciente não praticou os delitos que lhe foram imputados”. Invocou doutrina e jurisprudência. Ao final, pleiteou a concessão da ordem, a fim de que sejam deferidos os benefícios aos quais faz jus o paciente, a saber: “decretação da nulidade da sentença condenatória, com a imediata expedição de alvará de soltura, ou subsidiariamente, seja respeitado o sistema trifásico fixando-se a reprimenda corporal no mínimo legal, o afastamento da continuidade delitiva e ainda, seja conferido ao paciente o direito de aguardar o julgamento do recurso de apelação em liberdade”.

Devidamente notificada, a autoridade impetrada apresentou as informações de estilo (fls. 837/839), afirmou que “por sentença prolatada às fls. 582/629 dos autos da ação penal (Processo nº 2005.84.00.007747-1), o Juízo da Segunda Vara Federal condenou o paciente GILMAR MENDES DOS SANTOS pela prática dos crimes de **extorsão mediante seqüestro qualificada pela duração superior a 24 horas, com vitima maior de sessenta anos**

e cometido por quadrilha (art. 159, § 1º, na forma do art. 71, parágrafo único, ambos do Código Penal, na forma do art. 9º, da Lei nº 8.072/90); posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03); **posse de artefato explosivo, sem autorização e em desacordo com determinação legal** (art. 16, parágrafo único, inciso III da Lei nº 10.826/03) e **uso de documento falso** (art. 304 do Código Penal), aplicando-lhe, *in concreto*, a pena privativa de liberdade de 40 (quarenta) anos, 5 (cinco) meses e 20 (vinte) dias de reclusão”. Acrescentou que a pena privativa de liberdade do paciente fora decretada pelo Juízo da 3ª Vara/RN, em decisão proferida em 10 de agosto de 2005, como forma de assegurar a aplicação da lei penal. Realçou, em seguida, que “da simples leitura do inteiro teor da sentença prolatada em 10 de julho de 2007 são extraídas sem dificuldade, as razões pelas quais não fora reconhecido ao condenado GILMAR MENDES o direito de apelar em liberdade, reveladoras de que a sua prisão preventiva afigura-se necessária, igualmente, para a garantia da ordem pública (art. 312 do Código de Processo Penal), haja vista o perigo social que a sua liberdade acarretaria, considerando a sua demonstrada predisposição para o cometimento de infrações penal, ilícitos, inclusive, de imensa gravidade e praticados mediante utilização de forte e numerosa estrutura pessoal e, sobretudo, de armamentos pesados”. Por fim, asseverou que “o mais ensejaria o revolvimento de fatos e provas, incabível na presente via eleita”.

O Ministério Público Federal ofertou parecer, fls. 840/846, opinando pelo não conhecimento da ordem, na parte em que combate o acerto ou não das sanções fixadas em desfavor do paciente, e pela denegação da ordem, já que o mesmo respondeu o processo preso e persistem as razões que justificaram a decretação de sua segregação preventiva, como foram de assegurar a aplicação da lei penal.

É o relatório.

VOTO

O JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI (Relator):

Como ensaiado no relatório, cuida-se de ordem *habeas corpus* impetrada por RENATO DA COSTA em favor de GILMAR MENDES DOS SANTOS, réu preso atualmente recolhido na Peniten-

ciária Federal de Catanduvas/PR, denunciado como incurso nas penas do art. 159 (extorsão mediante seqüestro), § 1º, do CP, incidindo a causa de aumento do art. 1º, inciso IV, c/c, art. 9º, ambos da Lei nº 8.072/90, em concurso material (art. 69 do CP) com o crime previsto no art. 16, *caput*, e parágrafo único, inciso III, da Lei nº 10.826/03 e condenado pelo MM. Juiz Federal Substituto da 2ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, apontado como autoridade coatora, nas sanções previstas nos arts. 159, § 1º, na forma do art. 71, parágrafo único, ambos do Código Penal; art. 1º, inciso IV, e art. 9º, da Lei nº 8.072/90; art. 16, *caput*, e parágrafo único, inciso III, da Lei nº 10.826/03, nos autos do Processo de nº 2005.84.00.007747-1.

De partida, lançando olhos para as alegações deduzidas pelo impetrante acerca do acerto ou não da sentença na cominação das sanções aplicadas, apreende-se que a apreciação da tese ora sufragada demandaria o exame aprofundado das provas dos autos, porquanto importa na incursão do conjunto fático-probatório dos autos da ação penal.

Consoante cediço, a via angusta da ação constitucional do *habeas corpus* não se presta ao exame minucioso dos elementos probatórios, revelando via imprópria para a valoração e apreciação da prova dos autos que formaram o convencimento do julgador planicial.

Neste ponto, perfilho a orientação firmada por esta eg. Primeira Turma no julgamento do HC nº 2.123/CE, no qual o MD. Desembargador Federal Relator, destacou, "(...) É incabível *habeas corpus* impetrado com a finalidade de rever questões jurídicas que constituem, ou deveriam constituir, matéria do próprio recurso de apelação. A suficiência ou não de provas a embasar a condenação, possíveis nulidades não-flagrantes da sentença ou a dosimetria da pena são matérias que exigem perscrutação dos elementos da prova colhida na instrução e somente podem ser apreciadas no *habeas corpus* se exsurgir a flagrante ilegalidade de disquisição perfunctória".

Destarte, o recurso adequado a discussões atinentes à nulidade da sentença, inexistência de continuidade delitiva, prática dos delitos imputados e demais matérias veiculadas neste *mandamus*

atinentes aos parâmetros adotados na sentença para condenar o paciente, é o recurso de apelação, devidamente interposto, estando apenas pendente o oferecimento das razões respectivas para posterior subida a este eg. Corte Regional.

Ilustrando o raciocínio ora desenvolvido, observem-se os precedentes colhidos junto ao Superior Tribunal de Justiça, com negritos acrescidos:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENA. CRIMES DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DAS CONDUTAS E DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA ESTREITA DO *MANDAMUS*. RECURSO DE APELAÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO NA ORIGEM.

1. O *habeas corpus* somente pode substituir o recurso de apelação ou ser apreciada conjuntamente com a interposição deste, quando versar exclusivamente sobre matéria de direito que não demande apreciação probatória, o que na hipótese não ocorre.

2. **A apreciação das teses defensivas apresentadas, na forma que foram colocadas na impetração, demandaria ampla dilação probatória dos fatos e exame acurado das provas coligidas nos autos da ação penal, sendo próprias para serem dirimidas no âmbito da apelação.**

3. **Afigura-se, pois, incabível a apreciação da pretensão ora formulada na estreita via do *habeas corpus*, a qual não comporta o deslinde de questões que demandem aprofundado exame e valoração do conjunto de fatos e provas.**

4. Ordem denegada.

(HC 55.542/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20.06.2006, DJ 01.08.2006 p. 494)

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO. VIA IMPRÓPRIA PARA EXAME E VALORAÇÃO DAS PROVAS PRODUZIDAS NA AÇÃO PENAL. APELAÇÃO INTERPOSTA PELA DEFESA PENDENTE DE JULGAMENTO. ORDEM DENEGADA.

1. A denegação da ordem de *habeas corpus* impetrada perante o Tribunal *a quo*, com o objetivo de anular sentença criminal, sob a alegação de ser injusta a condenação, bem como de não ter havido defesa suficiente, não constitui constrangimento ilegal, uma vez que a pretensão implica o reexame e valoração da prova produzida no decorrer da instrução criminal, inviável na via eleita.

2. Ademais, a sede apropriada para incursões no conjunto fático-probatório, com a finalidade pretendida pelo impetrante, é o recurso de apelação, devidamente interposto e pendente de julgamento.

3. Ordem denegada.

(HC 42.209/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 21.03.2006, DJ 10.04.2006 p. 238)

HABEAS CORPUS. DUPLO HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO, ALÉM DE UMA TENTATIVA DE HOMICÍDIO E IMPUTAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA. REVOLVIMENTO MINUCIOSO DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. DECRETO CONSTRITIVO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. *MODUS OPERANDI* QUE DENOTA A PERICULOSIDADE DA PESSOA ACAUTELADA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. ORDEM DENEGADA.

1. A alegação de ocorrência de excesso de prazo na formação da culpa não foi sequer submetida à análise do Tribunal *a quo*, o que inviabiliza o exame da matéria por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

2. **A tese de negativa de autoria que se busca demonstrar está baseada em argumentos que exigem uma valoração minuciosa dos elementos probatórios relativos aos fatos, providência esta incabível em sede de *Habeas Corpus*; não é possível amplo e profundo reexame do material probatório coligido nos autos, na angusta via do presente *mandamus*, para se verificar a possível contradição em depoimentos, ou, ainda, para se conferir a suficiência (ou não) da prova existente para respaldar a medida constritiva.**

3. Encontram-se presentes os elementos autorizadores da medida extrema, tendo em vista que o *modus operandi* do crime (agentes encapuzados, que se fizeram passar por policiais a fim de adentrarem a residência das vítimas, as quais foram transportadas dali algemadas, até o local onde foram executadas) denota claramente a periculosidade do agente, obstando a revogação da segregação cautelar, em razão da necessidade de preservação da ordem pública.

4. A prisão cautelar justificada no resguardo da ordem pública visa, entre outros objetivos, acautelar o meio social, retirando do convívio da comunidade aquele que, diante do *modus operandi* ou da habitualidade de sua conduta, demonstra ser dotado de alta periculosidade. O crime em questão foi grave e de grande repercussão, com reflexos negativos e traumáticos, de sorte que a liberdade do ora paciente acarretaria um forte sentimento de impunidade e insegurança.

5. *Habeas corpus* denegado, em conformidade com parecer ministerial.

(HC 85.108/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 20.11.2007, DJ 10.12.2007 p. 409)

HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. PARTE DOS PEDIDOS NÃO SUBMETIDA À APRECIÇÃO DO TRIBUNAL *A QUO*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APROFUNDADO EXAME DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA. EXCESSO DE PRAZO CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Não havendo manifestação do Tribunal *a quo* acerca de parte dos pedidos formulados no *habeas corpus* impetrado perante esta Corte, é inviável o conhecimento do *writ* nesses pontos, sob pena de indevida supressão de instância.

2. A aprofundada análise acerca da correlação entre as provas produzidas na fase inquisitorial e a imputação contida na denúncia depende da valoração do conjunto fático-probatório, a qual é vedada em sede de *habeas corpus*.

3. O excesso de prazo, segundo pacífico magistério jurisprudencial desta Corte, deve ser aferido dentro dos limites da razoabilidade, considerando circunstâncias excepcio-

nais que venham a retardar a instrução criminal, não se restringindo à mera soma aritmética dos prazos processuais.

4. Contudo, a segregação cautelar, por dois anos, sem que tenha sido prolatada sentença, extrapola os limites da razoabilidade, configurando constrangimento ilegal.

5. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido de ofício para determinar a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, caso não se encontre preso por outro motivo.

(HC 58.350/PE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 21.09.2006, DJ 16.10.2006 p. 402)

Em idêntico senso, confirmam-se os seguintes julgados desta egrégia Primeira Turma:

Ementa: PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE DO *WRIT* PARA REVOLVER MATÉRIA DE FATO.

1. Ao dissertar acerca da admissibilidade do *habeas corpus*, leciona autorizada doutrina que, “Em princípio, não há qualquer impedimento em que seja impetrado o *habeas corpus* embora tenha sido interposta apelação de sentença condenatória, se a matéria versada no *writ* for apenas de direito, não havendo dúvidas quanto aos fatos. Se a coação porventura existente pode ser corrigida mediante o meio sumário do *mandamus*, não há como deixar-se que ela permaneça enquanto tramita o julgamento do recurso, o que nem sempre ocorre com rapidez. Se, entretanto, os fundamentos de ambos são idênticos, as peculiaridades do caso exigindo melhor exame de prova, não é aconselhável o *habeas corpus* e o julgador deve remeter o exame da matéria para a via do recurso de maior abrangência” (MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Processo Penal*, 9ª edição, São Paulo, Ed. Atlas, p. 716).

2. *Habeas corpus* impetrado em favor de paciente que já teve sentença condenatória proferida em seu desfavor, decisão esta precedida de instrução processual rica em depoimentos. Remédio constitucional que está a ser utilizado equivocadamente, mercê de se buscar, através do mesmo, revolver matéria (o suposto consentimento das víti-

mas, em crime de tráfico internacional de mulheres) que implica dilação probatória. Hipótese em que o paciente já desafiou recurso de apelação, estando apenas pendente o oferecimento das razões respectivas.

3. Inadmissibilidade da impetração, porquanto consistente em verdadeiro recurso de apelação, desafiado sob as vestes de *habeas corpus*.

4. Não conhecimento do *writ*.

Data Publicação: 17/09/2007

(TRF - Quinta Região, *Habeas Corpus* - 2.746-RN, Órgão Julgador: Primeira Turma, data da decisão: 21/06/2007 Fonte *DJ* - data::17/09/2007, Relator(a) Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, Relator Acórdão Desembargadora Federal Joana Carolina Lins Pereira)

Ementa: *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL DE TÓXICOS. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. A análise da dosimetria da pena procedida na sentença condenatória é matéria que exige perscrutação dos elementos da prova colhida na instrução, de modo que merece ser devidamente examinada na sede apropriada, como sendo no julgamento da apelação penal, e não na via estreita do *habeas corpus*, que somente permite intervenção quando, em disquisição perfunctória, exsurgir flagrante injuridicidade na decisão atacada.

Ordem denegada.

(Tribunal - Quinta Região, *Habeas Corpus* - 2.054-CE, Órgão Julgador: Primeira Turma, data da decisão: 27/01/2005, Fonte *DJ* - data:: 14/03/2005, Relator(a) Desembargador Federal José Maria Lucena, decisão unânime)

Passo, então, a apreciar o pretenso direito do réu de apelar em liberdade.

De logo, é imperioso registrar que o Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento no sentido de que não tem direito de apelar em liberdade o réu que permaneceu preso durante a instrução criminal, salvo quando o ato que originou a custódia cautelar é ilegal por falta de fundamentação válida, o que não ocorre na hipótese dos autos.

No sentido último do texto, confirmam-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. FLAGRANTE. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO AFAS-TADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. LE-GALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁ-VEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. BENEFÍCIO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 44, 59 E 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL.

1. A negativa do benefício da liberdade provisória, nos crimes hediondos e assemelhados, encontra amparo no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais.

2. Em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes existe expressa vedação legal à concessão do benefício (art. 44 da Lei nº 11.343/06), o que é suficiente para negar o direito à liberdade provisória.

3. Sobrevindo sentença penal condenatória, a manutenção da custódia do réu para apelar, mormente porque esteve preso durante toda a instrução criminal por força de decisão judicial motivada, não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência e nada mais é do que efeito de sua condenação. Aplicação, no caso, da Súmula nº 09, desta Corte Superior.

4. Não há constrangimento ilegal sanável em sede de *habeas corpus* quando a instância ordinária entende que o acusado não preenche os requisitos necessários para a aplicação do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, uma vez que incabível na via eleita a dilação probatória que se faz necessária para reconhecer a presença da condição subjetiva exigida e que o condenado não se dedica à atividade ou integra organização criminosa.

5. A sentença condenatória impõe regime prisional mais

gravoso valendo-se da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

6. Tendo sido a pena do Paciente fixada acima de 04 (quatro) anos e a pena-base acima do mínimo legal, é impossível a concessão do benefício da substituição da pena.

7. *Habeas corpus* denegado.

(HC 73.652/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 03.04.2008, DJ28.04.2008, p. 1)

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE APELAR EM LIBERDADE. RÉU QUE PERMANECEU CUSTODIADO AO LONGO DO PROCESSO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. PROIBIÇÃO DECORRENTE DE TEXTO LEGAL E DE NORMA CONSTITUCIONAL.

I - O direito de apelar em liberdade de sentença condenatória não se aplica ao réu já preso, desde o início da instrução criminal, em decorrência de prisão em flagrante ou de prisão preventiva (Precedentes do STJ e do STF).

II - Ressalte-se, ainda, que a proibição de concessão do benefício de liberdade provisória para os autores do crime de tráfico ilícito de entorpecentes está prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/06, que é, por si, fundamento suficiente por se tratar de norma especial especificamente em relação ao parágrafo único, do art. 310, do CPP.

III - Além do mais, o art. 5º, XLIII, da Carta Magna, proibindo a concessão de fiança, evidencia que a liberdade provisória pretendida não pode ser concedida.

IV - Precedentes do c. Pretório Excelso (AgReg no HC 85.711-6/ES, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence; HC 86.118-1/DF, 1ª Turma, Rel. Ministro Cezar Peluso; HC 83.468-0/ES, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; HC 82695-4/RJ, 2ª Turma, Rel. Ministro Carlos Velloso).

V - “De outro lado, é certo que a L. 11.464/07 - em vigor desde 29.03.07 - deu nova redação ao art. 2º, II, da L. 8.072/90, para excluir do dispositivo a expressão “e liberdade provisória”. Ocorre que – sem prejuízo, em outra oportunidade, do exame mais detido que a questão requer –, essa alteração legal não resulta, necessariamente, na virada da jurisprudência predominante do Tribunal, firme em que da “proibição da liberdade provisória nos processos por crimes hediondos (...) não se subtrai a hipótese de

não ocorrência no caso dos motivos autorizadores da prisão preventiva” (v.g., HC 83.468, 1ª T., 11.9.03, Pertence, *DJ* 27.2.04; 82.695, 2ª T., 13.5.03, Velloso, *DJ* 6.6.03; 79.386, 2ª T., 5.10.99, Marco Aurélio, *DJ* 4.8.00; 78.086, 1ª T., 11.12.98, Pertence, *DJ* 9.4.99). Nos precedentes, com efeito, há ressalva expressa no sentido de que a proibição de liberdade provisória decorre da própria “inafiançabilidade imposta pela Constituição” (CF, art. 5º, XLIII).” (STF - HC 91.550/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 06/06/2007).

Writ denegado.

(HC 95.533/RS, Rel. Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, julgado em 27.03.2008, *DJ* 05.05.2008, p. 1)

No caso em apreço, entendeu o MM. Juiz *a quo* fundamentadamente pela segregação cautelar do paciente, por vislumbrar a existência da materialidade dos delitos e os indícios suficientes de autoria, fundamentando-a na garantia da ordem pública e na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal.

Entendimento este, por seu turno, corroborado integralmente pelo parecer ministerial (fls. 840/846).

A despeito das razões deduzidas pelo impetrante, tenho por irretorquível a medida constritiva aplicada, porquanto sobejam demonstrados nos autos a presença dos requisitos legais autorizadores da sua decretação.

Antes, porém, de proceder ao cotejo dos requisitos ensejadores da custódia cautelar, reputo de bom alvitre traçar breve histórico do caso dos autos, cujos fatos foram inicialmente apurados pela Polícia Federal na operação denominada OURO.

Trata-se, consoante se colhe do documento de fls. 07/09 e conforme relatado pelo Ministério Público, de delitos de extorsão mediante seqüestro qualificada pela duração superior a 24 horas, com vítimas menores de catorze anos (crianças) e maior de sessenta anos e cometido por quadrilha, com o fito de obter vantagem econômica, além dos crimes de posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, posse de artefato explosivo, sem autorização e em desacordo com determinação legal e uso de documento falso.

No particular, merece registro elucidativo excerto do Auto Circunstanciado do Núcleo de Operações de Inteligência da Polícia Federal (fls. 07/09):

A OPERAÇÃO OURO, alusão ao ouro existente no penhor da Agência da Caixa Econômica Federal, “agência Riberia”, deve-se ao fato de que integrantes de uma quadrilha interestadual de ladrões de bancos seqüestraram as famílias do Tesoureiro daquela instituição, o senhor João Bezerra de França e do analista de sistema, o senhor Ivan de Oliveira Batista, na noite de 27.07.05. Os seqüestradores exigiram 300 kg (trezentos quilos) de ouro para que os familiares do tesoureiro e do analista fossem libertados, advertindo-os, porém, que todos seriam mortos caso o resgate não fosse providenciado.

(...)

Com os números interceptados, os extratos das contas analisados e a troca permanente de informações entre as polícias dos dois Estados, foi possível efetivar na cidade de Recife a prisão de Gilmar da Silva Ferreira (nome falso utilizado pelo paciente), 26 anos; Alexsandro Gomes de Lima, 23 anos; Marcelo Macedo dos Santos, 26 anos; Sidney da Silva Ferreira, 28 anos; Robson Barbosa da Silva, 34 anos; e Claudivania Ferreira Okeoma. Em Natal, no bairro da Candelária, foram apreendidos um fuzil AR-15, um fuzil AK-47, cinco pistolas Glock e Taurus, duas submetralhadoras e uma metralhadora ‘30’ (capaz de derrubar aeronaves) além de artefatos explosivos, tudo pertencente à quadrilha.

Transcrevem-se, ainda, excertos da peça acusatória que elucidam o *modus operandi* da quadrilha (fls. 377/389):

(...) Com efeito, segundo restou apurado, IVAN DE OLIVEIRA BATISTA, analista de sistema da CEF, no dia 27/05/05, quarta-feira, por volta das 1900, foi surpreendido com a presença de um homem armado dentro de sua residência, nesta capital, onde também estavam sua esposa, seu filho de dois anos e sete meses de idade e duas babás. Referido homem levou todos para o quarto de seu filho, localizado no piso superior da casa, onde permaneceram por algum tempo. Em seguida, outro homem armado chegou e, por volta da meia-noite, mais dois homens entraram na casa, tendo sido levados dali, dentro de um veículo, sua esposa, seu filho e as duas babás, por dois dos se-

qüestradores, restando na casa com o referido empregado da CEF os dois outros homens, isso até a manhã do dia seguinte.

(...)

Mas a empreitada criminosa não parou por aí. No mesmo dia 27/07/2005, por volta das 18h30, FRANCISCO TOMÉ NETO chegava a sua residência, na granja Paraíso, localizada no bairro de Pé do Galo, no Município de Macaíba/RN, quando deparou-se com duas pessoas armadas, que faziam de reféns diversas pessoas de sua família, entre eles seu pai, sua mãe, seu avô, seus irmãos, sua cunhada e seu sobrinho com dois filhos. Um pouco mais tarde chegaria ao local outra pessoa armada e, por volta de 23h30, chegaram à referida granja mais quatro reféns (três mulheres e uma criança)

Eis, em síntese, o contexto que ora se apresenta.

No que tange à alegada regularidade da prisão em flagrante, de fato, tal assertiva mostra-se descabida. Com efeito, como bem realçou o MD. Procurador Regional da República no parecer de fls. 840/846, cuja fundamentação adoto como razão de decidir, “ainda que se viesse a admitir que o paciente não foi preso em situação regular de flagrância, haveria que se reconhecer aqui que a decretação superveniente de sua prisão preventiva, em 10 de agosto de 2005 (fls. 158/160), tornaria superada tal discussão. (...). Ademais, fica difícil não reconhecer a regularidade da prisão em flagrante em tela, já que, além de haver o paciente sido preso logo após haver fugido do distrito de culpa, também confessou que portava (fls. 53/54), por ocasião de sua detenção, documentos falsos, no caso tanto a cédula de identidade quanto a carteira de habilitação, o que justificaria, por si só, a prisão em flagrante ocorrida”.

Passo, então, ao exame dos requisitos autorizadores da prisão preventiva.

Cumpra ter presente que a prisão preventiva, por se tratar de medida cautelar de constrição à liberdade, reveste-se de excepcionalidade, somente justificando sua decretação quando configurada a potencialidade lesiva a quaisquer dos juízos tutelados na legislação de regência, ainda assim quando satisfeitos os requisitos da materialidade do delito e os indícios suficientes de autoria.

A propósito, preconiza o art. 312 do Código de Processo Penal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

No que pertine à caracterização da materialidade do delito e dos indícios suficientes de autoria, constitui prova inequívoca o auto de prisão de fls. 53/54 (confissão do paciente), auto de apreensão das armas (fls. 603/627), bem como laudo de perícia papiloscópica, referido, inclusive, na sentença.

A necessidade da custódia cautelar se justifica, como bem ressaltou o MM. Juiz *a quo*, corroborado pelo MD. Procurador Regional da República, para garantir a ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal.

No que tange ao requisito da garantia da ordem pública, nas linhas traçadas pelo Ministro GILMAR FERREIRA MENDES, no julgamento do HC nº 89090, destacam-se as seguintes circunstâncias principais: “I) a necessidade de resguardar a integridade física do próprio paciente ou dos demais cidadãos; II) o imperativo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que tal objetivo esteja lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e III) para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do Poder Judiciário, quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal e desde que diretamente relacionadas com a adoção tempestiva de medidas adequadas e eficazes associadas à base empírica concreta que tenha ensejado a custódia cautelar”.

Decerto, o caráter de habitualidade revelado na prática criminosa, a extrema gravidade dos delitos, o fato de – **ao contrário do que afirma o impetrante – o paciente não ser réu primário** (fato que foi corroborado pelo próprio paciente no seu interrogatório, cf. fl. 48 e confirmado através do documento de fl. 815 – certidão de antecedentes criminais do Cartório do 9º Ofício Criminal do

Estado de São Paulo) e aliado a sua reincidência pela prática do crime de roubo no Estado de São Paulo em co-autoria e com emprego de arma (em cuja condenação também lhe fora negado o direito de apelar em liberdade), além de existir notícias nos autos (vide ofício do Delegado de Polícia de Pernambuco, da Delegacia de Repressão ao roubo, de fl. 118) de que o paciente teria participado de outras ações criminosas, a exemplo de roubo a banco (Banco do Brasil de Afogados da Ingazeira) e carro-forte (nas imediações do Shopping Guararapes), autorizam a ilação de que, uma vez posto em liberdade, incidirá o paciente na reiteração da prática delitiva, justificando a adoção da medida constritiva.

Faço coro, também neste ponto, ao MD. Procurador Regional da República quando afirma:

Registro, de início, que apesar do impetrante haver afirmado que o paciente é tecnicamente primário, isso não corresponde à realidade, diante do que espelha o documento de fl. 815.

Sua reincidência, pela prática, aliás, de grave delito anterior de roubo, no Estado de São Paulo, também em co-autoria e com emprego de arma, foi devidamente reconhecida na sentença vergastada (fls. 716/721).

Observe-se que também na primeira condenação contra ele proferida, naquele Estado, foi denegado o direito de apelar em liberdade.

Não é de se olvidar, outrossim, a alta periculosidade do paciente e o poder de fogo da quadrilha, com grave risco para a ordem pública. Tal assertiva se confirma em face das armas apreendidas, pertencentes à quadrilha (cf. fls. 31; 73/74; 603/627 e 638), um fuzil AR-15, um fuzil AK-47, cinco pistolas Glock e Taurus, duas submetralhadoras e uma metralhadora '30' (capaz de derrubar aeronaves) além de artefatos explosivos. Demais disso, as transferências solicitadas por todos os estabelecimentos prisionais por onde passou o paciente neste Estado de Pernambuco (por impossibilidade de deixá-lo lá custodiado em face de sua periculosidade) para a Penitência Federal de Catanduvás/PR, aliada ao fato constante dos autos de que os integrantes da quadrilha fariam parte da facção criminosa denominada "Primeiro Comando da Capital - PCC", denotam alta periculosidade do paciente.

Presente o contexto que se registra no caso em apreço, conclui-se que a segregação cautelar do paciente é imperiosa para a garantia da ordem pública.

A prisão do paciente se impõe, outrossim, para assegurar a aplicação da lei penal. Refiro-me à possibilidade do paciente, ante as tentativas concretas de fuga e o fato de ter sido apreendido com documentos públicos falsificados, tentando se passar por terceiro, se evadir, considerando, ademais, que a atividade da quadrilha (com alto poder de fogo e numerosa estrutura pessoal) possui ramificações em outros Estados da federação.

Por esclarecedores, confirmam os seguintes excertos, com negritos nossos:

[...] Assim por entendermos presente **RISCO DE VIDA e SEGURANÇA de todos que se encontram neste UP funcionários e reeducandos, além da evidente possibilidade de FUGA DE REEDUCANDOS, solicitamos que seja autorizada a transferência dos referidos reeducandos a Presídio da Região Metropolitana**, por todo o exposto, para que após seja dada ciência à Autoridade Judiciária Processante, ante **a iminente possibilidade de conseqüências aterrorizadoras e irreparáveis ao Sistema Penitenciário de Pernambuco e à própria aplicação da lei penal** (Ofício do Diretor do COTEL ao Juiz de Direito da 1ª Vara de Execuções Penais do Estado de Pernambuco, fls. 444/447)

Solicitamos a V.^a Ex.^a. as transferências dos detentos [...] Gilmar Mendes dos Santos [...] **Ser oportuno tal solicitação, em virtude de altíssima periculosidade dos mesmos, haja vista as tentativas de fugas nas Unidades Prisionais do Estado de Pernambuco, já que integram uma quadrilha, que é vinculada a uma facção criminosa denominada “Primeiro Comando da Capital - PCC” que é conhecida nacionalmente. Temos informes que o mesmo tentarão novamente junto com os seus comparsas empreenderem fuga [...]** (Ofício do Diretor Executivo do Presídio Professor Aníbal Bruno dirigido a MM. Juíza Federal Substituta da 2ª Vara/RN, fl. 638)

[...] **Merece prosperar o pedido formulado pelo Diretor Executivo do Presídio Professor Aníbal Bruno, em**

Recife/PE, onde se encontram custodiados os acusados suso referidos [...]. Por derradeiro, as tentativas de fuga engendradas pela quadrilha, que já tinham sido antes noticiadas, fato inclusive que ensejou sua transferência para o Presídio Professor Aníbal Bruno, quando ainda custodiados no COTEL, reforçam os argumentos no sentido da necessidade da transferência almejada, em face da iminência de qualquer destas tentativas reste exitosa. (Decisão da MM. Juíza Federal Substituta da 2ª Vara/RN autorizando a transferência do paciente, fls. 643/645)

[...] A rigor, tem-se como público e notório que referidos presos fazem parte de facções criminosas, tanto de forma direta como sendo parte daqueles delas simpatizantes, as quais instabilizam as Unidades Prisionais que os obrigam e comprometem a paz social interna e externa. [...] Ainda, tenho evidenciado que foram captadas reiteradas vezes, pelos Serviços de Inteligência Federal e Estadual, contatos entre membros internados e soltos, tramando e planejando fugas, além da prática de atos de terror junto a Instituições Públicas e Corporações Privadas. [...] Em face do exposto, [...] AUTORIZO PREVIAMENTE as transferências administrativas dos presos abaixo arrolados para a PENINTENCIÁRIA FEDERAL DE CATANDUVAS, no Estado do Paraná (Decisão do Juiz de Direito da 1ª Vara da Execuções Penais de Pernambuco, fls. 806/810)

Frise-se, ainda, que os delitos pelos quais responde a paciente caracterizam-se por ser dolosos e punidos com reclusão (inclusive, hediondo) – extorsão mediante seqüestro qualificada pela duração superior a 24 horas, com vítima maior de sessenta anos e cometido por quadrilha (art. 159, §1º, na forma do art. 71, parágrafo único, ambos do Código Penal, na forma do art. 9º da Lei nº 8.072/90); posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03); posse de artefato explosivo, sem autorização e em desacordo com determinação legal (art. 16, parágrafo único, inciso III da Lei nº 10.826/03) e uso de documento falso (art. 304, do Código Penal –, o que atende à exigência do art. 313, I, do CPP (*Art. 313 - “Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos: I - punidos com reclusão”*)).

Registre-se, por fim, que a custódia cautelar ora em discussão já foi objeto de apreciação por esta eg. Turma, no julgamento do HC nº 2.295-RN (2005.05.00.040866-9), no qual fora paciente SIDINEY ROMUALDO, o qual se encontrava em idêntica situação do ora paciente.

A propósito, observe-se a ementa do referido julgado:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PACIENTE SEM VINCULAÇÃO COM O DISTRITO DA CULPA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. DENEGAÇÃO.

- Hipótese em que o paciente foi denunciado, juntamente com mais 7 (sete) pessoas, em razão da suposta participação no seqüestro de empregados da Caixa Econômica Federal e de diversos familiares destes, além de outras pessoas, com o fim de obter indevida vantagem econômica, como condição ou preço do resgate, utilizando-se para tanto de várias armas de grosso calibre, munições e acessórios, incluindo-se explosivos.

- Prisão preventiva fundada na ausência de vínculo do paciente com o distrito da culpa, além da suspeita de uso habitual de documentos falsos, o que reforça a possibilidade de fuga, apta a inviabilizar a aplicação da lei penal (art. 312 do CPP).

- Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, etc.

Decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 15 de dezembro de 2005.

(Data de julgamento)

Com essas considerações, **denego a ordem de *habeas corpus***.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N° 90.773-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Impetrante: TARCÍSIO BARROS BORGES
Impetrados: DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE DO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Lit. Passivos: FRANCISCO ANTÔNIO DE BARROS E. SILVA
NETO, GEORGE MARMELESTEIN LIMA, LEONAR-
DO RESENDE MARTINS, JOSÉ MAXIMILIANO MA-
CHADO CAVALCANTI, RAIMUNDO ALVES DE CAM-
POS JUNIOR, CESAR ARTHUR CAVALCANTI DE
CARVALHO, GLEDISON MARQUES FERNANDES
E ANDRÉ LUÍS MAIA TOBIAS GRANJA
Advs./Procs.: DRS. LINEU ESCOREL BORGES E OUTRO
(IMPTE.), ERENITA LOPES DE BARROS E SILVA
(5° LIT. PASS.) E DERLI DALLEGRAVE (6° LIT. PASS.)

**EMENTA: PROCESUAL CIVIL E ADMINISTRATI-
VO. MANDADO DE SEGURANÇA. LITISCON-
SÓRCIO INOCORRÊNCIA. JUIZ FEDERAL. LIS-
TA DE ANTIGUIDADE. REMOÇÃO DE UMA RE-
GIÃO PARA OUTRA. CONTAGEM DO TEMPO
DE SERVIÇO. RESOLUÇÃO N° 8/89 DO CJF E
21/2004 DO TRF 5ª REGIÃO. APLICABILIDADE.**

**- A decisão proferida em sede de mandando de
segurança individual somente opera efeitos
intrapartes, sanando a lesão causada à esfera do
próprio impetrante. Não poderia, pois, esta Cor-
te, adotada a tese defendida por este, ir além para
alterar a posição já consolidada dos juízes mais
antigos, inclusive daqueles oriundos de outras
regiões e que seriam beneficiados, sob pena
de se inobservar o denominado princípio da
adstrição do juiz ao pedido da parte, o qual veda
a possibilidade do juiz resolver as questões em
relação às quais a parte não invocou a tutela
jurisdicional. Preliminar rejeitada.**

**- Na elaboração de lista de antigüidade dos juízes
federais para fins de promoção ao Tribunal Re-**

gional Federal, computável apenas o tempo de serviço prestado na Região, de acordo com a previsão contida no art. 7º da Resolução nº 8/89, do Conselho da Justiça Federal, de plena constitucionalidade.

- Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 25 de abril de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Cuida-se de mandado de segurança impetrado pelo Juiz Federal Tarcísio Barros Borges, contra ato do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, objetivando a concessão da segurança para que “o tempo de serviço do impetrante prestado como juiz federal substituto na 2ª Região da Justiça Federal, num total de 474 dias de serviço, seja contado para fins de antiguidade, e assim, aproveitado para todos os fins constitucionais e legais, com a consequente alteração da lista de Antigüidade dos juízes federais titulares, de forma a passar o impetrante a ocupar a 50ª posição, considerando a data 31/12/2004, última apuração do tempo de serviço dos juízes federais titulares no âmbito do TRF 5ª Região”. (Fl. 20).

Sustenta o impetrante que o art. 7º da Resolução nº 8/89 do egrégio Conselho da Justiça Federal e o art. 7º da Resolução nº 7/2004 desta Corte – que mandam não considerar a contagem do tempo de serviço prestado pelos magistrados em outra região da Justiça Federal – padecem de vício de inconstitucionalidade, eis que a matéria além de estar sujeita à reserva de lei complementar,

não poderia ser regulamentada por normas infralegais, restringindo o privilégio da antigüidade, assegurado nos arts. 93, III, e art. 107, II, da Carta Magna.

Foram apontados como litisconsortes passivos necessários os Juízes Federais Francisco Antônio de Barros e Silva Neto, George Marmelstein Lima, Leonardo Resende Martins, César Arthur Cavalcanti de Carvalho, Gledison Marques Fernandes, José Maximiliano Machado Cavalcanti, André Luis Maia Tobias Granja, Raimundo Alves de Campos Junior, os quais tomaram posse e entraram em exercício no cargo de juiz federal titular no mesmo dia que o impetrante e que ficaram posicionados a sua frente na lista de antigüidade.

O provimento liminar foi indeferido, por decisão da lavra do Exm^o Des. Fed. José Baptista de Almeida Filho (fls. 59/60), relator originário do presente *mandamus*.

Citados, os litisconsortes ofereceram resposta sob a forma de contestação às fls. 145/154, 171 e 196/201. Alegaram, em preliminar: a necessidade de citação dos demais juizes federais para integrar a lide como litisconsortes necessários; nulidade das citações efetivadas, ante a ausência dos documentos imprescindíveis ao conhecimento da controvérsia; a decadência para a impetração do *mandamus*. No mérito, defendem a constitucionalidade das normas impugnadas, que apenas deram interpretação razoável aos dispositivos constitucionais apontados.

Informações prestadas às fls. 70/72, onde a Presidência do Tribunal apontou a legalidade do regramento adotado na elaboração da lista de antigüidade dos juizes federais.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal pronunciou-se, de início, pela necessidade de intimação do impetrante para promover, nos termos do art. 47 do CPC, a citação de todos os magistrados federais constantes na lista de Antigüidade, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito, com fulcro no do art. 267, IV do referido diploma legal. No mérito, opinou pela denegação da segurança.

Redistribuído o feito ao Exm^o Des. Fed. Francisco Cavalcanti – por força da assunção do Exm^o Des. Fed. José Baptista de Almei-

da Filho à Presidência desta Corte – deu-se este por impedido, tocando-me a relatoria do *mandamus*, em nova redistribuição.

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR DESEMBARGADOR FRANCISCO WILDO (Relator):

Analisando as preliminares aventadas pelos litisconsortes passivos necessários e pelo Ministério Público.

De início, saliento que a preliminar relativa à nulidade da citação, por ausência da cópia integral da petição inicial e dos documentos que a instruíram restou superada, uma vez que a Secretaria do Plenário procedeu a novas citações, através da expedição de cartas de ordem, acompanhadas dos documentos imprescindíveis ao conhecimento da controvérsia, devidamente cumpridas (cf. certidões de fls. 177 e 351).

Do mesmo modo, rejeito a preliminar de decadência para impetração do *mandamus*. O aperfeiçoamento do ato impugnado somente se operou em 04.02.2005, quando – decorrido o prazo para impugnação – foi publicada a lista de antiguidade. A impetração do mandado de segurança ocorreu em 11.05.2005, antes, portanto, de decorrido o prazo decadencial de que trata o art. 18 da Lei 1.533/51.

Na verdade, a única questão que merece uma análise mais detida é aquela em que se aponta a necessidade de citação, como litisconsortes passivos necessários, de outros juízes federais integrantes da lista de antiguidade, e que não foram indicados pelo impetrante na sua peça exordial, a saber, os Juízes Élio Wanderley de Siqueira Filho, Ivan de Lira Carvalho, Rogério de Meneses Fialho Moreira, Hélio Silvio Ourem Campos, Sérgio José Vanderley de Mendonça, Edmilson da Silva Pimenta, Janilson Bezerra de Siqueira, Nilcéa Maria Barbosa Maggi, Danilo Fontenele Sampaio Cunha e Cristina Costa Garcez.

Sustenta-se que, adotada a tese defendida pelo ora impetrante, situação que implicaria novo critério de organização da lista de antiguidade, os magistrados acima nominados teriam suas posi-

ções alteradas, por força da modificação do cômputo do tempo de serviço dos Juízes Augustino Lima Chaves e Helena Ramos Delgado Fialho Moreira, oriundos de outras Regiões por permuta ou remoção (fls. 252/253).

É assente o entendimento de que toda vez que a decisão proferida em sede de mandado de segurança possa prejudicar ou afetar a esfera jurídica de terceiros, estes devem ser chamados a ingressar na lide na condição de litisconsortes passivos necessários, de acordo com a dicção do art. 47 do CPC.

No caso concreto, contudo, não antevejo a necessidade de citação dos juízes acima citados. E que a leitura do pedido trazido na exordial deixa evidenciado que o impetrante pretende ocupar posição na lista de antiguidade à frente dos magistrados que tomaram posse no cargo de juiz federal titular no mesmo dia do demandante, ou seja em 06.07.2004, no total de “8 (oito) juízes federais, classificados entre a 50ª e a 57ª posições na lista de antiguidade. O impetrante é o 58º colocado na dita lista” (cf. fl. 03).

Como se sabe, a decisão proferida em sede de mandando de segurança individual somente opera efeitos intrapartes, sanando a lesão causada a esfera do próprio impetrante. Não poderia, pois, esta Corte, adotada a tese defendida por este, ir além para alterar a posição já consolidada dos juízes mais antigos, inclusive daqueles oriundos de outras regiões e que seriam beneficiados, sob pena de se inobservar o denominado princípio da adstrição do juiz ao pedido da parte, expresso no art. 128 do Diploma Processual Civil, o qual veda a possibilidade de o juiz resolver as questões em relação às quais a parte não invocou a tutela jurisdicional, pois a sentença deverá conter-se nos limites do pedido, sem beneficiar ou prejudicar terceiros.

Nesse sentido, a precisa lição do renomado processualista Celso Agrícola Barbi¹:

Não é demais, todavia, insistir em que o elemento fundamental para determinação dos efeitos da sentença sobre

¹ Cf. Celso Agrícola Barbi, “Do Mandado de Segurança”, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 218.

o ato administrativo é o 'pedido' do impetrante, o qual fixa também os limites desses efeitos. Assim, se se tratar de ato geral ou especial por natureza, mas que afete mais de uma pessoa, e o mandado for requerido apenas por um dos interessados, a sentença deverá limitar-se ao reconhecimento do direito do autor, deixando íntegro o ato aos que não foram partes na demanda.

O próprio impetrante argumenta contra a necessidade de citação de outros litisconsortes passivos necessários, nos seguintes termos:

Na verdade, no caso, inexistente litisconsorte passivo necessário em relação aos juízes mais antigos que ingressaram na Justiça Federal antes do impetrante. O impetrante nada tem a reclamar quanto à contagem do tempo de serviço deles e, por outro lado, a presente causa em nada afeta os interesses dos colegas citados indevidamente na contestação. Qualquer que seja o resultado deste processo, os citados colegas mais antigos continuarão na mesma posição na lista de antiguidade, pois, como se sabe, eventual sentença procedente opera efeitos *inter partes*, apenas.

Note-se que o tempo de serviço total do impetrante, de qualquer modo é inferior ao dos colegas citados de modo que NUNCA a sentença a ser proferida no presente *mandamus* PODE INTERFERIR NA POSIÇÃO DE ANTIGUIDADE DOS MAGISTRADOS CITADOS.

Ademais, se os citados magistrados federais, que teriam sido prejudicados pela contagem do tempo de serviço, não ingressaram com as medidas legais cabíveis, isto é uma questão que só a eles interessa, sendo juridicamente impossível que eles sejam obrigados a litigar nestes autos, tanto no pólo ativo como no passivo.

(...)

Outros magistrados não serão prejudicados nem beneficiados com o presente *writ*, já que, como dito, ele opera efeitos entre as partes envolvidas. Repita-se: a ANTIGUIDADE dos juízes citados nos precedentes NÃO SERÁ ALTERADA por força do mandado de segurança proposto. Como não há, nem poderia haver, prejuízo para os magistrados mais antigos, forçosa a conclusão de que o juiz "não tem de decidir a lide de maneira uniforme para todas as partes", exatamente porque os outros magistrados mais

antigos não são partes na lide, INEXISTE interesse jurídico dos colegas citados indevidamente.

(...)

Diante do exposto, nota-se claramente que não cabe, nesse caso, a incidência do art. 47 do CPC. A questão jurídica, ainda que possa em tese ser comum a outros magistrados mais antigos, não implica, neste processo, prejuízo destes, pois a contagem de tempo de serviço que se pretende computar apenas afeta diretamente a “esfera jurídica” dos juizes que já foram citados para a causa e que perderão cada um, uma posição na lista de antiguidade. Os demais magistrados não perderão qualquer posição na lista de antiguidade, exatamente porque os efeitos deste processo é *inter partes*. (fl. Destaques no original).

Feitas essas considerações, rejeito a preliminar.

É como voto.

VOTO MÉRITO

Pretende o impetrante, o MM. Juiz Federal Tarcísio Barros Borges, a revisão da lista de antiguidade dos juizes federais titulares da 5ª Região, considerando-se no referido cálculo o tempo de judicatura que exerceu na 2ª Região, correspondente a 474 dias.

Em que pesem os bem postos argumentos trazidos pelo impetrante, a questão relativa ao critério de contagem dos magistrados removidos de uma Região para outra, encontra regulamentação na Resolução nº 8/89, do egrégio Conselho de Justiça Federal, dispondo o seu art. 7º:

Art. 7º. Aos Juizes Federais da região onde ocorrer a vaga será assegurada a antiguidade para efeito de promoção ao Tribunal Regional Federal.

Nessa Corte a matéria encontra regulamentação também no art. 7º da Resolução nº 21/2004, que soa:

Art. 7º. O juiz removido será posicionado como o mais moderno de sua classe na lista de Antiguidade.

Não antevejo qualquer ilegalidade nos critérios estabelecidos nas resoluções em tela. Na verdade esta Corte de há muito vem utilizando-se dos critérios previstos nas citadas resoluções, para

efeito de antigüidade dos magistrados vinculados à Região. Nesse sentido foi o entendimento firmado quando do julgamento do PA nº 289/1997, da relatoria do Exmº Des. Fed. Geraldo Apoliano:

Em resenha de tudo que fiz averbar até o momento, pode-se concluir: (a) o critério de antigüidade prestigiado na decisão proferida no PA nº 0512/92 fornece a solução para questões relativas à Antigüidade, entre Juízes que, desde a investidura, se tenha vinculado a uma única e mesma região; **(b) já a diretriz consagrada na Resolução nº 8, de 1989, há de prevalecer, quando se cuidar de aferir a antigüidade, para fins de promoção (titularização de Vara ou acesso à Segunda Instância) entre Juízes de uma dada Região e outros que, se tenham desvinculado daquela na qual ocorreu a primeira investidura no cargo de Juiz Federal Substituto, e à qual estivesse a servir.**

O impetrante argumenta que as Resoluções em referência padeceriam de inconstitucionalidade, porque, ao restringir a contagem do tempo de serviço prestado em outras regiões, teriam incorrido em afronta aos arts. 93, III, e 107, II, da Constituição vigente, na medida em que restringiu direito ali reconhecido.

Tais dispositivos soam:

Art. 93. Lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observando os seguintes princípios:

(...)

III - o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância;

Art. 107. Os Tribunais Regionais Federais compõem-se de, no mínimo, sete juízes recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo:

(...)

II - os demais, mediante promoção de juízes federais com mais de cinco anos de exercício, por antigüidade e merecimento, alternadamente.

Como se pode ver da simples leitura deles, no entanto, não tem razão o demandante. Não se desconhece o caráter constitucional do critério de antiguidade para fins de promoção da magistratura, contudo, não há nos preceitos apontados qualquer interpretação que leve ao entendimento de que não se possa, por regulamento, disciplinar a forma de contagem do tempo de serviço de magistrados que atuaram em quadros de tribunais distintos.

Ressalto que o precedente apontado pelo impetrante – no caso, a ADIN 3.062/DF – não infirma os fundamentos aqui adotados. Naquele julgamento o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo de Lei que ao criar novo Tribunal Regional do Trabalho, excluiu magistrados que se encontravam com precedência sobre outros, tão-somente porque não oficiavam “*na parte do território de jurisdição do Tribunal Regional a que todos sujeitos e que veio a desmembrar-se*” (cf. cópia de fl. 162). A hipótese é distinta da tratada nos presentes autos.

Do mesmo modo, não vejo a alegada inconstitucionalidade formal dos atos normativos atacados por afronta a espaço destinado à lei complementar. A LC nº 35/79 (LOMAN) não traz em seu bojo qualquer regulamentação quanto aos critérios de remoção dos magistrados federais, não havendo, assim, enquanto não editada a edição da norma a que alude o art. 93 da CF/88, óbice a que o Conselho de Justiça Federal, à míngua de tal previsão, estabeleça critérios que permitam a permuta ou remoção de juizes federais de uma região para outra, em benefício da Justiça Federal e dos próprios magistrados.

Tal providência, aliás, se impôs a partir da regionalização da Justiça Federal com a criação dos Tribunais Regionais Federais, encontrando-se cada um deles com autonomia e competência para administrar seus próprios serviços, inclusive quanto aos critérios de promoção dos juizes a eles vinculados.

Em abono da tese ora adotada, transcrevo os seguintes precedentes:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. JUIZ. REMOÇÃO DE UMA REGIÃO PARA OUTRA. ANTIGUIDADE. RESOLUÇÃO Nº 8, DE 28.11.89, DO ANTIGO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 80 DA LEI COMPLEMENTAR

Nº 35, DE 14.03.79 (LOMAN). SUMULA 285 DO STF.

1 - Após a CF/88 com a regionalização da Justiça Federal e criação dos Tribunais Regionais Federais, deixou de existir a lista de antiguidade única dos juízes federais.

2 - A teor da Resolução nº 8, de 1989, do Conselho da Justiça Federal, em seu art. 7º, “aos juízes federais da região onde ocorrer a vaga será assegurada a antiguidade para efeito de promoção ao Tribunal Regional Federal”.

3 - Inconstitucionalidade que se afasta, da citada resolução nos termos da Súmula 285 do egrégio STF, posto que não relevantes os fundamentos jurídicos aduzidos.

4 - Inaplicabilidade do art. 80 da Lei Complementar nº 35, de 14.03.79 (LOMAN), que se refere a promoção, a remoção, e ao acesso aos tribunais de segundo grau e não contagem de tempo de serviço de juiz federal.

5 - Segurança denegada. (TRF/1ª Região. MS 175.588. Rel. Des. Fed. Luiz Gonzaga, j. em 14.04.1994, *DJU* 25.04. 1994).

DIREITO CONSTITUCIONAL. TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS. REGIONALIZAÇÃO. INGRESSO. LISTA DE ANTIGUIDADE. CONCURSO. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO NA REGIÃO. RES. 8/89, ART. 7º. REMOÇÃO A PEDIDO. LOMAN, ART. 80.

1. Para a elaboração da lista de antiguidade mirante à promoção para o Tribunal Regional Federal, computável apenas o tempo de serviço prestado na Região, por força do art. 7º da Resolução nº 8/89, do Conselho da Justiça Federal, de plena constitucionalidade e que supre, objetivamente, a exigência do art. 80 da LOMAN.

2. Recurso a que se nega provimento. (STJ - 4639/DF, Rel. Min. Edson Vidigal, j. em 03.08.2000, *DJU* 28.08.2000).

Acresça-se, por derradeiro, que o egrégio Conselho de Justiça Federal ao editar a Resolução nº 01/2008, já em fevereiro deste ano, repetiu a diretriz anteriormente prevista na Resolução nº 8/89, estabelecendo o art. 30 do novel diploma:

Art. 33. O juiz removido de uma região para outra ocupará o último lugar na lista de antiguidade para fins de promoção dentre aqueles que ocupem o mesmo cargo.

Com essas considerações, julgo improcedente o pedido, para denegar a segurança requestada.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N° 97.171-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Impetrante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Impetrado: CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DO TRF DA 5ª
REGIÃO

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DO TRIBUNAL. COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DE CORREIÇÕES PARCIAIS. PREVISÃO REGIMENTAL. LEGALIDADE.

- Mandado de segurança onde se questiona a competência do Conselho de Administração para o exame de correições parciais, ao argumento de que, por interferirem no curso das relações processuais, tais medidas deveriam ser julgadas por um órgão jurisdicional.

- Inexiste qualquer normatização quanto ao procedimento adotado no julgamento da correição parcial, ora encontrando-se seu julgamento afeito aos órgãos administrativos, ora aos órgãos judicantes, de acordo com a previsão contida nas leis estaduais ou em regimentos internos das Cortes pátrias, ante a inexistência de lei formal.

- Não há, pois, qualquer óbice a que esta Corte preveja o julgamento do instituto em comento pelo seu órgão administrativo, eis que para o pleno exercício de sua competência jurisdicional, aos Tribunais Federais Regionais, a exemplo dos demais tribunais, cabe privativamente “eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos”, nos termos do art. 96, I, letra a, da CF/88.

- Ocorrência da revogação tácita do inciso XI do art. 6º do RI, na parte em que atribuía ao Pleno a competência para o julgamento das correições parciais, dada a superveniente incompatibilidade com o teor de norma regimental posterior, ou

***seja, o art. 18 do mesmo diploma, cujo advento fixou a competência do Conselho de Administração para julgar feitos desse jaez.
- Mandado de segurança denegado.***

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar o mandado de segurança, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 30 de abril de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Cuida a hipótese de mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público Federal contra ato do Conselho de Administração desta Corte, consubstanciado na decisão proferida nos autos da Correição Parcial nº 00208. 0007/2006-02.

A decisão atacada, relatada pelo eminente Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, então Corregedor-Geral desta Corte, não conheceu do pedido de correição parcial formulado pelo ora impetrante, em acórdão assim ementado:

PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL. DECISÃO CONTRA A QUAL NÃO CABE RECURSO. CORREIÇÃO PARCIAL. INADMISSIBILIDADE.

1. É inviável o manejo da correição parcial com o propósito de revisar atos judiciais contra os quais a legislação não preveja nenhum recurso, pois tal medida se presta, tão somente, à censura de atos de cunho administrativo.

2. Entendimento sufragado pelo Conselho de Administração desta Corte. Ressalva do ponto de vista do Relator.

3. Correição Parcial não conhecida. (Fls. 21-25).

Irresignado, o impetrante argumenta que a decisão vergastada tem inequívoca natureza jurisdicional, falecendo, portanto, ao

Conselho de Administração deste egrégio TRF, competência para o julgamento das correições parciais.

Salienta a “impossibilidade de ter natureza administrativa um ato que produz modificação no curso de uma relação processual, de tal sorte que deve ser considerado como de jurisdição, de consequência, também passível de controle pelos recursos extremos previstos na Constituição Federal”.

Acrescenta que a correição parcial consiste em medida “apenas de aparência administrativa, mas que, tendo eficácia processual e não aplicando penalidade ao juiz, o que somente pode ocorrer em processo administrativo a tanto destinado, possui evidente natureza jurisdicional”.

Mercê dessas razões, pugna o impetrante pela concessão da segurança, no sentido de cassar-se a decisão do Conselho de Administração e enviar-se os autos da Correição Parcial a um dos órgãos jurisdicionais deste Tribunal, onde deverá ser definida (fls. 2-6).

Notificado a prestar as informações de estilo, o ilustre Presidente do Conselho de Administração deixou o prazo fluir *in albis*, conforme atesta a certidão de fl. 50/verso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Na Correição Parcial nº 00208.0007/2006-02, o MPF objetivou corrigir suposto *error in procedendo* em despacho do MM. Juiz Federal da 2ª Vara/PB, que, nos autos de ação penal, após o comparecimento tardio de denunciados citados por edital, determinou a repetição de atos já praticados, tais como o ensejo ao requerimento de diligências e apresentação de alegações finais (arts. 499 e 500 do CPP).

O egrégio Conselho de Administração desta Corte, competente, nos termos regimentais, para o julgamento de feitos dessa monta, não conheceu da correição, sob o fundamento de que “*é inadmissível o manejo da correição parcial com o propósito de*

revisar atos judiciais contra os quais a legislação não preveja nenhum recurso, pois tal medida se presta, tão-somente, à censura de atos de cunho administrativo” (fls. 21-25).

Não satisfeito, o MPF impetrou mandado de segurança objetivando a declaração de nulidade da decisão, por entender que descaberia ao Conselho de Administração apreciar matéria de irrecusável natureza jurisdicional. Nesse sentido, colaciona precedentes do egrégio TRF da 4ª Região, onde as correições parciais são julgadas no âmbito das Turmas daquela Corte.

Desta forma, pugna pela desconstituição da decisão objurgada, com a conseqüente remessa dos autos a uma das Turmas deste Tribunal, a fim de que a matéria seja "jurisdicionalmente" definida.

Depreende-se, portanto, que a impetração não discute a matéria de fundo suscitada na correição parcial. Questiona o MPF, tão-somente, a competência do Conselho de Administração para o exame das correições parciais, ao argumento de que tais medidas, por interferirem no curso das relações processuais, devem ser julgadas por um órgão jurisdicional do Tribunal.

Pois bem. A irresignação do *Parquet* Federal procura ver na medida da correição parcial típica figura recursal, razão pela qual, no seu ponto de vista, deveria sua apreciação se dar por órgão judicial desta Corte.

Não cabe aqui a discussão ou a definição da natureza jurídica do tal instituto. Os mais renomados estudiosos se debruçaram sobre tal tema, ora atribuindo-lhe a compleição de recurso, ora vendo nesse instituto a natureza de medida disciplinar ou recurso administrativo. Sem esquecer que há aqueles que lhe atribuem-penso que com melhor razão – a natureza de meio de impugnação atípico. Nesse sentido, transcrevo escólio de Rodolfo de Camargo Mancuso:

Assim, podemos sintetizar as precedentes considerações desta forma; os meios de impugnação, típicos, compreendem duas espécies: a) recursos, que são os remédios postos à disposição da parte total ou parcialmente vencida, objetivando a infringência (reforma, invalidação) ou a in-

tegração do julgado; b) ações autônomas, que são os instrumentos tendentes à desconstituição do julgado, oferecidas em processo diverso, tendo por objeto lide de outra natureza, enquanto conexa àquele julgado. Já, como meios de impugnação atípicos, teríamos, por exclusão, outras figuras que não se enquadram sob “a” nem sob “b”: correição parcial, reclamação, pedido de reconsideração.¹

De toda sorte, independente da natureza que se lhe atribua, não se pode deixar de reconhecer que não existe qualquer normatização quanto ao procedimento adotado no julgamento da correição parcial, encontrando-se seu julgamento afeto aos órgãos administrativos ou aos judiciais, de acordo com a previsão contida nas leis estaduais ou nos regimentos internos das Cortes pátrias, justamente porque não há lei formal a regulamentar tal instituto.

O impetrante ao aludir à praxe verificada no âmbito do egrégio TRF da 4ª Região, onde a medida é julgada no âmbito das Turmas, deixou de mencionar, por outro lado, que a Constituição Federal, em seu art. 96, I, alínea a, é clara ao aduzir que compete privativamente aos tribunais “*eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos (...)*” (destaquei).

Com efeito, para o pleno exercício de sua competência jurisdicional, aos Tribunais Federais Regionais, a exemplo dos demais tribunais, atribuem-se, além da elaboração de seus regimentos internos, funções tipicamente administrativas, com o intuito de organizar secretarias, serviços e juízos, que constituem o autogoverno do Poder Judiciário.

Não há, pois, qualquer óbice a que esta Corte preveja o julgamento do instituto em comento pelo seu órgão administrativo.

Calha reconhecer, contudo, que o perfeito deslinde da controvérsia demanda uma apreciação do Regimento Interno deste TRF, no qual se percebe certa disparidade entre alguns de seus dispositivos, podendo induzir a interpretações diferentes no que concerne à competência para a apreciação da correição parcial.

¹ CF. Rodolfo de Camargo Mancuso, *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, 8ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 47/48.

Isso ocorre porque o art. 6º, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Regimental nº 34, de 15 de outubro de 2003, outorgou ao Plenário a competência para julgar a correção parcial:

Art. 6º. Compete, ainda, ao Plenário:

(...)

XI- julgar a justificação de conduta de Juiz Federal e a **correção parcial**. (Destacamos).

Acontece que, posteriormente, a emenda regimental nº 35, de 22 de outubro de 2003, especificamente em seu art. 18, veio a alterar a situação, já que, entre outras disposições, estatuiu que a competência para julgar os pedidos de correção parcial não pertenceria mais ao Pleno, mas, sim, ao Conselho de Administração desta Corte. Confira-se, *in verbis*:

Art. 18. O Corregedor-Geral integra o Plenário e o Conselho de Administração, nas funções de Relator e Revisor, se for o caso, competindo-lhe:

I - relatar, no Conselho de Administração, os processos de correção parcial e realizar sindicância (...). (Destacamos).

Vê-se, então, que sobreveio uma incompatibilidade entre os dois dispositivos, na medida em que a nova redação do art. 18 do RI claramente transferiu para o Conselho de Administração a competência para o julgamento das correções parciais. No entanto, a emenda regimental que produziu tal alteração no art. 18 deveria, no mesmo ato, ter suprimido a primitiva competência do Plenário para o julgamento de tais correções, para o que seria necessário modificar o art. 6º do mesmo regimento, acima transcrito.

Mercê dessa omissão, o Regimento Interno passou a contemplar duas normas conflitantes, configurando-se a situação prevista na segunda parte do parágrafo primeiro do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, **quando seja com ela incompatível** ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (...).

Operou-se, desse modo, a revogação tácita do inciso XI do art. 6º do RI, na parte em que atribuía ao Pleno a competência para o julgamento das correções parciais, dada a superveniente incompatibilidade com o teor de norma regimental posterior, ou seja, o art. 18 do mesmo diploma, cujo advento fixou a competência do Conselho de Administração para julgar feitos desse jaez.

Releva destacar, todavia, que mesmo quando o julgamento da correção parcial estava afeto ao Plenário, por previsão regimental, este se dava quando da apreciação dos feitos administrativos, o que afasta a natureza jurisdicional que lhe pretende atribuir o impetrante.

Sendo assim, esclarecida a competência do Conselho de Administração para apreciar os pedidos de correção parcial, e verificada a impossibilidade, nos termos regimentais, de sua apreciação no âmbito das Turmas, denego o presente mandado de segurança, mantendo incólume a decisão do Conselho de Administração deste Tribunal.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 101.381-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Impetrantes: ESTRELA CONSTRUÇÕES LTDA., CHRISTIANO ESEQUIEL DE MENDONÇA E PAULO ROBERTO ESEQUIEL DE MENDONÇA
Impetrado: JUÍZO DA 8ª VARA FEDERAL DE ALAGOAS
Advs./Procs.: DRS. FRANCISCO ROSSITER DE MORAES E OUTROS (3º IMPTE.)

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA DECISÃO JUDICIAL QUE DECRETOU SEQÜESTRO CRIMINAL. RECURSO CABÍVEL APELAÇÃO. PRECEDENTES. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT.

- Tanto a decisão singular que resolve questão incidental de restituição de coisa apreendida,

quanto aquela que nega a liberação de bem objeto de seqüestro, têm natureza definitiva (decisão definitiva em sentido estrito ou terminativa de mérito), sujeitando-se, assim, ao reexame da matéria, por meio de recurso de apelação, nos termos do art. 593, II, do Código de Processo Penal.

- Não há ilegalidade na decisão que denega mandamus, impetrado contra ato judicial que, em ação cautelar incidente ao processo criminal movida contra o réu, determinou o seqüestro de bens, se desta decisão caberia a interposição do recurso de apelação (precedente do STJ).

- O mandado de segurança não é sucedâneo de recurso, sendo imprópria a sua impetração contra decisão judicial passível de recurso de apelação, consoante o disposto na Súmula nº 267 do Supremo Tribunal Federal.

- Extinção do mandamus sem exame do mérito.

ACÓRDÃO

Vistos, etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, extinguir o processo sem exame de mérito, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 10 de junho de 2008 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por Estrela Construções Ltda., Christiano Esequiel de Mendonça e Paulo Roberto Esequiel de Mendonça contra decisão singular da lavra do Exmo. Juiz Federal Substituto da 8ª Vara Federal/AL (Arapiraca),

que indeferiu desbloqueio de contas bancárias e de restituição do Veículo VW/GOLF, cor prata, placas MVG9285.

Tais contas bancárias, bem como o veículo acima referido foram seqüestrados nos autos de Medida Assecuratória Penal – sequestro, integrante da chamada “operação carranca”, onde a investigação policial foi fundada em dados concretos, tais como relatórios da Controladoria Geral da União e escutas telefônicas, embasando-se em elementos indiciários de práticas de crimes, em tese, de diversas naturezas praticados com vista à frustração do caráter competitivo de licitações, obtenção de proveito indevido através da malversação de recursos públicos federais destinados a municípios alagoanos para realização de obras de construção civil e ocultação da origem ilícita de bens e rendimentos.

Objetivam os impetrantes o desbloqueio das suas contas bancárias, bem como a restituição do veículo acima referido, aduzindo, para tanto, que a manutenção do bloqueio de tais bens acarretará uma possível falência da empresa Estrela Construções Ltda., colocando, inclusive, em risco a continuidade de sua existência, bem como a sobrevivência de seus sócios, funcionários e das famílias dos mesmos. Frisam os impetrantes que a empresa não vem conseguindo honrar seus impostos nem o pagamento a seus fornecedores, gerando uma total inadimplência.

Como pedido alternativo, pugnam pela concessão da segurança com o fim de que ao menos seja deferido o desbloqueio das contas bancárias da Estrela Construções Ltda., impedindo assim a sua falência, bem como o pagamento de funcionários e impostos, além de retirada de *pro-labore* pelos sócios.

A liminar foi indeferida pelo Exmo. Desembargador Federal Convocado, Dr. Carlos Rebêlo Júnior, em decisão que mora às fls. 285/287.

As informações prestadas pela autoridade impetrada, o Exmo. Juiz Federal da 8ª Vara/AL, em Arapiraca, noticia a esta relatoria que a Estrela Construções Ltda era utilizada pelos requerentes para a prática de delitos e que isto pode ter gerado um prejuízo de cerca de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) ao Erário público. Frisa o Magistrado singular que há sérios indícios de prática de

crime de lavagem de dinheiro e o simples fato de existirem contratos em andamento e suposta folha de pessoal a pagar não são suficientes para o desbloqueio das contas, haja vista que subsiste inteiramente válidos os requisitos para a decretação do sequestro.

O Ministério Público Federal, em Parecer (fls. 341/347) da lavra da Ilustre Procuradora Regional da República, Dra. Eliane de Albuquerque Oliveira Recena, opina, preliminarmente, pelo não conhecimento do *writ* a teor da Súmula 267 do STF, em face de ser o recurso de apelação o meio adequado para impugnar decisão que indefere o pedido de restituição de coisa apreendida. No mérito, opina pela denegação da segurança, uma vez presentes indícios, em tese, de prática de crime do qual resultou prejuízo para a Fazenda Pública e conseqüente locupletamento ilícito. Registra, por fim, que a manutenção do seqüestro é medida a viabilizar o ressarcimento do patrimônio público o que, longe de tornar o ato judicial abusivo, mostra-se em perfeita consonância com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

É o que havia de relevante para relatar.

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

Trata-se de mandado de segurança, em matéria criminal, impetrado contra decisão proferida pelo Exmo. Juiz Federal da 8ª Vara Federal/AL em Arapiraca, que indeferiu pedido de desbloqueio de bens seqüestrados nos Autos de Medida Assecuratória Penal – seqüestro, integrante da chamada “operação carranca”, onde a investigação policial foi fundada em dados concretos, tais como relatórios da Controladoria Geral da União e escutas telefônicas, embasando-se em elementos indiciários de práticas de crimes, em tese, de diversas naturezas praticados com vista à frustração do caráter competitivo de licitações, obtenção de proveito indevido através da malversação de recursos públicos federais destinados a municípios alagoanos para realização de obras de construção civil e ocultação da origem ilícita de bens e rendimentos.

Dispõe a Lei nº 1.533, de 31.12.1951:

Art.5º. Não se dará mandado de segurança quando se tratar:

(...) *omissis*

II - de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição; (...).

A possibilidade de impetração do mandado de segurança contra despacho ou decisão judicial, havendo recurso previsto na lei processual, é admitida apenas, e aí excepcionalmente, nas hipóteses verdadeiramente teratológicas, caracterizadas pela manifesta ilegalidade ou pelo abuso de poder, passíveis de ocasionar danos irreparáveis ao impetrante.

O eminente Magistrado de primeiro grau fundamentou o indeferimento do desbloqueio dos bens dos impetrantes não apenas no fato de estarem presentes indícios suficientes quanto à existência do fato e das respectivas autorias, mas também da necessidade da preservação do interesse público, sobretudo em face da natureza dos ilícitos e em razão dos indícios de enorme prejuízo que teria sofrido o erário.

Afigura-se-me oportuno transcrever os fundamentos do eminente Juiz *a quo*, quando indeferiu o pedido de desbloqueio e restituição de bens apreendidos (fls.176/181), *in verbis*:

(...) Analisando os fatos que geraram o seqüestro dos bens, tem-se (...) estavam, em conjunto com outras pessoas, a praticar atos com o suposto escopo de fraudar licitações e obter proveito indevido com o dinheiro público. Entre os supostos crimes estão formação de quadrilha, corrupção ativa, lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, fraude à licitação, falsidade documental, tráfico de influência, entre outros.

Segundo dados apurados pela polícia federal, apenas nos convênios acompanhados durante a operação, houve um prejuízo à União de cerca de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

Durante aproximadamente um ano e meio, a polícia monitorou a organização criminosa que o paciente supostamente faz parte e segundo as provas até agora existentes, o investigado controlava supostamente a empresa Estrela Construções Ltda. atuando na prática de fraudes à licitações.

Segundo constatado, Christiano Mendonça, além de atuar colaborando em fraudes perpetradas por Desnival, age de forma independente na suposta montagem de processos licitatórios fraudulentos. Para tanto, conta com a ajuda de seu pai, Paulo Roberto Pontes de Mendonça, que era funcionário público federal em Brasília e atua junto às repartições nas liberações das verbas para as obras.

Consta ainda que Christiano Mendonça movimentou em sua conta valores bem acima dos declarados à Receita Federal.

Paulo Esequiel atuava na suposta montagem de processos licitatórios fraudulentos. Para tanto, contava com a ajuda de seu pai, Paulo Roberto Pontes de Mendonça, que era funcionário público federal em Brasília e atua junto às repartições nas liberações das verbas para as obras (...).

Não antevejo, assim, do conjunto fático e jurídico evidenciado dos autos, teratologia, abuso de poder ou ilegalidade na decisão vergastada a autorizar a possibilidade de impetração do presente *mandamus*, mormente quando se tem, a teor do enunciado da Súmula nº 267 do STF que “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

É que da decisão de indeferimento do pedido de restituição cabe a interposição de recurso de apelação, não sendo admissível que o mandado de segurança seja utilizado como sucedâneo recursal.

Nesse sentido, trago à colação precedentes jurisprudenciais do colendo Superior Tribunal de Justiça e do TRF 1ª Região, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRESSUPOSTO OBJETIVO RECURSAL. FALTA DE CABIMENTO. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE ARMAS. INDEFERIMENTO. DECISÃO JUDICIAL DE NATUREZA DEFINITIVA. UTILIZAÇÃO DO *WRIT* COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO PREVISTO EM LEI. DECISÃO QUE DESAFIA RECURSO DE APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 267 DO STF.

1 - A decisão judicial que resolve questão incidental de restituição de coisa apreendida tem natureza definitiva (de-

cisão definitiva em sentido estrito ou terminativa de mérito), sujeitando-se, assim, ao reexame da matéria por meio de recurso de apelação, nos termos do art. 593, inc.II, do CP.

2 - O mandado de segurança não é sucedâneo de recurso, sendo imprópria a sua impetração contra decisão judicial passível de recurso de apelação, consoante o disposto na Súmula nº 267 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes do STJ.

3 - Não havendo situação excepcional para justificar a forma da decisão, nega-se provimento ao recurso. (STJ - ROMS 14.288-GO, Relator Min. Laurita Vaz, 2ª Turma, 26/08/2002, pg. 00188)

PROCESSO PENAL. RESTITUIÇÃO DE BEM APREENDIDO (AUTOMÓVEL IMPORTADO) NO CURSO DO IPL QUE INVESTIGA ESQUEMA DE IMPORTAÇÃO ILEGAL DE VEÍCULOS E CORRUPÇÃO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS. MANDADO DE SEGURANÇA. NÃO CABIMENTO (SÚMULA 267/STF).

1 - O mandado de segurança não é a via própria para a restituição de coisa apreendida em cumprimento a mandado de busca e apreensão em inquérito policial, por isso que o Código de Processo Penal prevê procedimento específico para esse fim, em que é apelável a sentença nele proferida. Precedentes.

2 - Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição (Súmula 267/STF).

3 - Processo extinto sem julgamento do mérito: carência de ação mandamental.

(TRF 1ª Região, MS 200001000050002, Segunda Seção: 10/04/2002, Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral.)

Nesse ponto, é perfeita a manifestação do órgão ministerial da lavra da eminente Procuradoria Regional da República, Dra. Eliane Recena, à fl. 342, ao opinar preliminarmente pelo não conhecimento deste *writ, in verbis*:

(...) é pacífico o entendimento na doutrina e jurisprudência pátrias de que é o recurso de apelação o meio adequado para impugnar a decisão que indefere o pedido de restituição de coisas apreendidas, nos termos do artigo 593, II, do Código de Processo Penal.

E assim afirmamos, com base, entre outras, na abalizada opinião de JULIO FABRINI MIRABETE, segundo quem "(...) embora não seja em essência definitiva, uma vez que se limita a remeter os interessados à jurisdição cível, a decisão é formalmente definitiva, no sentido de que tranca a possibilidade de solução perante a justiça criminal" (*in* Código de Processo Penal Interpretado, 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 413)

Por isso, inclusive, é que, ao cabo do tempo, nos curvamos à posição já pacificada que admite ser a apelação o recurso cabível da decisão judicial que resolve questão incidental de restituição de coisa apreendida, razão pela qual não se pode admitir no caso, utilização de mandado de segurança, e justamente pelo fato de existir recurso adequado, qual seja, **apelação**, para impugnar aquela mesma decisão.

Nesse sentido, a Súmula nº 267 do Supremo Tribunal Federal enuncia não ser o mandado de segurança sucedâneo recursal, pelo que é imprópria a sua impetração contra decisão judicial passível de recurso (...).

De fato, embora pudesse encerrar a discussão, neste momento, verifico a circunstância peculiar de que, no caso dos autos, o impetrante insurge-se contra decisão judicial que indeferiu pedido de desbloqueio de bens seqüestrados em ação penal, e não de mera negativa de restituição de bem apreendido em busca e apreensão (hipótese retratada nos precedentes transcritos, inclusive naqueles reportados no pronunciamento do *Parquet*).

Convém, assim, avançar a discussão se caberia, na hipótese, a impetração do mandado de segurança contra decisão que decreta seqüestro criminal ou mesmo contra aquela que nega a liberação dos bens seqüestrados.

É importante a distinção, tendo em vista que a busca e apreensão tem natureza provisória e, por outro lado, da decisão que determina o seqüestro cabem embargos (CPP, arts.129 e 130). Ora, em se tratando de institutos distintos, parece-me açoitado aplicar pura e simplesmente a jurisprudência que cuida do primeiro em hipótese que trata de seqüestro.

A apreensão de objetos e sua restituição podem ser tratadas como medidas cautelares de ordem patrimonial. É que a apreensão

são de coisas relacionadas com o fato delituoso é medida que deve ser tomada pela autoridade policial, ao conhecer da prática da infração penal (art 6º, inciso II, CPP).

A teor do artigo 240 do CPP, a apreensão pode recair sobre instrumentos ou sobre produto do crime, bem como sobre coisas destinadas à prova. A lei relaciona objetos e pessoas que podem ser objeto da busca e apreensão tanto pela autoridade policial como pelo juiz, quando fundadas razões a autorizarem. “Embora a busca e apreensão estejam inseridas no capítulo das provas, a doutrina as considera mais como medida acautelatória, liminar, destinada a evitar o perecimento das coisas e das pessoas” (in Julio Fabbrini Mirabete, Código de Processo Penal interpretado, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2003).

Ora, o instituto da apreensão, tratada como medida cautelar, foi adotada pela legislação processual com a finalidade de garantir a satisfação de certas obrigações ao término do processo. São cautelas que podem atingir a pessoa do réu, tal qual ocorre na prisão que antecede ao julgamento definitivo, v.g. da prisão em flagrante, preventiva ou temporária, ou podem atingir coisas a fim de assegurar o direito do ofendido à reparação do dano ou na produção de determinada prova.

Leciona-nos Hélio Tornaghi, in Curso de Processo Penal, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, v. 1, que “essas providências cautelares apresentam-se como incidentes do processo penal brasileiro. Têm como características a provisoriedade, porque vigoram até que se tornem (ou não) definitivas, e a instrumentalidade, pois são medidas adotadas apenas como um meio para garantir a execução das definitivas”.

Na hipótese, a decisão do Exmo. Juiz de primeiro grau foi fundamentada em termos de seqüestros de bens. O Código de Processo Penal prevê diversas modalidades de seqüestro em seus artigos 125, 132, 136 e 137 e dá-lhes tratamento distinto conforme a origem dos bens, pouco importando se são móveis ou imóveis, ou se já foram transferidos a terceiros.

No seqüestro de bens imóveis a proveniência ilícita do bem determina tal medida cautelar. É que os bens adquiridos com pro-

ventos da infração, devido à sua origem ilícita, poderão, com maior facilidade, serem desviados, tornando impossível a reparação dos danos provenientes do crime e dos demais efeitos assegurados pela sentença penal condenatória.

A origem espúria do bem justifica o seqüestro ainda que tenha sido transferido, por alienação, renúncia, abandono, a terceiro, que remanesceria o direito de regresso contra aquele que lhe vendeu o imóvel.

Por outro lado, o artigo 126 do Código de Processo Penal exige para o seqüestro a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens, bastando forte suspeita, ainda que não haja uma prova direta da origem ilegal.

Portanto, o instituto referido objetiva nada mais do que resguardar a aplicação de um dos efeitos da condenação, previsto no artigo 91, I, do CP, qual seja, tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, tal qual ocorre na hipótese dos bens apreendidos, que inicialmente, serviram de meio para produção de provas, mas que tornaram-se definitivos para a execução da aplicação da lei penal, com a obrigação de indenizar o dano causado, na hipótese de advir um decreto condenatório.

Não há olvidar que a decisão que indeferiu o pedido de desbloqueio dos bens seqüestrados é uma decisão não terminativa com força de definitiva, porquanto não decidiu o mérito, mas pôs fim a uma etapa do procedimento.

Sobre o tema, vale conferir o entendimento firmado por Julio Fabrinni Mirabete, *in* Código de Processo Penal Interpretado, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, ao interpretar o artigo 593:

São também apeláveis as sentenças com força de definitivas, chamadas de interlocutórias mistas, que não decidem o mérito, mas põem fim à relação processual (terminativas) ou põe termo a uma etapa do procedimento (não terminativa). São apeláveis, portanto, as que indeferem pedido de aditamento de libelo; **que não acolhem pedido de levantamento de seqüestro**; que remetem as partes ao juízo civil no pedido de restituição de coisa apreendidas. (Destaquei).

Especificamente, no que tange às decisões que não acolhem pedido de levantamento de seqüestro, o mesmo autor, na retrocitada obra, traz a seguinte jurisprudência:

TRF da 5ª Região: “Da decisão que inacolhe pedido de seqüestro de bens em processo penal, cabe apelação, nos termos do art. 593,II do CPP. Denegado tal recurso é viável o recurso, em sentido estrito, nos termos do art. 581, XV, do CPP. É inconvincente o argumento de que a natureza civil do seqüestro justifica o recurso da Lei Processual Civil, porque vinculado a uma ação penal” (JSTJ 8/416).

TACRSP: “Apelação. Interposição da decisão que autoriza o levantamento do seqüestro. Conhecimento. Caráter definitivo. Preliminar repelida. Inteligência dos artigos 131 e 593 do CPP” (RT 552/339-40).

Exsurge concluir que possui a decisão singular, que resolveu uma medida assecuratória – seqüestro, uma natureza definitiva, sujeitando-se, assim, ao reexame da matéria, por meio de recurso de apelação (CPP, art. 593, II), não sendo a via eleita apropriada a atacar decisão judicial passível de recurso

Neste sentido confirmam-se, à guisa de exemplo, os julgados *in verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO JUDICIAL. CABIMENTO. ART. 5º, II, DA LEI 1.533/51. RECURSO CABÍVEL DO DECRETO DO SEQÜESTRO CRIMINAL (ART. 125 E 593, II, DO CPP). DECISÃO TRÂNSITA EM JULGADO. SÚMULA 268.

1. Recurso cabível da decisão que decreta o seqüestro de bens, em processo-crime, nos termos do art. 125 do CPP, é a apelação criminal, nos termos do art. 597, com efeito simplesmente devolutivo, não tendo o caráter de recurso os embargos previstos nos arts. 129, 130, I e II.

2. Sem que se interponha o recurso pertinente à decisão impugnada, a impetração do mandado de segurança não se beneficia da jurisprudência da Corte que dá pelo cabimento do *writ* quando o recurso não tem efeito suspensivo e há possibilidade de prejuízo irreparável, pois sem o tempestivo recurso a decisão transita em julgado e o mandado de segurança enfrenta a Súmula 268.

3. RE conhecido e provido em parte.
(STF - RE 106.738 - 1ª T. - Rel. Min. Rafael Mayer - DJU 1º.08.86).

PROCESSUAL CIVIL. SEQÜESTRO DE BEM IMÓVEL. MEDIDA ASSECURATÓRIA EM PROCESSO PENAL. EX-ESPOSA DO RÉU. TERCEIRA PREJUDICADA. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. NÃO INTERPOSIÇÃO DO RECURSO CABÍVEL.

- A jurisprudência pretoriana, amenizando os rigores do comando expresso na Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal, tem admitido a impetração de segurança contra decisão judicial, passível de recurso sem efeito suspensivo, desde que interposto este a tempo e modo, ou ainda quando esta apresenta natureza teratológica, flagrantemente afrontosa ao direito.

- O seqüestro do bem imóvel questionado, decretado como medida assecuratória em processo penal, além de não ter sido impugnado pelo cabível embargos de terceiro, nos termos previstos no artigo 129 do Código de Processo Penal, não consubstancia ato de natureza teratológica.

- Recurso ordinário desprovido.

(RMS nº 10.227/PR; Rel. Ministro Vicente Leal; DJ 19/02/2001)

Forte nos argumentos expendidos, extingo o presente *mandamus* por ser incabível na hipótese.

É como voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR

3799-PE	Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho...13
3845-AL	Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho...20

APELAÇÃO CÍVEL

317895-PB	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho.....29
396577-PE	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria.....36
407009-AL	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt.....52
408127-AL	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt.....59
409768-RN	Rel. Des. Federal José Maria Lucena.....67
414595-RN	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro.....75
415297-PE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima..82
418930-CE	Rel. Des. Federal Hélio Silvio Ourem Campos (Convocado).....87
426472-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães.....94
427224-PB	Rel. Des. Federal Élio Siqueira (Convocado).....98
431717-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães.....108
434427-RN	Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti.....112
436204-PB	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.120
444234-PE	Rel ^a . Des ^a . Federal Margarida Cantarelli.....124

APELAÇÃO CRIMINAL

3874-PE	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho.....136
5260-PE	Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante.....145
5469-AL	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria.....162
5613-PE	Rel ^a . Des ^a . Federal Margarida Cantarelli.....179

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

97914-CE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena.....207
----------	---

HABEAS CORPUS

2705-CE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro.....	227
3123-PE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano.....	233
3169-CE	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira.....	242
3178-RN	Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti.....	254

MANDADO DE SEGURANÇA

90773-PE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo.....	277
97171-PE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo.....	287
101381-AL	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira.....	293

ÍNDICE ANALÍTICO

JURISPRUDÊNCIA

A

Adm	Ação de indenização por danos materiais e morais. Militar. Tratamento oftalmológico. Urgência. Terapia fotodinâmica com uso de visudyne. Cobertura prevista nas instruções normativas gerais para o fundo de saúde do Exército. Despesas médicas descontadas em sua integralidade pelo FUNSEX nos proventos do tenente. Descabimento. Dano material configurado. Inocorrência de dano moral. AC 407009-AL 52
PrCv	Agravo inominado. Suspensão de segurança. Fornecimento de extrato analítico pelo BACEN. Preliminar de impossibilidade jurídica. Manutenção da decisão agravada. AgRg na SL 3799-PE 13
Pen e PrPen	Apelações interpostas pela acusação e pela defesa. Tentativa de estelionato. Dosimetria da pena. Desobediência ao sistema trifásico. Homenagem aos princípios da economia e celeridade processuais. Desnecessidade de baixa dos autos ao juízo de origem. Reelaboração da reprimenda pelo Tribunal. Princípio da insignificância. Justiça gratuita. Possibilidade de condenação nas custas judiciais. Inviabilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Início de cumprimento da pena no regime semi-aberto. ACR 3874-PE .. 136
Ct e Adm	Aposentadoria por invalidez com proventos proporcionais. Transformação em aposentadoria com proventos integrais. Possibilidade. Servidora acometida de cegueira to-

tal nos dois olhos após aposentadoria com proventos proporcionais em face de grave deficiência visual. AC 415297-PE 82

Prev Aposentadoria por invalidez. Laudo pericial desfavorável. Princípio do livre convencimento racional do magistrado. Suplicante portadora de HIV. AIDS assintomática. Comprovação da condição de segurada do INSS. Preenchimento dos requisitos. Direito à concessão do benefício. AC 414595-RN 75

C

Trbt, Ct e PrCv Causa de pedir alegada nas razões recursais distinta da alegada na peça exordial. Prescrição. Inocorrência. COFINS. Incidência sobre faturamento. Inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Majoração da alíquota. Possibilidade. Compensação com outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal. AMS 97914-CE 207

Prev e Trbt Contribuição previdenciária. Cargo efetivo e em comissão. Convênio. IPSEP. Ausência de garantia do benefício de aposentadoria. Descaracterização do regime próprio. Cabível o recolhimento para o regime geral. SAT – Seguro de Acidente do Trabalho. Constitucionalidade. Majoração. Legalidade. AC 444234-PE 124

D

Cv e Ct Danos morais e estéticos. Doença diagnosticada corretamente. Hospital Pediátrico da Universidade do Rio Grande do Norte –

HOSPED. Agravamento do estado de saúde do autor após alta hospitalar. Responsabilidade objetiva. Ausência de nexo de causalidade. AC 409768-RN 67

E

Ct e Adm Exame de ressonância magnética de articulação temporomandibular. Realização Recorrente acometida de dor aguda. Ocorrência de urgência. Caso em que é prescindível a observação da ordem cronológica. AC 434427-RN 112

F

Pen e PrPen Falsidade ideológica. Sonegação fiscal. Tipicidade material. Constituição de empresa em nome de terceiro motivada por óbices para constituir em nome próprio. Prescrição da pretensão punitiva. Materialidade do delito de sonegação fiscal. Comprovação. Responsabilidade do gerente “de fato”. Dosimetria. Fixação da pena-base. Ausência de trânsito em julgado de condenação judicial. Réu primário. Possibilidade de fixação próxima ao mínimo. Continuidade delitiva. Aplicação da majorante em primeiro lugar. Ofensa ao critério trifásico. Nulidade da sentença. Inocorrência. Possibilidade de correção. ACR 5613-PE 179

H

PrPen *Habeas corpus*. Operação ouro. Crimes de extorsão mediante seqüestro, posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, posse de artefato explosivo sem autorização e em desacordo com determinação le-

	gal e uso de documento falso. Condenação. Pretensão. Anulação da sentença. Reexame de provas. Via imprópria. Recurso de apelação interposto. Prisão preventiva. Materialidade e indícios de autoria. Custódia preventiva lastreada na garantia à ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal. Extrema gravidade dos delitos. Periculosidade dos agentes. Denegação da ordem. HC 3178-RN 254
PrPen	<i>Habeas corpus</i> . Pedido de extensão do benefício concedido em favor de co-réus. CPP, art. 580. Inaplicabilidade. Flagrante dessemelhança entre a situação fático-jurídica do paciente e a dos outros acusados. Réu foragido. Revelia decretada e que somente aponta para a necessidade de garantir a aplicação da lei penal. Subsistência dos elementos autorizadores da expedição do decreto de prisão preventiva. Denegação da ordem. HC 2705-CE 227
Pen e PrPen	<i>Habeas corpus</i> . Transferência de preso para outro Estado da Federação. Motivos relevantes (garantia da execução penal e predisposição para fuga). LEP, art. 86. Aplicação. Evidente interesse público. Poder de cautela e conveniência do juiz. Garantia da aplicação da lei penal e da própria execução penal. Constrangimento ilegal não evidenciado. Denegação da ordem. HC 3169-CE 242
Pen e PrPen	<i>Habeas corpus</i> liberatório. Corrupção passiva e quebra de sigilo funcional. Policiais civis. Recebimento de propina para o não cumprimento de mandados de prisão. Sus-

pensão das funções. Manutenção dos re-
quisitos autorizadores da prisão preventiva.
HC 3123-PE 233

Ct e Trbt *Habeas data*. Preliminar de falta de interes-
se de agir da impetrante. Rejeição. Acesso
a informações existentes no sistema de
conta corrente de pessoa jurídica da Recei-
a Federal. Possibilidade. AC 431717-PE... 108

I

Trbt Imposto Territorial Rural. Majoração da alí-
quota com base no rendimento do imóvel
(grau de utilização). Função social da pro-
priedade. Lançamento *ex officio* válido e
regular. AC 436204-PB 120

L

Pen Latrocínio tentado. Roubo. Quadrilha arma-
da. Dosimetria da pena. Método trifásico.
Ajuste da reprimenda quanto a um dos réus.
ACR 5469-AL 162

M

Ct Mandado de segurança. Ato do Conselho
de Administração do Tribunal. Competên-
cia para o julgamento de correições parci-
ais. Previsão regimental. Legalidade. MS
97171-PE 287

PrPen Mandado de segurança. Decisão judicial
que decretou seqüestro criminal. Recurso
cabível. Apelação. Precedentes. Não conhe-
cimento do *writ*. MS 101381-AL 293

PrCv e Adm Mandado de segurança. Litisconsórcio. Inocorrência. Juiz Federal. Lista de antiguidade. Remoção de uma região para outra. Contagem do tempo de serviço. Resolução nº 8/89 do CJF e 21/2004 do TRF 5ª Região. Aplicabilidade. MS 90773-PE 277

P

Adm Processo administrativo disciplinar. Lei de improbidade. Policial Rodoviário Federal. Demissão. Nulidades na formação da comissão processante não verificadas. Comprovação de dolo. Desnecessidade. Observância do princípio da proporcionalidade. AC 396577-PE 36

R

Ct e Adm Registro de empresas ou firmas individuais nos Conselhos Profissionais. Ausência de restrições ao registro quando o titular da firma ou empresa não seja também profissional inscrito no respectivo Conselho. AC 317895-PB 29

Prev Revisão da Renda Mensal Inicial de benefício previdenciário. Aposentadoria especial. Retroação da data de início do benefício para a data de entrada do requerimento administrativo. Possibilidade em face do reconhecimento pelo INSS. AC 427224-PB 98

S

PrCv Sentença proferida em embargos monitorios. Apelação. Revogação de mandado de pagamento expedido em relação a um dos

sócios da empresa devedora. Absolvição no juízo criminal da prática de crime de estelionato. Perfazimento de coisa julgada na esfera cível. Condenação em honorários advocatícios. Possibilidade. AC 408127-AL 59

PrCv

Suspensão de liminar. Agravo nominado. Tempestividade. Defensoria pública. Prazo em dobro. Cessão de créditos rurais à União por força de medida provisória. Certidões de dívidas ativas sustadas. Execuções fiscais suspensas. Presunção de legalidade dos atos administrativos e de certeza e de liquidez das dívidas inscritas. Presunção não ilidida. Aparência de bom direito da Fazenda Nacional. Risco de grave lesão à economia e à ordem públicas. AgRg na SL 3845-AL 20

T

Pen e PrPen

Tráfico internacional de entorpecentes. Provas suficientes da materialidade e da autoria delitiva. Crime permanente. Competência indiscutível da Seção Judiciária de Pernambuco por prevenção. Correta a fundamentação da aplicação da pena-base com a valoração de todas as circunstâncias judiciais previstas no CP, art. 59. Confissão que, apesar de espontânea, não deve ser reconhecida como circunstância atenuante, nos termos do CP, art. 65, III, *d*. Obrigatoriedade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista na nova Lei de Tóxicos, art. 33, inciso IV. Fixação do regime integralmente fechado. Descabimento. ACR 5260-PE 145

U

Ct e Cv	Usucapião especial urbano. Existência de contrato de promessa de compra e venda com condição resolutiva firmado com empresa pública federal. Posse derivada e precária. Ausência de <i>animus domini</i> . Obrigações pactuadas que ainda não foram adimplidas. AC 418930-CE 87
---------	---

V

PrCv	Valor atribuído à causa. Incidência da Lei nº 10.259/2001, art. 3º. Juizado Especial Federal. Competência absoluta. Extinção do feito sem julgamento do mérito. Impossibilidade. Transformação do processo físico em virtual. Eventual propositura de uma nova ação. Prescrição. Ocorrência. Sentença anulada. Remessa dos autos ao JEF. AC 426472-PE 94
------	--