

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

**JURISDIÇÃO**

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

Número 81 - Setembro/Outubro - 2009

R. TRF 5ª Região, nº 81, p. 1-310, Setembro/Outubro - 2009



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

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

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 PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

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

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

Apoio Técnico

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

Diagramação

GABINETE DA REVISTA

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

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

**LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA** - 03.07.00

Presidente

Desembargador Federal

**MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS** - 03.12.03

Vice-Presidente

Desembargador Federal

**MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT** - 08.08.07

Corregedor

Desembargador Federal

**JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES** - 30.03.89

Diretor da Escola de Magistratura Federal

Desembargador Federal

**JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA** - 29.04.92

Desembargador Federal

**FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS** - 13.03.96

Desembargadora Federal

**MARGARIDA CANTARELLI** - 09.12.99

Desembargador Federal

**FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI** - 03.07.00

Desembargador Federal

**JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO** - 03.07.00

Desembargador Federal

**PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA** - 17.05.01

Diretor da Revista

Desembargador Federal  
**PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA** - 19.09.01

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

Desembargador Federal  
**VLADIMIR SOUZA CARVALHO** - 27.02.08

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

Desembargador Federal  
**FRANCISCO BARROS DIAS** - 12.01.09

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

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

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

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

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

## **SEGUNDA TURMA (terças-feiras)**

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

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

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

## **QUARTA TURMA (terças-feiras)**

Desembargadora Federal MARGARIDA CANTARELLI - Presidente  
Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES  
Desembargador Federal JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO





# SUMÁRIO

---

I - Jurisprudência .....	13
II - Índice Sistemático .....	299
III - Índice Analítico .....	303



**JURISPRUDÊNCIA**

---



## **AÇÃO PENAL Nº 186-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA  
Parte Autora: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Partes Rés: EDUARDO GONÇALVES TABOSA JÚNIOR, ELENILDO BEZERRA DA SILVA E JOÃO GUALBERTO RUFINO DE SIQUEIRA  
Advs./Procs.: DR. MÁRCIO JOSÉ ALVES DE SOUZA E OUTROS (1ª PARTE R.), MIGUEL GOMES DE FREITAS E OUTRO (2ª PARTE R) E CLÓVIS COUTINHO DE ARAÚJO PEREIRA JÚNIOR (3ª PARTE R)

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. DECRETO-LEI Nº 201/67. IMPUTAÇÃO DE DESVIO OU APLICAÇÃO IRREGULAR DE VERBAS PÚBLICAS, AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS E AQUISIÇÃO DE BENS OU REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS OU OBRAS SEM A DEVIDA CONCORRÊNCIA. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA DENÚNCIA.**

*- O crime de desvio ou aplicação indevida de verbas ou rendas públicas encontra a sua materialidade quando tenha sido a Prefeitura, por si, e não a empresa contratada (a qual sagrara-se vencedora no certame licitatório), a responsável pela feitura das obras licitadas.*

*- É ônus de quem acusa (rectius, do MPF) instruir os autos com os elementos de provas necessários e suficientes para bem evidenciar-se a ocorrência da conduta criminosa consistente na falta de prestação de contas; mais ainda quando isso pudesse depender de mera requisição daquele órgão (Lei Complementar nº 75, art. 8º, inc. II).*

*- Frente ao princípio da consunção, não pode o crime meio ser apenado de modo independente, tal qual ocorre com a aquisição de bens ou a rea-*

***lização de serviços sem a devida concorrência – meio (cujo exame da materialidade, por isso, tornara-se prescindível) – com a finalidade de desviar ou aplicar indevidamente verbas ou rendas públicas.***

***- Sendo menor do que 1 (um) ano a pena in concreto, e passados mais de dois entre o recebimento da denúncia (02/04/2003) e a prolação da presente decisão (v. CP, art. 117), é forçoso o reconhecimento da prescrição retroativa, nos termos do Código Penal, em seus artigos 110 c/c 109, inciso VI.***

***- Prescrição da pretensão punitiva pronunciada ex officio (CP, art. 107, inciso IV).***

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, julgar parcialmente procedente a ação penal, condenando dois dos réus por desvio e aplicação irregular de verbas públicas (Decreto-Lei nº 201/67, art. 1º, inciso III), reconhecendo, em seguida, a ocorrência da prescrição retroativa, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 5 de agosto de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Cuida-se de ação penal originária por meio da qual o Ministério Público Federal apresentou denúncia contra EDUARDO GONÇALVES TABOSA, ELENILDO BEZERRA DA SILVA e JOÃO GUALBERTO RUFINO DE SIQUEIRA pelas condutas típicas descritas no art. 1º, incisos III, VII e XI, do Decreto-Lei nº 201/67.

O primeiro, EDUARDO GONÇALVES TABOSA, era e ainda seria o atual prefeito da cidade de Cumaru, município do estado de Pernambuco; o segundo, ELENILDO BEZERRA DA SILVA, ao tempo das imputadas condutas delituosas, ocuparia o cargo de Diretor de Obras da Prefeitura Municipal de Cumaru/PE; e o terceiro, JOÃO GUALBERTO RUFINO DE SIQUEIRA, seria o dono da empresa J.G. CONSTRUÇÕES LTDA., a qual teria sido beneficiada e participante do suposto esquema de fraude e/ou desvio de verbas públicas.

Notícia a denúncia (fl. 2-A à 12-A, do vol. 1) que o Município de Cumaru/PE, teria firmado, ao tempo do mandato do denunciado (1998), dentre outros, dois convênios com o Ministério do Meio Ambiente-Secretaria de Recursos Hídricos (MMA/SRH), tombados sob os números 61/98 e 66/98, cuja destinação serviria à construção de poços artesianos e uma barragem de terra no Sítio das Cabaças, daí que, em função disso, teria a UNIÃO FEDERAL repassado, à Prefeitura de Cumaru/PE, as quantias de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais), a fim de custear o primeiro convênio, e R\$ 145.140,65 (cento e quarenta e cinco mil, cento e quarenta reais e sessenta e cinco centavos) para o segundo.

Informa ainda a peça acusatória inicial que, no período compreendido entre 1997 a 1999, teriam sido firmados outros tantos contratos de repasse de verba federal para a Prefeitura de Cumaru/PE, o que contara com a participação da Caixa Econômica Federal, através da qual ter-se-iam repassados recursos oriundos do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF) e do Programa HABITAR-BRASIL, os quais, segundo se noticia, dentre outras finalidades, destinar-se-iam à construção de açudes, recuperação de estrada vicinal, bem assim de 56 (cinquenta e seis) unidades habitacionais populares.

Afirma-se, na denúncia, que os procedimentos de licitação destinados à feitura das obras conveniadas teriam sido fraudados, de modo a eleger a empresa J.G. CONSTRUÇÕES LTDA. como vencedora e, a ela, adjudicar o objeto do contrato administrativo, desprestigiando o caráter competitivo do certame (cf. Decreto-Lei nº 201/67, art. 1º, inc. XI).

Aduz, a bem de substanciar a autoria de JOÃO GUALBERTO RUFINO DE SIQUEIRA, dono da empresa supostamente privile-

giada (indevidamente) nos processos licitatórios, que teria ele importante participação no esquema fraudulento, haja vista a aposição de sua assinatura nos recibos emitidos pela empresa e, demais disso, teria ele emitido notas fiscais em nome da empresa, as quais teriam sido repassadas à Prefeitura de Cumaru/PE.

Ademais, a denúncia traz a notícia de que nenhuma das obras licitadas teria sido executada pelas empresas vencedoras dos respectivos certames, dentre as quais, porque teria vencido boa parte das disputas, a empresa J.G. CONSTRUÇÕES LTDA. (cf. Decreto-Lei nº 201/67, art. 1º, inc. III). Indica que a própria prefeitura é que teria, por funcionários seus e máquinas cedidas pelo DNOCS, realizado as obras.

Diz, ainda, que, quando não por seus funcionários, a Prefeitura de Cumaru/PE, por si, contratava mão-de-obra local, o que viria a ser feito por meio do Diretor de Obras da Prefeitura Municipal, ELENILDO BEZERRA DA SILVA, conduzindo, isto, a feitura das obras em absoluta desconformidade com as especificações técnicas definidas nos respectivos convênios.

Demais desses fatos, mais outro é trazido à colação pela denúncia, o de que teriam sido rejeitadas as contas do Prefeito EDUARDO GONÇALVES TABOSA prestadas ao Tribunal de Contas da União, referentes aos convênios firmados com o Ministério do Meio Ambiente-Secretaria de Recursos Hídricos (MMA/SRH), o que, no querer do Ministério Público Federal (em sua denúncia), subsumir-se-ia no fato típico descrito hipoteticamente no inciso VII do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67 (*“VII – Deixar de prestar contas, no devido tempo, ao órgão competente, da aplicação de recursos, empréstimos subvenções ou auxílios internos ou externos, recebidos a qualquer título”*).

Em suma, a denúncia afirma terem os réus incorridos na prática dos crimes descritos (tipicamente) nos incisos III, VII e XI do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67, em função da (suposta) má aplicação e/ou desvio de verbas federais repassadas à Prefeitura de Camuru/PE, da (afirmada) irregularidade quanto aos procedimentos licitatórios destinados à construção das obras conveniadas e, por fim, da extemporaneidade da prestação de contas.



Porque importante, deve-se relatar que a denúncia fora recebida pelo órgão Plenário desta Corte Regional em 02/04/2003 (quando encerrada a sessão de julgamento destinada ao recebimento da peça acusatória), conquanto a denúncia tenha sido ofertada em 14/08/2001 e por mim levada à sessão de julgamento em 07/08/2002 (v. fl. 2.848 e 2.852 do vol. 10).

A partir de então (após o recebimento da denúncia), o denunciado EDUARDO GONÇALVES TABOSA, o prefeito, fora, em juízo, interrogado, o que consta às fls. 2.907/2.908 do vol. 10, igualmente os dois outros denunciados ELENILDO BEZERRA DA SILVA e JOÃO GUALBERTO RUFINO DE SIQUEIRA, respectivamente às fls. 2.958/2.959 e 2.962/2.965 do vol. 10 dos autos.

Ao depois, ofereceram, todos, defesa prévia (fls. 2.910, 2.966 e 2.967 do vol. 10 dos autos). EDUARDO GONÇALVES TABOSA fê-lo no sentido de reiterar os termos da defesa preliminar e que não causara, ao erário público, qualquer dano, o que, segundo afirma, teria sido atestado pelo próprio Tribunal de Contas da União (TCU). De modo igualmente lacônico fizeram-no os demais réus, importando registrar que o denunciado JOÃO GUALBERTO RUFINO DE SIQUEIRA apenas acrescentou terem sido as obras realizadas de acordo com o projeto, o que teria sido atestado pela Caixa Econômica Federal.

Do que a mais importa relatar, cumpre conferir certo grau de atenção às alegações finais.

A do Ministério Público Federal traz, de modo mais detalhado do que a denúncia o fizera (talvez em função da fase em que o processo se encontrava, cujo acervo probatório é bem mais denso), quais os contratos (ou convênios) fraudados, discriminando-os; quais as datas em que teriam sido firmados; quais os objetos licitados e contratados, enfim.

Não é demais discriminá-los:

A) Contrato de repasse nº 0059688-66/97 – Recursos provenientes do PRONAF (fl. 520/528 do vol. 03);

Objeto do contrato (cf. fl. 553 do vol. 03):

<b>Ações a desenvolver</b>	<b>Comunidades rurais a serem beneficiadas</b>
Construção de 05 açudes comunitários	- Grota de Onça - Poço de Pedra - Água Doce - Gavião - Serra Banana
Construção de 04 cisternas comunitárias	- Serra do Umari - Pedra Branca - Água Doce de Cima - Poços
Construção de 03 poços artesanais	- Serra do Umari - Poços - Pedra Branca

Valor do contrato: R\$ 198.825,54 (cento e noventa e oito mil, oitocentos e vinte e cinco reais e cinqüenta e quatro centavos) (cf. fl. 522 do vol. 03).

Data de assinatura do contrato: 18 de dezembro de 1997 (cf. fl. 527 do vol. 03).

Empresas contratadas pelo Município de Cumaru/PE: VETOR CONTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA. (cartas-convite nºs 03/98 e 06/98) e J.G. CONTRUÇÕES LTDA. (carta-convite nº 02/98) (cf. fls. 630/636 do vol. 03 e 750/752 do vol. 04).

B) Contrato de repasse nº 078914-96/98 – Recursos provenientes do PRONAF;

Objeto do contrato (cf. fl. 1.372 do vol. 06):

<b>Ações a desenvolver</b>	<b>Comunidades rurais a serem beneficiadas</b>
Construção de 01 açude	- Poços
Construção de 01 açude	- Jurema
Construção de 01 açude	- Malhadinha
Recuperação de 14 km de estrada vicinal, no trecho PE-95	- Poços e adjacências

Valor do contrato: R\$ 118.000,00 (cento e dezoito mil reais) (cf. fl. 1.335 do vol. 06).

Data de assinatura do contrato: 30 de junho de 1998 (cf. fl. 1.341 do vol. 06).

Empresa contratada pelo Município de Cumaru/PE: J.G. CONSTRUÇÕES LTDA. (cf. fls. 1.372/1.374 vol. 06).

Obs.: O contrato com a empresa responsável pela prestação do serviço fora firmado com dispensa de licitação e na data de 01 de julho de 1998, tendo este último sido firmado pelo valor de R\$ 126.330,00 (cento e vinte e seis mil, trezentos e trinta reais).

C) Contrato de repasse nº 43510-17/97 e 43515-24 – Recursos provenientes do programa HABITAR-BRASIL;

Objeto do contrato: Construção de 26 (vinte e seis) unidades habitacionais com abastecimento d'água, esgotamento sanitário e muro de proteção (cf. fls. 1.1500 e 1.514/1.516 do vol. 06).

Valor do contrato: R\$ 175.000,00 (cento e setenta e cinco mil reais) (cf. fl. 1.483 do vol. 06).

Data de assinatura do contrato: 19 de dezembro de 1997 (cf. fl. 1.489 do vol. 06).

Empresa contratada pelo Município de Cumaru/PE: CONSTRUTORA SAM LTDA. (cf. fls. 1.514/1.516 do vol. 06).

D) Contratos de repasse nº 63.798-55/98 – Recursos provenientes do PASS/98;

Objeto do contrato: IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO EM CUMARU/PE (cf. fl. 1.910 do vol. 08)

Valor do contrato: R\$ 80.00,00 (oitenta mil reais) (cf. fl. 1.911 do vol. 08).

Data de assinatura do contrato: 23 de dezembro de 1998 (cf. fl. 1.916 do vol. 08).

Empresa contratada pelo Município de Cumaru/PE: MARCO ENGENHARIA LTDA. (cf. fl. 1.924 do vol. 08).

E) Contratos de repasse nº 43.533-91/97 – Recursos provenientes do PASS/98;

Objeto do contrato: IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO EM CUMARU/PE (cf. fl. 2.032 do vol. 08)

Valor do contrato: R\$ 50.00,00 (cinquenta mil reais) (cf. fl. 2.033 do vol. 08).

Data de assinatura do contrato: 18 de dezembro de 1997 (cf. fl. 2.039 do vol. 08).

Empresa contratada pelo Município de Cumaru/PE: J.G. CONSTRUÇÕES LTDA. (Cf. fl. 2.049 do vol. 08).

F) Convênios números 61/98 – Recursos provenientes do Ministério do Meio Ambiente – Recursos Hídricos e da Amazônia Legal;

Objeto do contrato (cf. fl. 3.180 do vol. 11):

<b>Ações a desenvolver</b>	<b>Localidades</b>
Construção de 06 Poços Tubulares Profundos com instalação e construção de chafarizes	- Sítio Gavião - Sítio Serra da Batata - Sítio Riacho do Boi - Sítio Água Salgada - Sítio Cabaça - Sítio Pilões

Valor do convênio (repassado): R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) (cf. fl. 3.172 do vol. 11).

Data de assinatura do contrato: 24 de junho de 1998 (cf. fl. 3.179 do vol. 11).

Empresa contratada pelo Município de Cumaru/PE: J.G. CONSTRUÇÕES LTDA.

G) Convênios números 66/98 – Recursos provenientes do Ministério do Meio Ambiente – Recursos Hídricos e da Amazônia Legal;

Objeto do contrato: Construção de uma barragem de terra no Sítio Cabaças, Município de Cumaru/PE (cf. fl. 3.197 do vol. 11):

Valor do convênio (repassado): R\$ 130.626,58 (cento e trin-

ta mil, seiscentos e vinte e seis reais e cinquenta e oito centavos) (cf. fl. 3.181 do vol. 11).

Data de assinatura do contrato: 24 de junho de 1998 (cf. fl. 3.196 do vol. 11).

Empresas contratadas pelo Município de Cumaru/PE: J.G. CONTRUÇÕES LTDA.

EDUARDO GONÇALVES TABOSA, por sua vez, em sede de razões finais (fl. 3.600/3.604, vol. 13), destacou alguns testemunhos, dentre os quais importa relatar o de CARLOS JOSÉ MARTINS COSTA, chefe da divisão de engenharia rural do DNOCS, segundo o qual, consoante afirma o defendente/réu, não teria havido cessão de máquinas do DNOCS à Prefeitura de Cumaru/PE. Aponta, ainda, o testemunho de MARIA DE LOURDES BRASIL DE ALBUQUERQUE, supervisora de negócios da CEF, que seria o órgão responsável pela liberação e fiscalização da aplicação dos recursos, que teria declarado *“que a cada boletim de medição era enviado um engenheiro da Caixa para comprovar a efetiva aplicação dos recursos e que só era liberada a parcela seguinte se houvesse a comprovação da aplicação”*. Outro importante testemunho, em sua conta, seria o de GILBERTO DUARTE XAVIER, servidor da Secretaria de Recursos Hídricos do Ministério do Meio Ambiente, o qual teria declarado, segundo os registros contábeis e documentos existentes, que os recursos objeto do Convênio teriam sido aplicados devidamente.

Demais disso, afirma que o Tribunal de Contas da União teria atestado que as obras teriam sido efetivamente realizadas e que não teria havido dano ao erário municipal.

A defesa de JOÃO GUALBERTO RUFINO DE SIQUEIRA aduz, pontualmente, que não teria havido qualquer fraude aos procedimentos licitatórios dentre os que participaram no Município de Cumaru/PE. Ademais, em contra-ataque ao argumento do MPF, o qual consistira na afirmação de que o objeto social da empresa J.G. CONTRUÇÕES LTDA (ou JOÃO GUALBERTO RUFINO DE SIQUEIRA ME.) sequer abrangeria as áreas contratadas, aponta que certidão da Junta Comercial de Pernambuco comprova a regular habilitação da empresa para o mister que lhe fora conferido. E, no

mais, sustenta ter efetivado, por si, e não a Prefeitura de Camuru/PE, esta por funcionários seus, as obras contratadas.

Por fim, a defesa de ELENILDO BEZERRA DA SILVA insurge-se, primeiro, contra o enquadramento do réu nos crimes de responsabilidade destinados aos prefeitos, haja vista não ser detentor de mandato eletivo, e, demais disso, sustenta que não teria responsabilidade alguma pelas condutas imputadas a si e aos demais outros co-réus, pois seria mero cumpridor de ordens do Prefeito.

Eis o extrato dos autos.

É o relatório.

### **VOTO**

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

Os treze volumes e as três mil e setecentos e sessenta e quatro páginas que compõem os autos do presente processo certamente, por si, dão conta da complexidade da presente causa e do esforço que se teve de empreender à vista de bem examinar o grande acervo probatório para chegar-se à conclusão final.

É importante, pois, antes de adentrar no exame da materialidade, da autoria e da tipicidade (bem assim das demais questões que devem ser aqui decididas), noticiar que o processo corra regularmente e que nenhuma nulidade encontra-se presente, pelo que se observou, e o fizera detidamente, o devido processo legal, com o que se oportunizou, às partes, o mais amplo espaço para o exercício do direito de defesa.

Ademais, conquanto a denúncia tenha sido recebida em 2003, e os fatos criminosos remontem aos idos de 1997 a 1999, e já se esteja em 2009, tendo como norte as penas em abstrato, que variam entre o mínimo de três meses e o máximo de três anos, ainda não é possível afirmar ter-se consumado a prescrição em abstrato, eis que, na hipótese vertente, ela (a prescrição) consuma-se em oito anos (cf. CP, art. 109, inc. IV), lapso que não chegou a ocorrer dentre os marcos interruptivos (v. CP, art. 117).

Demais disso, impende-se ainda firmar o limite cognitivo da presente quizília, qual é menos expansivo do que os contratos acima relatados, pois que abrange, porque assim delimitou a denúncia, apenas aqueles descritos nas letras “A”, “B”, “C”, “F” e “G”.

Externado esses pontos considerados importantes à guisa de abertura, passo ao exame da materialidade do delito.

Antes, contudo – e isso não significa antecipação ao exame da tipicidade (o que, ressalte-se, é mais abrangente do que a só subsunção do fato à norma penal incriminadora, pois pressupõe outros fatores, tais quais o dolo, a culpa e mesmo a tipicidade material) –, deve-se atentar para as condutas típicas imputadas aos co-réus, porque disso depende o exame da materialidade que se propôs agora a fazer.

Eis o teor dos dispositivos típicos:

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

III - desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas;

VII - deixar de prestar contas, no devido tempo, ao órgão competente, da aplicação de recursos, empréstimos, subvenções ou auxílios internos ou externos, recebidos a qualquer título;

XI - adquirir bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei;

Se bem se atentar para o relatório (fl. 03), concluir-se-á que a norma descrita no inciso III acima transcrito, consistente no desvio ou aplicação indevida de rendas ou verbas públicas, teria incidência sobre o fato de não ter a empresa licitada/vencedora (em diversos contratos; todos evidenciados no relatório) realizado as obras. O que não significa que elas não foram realizadas, pois essa afirmação não faz o Ministério Público Federal (quando muito afirma haver a desconformidade das obras com o projeto), mas apenas que teriam sido elas (as obras) feitas pela própria Prefeitura, ou, quando mais, pelo DNOCS.

Portanto, a materialidade do crime descrito no inciso III do art. 1º do Decreto-Lei 201/67 tem como a execução das obras pela Prefeitura de Cumaru/PE, e não pelas empresas vencedoras dos certames licitatórios.

Eis, então, o objeto de cognição deste ponto.

Quanto a este crime, as provas conduzidas aos autos do processo dão conta de sua efetivação, porquanto militam exatamente no sentido de que as obras foram realizadas pela Prefeitura de Cumaru/PE, por seus próprios funcionários ou por populares contratados diretamente por ELENILDO BEZERRA DA SILVA, ou, no mais das vezes, pelo DNOCS.

A essa conclusão chega-se, primeiro, com o exame do LAUDO DE AUDITORIA TÉCNICA DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA, tombado sob o nº 9960019-5, lavrado pelo Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, cujas conclusões são, em tudo e por tudo, conforme o que já se afirmou acima (fl. 247/300, vol. 02).

Conclui o laudo, em resumo (fl. 273, vol. 02):

1. O pagamento a terceiros pela perfuração de poços e execução de açudes realizados pelo DENOCS e pela própria máquina da Prefeitura, caso das estradas vicinais e dos açudes (pagamento em duplicidade);
2. O favorecimento à empresa J.G. Construções Ltda. nas obras realizadas com recursos do PRONAF e Orçamentários;
3. O envolvimento do diretor Sr. Elenido, Diretor de obras do Município, na execução das obras das empresas contratadas pela Prefeitura atuando como mestre de obras, apesar de ser funcionário da Prefeitura, exercer cargo comissionado e ter a função de Fiscal como representante da Prefeitura, e
4. *O pagamento de horas/máquinas na construção de açudes bem superior às efetivamente realizadas.*

Ainda naquela sede procedimental, diversas pessoas foram ouvidas, quando, então, depuseram no sentido de que as obras não teriam sido realizadas por qualquer empresa, senão pela Prefeitura de Cumaru/PE, *verbis* (fls. 254/258, vol. 02):



Depoente: Maurício Antônio da Silva, pedreiro.

Em seu depoimento, o Sr. Maurício Antônio da Silva afirmou que trabalhou nas obras de construção das 56 casas populares que ficavam próximas à delegacia (recursos do projeto Habitar – Processos Nº 039/98 e 040/98 I e II), chegou a construir duas casas e que não havia nenhuma construtora e que todo contato para execução dos serviços era feito com o Sr. Elenildo, Diretor de Obras do Município, o qual o contratou por R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais) como pagamento da mão-de-obra por cada casa construída.

Depoente: Joseano José da Silva, pedreiro.

Trabalhou nas obras de construção das 56 casas populares próximas à delegacia do Município (recursos do projeto Habitar – Processos Nº 039/98 e 040/98 I e II), chegou a construir duas casas, recebendo por cada uma, R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais) referente ao pagamento da mão-de-obra, incluindo o pagamento do servente mais ferramentas. Alegou ainda, que não prestou serviço para nenhuma construtora e que, tanto os serviços como os pagamentos foram acertados com o Sr. Elenildo, Diretor de Obras do município.

(...)

Depoente: José Nivaldo da Silva, pedreiro.

Conhecido com José Galdino, trabalhou na construção das bases dos chafarizes de Pilões, Serra da Batata, Sítio das Goiabas, Água Salgada, Chã de Trinta e Campo de Buraco. Afirmou que foi contratado pelo Sr. Elenildo, Diretor de Obras do Município, e que todo material era entregue nos locais das obras pelo Caminhão F-4000, pertencente à Prefeitura.

Afirmou ainda, que não trabalhou para nenhuma construtora e que tudo foi acertado com o Sr. Elenildo, e que o serviço contratado ficou em R\$ 2.100 (dois mil e cem reais). Parte do recebimento do valor contratado foi através de um cheque no valor de R\$ 4.700,00 (quatro mil e setecentos reais), diretamente do Prefeito, que o (*sic*) pediu para assinar um empenho, cujo valor do mesmo não se recorda, sacasse o cheque e em seguida lhe devolvesse todo o dinheiro (*sic*). Após sacar o cheque o mesmo voltou até o Prefeito e este lhe repassou R\$ 1.500,00 (mil e qui-

nhentos reais) que era o que lhe deviam (*sic*). O restante do pagamento foi realizado pelo Sr. Elenildo à noite, em sua casa, em dinheiro, e na oportunidade o mesmo lhe pediu que assinasse outro empenho, cujo valor também não se recorda, e em seguida rasgou o empenho anterior na sua frente e lhe entregou os R\$ 600,00, concluindo o pagamento.

Assim como os outros depoentes, afirmou que não havia trabalhado para nenhuma construtora nem contatado com outro mestre de obras, apenas com o Sr. Elenildo.

(...)

Depoente: João Severino de Andrade, operador de Patrol, pertencente a PMC

Em seu depoimento, o Sr. João Severino de Andrade afirmou que trabalha há mais de 10 anos na Prefeitura fazendo os serviços de conservação e manutenção das estradas vicinais do município e que raramente precisa de picarro para a realização de tais serviços. Afirmou que fez a conservação da estrada vicinal que liga o entroncamento da PE-95 a Vila de Poço no ano de 1998, dentre outras. Afirmou ainda, que não presenciou nenhuma empresa prestando o serviço de manutenção nas estradas vicinais do município no ano de 1998.

Depoente: Nivaldo João Severino de Andrade, operador de Trator de Esteira, pertencente à PMC

Este operador é conhecido pelo apelido de Vavá e afirmou que realizou serviço de limpeza de açudes, abertura de estradas e construção de barreiros. Em 1998, realizou limpeza no açude de poços, e no açude por trás da maternidade do Município e em frente à delegacia. Afirmou, ainda, que realizou a limpeza e escavação de um barreiro nas terras do ex-Prefeito do Município, Dr. Vicente. Negou que tivesse trabalhado em outros açudes do Município.

Depoente: Elenildo Bezerra da Silva, Diretor de Obras do Município.

Em seu depoimento, o Sr. Elenildo confirmou que conhece o Sr. Vencelau, pedreiro, e que o mesmo trabalhou na escola Rural de Ameixas e no açude de Água de Beber, quanto aos outros pedreiros que citamos nos depoimentos, afirmou que pode conhecê-los, porém não se recorda dos nomes. Afirmou que sua função, basicamente, é a de

acompanhar o andamento das obras e verificar se estão sendo executadas conforme projeto e dando orientação técnica. Não executa nenhuma medição para o pagamento dos serviços e que informa, apenas, os percentuais realizados ao Prefeito a fim de que o mesmo efetue os pagamentos. Afirmou, ainda, que não assina nenhum documento atestando os serviços, que não existe nenhuma outra pessoa que realiza este serviço de medição.

Não tem conhecimento dos equipamentos e veículos do DNOCS, não sabendo nomes dos Encarregados ou Mestres de Obras das empresas que prestaram serviço no Município e tratava diretamente com os donos das Empresas. Afirmou que a profundidade média dos poços variava de 30 a 60 metros. Não tem conhecimento sobre as horas/máquinas utilizadas na construção dos açudes. Afirmou que só realizou dois pagamentos, a pedido da construtora SAM, a dois pedreiros. Afirmou, ainda, que comprou pessoalmente material de construção no armazém: Geraldo Construções, localizado na Cidade de Bezerras e que estes materiais foram destinados para a reforma da Escola Rural de Ameixas e para o chafariz da lavandaria Vila do Matadouro.

(...)

Deponente: Enedina Barbosa dos Santos, proprietária do Sítio do Açude de Serra das Bananas.

Afirmou que quando do contrato inicial para construção do açude em sua terra com o Prefeito e com o Vereador, Antônio Manoel da Silva, o Prefeito alegou que seriam realizadas cerca de 1000 h/m (horas/máquinas) para a construção do mesmo, porém só foram realizadas 100 h/m, segundo seus cálculos. Já existia um açude no local. Os serviços realizados foram: limpeza e escavação da bacia e limpeza da parede da barragem existente. Com o material escavado da bacia foi feita uma complementação na parede da Barragem, sendo que esta complementação ficou pior do que a que existia antes, pois o material colocado não foi compactado.

Segundo a depoente, os serviços de limpeza foram executados com o trator de esteira da Prefeitura, operado pelo Sr. Vavá, e em seguida foi um trator maior que concluiu o serviço, cujo operador chamava-se "Pita". Este açude foi construído em abril de 1998.

Depoente: Paulo Sérgio Ferreira Coelho, filho do proprietário das terras de Poços onde foi construído um açude pela Prefeitura.

Em depoimento o Sr. Paulo Sérgio afirmou que nos contatos iniciais com o Prefeito foi solicitada uma área para utilização de 1000 h/m, porém só foram utilizadas 145 h/m, pois o mesmo, por ter trabalhado com trator, sabe da existência de um “relógio” neste tipo de trator onde é possível registrar as horas/máquina trabalhadas, e teve o cuidado de fazer a leitura inicial e final que registrava no relógio (inicial: 1742h – término: 1887h = 145h). Afirmou que os serviços foram executados pelo operador “Tita”, com um trator de esteira D65, e, em conversa com este operador, soube que o mesmo morava na Cidade de Jurema – PE e que o pai do Prefeito o havia convidado para fazer aquele serviço e foi buscá-lo pessoalmente. Afirmou, também, que o pagamento do operador era efetuado pelo Sr. Luiz, cunhado do Prefeito, e que o mesmo não sabia informar se estava trabalhando para a Prefeitura ou para alguma firma, pois só manteve contato com o pai e o cunhado do Prefeito.

Segundo o depoente, o Sr. “Tita” quando suspendeu os trabalhos sem ter concluído o açude, afirmou que a complementação do serviço seria feita pelo operador Vavá com a máquina da Prefeitura, o que não ocorreu. Posteriormente, para a conclusão dos açudes apareceu o Sr. Elenildo, Diretor de Obras, que pediu autorização para cercar toda bacia do açude. O que foi feito. Através do operário que cercou o açude, soube que o serviço havia sido subcontratado por R\$ 600,00 com o Sr. Elenildo.

O depoente, afirmou também, que foi atrás do operador Vavá e o encontrou na piçarreira, localizada no Sítio Salgado, Bezerras – PE, escavando piçarro para ser utilizado na estrada vicinal que liga a PE-95 a Vila de Poço e sabe que o serviço foi pago ao proprietário das terras em troca da limpeza de dois açudes no Sítio Raposa no Município de Bezerras, de propriedade do Sr. Manoel Perígio, conhecido como “Nezinho”, que por sinal é seu parente. Continuando, afirmou que presenciou a execução dos serviços de terraplenagem na estrada vicinal, citada acima, pela Patrol e o carro pipa da Prefeitura com caminhões caçambas particulares.

Depoente: Reginaldo Azevedo, proprietário de um Sítio na localidade de Poços onde foi perfurado um poço pelo DNOCS.

Em seu depoimento, afirmou que as máquinas do DNOCS haviam perfurado um poço em seu Sítio em 1998 e soube, através dos operadores das máquinas, que o mesmo tinha ficado com uma profundidade de 28,00 metros, aproximadamente. Os contatos iniciais para a perfuração desse poço foram mantidos com o Prefeito e o Sr. Elenildo, diretor de obras do Município. Os caminhões que transportavam as máquinas tinham a logomarca do DNOCS em suas portas e, os operadores de máquinas mais três operários que trabalharam na perfuração do poço, almoçaram em sua residência durante o período de execução dos serviços. Não se recorda dos nomes deles, mas tem condições de reconhecê-los caso os veja outra vez. Segundo ainda o depoente, o local para perfuração do poço havia sido escolhido pelos operadores do DNOCS.

Continuando, afirmou que avistou as máquinas do DNOCS perfurando poços em outras localidades do Município e que isso foi possível em virtude de ter trabalhado como motorista da Secretaria de Saúde da PMC, durante o período de outubro de 1997 a março de 1999, e percorrido todos os Sítios do Município. Inclusive, um desses poços, foi perfurado no Sítio do Gavião nas terras que pertencem ao seu sogro, Sr. Antônio Manoel da Silva. Presenciou o serviço de terraplenagem na estrada vicinal que liga a PE-95 a Vila de Poços e confirmou que os mesmos foram executados pela máquina patrol, uma caçamba e um caminhão pipa, ambos da Prefeitura, além de duas outras caçambas particulares. Confirmou, também, que o material utilizado na estrada foi originário da piçarreira do Sítio Salgado.

Em meu sentir, esses dois meios de provas (estou ciente que ambos são, em rigor, um só e que a sua definição técnica propriamente é de documento, mas a referência a dois destina-se a segregar o que é documental em si, a conclusões dos inspetores, do que estaria mais próximo da prova testemunhal) são suficientes para bem evidenciar que as obras foram definitivamente realizadas pela Prefeitura.

Observe-se que essa certeza é ainda mais robustecida pela própria postura negativa de um dos réus, JOÃO GUALBERTO RUFINO DE SIQUEIRA, o qual, em vista de elidir as provas produzidas já na fase inquisitorial, poderia simplesmente apresentar um (apenas um) trabalhador que tenha mourejado nas obras que foram licitadas pelo Município de Cumaru/PE. A tanto, bastaria o depoimento do empregado e a prova de seu vínculo com a empresa contratada (refere-se àquela que vencera a licitação). Isso, com efeito, não ocorreu, o que confere ainda maior foro de veracidade aos depoimentos prestados e à conclusão do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco.

E as provas da materialidade do delito não se restringiram aos lindes do inquérito policial, o que, segundo o teor do art. 155 do Código de Processo Penal, com redação conferida pela Lei nº 11.690/2008, seria vedado, *in verbis*:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, **não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação**, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

É bom, contudo, chamar atenção para o fato de que a prova produzida ao tempo do inquérito pelo Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco é daquelas não repetíveis, daí que, só por si, poderia prestar-se ao convencimento do fato a que se destinou provar.

Mas, demais disso, o depoimento testemunhal prestado em juízo por Fábio Cezar de Almeida Pereira de Lyra, que fora um dos inspetores de obras junto ao Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco designados para apurar a procedência, ou não, da denúncia sobre a má aplicação dos recursos provenientes do PRONAF e do programa HABITAR-BRASIL, dão conta da veracidade dos fatos afirmados na denúncia, de modo a mais embasar a certeza quanto à responsabilidade de Prefeitura do Cumaru/PE pela feitura das obras contratadas.

Eis excerto do depoimento (fls. 3.099/3.100, vol. 11):

(...) que a base de tais denúncias seriam desvios dos recursos destinados à abertura de poços artesianos já que teriam sido utilizadas máquinas do DNOCS para isto à par a licitação aberta; que ouviram diversas pessoas inclusive o Prefeito; que este disse que os poços haviam sido perfurados pela empresa J.G Construções e que o DNOCS havia perfurado outros poços; que em realidade o prefeito não indicou outros poços que teriam sido perfurados à par aqueles que haviam sido contratados; que visitou pessoalmente todos os poços, ouviram moradores e constataram que os únicos poços perfurados eram aqueles que constavam da licitação; que esses moradores lembravam-se que todos os caminhões e máquinas envolvidas na abertura dos poços ostentavam o logotipo do DNOCS sendo que nenhum deles lembrava-se de ter visto caminhões da J.G. Caminhões, vencedora da licitação; que verificando o contrato social da J.G Caminhões verificou que a mesma tinha seu estabelecimento na cidade de Sertânia e se limitava a venda de materiais de construção civis em geral; que não pode afirmar que a empresa não se dedicasse à construção pois inclusive não teve oportunidade de conversar com seus proprietários; (...)

(...) que a denúncia feita contra os administradores públicos também faziam menção à barragem do Sítio Cabacas; que pra lá se dirigindo verificou que a construção era coisa recente; que não havia na obra qualquer dificuldade maior para tal construção já que bastaria apenas que um trator escavasse a terra e levantasse a parede com a mesma; que a barragem não necessitou de base sendo apenas feita com terra; que a barragem deveria ter sido levantada mais de um ano antes da chegada dos inspetores, salientando que o pagamento havia sido feito quase que integralmente um ano antes; que perguntado como poderia a ter essa noção disse que havia rastros da esteira do trator indicando que o trabalho tinha sido recente e apressadamente feito, que a despeito do contrato obrigar a compactação da terra isto não ocorreu causando o risco do desabamento da obra no caso da ocorrência de chuva; que quando de sua visita havia um trator parado, mais um indicativo de que a obra estava em andamento; que isto foi fotografado e consta no laudo; que em seu relatório apontou as irregularidades, inclusive outras que não constam

na denúncia apresentada pelo MP Federal; que teria havido por parte do TCE aceitação dos excessos apontados e encaminhados para o TCU das irregularidades no âmbito da verba federal.

Examino a autoria.

A autoria bem poderia ter sido apreciada juntamente com a materialidade, dali já seria possível concluir-se quais dos co-réus teriam concorrido para o cometimento do crime, eis que as provas examinadas são as mesmas que devem ser utilizadas na análise da autoria. Com efeito, assim não se procedeu ao diante de uma peculiaridade quanto a um dos réus: o seu dolo; que, conquanto se trate de elemento próprio da tipicidade (momento seguinte da decisão), será já aqui examinado.

É evidente que dois personagens (no mínimo) foram essenciais para o desenlace do crime perpetrado e a participação (digo: autoria) deles é certa: o Prefeito, EDUARDO GONÇALVES TABOSA, e o “dono” da construtora J.G. CONSTRUÇÕES LTDA., JOÃO GUALBERTO RUFINO DE SIQUEIRA; pois, sem a ciência deles, não seria possível a consumação de qualquer conduta criminosa da espécie aqui tratada. Era o prefeito quem firmava os contratos com os entes federais e firmava (também) o contrato licitado, ou seja: com a empresa. Aí a participação (= autoria do Prefeito). Pode-se vicejar a seguinte afirmação: mas isso não é crime. É verdade. Mas o é a feitura das obras não pelo licitante vencedor, e sim pela Prefeitura, em si e por si; pois, esse fato, subsume-se à norma penal incriminadora (como evidenciado no ponto seguinte referente à tipicidade). Aqui (igualmente) extrai-se a autoria de JOÃO GUALBERTO RUFINO DE SIQUEIRA, pois não é crível que uma empresa ganhe dada licitação e nada execute, mas, a despeito de sua postura negativa, as obras restem prontas, feitas. Dos dois, um: ou não trabalhou e não recebeu. Mas, aí, certamente se insurgiria. Ou, por outra, recebeu algo e não trabalhou. Nesta última hipótese, a mais evidente no caso, a empresa serve-se à prática de crimes, tais quais: apropriação de bens ou rendas públicas, utilização indevida de rendas, bens ou serviços públicos, ou fraude à licitação.

Resta apenas ELENILDO BEZERRA DA SILVA. Este, conquanto a sua participação tenha sido fundamental (*rectius*, essencial)



para a configuração da materialidade delitiva, e daí que poderia sujeitar-se aos ditames do art. 29 do Código Penal, em meu juízo de convencimento, não agiu com dolo. Não discrepa da verdade que sua conduta, máxime a de fiscalização pessoal das obras, o pagamento e a compra de material, compõe – e de modo fundamental – o material de convencimento mais relevante. Esses fatos conduzem, sim, a certeza de que as obras foram feitas (por suas próprias forças) pela Prefeitura de Cumaru/PE. Pois qual seria a construtora (particular) contratada que não efetuaria, pelo seu dono ou empregado (seu também), os pagamentos dos obreiros? Qual a empresa privada que não teria o seu próprio mestre de obras? Que deixaria a condução (direção) das obras licitadas sob a responsabilidade de terceiros? Com funcionários não seus, e sim do ente público licitante?

Não obstante isso, ELENILDO BEZERRA DA SILVA não tinha qualquer domínio sobre o fato (o que é bastante a evidenciar a sua não-autoria e conseqüente atipicidade de sua conduta), pois se tratava de servidor da prefeitura sem grau de escolaridade avançado (só possui o primário), cujo ingresso no serviço público municipal dera-se há 23 anos, no cargo de mestre de obras. O seu cargo da época do crime, Diretor de Obras (ou Secretário de Obras), não é daqueles exercidos sob as fronteiras de um qualquer gabinete, alheio, pois, à realidade do mundo e, por isso, das execuções das obras; mas, sim, nas ruas. Tratava-se de mero executor que, de tudo quanto dos autos consta, pode-se extrair que não tinha consciência, ou mesmo vontade (os dois elementos que compõem o dolo), da prática criminosa, daí que o fato por ele praticado, diferentemente dos dois outros denunciados, não é típico.

Examinados a autoria e o elemento volitivo (este deslocado topograficamente), passo ao exame da tipicidade, aqui notadamente em sua vertente voltada à análise da subsunção do fato à norma.

A pergunta aqui a ser respondida, porque já se apontou o dispositivo tido por violado (Decreto-Lei n° 201/67, art. 1º, inc. III), é porque a não-execução das obras pela(s) empresa(s) contratada(s) conduz à conclusão de ter havido desvio ou aplicação irregular ou indevida de verbas pública?

A resposta é obtida com outra pergunta: então por que haver licitação se o intento era o de a Prefeitura, por si, realizar as obras?

Evidentemente a licitação destina-se à realização de obra por terceiro capaz de fazê-lo, notadamente porque o ente licitante não tem suporte para tanto, ou seja: não pode (em tese), com seus próprios órgãos e funcionários, executar o serviço.

Se houve licitação e contratação, o contratado deve executar o serviço e recolher o pagamento. Se o contratado não executa o serviço, a verba pública teve destinação diversa da que se prestava, daí a subsunção do fato ao comando típico do art. 1º, inc. III, do Decreto-Lei nº 201/67. É que, tenha o ente público ficado com o dinheiro, é a hipótese de desvio, pois seu destino seria a empresa vencedora. Ou, d'outra banda, tenha havido pagamento, novamente o desvio consoma-se, eis que a percepção dos valores depende do cumprimento do contrato: a feitura, por si (empresas licitada), das obras contratadas.

Não há saída legítima (ou boa), seja como for, na hipótese chega-se à conclusão de que houve o desvio ou a aplicação irregular das verbas públicas.

Por fim, no que pertine ao ponto, deve-se registrar, aqui, na fundamentação da decisão, que os crimes examinados foram praticados em continuidade delitiva, daí porque sujeitos à regra do art. 71 do Código Penal.

É pouco mais do que evidente o preenchimento dos requisitos ensejadores desse benefício conferido ao condenado, porquanto, *in casu*, houve pluralidade de ações, consistente na prática de crimes (e mais de dois) da mesma espécie, sob as condições de tempo, lugar e maneira de execução iguais, tudo a conduzir à conclusão da existência do nexo de continuidade.

Passo, então, ao exame do segundo fato delituoso imputado aos denunciados: a não-prestação de contas. E ao fazê-lo, anuncio que a sua materialidade não restou comprovada nos autos (deficiência de provas).

O exame dos documentos de fls. 2.699/2.706, vol. 10, indica que as contas referentes aos contratos (ou convênios) denunciados foram aprovadas. Essas provas, com efeito, não são, por si,

concludentes ou bastantes para formação do convencimento, eis que prestadas, em forma de declaração, pela Caixa Econômica Federal, e não pelo Tribunal de Contas da União (a quem competia de direito).

D'outra banda, contudo, não há provas – e aí do órgão competente – atestando que não teriam sido prestadas as contas conveniadas ou contratadas.

E o ônus dessa prova corria por conta do Ministério Público Federal, *verbis*:

**Art.156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer**, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Não o fez o Ministério Público Federal, tampouco o Tribunal de Contas da União e do Estado de Pernambuco. Não que estes tivessem obrigação de fazê-lo, porquanto não figuram como parte no processo, mas, apenas e tão-só, porque poderia haver algum documento, nos autos, da lavra de um ou de outro, dando conta da regularidade ou irregularidade das contas prestadas pelo Município de Cumaru/PE, ou, ainda, da ausência de prestação, porquanto tenham participado da fiscalização dos contratos e/ou receberam notícia das irregularidades.

E, ao não o fazer, o MPF o ônus imposto pelas regras do processo e conseqüentemente inviabiliza a sua pretensão.

Demais disso, a prova necessária não era daquelas difíceis ou impossíveis de ser produzidas, porquanto é prerrogativa do MPF requisitar, à Administração direta ou indireta, as informações e documentos que lhe forem essenciais ao exercício do mister (LC nº 75, art. 8º, inc. II).

Entre a demonstração cabal da aprovação das contas, ainda que por órgão diverso do TCU, feita pela defesa, e a inércia da

acusação quanto à comprovação da desaprovação frente à corte própria, forçoso é concluir pela descaracterização do ilícito.

Superado os dois primeiros, aprecio a procedência, ou não, ou a viabilidade do terceiro e último crime, o de aquisição de bens, realização de serviços ou obras sem a devida concorrência (Decreto-Lei nº 201/67, art. 1º, inc. XI).

O Ministério Público Federal, ao ensejo da denúncia, apontou (e talvez esse tenha sido o ponto mais contundente da peça acusatória, bem como das alegações finais) que teria havido fraude nas licitações realizadas, onde se teria direcionado o objeto da licitação a uma determinada empresa, a J.G. CONSTRUÇÕES LTDA.

É bem verdade que a empresa J.G. CONSTRUÇÕES LTDA. majoritariamente figurou como licitante vencedora, e que, numa das hipóteses, onde houve dispensa de licitação, fora, a ela, adjudicado o objeto do contrato.

Contudo, tenha ou não havido fraude ao caráter competitivo das licitações a ensejar a incidência da norma do inciso XI do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67, isso, no caso, constituiu-se apenas meio (e não fim em si) para o desvio ou aplicação indevida de verbas públicas (Decreto-Lei nº 201/67, art. 1º, III), daí que, por este crime, ao diante do princípio da consunção, resta a fraude (suposta) absorvida.

Demais disso tudo, ao final do processo, o Ministério Público Federal, em sede de alegações finais, tenta indicar que os fatos narrados na denúncia constituíram, em verdade, crime de apropriação de rendas públicas ou desvio em proveito próprio, a conduzir, com isso, a subsunção do fato à norma encartada no art. 1º, inc. I, do Decreto-Lei nº 201/67.

Apenas um registro. Com esse mesmo fim e em idêntico momento processual, o Ministério Público Federal tenta (igualmente) corrigir a capitulação quanto à afirmada fraude à licitação, pretendendo conduzir a sujeição do fato à norma da Lei nº 8.666/93, o que não seria possível ao diante do princípio da especialidade, ou, quando mais, pelos argumentos ao diante alinhados.

A denúncia, em si, não narra fatos que conduzissem à inter-

pretação de ter havido apropriação, seja pelo prefeito ou por terceiros, de verbas públicas, o que impossibilitaria, destarte, a *emendatio libeli* (cf. CPP, art. 383) – como pretendido pelo Ministério Público Federal –, porquanto essa alteração buscada não se sujeitaria apenas a uma correção de capitulação legal, senão à introdução de novos fatos, que somente poderiam ser examinados à luz do contraditório e da ampla defesa, a ensejar, fosse o caso, a *mutatio libeli* (CPP, art. 384), dependente, por tudo, do competente aditamento à inicial acusatória.

Não fosse isso o bastante, as provas coligidas aos autos decorrentes, notadamente, da quebra do sigilo fiscal, não dão conta (ou, ao menos, não são bastantes) da apropriação pretendida.

A nova orientação dada pelo *Parquet* não colhe. Quanto ao ilícito de frustrar o caráter ilícito da licitação, ainda que os fatos se subsumam no tipo, impede a condenação, além do princípio da especialidade, apontando para a aplicação do Decreto-Lei nº 201/67, o princípio da consunção. É que a fraude na licitação, como antes já destacada, se constituiu em mecanismo (meio) necessário ao cometimento do emprego irregular de verba pública (FIM). E em casos tais não é possível a aplicação de reprimendas cumulativas, eis que o desígnio do autor foi obtenção do “fim”.

Quanto à apropriação de rendas ou verbas públicas, é quase certo que haja ocorrido. Afinal, o emprego irregular das verbas públicas normalmente não se pratica senão com fim de lucro. Fica difícil imaginar que o Prefeito fosse à cata de empresário para juntos fraudarem a licitação e adjudicação de obras, realizando-as depois diretamente, sem experimentar algum ganho ou proporcionar ganhos ilícitos a outrem.

Em direito penal, porém, não basta o juízo de probabilidade, por mais intenso que seja. A condenação, aqui, exigiria a demonstração do quanto apropriado, a indicação precisa do benefício, o método de transferência, entre outros elementos sequer cogitados na denúncia. A pretensão do MPF, de mero uso de raciocínio silogístico simples – SE HOUVE EMPREGO IRREGULAR DE VERBAS PÚBLICAS, ENTÃO ALGUÉM DEVE TER LUCRADO – não é de ser acolhida. Ausente a prova da apropriação, a absolvição é de rigor.

Diante de tudo quanto até então fora exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE a denúncia para condenar EDUARDO GONÇALVES TABOSA e JOÃO GUALBERTO RUFINO DE SIQUEIRA pela conduta tipificada no art. 1º, inc. III (“*desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas*”), do Decreto-Lei nº 201/67, bem como absolvê-los das demais imputações que lhes foram feitas, assim como para absolver ELENILDO BEZERRA DA SILVA.

Passo, então, de modo individualizado, à aplicação da pena, o que se dará nos moldes preconizados pelo sistema trifásico (cf. CP, art. 68).

Antes, com efeito, registre-se que a norma penal incriminadora estabelece, para o caso, a pena de reclusão de três meses a três anos (cf. Decreto-Lei nº 201/67, art. 1º, § 1º).

Primeiro, doso a pena de EDUARDO GONÇALVES TABOSA.

Atento a circunstâncias do art. 59 do Código Penal, anoto que o co-réu EDUARDO GONÇALVES TABOSA agiu com grau de reprovabilidade normal à espécie típica, porquanto nada se tem a valorar. Ademais dessa circunstância judicial, seus antecedentes não podem ser reputados como desabonadores, eis que, conquanto conste dos autos que responde ele por ação penal (fl. 3.127), não há, d’outra banda, notícia de que tenha havido trânsito em julgado, o que, ao diante do princípio da presunção da não-culpabilidade (CF/88, art. 5º, inc. LXIII), não pode ser valorado. Não há, ainda, material substancial que possa indicar (sequer) qual seja a conduta social e a personalidade do agente. Os motivos do crime, porque não denotaram qualquer especificidade, já são punidos pelo próprio tipo penal. A circunstância do crime igualmente não apresentou determinado grau de especialidade que pudesse vir a ser, aqui, valorado, bem assim as consequências (que se restringem àquelas que o próprio tipo penal pretendia reprimir). E o comportamento da vítima não tem pertinência ao tipo de crime aqui julgado, haja vista que praticado em desfavor do ente público. Destarte, fixo a pena-base em seu mínimo legal, é dizer: 3 (três) meses de detenção.

O crime foi praticado com abuso de poder ou violação de dever inerente ao cargo, daí que incidente a agravante descrita no

art. 61, inc. II, alínea g, do Código Penal, razão por que agravo a pena-base em 1 (um) mês, fixando-a, nesta segunda fase, em 4 meses de detenção.

Observo, ademais, que, na terceira fase, também há o que ser valorado: a causa especial de aumento prevista na parte geral, a continuidade delitiva (cf. CP, art. 71).

Aqui, a pena deve-se deslocar na razão de 2/3.

O co-réu cometera mais de uma reiteração específica da conduta criminosa; havendo prova nos autos, como bem se evidenciara ao tempo da fundamentação (fl. 10), que, em ao menos cinco contratos, o desvio/aplicação indevida de verbas públicas consumara-se, daí que a pena definitiva deve ser fixada em 6 (seis) meses e 9 (nove) dias de detenção.

Sendo de 6 (seis) meses e 9 (nove) dias a pena *in concreto*, e passados mais de 2 (dois) anos entre o recebimento da denúncia (02/04/2003) e a prolação da presente decisão (v. CP, art. 117), é forçoso o reconhecimento da prescrição retroativa, nos termos do Código Penal, em seu artigo 110 c/c o art. 109, inc. VI.

Definida a situação jurídico-penal do primeiro condenado, passo ao exame da do segundo, JOÃO GUALBERTO RUFINO DE SIQUEIRA.

Atento a circunstâncias do art. 59 do Código Penal, anoto que o co-réu JOÃO GUALBERTO RUFINO DE SIQUEIRA agiu com culpabilidade normal à espécie típica, porquanto nada se tem a valorar. Ademais dessa circunstância judicial, seus antecedentes não podem ser reputados como desabonadores, eis que, conquanto conste dos autos que responde ele por ação penal (fl. 3.129), não há, d'outra banda, notícia de que tenha havido trânsito em julgado, o que, ao diante do princípio da presunção da não-culpabilidade (CF/88, art. 5º, inc. LXIII), não pode ser valorado. Não há, ainda, material substancial que possa indicar (sequer) qual seja a conduta social e a personalidade do agente. Os motivos do crime, porque não denotaram qualquer especificidade, já são punidos pelo próprio tipo penal. A circunstância do crime igualmente não apresentou determinado grau de especialidade que pudesse vir a ser, aqui, valorado, bem assim as consequências (que se restringem

àquelas que o próprio tipo penal pretendia reprimir). E o comportamento da vítima não tem pertinência ao tipo de crime aqui julgado, haja vista que praticado em desfavor do ente público. Destarte, fixo a pena-base em seu mínimo legal, é dizer: 3 (três) meses de detenção.

E porque não há agravantes ou atenuantes, mantenho a pena intermediária, nesta segunda fase, nos 3 (três) meses de detenção encontrados na primeira fase.

Examinando, então, a terceira fase, e ao fazê-lo observo a presença da continuidade delitiva (cf. CP, art. 71), daí que a pena deve ser majorada. E o aumento devido é na ordem de 2/3, porquanto as condutas criminosas foram reiteradas diversas vezes, como já se anotara na fundamentação (fl. 10), justificando a exacerbação da pena, para, então, fixá-la em 5 meses de detenção.

Igualmente, sendo de 5 meses a pena *in concreto*, e passados mais de 2 (dois) anos entre o recebimento da denúncia (02/04/2003) e a prolação da presente decisão (v. CP, art. 117), é forçoso o reconhecimento da prescrição retroativa, nos termos do Código Penal, em seu artigo 110 c/c o art. 109, inc. VI.

Mercê de tudo quanto exposto, reconheço a ocorrência da prescrição retroativa a conduzir a extinção da pretensão punitiva estatal, nos moldes em que preconiza o art. 107, inciso VI, do Código Penal.

É como voto.



## **AÇÃO RESCISÓRIA Nº 5.276-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO  
Partes Aut.: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MARLOS LUIZ BEZERRA FERNANDES  
Partes Rés: UNIÃO, CAIO CESAR MARQUES BEZERRA, JOHN PETRAS BARROS FREIRE E JOSIAS FERNANDES DE OLIVEIRA  
Adv./Proc.: DR. RODRIGO GOMES DA COSTA LIRA (2ª PARTE A)

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC. DEMANDA DE INTERESSE RELACIONADO À DEFICIÊNCIA DAS PESSOAS. NÃO INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.**

*- A não intervenção do Ministério Público nos processos em que se discutam interesses relacionados à deficiência das pessoas, nos termos dos arts. 82 a 84 do CPC c/c art. 5º da Lei nº 7.853/89, só gera a nulidade do processo se da irregularidade decorrer prejuízo para o deficiente.*

*- Hipótese na qual não decorreu prejuízo da falta da participação do Parquet em ação que versava o direito à convocação de deficiente visual aprovado em concurso público para o cargo de Analista Judiciário da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte, por ser o autor bacharel em Direito e servidor público municipal, portanto, apto a suportar, sem o amparo ministerial, o ônus decorrente do processo.*

*- Ação rescisória que se julga improcedente.*

### **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória,

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, 13 de maio de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Trata-se de ação rescisória manejada pelo Ministério Público Federal, nos termos do art. 485, V, do CPC, para desconstituir a sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 3ª Vara Federal do Rio Grande do Norte na ação movida por Marlos Luiz Bezerra Fernandes contra a União, Caio César Marques Bezerra, John Petras Barros Freire e Josias Fernandes de Oliveira (Proc. nº 2002.84.00.008616-1).

A sentença rescindenda deixou de reconhecer a pretensão do autor, que é deficiente visual, no concurso público para provimento do cargo de Analista Judiciário, de Nível Superior, da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte, julgando improcedente o pedido de convocação do postulante para submeter-se a exame médico, visando à sua investidura no referido cargo.

A petição inicial expõe a ausência de intimação do *Parquet* para atuar no processo de origem, em desobediência aos arts. 82 a 84 do CPC, e ao art. 5º da Lei nº 7.853/89, que preconizam a intervenção ministerial nas causas que versam matérias de interesse de pessoas portadoras de deficiência.

Na sua contestação (fls. 144/148), a União arguiu, preliminarmente, o não cabimento desta Ação Rescisória, por não preencher qualquer requisito do art. 485 do CPC, e no mérito, sustenta a higidez da decisão rescindenda.

Houve contestação de Josias Fernandes de Oliveira (fls. 174/178), alegando a ausência de incapacidade do autor que fosse apta a gerar a intervenção do Ministério Público.

Os demais réus restaram silentes, posto que devidamente intimados.

O doutor Procurador Regional da República, atuante no feito como *custos legis*, opina pelo cabimento da ação rescisória e, no mérito, pela sua procedência. (fls. 265/270)

É o relatório. Ao douto Revisor.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Egrégio Plenário.

A parte ré arguiu genericamente, como preliminar, a inadequação desta ação rescisória às hipóteses dos incisos do art. 485 do CPC, mas nada disso pode ser aferido de plano. Passo, portanto, à análise das questões meritórias.

O Ministério Público Federal, autor desta presente ação rescisória, alega que a sentença rescindenda (fls. 113/117) padece de vício de nulidade, pois teria violado a literalidade dos arts. 82 a 84 do CPC, e do art. 5º da Lei nº 7.853/89, que preconizam a intervenção ministerial nas causas que versam matérias de interesse de pessoas portadoras de deficiência.

Mas somente se deve decretar a nulidade do processo caso dele decorra prejuízo para a parte, inclusive nas causas de intervenção do Ministério Público. Nesse sentido, é a jurisprudência desta Corte:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO (ARTIGO 82, III, PARTE FINAL). INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO. PRECEDENTES DO STJ. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Ação rescisória ajuizada com arrimo no artigo 485, V, do CPC, através da qual se objetiva desconstituir sentença proferida pelo Juízo da 8ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, localizada no Município de Petrolí-

na, nos autos da Ação Ordinária nº 2004.83.08.000490-2, em função de não ter o Ministério Público atuado como *custos legis*, conforme estabelecido no artigo 129, inciso II, da Carta Magna, e no artigo 82 do CPC.

2. Preliminar de irregularidade da representação do autor afastada. A procuração, quando não outorgada ao advogado especificamente para a propositura da Ação Ordinária, se não foi revogada após o trânsito em julgado da decisão nela proferida, presta-se à representação processual da parte outorgante em ação rescisória. Precedente do col. STJ.

3. “As produções fotográficas do original do instrumento de mandato judicial fazem, desde que estejam devidamente autenticadas por escrivão, as vezes da procuração. Precedentes do STJ: REsp nº 26.723/SP e REsp nº 43.957/SP”. (STJ, REsp nº 145.008-SP, 2ª Turma, DJU 17-11-1997, p. 59.506).

4. Os interesses em litígio na ação ordinária são essencialmente privados (de caráter pessoal) sem que se evidencie a necessidade de proteção ao interesse público.

5. Não se vislumbra a existência de interesse público primário a ensejar a interveniência do Ministério Público posto cuidar a causa – a ação ordinária – de direitos individuais disponíveis, onde as partes (especialmente a União e demais pessoas de direito público ou privado) foram devidamente representadas por seus procuradores.

6. “Ainda que se viesse admitir, apenas a título de argumentação, a ocorrência da nulidade prefalada, pela falta de intimação do Ministério Público para intervir no feito originário, tal nulidade dependeria de alegação do próprio *Parquet* e mesmo assim **somente poderia vir a ser reconhecida se houvesse prova da existência de prejuízo ao interesse que justificara a sua intimação, o que não ocorreu**”.

7. Improcedência do pedido. Honorários nos termos do voto. (Grifei).

(AR 5423/PE, Rel. Des. Federal Margarida Cantarelli, Pleno, DJ, 30.01.2007).

Com efeito, a melhor exegese das normas em discussão é no sentido de que o legislador quis tornar obrigatória a intervenção do *Parquet* nas ações relativas a deficientes, para, desse modo, proteger pessoas hipossuficientes, isto é, aquelas que, sem a inter-

venção do Órgão Ministerial, ficassem em desvantagem com relação à outra parte.

Nesse sentido, valho-me do precedente abaixo, emanado do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DE DECRETAÇÃO DA NULIDADE DOS ATOS PRATICADOS NO PROCESSO APÓS A CONTESTAÇÃO EM FACE DA AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO MINISTERIAL DESDE O INÍCIO DA DEMANDA, BEM COMO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA, TUDO EM AUTOS DE AÇÃO PROPOSTA POR DEFICIENTE AUDITIVO COM O INTENTO DE ANULAR EXONERAÇÃO DE CARGO DE “OPERADOR DE COMPUTADORES” DA JUSTIÇA FEDERAL DE 1ª INSTÂNCIA APÓS O FIM DO ESTÁGIO PROBATÓRIO. DECISÃO MANTIDA.

I - Sendo o autor pessoa com sólida formação universitária, que teve outros empregos antes de ingressar por concurso no serviço público e que, mesmo após sua exoneração depois do estágio probatório onde obteve pontuação insuficiente, voltou ao mercado de trabalho na iniciativa privada, não se justificaria a presença do Ministério Público Federal na ação, patrocinada por dois advogados a quem foi outorgado mandato e onde o requerente busca anular o ato de sua exoneração do serviço judiciário federal, somente pelo fato de se tratar de deficiente auditivo; ainda mais que nem mesmo a inicial afirma que a deficiência foi a causa determinante da exoneração.

II - O repúdio à desigualdade, à injustiça e ao preconceito, que a sociedade brasileira é pródiga em cometer, não justificam – sob pena de se fazer nascer novas injustiças – que se dê ao art. 5º da Lei nº 7.853/89 indevido elastério para acatar-se a participação do Ministério Público em toda e qualquer demanda onde figure pessoa plenamente capaz e bem inserida na vida social, porém deficiente, e que não se encontra como autora ou ré na causa por conta dessa deficiência.

III - Se o MM. Juiz *a quo* admitiu o ingresso do *Parquet* apenas por cautela, não tem a menor justificativa o intento ministerial de ver anulado o processo após a oferta da con-

testação.

IV - Decorridos mais de 7 anos da exoneração do ex-servidor sem que ele mesmo, por meio de seus advogados tivesse reivindicado através de pleito de antecipação de tutela o retorno ao serviço, não se pode cogitar da presença do requisito de dano irreparável ou de difícil reparação que esteja sofrendo, além do que o juízo de verossimilhança deveria se assentar em bases muito sólidas, o que não é o caso dos autos, a justificar a concessão de tutela antecipada prevista no artigo 273 do CPC.

V - Agravo de instrumento improvido.

(TRF 3ª Região, AG167094, Rel. Des. Federal Johanson di Salvo, Primeira Turma, DJU, 17.12.2003).

Em resumo, a intervenção ministerial só seria peremptória caso o deficiente se encontrasse em posição de desigualdade em relação à outra parte. Mas não é esse o caso do Doutor Marlos Luiz Bezerra Fernandes, que, apesar de ser deficiente visual, também é bacharel em Direito e servidor público municipal, tendo sido, inclusive, aprovado em terceiro lugar no concurso para Analista Judiciário da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte, tanto assim que o cerne da disputa na ação de origem era a sua convocação para tomar posse numa das vagas abertas pelo edital.

Dessarte, considerando-se que a intervenção do Ministério Público na ação originária dar-se-ia sem a correlata hipossuficiência do autor da demanda, a falta da manifestação do *Parquet*, no caso concreto, não é apta a gerar a nulidade daquele feito, nem implica violação literal aos arts. 82 a 84 do CPC, e ao art. 5º da Lei nº 7.853/89.

**Não procede, pois, o pedido rescindente.** Aliás, ainda que fosse o caso de cassar o julgamento, para refazê-lo, a tese de descumprimento do edital, encampada pelo autor da ação de origem e, agora, pelo MP, não me impressiona, como se verá.

O edital prevê a cota por deficiente na proporção de 10% das vagas existentes, descontadas frações inferiores a 0,5, arredondados para maior aqueles iguais ou superiores a tal valor:

10. Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de inscrição no presente Concurso Público, para as categorias funcionais cujas atribuições sejam compatíveis

com a deficiência de que são portadoras na proporção da 10% (dez por cento) das vagas existentes, por categoria funcional e por vagas da Sede do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Seções Judiciárias e Varas Federais, em obediência ao disposto no parágrafo 2º do art. 5º da Lei nº 8.112/90.

10.1. Na aplicação do referido percentual, serão desconsideradas as frações inferiores a 0,5 (meio) e arredondadas para maior aquela iguais ou superiores a tal valor.

10.2. No caso de Formação de Cadastro Reserva para cada grupo de 10 (dez) candidatos convocados para admissão, por categoria funcional e vagas da Sede do TRF-5ª Região, Seções Judiciárias e Varas Federais, será também convocado 01 candidato deficiente considerado habilitado, observada a ordem de classificação alcançada na cidade de classificação e o resultados dos Exames Médicos Admissionais.

Considerando-se o preenchimento de apenas 23 vagas, abriram-se teoricamente 2,3 vagas para portadores de deficiência, cuja fração de 0,3 não poderia ser arredondada para cima, por ser inferior a 0,5, nos termos do item 10.1 do edital acima, não havendo espaço, assim, para a convocação do terceiro colocado entre os deficientes, que, na hipótese, é o candidato Marlos Luiz Bezerra Fernandes.

E, se fosse o caso de cogitar-se da formação de cadastro de reserva, o item 10.2 do edital prevê o chamamento de 01 candidato deficiente para cada grupo de 10 candidatos convocados para admissão nas respectivas categorias funcionais e vagas de lotação. Ora, tendo sido ocupadas 23 vagas de Analista Judiciário, na unidade de opção do autor, devem-se reservar apenas 02 vagas para deficientes, uma das quais, diga-se de passagem, já se encontra preenchida.

Diante do exposto, voto pela improcedência da ação rescisória.

Não há falar no pagamento de honorários e custas, nem na perda do depósito, porque o Ministério Público Federal é isento do pagamento de tais verbas, nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/85, do art. 4º Lei 9.289/96, do art. 488, parágrafo único, do CPC, e da orientação pretoriana do STJ.

## **AÇÃO RESCISÓRIA Nº 5.955-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT  
Parte Autora: OZILDO AMÂNCIO PEREIRA  
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Repte.: PROCURADORIA DO INSS  
Advs./Procs.: DR. JOSÉ MARIA GAMA DA CÂMARA E OUTROS  
(PARTE A)

***EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. RETROAÇÃO DA DIB. LEGISLAÇÃO DA ÉPOCA DA APOSENTAÇÃO DO AUTOR QUE ESTABELECEIA A DIB COMO A DATA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. ARTS. 32 E 33 DO DECRETO 89.312/84. PREJUDICADO O PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO TÃO SOMENTE DAS PARCELAS ANTERIORES AOS 5 ANOS ANTECEDENTES AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI E DE ERRO DE FATO. PEDIDO RESCISÓRIO QUE SE JULGA IMPROCEDENTE. JUSTIÇA GRATUITA DEFERIDA.***

*- O cerne da presente ação rescisória consiste em perquirir se o acórdão rescindendo, ao reconhecer a ocorrência da prescrição do direito em que se funda a pretensão do autor, qual seja, a de fazer retroagir a data de início de seu benefício previdenciário, teria (ou não) incorrido em violação a literal dispositivo de lei a justificar a rescisão do julgado, conforme previsto no inciso V do art. 485 do CPC, ou se teria incorrido em erro de fato (art. 485, IX, do CPC), ao utilizar como óbice à pretensão do autor legislação que não existia à época da concessão de sua aposentadoria.*

*- Quanto à alegação de que teria o acórdão rescindendo incorrido em erro de fato, por considerar como óbice para a retroação da DIB os*



**arts. 54 e 49 da Lei 8.213/91, diploma legal que sequer existia à época do requerimento de aposentação do autor, verifica-se que, de fato, tais dispositivos não poderiam ser colocados como óbice à retroação da DIB do autor, posto que inexistentes à época da sua aposentação.**

**- Entretanto, o diploma legal vigente em tal momento, qual seja, o Decreto 89.312/84 continha disposição semelhante, considerando para o caso do autor, que era filiado ao RGPS na qualidade de empresário, a fixação da DIB nos termos do parág. 2º do art. 33 combinado com o inciso II do parág. 1º do art. 32 do referido diploma legal, dispositivos que foram reproduzidos pela Lei 8.213/91, referida no acórdão rescindendo.**

**- Dessa forma, a data de início do benefício do autor é a data em que o mesmo deu entrada no seu requerimento administrativo, qual seja, o dia 01.11.84 (fl. 23), não fazendo ele jus à retroação pretendida.**

**- Sendo assim, apesar do acórdão rescindendo ter considerado como óbice legislação inexistente à época da aposentação do autor, penso que tal situação não pode ser utilizada como pressuposto para a rescisão do acórdão com base no art. 485, IX, do CPC (erro de fato), máxime porque, ainda que fosse rescindido o acórdão com base em tal fato, não haveria alteração no julgamento, tendo em vista que os dispositivos referidos no acórdão rescindendo são mera repetição dos que estavam vigentes quando da aposentação do autor, não servindo de base à retroação da sua DIB nos termos em que requerida.**

**- Quanto à alegação de que, ao reconhecer a prescrição do fundo de direito em que se baseia a pretensão do autor, o acórdão rescindendo teria incorrido em violação a literal dispositivo de lei,**

***penso ser desnecessário adentrar-se em tal questão, tendo em vista que, mesmo se afastada a prescrição no caso em exame, o autor não terá direito à retroação pretendida, conforme já exposto, não havendo qualquer utilidade na manifestação deste juízo sobre a referida matéria.***

***- Ademais, como o acórdão rescindendo reconheceu a prescrição do fundo de direito, por terem transcorrido mais de 5 anos entre a DIB e a data do ajuizamento da ação, não há que se cogitar da hipótese de rescisão delineada no inciso V do art. 485 do CPC, porquanto não houve, in casu, ofensa flagrante, inequívoca, a nenhum dispositivo legal, dado que o acórdão rescindendo teve por base a legislação que estabelece a prescrição quinquenal das pretensões formuladas em face da Fazenda Pública, soando, ao meu modesto sentir, o intento desta ação rescisória como mais uma tentativa do autor de obter um rejugamento do feito, ou seja, tratá-la como um super recurso, situação para qual esta via processual não se presta.***

***- Ação rescisória improcedente. Benefício da justiça gratuita deferido.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AR 5955-RN, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Pleno do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em julgar improcedente o pedido rescisório e deferir o benefício da justiça gratuita, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 29 de abril de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA  
ERHARDT - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de ação rescisória manejada por Ozildo Amancio Pereira, com fulcro no art. 485, V e IX, do CPC, visando a desconstituir acórdão prolatado pela douta Quarta Turma deste TRF, sob a Relatoria do eminente Desembargador Federal Lázaro Guimarães, que deu provimento à AC 397.255-RN, interposta pelo INSS, bem como à remessa oficial, por entender que ocorreu a prescrição quinquenal, dado que transcorreram mais de 5 anos entre a DIB e a data do ajuizamento da ação originária, bem como por considerar que não assiste direito ao autor de retroação da DIB da sua aposentadoria, tendo em vista que a data de início de seu benefício coincidiu com a data do requerimento administrativo, conforme se infere da ementa que restou vazada nos seguintes termos:

EMENTA: Previdenciário e Processual Civil. Pedido de alteração da DIB. Prescrição do fundo de direito. Impossibilidade da mudança. Apelação e remessa provida (fl. 46).

2. Na presente ação, alega o autor que o referido acórdão teria violado literal dispositivo de lei, no caso o art. 57 da Lei 3.807/60 e o art. 103 da Lei 8.213/91, os quais consideram prescritas tão somente as prestações que antecedem ao período de 5 anos a contar do ajuizamento da ação, bem como que teria o referido acórdão incorrido em erro de fato, por considerar como óbice para a retroação da DIB os arts. 54 e 49 da Lei 8.213/91, diploma legal que sequer existia à época do requerimento de aposentação do autor.

3. Requer, portanto, a procedência do pedido, com a desconstituição do julgado e a manutenção da sentença monocrática em todos os seus termos.

4. O INSS apresentou contestação (fls. 84/89), aduzindo que: (a) em que pese o acerto da alegação de que não se pode aplicar à DIB do autor a Lei 8.213/91, os dispositivos legais referidos pelo acórdão rescindendo são mera repetição do que já era previsto na legislação previdenciária vigente ao tempo da concessão do bene-

fício em relação ao segurado, nos termos dos arts. 32 e 33 do Decreto 89.312/84, dado que o autor era filiado ao RGPS como empresário, sendo a sua DIB a data de entrada do requerimento administrativo, não havendo, portanto, direito à retroação requerida; e (b) o art. 57 da Lei 3.807/60 faz referência à prescrição do direito ao benefício e não do pedido de revisão do mesmo, uma vez que quanto à revisão havia previsão específica no art. 207 do Decreto 89.321/84.

5. Razões finais apresentadas pelo autor às fls. 97/98.

6. Instado a se manifestar, o douto *Parquet* Federal apresentou Parecer (fls. 101/110), opinando pela improcedência da ação rescisória, por entender que: (a) qualquer pretensão formulada em face da Fazenda Pública está sujeita a prazo prescricional de 5 anos; (b) uma vez negado, pelo INSS, o próprio direito reclamado, ao calcular a RMI que entendeu pertinente na espécie, não há que se falar em relação jurídica de trato sucessivo, já que não mais se está diante de um direito renovável, mas sim daquele em que se inicia, desde logo, a contagem do prazo prescricional, atingindo a prescrição o próprio direito em que se funda a pretensão do autor (prescrição do fundo de direito), e não só as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação; (c) a legislação da época adotava, para o caso do autor, a data da entrada do requerimento no INSS como data de início do benefício, nos termos dos arts. 32 e 33 do Decreto 89.312/84, sendo incabível a retroação da DIB do autor.

7. É este o relatório.

## VOTO

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

1. O cerne da presente ação rescisória consiste em perquirir se o acórdão rescindendo, ao reconhecer a ocorrência da prescrição do direito em que se funda a pretensão do autor, qual seja, a de fazer retroagir a data de início de seu benefício previdenciário, teria (ou não) incorrido em violação a literal dispositivo de lei a justificar a rescisão do julgado, conforme previsto no inciso V do art. 485 do CPC, ou se teria incorrido em erro de fato (art. 485, IX, do

CPC), ao utilizar como óbice à pretensão do autor legislação que não existia à época da concessão de sua aposentadoria.

2. Analisando-se, primeiramente, a alegação de que teria o acórdão rescindendo incorrido em erro de fato, por considerar como óbice para a retroação da DIB os arts. 54 e 49 da Lei 8.213/91, diploma legal que sequer existia à época do requerimento de aposentação do autor, verifica-se que, de fato, tais dispositivos não poderiam ser colocados como óbice à retroação da DIB do autor, posto que inexistentes à época da sua aposentação; os referidos dispositivos têm a seguinte redação:

Art. 49. A aposentadoria por idade será devida:

I - ao segurado empregado, inclusive o doméstico, a partir:

a) da data do desligamento do emprego, quando requerida até essa data ou até 90 (noventa) dias depois dela; ou

b) da data do requerimento, quando não houver desligamento do emprego ou quando for requerida após o prazo previsto na alínea a;

II - para os demais segurados, da data da entrada do requerimento.

Art. 54. A data do início da aposentadoria por tempo de serviço será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49.

3. Entretanto, o diploma legal vigente em tal momento, qual seja, o Decreto 89.312/84 continha disposição semelhante, conforme se infere dos dispositivos abaixo colacionados:

Art. 32. A aposentadoria por velhice é devida ao segurado que, após 60 (sessenta) contribuições mensais, completa 65 (sessenta e cinco) anos de idade se do sexo masculino, ou 60 (sessenta) se do feminino, consistindo numa renda mensal calculada na forma do § 1º do artigo 30, observado o disposto no § 1º do artigo 23.

§ 1º A aposentadoria por velhice é devida a contar:

I - para o segurado empregado:

a) da data do desligamento do emprego, quando requerida até essa data ou dentro de 180 (cento e oitenta dias) depois dela;

b) da data da entrada do requerimento, quando requerida após o prazo da letra "a";

II - para os demais segurados, da data da entrada do re-

querimento.

(...).

Art. 33. A aposentadoria por tempo de serviço é devida, após 60 (sessenta) contribuições mensais, aos 30 (trinta) anos de serviço, observado o disposto no capítulo VII:

(...).

§ 2º A data do início da aposentadoria por tempo de serviço é fixada de acordo com o § 1º do artigo 32.

4. No caso em exame, observa-se que o autor era filiado ao RGPS na qualidade de empresário, tendo a sua DIB fixada nos termos do parág. 2º do art. 33 combinado com o inciso II do parág. 1º do art. 32 do Decreto 89.312/84, vigente à época da sua aposentação, dispositivos que foram reproduzidos pela Lei 8.213/91, referida no acórdão rescindendo.

5. Dessa forma, a data de início do benefício do autor é a data em que o mesmo deu entrada no seu requerimento administrativo, qual seja, o dia 01.11.84 (fl. 23), não fazendo ele jus à retroação pretendida.

6. Sendo assim, apesar do acórdão rescindendo ter considerado como óbice legislação inexistente à época da aposentação do autor, penso que tal situação não pode ser utilizada como pressuposto para a rescisão do acórdão com base no art. 485, IX, do CPC (erro de fato), máxime porque, ainda que fosse rescindido o acórdão com base em tal fato, não haveria alteração no julgamento, tendo em vista que os dispositivos referidos no acórdão rescindendo são mera repetição dos que estavam vigentes quando da aposentação do autor, não servindo de base à retroação da sua DIB nos termos em que requerida.

7. Quanto à alegação de que, ao reconhecer a prescrição do fundo de direito em que se baseia a pretensão do autor, o acórdão rescindendo teria incorrido em violação a literal dispositivo de lei, penso ser desnecessário adentrar-se em tal questão, tendo em vista que, mesmo se afastada a prescrição no caso em exame, o autor não terá direito à retroação pretendida, conforme já exposto, não havendo qualquer utilidade na manifestação deste juízo sobre a referida matéria.

8. Ademais, como o acórdão rescindendo reconheceu a prescrição do fundo de direito, por terem transcorrido mais de 5 anos entre a DIB e a data do ajuizamento da ação, não há que se cogitar da hipótese de rescisão delineada no inciso V do art. 485 do CPC, porquanto não houve, *in casu*, ofensa flagrante, inequívoca, a nenhum dispositivo legal, dado que o acórdão rescindendo teve por base a legislação que estabelece a prescrição quinquenal das pretensões formuladas em face da Fazenda Pública, soando, ao meu modesto sentir, o intento desta ação rescisória como mais uma tentativa do autor de obter um rejuízo do feito, ou seja, tratá-la como um super recurso, situação para a qual esta via processual não se presta.

9. Ante as razões declinadas, julgo improcedente o pedido rescisório.

10. Defiro o benefício da justiça gratuita pleiteado pelo autor, tendo em vista que o INSS a ele não se opôs.

11. É como voto.

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 77.249-RN**

Relator: JUIZ FRANCISCO DE BARROS E SILVA (CONVOCADO)  
Agravante: NATHWF - EMPREENDIMENTOS S/A  
Agravados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA  
Partes Rés: UNIÃO E MUNICÍPIO DE NATAL - RN  
Repte.: PROCURADORIA DO IBAMA  
Advs./Procs.: DR. RICARDO SAMPAIO FERREIRA DA SILVA E OUTROS (AGRTE.)

***EMENTA: PROCESSUAL CIVIL, AMBIENTAL E URBANÍSTICO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONVERSÃO EM AGRAVO RETIDO. DESCABIMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PERÍCIA PRELIMINAR E NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PARCIA-***

**LIDADE DO PERITO. QUESTÕES JÁ DECIDIDAS PELO TRF5. AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA CONSTRUÇÃO DE EMPREENDIMENTO HOTELEIRO. PEDIDOS DE SUSPENSÃO DO EMBARGO DA OBRA E DE EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO JUÍZO SOBRE TAIS PLEITOS E DE RAZÕES DE PEDIR NA PETIÇÃO RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. DETERMINAÇÃO LIMINAR DE DEMOLIÇÃO DOS QUATRO ÚLTIMOS ANDARES DAS PARTES DA EDIFICAÇÃO COM OITO PAVIMENTOS. SUSPENSÃO. MEDIDA EXCEPCIONAL DESARRAZOADA. IRREVERSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO.**

**- Agravo de instrumento interposto contra decisão, exarada nos autos de ação civil pública proposta contra a edificação de empreendimento hoteleiro, em construção na Via Costeira de Natal, nos termos da qual foi determinada “a demolição dos 04 (quatro) últimos andares em toda a parte que contém 08 (oito) andares, para que possa ser preservado o direito estético e paisagístico do local e do ambiente onde se verifica a construção, em benefício de toda a coletividade”.**

**- Descabe a conversão do agravo de instrumento em agravo retido quando a decisão fustigada determinou a demolição de andares de edifício, evidenciando-se os requisitos do art. 522 do CPC.**

**- A legitimidade ativa ad causam do Ministério Público Federal, ao ajuizamento da ação civil pública em questão, restou concretizada ante a negativa de seguimento, neste TRF5, ao agravo de instrumento manejado contra a decisão que a reconheceu e declarou (AGTR nº 69599/RN, j. em 04.02.2009).**

**- Rejeitada a alegação de parcialidade do perito do Juízo, quando do julgamento do AGTR nº 71897/RN, neste TRF5, do que decorre a aceita-**



*ção da perícia por ele realizada como elemento de prova a ser sopesado, para fins de formação do convencimento do magistrado. Ainda que assim não fosse, a decisão vergastada foi proferida com expresse afastamento da possibilidade de utilização, naquele momento de análise do pleito liminar, do laudo pericial, ante a existência de discussão judicial em Segunda Instância sobre a neutralidade do expert, valendo-se o Juízo a quo dos outros elementos probatórios coligidos aos autos.*

*- O pedido do agravo de instrumento abrangeu: a) fosse obstada a demolição de quatro dos oito andares da edificação; b) fosse autorizada a continuidade da obra, com a suspensão do embargo imposto em relação a ela; e c) fosse ordenada a entrega à agravante do alvará de construção atualizado. O fato, contudo, é que o Juízo a quo limitou-se a determinar a demolição parcial do empreendimento, não sendo objeto da decisão fustigada os demais pedidos, além do que, quanto a esses, a recorrente não expôs as razões de pedir (mormente em se considerando os registros inseridos nos autos sobre o descumprimento das exigências impostas pela secretaria municipal responsável e a inexistência de licenças ambientais e urbanísticas de construção, por exemplo), de modo que o conhecimento da pretensão se restringe à postulação de sustação da ordem demolitória.*

*- A determinação judicial liminar de demolição é medida excepcional, devendo, por tal caráter, estar escorada em justificativas, de ordem seriíssima, reveladoras da necessidade de coibir aberrantes comportamentos, de alto impacto ofensivo, produtores de acentuado risco ou perigo à coletividade, com grave ofensa ao ordenamento jurídico e aos valores por ele protegidos. Ademais, tratando-se de provimento acau-*

*telatório apenas pode subsistir se efetivamente presentes os requisitos próprios (fumus boni juris e periculum in mora)*

*- As razões apresentadas pela agravante, bem como pelo próprio Ministério Público Federal com atuação nesta instância (Procuradoria Regional da República - 5ª Região), levam à conclusão pelo provimento da pretensão recursal.*

*- Se o fundamento ao deferimento da ordem de demolição foi a perpetração de danos estético e paisagístico (de acordo com o decisum deveria ser garantida uma “sensação visualmente agradável aos habitantes e visitantes”, sendo que o empreendimento “toma, totalmente, a visão da praia, do mar e do horizonte, no sentido do mar, de quem passa pela Via Costeira [...]”), é de se notar que tal prejuízo foi relacionado, segundo a própria decisão vergastada, à presença de vários empreendimentos hoteleiros (não apenas o da agravante) e edifícios comerciais instalados na Via Costeira de Natal, a qual, inclusive, ocupada desde o final da década de 70 do século passado, identificada com essa vocação de incentivo à atividade turística natalense. Assim, os danos destacados não foram imputados, em isolamento subjetivo, à conduta da agravante, mas a todo um conjunto arquitetônico já instalado há muitos anos, do qual, mais especificamente, não parece destoar tão gritantemente o empreendimento discutido. Muito ao contrário, mostra-se compatível com o entorno, além de não parecer gerar, numa visão perfunctória, própria deste momento processual, um dano com a dimensão da considerada pelo agravado. Acresça-se que, em decisão posterior, outro Juiz, atuando nos autos da ação civil pública em questão, posicionou-se pela inexistência de dano paisagístico, evidenciando-se, ainda, uma definição segura quanto a tal prejuízo.*

**- Em específico, quanto ao respeito ao gabarito (número máximo de pavimentos para a edificação) permitido para a área, é de se sublinhar que a decisão guerreada não o discute, tratando-o como “questiúnculas a respeito de autorização municipal”, sendo que o próprio Município, em demanda ajuizada na Justiça Estadual, já havia defendido o embargo da obra, apontando, contudo, não para quatro, mas apenas para o último andar da ala norte (esse sem base legal, de acordo com o sustentado), o que, a priori, não restou acatado, autorizando-se, judicialmente, a continuidade da obra, enquanto processada a actio perante o Juízo estadual.**

**- Finalmente, no respeitante a outros aspectos abordados na inicial da ação civil pública, não se vislumbrou na decisão fustigada, para fins de concessão de liminar, qualquer outro problema, tendo sido sublinhado que “subsiste o direito à edificação nestes locais, observadas todas as medidas de precaução necessárias ao funcionamento do empreendimento, mesmo caracterizando-se como terreno de marinha e de dunas [...]”, não tendo havido recurso por parte do Ministério Público, quanto a tais aspectos.**

**- Não obstante a louvável iniciativa tencionada pelo Julgador a quo, no sentido de consagrar uma tutela efetiva na defesa de interesses difusos, ela se ressentiu, no caso concreto, de temperamentos, porquanto conducente a uma situação de irreversibilidade. Concretizando-se a demolição, ainda que parcial, será impossível o restabelecimento do status quo ante, ou, para dizer o mínimo, a restauração da situação anterior implicaria gastos significativos para a reconstrução do demolido, e, como notado pelo Parquet, as despesas com demolição nem de longe se comparam, em termos de expressividade financeira, com as impostas pela nova**

***construção. Mais que isso, convém sublinhar que sequer se ponderou, na decisão guerreada, sobre os efeitos estruturais que poderiam atingir, em termos de viabilidade, os andares inferiores aos alcançados pela demolição, o que não se mostra prudente.***

***- Provimento do agravo de instrumento.***

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 4 de junho de 2009 (data do julgamento).

JUIZ FRANCISCO DE BARROS E SILVA - Relator Convocado

## **RELATÓRIO**

O SENHOR JUIZ FRANCISCO ANTÔNIO DE BARROS E SILVA NETO (Convocado):

NATHWF - EMPREENDIMENTOS S/A interpôs agravo de instrumento, indicando como agravado o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, contra decisão exarada pelo MM. Juiz Federal da 3ª Vara/RN, nos autos do Processo nº 2006.84.00.000011-9, nos termos da qual fora determinada a demolição de quatro dos oito andares do empreendimento hoteleiro que a agravante estaria edificando na Via Costeira, em Natal.

Pugnou pelo reconhecimento judicial de que: “a) a demolição é temerária, precipitada e indevida [...]”, porque não teria sido dada a oportunidade para que a agravante apresentasse seus quesitos, tendo sido, o perito, outrossim, afastado por decisão liminar do TRF5; “b) o Hotel está com sua conformação definida, sua obra estrutural pronta e em vias de conclusão [...]”; “c) a demolição ordenada [...] teve como motivo não o eventual descumprimento de gabarito, mas porque o Hotel ‘toma totalmente a visão da praia, do mar e do horizonte no sentido do mar, de quem passa pela via costeira, seja de carro, bicicleta ou a pé’ [...]”; “d) [...] a decisão de

mandar demolir é desarrazoada, desproporcional e imponderada”. Salientou: que a Lei nº 4.547/94, do Município de Natal, definiria a Via Costeira como ZET 2 - Zona Especial de Interesse Turístico, permitindo, nela, a construção de hotéis, do que decorreria a conclusão da existência de base legal para a edificação em questão, invocando também legislação estadual (Lei nº 5.826/78 e Decreto nº 7.538/79); que teria havido autorização judicial, pelo Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal, para a edificação de oito andares, decisão mantida pelo TJ/RN, inclusive com condenação do Município por litigância de má-fé; que o Decreto Estadual nº 10.388/89 preveria espaços próprios para a contemplação da natureza, do mar e do horizonte, não havendo que se falar em prejuízo visual ou estético; que seria totalmente infundado o argumento de que o hotel retiraria totalmente a visão do mar; que o “conjunto urbano paisagístico” teria sido resguardado, pela incorrência de alterações geradas pelo empreendimento hoteleiro em questão; que o hotel ficaria fora do Parque das Dunas; que haveria outras edificações já implantadas com a mesma natureza. Invocou os princípios da segurança das relações jurídicas, da confiança, da proibição de comportamento contraditório, da razoabilidade e da proporcionalidade. Acrescentou que o Ministério Público não teria legitimidade, nem interesse, para agir *in casu*.

Deferido o pedido de efeito suspensivo, segundo a decisão de fls. 1690/1694.

Prestadas informações pelo Juízo *a quo*, às fls. 1698/1699.

Apresentadas contra-razões pelo Ministério Público (fl. 1715).

Manifestação da Procuradoria Regional da República, no sentido do provimento do recurso.

É o relatório.

Dispensada a revisão. Incluído em pauta de julgamento.

## **VOTO**

O SENHOR JUIZ FRANCISCO ANTÔNIO DE BARROS E SILVA NETO (Relator Convocado):

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão, exarada nos autos de ação civil pública proposta contra a edifica-

ção de empreendimento hoteleiro, em construção na Via Costeira de Natal, nos termos da qual foi determinada “a demolição dos 04 (quatro) últimos andares em toda a parte que contém 08 (oito) andares, para que possa ser preservado o direito estético e paisagístico do local e do ambiente onde se verifica a construção, em benefício de toda a coletividade”.

Inicialmente, é de se dizer que descabe a conversão do agravo de instrumento em agravo retido quando a decisão fustigada determinou a demolição de andares de edifício, evidenciando-se os requisitos do art. 522 do CPC.

Feita essa ponderação inicial, sigo.

A legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público Federal, ao ajuizamento da ação civil pública em questão, restou concretizada ante a negativa de seguimento, neste TRF5, ao agravo de instrumento manejado contra a decisão que a reconheceu e declarou (AGTR nº 69599/RN, j. em 04.02.2009). Portanto, não há mais o que discutir quanto a tal aspecto.

Ademais, é mister sublinhar que foi rejeitada a alegação de parcialidade do perito do Juízo, quando do julgamento do AGTR nº 71897/RN, neste TRF5. Em decorrência, deve-se aceitar a perícia por ele realizada como elemento de prova a ser sopesado, para fins de formação do convencimento do magistrado. Ainda que assim não fosse, a decisão vergastada foi proferida com expresse afastamento da possibilidade de utilização, naquele momento de análise do pleito liminar, do laudo pericial, ante a existência de discussão judicial em Segunda Instância sobre a neutralidade do *expert*, valendo-se o Juízo *a quo* dos outros elementos probatórios coligidos aos autos. Destarte, não cabe falar em contaminação da decisão pela consideração de perícia realizada por perito suspeito. Passo ao cerne.

O pedido do agravo de instrumento abrangeu:

- a) fosse obstada a demolição de quatro dos oito andares da edificação;
- b) fosse autorizada a continuidade da obra, com a suspensão do embargo imposto em relação a ela; e

c) fosse ordenada a entrega à agravante do alvará de construção atualizado.

O fato, contudo, é que o Juízo *a quo* limitou-se a determinar a demolição parcial do empreendimento, não sendo objeto da decisão fustigada os demais pedidos, além do que, quanto a esses, a recorrente não expôs as razões de pedir (mormente em se considerando os registros inseridos nos autos sobre o descumprimento das exigências impostas pela secretaria municipal responsável e a inexistência de licenças ambientais e urbanísticas de construção, por exemplo), de modo que o conhecimento da pretensão se restringe à postulação de sustação da ordem demolitória.

Sobre ela, é de se dizer que a determinação judicial liminar de demolição é medida excepcional, devendo, por tal caráter, estar escorada em justificativas, de ordem seriíssima, reveladoras da necessidade de coibir aberrantes comportamentos, de alto impacto ofensivo, produtores de acentuado risco ou perigo à coletividade, com grave ofensa ao ordenamento jurídico e aos valores por ele protegidos.

Outrossim, tratando-se de provimento acautelatório apenas pode subsistir se efetivamente presentes os requisitos próprios (*fumus boni juris* e *periculum in mora*).

Penso que as razões apresentadas pela agravante, bem como pelo próprio Ministério Público Federal com atuação nesta instância (Procuradoria Regional da República – 5ª Região), levam à conclusão pelo provimento da pretensão recursal.

Se o fundamento ao deferimento da ordem de demolição foi a perpetração de danos estético e paisagístico (de acordo com o *decisum* deveria ser garantida uma “sensação visualmente agradável aos habitantes e visitantes”, sendo que o empreendimento “toma, totalmente, a visão da praia, do mar e do horizonte, no sentido do mar, de quem passa pela Via Costeira [...]”), é de se notar que tal prejuízo foi relacionado, segundo a própria decisão vergastada, à presença de vários empreendimentos hoteleiros (não apenas o da agravante) e edifícios comerciais instalados na Via Costeira de Natal, a qual, inclusive, ocupada desde o final da década de 70 do século passado, identificada com essa vocação de incentivo à atividade turística natalense.

Assim, os danos destacados não foram imputados, em isolamento subjetivo, à conduta da agravante, mas a todo um conjunto arquitetônico já instalado há muitos anos, do qual, mais especificamente, não parece destoar tão gritantemente o empreendimento discutido.

Muito ao contrário, mostra-se compatível com o entorno, além de não parecer gerar, numa visão perfunctória, própria deste momento processual, um dano com a dimensão da considerada pelo agravado.

De fato, nessa linha, é de se ressaltar que, em decisão posterior, outro Juiz, atuando nos autos da ação civil pública em questão, posicionou-se pela inexistência de dano paisagístico, evidenciando-se, ainda, uma definição segura quanto a tal prejuízo.

Para além disso e considerando, em específico, o respeito ao gabarito (número máximo de pavimentos para a edificação) permitido para a área, é de se sublinhar que a decisão guerreada não o discute, tratando-o como “questiúnculas a respeito de autorização municipal”, sendo que o próprio Município, em demanda ajuizada na Justiça Estadual, já havia defendido o embargo da obra, apontando, contudo, não para quatro, mas apenas para o último andar da ala norte (esse sem base legal, de acordo com o sustentado), o que, *a priori*, não restou acatado, autorizando-se, judicialmente, a continuidade da obra, enquanto processada a *actio* perante o Juízo estadual.

Finalmente, no respeitante a outros aspectos abordados na inicial da ação civil pública, não se vislumbrou na decisão fustigada, para fins de concessão de liminar, qualquer outro problema, tendo sido sublinhado que “subsiste o direito à edificação nestes locais, observadas todas as medidas de precaução necessárias ao funcionamento do empreendimento, mesmo caracterizando-se como terreno de marinha e de dunas [...]”, não tendo havido recurso por parte do Ministério Público, quanto a tais aspectos.

Para concluir, é preciso destacar que, não obstante a louvável iniciativa tencionada pelo Julgador *a quo*, no sentido de consagrar uma tutela efetiva na defesa de interesses difusos, ela se ressentiu, no caso concreto, de temperamentos, porquanto conducente a uma situação de irreversibilidade.



Concretizando-se a demolição, ainda que parcial, será impossível o restabelecimento do *status quo ante*, ou, para dizer o mínimo, a restauração da situação anterior implicaria gastos significativos para a reconstrução do demolido, e, como notado pelo *Parquet*, as despesas com demolição nem de longe se comparam, em termos de expressividade financeira, com as impostas pela nova construção. Mais que isso, convém sublinhar que sequer se ponderou, na decisão guerreada, sobre os efeitos estruturais que poderiam atingir, em termos de viabilidade, os andares inferiores aos alcançados pela demolição, o que não se mostra prudente.

Com essas considerações, dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 85.701-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO  
Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Agravados: ÁGUIA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.,  
EAGLE INTERNACIONAL ENTERPRISES E  
THAEEBO JAPAN COM. LTDA.

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CASCA DE IPÊ ROXO. EXTRAÇÃO EM BACABEIRAS-MA. EXPORTAÇÃO. PORTO DE MUCURIPE. ESTADO DO CEARÁ. PATRIMÔNIO GENÉTICO. MEDIDA PROVISÓRIA 2.186/2001. DANO. ÂMBITO NACIONAL. ART. 93, II, DA LEI 8.078/90. VARA FEDERAL. CAPITAL DE QUALQUER ESTADO MEMBRO. OPÇÃO.**

**- Decisão agravada que, em ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal, visando a impedir a exportação de material genético brasileiro (ipê-roxo) por empresas exportadoras, declarou, nos termos do art. 2º da Lei 7.347/85, a incompetência absoluta da 3ª Vara da Seção Ju-**

***diciária do Ceará, de onde partiria, para o exterior, material genético, em favor de uma das Varas Federais da Seção Judiciária do Maranhão, onde teria ocorrido a extração do produto.***

***- Hipótese de dano em âmbito nacional, pois envolve prejuízo, ainda que em abstrato ou imaterial, a ser suportado por toda sociedade brasileira, que será privada do seu patrimônio genético encontrado na natureza, essencial, como se sabe, à descoberta de novas tecnologias, em vários ramos do conhecimento.***

***- Precedente do STJ no sentido de que, nos casos de ação civil pública em defesa de interesse de âmbito nacional, a competência será do Distrito Federal ou de qualquer uma das Varas Federais de qualquer capital de Estado membro. Manutenção da competência da Seção Judiciária do Ceará, eleita pelo Ministério Público Federal.***

***- Entre o art. 2º da Lei 7.347/85 e o inciso II do art. 93 do CDC, aplicável, também, às ações civis públicas, não há conflito ou incompatibilidade. Ao contrário, se combinam, pois enquanto o primeiro estabelece a competência do foro do local da ocorrência do dano, este último o complementa, indicando o foro de qualquer capital de estado, ou do Distrito Federal, quando o dano for de âmbito nacional.***

***- Provimento do agravo.***

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 18 de junho de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO

- Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Em ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal, visando a impedir a exportação de material genético brasileiro (ipê-roxo) por empresas exportadoras, o douto juízo federal [substituto] da 3ª Vara da Seção Judiciária do Ceará declarou sua incompetência absoluta, nos termos do art. 2º da Lei 7.347/85, e determinou a remessa dos autos a uma das Varas Federais da Seção Judiciária do Maranhão, local onde teria ocorrido a extração do material biológico, foro competente para examinar a ação civil pública em defesa do patrimônio genético nacional, fl. 12.

Recurso na defesa da competência do Foro Federal do Ceará, porque a configuração da biopirataria e, conseqüentemente, do dano ambiental teria, efetivamente, se aperfeiçoado com a tentativa de saída do material genético para o exterior, pelo Porto de Mucuripe, Estado do Ceará, justificando a competência da vara federal daquele Estado, fls. 06-07.

Deixei de examinar o efeito suspensivo em decorrência do tempo decorrido entre a data da distribuição ao relator original e a redistribuição, por sucessão, a este relator, fl. 35.

Sem a citação dos agravados na ação civil pública, restou dispensável a intimação para contraminutar este recurso, fl. 41.

A Procuradoria Regional da República opinou pelo provimento do agravo, por entender que, se o dano atingir vários estados membros, a ação civil pública pode ser ajuizada em qualquer capital, na forma do art. 93 do CDC.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

A decisão agravada teve como fundamentação legal o art. 2º da Lei 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, de cujo texto se lê que as ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do

local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Esclareço, inicialmente, que o dispositivo acima, embora trate de competência territorial, ao se referir ao foro do local onde ocorrer o dano, na verdade traz em sua essência o caráter funcional, e, portanto, absoluto da competência, mesmo que em oposição encontrem-se duas varas federais.

Portanto, diferentemente da incompetência relativa, que reclama a argüição das partes por meio de exceção, a incompetência absoluta pode ser declarada de ofício, conforme a hipótese destes autos.

A ação civil pública em destaque tem por objetivo proibir as *empresas demandadas de comercializar, ceder, adquirir ou transferir (exportando ou importando) o material genético e conhecimento tradicional mencionada nesta ação (casca de ipê-roxo ou tabebuia avellanadae), enquanto não observadas todas as formalidades para a regular exploração do recurso*, fls. 31-32.

Debate-se, neste recurso, qual o local em que efetivamente ocorrera o dano, se no Estado do Maranhão, onde houve a extração da casca do ipê-roxo, defendido pelo ato agravado, ou no Estado do Ceará, de onde o material apreendido, pertencente ao patrimônio genético natural brasileiro, iria ser remetido ao exterior, em tese, de maneira irregular, sustentado pelo agravante.

A Medida Provisória 2.186-16/2001, que regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea j, 10, alínea c, 15 e 16, alíneas 3 e 4, da Convenção sobre Diversidade Biológica, assim dispõe:

Art. 1º Esta Medida Provisória dispõe sobre os bens, os direitos e as obrigações relativos:

I - ao acesso a componente do patrimônio genético existente no território nacional, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção;

II - ao acesso ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, relevante à conservação da diversidade biológica, à integridade do patrimônio genético do País e à utilização de seus componentes;

III - à repartição justa e eqüitativa dos benefícios derivados da exploração de componente do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado; e

IV - ao acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para a conservação e a utilização da diversidade biológica.

§ 1º O acesso a componente do patrimônio genético para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção far-se-á na forma desta Medida Provisória, sem prejuízo dos direitos de propriedade material ou imaterial que incidam sobre o componente do patrimônio genético acessado ou sobre o local de sua ocorrência.

§ 2º O acesso a componente do patrimônio genético existente na plataforma continental observará o disposto na Lei nº 8.617, de 4 de janeiro de 1993.

Art. 2º O acesso ao patrimônio genético existente no País somente será feito mediante autorização da União e terá o seu uso, comercialização e aproveitamento para quaisquer fins submetidos à fiscalização, restrições e repartição de benefícios nos termos e nas condições estabelecidos nesta Medida Provisória e no seu regulamento.

Art. 3º Esta Medida Provisória não se aplica ao patrimônio genético humano.

Art. 4º É preservado o intercâmbio e a difusão de componente do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado praticado entre si por comunidades indígenas e comunidades locais para seu próprio benefício e baseados em prática costumeira.

Art. 5º É vedado o acesso ao patrimônio genético para práticas nocivas ao meio ambiente e à saúde humana e para o desenvolvimento de armas biológicas e químicas.

Art. 6º A qualquer tempo, existindo evidência científica consistente de perigo de dano grave e irreversível à diversidade biológica, decorrente de atividades praticadas na forma desta Medida Provisória, o Poder Público, por intermédio do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, previsto no art. 10, com base em critérios e parecer técnico, determinará medidas destinadas a impedir o dano, podendo, inclusive, sustar a atividade, respeitada a competência do órgão responsável pela biossegurança de organismos geneticamente modificados.

## CAPÍTULO II

### DAS DEFINIÇÕES

Art. 7º Além dos conceitos e das definições constantes da

Convenção sobre Diversidade Biológica, considera-se para os fins desta Medida Provisória:

I - patrimônio genético: informação de origem genética, contida em amostras do todo ou de parte de espécime vegetal, fúngico, microbiano ou animal, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo destes seres vivos e de extratos obtidos destes organismos vivos ou mortos, encontrados em condições *in situ*, inclusive domesticados, ou mantidos em coleções *ex situ*, desde que coletados em condições *in situ* no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva;

II - conhecimento tradicional associado: informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou de comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético;

III - comunidade local: grupo humano, incluindo remanescentes de comunidades de quilombos, distinto por suas condições culturais, que se organiza, tradicionalmente, por gerações sucessivas e costumes próprios, e que conserva suas instituições sociais e econômicas;

IV - acesso ao patrimônio genético: obtenção de amostra de componente do patrimônio genético para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção, visando a sua aplicação industrial ou de outra natureza;

V - acesso ao conhecimento tradicional associado: obtenção de informação sobre conhecimento ou prática individual ou coletiva, associada ao patrimônio genético, de comunidade indígena ou de comunidade local, para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção, visando sua aplicação industrial ou de outra natureza;

VI - acesso à tecnologia e transferência de tecnologia: ação que tenha por objetivo o acesso, o desenvolvimento e a transferência de tecnologia para a conservação e a utilização da diversidade biológica ou tecnologia desenvolvida a partir de amostra de componente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado;

VII - bioprospecção: atividade exploratória que visa identificar componente do patrimônio genético e informação sobre conhecimento tradicional associado, com potencial de uso comercial;

VIII - espécie ameaçada de extinção: espécie com alto risco de desaparecimento na natureza em futuro próximo, assim reconhecida pela autoridade competente;

IX - espécie domesticada: aquela em cujo processo de evolução influiu o ser humano para atender às suas necessidades;

X - Autorização de Acesso e de Remessa: documento que permite, sob condições específicas, o acesso a amostra de componente do patrimônio genético e sua remessa à instituição destinatária e o acesso a conhecimento tradicional associado;

XI - Autorização Especial de Acesso e de Remessa: documento que permite, sob condições específicas, o acesso a amostra de componente do patrimônio genético e sua remessa à instituição destinatária e o acesso a conhecimento tradicional associado, com prazo de duração de até dois anos, renovável por iguais períodos;

XII - Termo de Transferência de Material: instrumento de adesão a ser firmado pela instituição destinatária antes da remessa de qualquer amostra de componente do patrimônio genético, indicando, quando for o caso, se houve acesso a conhecimento tradicional associado;

XIII - Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios: instrumento jurídico multilateral, que qualifica as partes, o objeto e as condições de acesso e de remessa de componente do patrimônio genético e de conhecimento tradicional associado, bem como as condições para repartição de benefícios;

XIV - condição *ex situ*: manutenção de amostra de componente do patrimônio genético fora de seu *habitat* natural, em coleções vivas ou mortas.

Pelo que se pode concluir da leitura acima, a mera extração da casca do ipê-roxo não caracteriza, em tese, por si só, irregularidade definida pela Medida Provisória acima transcrita. O bem tutelado na referida norma é o patrimônio genético brasileiro, o qual *terá o seu uso, comercialização e aproveitamento* submetidos à autorização da União, tudo visando a proteger informação *de origem genética, contida em amostras do todo ou de parte de espécie vegetal, fúngico, microbiano ou animal, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo destes seres vivos e de extratos obtidos destes organismos vivos ou mortos.*

Sob essa ótica, portanto, o dano em destaque não é de âmbito local ou regional, mas nacional, pois envolve prejuízo, ainda que em abstrato, a ser suportado por toda sociedade brasileira, presente em todas as unidades da federação, que poderá ser privada do patrimônio genético existente na natureza, essencial, como se sabe, à descoberta de novas tecnologias em vários ramos do conhecimento.

Há, na hipótese, interesse difuso a se irradiar nacionalmente, não limitado a apenas uma determinada área, dentro de um Estado da Federação, ou envolvendo alguns deles. Mas interesse que, se não for devidamente protegido, atingirá a população de todo território nacional.

Sendo, pois, de âmbito nacional, a competência para a ação civil pública pode ser atribuída ao foro federal de qualquer capital de estado membro, ou do Distrito Federal nos termos do art. 93, II, do CDC, conforme vem decidindo o STJ:

Administrativo. Ação civil pública. Competência. Art 2º da Lei 7.347/85. Art. 93 do CDC.

1. No caso de ação civil pública que envolva dano de âmbito nacional, cabe ao autor optar entre o foro da Capital de um dos Estados ou do Distrito Federal, à conveniência do autor. Inteligência do artigo 2º da Lei 7.347/85 e 93, II, do CDC.

2. Agravo regimental não provido [AGRMC 13.660-PR, Min. Castro Meira, julgado em 04 de março de 2009]

Ainda com relação ao acórdão acima, convém transcrever os seguintes trechos do voto ali proferido:

Discute-se, em suma, em que foro deve correr ação que versa sobre dano de âmbito nacional, pois eventual vício constatado na atividade da recorrente afeta todo o território nacional, tanto que a discussão se instalou no Estado do Paraná – onde houve procedimento administrativo instaurado na Procuradoria da República sobre a ação da empresa naquele estado da federação –, e a empresa está situada em Uberaba/MG.

Desse modo, há de se aplicar o artigo 2º da Lei nº 7.347/85, que tem a seguinte redação:

“As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competên-



cia funcional para processar e julgar a causa”.  
Cuidando-se de direitos difusos de consumidores que poderiam ter sido lesados pela atuação ímproba atribuída à recorrida, deve ser aplicado o artigo 93, II, do CDC, que assim dispõe:

“Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente”.

A leitura dos dispositivos legais supracitados permite concluir que, em se tratando de ação civil pública, tem o autor a prerrogativa de opção do local que melhor convier à defesa dos interesses difusos dos cidadãos.

(...) É também o entendimento desta Corte, conforme destaca voto-vista do eminente Ministro César Rocha no paradigmático acórdão no Conflito de Competência 26.842/DF, em que assim se manifestou:

“05. Na hipótese dos autos, não paira discussão alguma sobre o dano ser de âmbito nacional a reclamar a defesa coletiva de consumidores, o que assim atrai a incidência do disposto no inciso II do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor. É sobre a exegese correta que deve ser conferida o mencionado dispositivo que aqui se controverte.

06. Entendo que o inciso I do art. 93 do CDC ao dispor que quando o dano for de âmbito local será competente para a causa o foro do lugar do dano, está se reportando ao dano de repercussão adstrita a um só Estado, não importando se circunscrito a uma só ou a várias Comarcas.

07. Já quando o inciso II do referido artigo se refere aos danos de âmbito regional, dirige-se àqueles danos que se espraiam em mais de um Estado-Membro, ou em um ou mais Estados-Membros e também no Distrito Federal, pois a inclusão aí do Distrito Federal decorre da mera equiparação que lhe é feita a um ente federativo assemelhado a um Estado-Membro. Assim, por exemplo, um dano que afeta o Estado de Goiás e o Distrito Federal, é tão regional quanto o dano que atinge os Estados do Acre e de Roraima.

08. Por seu turno, quando tal dispositivo fala em danos de âmbito nacional, está se referindo aos danos que atingem todo território nacional.

09. Destarte, sendo o dano de âmbito nacional, a ação poderá ser proposta em qualquer Estado-Membro ou no Distrito Federal, no que mais conveniente for ao autor.

(...) Não poderia ser diferente a orientação adotada, já que o escopo da ação civil pública é a preservação dos bens e direitos elencados na norma jurídica.

(...) Nessa linha, volto a recorrer à lição de José dos Santos Carvalho Filho:

Ocorre, contudo, que a rigidez da regra do foro do local do dano ou da ameaça poderia provocar alguns problemas para a proteção dos interesses coletivos e difusos, uma vez que é inegável que algumas situações fáticas podem consumir-se em grandes extensões territoriais. Para sanar o problema, a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) aperfeiçoou a regra sobre o foro, estabelecendo foro alternativo nos seguintes termos: Art. 93. Ressalvada a competência da justiça federal, é competente para a causa a justiça local: I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente. Como a regra é plenamente adaptável à ação civil pública em geral, incide o art. 21 da Lei nº 7.347/85, pelo qual são aplicáveis àquela ação os mandamentos do Código de Defesa do Consumidor naquilo que for cabível. Em consequência, serão essas as regras de competência para a tutela dos demais interesses transindividuais.

(...) No inciso II, entretanto, o citado art. 93 da Lei nº 8.078/90 deixou certa margem a dúvida, pois que parece apresentar alternativa de foro à livre escolha do autor. Em nosso entender, é preciso distinguir. Se se tratar de dano de âmbito nacional ou regional que abranja mais de um Estado, haverá opção entre o foro da Capital de um dos Estados e o do Distrito Federal. Em se tratando, porém, de dano de âmbito regional com abrangência apenas dentro do território de um Estado, competente será o foro do juízo em que primeiramente se der a citação válida, sendo então a competência firmada por prevenção, segundo as re-

gras estabelecidas no Código de Processo Civil (cf. obra citada, págs. 40-41).

Há, também, deste Tribunal, o seguinte aresto:

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA SUSCITADA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

- Ação civil pública movida pelo MPF para a destituição de dois membros do conselho consultivo da ANATEL e a proibição de se designar, como membro representante de entidades de usuários e sociedade, pessoas indicadas por qualquer associação que congregue em seus quadros empresas operadoras de serviços de telecomunicações.

- Exceção de incompetência em que se alega que a ação foi ajuizada em local distinto de onde teria ocorrido o suposto dano e que eventual sentença procedente somente produziria efeitos nos limites de competência territorial do órgão prolator.

- A União Federal possui representação em todas as seções judiciárias, estando devidamente estruturada para se defender em qualquer uma delas. Além disso, o parágrafo 2º do art. 109 da CF/88 faculta o ajuizamento em qualquer dos foros ali referidos de ação em que a União figure como parte ré. Precedente.

- Sendo a ANATEL uma agência reguladora de âmbito nacional, suas decisões têm efeitos nacionais e, portanto, eventuais danos delas decorrentes serão sentidos em todo o país. Daí a possibilidade de ajuizamento da ação em tela em qualquer seção judiciária. Precedente.

- Não se pode restringir a eficácia de eventual sentença procedente aos limites da competência territorial do órgão prolator quando o dano é sentido em todo o território nacional. Precedente.

- Agravo ao qual se nega provimento [AGTR 43.221-PE, Des. Francisco Cavalcanti, julgado em 30 de outubro de 2004]

Por fim, importante frisar que entre o art. 2º da Lei 7.347/85 e o inciso II do art. 93 do CDC, aplicável, também, às ações civis públicas, não há conflito ou incompatibilidade, ao contrário se combinam, pois enquanto o primeiro estabelece a competência do foro do local da ocorrência do dano, este último o complementa, indi-

cando o foro de qualquer capital de estado, ou Distrito Federal, quando o dano for nacional.

Por todo o exposto, ainda que por fundamentação diversa, dou provimento ao agravo, para fixar a competência da 3ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, sediada na capital, para processar e julgar a presente ação civil pública, cujo objeto visa a prevenir dano de âmbito nacional.

É como voto.

### **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 86.413-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA  
Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Agravados: UNIÃO E TARCISIO DE MIRANDA MONTE E OUTROS  
Adv./Proc.: DR. MARCOS DOS ANJOS PIRES BEZERRA (2º APDO.)

***EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESMEMBRAMENTO. LITIS-CONSÓRCIO MULTITUDINÁRIO. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. CONFRONTO COM OS PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE PROCESSUAL E DA IGUALDADE. RISCO DE DECISÕES CONFLITANTES. INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO ANTES DA CF/88 SEM CONCURSO PÚBLICO. SITUAÇÃO IDÊNTICA. NECESSIDADE DE JULGAMENTO UNIFORME PARA TODOS OS COMPONENTES DO POLO PASSIVO DA ACP.***

***- Agravo de instrumento contra decisão do Juízo de origem que indeferiu o pedido do Ministério Público Federal de desmembramento da ação civil pública intentada em face da União, onde o Parquet visa ao reconhecimento da ilegalidade da investidura de cerca de 500 funcionários do TRT da 13ª Região.***

**- O caso envolve o embate de dois importantes princípios processuais a serem sopesados pelo magistrado no momento da decisão acerca da viabilidade do desmembramento de processos. De um lado, o princípio da razoável duração do processo, supostamente garantido com a providência vindicada pelo MPF, e, de outro, o princípio da efetividade do processo, eventualmente atingido na hipótese de serem prolatadas decisões conflitantes em decorrência da cisão do feito.**

**- O parágrafo único do artigo 46 do CPC prevê a possibilidade de limitação do litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, desmembrando-se o processo, para que não se comprometa a rápida solução do litígio ou se dificulte a defesa.**

**- A garantia da razoável duração do processo não pode ser valorada de forma absoluta, haja vista não existirem parâmetros temporais preestabelecidos e uniformes. Ainda assim, a razoabilidade ou a excessividade da duração de um processo exigem uma específica apreciação a ser feita segundo as circunstâncias concretas de cada causa individual.**

**- Havendo colisão de princípios fundamentais, cabível é o emprego do princípio da proporcionalidade, que permite, por meio de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, harmonizá-los, através da redução proporcional do âmbito de aplicação de um deles.**

**- Existindo risco de que sejam proferidas decisões contraditórias em casos de similares fundamentos de fato e de direito relativamente a cada autor, o que ensejaria a necessidade de formação do litisconsórcio, ou, eventualmente a reunião de processos na forma do artigo 105 do CPC, o seu desmembramento ou trâmite em**

***separado atentaria contra o princípio da efetividade processual, bem como ao da igualdade.***

***- O que se vislumbra da análise das cópias das peças da referida ação constitucional é que a irresignação ministerial é uma só e abarca tanto os funcionários ativos e inativos quanto os pensionistas, qual seja, a ilegalidade na investidura dos primeiros, bem como dos instituidores das pensões, em razão da ausência de concurso público.***

***- Nessa linha, não há como se considerar lícito e regular o ingresso nos quadros do TRT da 13ª Região dos funcionários ativos e inativos e, ao mesmo tempo entender irregular a investidura dos instituidores das pensões, ou vice-versa. Tais situações de claro desrespeito à isonomia e à efetividade processual poderiam ser levadas a efeito no caso de proceder-se à separação de processos no presente caso.***

***- Agravo não provido, cassando-se, desde já, a decisão que antecipou os efeitos da tutela recursal, para que não se promova o desmembramento do processo 93.00001627-0 em relação aos 34 pensionistas, devendo-se reunir as ações para que sejam julgadas simultaneamente, na forma do artigo 253 c/c o 105 do CPC.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo, 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, 4 de junho de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão do Juízo de origem que indeferiu o pedido do Ministério Público Federal de desmembramento da ação civil pública intentada em face da União, onde o *parquet* visa ao reconhecimento da ilegalidade da investidura de cerca de 500 funcionários do TRT da 13ª Região.

A decisão agravada apontou que o desmembramento da referida ACP relativamente aos pensionistas em nada contribuiria para a rápida solução do litígio, uma vez que, para evitar que fossem proferidas sentenças conflitantes, o processo em que figurariam os pensionistas seria distribuído por prevenção àquele Juízo, sendo a ACP originária suspensa para que ambas fossem julgadas simultaneamente.

Alega o MPF, em suas razões, que, em face do elevado número de réus e a consequente dificuldade para promover-se a citação de todos, essencialmente em razão do falecimento de alguns, dada a longa duração da lide, e a necessidade de citação dos pensionistas sucessores, deve ser desmembrada a ação civil pública objeto do presente agravo para que os pensionistas passem a figurar em outra ação, de modo a viabilizar o deslinde do feito relativamente aos funcionários em atividade.

Aduz ainda que o parágrafo único do artigo 46 do CPC empresta fundamento ao seu pleito, tendo em vista o não comprometimento à rápida solução do litígio. Invoca ainda o cânon constitucional da razoável duração do processo, esculpido no artigo 5º, LXXVIII, da Carta Magna.

Arremata sua argumentação refutando a decisão vergastada no ponto em que vedou o desmembramento da ACP sob o receio de julgamentos conflitantes. Com efeito, assegura que no corpo do processo em discussão não está sendo debatida uma mesma relação jurídica de direito material, mas sim, diversos vínculos jurídicos defeituosos formados com a Administração, de forma que o vínculo conectivo não reclamaria julgamento uniforme.

Concorda, de outra monta, que a ação decorrente do desmembramento pleiteado seria distribuída para o mesmo Juízo do processo originário por força do disposto no artigo 253 do CPC. Afirma, contudo, que seria descabido sustar o andamento da ação mais antiga para ensejar o julgamento simultâneo com a ação nova, tendo em vista a inexistência de risco de decisões conflitantes.

Às fls. 590/596 foi ofertado parecer onde o Órgão Ministerial, como *custos legis*, opina pelo acolhimento do pleito recursal, sob o argumento de que quando fatos novos surgem durante a tramitação processual justifica-se a desconstituição parcial do litisconsórcio facultativo multitudinário em busca do propósito da celeridade processual.

Concedida a antecipação da tutela recursal às fls. 598/603, determinando-se liminarmente o desmembramento do processo nº 93.00001627-0 relativamente aos 34 pensionistas, adotando o Juízo monocrático as razões elencadas no parecer acima mencionado.

Sem contrarrazões da União conforme manifestação de fl. 607. Contrarrazões apresentadas pelos demais agravados às fls. 620/641.

Informações apresentadas pelo Juízo prolator da decisão agravada, mantendo os termos da peça hostilizada.

É o que havia de relevante para relatar.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

O caso envolve o embate de dois importantes princípios processuais a serem sopesados pelo magistrado no momento da decisão acerca da viabilidade do desmembramento de processos. De um lado, o princípio da razoável duração do processo, supostamente garantido com a providência vindicada pelo MPF, e, de outro, o princípio da efetividade do processo, eventualmente atingido na hipótese de serem prolatadas decisões conflitantes em decorrência da cisão do feito.



O parágrafo único do artigo 46 do CPC prevê a possibilidade de limitação do litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, desmembrando-se o processo, para que não se comprometa a rápida solução do litígio ou se dificulte a defesa.

Cuida-se do litisconsórcio multitudinário, cuja limitação, de fato, é medida que se coaduna com o princípio da celeridade processual, bem como com a garantia constitucional da razoável duração do processo, prevista no artigo 5º, LXXVIII, da Lei Maior. Contudo, a existência do litisconsórcio multitudinário, por si só, não implica, de imediato, o desmembramento do feito, sem que haja prévia análise da situação fática a fim de que se conclua tratar-se de uma das hipóteses previstas no artigo 46, parágrafo único, do CPC.

Nessa esteira caminha a jurisprudência do STJ, conforme se depreende da transcrição a seguir disposta:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO MULTITUDINÁRIO. DESMEMBRAMENTO. PODER DO JUIZ. SÚMULA 07/STJ.

1. O desmembramento do feito, em virtude da formação de litisconsórcio facultativo multitudinário, traduz-se em poder do juiz, instrumento ao cumprimento do dever de velar pela rápida solução do litígio.

2. Nesse mister deve valer-se o julgador do disposto no parágrafo único do art. 46, que prevê a possibilidade do desmembramento quando a pluralidade de litigantes comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa.

**3. A valoração acerca do liame catalisador do cúmulo subjetivo, *in casu*, demanda revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, na medida em que envolve questões pertinentes à existência de eventual obstáculo à defesa ou demora na prestação jurisdicional, soberanamente dirimidas pela instância ordinária. Incidência da Súmula 07/STJ.**

4. Recurso Especial não conhecido. (Grifos acrescidos). (STJ. 1ª Turma. REsp 573828. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ de 22.03.2004, p. 248).

Com efeito, no caso concreto, observa-se que a presença de 500 (quinhentos) funcionários no polo passivo da ação civil pública vem dificultando sobremaneira a efetivação das citações, essencialmente, em razão do falecimento de alguns funcionários no de-

correr do trâmite processual, o que demanda a citação de todos os pensionistas.

Nesse passo, à primeira vista, saltaria aos olhos a necessidade de se desmembrar a ação objeto do presente agravo, visto que sua manutenção de forma unificada retardaria a solução da lide.

Por outro lado, a garantia da razoável duração do processo não pode ser valorada de forma absoluta, haja vista não existirem parâmetros temporais preestabelecidos e uniformes. Ainda assim, a razoabilidade ou a excessividade da duração de um processo exigem uma específica apreciação a ser feita segundo as circunstâncias concretas de cada causa individual.

Além disso, não se deve perder de vista que havendo colisão de princípios fundamentais, cabível é o emprego do princípio da proporcionalidade, que permite, por meio de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, harmonizá-los, através da redução proporcional do âmbito de aplicação de um deles.

Ressalte-se, nesse ponto, que o direito processual vive a fase do neoprocessualismo, buscando fundamento nos valores constitucionalmente protegidos no rol de direitos fundamentais para a construção e aplicação do formalismo processual, falando-se hoje na existência de direitos fundamentais processuais, de modo que se justifica a aplicação do princípio da proporcionalidade, aqui encarado como “princípio da adequação judicial das regras processuais”<sup>1</sup>.

Assim, o prenunciado confronto de princípios demanda, para sua concreção, a análise do desmembramento de processos à luz do princípio da efetividade.

A busca da efetividade do processo é necessidade que advém do direito constitucional à adequada tutela jurisdicional, indissociavelmente ligado ao devido processo legal. Prima pela obtenção de um resultado coincidente com o direito material.

---

<sup>1</sup> DIDIER JR., Fredie. “Curso de Direito Processual Civil”. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 11ª edição. Salvador: Editora JusPO-DIVM, 2009.

Existindo risco de que sejam proferidas decisões contraditórias em casos de similares fundamentos de fato e de direito relativamente a cada autor, o que ensejaria a necessidade de formação do litisconsórcio, ou, eventualmente, a reunião de processos na forma do artigo 105 do CPC, o seu desmembramento ou trâmite em separado atentaria contra o princípio da efetividade processual, bem como ao da igualdade. Assim entende o STJ, conforme decisão a seguir transcrita:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ART. 46 DO CPC. LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. USINA DE ITAIPU. DESMEMBRAMENTO.

1. Pretensão do IBAMA em delimitar o número de litisconsortes ativos em demanda na qual se discute indenização por desapropriação indireta.

**2. Havendo afinidade dos fundamentos de fato e de direito em relação a cada autor, admite-se a formação do litisconsórcio facultativo, como consectário dos princípios da efetividade** e economia processuais, que norteiam a atividade jurisdicional, permitindo que, num único processo e através de sentença una, possa o juiz prover sobre várias relações jurídicas, ampliando o espectro da tutela jurisdicional.

(...)

5. A valoração acerca do liame catalisador do cúmulo subjetivo, *in casu*, demanda revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, na medida em que envolve questões pertinentes à existência de eventual obstáculo à defesa ou demora na prestação jurisdicional, soberanamente dirimidas pela instância ordinária. Incidência da Súmula 07/STJ.

6. Recurso não conhecido. (Grifos acrescidos).

(STJ. 1ª Turma. REsp 565937/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ02/08/2004, p. 320)

Observe-se ainda que o representante do *Parquet*, em suas alegações, afirma que as situações dos funcionários do TRT constantes da ação civil pública sob comento são individualizadas, sendo desnecessário o julgamento uniforme da lide. Para tanto propõe a cisão do feito, mantendo-se os funcionários ativos e inativos na ação originária, e, passando a figurar em outra ação os pensionistas.

Contudo, o que se vislumbra da análise das cópias das peças da referida ação constitucional é que a irresignação ministerial é uma só e abarca tanto os funcionários ativos e inativos quanto os pensionistas, qual seja, a ilegalidade na investidura dos primeiros, bem como dos instituidores das pensões, em razão da ausência de concurso público.

Nessa linha, não há como se considerar lícito e regular o ingresso nos quadros do TRT da 13ª Região dos funcionários ativos e inativos e, ao mesmo tempo entender irregular a investidura dos instituidores das pensões, ou vice-versa. Tais situações de claro desrespeito à isonomia e à efetividade processual poderiam ser levadas a efeito no caso de proceder-se à separação de processos no presente caso.

Diante disso não deve prosperar o agravo interposto pelo MPF, uma vez que o caso de todos os funcionários, bem como dos instituidores das pensões, é o mesmo, haja vista terem ingressado sem concurso público no quadro do TRT da 13ª Região anteriormente à Constituição Federal de 1988, conforme se verifica na listagem de fls. 43/63, não devendo ser aplicado à questão apreciada o artigo 46 do CPC.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo, cassando, desde já, a decisão que antecipou os efeitos da tutela recursal, para que não se promova o desmembramento do processo 93.00001627-0 em relação aos 34 pensionistas, devendo-se reunir as ações para que sejam julgadas simultaneamente, na forma do artigo 253 c/c o 105 do CPC.

É como voto.

## **AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 1.309-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA  
Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Agravada: CLEONICE CLAUDINO DE OLIVEIRA

**EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. UNIFICAÇÃO DE PENAS. RÉU SENTENCIADO POR JUIZ FEDERAL E RECOLHIDO EM ESTABELECIMENTO PENAL ESTADUAL. INCIDENTES ATINENTES À EXECUÇÃO PENAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. ENUNCIADO DA SÚMULA Nº 192 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO. CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA.**

**- Conforme precedente do Superior Tribunal de Justiça, “uma vez tendo o réu que cumprir pena, mesmo provisória, imposta pela Justiça Federal, em estabelecimento prisional sujeito à administração estadual, é da competência da Vara das Execuções Penais do Estado o processamento e julgamento dos incidentes da execução”.**

**- Enuncia a Súmula nº 192 do STJ que “compete ao Juízo das execuções penais do estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos a administração estadual”.**

**- Confirma-se a decisão recorrida que declinou da competência da Justiça Federal (8ª Vara/AL) para o Juízo de Direito das Execuções Criminais do Estado de Alagoas (Maceió), localidade onde a sentenciada, ora agravada, cumpre a pena em estabelecimento prisional sob administração do Estado de Alagoas.**

**- Agravo em Execução Penal não provido.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo em execução penal, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 9 de julho de 2009 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de Agravo em Execução Penal manejado pelo Ministério Público Federal, nos autos da Execução Penal nº 2006.80.01.000160-4, instaurada contra a sentenciada Cleonice Claudino de Oliveira, atualmente recolhida ao Presídio Feminino Estadual de Santa Luzia, em Maceió/AL, em face de decisão do Exmo. Sr. Juiz Federal da 8ª Vara/AL, Dr. Rubens de Mendonça Canuto Neto, que, nos termos do Enunciado da Súmula nº 192 do egrégio STJ e, em conformidade com o artigo 111 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais), declinou a competência dos autos da referida Execução Penal para a egrégia Justiça Estadual de Maceió/AL, que decidirá, através do Juízo de Direito das Execuções Penais Estadual, inclusive, para fins de unificação das penas aplicadas à sentenciada, ora agravada.

Argumenta o impetrante que a natureza do estabelecimento de cumprimento da pena não possui o condão de deslocar a competência jurisdicional para o processamento do feito, mormente quando competência está determinada na Constituição Federal, no seu artigo 109.

Aduz, ainda, que a Constituição atribuiu competência material à Justiça Federal levando em conta a natureza formal do interesse protegido, o qual não se exaure com a prolação da sentença condenatória, afirmando que “compete ao juízo federal que proferiu a

sentença a execução das respectivas penas, em face do disposto no art. 65 da Lei nº 7.210/84 e art.109 da CF”.

Pugna, ao final, pelo conhecimento do agravo e seu provimento para determinar que retornem os autos da Execução Penal movida contra a sentenciada, ora agravada, ao Juízo Federal da 8ª Vara/AL, a quem cabe, inclusive, unificar as penas aplicadas pela Justiça Federal, independentemente de o Estabelecimento Penal em que esteja recolhida ser Estadual.

Parecer Ministerial (fls. 44/45) da lavra do Exmo. Sr. Procurador da República, Dr. Luciano Mariz Maia, que opinou pelo não provimento do agravo, ao argumento de que a sentenciada, ora agravada, está cumprindo pena em estabelecimento prisional estadual, circunstância esta, inclusive, que faz incidir o enunciado da Súmula nº 192 do Superior Tribunal de Justiça, que afirma competir à Justiça Estadual a apreciação dos incidentes da execução penal, inclusive, sobre a unificação das penas.

É o que havia de relevante para relatar.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

A controvérsia jurídica posta no presente agravo em execução penal versa acerca da possibilidade de preso federal, que cumpre pena em estabelecimento penal estadual, ver seus incidentes criminais, surgidos no curso da execução da pena provisória, mais especificamente o instituto, ora requerido, o da unificação de penas, apreciados por um Juízo de Direito Estadual, que exerce a função jurisdicional na Comarca do referido estabelecimento estadual.

Passo à análise.

Inicialmente, registre-se que é no processo de execução penal que se resolve um conflito natural entre o Estado, objetivando a satisfação da pretensão executória, e o condenado (reeducando), com expectativa de obter a liberdade, através de um sistema gradativo de cumprimento de pena.

A execução criminal tem inescindível caráter de processo judicial, que, por isso, como garantia que é do réu, deve observar os princípios constitucionais respectivos. Não é possível o Juiz da Execução excluir algum benefício prisional, quer indeferindo-o quer revogando-o, sem a observância do devido processo legal, fazendo ouvir previamente o réu e assegurando a ele a assistência técnica indispensável a que se observe o preceito constitucional do contraditório (Nesse sentido TACRIM-SP - HC nº 132.753/5, 5ª C.Cr., Rel. Juiz Aduino Suannes).

Desde o advento da Lei nº 7.210/84 (Lei da Execução Penal), as decisões que, em sede de execução criminal, dispõem sobre soma ou unificação de penas, sujeitam-se a reexame pelo recurso do agravo previsto no artigo 197 da referida lei, e não mais sob o manto do recurso em sentido estrito previsto no artigo 581, XVII do CPP, em face de revogação expressa no artigo 204 da Lei nº 7.210/84.

A despeito disso, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 700 que enuncia: “É de cinco dias o prazo para interposição de agravo contra decisão do juiz da execução penal”.

Logo, reputando presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço do presente agravo em execução penal.

Inicialmente, importa registrar que conforme informado na decisão recorrida (fl. 35) a sentenciada, ora agravada, cumpre pena em estabelecimento prisional sujeito à administração estadual e, conforme teor da mesma decisão, o Juízo Federal da 8ª Vara/AL declarou-se absolutamente incompetente para executar e processar os autos da execução penal remetendo-os para a e. Justiça Estadual do Estado de Alagoas. Confirmam-se os seguintes excertos da decisão recorrida (fl. 35):

(...) Cuida-se de Execução Penal instaurada em desfavor de Cleonice Claudino de Oliveira, a qual já figura no pólo passivo da Execução Penal nº 2006.80.01.000160-4, que foi remetida à Justiça Estadual da Comarca de Maceió em face da condenada se encontrar recolhida ao Presídio Feminino Santa Luzia, em Maceió/AL.

Por força, do disposto no artigo 111 da Lei nº 7210/85, sobrevindo nova condenação, quando já em curso Execu-



ção de Pena derivada de condenação em processo penal distinto, o regime de cumprimento da pena será lastreado na soma ou unificação das penas, devendo ser observado a detração ou a remição, quando do cálculo do total das penas a serem unificadas.

Em conformidade com a certidão retro, verifica-se que a Execução Penal nº 2006.80.01.000160-4, foi remetida à Justiça Estadual da Comarca de Maceió em face da condenada se encontrar recolhida no Presídio Feminino Santa Luzia, em Maceió/AL, o que fez incidir o disposto na Súmula nº 192 do Egrégio STJ que preceitua, *in verbis*:

competete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à Administração estadual.

Em face disso, acolho o enunciado da Súmula 192 do STJ para determinar a remessa dos presentes autos à Justiça Estadual de Maceió/AL, inclusive para fins de unificação das penas, em conformidade com o disposto no art. 111 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

Mercê do exposto:

a) declino a competência em favor do Juízo Estadual de Maceió/AL. (...)

Convém esclarecer que se encontra pacificado o entendimento sobre ser da competência da Justiça Estadual a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual, consoante Preceito Sumular 192 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, destaco os seguintes acórdãos, que, *mutatis mutandis*, assim asseveram:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZO ESTADUAL E JUÍZO FEDERAL. EXECUÇÃO PENAL. RÉ CONDENADA PELO JUÍZO FEDERAL. EXECUÇÃO INICIADA EM ESTABELECIMENTO PENAL ESTADUAL. PROGRESSÃO DE REGIME. SOLUTA DA APENADA MEDIANTE CONDIÇÕES. COMPETÊNCIA QUE PERMANECE COM O JUÍZO ESTADUAL. SÚM.192/STJ. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTADUAL.

1. “Competete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a esta-

belecimentos sujeitos à administração estadual” (Súmula 192/STJ).

2. Portanto, ainda que a apenada, agraciada com a progressão para o regime semi-aberto, não mais se encontre encarcerada, a competência para dirimir os demais incidentes da execução permanecem com o Juízo Estadual, notadamente, quando várias condições foram estabelecidas para a manutenção da liberdade, havendo, inclusive, possibilidade de regressão para o regime mais gravoso. Precedentes.

3. Competência da Justiça Estadual.

(STJ, 3ª Seção, CC 88905-MT, Jane Silva - Desembargadora convocada do TJ/MG, DJ08/11/2007, p.160).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONDENAÇÃO NA JUSTIÇA FEDERAL. EXECUÇÃO DA PENA. PRESÍDIO SOB ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. SÚMULA Nº 192 DO STJ. LIVRAMENTO CONDICIONAL. MUDANÇA DE ENDEREÇO. ART. 133 DA LEP. MANUTENÇÃO DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA.

**1. Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados recolhidos em presídios sujeitos à administração estadual**, inclusive dos condenados em gozo de benefícios assegurados pela LEP. Incidência do comando da Súmula nº 192 do STJ.

2. Concedida a liberdade condicional, a mudança de domicílio do réu, que deve ser precedida de autorização, não opera a transferência da competência do Juízo da execução originário, mas cabe a este expedir carta precatória, devidamente instruída com cópia da sentença do livramento, ao Juízo da nova localidade para onde houver se transferido o réu, a fim de que lá seja fiscalizado o cumprimento das condições. Inteligência do art. 133 da LEP.

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da Vara das Execuções Penais da Comarca de Marília/SP para decidir acerca da eventual revogação do livramento condicional, bem como quaisquer outros incidentes na execução.

(STJ, 3ª Seção, CC 38175-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 14/06/2004, p.157). (Grifamos)

*HABEAS CORPUS*. SENTENÇAS PENAIS CONDENA-TÓRIAS: DUAS DA JUSTIÇA FEDERAL E UMA DA ESTADUAL. PRISÃO CAUTELAR EM APENAS UM DOS PROCESSOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA SOMENTE DESTES. RÉU PRESO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL DO ESTADO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA E RECURSAL DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

1. Uma vez tendo o réu que cumprir pena, mesmo provisória, imposta pela Justiça Federal, em estabelecimento prisional sujeito à administração estadual, é da competência da Vara de Execuções Penais do Estado o processamento e julgamento dos incidentes da execução. A competência da Justiça Comum Estadual, nesse caso, é ordinária – originária e recursal –, não sendo caso de delegação de competência federal.

(.....)

(STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC - 89711/SP, QUINTA TURMA, Decisão: 20/05/2008, DJE, DATA: 09/09/2008, Relator LAURITA VAZ).

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. SENTENCIADO POR JUIZ FEDERAL E RECOLHIDO A PRESÍDIO ESTADUAL. ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. JUIZ DE DIREITO DA VARA DE EXECUÇÕES PENAIS ESTADUAL. COMPETÊNCIA. SÚMULA 192 DO STJ.

I. Compete ao Juízo das execuções penais do respectivo Estado da federação examinar qualquer pedido relativo à execução de pena, ainda que seja a execução provisória, encontrando-se o condenado pela Justiça Federal cumprindo pena em presídio estadual.

II. Incidência da Súmula 192 do STJ, *verbis*: Compete ao Juízo das execuções penais do estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos a administração estadual.

III. Remessa dos autos ao Juízo das Execuções Criminais de Fortaleza, Ceará, competente para o processamento e julgamento do recurso.

(TRF 5ª R. - AGEXP 2006.81.00.018577-0 - 4ª T. Relª Desª Fed. Margarida Cantarelli - DJU 27.02.2007 - p.589)

**HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. COMPETÊNCIA. AUTORIDADE COATORA.**

Em sendo a autoridade coatora juiz de direito – a quem compete a execução das penas determinadas tanto pela Justiça Estadual quanto pela Justiça Federal –, é competente o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina para julgamento do *habeas corpus*. (TRF 4ª R. - HC 2006.04.00.031705-8 - 7ª T. - Relª Desª Fed. Maria de Fátima Freitas Labarrère - DJU 24.01.2007)

Nos termos do que dispõe o artigo 108, I, d, da Constituição da República e consoante o entendimento cristalizado no Enunciado nº 192 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, não compete ao Tribunal Regional Federal apreciar o pedido de *habeas corpus* impetrado em favor do paciente recolhido ao estabelecimento penitenciário estadual, nada obstante a prisão decorra de sentença condenatória proferida pela Justiça Federal, pois a autoridade coatora é o juiz de direito da Vara de execução penal que preside o cumprimento da pena. II. Conflito negativo de competência suscitado ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, com base no art. 105, I, d, da Constituição da República em interpretação conjunta com o artigo 114, I do Código de Processo Penal

(TRF 2ª R. - HC 2006.02.01.009411-6 - 2ª T.Esp. - Rel. Des. Fed. André Fontes - DJU 05.12..2006 - p.240).

Assim reconheceu o Juízo Federal da 8ª Vara/AL a **incompetência da Justiça Federal para apreciar o incidente de execução penal**, e determinou que fossem remetidos os autos para o juízo da execução penal estadual, por entender ser aquele órgão julgador competente para exercer a função jurisdicional relativa aos incidentes surgidos no curso da execução da pena, em observância à disposição do enunciado da Súmula nº 192 do STJ.

O Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido de que a competência para apreciar pedidos incidentais na execução penal, estando o detento a cumprir pena em estabelecimento estadual, é do Juízo ao qual encontra-se vinculado o apenado, com recurso para o respectivo tribunal, embora se cuide de sentença proferida pela Justiça Federal.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado daquela Superior Instância.

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO CONTRA DECISÃO DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. SENTENCIADO PELA JUSTIÇA FEDERAL. CUMPRIMENTO DE PENA EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL DO ESTADO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL.

1 - Esta Corte tem se posicionado no sentido de que a competência para apreciar pedidos incidentais na execução penal, estando o detento a cumprir pena em estabelecimento estadual, é do Juízo ao qual encontra-se vinculado o apenado, com recurso para o respectivo Tribunal, embora se cuide de sentença proferida pela Justiça Federal.

2 - Compete ao Tribunal Estadual conhecer e julgar *habeas corpus* impetrado contra ato de Juízo estadual da Vara de Execuções Criminais, ainda que a condenação seja proveniente da Justiça Federal.

3 - Conflito conhecido para determinar competente o suscitado, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

(Superior Tribunal de Justiça, CC Nº 95575/SP, decisão unânime da Terceira Seção, Relator Ministro OG FERNANDES, *DJE* 21/10/2008) (grifos acrescidos)

Na mesma senda foi decidido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Verbis*:

*HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. COMPETÊNCIA. AUTORIDADE COATORA. Em sendo a autoridade coatora juiz de direito – a quem compete a execução das penas determinadas tanto pela Justiça Estadual quanto pela Justiça Federal –, é competente o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina para julgamento do *habeas corpus*. (TRF 4ª R. - HC 2006.04.00.031705-8 - 7ª T. - Relª Desª Fed. Maria de Fátima Freitas Labarrère - *DJU* 24.01.2007)

I. Nos termos do que dispõe o artigo 108, I, *d*, da Constituição da República e consoante o entendimento cristalizado no Enunciado nº 192 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, não compete ao Tribunal Regional Federal apreciar o pedido de *habeas corpus* impetrado em favor do paciente recolhido ao estabelecimento penitenciário estadual, nada obstante a prisão decorra de sentença condenatória proferida pela justiça federal, pois a autoridade coatora é o juiz de direito da Vara de execução penal que preside o cumprimento da pena.

II. Conflito negativo de competência suscitado ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, com base no art. 105, I, *d*, da Constituição da República em interpretação conjunta com o artigo 114, I, do Código de Processo Penal. (TRF 2ª R. - HC 2006.02.01.009411-6 - 2ª T.Esp. - Rel. Des. Fed. André Fontes - *DJU* 05.12..2006 - p.240).

Reforçam tal entendimento, os registros de julgados colocados no Parecer Ministerial de fls. 44/45, valendo suas transcrições:

(...) Não é só no STJ que sustenta o entendimento da competência do juízo estadual da execução penal para decidir pela unificação das penas. O Supremo Tribunal Federal tem esse entendimento há bastante tempo, como bem ilustram os arestos a seguir colacionados:

“EMENTA - Competência: execução penal: condenados pela Justiça Federal que cumprem pena em estabelecimento estadual: competência da Justiça Estadual: inteligência do art.109, par. 3º, da Constituição, que, atenta as peculiaridades da questão, adequadamente deslocou, da noção puramente geográfica de comarca para o caráter estadual ou federal do estabelecimento penitenciário do cumprimento da pena, o critério de determinação da competência para a execução.

(RE 14318. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/04/1994)

EMENTA: [...] tanto o juízo da existência do crime continuado, quanto, se for o caso, a unificação das penas, hão de proceder-se no juízo da execução.

(HC 81134, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 07/08/2007)

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO. UNIFICAÇÃO DE PENAS. PEDIDO DE EXTENSÃO DE JULGADO QUE BENEFICIOU CO-RÉU. 1 - O pedido de unificação de penas deve ser dirigido, originariamente, ao Juízo das Execuções Criminais (art.66, III, *a*, da Lei de Execução Penal - Lei nº 7.210/84).

(HC73268, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/1996).”

Ante o exposto, não vislumbro óbice ao acompanhamento e fiscalização da execução da pena imposta à sentenciada Cleoni-

ce Claudino de Oliveira pelo Juízo de Direito da Execução Criminal do Estado de Alagoas, por entender ser esse órgão julgador competente para exercer a função jurisdicional relativa aos incidentes surgidos no curso da execução da pena, inclusive no que concerne, especificamente, ao pleito ora requerido, no quanto da unificação de penas, em observância à regra do art. 66, letra *f*, da Lei de Execução Penal, aos reiterados acórdãos do STJ sobre a matéria, e ainda em obediência ao enunciado da Súmula nº 192 daquela Superior Instância.

*Ex positis*, nego provimento ao agravo em execução penal.

### **AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 4.014-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (PRESIDENTE)  
Agravante: ALUIZIO BORGES DE CARVALHO NETO  
Agravada: UNIÃO  
Adv./Proc.: DR. FÁBIO BONAVIDES DE CASTRO (AGRTE.)

***EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INOMINADO. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. SERVIDOR PÚBLICO. REMOÇÃO A PEDIDO. LESÃO À ORDEM ADMINISTRATIVA. EFEITO MULTIPLICADOR. INOCORRÊNCIA.***

***- A teor do art. 4º da Lei nº 8.437/92, a suspensão de liminares proferidas contra o Poder Público somente é concedida quando ficar demonstrado que, do cumprimento imediato desse provimento judicial, ocorrerá ofensa a manifesto interesse público/flagrante ilegitimidade e grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.***

***- Hipótese em que os pressupostos legais para o deferimento da medida e o efeito multiplicador resultante da execução da decisão que se pretende sustar não estão concretamente compro-***

**vados, sendo certo que a mera presunção de sua ocorrência não se coaduna com o escopo maior deste incidente processual.**

**- Ao encerrar nítida feição recursal, o incidente acha-se dissociado dos fins delineados na norma acima referida, pelo que, não deve subsistir o pleito suspensivo albergado na decisão agravada.**

**- Agravo regimental provido.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que figuram como partes as acima identificadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, dar provimento ao agravo regimental, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 1º de julho de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Presidente

## **RELATÓRIO**

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

Cuida-se de agravo inominado interposto por Aluizio Borges de Carvalho Neto contra decisão em que se deferiu pedido de suspensão de execução de antecipação de tutela, deferida para garantir a lotação provisória do agravante, Procurador da Fazenda Nacional, de Brasília para Fortaleza, por motivo de saúde de seus pais.

O agravante pugna pela reforma do *decisum*, aduzindo que: a) mediante extensa documentação, restou demonstrado que o seu genitor sofre de transtorno afetivo bipolar e que a mãe, após ter sofrido um infarto agudo do miocárdio, padece de artrite reumatóide deformante; b) seu pai, pelo mal apresentado, foi aposentado por invalidez; c) comprovou, pelos documentos juntados aos



autos do agravo de instrumento, a dependência econômica dos pais; d) o caso não reflete manifesta lesão aos interesses tutelados pela Lei nº 8.437/92, nem afronta o interesse público.

Intimado para contra-arrazoar o agravo, a União de manifestou às fls. 316/326, aduzindo a inexistência de direito subjetivo à remoção, ante a falta de atendimento aos requisitos erigidos na Lei nº 8.112/90. Por fim, sustenta restar demonstrada grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, ao argumento de que a medida impugnada, ao efetivar lotação de membro da instituição, adentraria, indevidamente, na seara da discricionariedade administrativa, interferindo na autonomia funcional e administrativa da agravada.

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 328/333, opinou pelo provimento do agravo.

É o relatório.

## **VOTO**

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

Cuida-se de agravo inominado interposto por Aluizio Borges de Carvalho Neto visando restabelecer medida antecipatória da tutela, deferida para garantir sua remoção, de Brasília para Fortaleza, por motivo de saúde de seus pais.

A análise da questão a ser dirimida há de ser feita em perfeita sintonia com o objetivo da suspensão de segurança, que consiste em subtrair a eficácia de decisão desfavorável à Fazenda Pública quando presentes os seguintes requisitos: manifesto interesse público/flagrante ilegitimidade do provimento de urgência deferido e grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

Convém destacar, outrossim, que o referido incidente processual não comporta o exame do mérito da controvérsia principal, o qual deverá ser promovido nos autos do feito originário ou mesmo em sede do recurso adequado. A suspensão de segurança, repita-se, deve ser manejada exclusivamente para se afastar a ameaça iminente de profunda lesão a um dos valores públicos tutelados por lei.

Para ilustrar, transcrevo o *caput* do art. 4º da Lei nº 8.437/92:

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.

*In casu*, não vislumbro a presença dos pressupostos legais.

Com efeito, limitou-se a requerente a sustentar a possibilidade de grave lesão à ordem pública, considerada na acepção ordem administrativa, sem trazer aos autos quaisquer elementos que demonstrem o potencial ofensivo aos bens juridicamente protegidos, sendo certo que a mera presunção de sua ocorrência não se coaduna com o escopo maior da suspensão de liminar, sendo, portanto, insuficiente para o seu acolhimento. A esse respeito, conferir: STJ, CE, AgRg na SLS 191/PE, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJ* 10.04.06, p. 94.

Tal argumento também serve de lastro para afastar o alegado efeito multiplicador da decisão que se pretende sustar, visto que o mero temor do ajuizamento de ações semelhantes não assegura a concessão da medida extrema.

Vê-se, tal como sustentado pelo *Parquet* (fl. 331), que a medida ora intentada acha-se dissociada dos fins delineados na norma acima referida, pois encerra nítida feição recursal.

Acerca do assunto, colaciono os julgados a seguir:

AGRAVO INTERNO. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. ICMS. INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE CONTRIBUINTES. LESÃO À ORDEM JURÍDICA. INVIABILIDADE DE ALEGAÇÃO NA MEDIDA EXCEPCIONAL. EFEITO MULTIPLICADOR NÃO DEMONSTRADO. ALEGAÇÕES GENÉRICAS E INCONSISTENTES. NÃO CONFIGURADA LESÃO AOS BENS TUTELADOS NA NORMA DE REGÊNCIA (LEI Nº 4.348/64, ART. 4º).

- “A expedita via da suspensão de segurança não é própria para a apreciação de lesão à ordem jurídica. Em consequência, não há espaço para o exame de eventuais *error in procedendo* e *error in iudicando*, o qual se acha assegurado pelo ordenamento jurídico nas vias ordinárias, através dos meios adequados. Se fosse diferente, a Presidência tornar-se-ia instância revisora das decisões emanadas dos Tribunais de Justiça e dos Regionais Federais” (AgRg na SS nº 1.302-PA, Relator Ministro Nilson Naves).

- Para caracterizar o efeito multiplicador de ações idênticas, mister a demonstração inequívoca, não bastando a mera alegação.

- Alegações genéricas e inconsistentes não encontram amparo para justificar o deferimento da medida extrema e excepcional como é a suspensão, de que tratam as Leis nº 8.437/92 e 4.348/64. Agravo não provido.

(STJ, Corte Especial, AGSS 1596-MA, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 21.08.06, p. 204).

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. INDEFERIMENTO. OFERTA DE VAGAS A CANDIDATOS APROVADOS EM MESMO CONCURSO PÚBLICO. DIREITO DE PREFERÊNCIA. REMOÇÃO. GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA ADMINISTRATIVA NÃO CONFIGURADA. PRETENSÃO RECURSAL MANIFESTA. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS. DESCABIMENTO. PRECEDENTES.

1. A via estreita da suspensão de decisão proferida na tutela antecipada contra a pessoa jurídica de direito público não comporta apreciação do mérito da controvérsia principal, matéria que deve ser apreciada na via recursal adequada.

2. Não restando evidenciada grave lesão à ordem pública administrativa, nem ofensa aos demais bens jurídicos protegidos pelas Leis nº 4.348/64 e nº 9.494/97, quais sejam: à saúde, à segurança e à economia públicas, há que ser indeferido o pedido de suspensão.

3. Propósito evidente do manejo da contracautela excepcional como substitutivo da instância recursal adequada.

4. Precedentes da Corte (AgRgSS nº 718/BA, Agp 1057/DF).

5. Agravo a que se nega provimento.

(STJ, Corte Especial, AgRg na STA 067/PE, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 20.09.04, p. 171).

Conferir, ainda, os seguintes arestos do egrégio STJ: AASLS 155-SP, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJ*01.02.06, p. 371, e AGRSL 38-MA, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJ* 19.09.05, p. 171.

Assim, não tendo a requerente logrado êxito em comprovar o potencial danoso aos interesses públicos albergados pela Lei nº 8.437/92, deve ser reformada a decisão agravada, na qual se albergou o pleito suspensivo.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo para, revogando a decisão de fls. 34/38, indeferir o pleito de suspensão.

É como voto.

### **AGRAVO REGIMENTAL NO PRECATÓRIO Nº 63.184-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (PRESIDENTE)

Requerentes: VENÍCIO TADEU DE ARAÚJO, JOSÉ ADEILDO PESSOA, JOSÉ ADONES DE OLIVEIRA BEZERRA, JOSÉ ADEI PEREIRA GUERREIRO, JOÃO JOSÉ CURY E JOSÉ ADAILTON BASSETI

Requerida: UNIÃO

Agravantes: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL - ANSEF E OUTROS

Advs./Procs.: SARMENTO, CAMARGO & SARMENTO ADVOCACIA E CONSULTORIA E OUTROS (REQTES.) E GUSTAVO VELOSO DE MELO E OUTROS (AGRITE.)

***EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PRECATÓRIO. QUESTÕES INCIDENTAIS SURGIDAS APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DOS EMBARGOS. PENDÊNCIA DE APRECIÇÃO DE RECURSOS EXCEPCIONAIS. INVIABILIZAÇÃO DA EXPEDIÇÃO DO REQUISITÓRIO. INOCORRÊNCIA. SOBRESTAMENTO.***

- Preliminar de ilegitimidade ativa recursal afastada, nos termos do art. 5º, inciso XXI, da Constituição Federal.**
- A certeza do título executivo judicial resulta do julgamento definitivo do último recurso veiculado em sede de embargos, de modo que os incidentes surgidos depois de fixado o montante devido não têm o condão de inviabilizar a expedição da requisição de pagamento.**
- Hipótese em que, após o trânsito em julgado dos embargos à execução, o decisum que definiu o quantum debeatur foi impugnado mediante agravo de instrumento, já devidamente examinado, estando pendente de apreciação, porém, os recursos excepcionais interpostos contra o ato judicial que o apreciou, pendência esta que não deve acarretar o seu cancelamento, mas sim o sobrestamento.**
- Precedentes desta egrégia Corte.**
- Preliminar rejeitada. Agravo inominado parcialmente provido.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, por maioria, dar parcial provimento ao agravo regimental, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 1º de julho de 2009 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Presidente

## **RELATÓRIO**

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

Trata-se de agravo inominado interposto contra decisão da Presidência desta eg. Corte que determinou o cancelamento do presente precatório.

Os agravantes sustentam, em síntese, que: a) diante da função meramente administrativa exercida pelo Presidente do Tribunal, no processamento da referida requisição, a competência para cancelá-lo pertence ao juiz da execução, nos termos do art. 13 da Resolução nº 559/07-CJF; b) a interposição de agravo de instrumento contra o *decisum* que definiu o *quantum* devido, ao qual não se emprestou efeito suspensivo, não é suficiente para que se cancele o precatório, mormente se levado em consideração que o provimento jurisdicional exarado pelo eg. STJ, no recurso especial em embargos à execução, já havia passado em julgado; c) os assuntos discutidos no aludido agravo de instrumento abarcam, apenas, questões já encobertas pelo manto da preclusão e objetivam eternizar a discussão da conta de liquidação.

Em sede de contra-razões, a União suscitou, preliminarmente, a ilegitimidade ativa recursal da Associação Nacional dos Servidores do Departamento de Polícia Federal, já que não é parte nestes autos, e a necessidade de regularização da representação processual dos beneficiários deste requisitório. No mérito, pugna pelo improvimento do agravo regimental.

O Ministério Público Federal, no seu parecer, opinou pelo não conhecimento do recurso ou, se conhecido, pela legitimidade ativa do órgão associativo, acrescentando, no tocante ao mérito, que a irresignação interposta contra a decisão que homologou os cálculos, independentemente do seu conteúdo, impede seja o título considerado líquido e, em consequência, a expedição do precatório.

É o relatório.

## VOTO

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

Inicialmente, afasto a preliminar de ilegitimidade ativa recursal da ANSEF, com fulcro no disposto no art. 5º, inciso XXI, da Constituição Federal.

Acrescente-se, a propósito, que não é demais destacar que o agravo nominado foi interposto, também, pelos próprios requerentes do presente precatório, de modo que a incursão no cerne do tema não fica inviabilizada.

Há que se salientar, em relação à representação processual dos beneficiários da requisição de pagamento, que é dispensável a juntada de nova procuração, a teor do que dispõe o art. 254, II, do CPC, presumindo-se que o instrumento do mandato restou acostado aos autos do feito principal, não tendo sido demonstrado o contrário pela União, ônus este que lhe pertencia.

Quanto à prefacial de incompetência do Presidente do Tribunal para cancelar/suspender o precatório, entendo que a mesma está envolta no próprio mérito da questão, merecendo ser apreciada juntamente com este, logo a seguir.

Para melhor explicitar o caso em apreço, convém registrar que a ANSEF - Associação Nacional dos Servidores do Departamento de Polícia Federal ajuizou ação ordinária com o objetivo de implantar, nos vencimentos dos substituídos, a Gratificação de Operações Especiais-GOE, bem como de pagar os atrasados. Os pedidos foram acolhidos pelo juízo de primeiro grau e, posteriormente, confirmados por este Regional.

Em cumprimento à determinação judicial, foram promovidas mil e trezentas execuções autônomas, cada uma com cinco exequentes, para fins de economia e celeridade processual, todas embargadas e submetidas, em sede recursal, ao egrégio Superior Tribunal de Justiça, que definiu os seus contornos, tendo o acórdão exarado pela Corte Superior transitado em julgado.

Superados os embargos, a parte credora passou a apresentar os respectivos cálculos, em cada um dos feitos, e as decisões que estipularam os valores devidos foram impugnadas mediante agravos de instrumento pela União.

Como os referidos recursos foram julgados desfavoravelmente ao referido ente público, inclusive aquele agravo que primeiro enfrentou esse assunto (AGTR nº 67.515 – o qual foi extraído dos autos da execução adotada como parâmetro para ter impulso processual), determinou-se a expedição dos competentes precatórios.

rios, apesar de ainda estarem pendentes de análise os recursos excepcionais de alguns deles.

A questão, pois, reside em saber se é possível expedir o precatório quando ainda não transitou em julgado a decisão que fixou o *quantum debeatur*, embora ela tenha sido proferida posteriormente ao trânsito em julgado dos embargos à execução.

De logo, ressalto que o Plenário deste egrégio Tribunal já enfrentou a matéria em inúmeras oportunidades e, seguindo a linha de entendimento esposada em voto condutor da lavra do em. Desembargador Federal Lázaro Guimarães, pronunciou-se no sentido de que a certeza do título executivo judicial resulta do julgamento definitivo do último recurso veiculado em sede de embargos, de modo que os incidentes surgidos depois de fixado o montante devido não têm o condão de inviabilizar a expedição da requisição de pagamento, sob pena de ser procrastinada por um bom tempo. Eis as ementas dos arestos:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PRECATÓRIO REGULARMENTE EXPEDIDO. PENDÊNCIAS DE RECURSOS EXCEPCIONAIS RELATIVOS A INCIDENTES POSTERIORES AO TRÂNSITO EM JULGADO DOS EMBARGOS. AGRAVO PROVIDO.

(TRF-5ª R., Pleno, PRC 61438/01/AL, Rel. p/ o acórdão Des. Federal Lázaro Guimarães, DJ 01.09.08, p. 567).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PRECATÓRIO. COMPETÊNCIA. QUESTÕES INCIDENTES.

1. A competência monocrática do Presidente do Tribunal em matéria de precatório é de ordem formal ou Administrativa, não podendo penetrar no mérito dos pagamentos, porque senão isso seria permitir a rediscussão de matéria já resolvida jurisdicionalmente.

2. O incidente posterior à regular expedição do precatório e, *a fortiori*, após o trânsito em julgado da sentença de execução contra a Fazenda Pública, não tem eficácia suspensiva, ainda mais que já decididos os agravos interpostos.

3. Precedentes deste Tribunal Regional Federal.

4. Agravo regimental provido.

(TRF-5ª R., Pleno, PRC 62037/01/AL, Rel. p/ o acórdão Des. Federal Marcelo Navarro, DJ 29.09.08, p. 269).



No mesmo sentido, confirmam-se, ainda, os seguintes precedentes desta Corte, todos apreciados pelo Plenário numa mesma sessão: PRC 61.450/01-AL, PRC 61.451/01-AL, PRC 61.439/01-AL, PRC 62.644/01-AL, PRC 62.429/01-AL, PRC 62.642/01-AL, PRC 62.041/01-AL, PRC 62.038/01-AL.

É interessante, por oportuno, trazer à baila os motivos que fundamentaram o voto condutor de alguns dos julgados acima colacionados, os quais adoto como razões de decidir.

O teor do pronunciamento emitido pelo em. Desembargador Federal Lázaro Guimarães, no julgamento do Agravo no Precatório nº 61.438-AL, ocorrido em 30.07.08, está assim exposto:

Tenho posição firmada sobre o assunto, que é idêntica ao entendimento majoritário adotado neste egrégio Tribunal, no sentido de que o trânsito em julgado para conferir a certeza do título se dá com o julgamento do último recurso cabível, nos embargos à execução, o que, na verdade, ocorreu. As discussões que venham a se travar, em face da demanda do executado, podem impedir *ad infinito* a expedição de precatório. Essas discussões podem ser abertas, mas num limite à expedição do precatório. O precatório pode ser expedido, uma vez que transite em julgado os embargos à execução oferecidos na execução do art. 730 do Código Civil (*sic*), pela Fazenda Pública.

No caso sob exame, houve agravo de instrumento da decisão que fixou o *quantum debeatur*. **Isso, nós temos solucionado, quando pendente de julgamento, ainda, o agravo de instrumento, julgamos, por exemplo um processo em que a posição do egrégio Pleno foi no sentido de que é válida a expedição do precatório, mas fica suspensa a finalização dessa requisição de pagamento até o trânsito em julgado da decisão.** Contudo, esse não é o caso, porque os agravos de instrumento já foram todos julgados e não há irregularidade na expedição dos precatórios. (...) (Grifei)

No caso em apreço, importa ressaltar que o agravo de instrumento nº 79.268/AL ainda não teve um desfecho, uma vez que pendentes de apreciação os recursos excepcionais interpostos contra o seu acórdão, os quais, inclusive, encontram-se sobrestados em razão da alegação de repercussão geral, consoante informa-

ções colhidas no sistema de informação processual deste egrégio Tribunal.

À vista do exposto, acompanhando os inúmeros precedentes deste egrégio Tribunal sobre a matéria, rejeito a preliminar suscitada e, no mérito, dou parcial provimento ao agravo inominado, para que o presente precatório fique sobrestado.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 246.545-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO

Apelantes: SUPERMERCADOS NORDESTÃO LTDA., ASSOC. DOS SUPERMERCADOS DO RIO GRANDE DO NORTE - ASSURN E BOMPRECO S/A - SUPERMERCADOS DO NORDESTE

Apelados: CARREFOUR COM/ IND/ LTDA. E SIND. DOS EMPREGADOS EM SUPERMERCADOS E SIMILARES DO RN - SINDSURPER

Advs./Procs.: DRA. RÚBIA LOPES DE QUEIROS E OUTROS (1º APTE.), EDMAR HENRIQUE DE ARAÚJO GADELHA E OUTROS (2º APTE.), REGINALDO MEDEIROS GOMES E OUTROS (3º APTE.), ROBERTO TRIGUEIRO FONTES E OUTROS (1º APDO.) E TERTULIANO CABRAL PINHEIRO (2º APDO.)

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. SUPERMERCADOS. FUNCIONAMENTO AOS DOMINGOS E FERIADOS. POSSIBILIDADE. DECRETO Nº 27.048/49. EQUIPARAÇÃO AOS MERCADOS E FEIRAS-LIVRES. LEI Nº 10.101/2000. DESNECESSIDADE DE ACORDO OU CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO PARA ABERTURA AOS DOMINGOS. LIMITAÇÃO DE HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO. LEGALIDADE. FERIADOS CIVIS E RELIGIOSOS. NECESSIDADE DE ACORDO OU CONVENÇÃO. LEI MUNICIPAL DE NA-**

**TAL/RN Nº 5.088/99.**

**- Pretensão dos Apelantes, Supermercados de Natal/RN, de permanecer exercendo as suas atividades aos domingos e feriados, sem a necessidade de celebração de acordo ou convenção coletiva de trabalho e sem limitação temporal, na forma da Lei nº 605/49 e do Decreto que a regulamenta – de nº 27.048/49.**

**- A jurisprudência pátria vem admitindo o funcionamento dos supermercados aos domingos e feriados, por se equipararem aos antigos mercados e feiras-livres, consoante previsão do art. 7º do Decreto nº 27.048/49.**

**- A Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000, expressamente autoriza, no seu art. 6º, o trabalho aos domingos do comércio varejista em geral, sem fazer qualquer distinção quanto ao ramo de atividade, nada dispondo sobre a necessidade de acordo ou convenção coletiva e trabalho, embora disponha que deva ser observada a legislação municipal sobre a matéria.**

**- Da análise conjunta das normas do Decreto nº 27.048/49, da Lei nº 10.101/2000 e da Lei Municipal nº 5.088/99, entende-se que para o funcionamento dos supermercados aos domingos, não se faz necessária a celebração de acordo ou convenção coletiva de trabalho, uma vez que nenhuma das normas a prevê, bastando apenas a autorização legislativa para o funcionamento dos supermercados aos domingos.**

**- Inexiste ilegalidade na limitação de horário para o funcionamento dos supermercados aos domingos, conforme o disposto na Lei Municipal nº 5.088/99 da Prefeitura de Natal.**

**- A Lei Municipal nº 5.088/99 admite o funcionamento dos supermercados nos feriados civis e religiosos, desde que haja acordo ou convenção coletiva de trabalho. Apelações e Remessa Necessária providas em parte.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento, em parte, às apelações e à remessa necessária, 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, 2 de julho de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Apelação da sentença que julgou procedente, em parte, Ação Ordinária ajuizada pelo Sindicato dos Empregados em Supermercados e Similares do Estado do Rio Grande do Norte - SINDSUPER, contra a União Federal, a Associação de Supermercados do Rio Grande do Norte - ASSURN, Supermercado Nordestão, Bompreço S/A - Supermercado do Nordeste e Supermercado Sirva-se e Carrefour, para reconhecer a possibilidade de abertura dos supermercados aos domingos no Município de Natal, porém após a celebração de acordo ou convenção coletiva de trabalho e com a limitação de horário preconizada na Lei Municipal nº 5.088/99 (entre as 8:00 e 18:00 h). Com relação aos feriados civis e religiosos, determinou a sentença a abertura dos supermercados nesses dias, sem a exigência de acordo ou convenção coletiva, adequando-se a abertura às exigências técnicas definidas na Lei nº 605/49 e Decreto nº 27.048/49. Condenou-se o Autor ao pagamento de 50% (cinquenta por cento) das custas processuais, e dos honorários advocatícios, no percentual mínimo de 10% (dez por cento) do valor conferido à causa na inicial.

Apelam o Supermercado Nordestão, o Bompreço S/A Supermercados do Nordeste, e o Carrefour Comércio e Indústria Ltda.,

sustentando, em preliminar, a existência de litispendência, porque já teria sido julgada a Ação Declaratória nº 97.1106-2, na qual a União pretendia a declaração de ilegalidade da abertura de supermercados em domingos e feriados, conjugada com a aplicação do Decreto nº 27.048/49; já o Sindicato pugna pela aplicação do citado Decreto, que prevê, em seu art. 7º, a necessidade de acordo e convenção coletiva para a abertura dos supermercados, requerendo a extinção da presente ação.

Afirmaram que o SINDSUPER ajuizou a Ação Cautelar Incidental nº 97.181-4, objetivando o fechamento dos supermercados no dia 1º de maio de 2000, e, na ação principal, requereu que os ditos estabelecimentos fechassem aos domingos e feriados, alargando em muito o pedido cautelar, de forma que a presente ação deveria ser extinta em face da ausência de congruência (ou correspondência) entre os pedidos formulados nas ações cautelar e “principal”.

No mérito, foi dito que o Decreto nº 27.048/49, que disciplinou o repouso semanal remunerado do trabalhador, permite o trabalho aos domingos e feriados, em feiras livres e mercados, não sendo específico quanto à abertura de supermercados, requerendo que a sentença exclua a necessidade de prévio acordo ou convenção coletiva de trabalho, para que os supermercados possam abrir aos domingos - fls. 338/351.

A ASSURN apelou, afirmando que o Decreto nº 96.467/90 realmente condicionava o funcionamento do comércio varejista em geral ao prévio acordo ou convenção coletiva entre empregados e empregadores; porém, com a edição da MP nº 1.539-34, em 07 de agosto de 1997, ficou autorizado o funcionamento do comércio varejista em geral sem a necessidade de prévio acordo ou convenção coletiva de trabalho - fls. 354/361.

Disse, ainda, que a Lei Municipal nº 5.088/99 não regulou, de forma específica, o funcionamento dos supermercados, além de ter extrapolado sua competência ao dispor que os supermercados, aos domingos, só poderiam funcionar entre as 8:00 e 18:00 h, e bem assim nos feriados civis e religiosos, com acordo prévio entre empregados e empregadores, enquanto o Decreto nº 27.048/49, norma federal, não estabeleceria qualquer restrição.

Sem contra-razões.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-  
LIANO (Relator):

A r. sentença recorrida merece reforma, em parte.

Sustentam o Supermercado Nordestão, o Bompreço S/A Su-  
permercados do Nordeste, e o Carrefour Comércio e Indústria Ltda.  
a existência de litispendência entre esta ação declaratória e a de  
nº 97.1106-2.

Nada obstante, subscrevo a bem lançada argumentação cons-  
tante da sentença, no que tange à suposta litispendência entre as  
referidas ações; no particular, confira-se:

De início, o caso em estudo não é mais de litispendência,  
mas sim de coisa julgada, uma vez que, ao examinar as  
cópias, juntadas aos autos, da ação declaratória em co-  
mento, vê-se que o Eg. TRF da 5ª Região já se pronunciou  
sobre o tema, rejeitando a apelação e confirmando a sen-  
tença proferida pelo Dr. WALTER NUNES DA SILVA JR.,  
Juiz Titular da Vara de origem, bem como a certidão do  
trânsito em julgado.

No entanto, o pronunciamento judicial definitivo acerca do  
que foi discutido naquela ação em nada altera a constata-  
ção de que não havia litispendência nem há que se falar  
em coisa julgada no tocante ao que está sendo discutido,  
uma vez que, apesar dos vários argumentos discorridos  
nas peças de defesa acostadas aos autos, além do fato  
de a presente lide gravitar em torno do mesmo tema (a  
abertura, ou a sua limitação, nos dias feriados civis e reli-  
giosos e aos domingos), a verdade é que a discussão lan-  
çada pelo Autor se baseia na modificação do estado de  
direito dos seus substituídos, em face da edição de nor-  
mas posteriores aos fatos examinados na Ação Declara-  
tória que tramitou na 2ª Vara, quais sejam, a Lei Municipal

nº 5.088/99 e a MP nº 1.769-54, além da não-apreciação, naquelas ações, do disposto no Decreto nº 99.467/90, que trata sobre o tema e que, segundo a inicial, confere o direito perseguido.

Torna-se claro que a causa de pedir, nesta segundo a lide, difere substancialmente da primeira, o que elide de uma vez por todas a arguição de coisa julgada, pelo que rejeito esta questão preambular.

Com relação à suposta incongruência entre esta Ação Ordinária e a Ação Cautelar Incidental nº 97.181-4, não assiste razão aos apelantes.

A Ação Cautelar ajuizada pelo Sindicato visava garantir o fechamento dos supermercados no dia 1º de maio de 1999 (fls. 44/46), e este pedido se revela congruente com o pedido formulado na ação principal, que consistia no fechamento dos supermercados em feriados religiosos e civis, entre os quais se inclui o feriado do dia do trabalho – o 1º de maio.

Cuida-se de saber, portanto, acerca da possibilidade de funcionamento dos supermercados do Município de Natal aos domingos, e nos feriados, na forma da Lei nº 605/49, e do Decreto que a regulamentou – o de nº 27.048/49 – sem o prévio acordo ou convenção coletiva entre empregados e empregadores, declarando-se a ilegalidade da legislação municipal, ato que limita o funcionamento comercial.

O Decreto nº 27.048/49 assim dispôs nos arts. 1º e 7º:

Art. 1º. Todo empregado tem direito a repouso remunerado, num dia de cada semana, preferencialmente aos domingos, nos feriados civis e nos religiosos, de acordo com a tradição local, salvo as exceções previstas neste Regulamento.

Art. 7º. **É concedida, em caráter permanente e de acordo com o disposto no § 1º do art. 6º, permissão para o trabalho nos dias de repouso a que se refere o art. 1º, nas atividades constantes da relação anexa ao presente Regulamento.**

Na relação a que se refere o art. 7º suprarreproduzido, as atividades relacionadas ao comércio são:

- 1) **Varejistas de peixe.**
  - 2) **Varejistas de carnes frescas e caça.**
  - 3) **Venda de pão e biscoitos.**
  - 4) **Varejistas de frutas e verduras.**
  - 5) **Varejistas de aves e ovos.**
- (...);
- 15) feiras-livres e mercados, inclusive os transportes inerentes aos mesmos.**

A Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000, com a redação dada pela Lei nº 11.603/2007, por sua vez, expressamente autorizou, no art. 6º, o trabalho aos domingos do comércio varejista em geral, sem fazer qualquer distinção do ramo de atividade; confira-se:

Art. 6º. Fica autorizado o trabalho aos domingos nas atividades do comércio em geral, observada a legislação municipal, nos termos do art. 30, inciso I, da Constituição. Parágrafo único. O repouso semanal remunerado deverá coincidir, pelo menos uma vez no período máximo de três semanas, com o domingo, respeitadas as demais normas de proteção ao trabalho e outras a serem estipuladas em negociação coletiva.

A nova redação da Lei nº 10.101/2000 prevê o respeito à Lei Municipal no tocante à abertura dos supermercados nos domingos e feriados.

A Lei Municipal nº 5.088/99 da Prefeitura de Natal prevê:

Art. 1º. Fica autorizado o comércio de bens e serviços aos domingos, no Município de Natal.

Parágrafo único: Em hipótese alguma, poderá o horário de funcionamento extrapolar o período compreendido entre 8:00 e 18:00 h.

Art. 2º. O funcionamento do comércio nos dias feriados, religiosos ou civis, dar-se-á mediante prévio acordo entre empregados e o empregador do estabelecimento comercial.

Analisando em conjunto as normas do Decreto nº 27.048/49, da Lei nº 10.101/2000 e da Lei Municipal nº 5.088/99, verifica-se que para o funcionamento dos supermercados aos domingos, não se faz necessária, segundo os dispositivos legais citados, a celebração de acordo ou convenção coletiva de trabalho, uma vez que



nenhuma das normas acima transcritas a prevê, bastando apenas a autorização legislativa para o funcionamento dos supermercados aos domingos.

Ainda da leitura das referidas normas observa-se que apenas a Lei Municipal nº 5.088/99 da Prefeitura de Natal prevê a limitação de horário para o funcionamento dos supermercados aos domingos. Como a Lei nº 10.101/2000 dispõe que seja observada a Lei Municipal com relação ao funcionamento dos supermercados aos domingos, afigura-me legal a limitação temporal prevista no parágrafo único da Lei nº 5.088/99.

O mesmo ocorre com os feriados civis e religiosos. A Lei Municipal nº 5.088/99 previu a possibilidade de funcionamento dos supermercados nos feriados civis e religiosos desde que haja acordo ou convenção coletiva de trabalho. Como a Lei nº 10.101/2000 determina que seja observada a Lei Municipal que regula o presente caso, torna-se necessário o acordo ou convenção coletiva, de acordo com as normas municipais.

Nem se argumente que o Município ultrapassou sua competência. Realmente, tanto a Lei nº 605/49 quanto o Decreto nº 27.048/49, que a regulamentou, dispõem que a autorização para o trabalho nos dias de descanso compulsórios (domingos e feriados civis e religiosos) deve ser concedida por meio de decreto do Poder Executivo, nada mencionado acerca da existência ou da necessidade de acordo ou convenção coletiva de trabalho.

No entanto, a Lei nº 10.101/2000 determinou que fosse observada a legislação municipal – forma de reconhecer e homenagear a autonomia constitucional reconhecida em favor dessas Unidades da Federação (os Municípios), no tocante ao funcionamento do comércio nos domingos e feriados.

Desta forma, o Município detém competência para, de forma supletiva, regulamentar o trabalho nesses dias. No caso, a Lei Municipal nº 5.088/99 dispôs que o trabalho nos feriados deveria ser precedido de acordo ou convenção coletiva, não havendo ilegalidade na exigência imposta na referida Lei.

Outrossim, a jurisprudência pátria vem admitindo o funcionamento dos supermercados aos domingos e feriados, por se equi-

pararem aos antigos mercados e feiras-livres, consoante previsão do art. 7º supra reproduzido; confirmam-se:

**PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PREQUESTIONAMENTO. SUPERMERCADOS. FUNCIONAMENTO AOS DOMINGOS E FERIADOS. LEI Nº 605/49 E DECRETO Nº 27.048/49. POSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DA UNIÃO. PRECEDENTES.**

**1. Aplicam-se os óbices previstos nas Súmulas nº 282 e 356/STF na hipótese em que as questões infraconstitucionais suscitadas não foram debatidas no acórdão recorrido nem, a respeito, foram opostos embargos de declaração.**

2. É permitido o funcionamento de supermercados aos domingos e feriados.

**3. O STJ já firmou entendimento de que compete à União legislar sobre as atividades comerciais varejistas no território nacional, inclusive no que tange ao horário de funcionamento do comércio, uma vez que prevalece o interesse coletivo de âmbito nacional em detrimento do interesse peculiar do município.**

**4. Recurso especial conhecido parcialmente e provido.**

**(STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp - 506876/SP, SEGUNDA TURMA, Decisão: 27/02/2007, DJ DATA: 15/03/2007 PÁGINA: 294 LEXSTJ VOL.: 00212 PÁGINA: 108, Relator JOÃO OTÁVIO DE NORONHA).**

ADMINISTRATIVO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO. FUNCIONAMENTO DOS SHOPPINGS AOS DOMINGOS E FERIADOS. LEI 10.101/2000. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 7º DO DECRETO Nº 27.048/49. REPOUSO SEMANAL PREFERENCIALMENTE AOS DOMINGOS. ART. 6º DA LEI Nº 10.101/2000.

- Não prospera a preliminar de intempestividade do recurso de apelação, já que o início do prazo recursal para a União começou a fluir em 04.04.2002, data do recebimento dos autos na repartição da entidade que a representa judicialmente, e se exauriu em 04.05.2002, tendo sido apresentada a petição de interposição do recurso antes desta data, em 03.05.2002.

- O art. 6º da Lei 10.101/2000, com a redação dada pela MP 1982-69, autorizou, a partir de 9 de novembro de 1997, o trabalho aos domingos do comércio varejista em geral, sem fazer qualquer distinção do ramo de atividade, desde que seja observado o art. 30, inciso I, da Constituição.

- A jurisprudência tem interpretado extensivamente o art. 7º do Decreto nº 27.048/49 no sentido de equiparar os shoppings e supermercados aos antigos mercados e feiras livres e admitir a sua abertura aos domingos e feriados.

Preliminar rejeitada.

- Quando a Constituição proclama que o repouso semanal do trabalhador será concedido preferencialmente e não necessariamente aos domingos, podendo ser convencionalizado em outra data por ajuste entre o trabalhador e o empregador ou por meio de acordo coletivo, contanto que recaia, periodicamente, num domingo.

- O art. 6º da Lei nº 10.101/2000 dispõe que “o repouso semanal remunerado deverá coincidir, pelo menos uma vez no período máximo de quatro semanas, com o domingo, respeitadas as demais normas de proteção ao trabalho e outras previstas em acordo ou convenção coletiva”.

Preliminar rejeitada.

Apelação e remessa obrigatória improvidas.

(TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO, AMS - 81584/AL, Primeira Turma, Decisão: 10/05/2007, DJ - Data: 28/06/2007 - Página: 671 - Nº: 123, Desembargador Federal José Maria Lucena ).

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRABALHO EM FERIADOS. POSSIBILIDADE.

- **A jurisprudência vem admitindo a abertura de supermercados e *shoppings centers* aos domingos e feriados por se equipararem aos antigos mercados e feiras-livres. Exegese do art. 7º, do Decreto nº 27.048/1949, que permite o trabalho nos dias de repouso.**

- Agravo de instrumento improvido.

(TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO, AG - 60010/SE, Quarta Turma, Decisão: 17/01/2006, DJ - Data: 16/02/2006 - Página: 660 - Nº: 34, Desembargador Federal Marcelo Navarro).

Esforçado nestas razões, dou provimento, em parte, às apelações e à remessa necessária, apenas para excluir a necessidade de acordo ou convenção coletiva para o funcionamento dos supermercados aos domingos, determinando, entretanto, que, nos feriados civis e religiosos haja acordo ou convenção coletiva de trabalho.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 315.473-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO (CONVOCADO)  
Apelante: SUPERINTENDÊNCIA ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE - SEMACE/SISNAMA  
Apelados: SERGIO HERRERO GIMENEZ E PREFEITURA MUNICIPAL DE JIJOCA DE JERICOACOARA/CE  
Advs./Procs.: DR. SEBASTIÃO GUERREIRO DA SILVA JÚNIOR E OUTROS (APTE.) E SYLVIO FERNANDO DIOGO DE SAMPAIO E OUTROS (1º APDO.)

***EMENTA: AMBIENTAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. EXTENSÃO. ARREDORES DE LAGOAS. ART. 3º, II, DA RESOLUÇÃO Nº 004/85 DO CONAMA. DISTINÇÃO ENTRE ÁREAS URBANAS E RURAIS. INSTITUIÇÃO APENAS PELA RESOLUÇÃO Nº 302/02 DO CONAMA. DANO AMBIENTAL ANTERIOR. CONCEITO DE ÁREA RURAL. ESTATUTO DA TERRA. APLICAÇÃO ANALÓGICA. DEMOLIÇÃO DA OBRA. IMPOSSIBILIDADE. CONCEITO DE MEIO AMBIENTE. INTERPRETAÇÃO SOCIAL.***

***- Os artigos 1º e 2º da Lei nº 4.771/65, com alterações da Medida Provisória nº 2.166-67/01, considera como área de preservação permanente aquela, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, bem como as florestas e demais for-***

**mas de vegetação situadas ao redor de lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais.**

**- A área de preservação permanente ao redor das lagoas deve ser aferida desde o seu nível mais alto medido horizontalmente, em faixa marginal com largura mínima de 30 metros, se situada em área urbana, ou 100 metros, se em área rural, exceto quanto aos corpos d'água com até 20 hectares de superfície, cuja faixa marginal é 50 metros. Art. 3º, II, da Resolução nº 004/85 do CONAMA.**

**- Os critérios para definição de área urbana para fins ambientais somente foram instituídos pela Resolução nº 302/02 do CONAMA. Antes, inexistia norma específica a esse respeito. Possibilidade de aplicação analógica do Estatuto da Terra, no qual é considerado como rural o imóvel “que se destina à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agro-industrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada” (art. 4º, I).**

**- Não sendo a área onde realizada a construção destinada precipuamente à exploração de atividades rurais (de extração agrícola, pecuária ou agroindustrial), ela deve ser considerada urbana. Os critérios previstos no art. 2º, V, da Resolução nº 302/02 do CONAMA não podem ser aplicados retroativamente.**

**- Concluída a obra e constatado que o meio ambiente não será recuperado por sua demolição, o que somente agravaria os problemas sociais da região, é de se mantê-la íntegra. As sanções infligidas pelo juízo a quo são proporcionais à infração e adequadas à recuperação do meio ambiente e ao incremento da educação ambiental.**

**- Interpretação social do conceito de meio ambiente e aplicação dos princípios da razoabilidade**

**e da proporcionalidade. Acolhimento do parecer do MPF.**

**- Recurso a que se nega provimento.**

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 28 de julho de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA  
CANUTO - Relator Convocado

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO (Convocado):

Trata-se de recurso de apelação manejado pela Superintendência Estadual do Meio Ambiente do Ceará (SEMACE) tendo por objeto sentença pela qual se julgou parcialmente procedente ação civil pública ajuizada por ela própria e pelo Ministério Público Federal (MPF) em face de Sérgio Herrero Gimenez e do Município de Jijoca de Jericoacoara.

O juízo *a quo*, acolhendo os pleitos iniciais apenas em parte, assim decidiu o mérito da causa na sentença de fls. 518/524:

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO DESTA AÇÃO condenando o réu Sérgio Herrero Gimenez a reparar os danos ao meio ambiente causados em decorrência da construção da Pousada, devendo para tanto:

a) em relação ao desmatamento da vegetação ciliar rasteira no local da extração da areia, conforme localizado pelo perito do juízo (fl. 329), recompor o ambiente atingido, de modo que esse readquira qualitativa e quantitativamente os atributos anteriores ao início do processo de degradação, compreendendo, necessariamente, a restauração da cobertura vegetal primitiva, com a inclusão de espécies nativas e típicas da região mediante projeto regularmente

aprovado pelo órgão oficial (SEMACE ou IBAMA);  
b) em razão do desmatamento da vegetação ciliar rasteira no local da obra (área desmatada: 1.360m<sup>2</sup>), considerando a impossibilidade de retornar o ambiente ao *status quo ante* e levando-se em conta o tamanho da área desmatada, pagar, a título de indenização, o montante por mim arbitrado de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), a ser revertido para o fundo constituído de conformidade com o art. 13 da Lei nº 7.347/85, devendo esse valor ser corrigido a partir da data de hoje, seguindo as recomendações do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 242, de 3 de julho de 2001, ou outro manual semelhante que venha a substituí-lo. A partir da intimação da sentença, ao valor acima referido deverá ser acrescentado juros de mora no montante de 6% ao ano;

c) em razão da extração da areia, tendo em vista a impossibilidade de retornar o ambiente ao *status quo ante*, direcionar, pelo menos, 1% (um por cento) do faturamento da pousada, durante os seus três primeiros anos de funcionamento, à educação e conscientização ambiental dos moradores da região e dos turistas que visitarem o local, através de esclarecimentos acerca da importância de se preservar o meio ambiente. Caberá a qualquer interessado fiscalizar o cumprimento desta obrigação.

Com relação ao Município de Jijoca de Jericoacoara, por ter sido omissa na fiscalização ambiental, condeno-o a contribuir para a reparação da área degradada, através de incremento na educação e conscientização da população local e dos turistas, em parceria com o outro réu, na forma do item “c” acima mencionado.

A liminar antes concedida ficará revogada a partir do instante em que forem cumpridos os itens “a” e “b” da condenação. OU seja: a obra poderá ser retomada, desde que o réu cumpra as determinações referidas.

A SEMACE apelou dessa sentença apenas para que este Tribunal reforme a sentença “*no sentido de declarar como área de preservação permanente o local objeto do Auto de Constatação nº 71/97 (fls. 19 dos autos), com a conseqüente demolição da pousada construída à margem da Lagoa de Jijoca de Jericoacoara, impingindo ao Réu a elaboração do devido Plano de Recuperação Ambiental - PRAD da área degradada, com cronograma de ativi-*

*dades, com prazo final incluso, sob pena de multa a ser estipulada por esta Egrégia Corte” (fls. 535/544).*

A apelante embasa-se nos artigos 1º e 2º da Lei nº 4.771/65, com as alterações decorrentes da Medida Provisória nº 2.166-67/01, que considera como área de preservação permanente aquela, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, bem como as florestas e demais formas de vegetação situadas ao redor de lagoas, lagos ou reservatórios d’água naturais ou artificiais. Prossegue afirmando que a regulamentação desse dispositivo encontra-se na Resolução nº 004/85 do CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente), que fixa os limites para utilização do entorno das lagoas, lagos ou reservatórios d’água como sendo de 30 metros para áreas urbanas e de 100 metros para áreas rurais.

A apelante prossegue sustentando que na época do fato, em 1997, não havia lei municipal declarando a área em que construída a pousada como sendo urbana para fim de aplicação da limitação de apenas 30 metros prevista na Resolução nº 004/85 do CONAMA, pois tal lei somente foi publicada em 2001 e mesmo assim embasou-se em dispositivo de lei federal já revogado. Assim, defende que seja aplicada a limitação de 100 metros no entorno da Lagoa de Jijoca de Jericoacoara neste caso, acrescentando que o laudo pericial é impreciso, além de ter adentrado em questões jurídicas que não eram objeto de análise técnica.

O MPF requereu que o recurso fosse recebido no efeito suspensivo, o que foi indeferido (fls. 548/553 e 555).

O apelado Sérgio Herrera apresentou contra-razões, às fls. 557/558, alegando que a construção não foi realizada em área de preservação permanente, está dentro do Plano Diretor do Município e na mesma linha de construção de vários outros imóveis que margeiam a lagoa à distância. Afirma, ainda, que seu empreendimento está trazendo desenvolvimento e emprego para a região, além do que também é interessado na preservação ambiental do local para que o fluxo turístico seja incrementado.

O MPF não recorreu da sentença, tendo a Procuradoria Regional da 5ª Região se manifestado pelo improvidamento do recurso (fls. 566/571).



É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO (Relator Convocado):

Conforme se depreende do relatório, o objeto do recurso está restrito à parte da sentença que não acolheu o pedido de demolição da pousada que, ao sentir da apelante, está situada em área de preservação permanente.

A Lei nº 4.771/65, com alterações decorrentes da Medida Provisória nº 2.166-67/01, realmente que considera como área de preservação permanente aquela, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, bem como as florestas e demais formas de vegetação situadas ao redor de lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais. É o que está previsto nos artigos 1º e 2º da mencionada lei, assim redigidos:

Art. 1º. As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

§ 2º. Para os efeitos deste Código, entende-se por:  
(...)

II - área de preservação permanente: área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;

Art. 2º. Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

(...)

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

A regulamentação do art. 2º, *b*, do Código Florestal encontra-se no art. 3º, II, da Resolução nº 004/85 do CONAMA:

Art. 3º. São Reservas Ecológicas:

(...)

II - ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais, desde o seu nível mais alto medido horizontalmente, em faixa marginal cuja largura mínima será:

- de 30 (trinta) metros para os que estejam situados em áreas urbanas;
- de 100 (cem) metros para os que estejam em áreas rurais, exceto os corpos d'água com até 20 (vinte) hectares de superfície, cuja faixa marginal será de 50 (cinquenta) metros;
- de 100 (cem) metros para as represas hidrelétricas.

A área de preservação permanente ao redor das lagoas deve ser aferida desde o seu nível mais alto medido horizontalmente, em faixa marginal cuja largura mínima de 30 metros, se situada em área urbana, ou 100 metros, se em área rural, exceto quanto aos corpos d'água com até 20 hectares de superfície, cuja faixa marginal é 50 metros.

Assim, a primeira questão a ser enfrentada diz respeito à natureza do lugar em que se encontra a Lagoa de Jijoca de Jericoacoara, se urbano ou rural.

Hodiernamente não existe mais dúvida que referida lagoa está em área urbana do Município de Jijoca de Jericoacoara, pois tal foi expressamente reconhecido pelas Leis Municipais n°s 107, de 1º/12/2000, e 123, de 06/04/2001 (fls. 508/509). Esse fato é, inclusive, incontroverso entre as partes.

Ocorre que a apelante entende que essas leis, por serem posteriores ao dano ambiental, não podem ser aplicadas ao caso *sub judice*. Assim, em 1997, a área em que foi realizada a construção da pousada seria considerada rural, sendo aplicável a restrição de 100 metros, e não a de 30 metros, como defendido pelo apelado.

A impugnação levantada pela apelante é absolutamente impertinente, sendo decorrente de uma interpretação deturpada e inconsistente da legislação ambiental que regulamenta a matéria. Consta na petição recursal que na época dos danos “já vigia a Resolução do CONAMA n° 004/85, que não afasta a necessidade

*de lei local municipal declarar, para a utilização dos auspícios da supracitada Resolução, ser a área urbana ou rural'* (fl. 539). O fato de a mencionada resolução expressamente não dispensar a existência de lei municipal para classificar uma área como sendo urbana ou rural não significa que ela é imprescindível. Tal conclusão somente poderia ser obtida se a resolução expressamente exigisse lei municipal para esse fim. A omissão da resolução sobre esse ponto – necessidade de lei municipal para definir a natureza da área – deve ser interpretada como sendo prescindível que lei local disciplinasse a matéria, até porque a classificação de uma localidade como rural ou urbana devia considerar apenas suas próprias características, e não a existência de um ato legislativo declaratório.

A exigência de lei municipal como pressuposto para reconhecimento de uma área como sendo urbana somente passou a existir em 2002, quando foi editada a Resolução nº 302 do CONAMA, que, na parte relevante ao julgamento da causa, assim dispõe:

Art. 2º. Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:

(...)

V - Área Urbana Consolidada: aquela que atende aos seguintes critérios:

- a) definição legal pelo poder público;
- b) existência de, no mínimo, quatro dos seguintes equipamentos de infra-estrutura urbana:
  1. malha viária com canalização de águas pluviais,
  2. rede de abastecimento de água;
  3. rede de esgoto;

Como em 1997 não se exigia lei municipal para definição de uma área como sendo urbana (nem nenhum dos outros requisitos acima mencionados), inexistente qualquer empecilho ao reconhecimento de que a área em que se situa a Lagoa de Jijoca de Jericoacoara era urbana antes mesmo da promulgação das Leis Municipais nº 107, de 1º/12/2000, e nº 123, de 06/04/2001, que, inclusive, precedem à Resolução nº 302/02 do CONAMA. Assim, para julgamento desta causa, a classificação da área como urbana ou rural deve ser efetuada adotando como critério as suas próprias características.

Diante da ausência, na época dos fatos, de critérios específicos para definir uma área como urbana ou rural, pode-se adotar os estabelecidos pelo Estatuto da Terra – Lei nº 4.504/64 – para o imóvel rural, definido como “*o prédio rústico, de área contínua qualquer que seja a sua localização que se destina à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agro-industrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada*” (art. 4º, I). A aplicação analógica desse dispositivo impõe a conclusão de que é área rural aquela destinada à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial; as demais são urbanas.

Essa conclusão, que somente válida até a vigência da Resolução nº 302/02 do CONAMA, que estabeleceu critérios próprios para definição da área urbana para fins ambientais, impõe reconhecer que a área em que situada a Lagoa de Jijoca de Jericoacara é urbana, porquanto não se destina a nenhuma atividade rural (exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial). Ao contrário, as fotografias constantes nas fls. 125/129, 180 (álbum com 18 fotos) e 183/186 revelam tratar-se de área urbana, onde existem diversos imóveis residenciais construídos anteriormente à pousada, aos quais, inclusive, são fornecidos serviços de saneamento básico e energia elétrica.

Por isso, é de rigor o reconhecimento de que a obra foi soerguida em área que, já em 1997, era considerada como urbana para fins ambientais e, portanto, que assiste razão ao perito quando assim o afirmou, *in verbis*:

(...) pode-se afirmar que esta edificação, como as demais que estão localizadas no perímetro urbano, sem vegetação natural, não estariam inseridas em áreas de preservação permanente (fl. 327);

(...) O imóvel em questão está dentro do Plano Diretor, conforme mapa 13 do PDDU - Jijoca de Jeriquaquara e pagamento do IPTU, fotocópias em anexo (fl. 330);

Desconsiderando a imprecisão da resposta sob o aspecto do conceito legal de “área de preservação permanente”, que na época do laudo já não precisava ter cobertura vegetal, ante as modificações introduzidas pela Medida Provisória nº 2.166-67/01 na Lei nº 4.771/65, o experto acertou quando esclareceu que a obra im-

pugnada na presente ação estava sendo construída em área urbana.

Estando a obra em área urbana, a distância da lagoa deveria ser de 30 metros, e não de 100 metros. Assim, a qualquer dos laudos ou respostas que se apegue, visto que todos concluíram que a construção da pousada foi realizada a mais de 30 metros do nível mais alto (medido horizontalmente) da lagoa, impõe-se concluir que a construção está fora da área de preservação permanente e, conseqüentemente, não pode ser acolhido o pedido recursal para sua demolição por esse fundamento.

Finalmente, ratifico o pronunciamento da ilustre Procuradora Regional da República quando disse:

Sendo assim, a decisão monocrática, parece-nos não só de acordo com o ordenamento jurídico, mas, também, por demais sensata, uma vez que o entendimento do que deve ser um ecossistema ecologicamente equilibrado vai além da preservação da fauna e da flora da região, englobando toda uma estrutura de vida que deve ser qualitativamente alcançada levando-se também em consideração as necessidades locais da população, como a terra.

É sabido que o município de GIJOCA/CE tem sua subsistência na exploração do turismo local e que a Pousada, cuja demolição visava a ação civil pública, já se encontra erguida e em fase de acabamento, ou seja, os prejuízos ao Meio Ambiente que foram causados por essa construção não desaparecerão com a demolição, além do que novos gravames poderão ser causados diante de eventual reforma da decisão, tais como o impacto social gerado pela ausência dos empregos que a Pousada irá gerar, sem contar que a decisão apelada determinou o reflorestamento que, aliás, vem sendo cumprido pelos réus, bem como uma indenização cujo valor já foi recolhido pelo réu (fls. 570/571).

Assiste razão ao MPF. Ainda que não fossem todos os motivos acima expostos, o julgamento da pretensão recursal não poderia desconsiderar que o direito ao meio ambiente não pode ser interpretado restritivamente, abstraindo-se as condições de vida da população. A uma porque meio ambiente não se restringe à fauna e à flora. A duas porque nenhum direito é absoluto, ainda que

reconhecido na Constituição. A três porque mesmo se a construção estivesse numa área de preservação permanente, a sua demolição não restauraria o meio ambiente e ainda prejudicaria a economia local e os empregos viabilizados pelo empreendimento. A quatro, finalmente, porque na sentença foram infligidas sanções proporcionais à infração e adequadas à recuperação do meio ambiente e ao incremento da educação ambiental.

Nesse contexto, o acatamento do recurso para determinar a demolição do prédio da pousada, certamente já concluído nos dias atuais, seria desproporcional e irrazoável. A medida não atingiria os objetivos colimados e ainda aumentaria o número de desempregados na região mais pobre de nosso país (a Nordeste), indo de encontro a um dos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, III, da CF).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 363.707-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO (CONVOCADO)  
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Apelados: TELEMAR NORTE LESTE S/A E AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL  
Repte.: PROCURADORIA DA ANATEL  
Advs./Procs.: DRA. PATRÍCIA DE ARAUJO BARBOSA E OUTROS (1º APDO)

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TELEFONIA. INTERRUÇÃO. ÓRGÃOS PÚBLICOS. ART. 6º, § 3º, II, DA LEI Nº 8.987/1995. IMPOSSIBILIDADE. LIMITES. APLICAÇÃO DESSA REGRA AOS PRESTADORES DE SERVIÇOS PÚBLICOS. INVIABILIDADE. MANUTENÇÃO DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO CONTRATO DE CONCESSÃO. ANATEL. PODER FISCALIZATÓRIO E PUNITIVO. EXERCÍCIO. DEVER INSTITUCIONAL.**

**- Ao MPF cabe zelar pelo respeito do serviço de telefonia, por ser de relevância pública e ser de competência da União (art. 129, II, c/c art. 21, XI, da CF). Legitimidade ativa para a causa. Presença das demais condições da ação (interesse processual, legitimidade passiva e possibilidade jurídica dos pedidos).**

**- A suspensão ou interrupção do serviço público que tenha sido objeto de concessão administrativa, como o de telefonia, apenas pode ocorrer, mesmo em caso de inadimplemento, “considerado o interesse da coletividade” (art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/1995).**

**- Não é de interesse da coletividade que os terminais fixos de órgãos públicos sejam inativados por falta de pagamento. A utilização de meios telefônicos é imprescindível à prestação de serviços públicos adequados e eficientes. O corte temporário ou definitivo do serviço de telefonia atentaria aos interesses da sociedade.**

**- Há precedentes deste Tribunal reconhecendo a impossibilidade de interrupção no fornecimento de serviço de telefonia a alguns órgãos públicos, tais como IBAMA, Capitania dos Portos e Forças Armadas: AC 380.648-CE, 4ª Turma, Relator Desembargador Federal Marcelo Navarro, julgamento em 17/06/2008; AGTR 49.247-PE, 4ª Turma, Relator Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, DJ de 02/09/2003; AGTR 38.338-CE, 3ª Turma, Relator Desembargador Federal Rivaldo Costa, DJ de 12/09/2002.**

**- Entendimento que não pode ser estendido aos prestadores de serviço público. Empresas que prestam tais serviços com finalidade de lucro e que, por isso, não é razoável que o encargo financeiro de seu inadimplemento seja repassado aos demais consumidores do serviço de telefonia. Efeito que ocorreria, porquanto diante da**

***inadimplência provável de milhares de prestadores de serviço público, a operadora procederia ao realinhamento do contrato de concessão quanto ao valor das tarifas, a fim de tentar manter a estabilidade da equação econômico-financeira inicial do contrato de concessão.***

***- O interesse coletivo não recomenda o acatamento da pretensão em relação aos prestadores de serviço público em sede de ação civil pública, cuja sentença tem eficácia subjetiva extremamente ampla, a ponto de comprometer a equação econômico-financeira do contrato de concessão do serviço de telefonia fixa e fazer repercutir o encargo do inadimplemento nos demais consumidores. Contudo, nada impede que os prestadores de serviço público ajuízem ações individuais com esse mesmo objeto, na qual deverá ser demonstrada a indispensabilidade de seus serviços para sociedade e que a interrupção do serviço telefônico compromete-o, não havendo interesse da coletividade no corte de suas linhas telefônicas fixas.***

***- À ANATEL cabe a adoção das “medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras” e, especificamente, “reprimir infrações dos direitos dos usuários” (art. 19, caput e inciso XVIII, da Lei n° 9.472/97). Assim, é de sua competência fiscalizar se as operadoras telefônicas estão cumprindo o disposto no art. 6º, § 3º, II, da Lei n° 8.987/95, que condiciona a interrupção do serviço por inadimplência a interesse da coletividade, e no art. 25 de sua Resolução n° 85/98, que proscreve a suspensão dos serviços telefônicos prestados em favor da própria ANATEL e da União. Condenação da agência.***

***- Provimento parcial da apelação.***



## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 28 de julho de 2009 (data de julgamento).

**DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO** - Relator Convocado

## **RELATÓRIO**

**O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO (Convocado):**

Cuida-se de apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF) em face da AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL) e da TELEMAR NORTE LESTE S/A visando reformar a sentença de fls. 774/779, pela qual se julgou improcedente ação civil pública proposta para: a) condenar a TELEMAR a não proceder à suspensão, interrupção e/ou desligamento do serviço de telefonia por atraso ou falta de pagamento de tarifas pelos órgãos públicos – federais, estaduais e municipais – e pelas entidades prestadoras de serviço público no Estado de Pernambuco ou, se já suspenso, interrompido ou desligado esse serviço, a restabelecê-lo; b) condenar a ANATEL a exercer seu poder de polícia para fiscalizar, autuar e sancionar a TELEMAR sempre que esta praticar ou ameaçar praticar qualquer uma das condutas que se busca proibir e/ou determinar (fls. 785/796).

O MPF sustenta que, apesar da omissão da Resolução n° 85/1998, da ANATEL, o art. 6º, § 3º, II, da Lei n° 8.987/1995 dispõe que a suspensão do serviço público por inadimplemento do usuário, embora permitida, deve considerar o interesse da coletividade. Ainda segundo suas alegações, essa medida vai de encontro a inúmeros princípios constitucionais, tais como o da proporcionalidade, da supremacia do interesse público, da proteção do consumidor, da continuidade do serviço público e da dignidade da pessoa humana. Continua dizendo que o objetivo da ação não é o de viabi-

lizar ou estimular um “calote oficial” pelos beneficiários das medidas postuladas, mas somente o de fazer cessar prática coativa e ilegal por parte da TELEMAR.

Nas razões de apelação é verberada legitimidade ativa do MPF, pois é sua função zelar pelo efetivo respeito dos serviços de relevância pública e promover inquérito civil e ação civil pública para proteção de interesses difusos e coletivos, nos termos do art. 129, II e III, da Constituição da República. O Recorrente também rechaça as preliminares que foram aventadas pela ANATEL, de sua ilegitimidade passiva, de impossibilidade jurídica do pedido e de falta de interesse processual.

A TELEMAR apresentou contra-razões remissivas aos fundamentos de sua contestação, acrescentando que o serviço de telecomunicações, embora essencial, não é gratuito, razão por que os órgãos públicos devem pagar pela sua prestação (fls. 802/806).

A ANATEL, em sede de contra-razões, renovou as preliminares de ilegitimidade passiva *ad causam*, alegando o que MPF pretende torná-la fiscal do cumprimento da decisão judicial, e de desnecessidade do provimento jurisdicional postulado contra si, porquanto os próprios beneficiários de eventual condenação da TELEMAR podem requerer diretamente o cumprimento da decisão. No mérito, ratificou os termos da contestação (fls. 811/818).

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO (Relator Convocado):

Como relatado, a apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF) em face da AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL) e da TELEMAR NORTE LESTE S/A tem como finalidade reformar sentença pela qual se julgou improcedente ação civil pública proposta para: a) condenar a TELEMAR a não proceder à suspensão, interrupção e/ou desligamento do serviço de telefonia por atraso ou falta de pagamento de tarifas pelos órgãos públicos – federais, estaduais e municipais – e pelas entidades prestadoras de serviço público no Estado de Pernambuco ou, se já suspenso, interrompido ou desligado esse ser-

viço, a restabelecê-lo; b) condenar a ANATEL a exercer seu poder de polícia para fiscalizar, autuar e sancionar a TELEMAR sempre que esta praticar ou ameaçar praticar qualquer uma das condutas que se busca proibir e/ou determinar (fls. 785/796).

De início, aprecio as questões preliminares.

As condições da ação, porque atinentes à relação existente entre os elementos da ação e a lide que lhe serve como objeto, devem ser aferidas em face dos fatos relatados na petição inicial. Nesse contexto, a ANATEL e a TELEMAR têm legitimidade para figurar no pólo passivo deste processo porque em face de ambas foram deduzidas pretensões de direito material; os pedidos são juridicamente possíveis, vez que não são expressamente vedados pelo ordenamento jurídico; há interesse de agir, pois o MPF não poderia satisfazer as pretensões objeto da causa sem que provocasse o Poder Judiciário (necessidade) e porque o provimento jurisdicional pretendido tem potencialidade para alcançar os objetivos visados com a presente ação (utilidade). Também se apresenta a legitimidade ativa do Ministério Público, visto que dentre suas funções encontra-se a de zelar pelos serviços de relevância pública (art. 129, II, da CF), devendo o órgão ministerial, neste caso, ser representado pelo MPF porque a exploração dos serviços de telecomunicações compete exclusivamente à União, que pode fazê-lo diretamente ou mediante delegação (art. 21, XI, da CF).

Apreciadas as preliminares, vou ao mérito da pretensão ministerial.

Serviço público “*é toda atividade material que a lei atribui ao Estado, para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público*”. (Maria Sílvia Zanella Di Pietro, Direito administrativo. 11ª ed., São Paulo: Atlas, 1999). Ainda que o Poder Público delegue a prestação do serviço que lhe é atribuído constitucional ou legalmente, sua essência de serviço público persistirá intocada.

Porque o serviço público tem como finalidade satisfazer necessidades públicas, o inadimplemento do usuário apenas pode levar à interrupção de sua prestação se isso não for de encontro ao interesse da coletividade. Daí a razão pela qual a Lei nº 8.987/

1995 – que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos – prescreve no art. 6º, § 3º, II, que a prestação do serviço público pode ser interrompida em caso de inadimplemento do usuário, desde que levado em consideração o interesse público. O dispositivo legal em foco está assim redigido:

Art. 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

(...)

§ 3º. Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - *Omissis*;

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Assim, a interrupção da prestação do serviço público, mesmo em caso de inadimplemento do usuário, deve, por imposição legal, respeitar o interesse coletivo. Ou, noutras palavras, quando o interesse público exigir a continuidade do serviço, ela deverá ocorrer, sendo juridicamente irrelevante para esse fim se o usuário encontra-se ou não em situação de adimplência contratual.

Parece-me evidente que o interesse da coletividade resta desatendido quando é suspensa ou interrompida a prestação dos serviços de telefonia fixa aos órgãos públicos de qualquer esfera governamental. Nos dias de hoje, nenhum órgão ou entidade é capaz de atuar eficientemente sem uso de instrumentos telefônicos e computacionais. A interrupção do serviço de telefonia fixa nas repartições públicas comprometeria a eficiência de atividades desenvolvidas no interesse coletivo.

O interesse financeiro da companhia telefônica ré, ainda que legítimo, não pode prevalecer sobre o interesse da coletividade à prestação de serviços públicos adequados e eficientes. Reconhecer o contrário é desconsiderar o princípio fundamental do Direito Administrativo, que é o da supremacia do interesse público sobre o privado.

Veja-se que a própria ANATEL, ao editar o Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado, estabeleceu que “é vedado à

*Prestadora interromper a execução do serviço alegando o inadimplemento de qualquer obrigação por parte da Agência ou da União” (Anexo da Resolução nº 85/1998, art. 25). O único equívoco da agência foi limitar a vedação à interrupção do serviço de telefonia em favor dela própria e da União, numa ilegal e injustificada discriminação das demais entidades de direito público, também albergadas pelo art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/1995.*

Além do mais, a TELEMAR dispõe das vias normais, administrativas e judiciais, para cobrança de seus créditos em caso de inadimplemento do Poder Público. Há, pois, instrumentos jurídicos que podem ser utilizados pela empresa para buscar o pagamento das tarifas inadimplidas, sem necessidade de suspensão ou interrupção do serviço telefônico, o que comprometeria o adequado funcionamento das repartições públicas.

Diante da existência de meios alternativos para cobrança dos créditos decorrentes de tarifas de telefonia não pagas, o desligamento dos terminais telefônicos instalados nos órgãos do Poder Público mostra-se irrazoável e desproporcional. Estar-se-ia sacrificando princípios jurídico-administrativos (da supremacia do interesse público sobre o privado e da continuidade do serviço público) e o interesse coletivo (na adequada prestação dos serviços estatais) apenas para satisfazer interesses financeiros da empresa concessionária, os quais poderiam ser buscados por meio legal inofensivo ao direito e à sociedade.

Há precedentes deste Tribunal agasalhando esse entendimento:

ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TELEFONIA. INTERRUPTÃO. IMPOSSIBILIDADE. SERVIÇO ESSENCIAL. FORÇAS ARMADAS. LEI Nº 8.987/95.

1. A Lei nº 8.987/95 autoriza a interrupção dos serviços prestados pela concessionária por inadimplência, mantendo resguardado o interesse da coletividade. Assim é que sobrepõe o interesse da prestadora de serviço público, cuja remuneração e funcionamento dependem do pagamento das tarifas referentes à utilização do serviço prestado, e o interesse da sociedade, que não pode arcar com o ônus da interrupção dos serviços públicos.

2. Como já expus anteriormente, de acordo com o princípio da continuidade dos serviços públicos, não podem ser interrompidos serviços essenciais à sociedade. Entendo que não basta, nestes casos, analisar, isoladamente, a natureza essencial do serviço público prestado pela concessionária, fazendo-se mister uma análise da essencialidade deste para com o serviço público prestado pelo órgão inadimplente. *In casu*, deve-se observar se o serviço de telefonia é essencial para o desempenho satisfatório das atividades desenvolvidas pela Capitania dos Portos, e, igualmente, se os serviços prestados por este órgão é passível de paralisação.

3. É preciso ressaltar, ainda, que a possibilidade de efetivar a cobrança dos débitos relativos à prestação de serviço de telefonia pelas vias ordinárias judiciais, tornam a conduta da apelante desnecessária e desarrazoada.

4. A questão pode ser dirimida sob a ótica do direito do consumidor. Nesta perspectiva, a Lei nº 8.078/90 dispõe, em seu art. 22, sobre a adequação, necessidade, continuidade, eficiência e segurança dos serviços públicos.

5. Conforme disposto no art. 25 da Resolução nº 85 da Anatel, a interrupção dos serviços de telefonia é vedada quando tiver por fundamento o inadimplemento de qualquer prestação obrigacional por parte da União.

6. Assim, sendo o serviço telefônico essencial para o efetivo cumprimento da missão da Capitania dos Portos, não deve ser interrompido por falta de pagamento.

7. Apelação improvida.

(AC 380.648-CE, 4ª Turma, unânime, Relator Desembargador Federal Marcelo Navarro, julgado em 17/06/2008).

ADMINISTRATIVO. TELEFONIA. SERVIÇO ESSENCIAL. CONTINUIDADE. CORTE. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

1. O serviço telefônico é essencial ao efetivo cumprimento da missão do IBAMA, não devendo o fornecimento ser interrompido pelo atraso no pagamento.

2. As concessionárias de serviço público são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos (art. 22 do CDC). Precedentes do egrégio STJ.

3. Agravo de instrumento improvido.

(AGTR 49.247-PE, 4ª Turma, unânime, Relator Desembargador

gador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, *DJ* de 02/09/2003).

ADMINISTRATIVO. SERVIÇO DE TELEFONIA. SUSPENSÃO. FALTA DE PAGAMENTO. MEIOS LEGAIS DE COBRANÇA. ESSENCIALIDADE DO SERVIÇO. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO.

- Inadmite-se a descontinuidade da prestação do serviço de telefonia às Forças Armadas, por falta de pagamento, ante o grave comprometimento à segurança pública resultante da suspensão do serviço, além da existência de outros meios legais para a satisfação do alegado crédito.

- Presença dos requisitos ensejadores da liminar. (AGTR 38.338-CE, 3ª Turma, unânime, Relator Desembargador Federal Rivaldo Costa, *DJ* 12/09/2002).

Pela mesma trilha tem percorrido o TRF da 1ª Região:

ADMINISTRATIVO. INTERRUPTÃO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA DE ÓRGÃO DO SERVIÇO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 8.987/95, ART. 6º, *CAPUT* E § 3º, II. INTERESSE DA COLETIVIDADE. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. ART. 25 DA RESOLUÇÃO DA ANATEL Nº 85, DE 30.12.1998. RECONHECIMENTO DA QUITAÇÃO DO DÉBITO. NÃO PROVIMENTO DO APELO.

1. Não prospera a alegação de nulidade da sentença, pois, apesar de ser sucinta a sua fundamentação, contém todo o argumento necessário ao acolhimento do pedido, qual seja, o de que o corte do serviço foi ilegal e abusivo, por se tratar o autor/apelado de órgão público essencial.

2. Em face do disposto na parte final do inciso II do § 3º do art. 6º da Lei nº 8.987/95, que manda considerar “o interesse da coletividade”, não se legitima a interrupção do serviço de telefonia fixa na sede de órgão do serviço público (INCRA), em razão de inadimplência do usuário. “Ademais, a Resolução nº 85, de 30.12.1998, da ANATEL, que regulamenta o Serviço Telefônico Fixo Comutado, em seu art. 25, prevê, expressamente, que é vedado à prestadora interromper a execução do serviço alegando o inadimplemento de qualquer obrigação por parte da Agência ou da União” (TRF 1ª Região, AG 2002.01.00.003178-8/BA, 5ª Turma, Relator Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva, *DJ* de 7.4.2003, p. 208).

3. Além disso, caso em que, na peça contestatória, a própria Apelante informou que havia restabelecido o serviço telefônico, cumprindo a liminar e “face a demonstração do pagamento” (final da fl. 51), restando incontroversa a alegação do Autor/Apelado de que a inadimplência que levou ao corte do serviço telefônico sequer havia se configurado, pois a fatura do mês de dezembro de 2002 teria sido paga antes mesmo do seu vencimento.

4. Não provimento da apelação.

(AC 200339000022553-PA, 6ª Turma, unânime, Relator Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo (convocado), julgado em 17/12/2007).

A jurisprudência tende a reconhecer a impossibilidade de companhias telefônicas procederem à interrupção da prestação de serviços aos órgãos públicos. E o faz corretamente, pois os órgãos públicos visam justamente a atender às necessidades ou interesses sociais. Assim, quanto a eles jamais se apresentará o “interesse da coletividade” exigido pelo art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95 como pressuposto para interrupção do serviço público fornecido pela operadora telefônica.

Aliás, como já mencionado, o próprio art. 25 da Resolução nº 85/98 da ANATEL veda “à prestadora [do serviço de telefonia] interromper a execução do serviço alegando o inadimplemento de qualquer obrigação por parte da Agência ou da União”. O mesmo fundamento legal para vedação instituída em favor da União aplica-se aos demais entes públicos, pois não inexistente graduação de relevância entre os serviços a cargo dos diversos entes públicos. Aliás, sob o aspecto exclusivamente pragmático, em regra os serviços públicos estaduais e municipais têm influência direta muito maior nas necessidades básicas dos cidadãos, principalmente porque são prestados por entes que estão mais próximos das massas populares.

Solução diversa merece a lide em relação ao fornecimento de serviço de telefonia às empresas privadas prestadoras de serviço público. Ainda que as mesmas exerçam atividades estatais por delegação, a sua natureza de pessoa jurídica de direito privado, com fim lucrativo, impede que se adote idêntica solução à dada aos órgãos do Poder Público.



Os serviços públicos são prestados pelos particulares mais no próprio interesse de obter lucro que no interesse da coletividade, razão por que suas atividades não merecem a mesma proteção outorgada àquelas desenvolvidas diretamente pelos órgãos estatais, que atuam, ao menos em tese, apenas no interesse coletivo.

Por outro lado, devido ao grande número de particulares prestadores de serviço público, uma condenação genérica da TELEMAR a não lhes suspender ou interromper a prestação do serviço telefônico, como a postulada nesta ação civil pública, comprometeria ainda mais a equação econômico-financeira do contrato de concessão. Com isso, a TELEMAR obteria o realinhamento do contrato, transferindo todos os ônus financeiros da inadimplência dos incontáveis prestadores de serviço público aos demais consumidores.

Parece-me aceitável que a sociedade suporte o encargo financeiro da inadimplência dos órgãos públicos, porquanto estes prestam serviços exclusivamente no interesse daquela e, de qualquer forma, as tarifas telefônicas seriam pagas com recursos públicos provindos dos próprios contribuintes. Entretanto, afigura-me inaceitável que a sociedade suporte tal encargo quando decorrente da inadimplência de particulares que, ainda que prestem serviços públicos, assim o façam com finalidade lucrativa; se estes obtêm lucro com a prestação do serviço público, que arquem com os encargos financeiros de suas atividades, os quais não poderão ser repassados à sociedade.

O “interesse da coletividade” (art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95) é, ao que vejo, no sentido de que, ao menos de forma geral e ampla, não se vede à operadora suspender ou interromper os serviços telefônicos utilizados por particulares prestadores de serviço público. Com isso não estou afirmando que em todos os casos a operadora poderá fazer o corte da linha telefônica, mas apenas que não se pode proibi-la de fazê-lo de forma geral, como ocorreria caso assim se determinasse nesta ação civil pública. Aos prestadores de serviço público caberá demandar individualmente diante de cada situação concreta, demonstrando que, em cada caso específico, é de “interesse da coletividade” a não-suspensão ou interrupção do serviço telefônico, mesmo que esteja inadimplente.

Entendo que também merece provimento a apelação no que se refere à pretensão de condenação da ANATEL a exercer o seu poder de polícia para fiscalizar, autuar e sancionar a TELEMAR sempre que esta praticar ou ameaçar praticar qualquer uma das condutas que se busca proibir e/ou determinar.

A ilegitimidade da interrupção do fornecimento de serviço telefônico a órgãos públicos é conclusão que se extrai diretamente do art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/1995 e do art. 25 da Resolução nº 85/98 da ANATEL. Competindo a essa agência reguladora a adoção das “*medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras*” (art. 19, *caput*, da Lei nº 9.472/1997), cabe-lhe fiscalizar se a TELEMAR está cumprindo adequadamente os dispositivos acima mencionados, que são os fundamentos normativos deste julgamento. Não se trata de fiscalizar o cumprimento da decisão judicial, que é tarefa do Judiciário, mas das normas legais e regulamentares pertinentes ao serviço de telefonia, o que é sua atribuição, vez que lhe compete “*reprimir infrações dos direitos dos usuários*” (art. 19, XVIII, da Lei nº 9.472/1997) e os órgãos públicos também são usuários do sistema de telefonia.

Ante o exposto, dou provimento parcial à apelação para: a) condenar a TELEMAR a não proceder à suspensão ou interrupção do serviço de telefonia em razão do atraso ou da falta de pagamento de tarifas por órgãos públicos (federais, estaduais e municipais) localizados no Estado de Pernambuco ou, caso já suspenso ou interrompido esse serviço, a restabelecê-lo; b) condenar a ANATEL a exercer seu poder de polícia para fiscalizar, autuar e sancionar a TELEMAR, de acordo com a legislação vigente, sempre que interromper ou suspender serviço de telefonia fixa em desacordo com o interesse da coletividade, assim entendido nos termos acima definidos.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 397.708-SE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS  
Apelante: UNIÃO  
Apelada: NILVA MARIA PAVONE  
Advs./Procs.: DRA. ALINI FIGUEIREDO ALMEIDA SANTOS E OUTROS (APDA.)

**EMENTA: DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. CONCESSÃO DE VISTO DE PERMANÊNCIA NO BRASIL. ESTRANGEIRA APOSENTADA. CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO. RESOLUÇÕES NORMATIVAS Nº 09/97, 27/98 E 45/2000-CNI. COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PARA APRECIÇÃO DO PLEITO.**

*- A hipótese é de recurso contra a sentença que determinou que a UNIÃO, através de seu Ministério das Relações Exteriores, receba e analise o mérito do requerimento de Visto de Permanência no Brasil formulado pela autora (estrangeira aposentada), com base nas Resoluções nº 09/97 e 45/2000 do Conselho Nacional de Imigração.*

*- A Lei nº 6.815/80 definiu a situação jurídica do estrangeiro no Brasil e criou o Conselho Nacional de Imigração, estabelecendo, em seu art. 4º, a possibilidade de concessão de visto ao estrangeiro, tendo a competência para tal concessão sido disciplinada pela Resolução Normativa nº 09/97, a qual conferiu às Missões diplomáticas, às Repartições consulares, aos Vice-consulados e aos Consulados honorários, no exterior, e, excepcionalmente, no Brasil, a critério da Secretaria de Estado das Relações Exteriores.*

*- Muito embora a Resolução nº 45/2000/CNI tenha previsto ser competente para apreciar o pedido de visto de permanência a estrangeiro aposentado a repartição consular mais próxima da residência do interessado, tal previsão dirige-se*

***aos casos em geral, em que o estrangeiro ainda se encontra em seu país de origem.***

***- A competência para a concessão de tal visto também foi disciplinada pela Resolução Normativa nº 09/97 – a qual a conferiu, regra geral, a órgãos no exterior (como as Repartições consulares) e, excepcionalmente, no Brasil, a critério da Secretaria de Estado das Relações Exteriores – e pela Resolução nº 27/98 – que estabeleceu casos a serem submetidos ao Conselho Nacional de Imigração, como as situações especiais e os casos omissos, considerando como situações especiais aquelas que “possuam elementos que permitam considerá-las satisfatórias para a obtenção do visto ou permanência”.***

***- O caso dos autos pode ser enquadrado como uma situação especial – já que a autora é estrangeira aposentada que veio para o Brasil para desenvolver projetos junto à Universidade Federal da Bahia e tornou-se voluntária em projetos promovidos por aquela Instituição de Ensino Superior, nas áreas de educação, voltadas às comunidades carentes dos Alagados, em Salvador – possuindo elementos satisfatórios para a obtenção do visto, devendo, por isso, ser submetido à apreciação de órgão da União no Brasil.***

***- Há que ressaltar que a autora já se encontra no Brasil, não sendo razoável exigir que a mesma retorne ao seu país de origem apenas para requerer um visto de permanência no Brasil, uma vez que a competência para a concessão é do Ministério das Relações Exteriores (órgão do Poder Executivo situado no Brasil).***

***- Apelação não provida.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, na for-

ma do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 2 de junho de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS -  
Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de Apelação interposta pela União contra a sentença que, em sede de ação ordinária, julgou parcialmente procedente o pedido deduzido na inicial, em que a parte autora (estrangeira aposentada) pretende a concessão de Visto de Permanência no Brasil, nos termos da Resolução Normativa nº 45/2000/CNI, tendo em vista ter o Conselho Nacional de Imigração indeferido o seu pleito sob o fundamento de que tal pedido deverá ser feito à repartição consular brasileira mais próxima da residência do interessado.

O MM. Magistrado sentenciante acolheu em parte a pretensão autora para determinar que a União, através de seu Ministério das Relações Exteriores, receba o requerimento de visto apresentado aqui no Brasil, para que seja apreciado no seu aspecto meritório, por entender não ser razoável e proporcional exigir-se que a autora, que já se encontra em território brasileiro, retorne ao seu país de origem para requerer um visto de permanência no Brasil, uma vez que a competência para a concessão é do Ministério das Relações Exteriores (órgão do Poder Executivo situado no Brasil).

Em suas razões recursais, a UNIÃO alega que: a) a autora esteve no Brasil em 29/11/2000 amparada por um visto temporário, que se venceu em 11/10/2001; b) a concessão do ingresso e permanência no país é um ato de soberania do Poder Executivo, estando imune à revisão de outro Poder; c) a demandante não observou a divisão de competência administrativa para a concessão de seu pleito.

Aduz, ainda, que o Decreto nº 86.715/81, que regulamentou a Lei nº 6.815/80, criou o Conselho Nacional de Imigração e dispôs sobre a competência para conceder vistos e que a Resolução

Normativa nº 09/97 permite a concessão dos vistos no Brasil pela Secretaria de Estado das Relações Exteriores apenas em caráter excepcional, o que não é o caso dos autos.

Foram apresentadas contrarrazões de apelação.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

A hipótese é de recurso contra a sentença que determinou que a UNIÃO, através de seu Ministério das Relações Exteriores, receba e analise o mérito do requerimento de Visto de Permanência no Brasil formulado pela autora (estrangeira aposentada), com base nas Resoluções nº 09/97 e 45/2000 do Conselho Nacional de Imigração.

A Lei nº 6.815/80 definiu a situação jurídica do estrangeiro no Brasil e criou o Conselho Nacional de Imigração, estabelecendo, em seu art. 4º, a possibilidade de concessão de visto ao estrangeiro. A competência para a concessão de tal visto foi disciplinada pela Resolução Normativa nº 09/97, a qual conferiu às Missões diplomáticas, às Repartições consulares, aos Vice-consulados e aos Consulados honorários, no exterior, e, excepcionalmente, no Brasil, a critério da Secretaria de Estado das Relações Exteriores. Vale a transcrição:

Art. 1º - Os vistos de que trata o art. 4º, itens I a VII da Lei nº 6.815 de 19 de agosto de 1980 poderão ser concedidos no exterior, pelas Missões diplomáticas, Repartições consulares, Vice-consulados e, quando autorizados pela Secretaria de Estado das Relações Exteriores, pelos Consulados honorários.

Parágrafo único - No caso de suspensão de relações diplomáticas e consulares, os vistos de entrada no Brasil poderão ser concedidos por Missão diplomática ou Repartição Consular do país encarregado dos interesses brasileiros.

Art. 2º - Excepcionalmente, a critério da Secretaria de Estado das Relações Exteriores, os vistos referidos no art. 1º poderão ser concedidos no Brasil.

Parágrafo único - Na hipótese deste artigo, deverão ser observadas as restrições de natureza sanitária estabelecidas pelo Ministério da Saúde.

A Lei nº 8.490/92, que dispôs sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, enquadrou, em seu art. 19, inciso VII, *b*, o Conselho Nacional de Imigração como órgão específico do Ministério do Trabalho, tendo o Decreto nº 840/93 disposto sua organização e o funcionamento, prevendo sua deliberação por meio de resoluções e estabelecendo sua competência no art. 1º, *verbis*:

Art. 1º Ao Conselho Nacional de Imigração, órgão de deliberação coletiva, integrante do Ministério do Trabalho, nos termos da Lei nº 8.490, de 19 de novembro de 1992, compete:

I - formular a política de imigração;

II - coordenar e orientar as atividades de imigração;

III - efetuar o levantamento periódico das necessidades de mão-de-obra estrangeira qualificada, para admissão em caráter permanente ou temporário;

IV - definir as regiões de que trata o art. 18 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, e elaborar os respectivos planos de imigração;

V - promover ou fornecer estudos de problemas relativos à imigração;

VI - estabelecer normas de seleção de imigrantes, visando proporcionar mão-de-obra especializada aos vários setores da economia nacional e captar recursos para setores específicos;

VII - dirimir as dúvidas e solucionar os casos omissos, no que diz respeito a imigrantes;

VIII - opinar sobre alteração da legislação relativa à imigração, quando proposta por qualquer órgão do Poder Executivo;

IX - elaborar seu regimento interno, que deverá ser submetido à aprovação do Ministro de Estado do Trabalho.

Vale evidenciar que a Resolução Normativa nº 27/98/CNI estabelece que serão submetidas ao Conselho Nacional de Imigração as situações especiais e os casos omissos, considerando como situações especiais aquelas que, “embora não estejam expressamente definidas nas Resoluções do Conselho Nacional de Imigra-

ção, possuam elementos que permitam considerá-las satisfatórias para a obtenção do visto ou permanência”.

Quanto à pretensão autora, a Resolução Normativa nº 45/2000/CNI, ao disciplinar sobre a concessão de visto permanente para estrangeiros com base em aposentadoria, dispôs em seu art. 2º que “o pedido deverá ser feito à Repartição consular brasileira mais próxima da residência do interessado” e instruído com os documentos necessários.

O pedido formulado pela autora ao Conselho Nacional de Imigração foi indeferido sob o seguinte fundamento (fl. 35):

Tendo por base o contido na Resolução Normativa nº 45 do Conselho Nacional de Imigração, a qual disciplina a concessão de visto permanente para estrangeiro com base em aposentadoria, e ainda tendo em vista que **o processo apresenta toda documentação comprobatória sobre a boa situação financeira da requerente, cremos que a mesma constitui elementos para seu enquadramento na resolução supracitada. Todavia, conforme consta no art. 2º da RN 45, o pedido de visto deverá ser feito à repartição consular brasileira mais próxima da residência do interessado**, somos pelo indeferimento do pleito por não se tratar de situação especial nem de caso omissos.

Analisando os dispositivos normativos acima transcritos, observa-se que, muito embora a Resolução nº 45/2000/CNI tenha previsto ser competente para apreciar o pedido de visto permanente a estrangeiro aposentado a repartição consular mais próxima da residência do interessado, tal previsão dirige-se aos casos em geral, em que o estrangeiro ainda se encontra em seu país de origem.

Ademais, constata-se que a competência para a concessão de tal visto também foi disciplinada pela Resolução Normativa nº 09/97 – a qual a conferiu, regra geral, a órgãos no exterior (como as Repartições consulares) e, excepcionalmente, no Brasil, a critério da Secretaria de Estado das Relações Exteriores – e pela Resolução nº 27/98 – que estabeleceu casos a serem submetidos ao Conselho Nacional de Imigração, como as situações especiais e os casos omissos, considerando como situações especiais



aquelas que “possuam elementos que permitam considerá-las satisfatórias para a obtenção do visto ou permanência”.

Examinando o caso dos autos, verifica-se poder ser ele enquadrado como uma situação especial – já que a autora é estrangeira aposentada que veio para o Brasil para desenvolver projetos junto à Universidade Federal da Bahia e tornou-se voluntária em projetos promovidos por aquela Instituição de Ensino Superior, nas áreas de educação, voltadas às comunidades carentes dos Alagados, em Salvador – possuindo elementos satisfatórios para a obtenção do visto, devendo, por isso, ser submetido à apreciação de órgão da União no Brasil.

Ressalte-se, por fim, que a autora já se encontra no Brasil, não sendo razoável, consoante bem evidenciou o MM. Juízo *a quo*, exigir que a mesma retorne ao seu país de origem apenas para requerer um visto de permanência no Brasil, uma vez que a competência para a concessão é do Ministério das Relações Exteriores (órgão do Poder Executivo situado no Brasil).

Com essas considerações, nego provimento à apelação da União, mantendo a sentença em sua integralidade.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 416.968-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-  
LIANO  
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Apelado: SERVIÇO DE PROMOÇÃO E BEM-ESTAR COMU-  
NITÁRIO - SOPROBEM  
Repte.: PROCURADORIA DO INSS  
Advs./Procs.: DRS. JABSON ARRUDA DE ALMEIDA E OUTRO  
(APDO.)

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. ENTIDADE BENEFICEN-  
TE. ART. 195, § 7º, CF/88. IMUNIDADE. CERTIFI-  
CADO DE RECONHECIMENTO DE UTILIDADE  
PÚBLICA. EFEITO EX TUNC.**

- **Decisão que, reputando satisfeitas as exigências previstas no artigo 55 da Lei nº 8.212/91, e irrelevante o fato de que o certificado de entidade de fins filantrópicos teria sido concedido em 13.04.2006 e o suposto débito remontasse ao período compreendido entre janeiro/94 a setembro/2004, julgou procedentes os pedidos, para declarar a imunidade da parte autora relativamente às contribuições previdenciárias patronais, com o consequente cancelamento da paga, em parcelas, do débito relativo a tais contribuições.**
- **Para uma entidade usufruir da imunidade concedida pelo art. 195, § 7º, da Constituição Federal/88, é preciso possuir o Certificado de Fins Filantrópicos e ser reconhecida como de utilidade pública federal e estadual ou municipal.**
- **Entidade filantrópica fundada em 03.08.1979, reconhecida como de utilidade pública federal, por Decreto, em 26.09.1983, e estadual, pela Lei nº 4.156/81, ficando, assim, isenta do recolhimento das contribuições previstas nos arts. 22 e 23 da Lei nº 8.212/91.**
- **Direito à isenção das contribuições previdenciárias relativas a período anterior à expedição do certificado no qual se a reconheceu como entidade filantrópica, de utilidade pública. Certificado que produz efeitos ex tunc, por se tratar de mero ato declaratório, consoante o disposto na RE 115510/RJ.**
- **Apelação e remessa necessária improvidas.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa necessária, 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, 9 de julho de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Apelação interposta em face da sentença que, reputando satisfeitas as exigências previstas no artigo 55 da Lei nº 8.212/91, e irrelevante o fato de que o certificado da entidade de fins filantrópicos houvesse sido concedido em 13.04.2006 e o suposto débito remontasse ao período compreendido entre janeiro/94 a setembro/2004, julgou procedentes os pedidos, para declarar a imunidade da parte autora relativamente às contribuições previdenciárias patronais, com o conseqüente cancelamento do parcelamento do débito relativo a tais contribuições (parcelamento nº 60.295.874-1), objeto da demanda, condenando o INSS a restituir as parcelas acaso pagas, corrigidas monetariamente pela taxa Selic, ou por outro critério de correção monetária que venha legalmente suceder o referido na sentença. Os honorários advocatícios foram fixados em 10% (dez por cento), sobre o valor atribuído à causa.

Na apelação o INSS alegou que, para o reconhecimento da apelada como “isenta das contribuições previdenciárias” no período de 01/94 a 09/2004, seria imprescindível que a dita entidade beneficente de assistência social, tivesse feito prova do atendimento às condições fixadas no art. 55 da Lei nº 8.212/91 e, principalmente, pleiteado sua isenção perante o INSS.

No entanto, a apelada apresentou o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, com validade de 13.04.2006 a 12.04.2009, ou seja, não retroagiu ao período em que houve o recolhimento das contribuições. Portanto, tal certificado (ora apresentado) não a isentaria do recolhimento devido no período de 01/94 a 09/2004, eis que a apelada jamais usufruiu da isenção das contribuições previdenciárias devidas ao INSS; simplesmente as ignorava e não as recolhia. Somente quando precisou da CND é

que ficou evidente que, no sistema do INSS, inexistia qualquer indicativo de isenção em favor da (entidade) SOPROBEM.

Remanesce, pois, em favor da Previdência, o crédito de nº 60.295.874-1, uma vez que, para a Previdência Social, a entidade SOPROBEM não se beneficia de nenhuma isenção, porquanto nunca requereu nesse sentido – com relação às contribuições previdenciárias da parte EMPREGADO (patronal) – justo em face de não ser detentora do Certificado de Entidade Beneficente.

Ressaltou-se, ainda, que o parcelamento nº 60.295.874-1, continha, além do valor devido à parte patronal, outras rubricas como: SAT e às destinadas aos terceiros (FNDE, INCRA, SESC e SEBRAE), e que tal fato impossibilitaria o cancelamento total do crédito, sem que não resultasse em prejuízo para os cofres públicos.

Pediu-se o provimento do recurso, para que fosse mantido o parcelamento relativo ao débito confessado – parcelas não pagas na parte patronal, SAT, e contribuições destinadas aos Terceiros-relativo(a)s ao período de janeiro/94 a junho/2004, e que o Certificado de Entidade Beneficente, apresentado em Juízo, tenha os efeitos nela previstos (*ex nunc*), declarando-se válida a dívida confessada (LCD) no período em que a SOPROBEM não tinha o Certificado de Isenção, emitido pelo Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS; pediu-se, por fim, a inversão dos ônus da sucumbência.

Contrarrazões às fls. 188/192.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Em face do que há nos autos, a autora-apelada (Soprobem) entidade filantrópica, fundada em 03.08.1979, foi reconhecida como de utilidade pública federal, por Decreto, em 26.09.1983 (fl. 45), e Estadual, pela Lei nº 4.156/81 (fl. 46), ficando, assim, isenta do

recolhimento das contribuições previstas nos arts. 22 e 23 da Lei nº 8.212/91.

A Constituição Federal objetivando incentivar a criação das entidades beneficentes de assistência social excluiu-as da hipótese de incidência das contribuições previdenciárias, conforme segue:

Art. 195 - A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta ou indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

Dessa forma, as referidas entidades gozam de verdadeira imunidade e não de uma mera isenção, tal como alude o texto constitucional. No particular, confira-se:

O art. 195, § 7º, da Superlei, ao dispor, que são isentas de contribuições para a seguridade social às entidades beneficentes de assistência social. **Trata-se, em verdade, de uma imunidade, pois toda restrição ou constrição ou vedação ao poder de tributar das pessoas políticas com *habitat* constitucional traduz imunidade, nunca isenção, sempre veiculável por lei infraconstitucional** (Sacha Calmon Navarro Coelho, Curso de Direito Tributário Brasileiro, 3ª edição, Ed. Forense, 1999, p. 147/148).

Ocorre que o Texto Constitucional conferiu a imunidade, apenas, às entidades que satisfizessem os requisitos previstos na Lei nº 8.212/91, mais especificamente os estatuídos no art. 55, *in verbis*:

Art. 55. Fica isenta das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 desta Lei a entidade beneficente de assistência social que atenda aos seguintes requisitos cumulativamente.

I - seja reconhecida como de utilidade pública federal e estadual ou do Distrito Federal ou municipal;

II - seja portadora do Certificado e do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecido pelo Conselho Nacional

de Assistência Social, renovado a cada três anos;  
III - promova, gratuitamente e em caráter exclusivo, a assistência social beneficente a pessoas carentes, em especial a crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência;  
IV - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração e não usufruam vantagens ou benefícios a qualquer título;  
V - aplique integralmente o eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais apresentando, anualmente ao órgão do INSS competente, relatório circunstanciado de suas atividades.

Portanto, para usufruir da imunidade outorgada pela Carta Magna vigente, a entidade precisaria satisfazer a todos os requisitos elencados no cânone acima reproduzido.

Cabe esclarecer, contudo, que para uma entidade ser portadora do Certificado de Fins Filantrópicos, com o advento do Decreto nº 4.499/02 Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, seria necessário que a mesma satisfizesse, também, as exigências estabelecidas no Decreto nº 2.536/98; confira-se:

Art. 2º. Considera-se entidade beneficente de assistência social, para os fins deste Decreto, a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que atue no sentido de:

- I - proteger a família, a maternidade, a infância, a adolescência e a velhice;**
- II - amparar crianças e adolescentes carentes;**
- III - promover ações de prevenção, habilitação e reabilitação de pessoas portadoras de deficiências;**
- IV - promover, gratuitamente, assistência educacional ou de saúde;**
- V - promover a integração ao mercado de trabalho.**

Art. 3º. Faz jus ao Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social a entidade beneficente de assistência social que demonstre, cumulativamente:

- I - estar legalmente constituída no País e em efetivo funcionamento nos três anos anteriores à solicitação do Certificado;
- II - estar previamente inscrita no Conselho Municipal de Assistência Social do município de sua sede, se houver, ou no Conselho Estadual de Assistência Social, ou no Con-

selho de Assistência Social do Distrito Federal;

III - estar previamente registrada no CNAS;

**IV - aplicar suas rendas, seus recursos e eventual resultado operacional integralmente no território nacional e na manutenção e no desenvolvimento de seus objetivos institucionais;**

V - aplicar as subvenções e doações recebidas nas finalidades a que estejam vinculadas;

VI - aplicar anualmente, em gratuidade, pelo menos vinte por cento da receita bruta proveniente da venda de serviços, acrescida da receita decorrente de aplicações financeiras, de locação de bens, de venda de bens não integrantes do ativo imobilizado e de doações particulares, cujo montante nunca será inferior à isenção de contribuições sociais usufruída;

**VII - não distribuir resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcela do seu patrimônio, sob nenhuma forma ou pretexto;**

**VIII - não perceberem seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores, benfeitores ou equivalentes remuneração, vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título, em razão das competências, funções ou atividades que lhes sejam atribuídas pelos respectivos atos constitutivos;**

IX - destinar, em seus atos constitutivos, em caso de dissolução ou extinção, o eventual patrimônio remanescente a entidades congêneres registradas no CNAS ou a entidade pública;

X - não constituir patrimônio de indivíduo ou de sociedade sem caráter beneficente de assistência social

XI - seja declarada de utilidade pública federal. Destaquei.

Assim, penso que para uma entidade usufruir da imunidade a que alude o art. 195, § 7º, da Constituição Federal vigente, será necessário ser portadora do Certificado de Fins Filantrópicos, e ser reconhecida como de utilidade pública, federal e municipal, ou estadual, tendo em vista que os outros requisitos previstos na Lei nº 8.212/91 já são exigidos para a concessão do supradito certificado.

Como dito d'antão, a Soproben-Apelada é portadora de Certificado de Fins Filantrópicos, e reconhecida como de utilidade pública federal e estadual; sendo assim, merece e tem direito de

beneficiar-se da imunidade concedida pela “Carta Política Cidadã”.

Quanto aos efeitos do “Certificado”, a jurisprudência já consolidou o entendimento de que ele produz efeitos *ex tunc*, ou seja, retroagem à data em que a entidade já satisfazia os requisitos. No particular, é só ler os acórdãos que a seguir transcrevo:

CERTIFICADO DE FILANTROPIA. ISENÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO PATRONAL A PREVIDÊNCIA PATRONAL.

A expedição do certificado de filantropia tem caráter declaratório e como tal gera efeitos *ex tunc*. Se a entidade requereu o certificado antes da determinação administrativa que arquivou os processos respectivos, mas veio tê-lo deferido anos depois, quando revogada a medida, o seu direito às vantagens conferidas pela lei retrotraem à data do requerimento, inclusive o da isenção da quota patronal da contribuição previdenciária.

Recurso conhecido e provido. (STF, RE 115510/RJ, DJ: 11-11-1988, pág: 29311, Relator Carlos Madeira.)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ANÁLISE DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 14 DO CTN. MATÉRIA DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. ISENÇÃO. ENTIDADE FILANTRÓPICA. CERTIFICADO. EFEITOS *EX TUNC*. INEXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

1. A análise sobre o enquadramento da entidade na categoria imune, em face dos requisitos previstos no art. 14 do CTN, demanda o reexame do conjunto fático-probatório, pretensão que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

**2. É uniforme nesta Corte o entendimento de que há isenção das contribuições previdenciárias anteriores à expedição do certificado que reconhece a entidade como filantrópica, de utilidade pública, porquanto esse certificado possui efeitos *ex tunc*, por se tratar de um ato declaratório, consoante o RE 115.510-8.**

3. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (STJ, AGREsp 756684/RS, 1ª Turma, Decisão: 21/06/2007, DJE: 02/08/2007, pág: 00354, Relator Denise Arruda).



TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. ENTIDADE DE UTILIDADE PÚBLICA. DECRETO PRESIDENCIAL. NATUREZA DECLARATÓRIA. EFEITO *EX TUNC*.

1. O decreto presidencial que reconhece uma entidade como de utilidade pública tem natureza declaratória e opera efeito *ex tunc* para efeitos de isenção tributária se essa entidade já havia obtido igual declaração no âmbito estadual ou municipal.

2. Apelação e remessa improvidas. (TRF - 5ª Região, AC 247037/PB, 2ª Turma, Decisão: 26/03/2002, DJ: 21/03/2003, pág: 917, Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima)

Irretocável, pois, a sentença, ao declarar a imunidade da parte autora-apelada, relativamente às contribuições previdenciárias patronais, com o conseqüente cancelamento da paga parcelada do débito relativo a tais contribuições.

Forte nessas razões, nego provimento à apelação e à remessa necessária.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 441.805-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Apelada: LARISSA MARCOS ARAÚJO  
Repte.: PROCURADORIA DO INSS E MARTA CARMEM MARCOS DE LIMA (APDA.)  
Adv./Proc.: DRA. MARIA IVONETE DE FIGUEIREDO (APDA.)

**EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. CONCESSÃO DA GUARDA EM DATA ANTERIOR À EDIÇÃO DA LEI 9.528/97. EXPECTATIVA DE DIREITO. ÓBITO DA INSTITUIDORA DO BENEFÍCIO APÓS A EDIÇÃO DA LEI 9.528/97. EXTINÇÃO DA POSSIBILIDADE DE PENSÃO DEVIDA A MENOR SOB**

**GUARDA. SEM CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA.**

**- De acordo com o art. 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91, alterado pela Lei 9.528/97, para a concessão de pensão por morte é necessário o implemento de três requisitos, quais sejam: ser a instituidora (falecida) segurada da Previdência Social; ser a requerente (beneficiária) sua dependente; e ter ocorrido o evento social protegido pela Previdência Social – óbito.**

**- Na hipótese dos autos, mesmo a guarda da menor tendo sido concedida antes da vigência da Lei 9.528/97, é assente na jurisprudência pátria o entendimento de que o fato gerador da pensão pretendida é a morte da segurada da Previdência. Logo, a matéria deve ser regida pela lei vigente à data do evento protegido pela previdência, isto é, o óbito da instituidora do benefício.**

**- Assim, no momento da concessão da guarda (11.11.1992), há apenas expectativa de direito, uma vez que o óbito ocorreu em 28.12.2003, já sob a égide da Lei nº 9.528/97 que excluiu do rol de dependentes o menor sob guarda, não sendo possível, dessa forma, a concessão do benefício de pensão por morte.**

**- Deixo de condenar a autora em custas e honorários advocatícios em virtude de sua condição de beneficiária da justiça gratuita.**

**- Remessa obrigatória provida.**

**- Apelação provida.**

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à remessa obrigatória e à apelação, nos termos do voto do Relator e notas

taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 30 de julho de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Cuida-se de remessa oficial e apelação cível interposta pelo INSS - Instituto Nacional do Seguro Social contra sentença que, ao deferir parcialmente a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, julgou procedente o pedido da parte autora, Larissa Marcos Araújo, de concessão de pensão por morte na qualidade de menor sob guarda judicial, dependente da Sra. Lormina Bezerra Pereira, a partir da data do óbito da instituidora do benefício (28.12.2003), devendo incidir sobre as prestações vencidas correção monetária pelo INPC e juros de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação. Condenou, ainda, o INSS ao pagamento da verba honorária fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, observados os critérios da Súmula nº 111 do egrégio STJ.

Nas razões recursais (fls. 102/108), o Instituto Previdenciário pugna pela reforma da sentença afirmando que inexistente a condição de dependente da autora, uma vez que o fato gerador do benefício pleiteado, isto é, o óbito da instituidora ocorreu sob a égide da Lei nº 9.528/97 que alterou a redação do art. 16, § 2º, da Lei nº 8.213/91 excluindo do rol de dependentes o menor sob guarda, mesmo que esta seja judicial. Além disso, se insurgiu contra a antecipação de tutela, requerendo sua revogação e pugnou pela redução dos honorários advocatícios, respeitados os critérios da Súmula 111 do egrégio STJ.

Nas contrarrazões às fls. 118/119, a apelada requer a manutenção da sentença arguindo que provou sua condição de dependente da instituidora do benefício através dos documentos acostados aos autos.

Relatei.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

O ponto nodal do processo *sub examine* consiste na verificação do direito da postulante à pensão por morte da ex-segurada na qualidade de menor sob guarda.

De acordo com o art.16, § 2º, da Lei nº 8.213/91, alterado pela Lei 9.528/97, para a concessão de pensão por morte é necessário o implemento de três requisitos, quais sejam: ser a instituidora (falecida) segurada da Previdência Social; ser a requerente (beneficiária) sua dependente; e ter ocorrido o evento social protegido pela Previdência Social – óbito.

A autora, Larissa Marcos Araújo, teve a sua guarda conferida definitivamente à Sra. Lormina Bezerra Pereira em 11.11.1992, através da Ação de Guarda e Responsabilidade, conforme documentos de fls. 10 e 78/79.

No entanto, no presente caso, o óbito da segurada instituidora ocorreu em 28.12.2003 (fl.08), ou seja, o fato gerador do benefício pensão por morte aconteceu já sob a vigência da Lei nº 9.528/97, a qual excluiu o menor sob guarda do rol de dependentes do seguro da Previdência Social.

Assim, conforme a compreensão assente na jurisprudência pátria de que o fato gerador da pensão em exame é a morte da segurada, não é pertinente o entendimento de que, ao momento da efetivação da condição de dependente, houve o direito adquirido à pensão por morte ao menor sob guarda, nos termos da Lei nº 8.213/91, em sua redação originária, eis que, como dito, o evento morte aconteceu em 2003, isto é, já sob as novas regras do diploma legal, existindo, no momento de constituição da guarda e dependência, apenas uma expectativa de direito.

Posto isso, dou provimento à remessa obrigatória e à apelação do INSS para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido da parte autora. Deixo de condená-la em custas e honorários advocatícios, em face de sua condição de beneficiária da justiça gratuita.

Assim voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 442.818-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO  
Apelante: VINÍCIUS CANSANÇÃO E CIA. LTDA.  
Apelada: FAZENDA NACIONAL  
Advs./Procs.: DR. CLÊNIO PACHECO FRANCO JÚNIOR E OUTROS (APTE.)

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. NULIDADE DE SENTENÇA ALEGADA EM VIRTUDE DE INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE ESCLARECIMENTO SOBRE LAUDO PERICIAL. INOVAÇÃO DE PEDIDO. NULIDADE DE SENTENÇA QUE NÃO SE VERIFICA. MULTA. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM O ENCARGO DE 20% PREVISTO PELO DL 1025/69 E DEVIDO NA EXECUÇÃO FISCAL.**

*- Nulidade de sentença suscitada em virtude de indeferimento de pedido para esclarecimento de laudo pericial. Questão relacionada a depósito judicial. Inovação do pedido. Impossibilidade. Nulidade de sentença que não se verifica.*

*- Multa isolada aplicada em decorrência de lançamento de ofício em setembro de 2000. Redução. Impossibilidade. Aplicação da Lei nº 9.430/1996, artigo 44, parágrafo primeiro, inciso IV, antes da alteração introduzida pela Lei nº 11.488/2007.*

*- Laudo pericial que confirma a cobrança como devida.*

*- Honorários de advogado. Condenação nos embargos do executado. Possibilidade de cumulação com o encargo de 20% (vinte por cento) cobrado na execução fiscal. Precedente jurisprudencial.*

*- Apelação à qual se nega provimento.*

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do relator e do que consta nas notas taquigráficas que integram o presente julgado.

Recife, 14 de julho de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Cuida-se de apelação interposta por Vinicius Cansação & Cia. Ltda. contra sentença do juízo da 5ª Vara Federal em Alagoas, que julgou improcedentes os embargos, que opôs, à execução fiscal nº 2002.80.00.001515-7, promovida pela Fazenda Nacional, condenando-a em honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Aduz, primeiramente, nulidade da sentença e, quanto ao mérito, insurge-se contra a multa isolada que lhe foi imposta.

A nulidade da sentença a sustenta em virtude de ter o juízo indeferido o pedido, que formulara, para esclarecimentos sobre o laudo pericial.

Quanto ao mérito, alega que o tributo foi pago integralmente, não havendo justificativa para a multa isolada, que reputa de inconstitucional e ilegal; que não foi computado o valor dos depósitos efetuados em juízo e convertidos em renda, a título da contribuição social para a seguridade social - COFINS, que compensara; que a questão não inova a demanda e, portanto, a exigência do crédito tributário plasmado na certidão de dívida ativa nº 43.6.01.000240-11 também está eivada de ilegalidade e inconstitucionalidade.

Subsidiariamente, defende a tese de que, com a alteração introduzida no artigo 44 da Lei nº 9430/1996, pela Lei nº 11.488/2007 (artigo 14), houve redução da multa para 50% (cinquenta por cento), de maneira que, ainda que se a entenda devida, deve ser reduzida.

Por fim, afirma ser impossível a sua condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, porquanto o encargo de 20% (vinte por cento), estabelecido pelo artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.025/69, substitui tal condenação.

Com tais alegações, requer: a) que se acate a preliminar de nulidade da sentença, restituindo-se os autos ao primeiro grau, para que se determine o esclarecimento pericial; b) caso superado o pedido anterior, que se reforme a sentença, reconhecendo o excesso de execução, inclusive, reduzindo-se o percentual da multa isolada de 75% para 50% e se excluindo a condenação em honorários advocatícios.<sup>1</sup>

Em sua resposta, a Fazenda Nacional alega que a sentença não merece reforma, porquanto a questão relativa à suposta ausência de compensação de valores que foram depositados em juízo não foi arguida no momento da propositura da ação; que a apelante optou pela apuração dos lucros pela sistemática do lucro real anual, com recolhimentos mensais com base na receita bruta e acréscimos, na forma do artigo 2º da Lei nº 9.430/96, e como deixou de recolher ou recolheu a menor a contribuição social sobre o lucro - CSLL e o imposto de renda – pessoa jurídica – IRPJ, devidos por estimativa, nos anos-calendário de 1997 a 1999, as parcelas não recolhidas de forma mensal ou recolhidas a menor serviram de base de cálculo para a multa, prevista no artigo 44, parágrafo primeiro, inciso IV, da referida lei, não havendo excesso de execução. Afirma também a legalidade da SELIC.<sup>2</sup>

É o relatório.

---

<sup>1</sup> Fls. 173-199.

<sup>2</sup> Fls. 203-215.

## VOTO

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

Examino, primeiramente, a suscitada nulidade da sentença.

Não se vislumbra nos autos nenhum vício que inquene de nulidade a sentença recorrida.

A questão levantada pela embargante, ora apelante, da ausência de esclarecimentos sobre o laudo pericial não induz a nulidade da sentença.

O juízo sentenciante considerou desnecessário o esclarecimento pretendido, uma vez que a parte demandante não pode modificar a sua pretensão original.

Com efeito, examinando-se os autos, vê-se que o esclarecimento a que visava a embargante, ora apelante, dizia respeito aos depósitos judiciais, que ela considera como pagamentos.<sup>3</sup>

Ocorre que a questão não fora suscitada nos embargos à execução fiscal, constituindo-se, portanto, em inovação não permitida pelo Direito.

Ademais, não consta nos autos que o valor depositado em juízo tenha sido convertido em renda, e depósito não é pagamento.

Meritoriamente à questão da redução do percentual de multa aplicada, também não assiste razão à apelante.

A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez que é desfeita, apenas, à vista de prova inequívoca a cargo do contribuinte ou de terceiro a quem aproveite.

Na hipótese, a embargante, ora apelante, não logrou êxito em sua tese no sentido de infirmar a cobrança.

Nos autos, ao contrário, o perito do juízo deixou claro que a Receita Federal obedeceu aos parâmetros legais para a cobrança dos débitos.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Fls. 127-130.

<sup>4</sup> Fl. 119.



A Lei nº 11.488, de 15.06.2007, realmente, dispõe:

Art. 14. O art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação, transformando-se as alíneas a, b e c do § 2º nos incisos I, II e III:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

Ocorre que a apelante também não se desincumbiu do ônus de provar que a constituição da dívida teria ocorrido na vigência da referida lei.

Vê-se nos autos que a dívida foi inscrita em agosto de 2001, o que demonstra que a sua constituição foi anterior à edição da Lei nº 11.488/2007.<sup>5</sup>

Ademais, nos Processos Administrativos nºs 10.410.4338/00-08 e 10.410.004339/00-62, cujas cópias encontram-se anexas a estes autos, observa-se que a Fiscalização constatou falta/insuficiência de recolhimento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, incidente sobre a base de cálculo estimada em função da receita bruta e acréscimos e/ou balanços e suspensão ou redução, lavrando os respectivos autos de infração em setembro de 2000.

---

<sup>5</sup> Fls. 57-76.

Neste sentido, houve a sujeição da contribuinte à multa de lançamento de ofício, nos termos dos artigos 2º, 43, 44 parágrafo primeiro, inciso IV, da Lei nº 9.430, de 27.12.1996, além da aplicação dos acréscimos previstos no artigo, 61, parágrafos 1º e 2º, da referida lei.

Não havendo, pois, que se falar de redução de multa, nem de excesso de execução.

Com relação ao encargo de 20%, previsto pelo artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.025/1969, o extinto Tribunal Federal de Recursos havia sumulado, nos seguintes termos:

O encargo de 20% (vinte por cento), do Decreto-lei nº 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios.<sup>6</sup>

Todavia, os embargos à execução fiscal se constituem em ação autônoma, portanto, em novo litígio, com novo dispêndio para a parte, o que justifica a condenação em honorários advocatícios, ante o princípio da causalidade, independente do encargo de 20% (vinte por cento) cobrado exclusivamente na execução fiscal.

A propósito, colho também jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça, que admite a cumulação de honorários advocatícios na execução fiscal e nos embargos do executado. Note-se:

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CDA. REGULARIDADE FORMAL. MATÉRIA DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. DEMONSTRATIVO DE DÉBITO. DESNECESSIDADE. DENÚNCIA ESPONTÂNEA - PREQUESTIONAMENTO. NÃO-OCORRÊNCIA. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. *Omissis.*
2. *Omissis.*
3. *Omissis.*
4. A jurisprudência do STJ admite a cumulação de honorários

---

<sup>6</sup> Súmula nº 168 do Tribunal Federal de Recursos.

rios de advogado na execução fiscal e nos embargos de devedor. Precedentes.

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.<sup>7</sup>

Com todas estas considerações, nego provimento à apelação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 443.810-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
Apelante: FAZENDA NACIONAL  
Apelada: KELNER PUBLICIDADE E EMPREENDIMENTOS LTDA.  
Advs./Procs.: DR. FÁBIO HENRIQUE DE ARAÚJO URBANO E OUTROS (APDA.)

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. SÚMULA VINCULANTE Nº 8. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. APLICABILIDADE AO CASO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. ENTREGA DA DCTF. INÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL. CITAÇÃO DO EXECUTADO. DEMORA INJUSTIFICADA. AUSÊNCIA DE PROMOÇÃO DE ATOS. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS.**

**- Da apreciação da repercussão geral do REExt 559943/RS, da relatoria da Ministra Carmem Lúcia, o e. STF firmou entendimento, testificado na Súmula Vinculante nº 8, de ser inconstitucional o prazo prescricional previsto no art. 45 da Lei nº**

---

<sup>7</sup> Ementa de ac., un., da Segunda Turma do STJ, aos 26/05/2009, no REsp 928962/SP, Rel.: Min. ELIANA CALMON, pub. DJE 04/06/2009.

**8.212/91. Todavia, à vista do grande impacto da decisão sobre os cofres públicos (estimou a PGFN em 96 bilhões de reais, entre valores já arrecadados e em vias de cobrança pela União com base nas leis declaradas inconstitucionais), houve por bem modular os efeitos da inconstitucionalidade então declarada, atribuindo-lhe efeito ex nunc. Dessa sorte, não incidiu a retroatividade do julgado, a exceção dos questionamentos e processos já em curso, anteriormente ajuizados a data de 11.6.2008. No caso em análise, houve expressa impugnação pelo particular sobre a inconstitucionalidade das normas em questão, e, por consequência, aplicável o lustrro prescricional, nos termos do art. 174 do CTN.**

**- Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da DCTF ao Fisco que, para a cobrança do tributo na forma declarada e devida, em caso de omissão do contribuinte no cumprimento voluntário da obrigação, deve promover a execução fiscal nos cinco anos subsequentes, sob pena de prescrição.**

**- Nessa senda, em consonância com o documento inserido na fl. 73 dos autos, percebe-se que a DCTF foi devidamente entregue em 22.9.1998, e a ação proposta em 19.12.02, em respeito, portanto, ao lustrro prescricional.**

**- Todavia, a citação só veio a ocorrer em maio de 2007. Dos autos, percebe-se que não houve qualquer diligência efetuada pelo exequente no sentido de promover diligências envidadas no sentido de materializar o ato citatório. Ao revés, desde o despacho que ordenou a citação (fl. 7) até a decisão de fl. 12, a que intimou a Fazenda Nacional para se pronunciar sobre a ocorrência de prescrição intercorrente, o processo ficou inerte por quase 4 anos, sem que a apelante nada postulasse.**

**- Agiu a Fazenda Nacional, portanto, com desídia em relação ao seu múnus processual. Não se faz presente, ao caso em análise, a excepcional situação que dá ensejo à aplicação do Enunciado nº 106 da Súmula do col. STJ.**

**- Apelação e remessa oficial improvidas.**

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 23 de junho de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de apelação de sentença extintiva de execução fiscal, a de reconhecer a ocorrência fática da prescrição executiva do crédito tributário em razão da demora da citação do devedor, supostamente imputável à parte exeqüente.

A parte recorrente alega ter diligenciado para que esse ato processual fosse efetivamente realizado, sem caracterizar a sua inércia culposa ou dolosa, restando aplicável a Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça.

Pugna, assim, pelo provimento da apelação, anulando-se a sentença para determinar o prosseguimento da execução em seus ulteriores termos.

Em contrarrazões, o executado aduz a ocorrência de prescrição do crédito.

Relatei.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

1. PRAZO PRESCRICIONAL DOS TRIBUTOS COM NATUREZA PREVIDENCIÁRIA E MODULAÇÃO DOS EFEITOS NO REXT 559.943/RS.

A controvérsia posta em debate alberga, em suma, o prazo prescricional da pretensão executiva de crédito de natureza previdenciária.

Questionavam os Tribunais pátrios a constitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, ao argumento de ser a matéria de restrito tratamento a lei complementar. Sobre o tema, inclusive, o col. STJ declarou, em controle difuso, a inconstitucionalidade do art. 45 da citada lei<sup>1</sup>.

Nessa senda, o e. STF fixou entendimento definitivo sobre a questão, valendo-se da Súmula Vinculante nº 8, cujo teor passo a transcrever:

São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

A referida súmula vinculante foi consectário da apreciação da repercussão geral do RExt 559943/RS, da relatoria da Ministra CARMEM LÚCIA, cuja ementa restou assim consignada:

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONALIDADE FORMAL DOS ARTIGOS 45 E 46 DA LEI N. 8.212/1991. ARTIGO 146, INCISO III, ALÍNEA B, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIA RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR. ARTIGOS 173 E 174 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

---

<sup>1</sup> Argüição de Inconstitucionalidade no REsp 616.348-MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgada em 15/8/2007, noticiado no inf. 327 do col. STJ.

1. A Constituição da República de 1988 reserva à lei complementar o estabelecimento de normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre prescrição e decadência, nos termos do art. 146, inciso III, alínea *b*, *in fine*, da Constituição da República. Análise histórica da doutrina e da evolução do tema desde a Constituição de 1946.
2. Declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991, por disporem sobre matéria reservada à lei complementar.
3. Recepcionados pela Constituição da República de 1988 como disposições de lei complementar, subsistem os prazos prescricional e decadencial previstos nos artigos 173 e 174 do Código Tributário Nacional.
4. Declaração de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, salvo para as ações judiciais propostas até 11.6.2008, data em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n° 8.212/1991.
5. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.

Percebe-se, da ementa do julgado, que o e. STF, à vista do grande impacto da decisão sobre os cofres públicos (estimou a PGFN em 96 bilhões de reais, entre valores já arrecadados e em vias de cobrança pela União com base nas leis declaradas inconstitucionais), houve por bem modular os efeitos da inconstitucionalidade então declarada, atribuindo-lhe efeito *ex nunc*. Dessa sorte, não incidiu a retroatividade do julgado, à exceção dos questionamentos e processos já em curso, anteriormente ajuizados à data de 11.6.2008.

Elucidativas a palavras do Ministro Gilmar Mendes, as quais passo a transcrever:

Diante da repercussão que o assunto envolve, eu fiz outras considerações, mas vou poupar o Tribunal dessas considerações sobre o assunto.

Estou acolhendo parcialmente o pedido de modulação de efeitos, tendo em vista a repercussão e a insegurança jurídica que se pode ter na hipótese; mas estou tentando delimitar esse quadro de modo a afastar a possibilidade de repetição de indébito de valores recolhidos nestas condições com exceção das ações propostas antes da conclusão do julgamento.

Nesse sentido, eu diria que o Fisco está impedido, fora dos prazos de decadência e prescrição previstos no CTN, de exigir as contribuições da seguridade social. No entanto, os valores já recolhidos nestas condições, seja administrativamente, seja por execução fiscal, não devem ser devolvidos ao contribuinte, salvo se ajuizada a ação antes da conclusão do presente julgamento.

Em outras palavras, **são legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 e não impugnados antes da conclusão deste julgamento.**

Portanto, reitero o voto pelo desprovimento do recurso extraordinário, declarando a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei nº 1.569 e dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212, porém, com modulação dos efeitos *ex nunc* apenas em relação às eventuais repetições de indébito ajuizadas após a presente data, a data do julgamento. [Grifei]

A salvaguarda disposta no referido precedente, ao meu sentir, expungiu a eiva de inconstitucionalidade dos dispositivos, nos feitos executivos ajuizados pela Fazenda Nacional, antes do dia 11.6.2008, salvo nos casos em que o particular, valendo-se de instrumento idôneo, *v. g.*, embargos do devedor, exceção de pré-executividade ou mesmo simples petição atravessada nos autos, discutiu a aplicação do prazo decenal, tal qual inscrito nos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91.

Ao caso em análise, houve expressa impugnação pelo particular sobre a inconstitucionalidade das normas em questão, e, por consequência, aplicável o lustro prescricional, nos termos do art. 174 do CTN, entendimento esse consentâneo com a orientação firmada na Súmula Vinculante nº 8.

**2. DATA DO TERMO INICIAL DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. DÉBITO RELATIVO A TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ENTREGA DA DCTF. DEFICIÊNCIA PROBATÓRIA.**

A prescrição para cobrança do crédito tributário ocorre em cinco anos contados da constituição definitiva, nos termos do *caput* do artigo 174 do CTN, sujeita à interrupção de acordo com as causas enunciadas no parágrafo único do mesmo dispositivo.



Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da DCTF ao Fisco que, para a cobrança do tributo na forma declarada e devida, em caso de omissão do contribuinte no cumprimento voluntário da obrigação, deve promover a execução fiscal nos cinco anos subsequentes, sob pena de prescrição.

A propósito, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS DECLARADOS E NÃO PAGOS. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONSUMAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 174 DO CTN.

1. Os créditos decorrentes de declaração prestada pelo contribuinte e não pagos na data do vencimento da obrigação, após sua entrega, conferem ao Fisco a prerrogativa de exigir o seu pagamento.

2. A entrega da Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF) corresponde à constituição definitiva do crédito tributário, iniciando-se, a partir daí, o prazo prescricional de cinco anos para a cobrança do débito, consoante disposto no art. 174 do CTN.

3. Recurso especial desprovido.

(RESP - 883178/RS, Primeira Turma, Decisão: 12.8.2008, DJE 4.9.2008, Relatora Min. DENISE ARRUDA)

Inaplicável, firme no escólio expendido, o argumento da apelante de que o início do prazo prescricional se daria tão só ao final dos 5 anos, contados a partir do início do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos moldes do art. 173, inc. I, do CTN.

Nessa senda, em consonância com o documento inserido na fl. 73 dos autos, percebe-se que a DCTF foi devidamente entregue em 22.9.1998, e a ação proposta em 19.12.02, em respeito, portanto, ao lustro prescricional.

Todavia, consoante atesta a própria recorrida, em contrarrazões, a citação só veio a ocorrer em maio de 2007. Dos autos, percebe-se que não houve qualquer diligência efetuada pelo exequente, no sentido de promover diligências envidadas no sentido

de materializar o ato citatório. Ao revés, desde o despacho que ordenou a citação (fl. 7) até a decisão de fl. 12, a que intimou a Fazenda Nacional para se pronunciar sobre a ocorrência de prescrição intercorrente, o processo ficou inerte por quase 4 anos, sem que a apelante nada postulasse.

Agiu a Fazenda Nacional, portanto, com desídia em relação ao seu múnus processual.

Não se faz presente, ao caso em análise, a excepcional situação que dá ensejo à aplicação do Enunciado nº 106 da Súmula do col. STJ, de teor:

Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.

### 3. DISPOSITIVO.

Forte nas considerações acima delineadas, nego provimento ao apelo e à remessa oficial.

Assim voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 459.331-SE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA  
Apelante: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE  
Apelado: MUNICÍPIO DE PACATUBA - SE  
Parte Ré: MUNICÍPIO DE PIRAMBU - SE  
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO  
Advs./Procs.: DR. MARCO AURÉLIO QUEIROZ DE SANTA ROZA E OUTROS (APDO.) E ÉLVIS SANTANA DA MOTA (PARTE RÉ)

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA RETIFICATÓRIA. LIMITES TERRITORIAIS ENTRE OS MUNICÍPIOS DE PACATUBA/SE E PIRAMBU/SE. MAPA ESTATÍS-**

**TICO MUNICIPAL/2000, CONFECCIONADO PELO IBGE, EM DESCONFORMIDADE COM O DISPOSTO NA LEGISLAÇÃO ESTADUAL APLICÁVEL. EQUÍVOCO CONSTATADO PELO PERITO NOMEADO PELO JUÍZO DE ORIGEM. LAUDO PERICIAL CLARO E PRECISO. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE E LEGITIMIDADE EM RAZÃO DA EQUIDISTÂNCIA DOS INTERESSES DAS PARTES. DEMONSTRAÇÃO COM EXTREMO RIGOR TÉCNICO DA REAL LOCALIZAÇÃO DOS MARCOS TERRITORIAIS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO ESTADUAL DE REGÊNCIA. RETIFICAÇÃO DO MAPA ESTATÍSTICO MUNICIPAL/2000 QUE SE IMPÕE. APELAÇÃO DO IBGE IMPROVIDA.**

**- Inicialmente, convém registrar que o caso em apreço não trata de nova demarcação de limites territoriais entre os Municípios de Pacatuba/SE e Pirambu/SE, o que atrairia o disposto no art. 18, § 4º, da Constituição Federal (CF/88).**

**- Da mesma forma, a hipótese em tela não envolve a inteligência contida nos §§ 2º, 3º, e 4º, do art. 12 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), uma vez que a existência de litígio, anteriormente à promulgação da CF/88, em relação aos limites entre Pacatuba/SE e Pirambu/SE, é requisito essencial para sua incidência. Tal circunstância, ou seja, a existência de litígio prévio à promulgação da CF/88 não restou comprovada nos autos.**

**- O cerne da presente demanda consiste em verificar se o Mapa Estatístico Municipal/2000, confeccionado pelo IBGE, observou, quanto aos limites entre Pacatuba/SE e Pirambu/SE, o disposto na legislação estadual de regência, mais precisamente as Leis Estaduais nºs 525-A/1953, 554/1964 e 1.234/1963.**

**- É certo que tal mapa, embora tenha fins estatísticos e não geográficos, caso retificado, poderá servir de base para a Agência Nacional do**

**Petróleo (ANP) adequar o teor de sua Autorização nº 04/1998, de 04/02/1998, à real localização da Estação Coletora de Robalo - PETROBRAS. Esse ato normativo dispõe que a citada estação se situa em área pertencente ao Município de Pirambu/SE, em detrimento ao Município de Pacatuba/SE, autor desta ação. Resta, portanto, demonstrado o interesse de Pacatuba/SE no julgamento deste feito, visto que poderá haver modificação nos critérios relativos ao repasse dos royalties correspondentes.**

**- A Lei Estadual nº 525-A/1953 criou o Município de Pacatiba/SE, antigo distrito de Japoatã/SE. A Lei Estadual nº 554/1954 alterou o nome do Município de Pacatiba/SE para Pacatuba/SE, estabelecendo os perímetros dos municípios então relacionados, bem como as divisas interdistritais. A Lei Estadual nº 1.234/1963 criou o Município de Pirambu/SE, desmembrando-o do Município de Japaratuba/SE.**

**- O art. 2º da Lei Estadual nº 1.234/1963 dispôs que os limites territoriais do Município de Pirambu/SE deverão observar, dentre outras coisas, os antigos limites do Município de Japaratuba. A Lei Estadual nº 554/1954, em seu anexo 2, indicou os limites municipais e divisas interdistritais respectivos. Segundo esta lei, o limite do Município de Japaratuba/SE com o Município de Pacatuba/SE é “da foz do rio Brito em linha reta até a foz do riacho Santa Izabel, no oceano Atlântico”. Como visto, a fronteira entre o Município de Pirambu/SE e o Município de Pacatuba/SE dependerá da identificação de dois marcos territoriais, quais sejam: a foz do Rio Brito e a foz do Riacho Santa Izabel, no Oceano Atlântico.**

**- Diante dos marcos territoriais aduzidos na legislação estadual retromencionada, foi elaborado laudo técnico por perito nomeado pelo magistrado de origem, às fls. 760/796, consubstan-**

**ciando peça bastante elucidativa, o qual, juntamente com os esclarecimentos complementares às fls. 853/861, foi capaz de dirimir quaisquer dúvidas sobre os limites territoriais entre Pacatuba/SE e Pirambu/SE.**

**- É cediço que as informações trazidas pelo perito oficial gozam de presunção de veracidade e legitimidade, até porque este se encontra equidistante dos interesses das partes.**

**- Como bem ressaltou o magistrado de primeiro grau às fls. 968/969, o auxiliar do juízo não somente encontrou a “foz do riacho Santa Izabel”, marco este fundamental para a identificação dos limites territoriais entre o Município de Pacatuba/SE e Pirambu/SE, como também indicou as exatas coordenadas da divisa entre os mencionados municípios.**

**- Nessa linha, tendo o perito oficial utilizado para a elaboração de seu laudo as normas legislativas pertinentes, mapas e cartas geográficas elaboradas pelo próprio IBGE e por outros órgãos/entidades de reconhecida credibilidade, além de pesquisa de campo, com identificação tecnológica e visualização dos marcos territoriais respectivos, caem por terra os argumentos lançados no apelo do IBGE, uma vez que estes se mostram insubsistentes quando comparados ao teor do laudo técnico-pericial.**

**- Ressalte-se ainda que eventual concordância do Município de Pacatuba/SE com a utilização provisória, para fins estatísticos, do Morro do Robalo como marco territorial não tem o condão de afastar a vigência das leis estaduais que estabeleceram os limites territoriais aplicáveis.**

**- Por fim, a existência da Autorização nº 04, de 04/02/1998, da ANP, não exime o IBGE de proceder à retificação do Mapa Estatístico Municipal/2000, conforme requerido na inicial, visto que o equívoco nos limites territoriais entre Pacatuba/**

**SE e Pirambu/SE restou devidamente comprovado.**

**- Precedentes desta Corte.**

**- Apelação do IBGE improvida.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, rejeitar a preliminar de nulidade da sentença e, no mérito, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 4 de agosto de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA-Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de apelação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) contra sentença às fls. 958/971, integrada pelo *decisum* às fls. 990/992, a qual, julgando procedente o pedido formulado pelo Município de Pacatuba/SE, determinou que o ora apelante retificasse os dados constantes do Mapa Estatístico Municipal/2000, especificamente em relação aos marcos divisórios entre os Municípios de Pacatuba/SE e Pirambu/SE, de maneira a observar o disposto nas Leis Estaduais nºs 525-A/1953, 554/1964 e 1.234/1963, bem como as coordenadas plano retangulares indicadas pelo laudo pericial às fls. 760/796.

O IBGE, nas razões de seu apelo, às fls. 1098/1102, aduziu, em apertada síntese, que não teria alterado os limites territoriais entre Pacatuba/SE e Pirambu/SE, até porque lhe faltaria atribuição legal para tanto; que houve, na verdade, modificação gráfica da realidade inerente aos mesmos limites; que a divisa entre os referidos municípios teria sido apresentada à Secretaria de Estado do Planejamento e da Ciência e Tecnologia (SEPLANTEC) e

por esta aprovada para fins estatísticos; que não seria possível encontrar o marco “foz do riacho de Santa Izabel”; que a mudança na representação gráfica da região em litígio decorreria da evolução tecnológica pela qual passa a Ciência da Cartografia; que o Município de Pacatuba/SE teria concordado com a utilização provisória, para fins estatísticos, do Morro do Robalo como marco territorial; que os limites entre Pacatuba/SE e Pirambu/SE apresentariam inconsistências, nos termos de relatório técnico elaborado pela SEPLANTEC; que o Mapa Estatístico Municipal/2000 considerou o marco provisório (Morro do Robalo) previamente acordado pelas partes interessadas, bem como os avanços tecnológicos da Cartografia e a impossibilidade de se encontrar o marco denominado “foz do riacho Santa Izabel”; que o fato de o citado mapa ter finalidade estatística inviabilizaria a pretensão de Pacatuba/SE em fixar seus limites territoriais (finalidade geográfica) de acordo com os seus próprios interesses, em detrimento do Município de Pirambu/SE, até porque o estabelecimento das divisas territoriais seria da competência do Estado de Sergipe; que a foz do Riacho Santa Izabel teria sido indicada pelo perito oficial de modo dedutivo; que a Autorização ANP nº 4, de 04/02/1998, já indicava que a Estação de Produção de Robalo estaria situada em Pirambu/SE, o que afastaria a alegação de que o Censo 2000, realizado pelo ora recorrente, teria contribuído para a alteração dos limites territoriais entre Pacatuba/SE e Pirambu/SE. Ao final, requereu o provimento da apelação, a fim de que a sentença seja reformada *in totum*.

Contrarrazões apresentadas pelo Município de Pacatuba/SE às fls. 1111/1130.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Inicialmente, convém registrar que o caso em apreço não trata de nova demarcação de limites territoriais entre os Municípios de Pacatuba/SE e Pirambu/SE, o que atrairia o disposto no art. 18, § 4º, da Constituição Federal (CF/88). Da mesma forma, a hipótese em tela não envolve a inteligência contida nos §§ 2º, 3º, e 4º

do art. 12<sup>2</sup> do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), uma vez que a existência de litígio, anteriormente à promulgação da CF/88, em relação aos limites entre Pacatuba/SE e Pirambu/SE, é requisito essencial para sua incidência. Tal circunstância, ou seja, a existência de litígio prévio à promulgação da CF/88 não restou comprovada nos autos.

Na verdade, o objeto desta ação apenas diz respeito à retificação dos dados apresentados pela Resolução (R-PR) nº 05 - IBGE,

---

<sup>1</sup> (...)

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

(...)

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

(...)

<sup>2</sup> (...)

Art. 12. Será criada, dentro de noventa dias da promulgação da Constituição, Comissão de Estudos Territoriais, com dez membros indicados pelo Congresso Nacional e cinco pelo Poder Executivo, com a finalidade de apresentar estudos sobre o território nacional e anteprojetos relativos a novas unidades territoriais, notadamente na Amazônia Legal e em áreas pendentes de solução.

(...)

§ 2º - Os Estados e os Municípios deverão, no prazo de três anos, a contar da promulgação da Constituição, promover, mediante acordo ou arbitramento, a demarcação de suas linhas divisórias atualmente litigiosas, podendo para isso fazer alterações e compensações de área que atendam aos acidentes naturais, critérios históricos, conveniências administrativas e comodidade das populações limítrofes.

§ 3º - Havendo solicitação dos Estados e Municípios interessados, a União poderá encarregar-se dos trabalhos demarcatórios.

§ 4º - Se, decorrido o prazo de três anos, a contar da promulgação da Constituição, os trabalhos demarcatórios não tiverem sido concluídos, caberá à União determinar os limites das áreas litigiosas.



de 10/10/2002, e não, como dito, à nova demarcação dos limites territoriais anteriormente mencionada. Com efeito, o cerne da presente demanda consiste em verificar se o Mapa Estatístico Municipal/2000, confeccionado pelo IBGE, observou, quanto aos limites entre Pacatuba/SE e Pirambu/SE, o disposto na legislação estadual de regência, mais precisamente as Leis Estaduais nºs 525-A/1953, 554/1964 e 1.234/1963. É certo que tal mapa, embora tenha fins estatísticos e não geográficos, caso retificado, poderá servir de base para a Agência Nacional do Petróleo (ANP) adequar o teor de sua Autorização nº 04/1998, de 04/02/1998, à real localização da Estação Coletora de Robalo - PETROBRAS. Esse ato normativo dispõe que a citada estação se situa em área pertencente ao Município de Pirambu/SE, em detrimento do Município de Pacatuba/SE, autor desta ação. Resta, a meu sentir, demonstrado o interesse de Pacatuba/SE no julgamento deste feito, visto que poderá haver modificação nos critérios relativos ao repasse dos *royalties* correspondentes.

A solução da presente lide requer, a meu ver, uma breve análise das normas estaduais acima referidas. A Lei Estadual nº 525-A/1953 criou o Município de Pacatiba/SE, antigo distrito de Japoatã/SE. A Lei Estadual nº 554/1954 alterou o nome do Município de Pacatiba/SE para Pacatuba/SE, estabelecendo os perímetros dos municípios então relacionados, bem como as divisas interdistritais. A Lei Estadual nº 1.234/1963 criou o Município de Pirambu/SE, desmembrando-o do Município de Japaratuba/SE, conforme se pode inferir de seu art. 1º, *in verbis*:

Art. 1º - Fica criado o Município de Pirambu com sede no atual povoado do mesmo nome, desmembrado do Município de Japaratuba.

O art. 2º da Lei Estadual nº 1.234/1963 dispõe acerca dos limites territoriais do município, então recém-criado, nos seguintes termos:

Art. 2º - Os limites do Município ora criado serão os seguintes: começa na foz do Rio Japaratuba, na costa atlântica, daí subindo o curso do mesmo rio até um ponto situado à margem direita de quem sobe o rio, daí partirá uma linha reta que passará entre os Povoados Marimbondo e São José da Catinga até a confluência do rio Papagaio

com o rio Poxim, daí virando em direção leste até o oceano, **seguindo os antigos limites do Município de Japarutuba.** (Negritei)

A Lei Estadual nº 554/1954, em seu anexo 2, indicou os limites municipais e divisas interdistritais respectivos. Segundo esta lei, o limite do Município de Japarutuba/SE com o Município de Pacatuba/SE é “da foz do rio Brito em linha reta até a foz do riacho Santa Izabel, no oceano Atlântico”. Como visto, a fronteira entre o Município de Pirambu/SE e o Município de Pacatuba/SE dependerá da identificação de dois marcos territoriais, quais sejam: a foz do Rio Brito e a foz do Riacho Santa Izabel, no Oceano Atlântico.

Diante dos marcos territoriais aduzidos na legislação estadual retromencionada, foi elaborado laudo técnico por perito nomeado pelo magistrado de origem, às fls. 760/796, consubstanciando peça bastante elucidativa, o qual, juntamente com os esclarecimentos complementares às fls. 853/861, foi capaz de dirimir, a meu sentir, quaisquer dúvidas sobre os limites territoriais entre Pacatuba/SE e Pirambu/SE.

Ora, é cediço que as informações trazidas pelo perito oficial gozam de presunção de veracidade e legitimidade, até porque este se encontra equidistante dos interesses das partes. Colaciono os seguintes precedentes no mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DIVERGÊNCIA SOBRE A INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO DA SÚMULA Nº 260 DO EX-TFR. PERITA CONTÁBIL NOMEADA PELO JUÍZO. EQUIDISTÂNCIA DAS PARTES. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DAS INFORMAÇÕES.

- Sentença escorada nos elucidativos cálculos apresentados pela perita contábil nomeada pelo juízo, que os elaborou em estrita consonância com o título executivo judicial exequendo.

- **O perito nomeado pelo juízo, por se encontrar equidistante das partes e deter os conhecimentos técnicos necessários para o exercício de seu *munus* público, merece credibilidade em suas informações, cuja veracidade somente pode ser questionada mediante a apresentação de argumentos sérios e fundados, o que não se verifica na hipótese.** Apelação desprovida.

(Negritei)

(TRF 5ª REGIÃO - AC 337790 - UF: AL - Órgão Julgador: Primeira Turma - DJ: 27/04/2007, página: 887 - Relator(a): Des. Federal José Maria Lucena - Decisão: Unânime).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. INDENIZAÇÃO. JUROS COMPENSATÓRIOS E MORATÓRIOS. FIXAÇÃO.

**- Correta a sentença que na indenização da terra nua e das benfeitorias adotou os valores encontrados no laudo técnico do perito judicial, considerando a equidistância deste em relação às partes e, ainda, a presunção de imparcialidade das suas conclusões.**

- (...)

- Remessa oficial não conhecida. Apelação provida em parte. (Negritei)

(TRF 5ª REGIÃO - AC 398755 - UF: PE - Órgão Julgador: Primeira Turma - DJ: 14/02/2007, página: 577 - Relator(a): Des. Federal Francisco Wildo - Decisão: Unânime).

Com efeito, não constato nenhuma falha no laudo pericial às fls. 760/796, mormente diante dos esclarecimentos complementares às fls. 853/861, os quais conseguiram afastar sem maiores dificuldades as impugnações aventadas pelo IBGE e pelo Município de Pirambu/SE. Como bem ressaltou o magistrado de primeiro grau às fls. 968/969, o auxiliar do juízo não somente encontrou a “foz do riacho Santa Izabel”, marco este fundamental para a identificação dos limites territoriais entre o Município de Pacatuba/SE e Pirambu/SE, como também indicou as exatas coordenadas da divisa entre os mencionados municípios. Neste particular, merecem ser transcritas a conclusão do laudo pericial e as respostas aos quesitos formulados pelo Município de Pacatuba/SE que esclarecem com precisão os pontos controversos desta demanda:

#### 6. CONCLUSÃO

Inequivocamente a divisa entre os municípios de Pirambu e Pacatuba é: a partir da FOZ DO RIO BRITO, com coordenadas plano retangulares aproximadas N = 8.827.900m, E = 746.250m, daí por linha imaginária até a FOZ DO RIACHO SANTA ISABEL, NO OCEANO ATLÂNTICO, com coordenadas plano retangulares aproximadas N = 8.820.811m, E = 747.211m.

**Por conseguinte, conclui-se que o Mapa Municipal de Pacatuba 2000, elaborado pelo IBGE, contém erro técnico na localização da linha divisória entre os Municípios de Pirambu e Pacatuba, em especial na indicação da foz do Riacho Santa Isabel.** (Negritei)

7. Resposta aos quesitos formulados

Município de Pacatuba

5) Queira o Sr. Perito informar quais os marcos legais fixados pela legislação para definição dos limites entre os municípios de Pacatuba e de Pirambu;

Resposta: Foz do Rio Brito e Foz do Riacho Santa Isabel, no oceano Atlântico.

6) No contexto da informação prestada no quesito anterior, queira o Sr. Perito esclarecer quais as coordenadas geográficas dos marcos referenciados como “FOZ DO RIO BRITO” e “FOZ DO RIACHO SANTA ISABEL”;

Resposta: Foz do Rio Brito: N = 8.827.900m, E = 746.250m; Foz do Riacho Santa Isabel: N = 8.820.811m, E = 747.211m.

...

9) Queira o Sr. Perito informar quais as coordenadas geográficas da ESTAÇÃO COLETORA DE ROBALO - PETROBRAS;

Resposta: N = 8.825.042m, E = 750.037m.

10) Levando-se em consideração as respostas aos quesitos anteriores, queira o Sr. Perito esclarecer em qual município - Pacatuba ou Pirambu - encontra-se situada a ESTAÇÃO COLETORA DE ROBALO - PETROBRAS;

**Resposta: Município de Pacatuba.** (Sic) (Negritei)

Nessa linha, tendo o perito oficial utilizado para a elaboração de seu laudo as normas legislativas pertinentes, mapas e cartas geográficas elaboradas pelo próprio IBGE e por outros órgãos/entidades de reconhecida credibilidade, além de pesquisa de campo, com identificação tecnológica e visualização dos marcos territoriais respectivos, caem por terra os argumentos lançados no apelo do IBGE, uma vez que estes se mostram insubsistentes quando comparados ao teor do laudo técnico-pericial. Ressalte-se ainda que eventual concordância do Município de Pacatuba/SE com a utilização provisória, para fins estatísticos, do Morro do Robalo como marco territorial não tem o condão de afastar a vigência das leis estaduais que estabeleceram os limites territoriais aplicáveis.

Por fim, a existência da Autorização nº 04, de 04/02/1998, da ANP, não exime o IBGE de proceder à retificação do Mapa Estatístico Municipal/2000, conforme requerido na inicial, visto que o equívoco nos limites territoriais entre Pacatuba/SE e Pirambu/SE restou devidamente comprovado.

Ante o exposto, prestigiando os préstimos do perito oficial, cujo laudo e esclarecimentos complementares considero parte integrante deste julgado, até porque realizados com o rigor técnico necessário, tenho por, adotando como minhas as razões de decidir do magistrado de origem, uma vez que este laborou de forma irretocável, lastreando-se em fundamentos perfeitamente aplicáveis à situação em apreço, negar provimento ao apelo do IBGE, restando prejudicada a petição do Município de Pirambu/SE às fls. 1390/1404.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 466.490-PE**

Relator: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI  
Apelante: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI  
Apelado: STEPHEN JOHN RICHARD ALLEN  
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO  
Adv./Proc.: DR. CLAYTON JOSÉ OLIVEIRA SOARES (APDO.)

***EMENTA: AUTORAL. REPRODUÇÃO DE MÚSICAS INDÍGENAS EM CD EDITADO POR ENTE PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO TITULAR, POR CESSÃO, DOS DIREITOS AUTORAIS. CONDUTA VIOLADORA DA LEI Nº 9.610/98. REPARAÇÃO. MENSURAÇÃO. MODIFICAÇÃO PARCIAL DA SENTENÇA.***

***- Duplo grau de jurisdição obrigatório e apelação interposta contra sentença de procedência do pedido de condenação da FUNAI em indenização por perdas e danos, materiais e morais, decorrentes de alegada violação de direitos au-***

**torais.**

**- “Aos autores pertence o direito [fundamental] exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissíveis aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar” (inciso XXVII do art. 5º da CF/88).**

**- Os direitos autorais abrangem os direitos morais e os direitos patrimoniais, relacionados à criação. Os primeiros, pessoais, abarcam a condição de criador, concernindo, em especial, aos direitos de inédito, a paternidade, à integridade e de modificação da obra, sendo inalienáveis e irrenunciáveis; os segundos referem-se ao direito de utilização econômica da criação, que pode ser objeto de cessão a terceiros.**

**- Nos termos da Lei nº 9.610, de 19.02.98, com clara inspiração na Convenção de Berna para a proteção das obras literárias e artísticas, constituem-se obras intelectuais protegidas “as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”, tais como “as composições musicais, tenham ou não letra” (art. 7º, caput e V).**

**- Criação do espírito, como criação intelectual, que configura obra intelectual protegida, “é uma idéia formal” (é conteúdo e forma), original ou inovadora, marcada pela criatividade (e, segundo a tradição, pela individualidade). O caráter criativo se verifica pela singularidade, pela existência da “marca pessoal” do autor. Por isso se diz que, “quando se passa da criação para a descrição, quando há descoberta e não inovação, quando é o objeto que comanda em vez de o papel predominante ser o da visão do autor – saímos do âmbito da tutela”. Já a individualidade ou personalidade tem sido critério de caracterização substituído (passando a integrar o elemento da criatividade), nos últimos tempos, pela**

*idéia de “espaço em branco em que ocorresse uma criação”, de modo que “o que resultasse de condicionamentos técnicos não seria uma obra”. Em síntese, tem-se, como “fundamento de atribuição do Direito do Autor”: “um novo elemento, que não constava do quadro de referências objetivas da comunidade, não se apresentava como óbvio nem se reduz a uma aplicação unívoca de critérios preestabelecidos, foi introduzido por um ato criativo” (José de Oliveira Ascensão).*

*- A presente discussão concerne a duas músicas que, inseridas ineditamente em um CD realizado por um produtor musical independente (o autor do feito), com patrocínio estatal e privado, foram, posteriormente, reproduzidas em outro CD realizado pela autarquia federal indigenista, sem autorização do titular dos direitos autorais relativos às composições musicais.*

*- Não há dúvidas sobre a reprodução ilícita, por ausência de autorização do titular dos direitos autorais (art. 29, I e V, da Lei nº 9.610/98), das músicas no CD produzido pela FUNAI, consoante reconhecido pela própria autarquia, explicitamente destacado nos documentos por ela mesma coligidos, que retratam, inclusive, a abertura, por tais fatos, de processo administrativo, resultando na subscrição de termo de ajustamento e no pagamento de indenização ao índio que se apresentou como compositor das músicas.*

*- A questão a decidir é quem detém, efetivamente, a condição de titular dos direitos autorais a serem reparados em função da veiculação desautorizada pelo ente estatal, salientando-se que a proteção de tais direitos não depende de registro (art. 18 da Lei nº 9.610/98) e que eles podem não estar no patrimônio jurídico do criador intelectual, mas sim daquele a quem esse cedeu seus direitos patrimoniais originários. O autor*

**do feito, produtor musical, diz que é ele, com base em termo de cessão de direitos autorais; a FUNAI diz que é o índio da tribo Fulni-ô, que já recebeu a indenização paga pelo Estado; e há, ainda, um segundo índio, que, ouvido como testemunha, se disse co-autor da criação musical, subscritor do termo de cessão, juntamente com o primeiro indígena, e ameaçado de morte pelo primeiro, embora tenha, posteriormente, subscrito documento em que afirma que apenas o índio já indenizado foi o criador e tem direitos autorais sobre as músicas teladas.**

**- Invocando-se, inclusive, a dicção do art. 4º (interpretação restritiva dos negócios jurídicos sobre os direitos autorais) e a do art. 31 (inextensibilidade da autorização do autor quanto às modalidades de utilização da obra), da Lei nº 9.610/98, tem-se que restou demonstrada a cessão total de direitos autorais ao ora apelado, na forma permitida pelos arts. 49 a 52, da referida lei. Do termo de cessão consta, expressamente, que o cedente “cede e transfere, a título definitivo, em caráter irrevogável e irreatável, a título universal [...] seus direitos patrimoniais de autores [...], ficando estabelecido que o produtor poderá usar esta criação artística de qualquer forma que seja no CD [...] e em seus derivados (CD's, DVD's, livros, revistas, disquete laser, home vídeo, internet etc) [...] / Sendo que o cedente concorda que todos os direitos ora cedidos poderão ser utilizados e licenciados para a utilização de terceiros [...]”. Ainda que assim não fosse, os arts. 89 e 93 a 94 protegem os direitos dos produtores fonográficos, de modo independente, mas analógico (“no que couber”), aos direitos dos criadores intelectuais da obra artística, em que pese se reconhecer que fonograma não é criação, é técnica, é veículo de apresentação.**

**- A despeito das críticas, o fato é que o ordena-**



**mento jurídico nacional admite a cessão total ou alienação global dos direitos do autor: “A transmissão do direito de autor só se verifica verdadeiramente no caso a que a lei chama de transmissão total; também se fala em cessão global. Dá-se esta quando as várias faculdades que compõem o direito são transmitidas em globo, uti universi, portanto sem discriminação de cada faculdade tomada para si”. Pela cláusula de cessão global do direito, “o criador intelectual tem de pagar o amargo preço da renúncia a todas as utilizações posteriores”. “O titular originário, se não alienar em globo o seu direito, conserva o poder de alienar parcela a parcela o conteúdo patrimonial deste” (José de Oliveira Ascensão). Não se olvide que a cessão total está limitada, não estando por ela alcançados os direitos de natureza personalíssima – a exemplo dos morais – e os expressamente excluídos por lei – a exemplo do direito de seqüência ou seqüela, a dizer, o direito do criador intelectual ao lucro decorrente da alienação de sua obra.**

**- Não há qualquer vício formal no termo de cessão existente nos autos, que atendeu aos requisitos legais. Tratando-se, o cedente, de índio completamente integrado à civilização, tendo, ele próprio, postulado perante a FUNAI indenização pelo uso indevido de criação artística que disse sua, sem qualquer revelação de fragilidade, não há que se falar em invalidade do termo de cessão por ausência de assistência do indígena cedente pela autarquia indigenista. Ademais, perícia grafoscópica comprovou que a assinatura lançada no termo de cessão pertence ao indígena indenizado pela FUNAI.**

**- Está provado: que o titular dos direitos autorais, na sua dimensão patrimonial, é o ora apelado; que a FUNAI reproduziu, sem autorização do apelado, duas músicas do CD que ele produziu e**

**das quais tinha o direito de exploração econômica; que, em decorrência, houve ofensa aos direitos autorais, impondo-se, agora, o sopeso da reparação.**

**- Correta, a determinação sentencial, no sentido de serem excluídas, do CD produzido pela FUNAI, as duas músicas objeto do litígio, com fundamento no art. 102 da Lei nº 9.610/98.**

**- Sobre a indenização por danos morais, fixada em R\$ 3.000,00, deve ser excluída, porquanto não restou demonstrado tal tipo de prejuízo. Aqui, é mister distinguir os danos morais alegados pelo titular do direito autoral, que não é o criador intelectual, dos danos morais eventualmente sofridos por esse. O ora apelado detém apenas direitos patrimoniais em relação à criação, mas não direitos de natureza moral, que são intransmissíveis por ato do criador intelectual. Apenas se o alegado ofendido fosse o criador intelectual, poder-se-ia sustentar ser presumível o dano moral.**

**- Sobre a condenação em indenização por danos materiais, fixada em R\$ 6.000,00, mostra-se excessiva, devendo ser redimensionada. O ora apelado adquiriu os direitos autorais patrimoniais relativos a nove músicas indígenas, dentre as quais as duas debatidas, pelo valor de R\$ 450,00, o que corresponde a R\$ 50,00, por música; o próprio apelado diz que cada CD deve ser considerado ao preço unitário de R\$ 10,00; a FUNAI editou, comprovadamente, 200 exemplares do CD com a reprodução injurídica, contendo dezenove músicas, dentre as quais as duas discutidas, unidades que foram distribuídas gratuitamente; logo, multiplicando-se 200 por R\$ 10,00, chega-se a R\$ 2.000,00, que, dividido por dezenove, corresponde a R\$ 105,26, por cada música, e a R\$ 210,52, pelas duas músicas. Esse, o valor que melhor espelha o prejuízo material.**

***Não se mostra razoável impor à FUNAI o importe de R\$ 6.000,00, quando o próprio produtor musical, ora apelado, ao adquirir dos índios seus direitos autorais patrimoniais quanto às duas músicas em comento, entendeu suficiente, à identificação de sua expressão econômica, a quantia total de R\$ 100,00.***

***- Tem base legal a condenação da FUNAI em retratação, na forma do art. 108, II, da Lei nº 9.610/98: inclusão de errata nos exemplares eventualmente não distribuídos, sem prejuízo de comunicação, com destaque, por três vezes consecutivas em jornal de grande circulação, do domicílio do titular dos direitos autorais.***

***- Pelo parcial provimento da remessa necessária, tida por interposta, e da apelação.***

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 14 de maio de 2009 (data do julgamento).

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI:

STEPHEN JOHN RICHARD ALLEN ajuizou ação ordinária contra a FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI, objetivando ver-se ressarcido de perdas e danos, materiais e morais, decorrentes de suposta violação de direitos autorais.

Asseverou que, na condição de produtor musical, teria produzido o fonograma FLÊETWTWAYA - *Cantos Tradicionais dos Índios Fulni-ô*, durante o ano de 2002. Afirmou que “várias músicas da tribo Fulni-ô foram catalogadas, compiladas e executadas e dimen-

sionadas na alusão de produção do referido fonograma”. Destacou que a obra artística em questão teria sido viabilizada pelo Projeto Cultural de nº 015/02, autorizado junto ao Governo do Estado de Pernambuco, “através do Sistema de Incentivo à Cultural a qual recebeu a autorização para captação nº 0055/02”. Acrescentou que também contou com o patrocínio da Telpe Celular SA, bem como que o lançamento teria se dado no Palácio do Campo das Princesas. Argumentou que a FUNAI teria realizado outro fonograma (designado DA RAIZ - Sons dos Índios Brasileiros), em 2003, no qual teriam constado reproduções indevidas (contrafação) de duas composições já inseridas no fonograma do autor, sendo dele criação intelectual, quais sejam as faixas intituladas OÁFEYA e YA KLE-TXAKÁ YA KÊTKYA YAATHÉ. Acentuou que um dos índios compositores teria acusado publicamente o autor de ter vendido a reprodução à FUNAI, do que resultou agressão à sua honra, mas também estremecimento da amizade com os índios e da credibilidade profissional. Ressaltou que teria procedido, em função disso, à notícia-crime sobre o ilícito em questão perante o Ministério Público Federal. Sublinhou que seus direitos autorais teriam sido violados, assim como que jamais teria cedido tais direitos, a qualquer título, à FUNAI. Invocou a proteção da Lei nº 9.610/98, bem como transcreveu o art. 184 do CP. Formulou quatro pedidos: a) a condenação da parte ré nos moldes do art. 102 da Lei nº 9.610/98; b) a condenação da autarquia ré no pagamento “equivalente à edição de três mil exemplares, a ser considerado o exemplar ao preço de R\$ 20,00”; c) a condenação da FUNAI em indenização por danos morais, a serem arbitrados pelo Juízo; d) a condenação da ré a “retratar-se do mal cometido”.

Em aditamento à inicial, o autor retificou a postulação, pedindo indenização por danos materiais no importe de R\$ 6.000,00, se não demonstrado valor maior, considerado o número de CDs reproduzidos pela FUNAI, com a contrafação, dado que não teria como conhecer por si. Quanto aos danos morais, foram por ele avaliados em R\$ 24.000,00. Ressaltou, inclusive, que a FUNAI e um dos índios compositores (LUCIANO BARBOSA) teriam firmado termo de ajustamento, pelo qual a instituição ré teria se obrigado ao pagamento *a posteriori* sobre direitos autorais, o que repre-

sentaria reconhecimento do ilícito perpetrado.

Citada, a FUNAI apresentou contestação, afirmando: que “o reclamante acumulou prestígio e lucrou pessoalmente com a elaboração do CD com músicas indígenas exclusivamente da etnia Fulni-ô, remunerando parcamente os indígenas criadores das músicas exploradas”; que, em nenhum momento, a FUNAI teria ofendido os direitos do autor, nem obtido qualquer lucro, pois o CD por ela produzido teria sido reproduzido em 200 unidades de distribuição gratuita; que as músicas em questão seriam de autoria do indígena LUCIANO BARBOSA; que o contrato de cessão de direito patrimonial teria se restringido exclusivamente à produção do CD FLÊETWTWAYA, não havendo vedação à autorização futura de uso das músicas mencionadas em obras distintas; que os índios (LUCIANO BARBOSA e ADERLINDO LÚCIO CAJUEIRO DO AMORIM, cedentes) teriam, ainda que *a posteriori*, autorizado formalmente a inclusão de suas músicas no CD da FUNAI; que, ao produzir o CD, a FUNAI teria dado cumprimento às suas atribuições, segundo o art. 1º, VI, da Lei nº 5.371/67; que deveriam ser considerados os arts. 5º, VIII, *f e g*, IX, e 11, da Lei nº 9610/98; que deveria se distinguir o direito autoral derivado da música e o direito autoral relativo ao fonograma, sendo que o primeiro já teria sido reconhecido e recompensado com o pagamento de indenização ao compositor, ao passo que o segundo não teria sido violado, porquanto a FUNAI não teria reproduzido o CD FLÊETWTWAYA; que se aplicaria a regra do art. 46, VIII, da Lei de Direitos Autorais; que “o CD produzido pela FUNAI não prejudicou a exploração da obra reproduzida nem os interesses dos autores. Pelo contrário, o novo CD ajudou a divulgar a obra do requerente [...]”; que, em relação aos danos morais, não estaria configurado nexó de causalidade; que o requerente não deteria a titularidade sobre o direito moral das composições musicais; que, quanto aos danos materiais, se tivessem acontecido, deveriam ser equivalentes a R\$ 210,52, pois reproduzidas apenas 200 unidades do CD da FUNAI.

O autor apresentou réplica.

Juntados mais documentos.

Ouidas testemunhas (os indígenas LUCIANO BARBOSA e

ADERLINDO LÚCIO CAJUEIRO DO AMORIM).

Realizada perícia grafotécnica.

Encaminhados os autos ao Ministério Público, disse ele não haver interesse que justificasse a intervenção do *Parquet*.

O MM. Juiz Federal julgou procedente o pedido, nos termos da sentença de fls. 493/500.

A FUNAI interpôs apelação, reiterando os termos da contestação.

Com as contra-razões de reafirmação das teses contidas na petição inicial.

Remessa necessária tida por interposta.

É o relatório.

Dispensada a revisão. Peço dia para julgamento.

### **VOTO**

O SENHOR JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI (Relator):

Trata-se de duplo grau de jurisdição obrigatório e apelação interposta contra sentença de procedência do pedido de condenação da FUNAI em indenização por perdas e danos, materiais e morais, decorrentes de alegada violação de direitos autorais.

Inicialmente, é de se dizer que, nos termos do art. 5º, XXVII, da CF/88: “Aos autores pertence o direito [fundamental] exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissíveis aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”.

Com esse dispositivo, os direitos autorais foram constitucionalmente protegidos.

Note-se que os direitos autorais abrangem os direitos morais e os direitos patrimoniais, relacionados à criação. Os primeiros, pessoais, abarcam a condição de criador, concernindo, em especial, aos direitos de inédito, a paternidade, à integridade e de modificação da obra, sendo inalienáveis e irrenunciáveis; os segundos referem-se ao direito de utilização econômica da criação, que pode ser objeto de cessão a terceiros.

Nos termos da Lei nº 9.610, de 19.02.98, com clara inspiração na Convenção de Berna para a proteção das obras literárias e artísticas, constituem-se obras intelectuais protegidas “as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”, tais como “as composições musicais, tenham ou não letra” (art. 7º, *caput* e V).

A criação do espírito, como criação intelectual, que configura obra intelectual protegida, “é uma idéia formal” (é conteúdo e forma), original ou inovadora, marcada pela criatividade (e, segundo a tradição, pela individualidade). O caráter criativo se verifica pela singularidade, pela existência da “marca pessoal” do autor. Por isso se diz que, “quando se passa da criação para a descrição, quando há descoberta e não inovação, quando é o objeto que comanda em vez de o papel predominante ser o da visão do autor – saímos do âmbito da tutela”. Já a individualidade ou personalidade tem sido critério de caracterização substituído (passando a integrar o elemento da criatividade), nos últimos tempos, pela idéia de “espaço em branco em que ocorresse uma criação”, de modo que “o que resultasse de condicionamentos técnicos não seria uma obra”. Em síntese, tem-se, como “fundamento de atribuição do Direito do Autor”: “um novo elemento, que não constava do quadro de referências objetivas da comunidade, não se apresentava como óbvio nem se reduz a uma aplicação unívoca de critérios preestabelecidos, foi introduzido por um ato criativo”. Essas são as lições extraídas do importante livro do Professor José de Oliveira Ascensão - **Direito Autoral**. 2.ed.ref.ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 27 *et seq.*

Feitas essas considerações preambulares de caráter conceitual, sigo ao cerne.

A presente discussão concerne a duas músicas que, inseridas ineditamente em um CD realizado por um produtor musical independente (o autor do feito), com patrocínio estatal e privado, foram, posteriormente, reproduzidas em outro CD realizado pela autarquia federal indigenista, sem autorização do titular dos direitos autorais relativos às composições musicais.

Frise-se que não há dúvidas sobre a reprodução ilícita, por ausência de autorização do titular dos direitos autorais (art. 29, I e V, da Lei nº 9.610/98), das músicas no CD produzido pela FUNAI, consoante reconhecido pela própria autarquia, explicitamente destacado nos documentos por ela mesma coligidos, que retratam, inclusive, a abertura, por tais fatos, de processo administrativo, resultando na subscrição de termo de ajustamento e no pagamento de indenização ao índio que se apresentou como compositor das músicas.

A questão a decidir é quem detém, efetivamente, a condição de titular dos direitos autorais a serem reparados em função da veiculação desautorizada pelo ente estatal, salientando-se que a proteção de tais direitos não depende de registro (art. 18 da Lei nº 9.610/98) e que eles podem não estar no patrimônio jurídico do criador intelectual, mas sim daquele a quem esse cedeu seus direitos patrimoniais originários.

O autor do feito, produtor musical, diz que é ele, com base em termo de cessão de direitos autorais; a FUNAI diz que é o índio da tribo Fulni-ô, que já recebeu a indenização paga pelo Estado; e há, ainda, um segundo índio, que, ouvido como testemunha, se disse co-autor da criação musical, subscritor do termo de cessão, juntamente com o primeiro indígena, e ameaçado de morte pelo primeiro, embora tenha, posteriormente, subscrito documento em que afirma que apenas o índio já indenizado foi o criador e tem direitos autorais sobre as músicas teladas.

Ora, invocando-se, inclusive, a dicção do art. 4º (interpretação restritiva dos negócios jurídicos sobre os direitos autorais) e a do art. 31 (inextensibilidade da autorização do autor quanto às modalidades de utilização da obra), da Lei nº 9.610/98, tem-se que restou demonstrada a cessão total de direitos autorais ao ora apelado, na forma permitida pelos arts. 49 a 52 da referida lei.

Do termo de cessão consta, expressamente, que o cedente “cede e transfere, a título definitivo, em caráter irretratável e irrevogável, **a título universal** [...] seus direitos patrimoniais de autores [...], ficando estabelecido que o produtor poderá usar esta criação artística de qualquer forma que seja no CD [...] e em seus derivados (CD's, DVD's, livros, revistas, disquete *laser*, *home vídeo*, *inter-*



net etc) [...]Sendo que o cedente concorda que todos os direitos ora cedidos poderão ser utilizados e licenciados para a utilização de terceiros [...]”.

Ainda que assim não fosse, os arts. 89 e 93 a 94 protegem os direitos dos produtores fonográficos, de modo independente, mas analógico (“no que couber”), aos direitos dos criadores intelectuais da obra artística, em que pese se reconhecer que fonograma não é criação, é técnica, é veículo de apresentação.

A despeito das críticas, o fato é que o ordenamento jurídico nacional admite a cessão total ou alienação global dos direitos do autor, para cuja compreensão se remete às lições do já mencionado Professor José de Oliveira Ascensão (**Direito Autoral**. 2.ed.ref.ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 293, 296 e 305): “A transmissão do direito de autor só se verifica verdadeiramente no caso a que a lei chama de transmissão total; também se fala em cessão global. Dá-se esta quando as várias faculdades que compõem o direito são transmitidas em globo, *uti universi*, portanto sem discriminação de cada faculdade tomada para si”. Pela cláusula de cessão global do direito, “o criador intelectual tem de pagar o amargo preço da renúncia a todas as utilizações posteriores”. “O titular originário, se não alienar em globo o seu direito, conserva o poder de alienar parcela a parcela o conteúdo patrimonial deste”.

Não se olvide que a cessão total está limitada, não estando por ela alcançados os direitos de natureza personalíssima – a exemplo dos morais – e os expressamente excluídos por lei – a exemplo do direito de seqüência ou seqüela, a dizer, o direito do criador intelectual ao lucro decorrente da alienação de sua obra.

Acresça-se que não há qualquer vício formal no termo de cessão existente nos autos, que atendeu aos requisitos legais. Tratando-se, o cedente, de índio completamente integrado à civilização, tendo, ele próprio, postulado perante a FUNAI indenização pelo uso indevido de criação artística que disse sua, sem qualquer revelação de fragilidade, não há que se falar em invalidade do termo de cessão por ausência de assistência do indígena cedente pela autarquia indigenista. Ademais, perícia grafoscópica comprovou que a assinatura lançada no termo de cessão pertence ao indígena indenizado pela FUNAI.

Portanto, está provado: que o titular dos direitos autorais, na sua dimensão patrimonial, é o ora apelado; que a FUNAI reproduziu, sem autorização do apelado, duas músicas do CD que ele produziu e das quais tinha o direito de exploração econômica; que, em decorrência, houve ofensa aos direitos autorais, impondo-se, agora, o sopeso da reparação.

Penso correta, a determinação sentencial, no sentido de serem excluídas, do CD produzido pela FUNAI, as duas músicas objeto do litígio, com fundamento no art. 102 da Lei nº 9.610/98.

Já no que toca à indenização por danos morais, fixada em R\$ 3.000,00, entendo que deve ser excluída, porquanto não restou demonstrado tal tipo de prejuízo. Aqui, é mister distinguir os danos morais alegados pelo titular do direito autoral, que não é o criador intelectual, dos danos morais eventualmente sofridos por esse. O ora apelado detém apenas direitos patrimoniais em relação à criação, mas não direitos de natureza moral, que são intransmissíveis por ato do criador intelectual. Apenas se o alegado ofendido fosse o criador intelectual, poder-se-ia sustentar ser presumível o dano moral.

Sobre a condenação em indenização por danos materiais, fixada em R\$ 6.000,00, estou certo de que se mostra excessiva, devendo ser redimensionada. O ora apelado adquiriu os direitos autorais patrimoniais relativos a nove músicas indígenas, dentre as quais as duas debatidas, pelo valor de R\$ 450,00, o que corresponde a R\$ 50,00, por música; o próprio apelado diz que cada CD deve ser considerado ao preço unitário de R\$10,00; a FUNAI editou, comprovadamente, 200 exemplares do CD com a reprodução injurídica, contendo dezenove músicas, dentre as quais as duas discutidas, unidades que foram distribuídas gratuitamente; logo, multiplicando-se 200 por R\$ 10,00, chega-se a R\$ 2.000,00, que, dividido por dezenove, corresponde a R\$ 105,26, por cada música, e a R\$ 210,52, pelas duas músicas. Esse, o valor que melhor espelha o prejuízo material.

Não se mostra razoável impor à FUNAI o importe de R\$ 6.000,00, quando o próprio produtor musical, ora apelado, ao adquirir dos índios seus direitos autorais patrimoniais quanto às duas músicas em comento, entendeu suficiente, à identificação de sua expressão econômica, a quantia total de R\$ 100,00.

Finalmente, é de se afirmar que tem base legal a condenação da FUNAI em retratação, na forma do art. 108, II, da Lei nº 9.610/98: inclusão de errata nos exemplares eventualmente não distribuídos, sem prejuízo de comunicação, com destaque, por três vezes consecutivas em jornal de grande circulação, do domicílio do titular dos direitos autorais.

Com essas considerações, **dou parcial provimento à remessa necessária, tida por interposta, e à apelação**, para ter como parcialmente procedente o pedido autoral, excluindo da condenação a indenização por danos morais e reduzindo a indenização por danos materiais a R\$ 210,52.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 474.245-SE**

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI  
Apelante: JOÃO ALVES FILHO  
Apelada: FAZENDA NACIONAL  
Adv./Proc.: DR. ANTÔNIO JOÃO ROCHA MESSIAS (APTE.)

***EMENTA: TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DESCARACTERIZAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO DE VERBA RECEBIDA A TÍTULO DE “DIÁRIAS.” INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA ATÉ A DECISÃO DA PRIMEIRA INSTÂNCIA. ARTIGO 2º, § 8º, DA LEI 6830/80. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DA CDA. REQUISITOS DA LEI Nº 6.830/80 PREENCHIDOS. TAXA SELIC. LEGALIDADE. MULTA. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO.***

***- Ocorrendo, na via administrativa, a impugnação do crédito tributário, o prazo prescricional começa a ser contado a partir da apreciação, em definitivo, do recurso pela autoridade adminis-***

**trativa, com a devida intimação do contribuinte, pois na fase de solução do processo administrativo, não ocorre a prescrição.**

**- No presente caso, não houve a prescrição, tendo em vista que a decisão final administrativa ocorreu em 10.11.1998 (termo inicial para contagem do prazo prescricional, diante da ausência de elementos que demonstrem quando houve a intimação da decisão administrativa), a inscrição em dívida ativa ocorreu em 29.09.1999, a ação judicial foi proposta em 15.06.2000 e a efetiva citação se deu em 19.11.2000, conforme a redação do art. 174 do CTN (vigente à época).**

**- Pode a certidão da dívida ativa ser substituída em ação judicial, até a decisão proferida em primeira instância, nos termos do § 8º do art. 2º da Lei nº 6.830/80, a CDA**

**- Os embargos à execução têm natureza jurídica de ação incidental, cujo objetivo é a desconstituição parcial ou total do título executivo e, tendo a Certidão de Dívida Ativa presunção de certeza e liquidez, nos precisos termos do art. 3º da Lei 6.830/80, incumbe ao embargante o ônus da prova, no tocante à desconstituição do título executivo.**

**- Conforme o artigo 6º, II, da Lei nº 7.713/88, as diárias destinadas, exclusivamente, ao pagamento de despesas de alimentação e pousada, por serviço eventual realizado em local município diferente da sede do trabalho, são isentas de incidência do imposto de renda. Contudo, verificando o Fisco ser concreta a possibilidade de mascaramento de salário sob a roupagem de diárias, e que os rendimentos auferidos foram superiores à própria remuneração do Governador do Estado, no caso representando 110% em média, há de incidir o imposto de renda.**

**- A partir do exame na Certidão da Dívida Ativa é nitidamente possível identificar cada item da exi-**

***gência legal de inscrição do débito (artigo 2º, parágrafo 6º, da LEF), não se vislumbrando nos presentes autos, vício que possa levar a nulidade processual.***

***- O art. 161, § 1º, do CTN determina que os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês, se a lei não dispuser de modo diverso, tendo a Lei 9.065/95 instituído o permissivo legal para cobrança da taxa SELIC.***

***- Caracterizado o atraso do contribuinte em recolher o tributo devido, correta a incidência de multa moratória, nos termos do artigo 3º do Decreto-Lei nº 2.287/86.***

***- Apelação improvida.***

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 21 de julho de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI-  
Relatora

## **RELATÓRIO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de embargos à execução fiscal opostos por JOÃO ALVES FILHO, no qual alega nulidade da execução pela indevida substituição da CDA e por este título não ostentar requisitos essenciais. Defende a prescrição da ação e a inexistência da obrigação tributária ante a impossibilidade de incidência de imposto de renda sobre diárias, além da ilegalidade da cobrança dos juros pela Selic.

O MM. Juiz monocrático julgou improcedentes os pedidos. Inconformado, recorre o autor, reiterando os termos da inicial. Subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição. É o relatório. Inclua-se o feito em pauta para julgamento.

### **VOTO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

O Juiz monocrático entendeu que, no presente caso, a matéria controvertida refere-se a questão de fato e de direito cujo deslinde prescinde de dilação probatória, o que possibilita o julgamento antecipado da lide.

Ressalte-se, inicialmente, que o julgamento antecipado da lide, por si só, não caracteriza cerceamento de defesa, se, ao julgador, parecer suficiente a prova constante dos autos para formar o seu convencimento, conforme já se posicionou esta Corte:

**EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PROVA PERICIAL DESPICIENDA. MATÉRIA DE IMPUGNAÇÃO EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO. CDA. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA. MULTA MORATÓRIA DE 54,97%. EFEITO CONFISCATÓRIO. DESPROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO PARA 20% (ART. 59 DA LEI Nº 8.383/91).**

1 - O cerceamento de defesa pela ausência de produção de prova pericial que não se caracteriza, quando os fundamentos para impugnação da execução fiscal são todos de direito, sem que se houvesse apontado qualquer vício de natureza contábil a ser apurado.

2 - A CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado, ônus do qual a embargante não se desincumbiu.

3 - A aplicação da multa prevista no art. 61, IV, da Lei nº 8.383/91, no patamar de 54,97%, é desproporcional e tem efeito confiscatório, infringindo o disposto no art. 150, IV, da CF. Redução para 20% do valor das contribuições não recolhidas, por analogia ao art. 59 da Lei nº 8.383/91. Precedentes desta Corte.

4 - Apelação parcialmente provida.

(TRF 5ª Região, AC 359337/CE, Rel. Desembargador Federal Marcelo Navarro, DJ 30/05/2007)

Quanto ao termo *a quo* da prescrição alegada, em face da documentação apresentada pela embargada (fls. 239/242), observo que ocorreu um procedimento administrativo, onde se discutia a existência, ou não, do crédito. Ocorrendo a impugnação do crédito tributário, na via administrativa, o prazo prescricional começa a ser contado a partir da apreciação, em definitivo, da defesa e do conseqüente recurso pela autoridade administrativa. Antes de haver ocorrido esse fato, não existe *dies a quo* do prazo prescricional, pois, na fase de solução do processo administrativo, não ocorre a prescrição.

Pelos documentos acostados aos autos, a data de 10.11.1998 é o termo de início da prescrição, quando proferida a última decisão no processo administrativo-fiscal, diante da ausência de elementos que demonstrem quando houve a intimação da decisão administrativa. A inscrição da dívida ocorreu em 29.09.1999 e a ação judicial foi proposta em 15.06.2000.

Dispõe o artigo 174, parágrafo único, do Código Tributário Nacional (com redação alterada pela LC 118/05):

Art. 174. A ação para cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I - pelo despacho do juiz que ordena a citação em execução fiscal;

II - pelo protesto;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

Assim, o despacho do Juiz que ordenar a citação interrompe a prescrição. No presente caso, à época da ocorrência dos fatos, ainda não vigoravam as alterações do art. 174 do CTN, pela LC 118/05. Entendia-se que a interrupção da prescrição somente se dava com a efetiva citação do executado que ocorreu, no caso em apreço, em 19.11.2000 (fl. 43 da execução fiscal), conforme informa o Juízo *a quo*.

Como se observa, entre a data da constituição definitiva do crédito (10.11.1998) e a data da citação válida na execução fiscal (19.11.2000), não se passou mais de 5 (cinco) anos, não ocorrendo a prescrição do crédito.

Esclareça-se à apelante que em momento algum se está aplicando o § 3º do art. 2º da Lei 6.830/80, o qual suspende o prazo prescricional por 180 dias quando se dá a inscrição do débito na dívida ativa.

Defende a apelante a inexistência da obrigação tributária ante a impossibilidade da tributação sobre diárias.

O Fisco, ao lavrar o auto de infração, verificou que os valores recebidos pelo ora apelante, sobre a rubrica de “diárias”, em verdade não se consubstanciavam realmente como diárias, pois os valores recebidos eram bem superiores à própria remuneração do Governador de Estado, não havendo, inclusive, no Decreto Estadual nº 12.424/91 do Estado de Sergipe, qualquer previsão de concessão de diárias para o cargo ocupado pelo recorrente.

Nos termos do artigo 6º, II, da Lei nº 7.713/88, as diárias destinadas, exclusivamente, ao pagamento de despesas de alimentação e pousada, por serviço eventual realizado em local ou município diferente da sede do trabalho, são isentas de incidência do imposto de renda.

Contudo, no presente caso, verificou o Fisco ser concreta a possibilidade de mascaramento de salário sob a roupagem de diárias, constatando, ainda, que os rendimentos em análise foram superiores, como já dito, à própria remuneração do Governador do Estado, representando 110% em média, do valor total da mesma.

Estabelece o artigo 457, § 2º, da CLT:

Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953)

§ 1º - Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo



empregador. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953)

§ 2º - Não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de 50% (cinquenta por cento) do salário percebido pelo empregado. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953).

No caso das diárias, embora se destinem a indenizar o empregado ou funcionário público das despesas decorrentes de locomoção, bem como com pousada e alimentação, se percebidas à razão superior à metade da remuneração mensal, perdem esse caráter e passam a ostentar natureza não mais indenizatória, mas sim de restituição pelos serviços prestados ao empregador, de modo que constituem base de cálculo para as contribuições previdenciárias.

A esse respeito, confira-se a Súmula 101 do TST:

Integram o salário, pelo seu valor total e para efeitos indenizatórios, as diárias para viagem que excedam a 50% (cinquenta por cento) do salário do empregado, enquanto perdurarem as viagens.

O embargante, ao invés de juntar comprovantes no sentido de demonstrar que as diárias não superaram tal quantia, limitou-se a sustentar que não incide imposto de renda sobre os valores concernentes às diárias. Sendo assim, ante a presunção de liquidez e certeza que possui a CDA, prevalece o que nela consta, uma vez que não infirmada a constatação da fiscalização tributária.

O Pleno desta Corte, ao julgar o EINFAC363614-CE, *DJ* 23.07.2008, referente à incidência do imposto de renda sobre rendimentos recebidos a título de “ajuda de custo” paga a parlamentar, assim se pronunciou:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL. IMPOSTO DE RENDA. RENDIMENTOS PERCEBIDOS PELO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PARLAMENTAR DE DEPUTADO ESTADUAL NO CEARÁ, DENOMINADOS DE “AJUDA DE CUSTO”. ACRÉSCIMO DE RENDA. INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA. PREVISÃO DO ART. 3º DA LEI Nº 7.713/88. AJUDA DE CUSTO EM CARÁTER PERENE. NATUREZA SALARIAL. PRECEDENTES DO STJ (RESP 509872/MA E 553941/AL).

AJUDA DE CUSTO QUE REPRESENTA 14º E 15º SALÁRIO. INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE GRATIFICAÇÃO NATALINA. PRECEDENTE DO STJ (RESP 993726/SP). A AJUDA DE CUSTO SOMENTE EXCLUI A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA QUANDO A MESMA SE ENQUADRA NOS TERMOS DA LEI (ART. 6º, XX, DA LEI Nº 7.713/88). INOCORRENTE NO CASO. RESPONSABILIDADE DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DE RENDA PELO CONTRIBUINTE. INCIDÊNCIA DE JUROS, MULTA E CORREÇÃO MONETÁRIA. PREVISÃO LEGAL DE INCIDÊNCIA DE ACRÉSCIMOS NÃO INFIRMADA NA PRESENTE DEMANDA.

Embargos infringentes providos, para negar provimento à apelação, mantendo a sentença de improcedência do pedido de invalidação de lançamentos tributários, referentes ao pagamento, pela Assembléia Legislativa do Estado do Ceará, de ajuda de custo, nos anos de 1996, 1997 e 1998, durante os quais os autores exerceram mandato de Deputado Estadual.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima identificadas, DECIDE o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas anexas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 25 de junho de 2006 (data do julgamento).

Argumenta a apelante que deve ser anulada a CDA na execução fiscal por ser indevida a substituição desta, bem como afirma que o título executivo carece de requisito essencial.

Consoante a dicção expressa do § 8º do art. 2º da Lei nº 6.830/80, a CDA pode ser substituída até a decisão proferida em primeira instância.

Vejamos o teor do citado dispositivo legal, *in verbis*:

Art. 2º (...)

§ 8º Até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos.

Sobre o tema, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, conforme abaixo transcrito:

EXECUÇÃO FISCAL. IPVA. PAR. 8º, DO ART. 2º DA LEI Nº 6.830/80. EMENDA DA CDA ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento dos EREsp 823.011/RS, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* 5.3.2007, consignou entendimento segundo o qual o art. 2º, § 8º, da Lei de Execuções Fiscais, possibilita, até a prolação da sentença, a substituição ou a emenda da Certidão de Dívida Ativa - CDA pela Fazenda Pública para suprir erro formal ou material. Embargos acolhidos, com efeitos infringentes, para sanar a omissão apontada, o que resulta no provimento do recurso especial.

(STJ - Superior Tribunal de Justiça, EDREsp - 879065/RS, Segunda Turma, Decisão: 08/04/2008, *DJ*Data: 17/04/2008 Página: 1, Relator Humberto Martins).

No presente caso, comprovado o pagamento parcial do débito da recorrente, promoveu-se a substituição da CDA, relativa ao saldo remanescente, nos termos do art. 2º, § 8º, da Lei 6.830/1980.

Assim, não procede o argumento da embargante de que teria que haver novo lançamento, podendo ser a CDA substituída, na forma acima explicada.

Também sustenta a recorrente que a CDA deve ser anulada por falta de requisitos essenciais, afirmando que o valor nela expresso possui base legal controvertida. Questiona a correção monetária destacada em seu bojo, assim como a base jurídica para as multas de mora e fiscal e a ausência da forma de calcular os juros de moras, correção monetária e demais encargos.

Os embargos à execução têm natureza jurídica de ação incidental, cujo objetivo é a desconstituição parcial ou total do título executivo e, tendo a certidão de dívida ativa, presunção de certeza e liquidez, nos precisos termos do art. 3º da Lei 6.830/80, incumbe ao embargante o ônus da prova, no tocante à desconstituição do título executivo.

O termo de inscrição na dívida ativa da União, deve conter os requisitos apontados pelos seis incisos do § 5º do art. 2º da Lei 6.830/80, que reproduzem, em linhas gerais, os que já eram exigidos para o crédito fiscal, nos termos do art. 202 do CTN, acrescentando a necessidade de indicar, se for o caso, a atualização monetária.

Art. 2º (...)

- § 5º. O Termo da inscrição na Dívida Ativa deverá conter:
- I. o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outro;
  - II. o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;
  - III. a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;
  - IV. a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;
  - V. a data e o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida; e
  - VI. o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.
- § 6º. A Certidão da Dívida Ativa conterá os mesmos elementos do Termo de Inscrição e será autenticada pela autoridade competente.

Não vislumbro, nos presentes autos, vício que possa levar a nulidade processual, já que a CDA preenche os requisitos ali exigidos, conforme se verifica. De um exame na Certidão da Dívida Ativa, observa-se que é nitidamente possível identificar cada item da exigência legal.

A respeito da alegada ausência de indicação da maneira de calcular os juros de mora e os percentuais, bem como demais encargos, também não assiste razão a embargante apelante, pois não representa dasatendimento ao disposto no artigo 202 do CTN e 2º, § 5º, da Lei 6.830/80, que os critérios e mecanismos de cálculo sejam expostos em norma legal emanada da Administração Tributária, não sendo necessária a apresentação dos cálculos aritméticos.

A afirmação de que não consta a memória discriminada dos cálculos da dívida, não merece guarida, pois consta na CDA toda a legislação aplicada ao caso, não restando qualquer dúvida da aplicação destas normas

Quanto à aplicação da taxa Selic, a Lei nº 9.430/96, em seu artigo 5º, § 3º, diz que os valores serão acrescidos de juros equi-

valentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração, até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

A aplicação do § 4º do art. 39 da Lei 9.250/95 não traz qualquer distinção, pelo que há de ser aplicada a Taxa SELIC, não devendo a mesma, entretanto, ser cumulada com qualquer outro índice de correção monetária.

O entendimento consolidado no eg. STJ reconhece a constitucionalidade da SELIC, para atualização do crédito tributário, ressalvada a sua inacumulabilidade com qualquer outro indexador que, paralelamente, atualize o valor da moeda, bem como outra taxa de juros, seja a que título for.

Nesse sentido destaco os seguintes julgados:

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO DE DÉBITO. JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. CABIMENTO.**

1. O artigo 161 do CTN estipulou que os créditos não pagos no vencimento serão acrescidos de juros de mora calculados à taxa de 1%, ressalvando, expressamente, em seu parágrafo primeiro, a possibilidade de sua regulamentação por lei extravagante, o que ocorre no caso dos créditos tributários, em que a Lei 9.065/95 prevê a cobrança de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais (art. 13).

2. Diante da previsão legal e considerando que a mora é calculada de acordo com a legislação vigente à época de sua apuração, nenhuma ilegalidade há na aplicação da Taxa SELIC sobre os débitos tributários recolhidos a destempo, ou que foram objeto de parcelamento administrativo.

3. Também há de se considerar que os contribuintes têm postulado a utilização da Taxa SELIC na compensação e repetição dos indébitos tributários de que são credores. Assim, reconhecida a legalidade da incidência da Taxa SELIC em favor dos contribuintes, do mesmo modo deve ser aplicada na cobrança do crédito fiscal diante do princípio da isonomia.

4. Embargos de divergência a que se dá provimento. (EREsp 396554-SC; Rel. Min. Teori Zavascki, *DJ* 13.09.2004)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MATÉRIA UNICAMENTE DE DIREITO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. INCIDÊNCIA DA SELIC COMO JUROS DE MORA. LEGALIDADE.

1. Não há que se falar em cerceamento de defesa, em face do julgamento antecipado da lide, quando a matéria discutida prescinde de dilação probatória.

2. A incidência da SELIC, em substituição à taxa de juros moratórios prefixada em 1% ao mês, não representa ilegalidade, pois não se caracteriza como cumulação de tais acessórios.

3. Apelação improvida.

(AC nº 310.834/PB, Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, *DJU* 06/02/2004, pág. 574).

CIVIL. TRIBUTÁRIO. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. LEGALIDADE. MULTA MORATÓRIA. PERCENTUAIS APLICADOS EM SINTONIA COM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. TÍTULO DA DÍVIDA PÚBLICA SEM COTAÇÃO EM BOLSA.

- Conforme expresso entendimento da Augusta Corte acerca do tema, em sede da ADIN nº 4-7, é de eficácia contida a norma constitucional do artigo 192, parágrafo 3º, que impõe limite de 12% (doze por cento) ao ano para a taxa de juros, carecendo de regulamentação. Precedentes.

- É tranqüila a posição do Colendo STJ no sentido da legalidade da aplicação da taxa SELIC como juros na execução fiscal. (AGREsp Nº 286.576/MG, REL. MIN. HUMBERTO GOMES DE BARROS, *DJU* 04/03/2002, PÁG. 190).

- Tem a multa moratória, tal como fixado pelo legislador, caráter punitivo por violação ao dever de recolhimento do tributo no prazo legalmente fixado, não podendo ser considerado confiscatório, por critério pessoal do contribuinte.

- O STJ pacificou entendimento no sentido de que é lícita a recusa da nomeação à penhora de título da dívida pública de difícil e duvidosa liquidação e que não tenha cotação em bolsa de valores.

- Apelo improvido.

(AC nº 310.901/AL, Rel. Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho, *DJU* 04/06/2003, pág. 836).

No que tange à aplicação da multa, é evidente que esta não se reveste de caráter punitivo, mas apenas caracteriza a incidência de mora do contribuinte, abrindo espaço para a aplicação do mencionado acréscimo, no termos do artigo 3º do Decreto-Lei nº 2.287/86.

Não existe o efeito confiscatório previsto no artigo 150, IV, da Constituição Federal na multa imposta no presente caso, tendo-se como legítima a punição aplicada ao contribuinte faltoso de suas obrigações.

No caso em apreço, foi observado o disposto no artigo 5º, LV, da Carta Magna que consagra os princípios da ampla defesa e do contraditório, assegurando às partes, tanto em processos judiciais, como administrativos, o emprego de todos os meios e recursos que possam socorrer a sua pretensão.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 476.156-PE**

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL GERMANA MORAES (CONVOCADA)  
Apelantes: DIRETÓRIO ACADÊMICO TOBIAS BARRETO DE MENEZES DE DIREITO DA FACULDADE MAURÍCIO DE NASSAU E UNIÃO  
Apelados: DIRETÓRIO ACADÊMICO TOBIAS BARRETO DE MENEZES DE DIREITO DA FACULDADE MAURÍCIO DE NASSAU, UNIÃO E INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA - INEP  
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO  
Advs./Procs.: DRA. LUCIANA PEREIRA GOMES BROWNE E OUTRO (1º APTE.)

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. COMINAÇÃO DE OBRIGA-**

**ÇÃO DE FAZER. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PORTARIAS NORMATIVAS NºS 04 E 12, AMBAS DE 2008, DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. DIVULGAÇÃO PELO INEP/MEC DO IGC DE IES COM BASE NO CPC DE UM ÚNICO CURSO AVALIADO. DESREIPEITO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA PROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE DO ATO. DANO MORAL EM RELAÇÃO AOS ALUNOS DE CURSO NÃO AVALIADO PERTENCENTE À MESMA IES. CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO. FIXAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. EXECUÇÃO IMEDIATA DA OBRIGAÇÃO DE FAZER.**

**- Inexiste ilegalidade nas Portarias Normativas nº 04 e 12, ambas de 2008, do Ministério da Educação, uma vez que foram elas expedidas com esteio na Lei nº 10.861/2004 e na Lei de Diretrizes e Bases do Ensino Nacional (Lei nº 9.394/96), a fim de regulamentar e instituir critérios com vistas à avaliação dos cursos superiores e das instituições de ensino superior.**

**- A aferição do Índice Geral dos Cursos (IGC) de uma Instituição de Ensino Superior e a consequente divulgação desta avaliação, todavia, efetivadas com base no CPC (Conceito Preliminar de Curso) atribuído a um único curso avaliado da referida Instituição de Ensino Superior, desatenderam os princípios constitucionais da proporcionalidade e da igualdade, além de ter contrariado o disposto no inciso III do artigo 2º da Lei 10.861, de 14.04.2004, que instituiu o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior.**

**- Encontrando-se configurada a relação de causa-efeito entre a ilegalidade do ato administrativo e a situação constrangedora e vexatória suportada pelos autores – alunos de outro curso não avaliado –, merece reforma a sentença, a fim de julgar procedente o pedido de indenização por**



**danos morais, de modo a reparar os prejuízos morais por eles suportados, decorrentes da indigitada divulgação.**

**- No caso concreto, a reparação do dano moral está mais intrinsecamente ligada à declaração e à publicidade da ilegalidade do ato de avaliação questionado, com vistas ao restabelecimento da reputação acadêmica dos alunos-autores, do que à percepção de uma indenização pecuniária, em razão da dificuldade de inserção no mercado de trabalho, motivo pelo qual a indenização a ser fixada tem um caráter muito mais inibidor do que reparador, de modo a evitar que os réus, de outra feita, adotem o mesmo método de avaliação em situações similares. Valor da indenização fixado em R\$ 133.800,00, a ser rateado entre os alunos signatários do abaixo-assinado, apensado aos autos.**

**- Acolhimento, em parte, das cominações relativas à obrigação de fazer por parte do INEP/MEC, de modo a reparar, perante a opinião pública, os efeitos do ato ilegal.**

**- Honorários advocatícios de sucumbência fixados com base no art. 20, § 4º, do CPC.**

**- Presentes os pressupostos da antecipação de tutela, é de deferir-se a execução imediata das cominações relativas à obrigação de fazer.**

**- Apelação do autor parcialmente provida. Apelação da União julgada prejudicada.**

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 4 de agosto de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERMANA MORAES - Relatora Convocada

## RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL GERMANA MORAES (Convocada):

Cuida-se de apelações interpostas pelo DIRETÓRIO ACADÊMICO TOBIAS BARRETO DE MENEZES DE DIREITO DA FACULDADE MAURÍCIO DE NASSAU e pela UNIÃO contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 21ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, que julgou improcedente ação proposta pelo primeiro recorrente contra o INEP - INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA e a segunda recorrente, através da qual objetiva a cominação de obrigação de fazer, a nulidade de ato administrativo e a indenização por danos morais coletivos. O Diretório postula, ainda, a antecipação de tutela para o fim de: a) determinar que a parte requerida, sob pena de multa diária, publique Portaria, excluindo do atual resultado do IGC (Índice Geral de Cursos), a Faculdade Maurício de Nassau; b) compelir o réu a publicar no *site* do INEP/MEC, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), uma nova lista de Instituições de Ensino, com seus respectivos IGCs, excluindo a Faculdade Maurício de Nassau; c) determinar que o réu faça publicar, às suas expensas, em todos os meios de comunicação nacional onde foi veiculada a notícia danosa, através da seguinte manchete: MEC EQUIVOCA-SE COM A AVALIAÇÃO DA FACULDADE MAURÍCIO DE NASSAU; d) determinar que o INEP/MEC envie ofício, no sistema de “carta aberta”, todos os alunos da Faculdade Maurício de Nassau, nos moldes descritos na alínea c, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem reais); e) compelir os réus a não divulgarem os resultados parciais, individuais ou isolados de avaliação da Faculdade Maurício de Nassau, que possa consagrar qualquer forma de ranqueamento, sob pena de ser compelido a arcar com o pagamento de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) cumprindo, com isso, com o previsto no art. 2º c/c art. 58 da Lei nº 10.861/2004.

No *decisum* vergastado, o seu ilustre prolator acolheu, em parte, a preliminar suscitada pelos réus, para reconhecer a legitimidade ativa do autor apenas para representar os alunos matriculados no Curso de Direito da Faculdade Maurício de Nassau. No mérito, entendeu o MM. Juiz *a quo* inexistir ilegalidade na Portaria nº 12/2008, do Ministério da Educação, por encontrar-se de conformidade com os ditames da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, tampouco vislumbrou correlação entre o dano alegado pelos alunos de Direito da Faculdade Maurício de Nassau e a divulgação do resultado obtido no CPC no curso de Biomedicina pelo MEC e pelo INEP. Por fim, deixou de condenar o autor no pagamento de honorários advocatícios, ao fundamento de ser ele beneficiário da justiça gratuita (fls. 508/516).

A irresignação da UNIÃO cinge-se a esta última parte da sentença. (Fls. 637/645)

Contrarrazões apresentadas, às fls. 646/663 e 668/685.

Em apertada síntese, é o relatório.

### **VOTO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL GERMANA MORAES (Relatora Convocada):

Na hipótese dos autos, verifico que o DIRETÓRIO ACADÊMICO TOBIAS BARRETO DE MENEZES DE DIREITO DA FACULDADE MAURÍCIO DE NASSAU questiona a constitucionalidade e a legalidade do método de avaliação utilizado pelo INEP - INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA, ao adotar as Portarias Normativas nºs 04 e 12, ambas de 2008, do Ministério da Educação, para aferir o Índice Geral de Cursos - IGC da Faculdade Maurício de Nassau, conferindo a esta Instituição de Ensino Superior - IES o conceito 1, quando, na realidade, o único curso avaliado, dentre os 36 (trinta e seis) oferecidos por aquela IES, foi o de Biomedicina, o qual obteve, na referida avaliação, o CPC (Conceito Preliminar de Curso) na faixa 1.

Diante da divulgação de tal avaliação que, segundo alega o recorrente, é ofensiva aos princípios da isonomia e da proporcionalidade, *a imagem dos alunos da Faculdade Maurício de Nassau, especificamente os do curso de Direito, foi moralmente ma-*

*culada após a veiculação da notícia divulgada pelo MEC; notícia esta que se estendeu por todos os meios de comunicação, de modo vexatório, denegando a honra dos alunos da referida Instituição educacional.*<sup>1</sup>

Por isso, pede seja anulado o ato de avaliação da Faculdade Maurício de Nassau em 2007 e sejam os alunos de Direito dessa Faculdade indenizados, moral e materialmente, pelos danos decorrentes daquele ato.

Insurge-se contra o julgamento antecipado da lide. Pede a reforma da sentença e ainda a antecipação da tutela em grau recursal.

De início, não enxergo a alegada inconstitucionalidade, em tese, das Portarias Normativas nº 04 e 12, ambas de 2008, do Ministério da Educação, em que se respaldou o INEP, ora apelado, para não só avaliar o curso de Biomedicina da Faculdade Maurício de Nassau como também para aferir o IGC (Índice Geral de Cursos) da referida Instituição de Ensino Superior.

Com efeito, ditas Portarias foram expedidas pelo Ministro de Estado da Educação, com esteio na Lei nº 10.861/2004, que, por sua vez, teve a sua edição amparada na Lei de Diretrizes e Bases do Ensino Nacional (Lei nº 9.394/96)

A propósito, transcrevo os seguintes dispositivos das normas legais acima citadas:

- Lei nº 10.861/2004:

Art. 1º Fica instituído o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior - SINAES, com o objetivo de assegurar processo nacional de avaliação das instituições de educação superior, dos cursos de graduação e do desempenho acadêmico de seus estudantes, nos termos do art. 9º, VI, VII e IX, da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. (Grifo atual)

- Lei nº 9.394/96 (LDB)

Art. 9º A União incumbir-se-á de:

VI - assegurar processo nacional de avaliação do rendimento escolar no ensino fundamental, médio e superior,

---

<sup>1</sup> Fls. 07, item 10.

em colaboração com os sistemas de ensino, objetivando a definição de prioridades e a melhoria da qualidade do ensino;

(...)

VIII - assegurar processo nacional de avaliação das instituições de educação superior, com a cooperação dos sistemas que tiverem responsabilidade sobre este nível de ensino;

IX - autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino.

(...)

§ 2º Para o cumprimento do disposto nos incisos V a IX, a União terá acesso a todos os dados e informações necessários de todos os estabelecimentos e órgãos educacionais.

(Grifos atuais)

Como se observa da leitura dos dispositivos legais acima transcritos, o Ministério da Educação, através das Portarias nº 04 e 12, ambas de 2008<sup>2</sup>, nada mais fez do que regulamentar e instituir critérios com vistas à avaliação dos cursos superiores e das instituições de ensino superior, nos termos que lhe foram conferidos por lei.

Verifico, todavia, que, no caso concreto, a escolha deste método de avaliação e divulgação pelo INEP<sup>3</sup>, do IGC (Índice Geral de

---

<sup>2</sup> Portaria Normativa ME nº 4, de 07.08.2008 - Regulamenta a aplicação do conceito preliminar de cursos superiores, para fins dos processos de renovação de reconhecimento respectivos, no âmbito do ciclo avaliativo do SINAES, instaurado pela Portaria Normativa nº 1, de 2007.

Portaria Normativa ME nº 12, de 05 de setembro de 2008 - Institui o Índice Geral de Cursos da Instituição de Educação Superior (IGC).

<sup>3</sup> Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - Inep é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Educação (MEC), cuja missão é promover estudos, pesquisas e avaliações sobre o Sistema Educacional Brasileiro com o objetivo de subsidiar a formulação e implementação de políticas públicas para a área educacional a partir de parâmetros de qualidade e equidade, bem como produzir informações claras e confiáveis aos gestores, pesquisadores, educadores e público em geral. <http://www.inep.gov.br/institucional/>

Cursos) da Faculdade Maurício de Nassau, com base no CPC (Conceito Preliminar de Curso) atribuído a um único curso avaliado da referida Instituição de Ensino Superior, qual seja, o curso de Biomedicina, que obteve conceito 1 na avaliação do ENADE<sup>4</sup>, desatendeu os princípios constitucionais da proporcionalidade e da igualdade, além de ter contrariado o disposto no inciso III do artigo 2º da Lei 10.861, de 14.04.2004, que institui o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior.

Dispõe o art. 2º da Portaria Normativa ME nº 12/2008 sobre o cálculo do IGC - Índice Geral de Cursos o seguinte:

Art. 2º O IGC será calculado com base nas seguintes informações: I - média ponderada dos Conceitos Preliminares de Cursos (CPC), nos termos da Portaria Normativa nº 4, de 2008, sendo a ponderação determinada pelo número de matrículas em cada um dos cursos de graduação correspondentes; II - média ponderada das notas dos programas de pós-graduação, obtidas a partir da conversão dos conceitos fixados pela CAPES, sendo a ponderação baseada no número de matrículas em cada um dos cursos ou programas de pós-graduação *stricto sensu* correspondentes.

§ 1º A ponderação levará em conta a distribuição dos alunos da IES entre os diferentes níveis de ensino (graduação, mestrado e doutorado).

§ 2º Nas instituições de ensino sem cursos ou programas de pós-graduação avaliados pela CAPES, o IGC será calculado na forma do inciso I.

Ora, nos termos da previsão legal acima transcrita, é indubitável que o Índice Geral de Cursos (IGC) da Faculdade Maurício de Nassau deveria ter sido calculado, tomando-se por base a média ponderada dos Conceitos Preliminares obtidos por todos os cursos por ela oferecidos, o que não ocorreu no caso concreto, haja vista que apenas o CPC do curso de Biomedicina – ressalte-se, o único curso avaliado em 2007, serviu de subsídio à divulgação do questionado IGC.

---

<sup>4</sup> Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes (ENADE) é uma avaliação do ensino brasileiro que substitui o antigo Provão desde 2004.

Nesta ocasião, por oportuno, faço uma digressão sobre o CPC (Conceito Preliminar de Curso), a fim de afastar qualquer plausibilidade da alegação dos réus no sentido de que o IGC (Índice Geral de Cursos) da Faculdade Maurício de Nassau foi calculado com base no CPC do curso de Biomedicina, porque somente este curso, naquele ano de 2007, possuía o prerequisite para a avaliação do ENADE, qual seja, a participação de alunos ingressantes e concluintes.

É preciso diferenciar a avaliação anual de um curso, com a conseqüente divulgação do seu CPC (Conceito Preliminar de Curso), conforme previsto no art. 1º, parágrafo único, da Portaria Normativa nº 04/2008<sup>5</sup> de outra situação, totalmente desprovida de razoabilidade, que é conceituar o desempenho de uma Instituição de Ensino Superior, que possui vários cursos de graduação e que não foram avaliados naquele ano, adotando-se, simplesmente, o CPC de um único curso.

Saltam aos olhos que os critérios para a obtenção do IGC, previstos na Portaria nº 12/2008, não poderiam ter sido adotados ao caso concreto, como alegam os réus, sendo evidente, portanto, que a avaliação por eles divulgada foi de encontro aos princípios da isonomia e da proporcionalidade/razoabilidade, na medida em que tratou de maneira igual todos os cursos oferecidos por aquela IES, atribuindo-lhes a mesma conceituação de um único curso avaliado; e, excedeu-se na aplicação das normas pertinentes à fixação do IGC, quando deixou de adequá-las ao caso específico e peculiar da referida instituição.

Ao escolher esse método de avaliação, a apelada desatendeu o princípio da proporcionalidade, sob a vertente de adequação, que, para alguns, corresponde à noção de razoabilidade. Não se pode aceitar como adequado, apropriado para aferir o nível de uma Faculdade, que oferece 36 cursos, extrair seu desempenho geral a partir da avaliação de um único curso. Fácil é inferir que o resultado não corresponderá à realidade investigada. Desrespeitou tam-

---

<sup>5</sup> Parágrafo único. O INEP divulgará os conceitos preliminares de cursos a cada ano, segundo as áreas avaliadas pelo ENADE.

bém o princípio da igualdade, porquanto tenha avaliado de modo igual, situações absolutamente diferenciadas, quais sejam a dos alunos de Biomedicina e a dos alunos do Curso de Direito, que é a posta em exame neste processo.

A observância da isonomia nos processos de avaliação de ensino é objeto de preocupação explícita, contemplada no inciso III do artigo 2º da Lei 10.861/2004, que preceitua:

Art. 2º O SINAES, ao promover a avaliação de instituições, de cursos e de desempenhos dos estudantes, deverá assegurar:

(...)

III - o respeito à identidade e à diversidade de instituições e de cursos.

No caso em apreço, a avaliação mediante a divulgação do IGC - Índice Geral de Cursos, em que apenas um curso foi objeto de avaliação e teve seu CPC apurado – o Curso de Biomedicina –, não levou em conta a diversidade de cursos nem as diferenças entre este e o Curso de Direito.

Observo ainda que o IGC resulta de uma média ponderada, impossível de extrair, se há apenas um curso, tanto assim que o índice geral se refere a cursos no plural, que se calcula com base na média ponderada de Conceitos Preliminares de Cursos, também no plural. Não há como extrair uma média de um único fator, ou seja de um único curso.

Diante dos vícios de inconstitucionalidade e de ilegalidade do ato de avaliação, é forçoso reconhecer que a sua divulgação do IGC da Faculdade Maurício de Nassau, pelo INEP e pelo MEC, quer seja através da Imprensa Oficial, quer seja através de seus endereços eletrônicos oficiais, sem sombra de dúvida, abalou o moral de todos aqueles envolvidos com as atividades educacionais da referida instituição de ensino, causando, sobretudo, sérios prejuízos aos autores, na medida em que, como alunos do curso de Direito daquela Faculdade, passaram a sofrer, desde o momento da indigitada divulgação, as conseqüências nefastas de pertencerem a uma Faculdade de péssima conceituação em relação ao rendimento escolar, fato este que, apesar de inverídico, refletir-se-á no futuro desempenho de suas atividades profissio-



nais num competitivo e desumano mercado de trabalho, até que se prove em contrário.

Os alunos do Curso de Direito da Faculdade Maurício de Nassau sofreram danos morais em decorrência da divulgação de uma avaliação inconstitucional e ilegal daquela Faculdade, incapaz de retratar a realidade do Curso de Direito: danos morais em seu conceito acadêmico com repercussões inegáveis em sua futura vida profissional. O nexo causal é evidente: não houvesse esse ato de avaliação, não teria ocorrido este dano.

Destarte, encontrando-se configurada a relação de causa-efeito entre a ilegalidade do ato administrativo e a situação constrangedora e vexatória suportada pelos representados do autor, merece reforma a sentença recorrida, a fim de julgar procedente o pedido de indenização por danos morais, de modo a reparar os prejuízos morais sofridos. Não se deve perder de vista, contudo, que o valor fixado a este título deve atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que, além da observância do caráter educativo-punitivo da indenização, o ressarcimento do ofendido pelo dano sofrido não lhe seja motivo de enriquecimento indevido.

Neste sentido, trago à colação precedente do egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar caso similar ao que ora se examina:

Direito empresarial. Dano moral. Divulgação ao mercado, por pessoa jurídica, de informações desabonadoras a respeito de sua concorrente. Comprovados danos de imagem causados à empresa lesada. Dano moral configurado. Fixação em patamar adequado pelo Tribunal *a quo*. Manutenção.

**- Para estabelecer a indenização por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição sócio-econômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa do autor da ofensa; efeitos do dano, inclusive no que diz respeito às repercussões do fato.**

- Na hipótese em que se divulga ao mercado informação desabonadora a respeito de empresa-concorrente, gerando-se desconfiança geral da clientela, agrava-se a culpa

do causador do dano, que resta beneficiado pela lesão que ele próprio provocou. Isso justifica o aumento da indenização fixada, de modo a incrementar o seu caráter pedagógico, prevenindo-se a repetição da conduta.

- O montante fixado pelo Tribunal *a quo*, em R\$ 400.000,00, mostra-se adequado e não merece revisão.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 883630 / RS, 3ª Turma, Rel. Mins. Nancy Andrighi, julg. em 16/12/2008, publ. *DJe* 18/02/2009). Grifos atuais.

Sobre este ponto, devo ressaltar que a reparação do dano moral sofrido pelos representados do autor está mais intrinsecamente ligada à declaração e à publicidade da ilegalidade do ato de avaliação questionado, com vistas ao restabelecimento da reputação acadêmica dos alunos do curso de Direito da Faculdade Maurício de Nassau, do que à percepção de uma indenização pecuniária, em razão da dificuldade de inserção no mercado de trabalho, dificuldade esta que, aliás, não decorria, unicamente, da ilegalidade do ato administrativo em questão.

Constato, portanto, que a indenização a ser fixada no caso concreto tem um caráter muito mais inibidor do que reparador, de modo a evitar que os réus, de outra feita, adotem o mesmo método de avaliação em situações semelhantes a destes autos.

Forte nestes fundamentos, fixo o valor de R\$ 133.800,00 (cento e trinta e três mil, oitocentos reais) a título de indenização por danos morais, a qual deve ser rateada entre os alunos subscritores do documento nº 28, constante do Apenso 04, deste processo.

Sobre o valor da indenização fixada, devem incidir juros de mora de 0,5% ao mês, contados a partir do evento danoso, ou seja, a partir da divulgação oficial do IGC atribuído à Faculdade Maurício de Nassau, no ano de 2008, nos termos da Súmula 54 do STJ.

Com relação aos pedidos de cominação de obrigação de fazer, cujo deferimento decorre do reconhecimento da ilegalidade do ato de avaliação da multicitada Instituição de Ensino Superior, acolho-os em quase sua totalidade, excluindo da condenação, apenas, os que dizem respeito: a) ao envio de ofício, no sistema de “carta aberta” aos alunos do curso de Direito da Faculdade Maurício

cio de Nassau, esclarecendo que o único curso avaliado foi o de Biomedicina, que obteve nota 01 (um) no Conceito Preliminar de Curso - CPC, e que o IGC da referida Instituição de Ensino Superior foi calculado levando-se em consideração, apenas, a nota atribuída aquele curso, pois entendo que, com a efetivação das demais cominações deferidas, torna-se desnecessária tal providência requerida; b) à proibição de divulgação de resultados parciais, individuais e isolados de avaliação da Faculdade Maurício de Nassau, que possa consagrar qualquer forma de ranqueamento, porquanto se trate de novo pedido e de nova causa de pedir estranhos àqueles deduzidos nestes autos.

Desta forma, condeno, ainda, os réus INEP/MEC a:

1. publicamente, retratarem-se, esclarecendo à sociedade em geral que o índice atribuído à Faculdade Maurício de Nassau, no ano de 2007, decorreu apenas e tão somente da nota avaliativa do curso de Biomedicina, já que o de Direito e os demais não foram à época avaliados;

2. publicarem Portaria, excluindo do atual resultado do IGC (Índice Geral de Cursos), a Faculdade Maurício de Nassau, mantida pelo Ensino Superior Bureau Jurídico;

3. publicarem, em seus *sites*, uma nova lista de Instituições de Ensino, com seus respectivos IGCs, excluindo a Faculdade Maurício de Nassau;

Por fim, havendo o autor decaído em parte mínima dos pedidos formulados na inicial, condeno os réus ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), atendendo-se ao preceituado no art. 20, § 4º, do CPC.

Sobre o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, formulado na inicial e reiterado na apelação, entendo que a verossimilhança das alegações de fato e de direito – consubstanciada na afronta à constitucionalidade e à legalidade do ato de avaliação da Faculdade Maurício de Nassau em 2007, mediante divulgação inapropriada e anti-isonômica do IGC da referida IES, e da demonstração do nexo causal entre o dano sofrido pelos alunos do Curso de Direito daquela Faculdade e aquele ato de avaliação, dissonante com a realidade –, está mais do que demonstrada, diante do

que restou apreciado neste julgamento, cujos efeitos são meramente devolutivos.

Por outro lado, a urgência se caracteriza pela necessidade de evitar que o ato de avaliação continue a gerar conseqüências danosas para os alunos de Direito, sobretudo para aqueles que estão em vias de concluir e de ingressar no mercado de trabalho, com prejuízos de difícil ou até de impossível reparação.

Assim ocorrendo, concedo, parcialmente, a antecipação da tutela para os fins de determinar aos apelados que:

1. publicamente, se retratem, esclarecendo à sociedade em geral que o índice atribuído à Faculdade Maurício de Nassau, no ano de 2007, decorreu apenas e tão somente da nota avaliativa do curso de Biomedicina, já que o de Direito e os demais não foram à época avaliados, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais);

2. publiquem Portaria, excluindo do atual resultado do IGC (Índice Geral de Cursos), a Faculdade Maurício de Nassau, mantida pelo Ensino Superior Bureau Jurídico, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais);

3. publiquem, em seus *sites*, uma nova lista de Instituições de Ensino, com seus respectivos IGCs, excluindo a Faculdade Maurício de Nassau, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais);

Neste sentido, oficie-se aos réus, a fim de dar cumprimento imediato à antecipação de tutela deferida.

Com estas considerações, dou parcial provimento à apelação do autor e julgo prejudicada a apelação da União.

É como voto.

**APELAÇÃO EM MANDADO  
DE SEGURANÇA Nº 78.034-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS  
Apelante: WINDROSE SERVIÇOS MARÍTIMOS E REPRESENTAÇÕES LTDA.  
Apelada: AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA-ANVISA  
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO  
Advs./Procs.: DR. GABRIEL TEIXEIRA DE OLIVEIRA JÚNIOR E OUTRO (APTE.)

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. NULIDADE DE AUTO DE INFRAÇÃO E RESPECTIVAS DÍVIDAS. PROGRAMA DE INCLUSÃO SOCIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO ENTRE A EMPRESA E OS MENORES ASSISTIDOS.**

**- Há nos cópias do convênio firmado entre a Secretaria do Trabalho e Ação Social do Ceará, a Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor do Ceará - FEBEMCE e a Associação Cearense de Supermercados - ACESU, bem como o termo de adesão da empresa apelante ao convênio, dando conta que esta de fato participava do programa. O convênio tinha por finalidade promover a inserção do adolescente em situação de risco ou de extrema carência do Regime de Trabalho Educativo, na qualidade de jovem bolsista de trabalho. Na cláusula quarta do convênio, estava especificado que não era gerado qualquer efeito ou vínculo empregatício entre a empresa conveniada e os adolescentes engajados.**

**- Descaracterizado o vínculo empregatício entre a empresa e os menores, o que tornaria obrigatória a manutenção do registro, visto que os documentos carreados aos autos demonstram que**

***os adolescentes eram participantes de programa de inclusão social, devidamente selecionados pela FEBEMCE, e que não mantinham vínculo de emprego com a apelante.***

***- Pensar de modo diferente seria desconsiderar a boa-fé e interesse da empresa em participar de programa social de inclusão de menores carentes, que aceitou se unir a entidade governamental em prol da educação de tais adolescentes, no sentido de incluí-los no mercado profissional. Mais do que isso, a manutenção de tais autos de infração e das dívidas tributárias geradas causaria desestímulo à participação em tais programas, fragilizando os esforços da FEBEMCE e do Governo do Estado do Ceará na manutenção de políticas de inclusão do menor carente no mercado de trabalho.***

***- Apelação provida.***

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 7 de julho de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS-  
Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de apelação contra sentença que julgou improcedente o pedido autoral, em que a parte demandante pleiteava a nulidade de autos de infração e, conseqüentemente a anulação dos atos declarativos das dívidas.

Nas razões de seu apelo, a parte autora alegou que os autos de infração que deram origem às respectivas inscrições e débitos foram lavrados ao arrepio da lei, pois todas pessoas ditas em situação irregular não eram empregadas da promovente, mas adolescentes participantes de um programa de ressocialização e iniciação ao trabalho, devidamente cadastrados pela FEBEMCE e pela Secretaria Estadual do Trabalho e Ação Social, não sendo necessário o registro na empresa apelante, pelo que a sentença deve ser reformada.

É o relatório.

### **VOTO**

**O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):**

Trata-se de apelação contra sentença que julgou improcedente o pedido autoral, em que a parte demandante pleiteava a nulidade de autos de infração e, conseqüentemente a anulação dos atos declarativos das dívidas.

Os autos de infração e respectivas dívidas foram lavrados em razão do estabelecimento comercial “manter trabalhador sem o respectivo registro em livro, ficha ou sistema eletrônico correspondente”. Embora a empresa apelante tenha se manifestado informando que tais pessoas supostamente em situação irregular eram adolescentes participantes de programa de integração social promovido pela FEBEMCE e pela Secretaria Estadual do Trabalho e Ação Social, não sendo necessário o registro na empresa apelante, tais alegações não foram acatadas. Segundo os Auditores Fiscais do Trabalho que lavraram os autos, as atividades desenvolvidas por estes adolescentes mostram que os aspectos produtivos prevaleceram sobre os aspectos pedagógicos relativos ao desenvolvimento pessoal e social dos menores.

A Magistrada sentenciante, com base em tais informações, julgou improcedente o pleito afirmando que, em face de tais conclusões, e com base no princípio da primazia da realizada, forçoso era reconhecer que não foi respeitada a finalidade predominantemente educativa da bolsa concedida aos menores, de modo que são válidos os autos de infração e os atos de inscrição em dívida ativa dos débitos tributários daí decorrentes.

Analisando-se os autos, tem-se que a sentença em questão deve ser reformada.

Constam nos autos cópias do convênio firmado entre a Secretaria do Trabalho e Ação Social do Ceará, a Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor do Ceará - FEBEMCE e a Associação Cearense de Supermercados - ACESU (fls. 95/100), bem como o termo de adesão da empresa apelante ao convênio (fl. 108), dando conta que esta de fato participava do programa.

O presente convênio tinha por finalidade promover a inserção do adolescente em situação de risco ou de extrema carência do Regime de Trabalho Educativo, na qualidade de jovem bolsista de trabalho. Na cláusula quarta do convênio, estava especificado que não era gerado qualquer efeito ou vínculo empregatício entre a empresa conveniada e os adolescentes engajados.

Observa-se ainda que foram juntadas diversas fichas dos bolsistas FEBEMCE e as respectivas fichas de encaminhamento (fls. 104/159), demonstrando que houve o acompanhamento do menor por parte da empresa, e que todos eram devidamente encaminhados pela FEBEMCE.

Dessa forma, fica descaracterizado o vínculo empregatício em questão, que faria com que os menores fossem considerados empregados e tornaria obrigatória a manutenção do registro. Ao contrário, os documentos carreados aos autos demonstram que os adolescentes eram participantes de programa de inclusão social, devidamente selecionados pela FEBEMCE, e que não mantinham vínculo de emprego com a apelante.

Além disso, pensar de modo diferente seria desconsiderar a boa-fé e interesse da empresa em participar de programa social de inclusão de menores carentes, que aceitou se unir a entidade governamental em prol da educação de tais adolescentes, no sentido de incluí-los no mercado profissional. Mais do que isso, a manutenção de tais autos de infração e das dívidas tributárias geradas causaria desestímulo à participação em tais programas, fragilizando os esforços da FEBEMCE e do Governo do Estado do Ceará na manutenção de políticas de inclusão do menor carente no mercado de trabalho.



Este é o posicionamento expresso nos julgados abaixo, desta e. Corte e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. LANÇAMENTO FEITO POR CONTA DE TRABALHO PRATICADO À LUZ DO “PROGRAMA DO BOM MENINO”. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO ENTRE A EMPRESA E OS MENORES ASSISTIDOS. DESCABIMENTO DA TRIBUTAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NULIDADE DA NFLD LAVRADA PELO INSS.

1. O “programa do bom menino”, criado com fundamento no Decreto nº 94.338/87, dada a sua finalidade social (de capacitação de adolescentes carentes), visa à formação do menor para o mercado de trabalho, sendo certo que o diploma referido deixa evidente que o trabalho em condições tais não gera vínculo empregatício; não é possível, revele-se, confundi-lo com o trabalho feito pelo menor aprendiz, dado que possuem disciplina jurídica diversa;

2. Releva notar, na hipótese dos autos, que as atividades eram acompanhadas pela Fundação Estadual do Bem-estar do Menor do Ceará, sendo este o órgão que, desde antes, procedera ao encaminhamento dos menores; era, portanto, trabalho assistido – e conduzido – por terceiro, o que, a toda evidência, desconfigura a subordinação própria do contrato de emprego;

3. Tributação (de pretensas contribuições previdenciárias) que não prospera, seja à luz de argumentos técnicos (à falta da caracterização de genuína relação de emprego que lhe desse supedâneo), seja a partir de elementos axiológicos (dado que não interessa à sociedade fragilizar os mecanismos por meio dos quais empresas se prestam ao treinamento de jovens que, na rua, não terão qualquer possibilidade de envidar esforços em prol de uma vida minimamente digna); interpretação inversa findaria por representar colisão, ainda que indireta, com a CF, Art. 1º, III;

4. É manifesta nulidade do auto de infração lavrado pelo INSS;

5. Remessa oficial improvida.

(TRF 5. REO 365645/CE. Terceira Turma. Relator Des. Paulo Roberto de Oliveira Lima. *DJ* 26/02/2009, p. 229).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. NULIDADE SENTENCIAL. INDEMONSTRADA. MULTA. CLT. ESTÁGIO MENORES CARENTES. FUNDAÇÃO INTERMEDIADORA ENTRE MENORES E ENTIDADES QUE OS ACOLEHEM. ATIVIDADE INTERMEDIADORA QUE NÃO A CARACTERIZA COMO EMPREGADORA. AUTOS DE INFRAÇÃO ANULADOS. CERTIDÕES DE DÍVIDA ATIVA CANCELADAS.

1. Se o Magistrado *a quo* não se manifesta expressamente sobre preliminar de inépcia de inicial embargatória e passa a rebater as razões de mérito da impugnante, têm-se que implícita e intuitivamente rejeitou a preliminar.

2. Se a atuada não pratica atividade que a caracterize a empregadora para efeitos de CLT, incabe acoima de multa por infração à legislação trabalhista. Nulidade dos autos de infração e das CDAS correspondentes.

3. Preliminar de nulidade sentencial afastada, apelação e remessa oficial improvidas.

(TRF 4. REO 9604594192/PR. Quarta Turma. Relator Des. Alcides Vettorazzi. *DJ* 10/01/2001, p. 265)

AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ART. 630, §§ 3º E 4º DA CLT. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE EMPREGO.

1. A Fundação de Assistência ao Menor Aprendiz, por meio de documentos não impugnados demonstrou não manter relação de emprego com os menores a que assiste, evidenciando-se que o auto de infração lavrado pela Fiscalização do Trabalho não possui base fática.

2. Remessa oficial improvida.

(TRF 4. REO 9604111515/PR. Terceira Turma. Relator Des. Sérgio Renato Tejada Garcia. *DJ* 12/01/2000, p. 235).

Assim, deve ser reformada a sentença, para declarar a nulidade dos autos de infração 457581-4, 326823-3, 321417-6, 326822-5, 321850-3, 326988-4 e 325136-5, constantes dos autos, bem como a anulação das respectivas dívidas e inscrições na dívida ativa.

Diante do exposto, dou provimento à apelação da parte autora. Inverto os ônus sucumbenciais.

É como voto.

**APELAÇÃO EM MANDADO  
DE SEGURANÇA Nº 87.270-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO  
Apelante: UNIÃO  
Apelada: BERENICE MEDEIROS DE ABREU  
Adv./Proc.: DR. EDUARDO LUIZ BANDEIRA DE MELLO (APDA.)

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPETRAÇÃO COMBATENDO O DESLIGAMENTO DA IMPETRANTE – PROFESSORA DO COLÉGIO MILITAR DO RECIFE, NA CONDIÇÃO DE ESTAGIÁRIA – POR CAUSA DE SUA GRAVIDEZ. SITUAÇÃO FACTUAL TOTALMENTE DIFERENTE. INDEFERIMENTO DE PRORROGAÇÃO FEITO DE ACORDO COM PORTARIA ESPECÍFICA. SEGURANÇA A SE CALCAR NA GRAVIDEZ COMO ELEMENTO IMPEDITIVO DE DISPENSA, QUANDO O PEDIDO ADMINISTRATIVO SE FUNDA EM NORMAS QUE REGEM A PRORROGAÇÃO DO MILITAR TEMPORÁRIO. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER DIREITO, E, ADEMAIS, LÍQUIDO E CERTO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.**

*- A impetrante foi convocada para atuar como professora do Colégio Militar do Recife, pelo período de um ano, na condição de estagiária, tendo sido atendida, por quatro vezes, sua prorrogação, em iguais períodos. A quinta prorrogação resultou indeferida, por falta de vaga no estabelecimento de ensino e falta de amparo legal.*

*- O fato de, naquele momento, a impetrante encontrar-se grávida, não altera a situação, visto que, o condenável seria a autoridade castrense dispensá-la, por motivo de gravidez, dentro do período da prorrogação.*

*- Ademais, o pedido administrativo indeferido, da quinta prorrogação, não se calca no fato de a*

***impetrante se encontrar grávida, mas em disposições da portaria que rege a matéria. A gravidez, como elemento a se constituir em obstáculo ao indeferimento da prorrogação, só foi trazida à lume na inicial, circunstância que altera o ato atacado, calcado, em verdade, na conveniência interna castrense: falta de vaga e de amparo legal.***  
***- Completa e total impossibilidade de se aplicar ao caso a norma proibindo a dispensa do serviço de servidora, inclusive a militar, que aparecer grávida, por falta de conexão com a situação factual aqui vivida e objeto do pedido na esfera administrativa.***  
***- Provimento do recurso voluntário e da remessa obrigatória.***

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 18 de junho de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO  
- Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Mandado de segurança, com pedido liminar, aqulado por Benenice Medeiros de Abreu contra ato do Tenente Coronel Francisco Albano de Mesquita Prado, intentando a permanência no serviço ativo do Exército até o final da gravidez, inclusive com direito à licença maternidade, anulando o ato de 20 de junho de 2003, que excluiu a impetrante do serviço ativo.

A sentença, fls. 221-225, revogou a decisão indeferitória da liminar e concedeu a segurança *para anular o ato de licenciament-*

*to da impetrante das fileiras do Exército, conferindo-lhe a proteção constitucional da licença gestante, garantida pelo art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, e a estabilidade provisória prevista no art. 10, II, b, do ADCT, não devendo a mesma ser licenciada até o quinto mês, inclusive, após o parto, consoante a fundamentação supra.*

A União apela, fls. 240-246, atroando que o art. 142, § 3º, VIII, da CF/88, não faz qualquer menção ao art. 7º, I, da Carta Magna, o qual se relaciona com o art. 10, II, b, do ADCT, assegurando às empregadas gestantes a estabilidade provisória no emprego. Aduz, portanto, que não há de se confundir o direito à licença gestante do art. 7º, XVIII, da CF/88 com o direito à estabilidade provisória no emprego (art. 7º, I, da CF/88), este último não assegurado às servidoras militares por não constar do rol do art. 142, § 3º, VIII, da CF/88. Argúi que *o vínculo estabelecido entre a impetrante e a União (Exército Brasileiro) é temporário, não havendo despedida arbitrária ou sem justa causa, mas tão somente a não prorrogação de seu tempo de serviço, ato situado na esfera da discricionariedade conferida ao administrador público, bem como sobre o licenciamento ex officio, preconizado pelo art. 32, II, § 2º, do Decreto 4.502/2002.*

Contrarrazões, fls. 253-263.

Processo distribuído neste Tribunal em 16 de março de 2004, e, por sucessão, a este relator em 14 de março de 2008.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

A teor da inicial, a impetrante, ao receber a comunicação, enviada pelo Colégio Militar do Recife, que a nova prorrogação, na condição de professora do referido colégio, não lhe seria mais concedida, já se encontrava no segundo mês de gravidez, fato que era do conhecimento do serviço médico desta instituição de ensino, circunstância que impediria a sua dispensa. A gravidez seria o empeco à sua exclusão.

Já a autoridade, apontada como coatora, esclarece, inicialmente, ser a concessão da prorrogação da alçada do Comandante da 7ª Região Militar, e, assim mesmo, somente após tal prorrogação ser autorizada pelo Departamento Geral do Pessoal do Exército, esclarecendo, quando a não prorrogação, *ter ocorrido por motivo de classificação de oficial do Quadro Complementar de Oficiais e não porque a referida oficial estava gestante, fl. 81, deixando bem claro que o Serviço Militar sob contenta é prestado sob forma de estágio (Art. 10 e 11 do Regulamento para o Corpo de Oficiais da Reserva do Exército - RCORE, aprovado pelo Decreto nº 4.502, de 09 de dezembro de 2002) e que em hipótese alguma há de ser considerado como emprego, haja vista tratar-se de convocação de caráter voluntário (Art. 19 do RCORE), com prazo determinado para início e término e em estrita correlação com as necessidades e interesses da Força, fl. 81.*

Há, portanto, duas verdades, sem se falar no fato de que, ao analisar o pedido da impetrante, fl. 84, registra-se a anotação de que *o militar em apreço reúne MB condições para prosseguir na carreira, porém, não há vaga neste E.E., como há, também, o registro de que não há amparo legal (inexistência de vaga neste E.E.).* Ou seja, inexistência de vaga no estabelecimento de ensino.

Depreende-se, enquanto a impetrante traz uma versão, a autoridade coatora apresenta outro quadro.

A douda sentença valorizou a gravidez: a servidora, inclusive a militar, não pode ser dispensada se estiver grávida, é a bandeira defendida, temática, inclusive, que até a própria apelante encampou.

Acho que o problema não pode ser balizado pela gravidez, como se tivesse ocorrido uma afronta à norma com a dispensa da impetrante.

Primeiro, não se pode conferir a situação factual à visão de problema de ordem trabalhista, envolvendo empresa e empregada. Ao contrário, a impetrante estava no Colégio Militar para realização de Estágio de Serviço Técnico, por um período de apenas um ano, ou seja, de 30 de julho de 1998 a 30 de julho de 1999, fl. 16.

A partir daí, foi requerendo prorrogação, por mais um ano, como demonstra a cópia de fl. 23, assinalando que esta teria início em 30 de julho de 1999, indo, evidentemente, até 30 de julho de 2000. Foi a primeira prorrogação.

A segunda foi obtida, para o período de 30 de julho de 2000 a 20 de junho de 2001, fl. 29.

A terceira, no período de 21 de junho de 2001 a 20 de junho de 2002, fl. 31.

A quarta, no período de 21 de junho de 2002 a 20 de junho de 2003, fl. 35.

Em 04 de abril de 2003, a impetrante pediu nova prorrogação, que seria a quinta, fls. 52 e 84. Não a obteve, fl. 86.

A situação da impetrante era de estagiária, cujo regulamento, aliás, trouxe com a inicial, fls. 37-51, no qual está bem claro que, após a primeira convocação, poderá ser concedidas até quatro prorrogações. O art. 77, no caso, fl. 46, utiliza o verbo poder. Ou seja, poderá, a depender da conveniência administrativa. Não há obrigatoriedade. Mesmo assim, a impetrante teve a sua prorrogação por quatro vezes.

A gravidez da impetrante não altera a situação.

Inicialmente, porque não foi levado ao conhecimento da autoridade administrativa castrense. O pedido, na esfera administrativa – é só cotejá-lo, de acordo com as cópias de fls. 52 e 84 – deixa bem claro que a prorrogação é requerida com base no regulamento de fls. 37-51. Ou seja, não é com o elemento gravidez.

A gravidez, mesmo que tivesse sido elemento constante do pedido aludido (fls. 52 e 84), não forneceria à impetrante o direito líquido e certo de obter sucesso em sua pretensão de ter obtida, pela quinta vez, a prorrogação.

Há, para o estágio nas Forças Armadas, uma portaria, fls. 37-51, regendo a matéria, portaria que, obrigatoriamente, deve reger a matéria, sem a necessidade de se invocar normas e princípios da legislação trabalhista ou mesmo constitucional.

Evidentemente que a autoridade coatora só não poderia dispensar a impetrante se, grávida, o período vivido estivesse incom-

pleto. Era a única situação, visto que, desta forma, ficaria simplificado o quadro: a impetrante, em pleno período a que fazia jus, por força da prorrogação, foi dispensada porque engravidou.

Ora, a situação aqui é completamente outra: a impetrante não teve a quinta prorrogação. Infelizmente, neste exato momento, a impetrante estava grávida, componente acidental, que, aliás, não foi levado em consideração na decisão administrativa. Só a falta de conexão entre o pedido, formulado na esfera administrativa, que resultou indeferido, com a fundamentação da inicial, alicerçada na proibição de se dispensar servidora grávida, já seria suficiente para esvaziar qualquer conteúdo de direito da pretensão embutida na inicial.

Sem nenhum direito, e, ainda mais, líquido e certo, carrega a impetrante, ao tempo em que, a decisão atacada, está perfeita caracterizada pela legalidade, visto que a prorrogação é um fruto da conveniência administrativa.

Por este entender, dou provimento ao apelo voluntário e a remessa obrigatória, para denegar a segurança.

É como voto.

## **APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 101.791-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES  
Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - UFPE  
Apelada: MARILIA JOYCE MIRANDA DA SILVA  
Repte.: PROCURADORIA DA UFPE  
Advs./Procs.: DRA. SÔNIA MARIA COSTA VITA DA SILVEIRA E OUTRO (APDA.)

***EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. POLÍTICA DE INCLUSÃO SOCIAL. CONCURSO VESTIBULAR 2007. ACRÉSCIMO DE 10% SOBRE A NOTA FINAL. RESOLUÇÃO Nº 09/2006***



**DO CONSELHO COORDENADOR DE ENSINO,  
PESQUISA E EXTENSÃO.**

- *Vedação do benefício aos alunos egressos de escolas públicas federais. No caso, o CEFET.*
- *Violação ao princípio da isonomia. Alteração de critério de avaliação quando já encerradas as inscrições do certame.*
- *Violação aos princípios da Segurança Jurídica e da vinculação às normas editais (inteligência do art. 5º, caput, da CF/88 e art. 2º, XIII, da Lei nº 9.784/99).*
- *Apelação e remessa oficial 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, 9 de junho de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

**RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

A UFPE - Universidade Federal de Pernambuco apela de sentença da 10ª Vara Federal/PE que, em sede mandamental, concedeu a segurança reconhecendo a impetrante o direito líquido e certo à obtenção do benefício de 10% (dez por cento) sobre sua nota final obtida no concurso vestibular 2007 para ingresso na UFPE.

Em suas razões de recurso, a UFPE alega que a Resolução nº 09/2006 – que restringiu a concessão do benefício acima referido somente aos alunos que concluíram ou venham a concluir, até o ato de matrícula, integralmente e em regime regular, todo o ensino médio em escola pública estadual ou municipal – atentou para

os princípios da publicidade e da razoabilidade, tal como os da igualdade, legalidade, impessoalidade, vinculação ao edital e o da autonomia administrativa.

Contra-razões não apresentadas.

Parecer Ministerial de fls. 76 a 79.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Discute-se nestes autos se a restrição imposta pela Resolução nº 09/2006 do Conselho Coordenador de Ensino, Pesquisa e extensão da UFPE teria infringido princípios constitucionais.

Tal Resolução determinou que o benefício do acréscimo de 10% (dez por cento) sobre a nota final obtida no concurso vestibular 2007 somente seria conferido àqueles alunos que já tivessem concluído ou viessem a concluir, até o ato de matrícula, integralmente e em regime regular, todo o ensino médio em escola pública estadual ou municipal.

Esse instrumento normativo trouxe de nova redação à letra c do § 1º do art. 12 da Resolução nº 05/2006 justamente por entender que assegurar tal benefício aos alunos egressos de escola pública federal seria caminhar contra a política de inclusão social que inspirou o mencionado incentivo.

Note-se que, políticas de inclusão são iniciativas governamentais que visam aproximar a possibilidade de acesso à Universidade pública entre os estudantes oriundos de escolas públicas com aqueles egressos de escolas particulares.

Assim, não se apresenta razoável o argumento de que os alunos advindos de escolas como o CEFET/PE, por possuírem melhor qualidade de ensino, estejam em igualdade de condições com os estudantes da rede particular de ensino, e que, portanto, não devam fazer jus ao referido incentivo. Partindo-se de tal premissa, como ficariam então os casos dos estudantes que concluíssem seu ensino médio em escolas públicas estaduais e municipais que

também tivessem uma boa qualidade de ensino, como ocorre em relação à Escola do Recife, O Ginásio Pernambucano?

É certo, portanto, que a adoção de tal critério não pode prevalecer por representar afronta ao princípio constitucional da isonomia.

A Primeira Turma desta Casa, em decisão unânime proferida em questão idêntica a ora deduzida – AC 419724, em voto da Relatoria do Desembargador Federal Francisco Queiroz, restou assim ementada:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. BENEFÍCIO DE INCLUSÃO SOCIAL PARA ALUNOS DE ESCOLAS PÚBLICAS ESTADUAIS E MUNICIPAIS. ACRÉSCIMO DE 10% SOBRE A NOTA FINAL. RESOLUÇÃO Nº 09/2006 DO CONSELHO COORDENADOR DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO. EXCLUSÃO DOS ALUNOS EGRESOS DE ESCOLAS PÚBLICAS FEDERAIS. CASO DOS AUTOS. CEFET. CRITÉRIO DISCRIMINATÓRIO. MODIFICAÇÃO DAS NORMAS DO CERTAME. RESOLUÇÃO Nº 1/2007 DO CONSELHO COORDENADOR DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO. BENEFÍCIO ASSEGURADO NOS MOLDES PREVISTOS NA REDAÇÃO ORIGINAL DO EDITAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

1. No caso concreto, foi estabelecido benefício de inclusão social para alunos de escolas públicas estaduais e municipais, consistente no acréscimo de 10% (dez por cento) sobre a nota final que venha a ser obtida no concurso vestibular de 2007 para ingresso na UFPE.

2. A Resolução nº 09/2006, do Conselho Coordenador de Ensino, Pesquisa e Extensão, considerando que a concessão do referido incentivo aos alunos oriundos de estabelecimentos de ensino federais operaria contra a política de inclusão social que o inspirou, estabeleceu que o benefício seria concedido apenas àqueles candidatos que concluíssem ou venham a concluir, até o ato de matrícula, integralmente e em regime regular, todo o ensino médio em escola pública estadual ou municipal.

3. Afigura-se que a Resolução nº 09/2006 se vale de um critério discriminatório, ao excluir os alunos oriundos de escolas públicas federais.

4. **Ressai “absolutamente desarrazoado excluir do**

**precitado benefício os candidatos que cursaram o ensino médio em escolas públicas federais, sob o fundamento de possuírem melhor qualidade no ensino (presunção não necessariamente verdadeira). A prevalecer tal entendimento, os candidatos oriundos de outras escolas públicas com boa qualidade no ensino, ainda que integrantes do sistema de ensino municipal ou estadual, também deveriam ser excluídos do mencionado benefício, pois necessariamente não são deficitárias. Embora se reconheça que a maioria das escolas públicas federais tenha uma boa qualidade no ensino, em que pese as suas notórias dificuldades, não se pode olvidar que existem também excelentes escolas públicas na rede municipal e estadual de ensino, como, por exemplo, o Ginásio Pernambucano e a Escola do Recife”.**

5. A despeito de a Resolução nº 1/2007 do Conselho Coordenador de Ensino, Pesquisa e Extensão ter revogado a disposição que determinava a eliminação dos alunos advindos de escolas públicas federais que não requereram a exclusão do programa de inclusão social, possibilitando a matrícula dos aprovados, manteve a modificação efetuada pela Resolução nº 09/2006, extirpando-lhes o incremento de nota outrora previsto no edital do certame.

6. Em flagrante violação aos princípios da segurança jurídica e da vinculação às normas do edital previstos no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal e no art. 2º, inciso XIII, da Lei nº 9.784/99, houve modificação do critério de avaliação após o encerramento das inscrições. Consoante realçado alhures, a apelante alterou o sistema de mensuração das notas, excluindo o benefício inicialmente concedido também aos alunos egressos das escolas públicas federais de incremento de 10% (dez por cento) na sua nota, previsto originalmente no edital do concurso vestibular.

**7. Pretensão recursal não acolhida. Manutenção da sentença. Assegurado o benefício da política institucional de inclusão social e desenvolvimento regional, nos moldes previstos na redação original do edital do concurso vestibular 2007. Condenação da UFPE a efetivar, em definitivo, a matrícula do autor no curso de medicina, desde que obtenha nota suficiente para classificação dentro do número de vagas esta-**

**belecido no edital do vestibular.**

8. Apelação e remessa oficial improvidas. (Grifo nosso)

Também neste sentido a egrégia Terceira Turma desta Casa assim decidiu:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO VESTIBULAR. INGRESSO EM UNIVERSIDADE FEDERAL. POLÍTICA DE INCLUSÃO SOCIAL. ALUNO PROVENIENTE DE ESCOLA PÚBLICA.

- O requisito para obtenção do benefício do acréscimo de 10% da nota no concurso vestibular para ingresso na UFPE é a conclusão do aluno nas três séries de ensino médio em escola pública, não excluindo as escolas públicas federais.

- A modificação do critério no curso do processo seletivo atinge direito subjetivo da agravante, oriunda de escola pública federal.

- Agravo provido.

(TRF5ª Região, AGTR 73937/PE, Des. Ridalvo Costa)

Ademais, não se pode descurar que a Resolução em comento foi editada quando as inscrições do Concurso Vestibular 2007 já haviam sido encerradas. Houve, desta feita, alteração de critério de quantificação de notas após a vinculação da apelada ao Certame, num flagrante desrespeito ao Edital, ou seja, a Lei em sentido material.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

## EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 284.619-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO  
Embtes.: ANTONIO ROLEMBERG FEITOSA JÚNIOR E UNIÃO  
Embargados: UNIÃO E ANTONIO ROLEMBERG FEITOSA JÚNIOR  
Advs./Procs.: DR. MADSON LIMA DE SANTANA E OUTRO (1º EMBTE.)

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO SUB JUDICE. EMBARGOS INFRINGENTES DA PARTE AUTORA DA AÇÃO E DA RÉ. CONEXÃO DE AÇÕES ALEGADA PELA EMBARGANTE UNIÃO. JULGAMENTO UNÂNIME PELA TURMA JULGADORA. AFASTADA A POSSIBILIDADE DO RECURSO QUE PRESSUPÕE JULGAMENTO NÃO UNÂNIME (CPC, ART. 530). EMBARGOS INFRINGENTES DO AUTOR DA AÇÃO. DIVERGÊNCIA TOTAL SOBRE RESERVA DE VAGAS E NOMEAÇÃO. ENTENDIMENTO DE QUE SE DEVE ASSEGURAR AO CANDIDATO EM SITUAÇÃO SUB JUDICE APENAS A RESERVA DE VAGA ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO. PRECEDENTES DO STJ E DESTE TRIBUNAL.**

**- Embargos infringentes da União suscitando conexão de ações. Embargos infringentes que não merecem ser conhecidos à vista de julgamento unânime pela turma julgadora (CPC, art. 530).**

**- Embargos infringentes do particular (autor da ação). Concurso público para provimento de cargos de policial rodoviário federal. Candidato sub judice. Reserva de vagas x nomeação. Divergência total.**

- ***A investidura em cargo público exige a prévia habilitação em concurso público, o que inviabiliza a nomeação de candidato cuja participação no certame foi garantida por decisão judicial.***
- ***Hipótese em que se admite, apenas, a reserva de vagas até o trânsito em julgado da decisão. Precedentes do STJ e deste Tribunal.***
- ***Embargos infringentes da parte autora aos quais se nega provimento. Embargos infringentes da União que não merecem ser conhecidos.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo tombado sob o número em epígrafe, em que são partes as acima identificadas, acordam os Desembargadores Federais do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão plenária, realizada nesta data, por unanimidade, não conhecer os embargos infringentes interpostos pela União e negar provimento aos embargos infringentes do particular, nos termos do voto do relator e na conformidade dos votos e das notas taquigráficas que integram o presente.

Recife, 15 de julho de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO:

Cuida-se de embargos infringentes interpostos por ANTÔNIO ROLEMBERG FEITOSA JUNIOR e pela UNIÃO contra acórdão da Terceira Turma deste Tribunal, ementado *verbis*:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. CANDIDATO *SUB JUDICE*. RESERVA DE VAGA. MANTIDOS OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- O candidato *sub judice* aprovado no concurso público não tem direito imediato à nomeação, em obediência à ordem de classificação, mas apenas à reserva de vaga,

até que ocorra o trânsito em julgado da decisão que assegurou a sua participação no certame, nos termos da orientação do Supremo Tribunal Federal - STF.

- Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, moderados e compatíveis com o conteúdo da demanda.

- Apelação e remessa oficial providas, em parte.<sup>1</sup>

Pretende o embargante particular o provimento do recurso para que haja a prevalência do voto vencido, restaurando a decisão de primeiro grau.

A sentença acolhia o pedido do autor para determinar a sua nomeação, posse definitiva e o exercício no cargo de Policial Rodoviário Federal, confirmando a liminar concedida.<sup>2</sup>

Sustenta que a reserva de vagas determinada no acórdão embargado causa-lhe prejuízo, mas também à ré, que manteria uma vaga sem preenchimento em detrimento de toda a sociedade, que não receberia a prestação dos serviços.<sup>3</sup>

Por sua vez, a União interpõe embargos infringentes contra o mesmo acórdão, alegando que a causa é conexa com outra (Processo nº 99.0000246-6), cujo objetivo é anular cláusula do edital do concurso para a Polícia Rodoviária Federal, especificamente a que exigia a prova de motorismo.

Afirma que o mencionado processo foi julgado pela Segunda Turma deste Tribunal, que considerou válida a cláusula editalícia que previa a prova de motorismo, prova na qual o primeiro embargante foi reprovado.

Assim sendo, conclui a União que não há direito à nomeação e posse, nem tampouco à reserva de vaga.

---

<sup>1</sup> Fl. 180. Relator: Des. Fed. RIDALVO COSTA. Participaram do julgamento também os Desembargadores PAULO GADELHA e ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO (convocado em substituição ao Des. Fed. GERALDO APOLIANO).

<sup>2</sup> Fls. 134-139 (Sentença da lavra da juíza federal TELMA MARIA SANTOS).

<sup>3</sup> Fls. 218-223



Salienta que o desacordo entre os votos é total, de maneira que o recurso abrange toda a matéria objeto da decisão embargada.

Lembra, ainda, a exigência constitucional e infraconstitucional para a investidura em cargo público, a qual não prescinde de prévia habilitação em concurso público.

Ao final, pede a prevalência do voto vencido para que se reforme totalmente o acórdão embargado, dando total provimento à sua apelação e à remessa oficial.<sup>4</sup>

O voto vencido foi da lavra do Desembargador Federal PAULO GADELHA, que negou provimento à apelação da União e à remessa oficial, entendendo, com base em precedente deste Tribunal, que a situação de candidato *sub judice* não obsta a investidura no cargo para o qual logrou aprovação, devendo a nomeação obedecer à ordem geral de classificação.

Menciona também precedente do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que aos candidatos que concluem o concurso público amparados por medida liminar é reconhecido idêntico direito à nomeação que têm os candidatos aprovados, quando se verifica quebra da ordem classificatória.<sup>5</sup>

O autor da ação restou silente quando intimado para apresentar contradita aos embargos infringentes da União, conforme certificado nos autos.<sup>6</sup>

Por sua vez, a União ofereceu contra-razões aos embargos infringentes do autor da ação, nos termos do recurso que interpôs.<sup>7</sup>

É o relatório.

---

<sup>4</sup> Fls. 225-238

<sup>5</sup> Fls. 161-163.

<sup>6</sup> Fl. 252.

<sup>7</sup> Fls. 253-257.

## VOTO

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

Os embargos infringentes pressupõem que o julgamento do acórdão impugnado não seja unânime e haja reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito (CPC, artigo 530).

Afora isto, verifica-se a questão da divergência (se total ou parcial) em sede do julgamento embargado.

No julgamento embargado, a questão decidida é a reserva de vagas ao participante de concurso público que se encontra em situação *sub judice*, até o trânsito em julgado da ação; enquanto o voto vencido, assegura-lhe direito à nomeação, seguindo-se a ordem geral de classificação.

Nestes termos, vê-se que se cuida de divergência total quanto a se reservar vaga ao candidato que participou do certame público amparado por liminar ou se determinar a sua imediata nomeação, seguindo-se a ordem geral de classificação.

A questão relativa à suscitada conexão, pela União, não foi objeto do voto vencido, portanto, não deve ser trazida a julgamento em sede de embargos infringentes.

Não se alegue que, em se tratando de divergência total, qualquer matéria pode ser aventada. A devolução é total, mas nos limites do voto vencido.

Ademais, a conexão foi afastada por unanimidade pela turma julgadora quando apreciou os embargos de declaração.<sup>8</sup>

Logo, à vista do julgamento unânime da matéria, os embargos infringentes da União não merecem ser conhecidos.

Quanto aos embargos infringentes interpostos pelo particular (autor da ação), não merecem provimento.

---

<sup>8</sup> Fl. 215

O ordenamento jurídico brasileiro exige a prévia habilitação em concurso público para a investidura em cargo público.<sup>9</sup>

O candidato que se encontra *sub judice* não está habilitado para ser investido em cargo público.

Portanto, na melhor das hipóteses para o embargante (autor da ação) é assegurar-lhe a reserva de vaga.

A respeito do tema, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA já se manifestou, no sentido de se assegurar, apenas, em situações tais, a reserva de vagas. Neste sentido, note-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS *SUB JUDICE*. NOMEAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. FALTA INTERESSE PROCESSUAL SUPERVENIENTE. CANDIDATOS REMANESCENTES. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. DIREITO APENAS À RESERVA DE VAGA.

I - *Omissis*

II - A investidura em cargo público efetivo exige prévia aprovação em concurso público. Por isso, inviável a nomeação de candidato cuja permanência no certame foi garantia (sic) por decisão judicial ainda não transitada em julgado, hipótese em que se admite tão-somente a reserva de vagas até o trânsito em julgado da decisão que assegurou ao candidato o direito de prosseguir no certame. Precedentes.

Recurso ordinário desprovido.<sup>10</sup>

Nesta linha de entendimento, também, vem julgando este tribunal:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO *SUB JUDICE*. NOMEAÇÃO INDEFERIDA. RESERVA DE VAGA ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA.

I - A reserva de vaga, até o trânsito em julgado da sentença na qual se discute o direito à participação do candidato *sub judice* no certame da Polícia Rodoviária Federal, é o

---

<sup>9</sup> CF, art. 37, II.

<sup>10</sup> Ementa de ac., un., da Quinta Turma do STJ, aos 19/04/2007, no ROMS 22473/PA, Rel.: Min. FELIX FISCHER, pub. DJ 04/06/2007, p. 00382.

caminho a ser seguido, na medida em que não podemos garantir a nomeação para não tornar definitiva uma situação bastante precária, nem podemos afastar de imediato os propósitos do referido candidato, de forma a importar em futura preterição de direito.

II - Agravo parcialmente provido.

III - Agravo regimental prejudicado.<sup>11</sup>

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. CANDIDATO *SUB JUDICE* APROVADO EM TODAS AS ETAPAS. PRETERIÇÃO NA NOMEAÇÃO. DIREITO À RESERVA DE VAGA. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA.

O candidato *sub judice* aprovado no concurso público não tem direito imediato à nomeação, em obediência à ordem de classificação, mas apenas à reserva de vaga, até que ocorra o trânsito em julgado da decisão que assegurou a sua participação no certame, nos termos da orientação do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Apelação parcialmente provida.<sup>12</sup>

Com tais considerações, não conheço dos embargos infringentes interpostos pela União e nego provimento aos embargos infringentes do autor da ação.

É como voto.

---

<sup>11</sup> Ementa de ac., un., da Quarta Turma do TRF5ª Região, aos 21/02/2006, no AG 65468/PE, Rel.: Des.Fed. MARGARIDA CANTARELLI, pub. DJ 15/03/2006, p. 897, nº 51.

<sup>12</sup> Ementa de ac., un., da Primeira Turma do TRF5ª Região, aos 11/09/2008, na AC 354143/PE, Rel.: Des. Fed. JOSÉ MARIA LUCENA, pub. DJ 17/10/2008, p. 269, nº 202.

## **EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 418.273-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO  
Embtes.: CENTRO FEDERAL DE EDUCAÇÃO TECNOLÓGICA DE PERNAMBUCO- CEFET/PE E UNIÃO  
Embargado: NATANAEL GOMES DA COSTA JÚNIOR  
Repte.: PROCURADORIA DA CEFET/PE  
Advs./Procs.: DR. ANTONIO RICARDO ACCIOLY CAMPOS E OUTRO (EMBD0.)

***EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONTROLE DO JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.***

***- O Poder Judiciário pode controlar os atos administrativos, mormente os de natureza disciplinar, não apenas sob o aspecto da legalidade, mas também à luz dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, contraditório e ampla defesa.***

***- Manutenção do aresto embargado, que, reconhecendo a falta de prova da prática, pelo servidor, das condutas que lhe foram imputadas, anulou a sanção de demissão imposta pela Comissão Disciplinar.***

***- Embargos infringentes aos quais se nega provimento.***

### **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, negar provimento aos presentes embargos infringentes, 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, 22 de julho de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Trata-se de embargos infringentes opostos pela União e CEFET/PE contra o v. Acórdão de fls. 942/943, mediante o qual a maioria da eg. Terceira Turma deu provimento à apelação do ora embargado, para anular a demissão que lhe havia sido imposta, e reconhecer o seu direito à reintegração no cargo de Professor da citada instituição de ensino, com todos os direitos e vantagens disso decorrentes.

Os embargantes querem a prevalência do voto-vencido, da lavra do Desembargador Paulo Roberto de Oliveira Lima, que considerou impossível a revisão judicial de processo administrativo-disciplinar, além dos aspectos de legalidade.

Contra-razões às fls. 975/987 e fls. 1031/1050.

É o relatório.

Ao meu revisor.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Egrégio Plenário.

A maioria da egrégia Terceira Turma anulou a demissão do embargado, reconhecendo-lhe o direito à reintegração no cargo de Professor do CEFET/PE, inclusive com as progressões funcionais a que teria direito se não tivesse sido demitido, e a percepção de todos os vencimentos e vantagens devidos desde a data do ato de demissão, atualizados monetariamente e com juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês.

Ficou vencido o douto Desembargador Paulo Roberto de Oliveira Lima, que manteve a sentença por entender que a revisão do

processo administrativo-disciplinar pelo Poder Judiciário não pode ultrapassar os aspectos de legalidade.

Conheço dos embargos, mas nego-lhes provimento.

É consabido que não cabe a interferência do Poder Judiciário no chamado mérito administrativo. Todavia, até os atos discricionários da Administração podem ser revistos judicialmente não apenas quanto à legalidade, mas também no tocante à razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa e contraditório, quando o agir do administrador extrapolar flagrantemente esses postulados fundamentais do processo administrativo.

Anoto que já tive oportunidade de decidir nesse sentido quando integrei a Quarta Turma:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. APLICAÇÃO DE SANÇÃO. NULIDADE. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. ART. 2º DA LEI Nº 9.784/99.

**1. O Poder Judiciário pode analisar os aspectos referentes aos princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade da decisão administrativa, sem que haja invasão no âmbito discricionário do mérito administrativo.**

2. Não atende ao disposto no art. 2º, inc. IV, da Lei nº 9.784/99 a abertura de processo administrativo disciplinar, com a aplicação da pena de suspensão do servidor, por um dia, em face de faltas compensadas com a anuência da Chefia.

3. Necessidade de observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

4. Apelação e remessa oficial improvidas. (Grifei)  
(AC399254 / PE, minha relatoria, 4ª Turma, DJ, 16/01/2009)

O colendo STJ vem entendendo da mesma forma:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MÉRITO ADMINISTRATIVO. REAPRECIÇÃO. LEGALIDADE. SANÇÃO DISCIPLINAR. APLICAÇÃO. ASPECTO DISCRICIONÁRIO. INEXISTÊNCIA. COMISSÃO DISCIPLINAR. INTEGRANTE. SERVIDOR PÚBLICO NÃO ESTÁVEL. NULIDADE.

I - Descabido o argumento de impossibilidade de reapreciação do mérito administrativo pelo Poder Judiciário no caso em apreço, pois a questão posta diz respeito exclusivamente a vício de regularidade formal do procedimento disciplinar, qual seja, defeito na composição da comissão processante.

**II - Ademais, é de se registrar que inexistente aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar. Nesses casos, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais (Precedente: MS nº 12.983/DF, 3ª Seção, da minha relatoria, DJ de 15/2/2008).**

III - É nulo o processo administrativo disciplinar cuja comissão processante é integrada por servidor não estável (art. 149, *caput*, da Lei nº 8.112/90).

Ordem concedida. (Grifei)

(MS 12636 / DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, DJe, 23/09/2008)

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DELEGADO DE POLÍCIA. DEMISSÃO. UTILIZAÇÃO DE VEÍCULO ROUBADO. CRIME DE RECEPÇÃO E UTILIZAÇÃO DOLOSA DO VEÍCULO NÃO COMPROVADOS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. APLICAÇÃO. INDEFERIMENTO DE PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. É firme o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que somente se declara nulidade de processo administrativo quando for evidente o prejuízo à defesa. Precedentes.

2. O indeferimento motivado de produção de provas, mormente quando se mostram dispensáveis diante do conjunto probatório, não enseja cerceamento de defesa.

**3. Na aplicação de penalidade, deve a Administração observar o princípio da proporcionalidade em sentido amplo: “exigência de adequação da medida restritiva ao fim ditado pela própria lei; necessidade da restrição para garantir a efetividade do direito e a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se pondera a relação entre a carga de restrição e o re-**



**sultado” (Suzana de Toledo Barros).**

4. Hipótese em que se mostra desproporcional a aplicação da pena de demissão ao recorrente, Delegado de Polícia do Estado de São Paulo com mais de dezesseis anos de serviço e sem antecedentes disciplinares, por ter sido flagrado dirigindo veículo anteriormente roubado, sem que restasse comprovada no processo administrativo disciplinar a que foi submetido a prática do crime de receptação de que foi acusado ou o dolo na utilização do veículo.

5. Recurso ordinário parcialmente provido para anular a portaria de demissão e determinar a reintegração do recorrente ao cargo público, ressalvada à Administração a aplicação de penalidade de menor gravidade, pelos ilícitos administrativos já apurados, se for o caso.

(RMS 23143 / SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, *DJe*, 19/05/2008) .

Tem-se, aqui, uma gritante desproporção entre a acusação feita ao embargado – então Tesoureiro da Caixa de Assistência Escolar do CEFET/PE –, o que restou efetivamente apurado e a penalidade que lhe foi imposta.

Para um melhor entendimento do caso, transcrevo um excerto do indiciamento do servidor no Processo Administrativo Disciplinar (PAD), fl. 361:

(...) ter participado de forma decisiva e conclusiva na administração e aplicação de recursos gerados por Instituição pública; liberação de recursos sem critérios pré-estabelecidos; falta de controle na aplicação dos recursos públicos; falta de prestação de contas, sem o devido atendimento as normas legais estabelecidas pelo § 1º do art. 2º do Decreto nº 93.872/86; Lei nº 8.666/93 e Lei nº 4.320/64.

Por sua vez, vejam-se as conclusões do PAD (fl. 425):

**A ausência de apresentação de documentação comprovando a receita e despesa da CAIXA ESCOLAR do CEFET/PE à época de sua extinção, levou a Comissão ao convencimento de que houve fraude e desvio dos recursos ali existentes**, principalmente com o saldo de caixa e bens patrimoniais, sob a responsabilidade exclusiva do professor Natanael Gomes da Costa Junior;

Pois bem. O único fato “provado” encontrado pela comissão foi a suposta falta de prestação de contas, que levou os julgadores ao “convencimento” de que teria havido fraude e desvio de recursos. Mas não se vê, nesse ponto, relação causal entre a falta de prestação de contas e as fraudes e desvios.

Além disso, pelo que se depreende dos autos, até mesmo a conclusão do PAD quanto à pretensa omissão na prestação de contas é duvidosa, pois o professor em questão encaminhou todos os documentos relativos à extinção da estrutura da Caixa Escolar, inclusive as referidas prestações de contas (fls. 106/107), ao Diretor Geral do CEFET.

E, se no curso do PAD, a Comissão não localizou alguns dos documentos encaminhados à Diretoria-Geral, não se pode responsabilizar o embargado.

Depois, importa salientar que o Tesoureiro da Caixa Escolar não tinha poder gerencial sobre a entidade, tanto assim que os cheques ou qualquer documento que resultasse em despesas deviam ser assinados em conjunto com o Presidente (cf. Regimento da Caixa Escolar, fl. 607).

Por fim, o servidor embargado não possuía antecedentes disciplinares, o que tampouco foi levado em consideração pela Comissão Disciplinar no momento da aplicação da sanção administrativa.

Dessarte, considerando-se que as conclusões da Comissão Disciplinar não encontram amparo em condutas reprováveis comprovadas, e que nada aponta para a responsabilidade do embargado por qualquer fraude, desvio ou omissão, não se justifica a aplicação de sanção administrativa contra aquele servidor, muito menos a sua demissão.

Com estas considerações, nego provimento aos embargos infringentes.

É como voto.

## **EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 428.185-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA  
Embargante: ALISSON FABIANO ESTRELA BONFIM  
Embargados: UNIÃO E FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRÁSILIA- FUB/UNB  
Repte.: PROCURADORIA DA FUB/UNB  
Advs./Procs.: DR. ALISSON FABIANO ESTRELA BONFIM E OUTRO (EMBTE.)

***EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS INFRINGENTES. CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO ÀS REGRAS DO EDITAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (CF/88, ART. 37, CAPUT). SINDICABILIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE (CF/88, ART. 5º, INC. XXXV).***

***- Tanto quanto é defeso ao Poder Judiciário adentrar nos lindes do mérito administrativo, porque ofende o princípio da separação dos poderes (CF/88, Art. 2º), é-lhe igualmente vedado negar à jurisdição quando se busque sanar ilegalidade ou inconstitucionalidade (CF/88, art. 5º, inc. XXXV).***

***- O mérito administrativo diz com os motivos (oportunidade e conveniência) e o objeto (conteúdo) do ato administrativo discricionário, sendo, neste âmbito, a administração livre para escolher o conteúdo e o momento adequado para edição do ato; mas, uma vez eleito o conteúdo do ato, vincula-se a ele, sujeitando-se, inclusive, ao controle do Poder Judiciário.***

***- As disposições do edital balizam o concurso público e conferem, ao certame, foro de legalidade, sujeitando-se, eventual desobediência às regras ali dispostas, à censura judicial.***

***- Tendo a Administração Pública descumprido,***

***de modo evidente, determinadas regras do edital, conduta que se fez com a inserção, numa prova discursiva, de matérias pertinentes (segundo o edital) à outra, impõe-se, ao Judiciário, sanar a ilegalidade (no legítimo espaço de censura a qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade ocorrente, trate-se de ato administrativo vinculado ou discricionário).***

***- Embargos infringentes parcialmente providos.***

## **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 maioria, dar parcial provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 19 de agosto de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Trata-se de embargos infringentes interpostos por ALISSON FABIANO ESTRELA BONFIM contra acórdão lavrado pela 4ª Turma deste egrégio Tribunal Regional Federal, onde os Desembargadores Federais LÁZARO GUIMARÃES e MARGARIDA CANTARELLI – aquele responsável pela lavratura do acórdão –, deram provimento à apelação da UNIÃO FEDERAL e à remessa oficial; o que fizeram ao descontentamento do voto proferido pelo eminente Desembargador Federal MARCELO NAVARRO, que, naquela assentada, restou vencido (daí o julgamento formado pela maioria, abrindo o ensejo para o manejo do presente instrumento recursal).

A matéria de fundo debatida desde a instância primária diz com a irresignação do Embargante/Autor com o tratamento que lhe fora

conferido ao ensejo de se submeter ao processo seletivo para o ingresso na carreira de Advogado da União, onde afirma ter havido desrespeito às regras do edital, quando, então, legítima a intervenção do Poder Judiciário para sanar o defeito apontado.

Informa o Embargante/Autor que as matérias do concurso teriam sido divididas em dois grupos. O primeiro abrangeria as disciplinas relacionadas aos ramos do Direito Constitucional, do Direito Administrativo, do Direito Econômico e Financeiro e do Direito Tributário; ao passo que o segundo, o do Direito Civil, do Direito Processual Civil, do Direito Penal, do Direito Processual Penal, do Direito do Trabalho e Processual do Trabalho, do Direito Comercial, do Direito da Seguridade Social e do Direito Internacional Privado.

O concurso contara com quatro etapas, cujas provas eram designadas de P1, que correspondeu à fase objetiva (primeira etapa), P2 e P3, ambas referentes à fase dissertativa do certame, também denominadas de provas discursivas, que representavam a segunda e a terceira etapa, e a P4, última etapa, a qual remonta à avaliação de títulos.

A tese defendida pelo Embargante/Autor, nesta sede processual (e também ao longo de todo o processo), é a de que, na segunda etapa (P2), teria a Banca Examinadora desrespeitado o Edital do certame. Esse desatendimento às regras editalícias, segundo afirma, consistira no seguinte: as provas discursivas (ou dissertativas), a P2 e a P3, teriam um grupo de matérias pré-definidas a serem cobrados (= abordados). Haveria o edital estabelecido que, na prova P2, ou seja: na segunda etapa do certame, somente seriam abordadas questões que dissessem respeito às matérias abrangidas pelo grupo um (acima referido), que seriam aquelas que se identificassem com o Direito Constitucional, Administrativo, Econômico e Financeiro ou Tributário; ao tempo que a P3 teria por objeto de avaliação as matérias pertinentes ao grupo dois, portanto o Direito Civil, o Processual Civil, o Penal, o Processual Penal, o Trabalho e Processual do Trabalho, o Comercial, o Direito da Seguridade Social e o Direito Internacional Privado. Só que (ainda segundo o Autor/Embargante) exatamente essa “divisão de tarefa” teria sido desobservada pela Banca Examinadora, quando, na prova

P2 (na segunda fase, portanto), haveria abordado matérias estranhas àquelas as quais o edital pré-estabelecera. Ou seja, as questões 01, 02 e 03 da prova P2 teriam aludido matéria pertinente ao Direito Civil e ao Direito Internacional.

Impende-se seja relatado, porque importante e pertinente, que, em provas dessa natureza – o que não discrepou a realizada no certame em foco (edital, item n. 17.17.1) –, é permitido, ao candidato, levar consigo a legislação pertinente à matéria a ser-lhe cobrada. Ademais, há, ainda, outra informação relevante, qual seja: a de que as provas são realizadas em dias diversos; quando menos, em horários distintos, uma pela manhã; outra, à tarde (v. edital, item n° 6.2.1).

A *res in iudicium deducta* fora, em primeiro grau, julgada procedente, garantindo, portanto, a anulação das questões impugnadas e a atribuição do ponto ao Embargante/Autor. Daí o recurso da União e regular remessa oficial, que contaram, aqui neste egrégio Tribunal, com entendimento divergente. Divergente porque contrário ao que firmado em primeiro grau, e também divergente porque não uníssono na Turma, porquanto contara com voz dissonante: a do eminente Desembargador Federal MARCELO NAVARRO, que entendia por manter a sentença recorrida pelos seus próprios fundamentos, por entender que a questão seria de legalidade, hábil, portanto, a legitimar a intervenção judicial da espécie.

O acórdão ora recorrido restou assim ementado, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. PRELIMINARES REJEITADAS. PROVAS SUBJETIVAS. IMPOSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO SUBSTITUIR-SE À BANCA EXAMINADORA DE CONCURSO.

1. Análise da preliminar referente à tutela antecipada, concedida em sede de embargos de declaração, prejudicada, em face do julgamento do agravo de instrumento.

2. A ausência de procedimento administrativo não obsta a apreciação pelo Poder Judiciário.

3. A simples pretensão de participação em etapa de concurso público não enseja a necessidade da presença de candidatos aprovados no mesmo na condição de litisconsorte necessário.

4. Impossibilidade do Poder Judiciário reexaminar critérios de correção de provas de banca examinadora.
5. Não configuração de aceitação tácita da sentença, tendo em vista o duplo grau obrigatório.
6. Apelações e remessa oficial providas.

Em função da alteração da postura do Poder Judiciário ao diante de sua pretensão em juízo deduzida, ALISSON FABIANO ESTRELA BONFIM interpõe agora os competentes embargos infringentes, por meio do qual requer, ao plenário desta Corte Regional Federal, seja reformado o aresto combatido – no limite da divergência – e, com isso, faça prevalecer a compreensão sobre o caso esposado pelo voto vencido.

Contra-razões apresentadas (fls. 539/541).

É o relatório.

## **VOTO**

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

Antes sequer de adentrar na questão prejudicial ao exame da pretensão em juízo deduzida, qual seja: a de se pretender, ou não, na via judicial, invadir o mérito do ato administrativo, fazendo com que a discricionariedade da Administração Pública seja substituída pela do Poder Judiciário, hipótese típica de ofensa direta e inadmissível ao postulado constitucional da separação dos Poderes da República (cf. CF/88, art. 2º), é preciso registrar a posição restritiva que guardo sobre a matéria, não admitindo seja legítimo, ao Judiciário, intervir senão nas hipóteses – excepcionais, diga-se de passagem – de afronta direta ao edital, à lei ou à Constituição da República.

E continuo a desse modo pensar.

A discricionariedade, cuja própria lei confere ou defere à Administração Pública, decorre exatamente da limitação humana de prever (ou antever) qual a melhor postura a ser tomada em tal ou qual caso (quando este se puser na realidade concreta da vida),

deferindo, destarte, ao administrador, certa<sup>1</sup> liberdade de avaliação. Como poderia a lei, de modo prévio e antecipado (como, de certo, é de sua própria natureza, prever possíveis e futuras situações da vida, quando só então virá a incidir), definir, por exemplo, quem faria jus ao porte de arma? O deferimento deste é constituído mediante típico ato discricionário, quando, ao diante do caso concreto, a Administração Pública compreende por bem deferir o direito, ou não. Certamente seria impossível, à lei, descrever todas as hipóteses possíveis em que alguém não tem condições de portar uma arma. Por mais que a lei se esforce, definindo idade mínima, exames de tal ou qual natureza, aptidão técnica, comprovação de antecedentes criminais... haverá sempre um grau de liberdade a ser conferido ao administrador para que ele, diante do caso concreto, possa bem avaliar, discricionariamente, ser mais indicado deferir ou não a concessão do porte. E, aí, indeferido neste espaço de discricionariedade, não caberá ao Poder Judiciário intervir, porquanto a sua postura seria tão discricionária quando a que fora, pela Administração, originalmente tomada. Haveria, desta forma, sobreposição da discricionariedade de um Poder sobre a do outro, em flagrante ofensa ao postulado da separação dos poderes (CF/88, art. 2º).

Essa nota de ordem técnica põe em evidência o papel do Judiciário em questões dessa natureza (controle jurisdicional do ato administrativo discricionário) e denota que a postura mais adequada é, sim, a mais restritiva, sem que isso queira significar que deve ele (o Judiciário) abster-se de julgar quando a questão efetivamente tratada seja atinente à legalidade do ato administrativo.

Em tais questões trazidas ao Poder Judiciário, o caminho a ser trilhado é balizado por dois princípios da magnitude constitucional: (1) o da Separação dos Poderes (CF/88, art. 2º) e (2) o da inafastabilidade da jurisdição (CF/88, art. 5º, inciso XXXV). Se in-

---

<sup>1</sup> Diz-se “certa liberdade” na pretensão de bem evidenciar que essa liberdade não é desmedida, desgarrada do ordenamento positivo ou insujeita censura de qualquer ordem. Não. Não se n'uma carta em branco para que o administrador faça o que quiser. Não novamente. Há sim limites. E o limite é a própria lei e a Constituição.



vade o mérito administrativo, o Judiciário malferir o primeiro; se, d'outra banda, nega a tutela efetiva ao fundamento de a questão ser de mérito administrativo, quando não seja, senão de legalidade, estará a infringir o segundo preceito. Daí porque deve-se bem divisar as fronteiras do cognominado mérito administrativo, para que nenhum princípio fundamental assegurado seja desobservado.

Para além desses pontos de ordem técnica, outro de viés empírico irrompe-se quando a sindicabilidade do ato administrativo discricionário dá-se no seio de um concurso público: o término do certame. A intervenção desmedida ou não criteriosa do Poder Judiciário, daquelas que não sabem bem apartar as fronteiras da legítima intervenção, bem designando os limites impostos pelo mérito administrativo, sobre serem censuráveis e inconstitucionais, ainda podem implicar grave prejuízo à Administração Pública e para os candidatos que podem ver o concurso submetido a uma outra fase (e de modo corriqueiro): a judicial. Esse dado conduz, mais uma vez, à ideia de que, ao Judiciário, somente haverá espaço para intervir quando, de modo excepcional, a matéria trazida diga com a legalidade (esta a ser interpretada de modo a abranger as regras dispostas no edital) ou constitucionalidade. Agora, conquanto, ao Judiciário, só haja este espaço para atuar legitimamente, sendo-lhe absolutamente defeso intervir na seara concernente ao mérito administrativo, nos limites da legalidade ou constitucionalidade do debate é dever seu atuar, sob pena de, sobre negar a tutela jurisdicional devida, condescender com eventual desvio de finalidade (ou até fraude por direcionamento) no certame. Imagine-se que sejam estabelecidas quais as matérias a serem cobradas no certame (isso, só por si, tem o propósito de atender aos princípios da isonomia e da publicidade), mas, ao tempo da realização das provas, insira-se outra dada matéria, numa questão, estranha àquelas previamente definidas. A pretensão que consista em querer anular essa questão diz com o mérito administrativo? Desenganadamente, não. Observe-se bem: a questão é puramente de legalidade e constitucionalidade. Legalidade porquanto o edital funciona como o balizador do concurso público; é a lei do certame. Desobservá-lo implica ofensa passível de ser sindicada pelo Poder Judiciário. Isso porque, à Administração Pública, é conferido o

direito de, livremente, eleger qual conteúdo (= objeto)<sup>2</sup> do ato administrativo discricionário – no caso, as matérias previstas no edital –, mas uma vez feita a escolha, submete-se a ela; vincula a si própria. Daí que, discriminado o rol de matérias, a esse rol põe-se presa. Extrapolá-la implica malferir o edital e, por isso, a legalidade do concurso público.

É exatamente nesse tom que se põem os limites da demanda ora em exame. É, sim, um caso de exceção.

Aqui, portanto, faz-se de rigor apresentar o segundo ponto da decisão, o de que a demanda versa sobre legalidade, e não sobre indevida e censurável investida contra o mérito do ato administrativo, a caracterizar maltrato ao princípio da separação dos poderes (CF/88, Art. 2º). Isso, contudo, não quer significar tenha o Autor/Embargante direito ao que em juízo deduz, pois isso dependerá do cotejo procedido entre as provas carreadas aos autos com as afirmações que foram, desde o início, formuladas. O certo é que afirmar ter sido o edital do certame desatendido (e que o fora de modo escancarado) é questão pertinente à legalidade.

Com efeito, antes mesmo de melhor evidenciar tratar-se a hipótese em tela de debate quanto à legalidade, não de mérito administrativo, impõe-se seja dito a que serve a discricionariedade, de modo pontual aos concursos públicos ou mesmo genericamente. Deve-se pôr claro que a discricionariedade do ato administrativo (propriamente poder discricionário) serve (ou melhor: é serva) da finalidade do ato administrativo. É exatamente porque não se pode, de forma prévia, antever qual a postura que melhor presta-se (ou

---

<sup>2</sup> Diz Hely Lopes Meirelles: “*Enquanto ao praticar o ato administrativo vinculado a autoridade está presa à lei em todos os seus elementos (competência, motivo, objeto, finalidade e forma), no praticar o ato discricionário é livre (dentro de opções que a própria lei prevê) quanto à escolha dos motivos (oportunidade e conveniência) e do objeto (conteúdo). Entre praticar o ato ou dele se abster, entre praticá-lo com este ou aquele conteúdo (p. ex.: advertir apenas, ou proibir), ela é discricionária. Porém, no que concerne à conveniência, à finalidade e à forma do ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro.*” (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 28ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 166.)

prestará) a atender a finalidade do ato que confere, ao administrador, esse campo de liberdade, para que, ao depois, quando venha ele a deparar-se com a realidade do caso concreto, possa tomar a postura que melhor conforme-se com a finalidade do ato. Não é por outra razão que, quando evidente que o ato em tudo discrepou de sua finalidade, legítimo também se faz a intervenção judicial.

É lapidar, neste sentido, a lição de Celso Antônio Bandeira de Melo, *in verbis*:

13. Esta forma é exatamente a de disciplinar certa matéria sem manietar o administrador. Isto porque a lei pretende que seja adotada *em cada caso concreto* unicamente a providência que capaz de atender com precisão à finalidade que a inspirou.

Deveras, a regra de Direito, como é obvio, pretende sempre e sempre a medida capaz de atender excelentemente ao interesse público. Ora, dada a multiplicidade e variedade de situações fáticas possíveis de ocorrerem – as quais serão distintas entre si pelas circunstâncias que as envolvem e pela coloração que tenham –, é preciso que o agente possa, em *consideração à fisionomia própria de cada qual*, proceder à eleição da medida idônea para atingir de modo perfeito o objetivo da regra aplicada.

(...)

14. Estas considerações, conquanto óbvias, permitem extrair conclusões importantíssimas que, todavia, surpreendentemente, não têm sido encarecidas pela doutrina, apesar das notáveis repercussões que têm em matéria de controle jurisdicional de atos praticados a título de discricção administrativa.

(...)

c) Para ter-se como liso o ato não basta que o agente alegue que operou no exercício de discricção, isto é, dentro do campo de alternativas que a lei lhe abria. O juiz poderá, a instâncias da parte e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar, em exame de razoabilidade, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das possibilidades em abstrato abertas pela lei, revelou-se, *in concreto*, respeitoso das circunstâncias do caso e deferente para com a finalidade da norma aplicada. Em conseqüência desta avaliação, o Judiciário poderá concluir, em despeito de estar em pauta providência

tomada com apoio em regra outorgadora de discricção, que, naquele caso específico submetido a seu crivo, a toda evidência a providência tomada era incabível, dadas as circunstâncias presentes e a finalidade que animava a lei invocada. Ou seja, o mero fato de a lei, em tese, comportar o comportamento profligado em juízo não seria razão bastante para assegurar-lhe legitimamente e imunizá-lo da censura judicial.

15. Não se suponha que haveria nisto invasão do chamado mérito do ato, ou seja, do legítimo juízo que o administrador, nos casos de discricção, deve exercer sobre a conveniência ou oportunidade de certa medida. Deveras, casos haverá em que, para além de dúvidas ou entredúvidas, qualquer sujeito de inteligência normal, razoável, poderá depreender (e assim também, *a fortiori*, o Judiciário) que, apesar de a lei haver contemplado discricção, em face de seus próprios termos e da finalidade que lhe presidiu a existência, a situação ocorrida não comportava senão uma determinada providência ou, mesmo comportando mais de uma, certamente não era a que foi tomada. Em situações quejandas, a censura judicial não implica invasão do mérito do ato.

No concurso público, a eleição das matérias é animada com o mesmo espírito: o de bem servir à finalidade do ato administrativo, que, *in casu*, é o de selecionar o candidato mais bem preparado para o exercício do cargo. O mais capacitado – ressalte-se – dentre todos quantos em igualdade de condições estejam, e a desatenção às matérias previamente definidas no edital fatura essa igualdade tão desejável e salutar. A desobservância às matérias previamente estabelecidas, vindo a, no momento da prova, outras cobrar, atenta (ainda) contra a finalidade do ato administrativo, porquanto os concorrentes não mais se encontram em situação de igualdade e, aí, a busca do melhor (futuro) servidor, ou o mais bem preparado para o exercício do mister, estará seriamente comprometida. Basta que, a tanto, advertida ou inadvertidamente, alguém ou alguns tragam, para prova, a legislação pertinente não ao grupo de matérias previstas no edital para aquele instante, mas a outras, e que a resposta possa ser alcançada com o auxílio desta ferramenta. A isonomia e a finalidade do concurso público terá sido contaminada.

Especificamente quanto ao caso em tela – conquanto isto certamente já tenha sido, a essa altura, evidenciado –, a demanda impõe as balizas frente ao edital do concurso público, porquanto se afirma ter sido desatendida regra expressa do edital. Isso é questão que diz com a legalidade e passível de censura pelo Poder Judiciário, legitimamente. Sustenta-se (como consta do relatório) que foram cobradas matérias estranhas ao que previa o edital, ao menos para aquele instante; para aquela prova. Imagine-se quão grave é ver o candidato surpreendido com avaliação para a qual não fora previamente cientificado. Sobre ser censurável, é, ademais, ilegal. E não há como disso tergiversar.

Como igualmente já restou figurado no exemplo acima, ao se eleger quais as matérias que serão objeto do exame, a Administração o faz no âmbito de sua livre escolha. Trata-se da eleição do conteúdo do ato administrativo. Só que, no instante em que define qual será esse conteúdo, sujeita-se a sua escolha, podendo, inclusive, vê-la controlada pelo Poder Judiciário.

Mas é preciso, desde já, deixar registrado: é absolutamente impossível atribuir-se os pontos a um dos candidatos (apenas). A ilegalidade deu-se em desfavor de todos. Isso porque a ilegalidade apontada deu-se de modo prévio: ao tempo da elaboração das questões, quando se o fizera em modo desconforme ao que preceituava o edital do certame.

Resolvido o ponto atinente à divergência formada no seio da 4ª Turma, o que se faz em prol da posição divergente, leia-se: a questão escancaradamente não é de mérito administrativo, senão de legalidade estrita, põe-se o Plenário desta Corte Regional diante do seguinte problema: (1) Ou devolve os autos para a Turma, para que aquele órgão avalie as provas e conclua ter, ou não, havido a afirmada ilegalidade (*in concreto*), o que somente se poderá compreender mediante o exame do conteúdo das questões e o seu cotejo com o edital; (2) ou, d'outra banda, em atenção aos princípios da economia e celeridade processual, bem assim em respeito ao postulado fundamental da efetividade da jurisdição (cf. CF/88, art. 5º, inc. LXXVIII), submete a questão, de logo, ao crivo deste órgão Plenário. Sou sempre pela segunda posição, pois não bastassem os princípios legitimadores desta postura, o órgão Ple-

no tem poder inclusive de revisão sobre os (alguns) julgados das Turmas, e, ademais disso, compõe-se com integralidade dos membros do Tribunal, o que não só confere maior foro de legitimidade à decisão, como também expressa o real modo de pensar desta Casa Regional de Justiça.

A ilegalidade (consoante já relatado) ter-se-ia dado quando, ao ensejo da realização da prova para o provimento do cargo de Advogado da União, a Fundação Universidade de Brasília, teria cobrado, na prova discursiva P2, nas questões 01, 02 e 03, matérias estranhas ao edital (nos estritos moldes do exemplo antes figurado).

É, pois, o momento de se examinar quais as regras dispostas no edital (ou o que o edital dizia a esse respeito) e qual as matérias abordadas nas questões cobradas dos candidatos. Veja-se bem, não se está a corrigir a prova deste ou daquele candidato, está-se a cotejar a observância, ou não, das regras previamente definidas no edital do certame.

Inicialmente, registre-se a regra que do edital consta (no que pertine à demanda). No item 6 (“Das Provas”), há a seguinte regra, *in verbis*:

6.1 Serão aplicadas prova objetiva e prova discursiva, abrangendo os objetos de avaliação constantes deste edital, e, ainda, avaliação de títulos, conforme o quadro a seguir.

(...)

6.2.1 A prova discursiva (P2) terá duração de 3 horas e 30 minutos e será aplicada no dia 5 de março de 2006, no período da manhã. A prova discursiva (P3) terá duração de 3 horas e 30 minutos e será aplicada no dia 5 de março de 2006, no período da tarde.

Percebe-se, da leitura do fragmento do edital acima, que as provas discursivas (P2) e (P3) não seriam realizadas apenas em turnos diversos, mas também abordariam (ou deveriam abordar) áreas do conhecimento distintas, razão por que o candidato deveria levar a legislação pertinente para cada uma das provas. Daí que o descumprimento deste preceito do edital (tenha ele havido de fato, o que requer o exame do conteúdo das questões) implicaria em grave prejuízo aos candidatos, bem assim a própria isonomia do certame.

Na prova discursiva (P2), constariam apenas os assuntos relacionados ao “Grupo I”; ao passo que na prova discursiva (P3), cairiam os assuntos relacionados apenas ao “Grupo II”.

Essa é a premissa maior e põe-se, frente à regra do edital, como absolutamente certa. Disso não há divergência. Impõe-se, enfim, o exame das questões da prova P2 para que se possa concluir ter havido, ou não, a aventada ilegalidade.

Essa descoberta é fácil; pois, do exame puro e simples dos documentos de fls. 57/59, os quais trazem aos autos o conteúdo das questões impugnadas, pode-se extrair a conclusão (*a ratio decidendi*) perseguida.

Eis o inteiro teor das questões, *in verbis*:

#### **Questão 1**

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) sempre foi de fundamental importância, por oferecer uma solução quase que perfeita para os casos, cada vez mais freqüentes, de utilização da personalidade jurídica de modo contrário a sua função e aos princípios que regem o ordenamento jurídico pátrio. Tal teoria é um meio bastante eficaz para impedir o divórcio entre o direito e a realidade, pois permite ignorar os efeitos da personalidade jurídica em todos aqueles casos em que o respeito a ela levaria a soluções contrárias a sua função e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico.

Considerando que o texto acima tem caráter unicamente motivador, redija um texto que expresse a idéia consagrada no Código Civil relativamente à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, comentando, também, outros textos legais preexistentes ao Código Civil (como a Consolidação das Leis do Trabalho, o Código Tributário Nacional e o Código de Defesa do Consumidor) no que concerne a essa teoria.

#### **Questão 2**

O título de crédito, também conhecido como papagaio, cártula, título de apresentação, efeito comercial ou, simplesmente, título de crédito, é documento formal capaz de realizar imediatamente o valor nele contido e necessário ao exercício do seu direito literal e autônomo nele mencionado. Ou, ainda, é o documento representativo de uma

obrigação pecuniária.

Os títulos de crédito, quanto não prescritos, devem vir acostados à petição inicial da ação cambial executiva. Eles são títulos executivos extrajudiciais, conforme o Código de Processo Civil, artigo 585 – Do Título Executivo Extrajudicial: “São títulos executivos extrajudiciais: I – a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque”.

Vivante enriqueceu o conceito de título de crédito, destacando os elementos autonomia e literalidade.

O novo Código Civil acatou o conceito de Vivante ao afirmar que o título de crédito, documento necessário ao exercício literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei.

Considerando que o texto acima tem caráter unicamente motivador, redija um texto que expresse a idéia consagrada no Código Civil, comentando as características principais dos títulos de crédito, que são a literalidade, a abstração, a autonomia (que são características comuns a quase todos os títulos), bem como determinando qual das características, e por que, garante a inoponibilidade das exceções ao terceiro de boa-fé.

### **Questão 3**

Considera-se estrangeiro a pessoa que tenha nascido fora do território nacional, mas que não tenha adquirido a nacionalidade brasileira nas condições autorizadas pela Constituição Federal. Os estrangeiros residentes integram o conceito de população, convivendo com os nacionais, e estão integrados ao contexto jurídico interno, devendo submeter-se às normas brasileiras, o mesmo aplicando-se aos não-residentes, ressalvadas algumas situações.

A eventual rejeição das leis brasileiras pelo estrangeiro, ou sua entrada no país em desconformidade com as leis, autoriza que se promova, de maneira coativa, a retirada do estrangeiro, seja este naturalizado ou não.

Em face do assunto tratado no texto acima, redija um texto dissertativo que descreva sucintamente os institutos jurídicos que orientam e disciplinam o afastamento coativo de estrangeiros do território brasileiro.

É evidente, a olhos desarmados, que as questões 01 e 02 da prova discursiva P2 extravasaram os limites impostos pelo edital



do certame, porquanto a matéria nelas versada é eminentemente de Direito Civil, quando, no edital, dizia-se que tal matéria seria própria da prova discursiva P3, e não na prova discursiva P2, como fora feito; e porque assim o fora, violou a regra definida no edital, incidindo numa ilegalidade flagrante, daí porque passível controle pelo Poder Judiciário. Diversamente penso quanto à questão 03. Esta, a meu juízo, enquadra-se nos limites do Direito Constitucional, matéria esta pertinente à prova discursiva P2 porque assim previa o edital do certame (como acima transcrito).

Demais de tudo quanto aqui já se disse, impõe-se – porque importante – algo mais a dizer. Deve-se registrar que a 1ª Turma deste Tribunal Regional Federal, em votação unânime, noutro processo, mas pertinente a este mesmo concurso público para Advogado da União, de modo absolutamente idêntico (porque compreendeu por manter a sentença de primeiro grau que anulava as duas primeiras questões da prova P2), chegou à mesma conclusão a que aqui se chega, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. PROVA SUBJETIVA. QUESTÃO DISCURSIVA. ÁREA DE CONHECIMENTO DIVERGENTE AO ESTABELECIDO NO EDITAL. INOBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. CONTROLE DO JUDICIÁRIO.

I - A simples pretensão de participação em etapa de concurso público não enseja a necessidade da presença de candidatos aprovados no mesmo na condição de litisconsorte necessário (Precedente. STJ, MS 8205, DJ: 12/09/2005, p. 205, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima). Não haverá, no presente caso, imediata interferência na esfera jurídica dos demais candidatos, que venha a causar-lhes qualquer prejuízo individual no certame.

II - Em todo concurso público, deve-se sempre observar rigorosamente os termos elencados no edital, a fim de que sejam preservados a lisura no processo seletivo e os princípios que norteiam a administração pública.

III - A competência do Poder Judiciário com relação ao controle dos atos advindo de concurso público é limitada ao exame da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do certame.

IV - No presente concurso público para cargo de Advogado da União, as questões discursivas apresentadas abordaram disciplinas distintas da estabelecida no Edital, situação que prejudicou as autoras, já que as mesmas não levaram legislação pertinente às matérias tratadas, e a consulta não comentada ou em separata era permitida.

V - Apelações e Remessa Oficial improvidas. (TRF 5ª Região, AC 407500, 1ª Turma, rel. Desembargador Federal Francisco Wildo Dantas, j. em 22 de março de 2007, DJU 27/04/2007, seção II, p. 841/926).

Identificados e resolvidos todos os pontos controvertidos deste processo, há de se externar, ademais, as conseqüências decorrentes deste julgado; aquelas advindas da anulação das questões. Sim, porque, a questão é de quem sofrerá os efeitos práticos decorrentes desta decisão, o autor/embargante ou todos os demais candidatos?

É o típico caso de litisconsórcio unitário<sup>3</sup> passivo. Daí porque a decisão impõe seja de modo único para todos os litisconsortes. Mas, aí, levantar-se-á a questão: e se sequer formação de litisconsorte houve? É que, no caso, penso que seria a hipótese de litisconsórcio também necessário, mas essa questão restou preclusa, porquanto a Turma debruçou-se sobre a matéria e compreendeu, em votação unânime e, mercê disso, não devolvida ao Pleno, não ser a hipótese de litisconsórcio necessário.

---

<sup>3</sup> Unitário porque a decisão impõe seja dada de modo uniforme a todos quanto venham a figurar na relação jurídico-processual. No plano conceitual, litisconsórcio necessário distingue-se do litisconsórcio unitário. Os conceitos põem-se em planos diversos. A necessidade da formação do consórcio de partes é algo que antecede a decisão, e diz com a formação propriamente da relação subjetiva processual. Já a unitariedade do litisconsórcio tem pertinência com o modo pelo qual a decisão irá (ou poderá) apresentar-se diante das partes, se de um modo único para todas, ou se há a possibilidade de que venha a decidir de um modo para um, e de outro para os demais. Estão em planos temporais também diversos. Com efeito, não raras vezes, os conceitos caminham de modo imbricado. É o que ocorre quando o litisconsórcio unitário irrompe-se no seio do pólo passivo, quando, então, ter-se-á quase que uma regra absoluta: o litisconsórcio será também necessário. Haverá um litisconsórcio passivo unitário necessário.

A despeito de que tenha a matéria do litisconsórcio restado preclusa, não há como compreender possa haver a anulação para um e não para os demais. É o clássico exemplo de quando se pretende seja anulada uma assembléia geral de uma sociedade anônima. Não se concebe possa ser a deliberação da assembléia geral anulada para uns e não para outros. Ainda quando apenas um dos sócios venha a ingressar em juízo visando à desconstituição do que decidido na assembléia (e aqui o litisconsórcio do pólo ativo conquanto unitário é facultativo, porquanto não se pode impingir ninguém a litigar, de modo coativo), a decisão espraie os seus efeitos para além da esfera jurídica dos litigantes, alcançados aqueles que guardem qualquer relação com o direito material em juízo debatido (os demais sócios). Isso dá-se – em exata simetria com a hipótese versada nestes autos, onde os efeitos da decisão há de alcançar os demais concorrentes – ainda que não tenham figurado como partes do processo em tela. Não constitui exagero lembrar que a “sentença” (*latu sensu*) possui efeitos reflexos e, por isso, as conseqüências dela decorrentes podem alcançar inclusive pessoas que não integrem a relação jurídica de direito material debatida em juízo. Disso tem-se a prova nos casos de ação de despejo em que a sentença alcança o sublocatário (porque este é quem, na realidade da vida, vem a ser de fato despejado), que sequer relação jurídica alguma – máxime de direito material – guarda com o locador. Daí que, no caso em tela, sobre tratar-se de hipótese de litisconsórcio unitário (e isso não foi objeto de abordagem na Turma, senão apenas a questão da necessidade da formação do consórcio de partes no pólo passivo) – que independe de sua composição formal no seio do processo –, os efeitos da decisão não têm como se restringir (= ater-se) à esfera jurídica do litigante, ou apenas de um litigante. Seria o judiciário fechar os olhos para escancarada injustiça; quando não tivesse ele próprio a compor a injustiça do caso concreto.

É, pois, o caso de, a todos, estender a pontuação respectiva.

Mercê do exposto, dou parcial provimento aos embargos infringentes para anular as questões 01 e 02 da prova discursiva P2 do processo seletivo para o provimento do cargo de Advogado da União realizado sob os auspícios do Edital nº 01/2005.

É como voto.

## **HABEAS CORPUS Nº 3.611-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA  
Impetrante: DR. LEONARDO BRUNO MACIEL DE ARAUJO CRUZ  
Impetrado: JUÍZO DA 2ª VARA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE  
Paciente: GILENO MOREIRA DO NASCIMENTO

**EMENTA: HABEAS CORPUS. RESISTÊNCIA A CUMPRIMENTO DE MANDADO JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO. ÚNICO DISPARO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA QUE DEMONSTRE A TRAJETÓRIA DE ÚNICO PROJÉTEL DISPARADO. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONDIÇÕES FAVORÁVEIS AO PACIENTE. ORDEM CONCEDIDA. LIBERDADE PROVISÓRIA SOB TERMO DE COMPARECIMENTO AOS ATOS PROCESSUAIS. ARTIGO 310 DO CPP.**

**- O decreto de custódia preventiva exige o atendimento do preconizado no artigo 312 do Código de Processo Penal, mediante a exposição de motivos concretos a indicar a necessidade da cautela.**

**- Não configurado elemento suficiente a justificar a preventiva do paciente, de sorte a indicar de sua parte ameaça à aplicação da lei penal. Na descrição de sua conduta, o paciente teria efetuado único disparo de arma de fogo, que continha mais munição, contra policiais federais. Não realizada perícia técnica que indicasse a trajetória do projétil, sendo fato que nenhum policial federal foi atingido pelo disparo, havendo controvérsia, nos depoimentos prestados, quanto à direção tomada pelo disparo.**

**- Impossibilidade de se presumir como tentativa de homicídio capaz de justificar a custódia cautelar, mormente se o agir do paciente possa**

**configurar, ao menos em tese, o tipo penal de resistência.**

**- Manifestas condições pessoais favoráveis do paciente, não oferecendo ameaça à aplicação da lei penal.**

**- Parecer ministerial acolhido.**

**- Ordem de habeas corpus concedida, mediante assinatura de termo de comparecimento a todos os atos do processo.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, conceder a ordem de *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, 30 de junho de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Leonardo Bruno Maciel de Araújo da Cruz em favor de GILENO MOREIRA DO NASCIMENTO, sendo apontado como autoridade coatora, nos autos da Ação Penal 2009.84.00.004300-4, o Juiz Federal da 2ª Vara do Rio Grande do Norte.

Em síntese, alega o impetrante constrangimento ilegal, em face da decisão que denegou o pedido para revogar a prisão preventiva do paciente, ao argumento de se encontrarem presentes pressupostos legais para a concessão do pleito de mérito deste *writ*.

Do manuseio dos autos revela-se que o paciente foi preso em flagrante, em sua residência, às 4:30h, do dia 22 de maio do corrente ano, por agentes da Polícia Federal, que estavam em cumprimento a mandado de busca e apreensão expedido pelo juízo da Vara Criminal da Comarca de Macaíba/RN, para investigação de fato vinculado a tráfico de drogas.

Em sua narrativa, acresce a impetração que, com base nos depoimentos colhidos no interrogatório, bem como das informações processuais, consta no inquérito policial que, no momento da prisão, encontrava-se o paciente com a família, sendo mulher e dois filhos em sua residência; todos estavam dormindo quando foram acordados com batidas na porta da casa por pessoas que gritavam pelo seu nome e ordenavam que o mesmo abrisse a porta. Encontrando-se atordoado com a situação, o paciente não teria percebido que se tratavam de policiais federais, em operação e munidos de mandados de busca e apreensão a fim de encontrar objetos ilícitos, mais especificamente drogas. Temeroso de que pudessem ser assaltantes aquelas pessoas, em tentativa de invadir a sua casa, o paciente, a princípio, se negou a abrir a porta; nesse ponto, alega que assim teria agido em vista de que, na noite anterior, teria sido avisado por um vizinho que alguns meliantes queriam roubar o seu estabelecimento comercial, vizinho a sua residência. Diante de tal situação, o paciente buscou em seu armário um velho revólver, que, alega, há anos não manuseava, no intuito de proteger-se e a sua família, literalmente apavorados com tal impasse, em vista da suposta invasão de sua casa. O paciente e sua família tentavam observar, “através das frestas das janelas, o que estava acontecendo, mas só viram pessoas de roupa preta e armadas, à frente do portão e do quintal da casa”. Assim, no calor da emoção, o paciente efetuou um único disparo de arma de fogo para o alto, a fim de amedrontar e afugentar as pessoas armadas que se aproximavam de sua casa, uma vez que só via pela janela pessoas armadas e de roupa preta tentando entrar na sua casa”. Em revide, diz a impetração, os policiais federais teriam atirado de 05 a 06 vezes em direção à janela da casa. Nesse momento, de poucos minutos passados, o paciente resolveu abrir a porta, por temer o pior. Ao reconhecer que, realmente, se tratavam de policiais federais, a esposa do paciente resolveu abrir a porta e os receber, não esboçando o paciente e seu filho qualquer reação à ordem, deitando-se no chão, e, após, indicando onde estava a arma de fogo que possuía o paciente.

Diz mais o impetrante que, consoante os termos do inquérito policial, após cessar a desordem e não havendo feridos, o paciente e o seu filho foram conduzidos à Delegacia da Polícia Federal e presos. Foi ele autuado e, preso em flagrante, incurso no artigo

121, c/c 14, inciso II, do Código Penal, e artigo 12 da Lei 10.826/2003. O seu filho foi liberado e responde pelo porte ilegal de arma. Diz constar dos depoimentos do inquirido que, mesmo após as buscas efetuadas pelos policiais federais, não foi encontrada nenhuma droga na casa do paciente e nos estabelecimentos comerciais deste e de seu filho.

O impetrante apregoa, sobremodo, que o paciente detém todos os requisitos legais para responder ao processo em liberdade, considerando haver indícios de inocência quanto à suposta conduta imputada. Aponta condições pessoais favoráveis ao paciente, como possuir ele bons antecedentes, ser primário, ter profissão definida e residência fixa, bem como, no caso da acusação de tentativa de homicídio, não teria havido reação à atuação dos policiais federais.

Pede, por fim, seja concedida a ordem de *habeas corpus*.

A inicial veio instruída com documentação necessária à análise do feito, coligidas às folhas 11 a 57, dentre os quais, por cópia, a decisão hostilizada, o auto de prisão em flagrante do paciente, e depoimentos dos policiais federais, a nota de culpa, o pedido de liberdade provisória e a decisão denegatória.

Indeferi a liminar, às folhas 61 e 62.

O magistrado *a quo* prestou as informações de folhas 67 a 73, restritas às considerações exaradas nas decisões hostilizadas, de que resultou a prisão preventiva imposta ao paciente.

O procurador regional da República, Dr. Sady D'Assumpção Torres Filho, em seu parecer de folhas 75 a 77, manifesta-se pela concessão da ordem, mediante a assinatura de termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação da liberdade provisória.

É o relatório, no essencial. Em mesa.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELLHA (Relator):

Como visto, contra o paciente pesa a acusação de suposta tentativa de homicídio, porque teria ele disparado único projétil de

arma de fogo na direção da equipe de policiais federais, em cumprimento de ordem judicial.

Ora, priorizei, por primeiro, a narrativa dos fatos, como se encontram na petição inicial, corroborada em todos termos pela farta documentação que a instrui, e também pelas informações do juiz e, principalmente, do opinativo do *Parquet*.

Analisei os autos com atenção devida, que o próprio caso requer, e chego à conclusão de que não há motivo suficiente a justificar a manutenção do decreto preventivo. Em que pesem os argumentos da decisão do douto juízo coator, não restou demonstrado elemento que justifique a prisão preventiva do paciente, com base em pudesse ele ameaçar a aplicação da lei penal durante a instrução criminal.

Somente em casos especialíssimos tenho reconhecido, na mesma linha de entendimento do parecer ministerial, que decisões, como o *decisum* atacado, por ausência de dados concretos, não demonstram a real necessidade da custódia preventiva, restando por negar ao preso o benefício da liberdade provisória.

Decerto, o instituto da prisão preventiva, espécie de prisão provisória, possui natureza tipicamente cautelar; visa a garantir a eficácia de um futuro provimento jurisdicional, o qual poderá tornar-se inútil em algumas hipóteses, se o acusado permanecer em liberdade até que haja um pronunciamento jurisdicional definitivo. O seu provimento, contudo, há que ser com base no poder geral de cautela do juiz, sob a estrita e objetiva observação, mediante a exposição de motivos certos e definidos a indicar a necessidade da medida, preconizada no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Sem dúvida alguma, mas sem qualquer incursão no mérito da ação principal, reconheço que o paciente agira, ao menos, inadvertidamente, ao resistir à ação dos policiais federais; como visto, eles teriam sido confundidos com outras pessoas. Doutra feita, registre-se, por outro lado, que sequer houve perícia técnica que indicasse a trajetória do projétil, nenhum policial foi atingido pelo disparo único; sobreleva-se dizer, ainda, que é controvertida, pelos depoimentos prestados, a direção do disparo, certeza não havendo se foi para o alto ou na direção dos policiais federais.



Daí a dúvida, ou mesmo presunção, de que o paciente teria agido intencionalmente.

Nesse sentido, eu adoto como razões de decidir o parecer do procurador regional da República, de que passo a transcrever, oportunamente, a sua ementa:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. RÉU PRESO. RESISTÊNCIA AO CUMPRIMENTO DE MANDADO JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITO NÃO VERIFICADO. MATERIALIDADE DA TENTATIVA DE HOMICÍDIO NÃO COMPROVADA. ÚNICO DISPARO DE ARMA DE FOGO CARREGADA COM MAIS MUNIÇÃO. TRAJETÓRIA DO PROJÉTLAINDA NÃO CONHECIDA. DISPARO CONTRA POLICIAIS FEDERAIS. PRESUNÇÃO INIVIÁVEL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. LIBERDADE PROVISÓRIA. TERMO DE COMPARECIMENTO AOS ATOS PROCESSUAIS.

- Há necessidade de decretação da prisão preventiva quando, havendo elementos indicativos da existência do crime e da autoria, o réu ou investigado, dentre outros motivos, tiver aptidão para ameaçar a aplicação da lei penal, a ordem pública e a verdade a ser buscada na instrução.

- A conduta do paciente de desferir um único disparo de arma de fogo, que continha mais munição, não estando comprovada a intenção de ferir os policiais federais pela trajetória do projétil, não pode ser presumida como tentativa de homicídio capaz de justificar a custódia cautelar, já que a atitude de tentar obstar o cumprimento do mandado de busca e apreensão configuraria a priori o tipo penal de resistência.

- Reunindo o paciente condições favoráveis, como residência fixa, ocupação lícita, primariedade e bons antecedentes, bem como não oferecendo ameaça à aplicação da lei penal, à ordem pública, à ordem econômica ou à instrução criminal, pode ser concedida a liberdade provisória, mediante a assinatura de termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. Art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

- Concessão da ordem.

Ante o exposto, concedo a ordem de *habeas corpus* ao paciente, para revogar a prisão preventiva, mediante assinatura de

termo de comparecimento a todos os atos do processo, nos termos previstos pelo artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

É o meu voto.

## **INQUÉRITO Nº 1.964-PB**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Indiciado: SEM INDICIADO  
Investigados: DINALDO MEDEIROS WANDERLEY, ANTÔNIO GOMES DE LACERDA FILHO, HERMANO MEDEIROS WANDERLEY, MANOEL DANTAS MONTEIRO  
Advs./Procs.: DR. BERNARDO VIDAL DOMINGUES DOS SANTOS E OUTRO (1º INVDO.), RAFAEL FARIAS LOUREIRO AMORIM (2º INVDO.) E JOSÉ MARCÍLIO BATISTA (3º E 4º INVDS.)  
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI

**EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. PRERROGATIVA DE FORO. DEPUTADO ESTADUAL. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67 E ART. 90 DA LEI Nº 8.666/93. DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS. CONSTRUÇÃO DE CASAS POPULARES. EXECUÇÃO INCOMPLETA DAS OBRAS. DESCUMPRIMENTO AO PROJETO. FRAUDE À LICITAÇÃO. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.**

**- Ação penal promovida contra ex-prefeito municipal, sócio-gerente de empresa de construção civil e dois membros de comissão permanente de licitação pela prática, pelos dois primeiros, do crime do art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67 (desvio de recursos públicos por prefeito) e de todos pelo crime do art. 90 da Lei nº 8.666/93 (fraude em licitação). Prerrogativa de foro privilegiado**

**em razão do ex-prefeito cumprir mandato de Deputado Estadual.**

**- A denúncia atende aos requisitos do art. 41 do CPP, sem que haja a inépcia alegada pelos denunciados. A hipótese acusatória do MPF é plenamente dedutível do texto, que contém a descrição de todos os elementos necessários à compreensão dos fatos imputados e posterior exercício da ampla defesa.**

**- Documentos trazidos aos autos revelam que, na execução de obras de habitação com recursos fornecidos pela FUNASA em convênio, a administração municipal construiu casas em número inferior ao planejado, embora tenha realizado pagamento integral e antecipado à empresa responsável.**

**- Evidência de desvio dos recursos públicos federais, estimados em R\$ 121.771,60 (cento e vinte e um mil, setecentos e setenta e um reais e sessenta centavos). Além disso, a denúncia determina de modo claro o modus operandi e as imputações a cada agente no âmbito de sua hipótese acusatória, o que atesta a plausibilidade para a instauração da ação e permite o exercício da defesa.**

**- No caso do art. 90 da Lei nº 8.666/93, há documentos que evidenciam a possibilidade de fraude, em face da aceitação de certidões de regularidade vencidas. Além dos membros da CPL municipal e do sócio-gerente da empresa beneficiada com o suposto esquema criminoso, o prefeito, enquanto gestor responsável pela homologação, pode ser responsabilizado penalmente.**

**- Precedentes do TRF/5ª Região.**

**- Recebimento da denúncia.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Inquérito, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargado-

res Federais do Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, em receber a denúncia, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 17 de junho de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI-  
Relatora

## **RELATÓRIO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de denúncia proposta pelo Ministério Público Federal contra Dinaldo Medeiros Wanderley (ex-prefeito municipal de Patos/PB e atualmente deputado estadual), Antônio Gomes de Lacerda Filho (sócio-gerente da Construtora AGL Ltda.), Hermano Medeiros Wanderley e Manoel Dantas Monteiro (ex-membros da comissão de licitação do Município), com prerrogativa de foro para o primeiro com atração dos demais, pela suposta prática dos crimes previstos no art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67 e no art. 90 da Lei nº 8.666/93.

A denúncia baseia-se nos seguintes elementos para a capitulação penal oferecida: a) em 2002, o então prefeito Dinaldo Medeiros Wanderley celebrou convênio com a FUNASA para a reconstrução de 229 (duzentos e vinte e nove) casas populares dentro do Programa para erradicação da Doença de Chagas, substituindo casas de “taipa” por construídas em alvenaria; b) do montante original do Convênio – R\$ 1.163.000,00 (hum milhão cento e sessenta e três mil reais), a autarquia depositou em favor do Município R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), em duas parcelas, a primeira de R\$ 387.666,66 (trezentos e oitenta e sete mil seiscentos e sessenta e seis reais e sessenta e seis centavos) e a segunda de R\$ 112.333,44 (cento e doze mil trezentos e trinta e três reais e quarenta e quatro centavos), o que seria suficiente para a construção de 88 (oitenta e oito) casas pelo valor unitário de R\$ 5.645,20 (cinco mil seiscentos e quarenta e cinco reais e vinte centavos) conforme Convênio e Plano de Trabalho apresentado e aprovado; c) todavia, o denunciado teria construído apenas 67 (sessenta e sete)

casas, por R\$ 7.690,95 (sete mil seiscentos e noventa reais e noventa e cinco centavos) cada, o que indicaria superfaturamento da obra e desvio de recursos públicos federais em favor da Construtora AGL Ltda., comandada por Antônio Gomes de Lacerda Filho; d) por outro lado, os codenunciados Hermano Medeiros Wanderley e Manoel Dantas Monteiro, membros da Comissão Permanente de Licitação, teriam favorecido o contrato do Município com a empresa no âmbito da Comissão, ao desconsiderar vícios formais no processo de tomada de contas, tais como certidões com prazo de validade vencido.

A partir desse itinerário fático, o MPF propõe a condenação de Dinaldo Medeiros Wanderley e Antônio Gomes de Lacerda Filho pelo crime do art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67 (apropriação ou desvio de recursos públicos por prefeito) e destes em coautoria com Hermano Medeiros Wanderley e Manoel Dantas Monteiro pelo crime do art. 90 da Lei nº 8.666/93 (fraude em procedimento licitatório).

Notificados para o oferecimento de defesa preliminar, todos os denunciados manifestaram-se.

Dinaldo Medeiros Wanderley (fls. 16/25) alega a inépcia da denúncia, pois a redação da peça formulada pelo MPF não permitiria a identificação da acusação nem do objeto das suposta conduta criminosa do art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67. Aduz, ainda, a natureza genérica da imputação do art. 90 da Lei nº 8.666/93, pois não haveria qualquer descrição sobre a conduta por ele perpetrada em coautoria com os codenunciados, membros da CPL do Município, o que ofenderia o art. 29 do CP. Por fim, sustenta a atipicidade da conduta e a inexistência de desvio de recursos em proveito de terceiros, pugnando pela rejeição da denúncia.

Hermano Medeiros Wanderley e Manoel Dantas Monteiro, por seu turno (fls. 28/37), reiteram a tese de inépcia da denúncia, desta feita sob o argumento de não vinculação entre as alegações do MPF e elementos pontuais dos autos. Aduzem, além disso, a correção do procedimento licitatório do qual participaram como membros da CPL municipal, bem como a ausência manifesta de dolo de fraude para a conduta imputada. Pedem, assim, a rejeição da denúncia quanto ao crime do art. 90 da Lei nº 8.666/93.

Por fim, Antônio Gomes de Lacerda Filho (fls. 56/64) refuta a imputação criminal por considerá-la genérica e de impossível compreensão, pelo que inexistiriam indícios do cometimento do crime do art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67. Por outro lado, sustenta a tese de não discriminação entre as hipóteses de autoria e participação, com violação ao art. 29 do CP. Ao final, apresenta argumentos de mérito pela atipicidade da conduta descrita como incurso no art. 90 da Lei nº 8.666/93, pois entende que a participação e vitória da Construtora AGL Ltda. no certame licitatório foi legítima.

Réplica pelo MPF às fls. 77/83, com preliminar de intempestividade da defesa dos denunciados Hermano Medeiros Wanderley e Manoel Dantas Monteiro e, no mérito, refutação de todos os argumentos defensivos.

É o relatório.

Inclua-se o feito em pauta para julgamento.

### **VOTO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Em sede de preliminar, o MPF alega a intempestividade da defesa do denunciado Hermano Medeiros Wanderley, protocolada em 14/10/2008 (fl. 28) quando a notificação fora cumprida em 28/07/2008 (fl. 14).

Apesar de reconhecer o decurso do tempo, a alegação se torna menos relevante pois a referida peça é relativa tanto a Hermano como ao denunciado Manoel Dantas Monteiro, cuja notificação sequer consta dos autos e contra o qual não chegou a correr o prazo do art. 4º da Lei nº 8.038/90. Face a essa situação, o desentranhamento da petição implicaria o cerceamento da defesa de Manoel Dantas Monteiro, além do que, como é sabido, a ausência de resposta prévia ao recebimento da denúncia não acarreta a revelia e seus efeitos. Não há, assim, como acolher a preliminar, sem causar prejuízo a uma das partes.

No mérito, ressalto que se aprecia neste momento o recebimento ou não da denúncia ofertada pelo MPF contra Dinaldo Medeiros Wanderley (ex-prefeito municipal de Patos/PB e atualmente

deputado estadual), Antônio Gomes de Lacerda Filho (sócio-gerente da Construtora AGL Ltda.), Hermano Medeiros Wanderley e Manoel Dantas Monteiro (ex-membros da comissão de licitação do Município), com prerrogativa de foro para o primeiro com atração dos demais, pela suposta prática dos crimes previstos no art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67 e no art. 90 da Lei nº 8.666/93.

Nesse contexto, observo em primeiro lugar, que o juízo ora efetuado tem cunho prelibatório e de simples reconhecimento dos elementos autorizativos da ação penal (dentre outros pressupostos, a materialidade e indícios de autoria); ou seja, não é cabível adentrar nos aspectos mais detalhados do caso para não incidirmos na antecipação de conclusões, ainda, neste momento temos que nos ater aos elementos colhidos, sendo que as questões mais profundas que concernem aos elementos subjetivos do tipo ou ao conhecimento de justificantes e exculpantes dependem do desenrolar da instrução processual.

Assim, passo a apreciar, dentro do grau de cognição sumária já delimitado, cada uma das imputações criminais afirmadas pelo MPF.

#### *Crime do art. 1º, I do Decreto-Lei nº 201/67*

A descrição legal da conduta é a seguinte:

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

I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;

(...)

§ 1º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos.

§ 2º A condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo, acarreta a perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular.

A capitulação foi imputada aos denunciados Dinaldo Medeiros Wanderley e Antônio Gomes de Lacerda Filho que, segundo o MPF, teriam operado a conduta típica no âmbito da execução do Convênio nº 225/2002, celebrado entre o Município de Patos/PB e a FUNASA com vistas à reconstrução de 229 (duzentos e vinte e nove) casas populares, dentro do Programa de combate à Doença de Chagas (substituindo casas de “taipa” por outras de alvenaria).

O MPF alega que, nos termos do Plano de Trabalho contido no convênio, o gestor municipal compromete-se a executar as reconstruções no valor unitário de R\$ 5.645,20 (cinco mil, seiscentos e quarenta e cinco reais e vinte centavos), pelo que a percepção de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) permitiria a realização de 88 (oitenta e oito) unidades, cada uma com área de 39,68m<sup>2</sup> e, na realidade, teria construído apenas 67 casas, com os pareceres decorrentes de “visitas técnicas” feitas pela FUNASA, os repasses teriam sido suspensos.

No entanto, o ex-prefeito e denunciado Dinaldo Medeiros Wanderley confirma que o montante de recursos foi integralmente usado na construção de apenas 67 (sessenta e sete) unidades ao custo de R\$ 7.690,95 (sete mil, seiscentos e noventa reais e noventa e cinco centavos), sendo tal alteração justificada pelo aumento nas dimensões dos imóveis – em lugar de casas com 39,68m<sup>2</sup>, teria ocorrido a reconstrução com uma área maior, de 54,12m<sup>2</sup>, em razão de um parecer do Setor Social da Prefeitura.

Em sentido contrário, o MPF rejeita a alegação e fundamenta sua denúncia em dois argumentos que, dentre outros, comprovariam a realização do elemento objetivo do tipo descrito no art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67: a) a alteração na execução não foi autorizada pela FUNASA (fl. 556 do apenso), pois para tanto seria necessário um Termo Aditivo ao Convênio alterando o seu objeto, o que não houve; b) em visita técnica, os funcionários daquela autarquia detectaram que as casas reconstruídas não tinham os mencionados 54,12m<sup>2</sup>, mas sim áreas que variariam entre 39,76m<sup>2</sup> e 46,90m<sup>2</sup>, média de 41 m<sup>2</sup>. (Fl. 553 do apenso).

A denúncia oferecida pela Procuradora Eliane Recena é muito clara e trago alguns seus trechos mais relevantes:



Do exame da fl. 35 do processo administrativo anexo constata-se que, do montante de R\$ 1.163.000,00 (um milhão, cento e sessenta e três mil reais) que a FUNASA comprometeu-se a transferir para o Município de Patos, foram creditadas, na conta daquele Município, duas parcelas: a primeira, no dia 11 de novembro de 2002, no valor de R\$ 387.666,66 (trezentos e oitenta e sete mil, seiscentos e sessenta e seis reais e sessenta e seis centavos) e a segunda, no dia 20 de julho de 2003, no valor de R\$ 112.333,34 (cento e doze mil, trezentos e trinta e três reais e trinta e quatro centavos), totalizando, assim, R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

**Tal quantia seria suficiente para reconstruir 88 casas uma vez que, consoante exposto pela FUNASA às fls. 556: “...De acordo com a planilha orçamentária apresentada no plano de trabalho, o valor unitário por casa construída é de R\$ 5.645,20 (cinco mil, seiscentos e quarenta e cinco reais e vinte centavos)”. Ocorre que, a despeito do *quantum* recebido, só foram reconstruídas 67 unidades habitacionais (fl. 553), 21 a menos que o devido, portanto.**

(...)

Necessário também é registrar que a AGL Construções Ltda., vencedora, como se observa à fl. 224, da licitação realizada para a reconstrução das unidades habitacionais objeto do Convênio, apresentou à Comissão de Licitação constituída para a citada obra, consoante se pode aferir à fl. 217, proposta de preços de acordo com a qual “...o valor da proposta por cada unidade é de R\$ 5.638,32 (cinco mil, seiscentos e trinta e oito reais e trinta e dois centavos)”, sendo esse outro motivo pelo qual não se mostra possível entender que outro teria sido o valor gasto na reconstrução de cada uma das citadas unidades.

(...)

**Por outro lado, no que se refere ao aumento da área das casas objeto do Convênio, tal como referido pelo primeiro denunciado, vê-se, dos autos, que, a despeito dessa alegação, a FUNASA, através da verificação *in loco*, feita por técnicos seus, constatou que algumas casas tinham até mesmo tamanho inferior ao que fora acordado no Convênio.**

(...)

**Assim, é que resulta patente, dos autos, haver o Sr. Dinaldo Medeiros desviado parte dos recursos recebidos da FUNASA, em benefício da AGL Construções Ltda., conforme veremos abaixo, conduta essa que se subsume ao tipo do artigo 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67, segundo o qual é crime de responsabilidade do Prefeito municipal “apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio”.**

Realmente, a FUNASA, no parecer nº 176/2005 retromencionado, também concluiu que o desvio dos recursos promovido pelo primeiro denunciado o teriam sido em benefício da empresa AGL Construções Ltda., pelo que determinou, inclusive, sua devolução, sob pena de cancelamento das transferências das parcelas restantes.

(...)

**Ou seja, vê-se que, além de não aplicar parte dos recursos conveniados recebidos na forma prevista, o primeiro denunciado os desviou em benefício de terceiros, ou seja, daquela empresa, e, por óbvio, com a indispensável participação do seu dirigente Antônio Gomes de Lacerda, que, malgrado haver recebido o montante integral de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), só executou o equivalente a parte da obra contratada. (Fls. 03/06 - sem grifos no original)**

A leitura da denúncia, com ênfase nos trechos ora transcritos, indica pela ausência da alegada inépcia em sua elaboração. Seu teor e apresentação estão em consonância com o art. 41 do CPP, pois há a exposição do suposto fato criminoso e de todas as suas circunstâncias, além dos demais requisitos.

Resta claro que, para o MPF, há uma diferença insuperável entre a quantidade de casas construídas e o montante de recursos, tendo em vista o contido no plano de trabalho e a afirmação, do parecer da FUNASA, pela inverdade quanto ao aumento de área útil individual para 54,12m<sup>2</sup>. Aí estaria a configuração objetiva dos recursos públicos desviados, cuja estimativa é de R\$ 121.771,60 (cento e vinte e um mil, setecentos e setenta e um reais e sessenta centavos), conforme o parecer já mencionado (fl. 556 do apenso). Ainda que haja discussão sobre esses fatos, indica-se a prova da materialidade para fins de recebimento da denúncia; a matéria alegada, contudo, poderá ser fartamente debatida ao longo do

processo, em especial com base nos resultados a serem obtidos da instrução.

Além disso, a denúncia determina de modo claro o *modus operandi* aceito na hipótese acusatória: sempre de acordo com os pareceres e visitas técnicas da FUNASA, o MPF sustenta que houve repasses dos recursos, por atuação do ex-prefeito Dinaldo Medeiros Wanderley, em favor da empresa gerida por Antônio Gomes de Lacerda Filho, sem relação com o montante executado. Há nos autos cópias dos cheques relativos ao pagamento à Construtora. Neste momento deixo até de apreciar a falta de fiscalização por parte da Prefeitura durante a execução das obras e a constatação pela FUNASA do descumprimento quanto à qualidade dos materiais empregados e a má construção. Cumpre-se, portanto, o requisito da identificação das imputações pessoais e da hipótese acusatória objetiva, o que permite a instauração de ação penal. Debatê-la para fora desses limites seria, como já afirmei, uma antecipação indevida de juízo meritório.

Esse entendimento baseia-se nos precedentes mais recentes do Pleno em ações análogas, conforme o seguinte exemplo:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. PRELIMINAR. NOTIFICAÇÃO REALIZADA DE MANEIRA VÁLIDA. REJEIÇÃO. DESVIO DE VERBAS ORIUNDAS DE CONVÊNIO E NÃO EXECUÇÃO INTEGRAL DAS OBRAS. INDÍCIOS RAZOÁVEIS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. RECEBIMENTO.

- A notificação prévia foi realizada de maneira válida e eficaz, não havendo que se falar em nulidade. O simples fato de ter o oficial de justiça diligenciado em Recife, além dos limites territoriais da Subseção Judiciária a que vinculado (Caruaru), constitui mera irregularidade no proceder da diligência, sem qualquer prejuízo para a defesa, pelo que não se presta para nulificar a ciência da parte, que efetivamente se concretizou.

- Agente que, na qualidade de prefeito municipal, desvia verbas federais recebidas em virtude de convênio celebrado, deixando as obras inacabadas, comete o delito previsto pelo art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67.

- Diante da presença de indícios razoáveis de autoria e

materialidade delitiva e inexistentes causas de rejeição da denúncia, deve a mesma ser recebida e o feito seguir o trâmite processual.

- Denúncia recebida.

(INQ nº 1937/PE, Pleno, Rel. César Carvalho, DJ 06/04/2009)

Reconheço, portanto, a plausibilidade da acusação quanto ao crime do art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67, pelo que serão processados em coautoria, sem distinção inicial entre autor e partícipe, os denunciados Dinaldo Medeiros Wanderley e Antônio Gomes de Lacerda Filho.

### Crime do art. 90 da Lei nº 8.666/93

Sobre a segunda capitulação, assim dispõe a previsão legal:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

A imputação ministerial, nesse ponto, assim se manifesta sobre a suposta fraude ocorrida no âmbito da Administração Pública Municipal:

**Do exame dos autos vê-se que incorreram eles (Dinaldo Medeiros Wanderley e Antonio Gomes de Lacerda Filho), também, em co-autoria, e com os demais denunciados, Hermano Medeiros e Manoel Monteiro, na prática da conduta típica descrita no artigo 90 da Lei nº 8.666/93, segundo o qual é crime punido com pena de detenção de 2 a 4 anos e multa “Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”. Isso porque, conforme se constata do depoimento prestado às fls. 465/466 pelo Sr. Paulo Roberto Cavalcante de Araújo, ex-Diretor do Departamento de Obras da Prefeitura de Patos, as licitações que eram então realizadas pelo Município, na gestão de Dinaldo eram, via de regra, *pro forma*, ou em linguagem mais**

**clara, eram procedimentos fraudulentos.** Confira-se, quanto a isso, o depoimento, singelo, mas esclarecedor, daquele ex-diretor naquelas mesmas fls. 465/466 do procedimento inquisitorial.

Assim é que, aqui, **mostra-se importante ressaltar a participação de Hermano Medeiros Wanderley e Manoel Dantas Monteiro, o primeiro, inclusive, irmão do Prefeito de Patos e ora também denunciado já que, tal como se constata às fls. 221/222, 230, 463, 465 e 469, eram eles, respectivamente, Presidente e Membro da Comissão de Licitação que, segundo Paulo Roberto (fl. 465) e Robson Torres (fl. 469), funcionava só na aparência, em razão do que, inclusive, puderam eles, naquela condição, em co-autoria com os demais denunciados, fraudar a licitação e favorecer a empresa AGL Construções Ltda., no sentido de fazê-la vencedora dessa mesma licitação, cujo objeto veio a restar descumprido, conforme descrito na presente denúncia. Veja-se, inclusive, que, no depoimento de fl. 463, Hermano confessa que aceitou certidões “vendidas” da AGL, tudo no intuito de favorecê-la no procedimento licitatório.**

Ainda acerca da prática da conduta tipificada no artigo 90 da Lei nº 8.666/93, mais especificamente, sobre a participação do ex-Prefeito Dinaldo, juntamente com os demais denunciados, na licitação fraudulenta que visava a contratação do objeto conveniado, **confira-se o depoimento do também denunciado Manoel Dantas Carneiro, de fls. 467/468, de cuja leitura não restam dúvidas de que o então gestor do Município de Patos era o responsável de fato pela licitação indevida, sem contar que, como autoridade competente para fazê-lo, foi ele quem homologou aludida “licitação”, consoante se pode constatar à fl. 224 dos autos.**

Assim é que resta incontroverso, também, haver o senhor Dinaldo Medeiros Wanderley, em co-autoria com Antônio Gomes de Lacerda Filho, Hermano Medeiros Wanderley e Manoel Dantas Monteiro praticado o crime do artigo 90 da Lei nº 8.666/93, de fraude à licitação, o que foi feito com vistas a eleger a empresa AGL Construções Ltda. de propriedade e gerência do segundo, para obras de reconstrução das unidades habitacionais objeto do Convênio firmado pela Prefeitura de Patos com a FUNASA e para que, ao

final, viessem essa empresa e o respectivo titular se locupletar indevidamente, tal como acima demonstrado. (fls. 07/08)

Há, portanto, a descrição suficiente dos elementos objetivos do tipo, com lastro em itens pontuais dos documentos carreados aos autos que, ao menos para fins de recebimento de denúncia, servem como prova de materialidade. Além disso, a hipótese acusatória discrimina de modo satisfatório quais são as condutas imputadas a cada um dos denunciados: enquanto Hermano e Manoel seriam encarregados de realização dos atos fraudulentos no âmbito da CPL do Município de Patos, o empresário Antônio seria o beneficiário e coautor da fraude (por exemplo, com a entrega de certidões vencidas) e o prefeito Dinaldo atuaria ao final do processo, como autoridade que homologou a licitação supostamente viçada.

Cabe, ainda, esclarecer que a responsabilização do Prefeito no caso de sua atuação final em licitação é possível e permite que seja ele denunciado, ao menos em tese, por crime de fraude no procedimento em questão. Sobre isso, transcrevo mais um precedente do Pleno:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. ARTIGO 89 DA LEI 8.666/93. COMPRA DE GÊNERO ALIMENTÍCIO COM VERBAS FEDERAIS SEM OBSERVÂNCIA DO PROCESSO LICITATÓRIO. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 41, CPP. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

1. Dispensa indevida no certame licitatório para aplicação de repasses financeiros federais.

2. Narra a denúncia que, durante o exercício financeiro de 2005, por meio de fiscalização realizada pela Controladoria Geral da União, foram detectadas evidências de irregularidades no que se refere à dispensa de licitação, no valor de R\$ 28.125,00 à conta do Programa de Ensinos Jovens e Adultos (PEJA), no Município de São Bento do Norte-RN; inclusive, na condição de prefeito da municipalidade, deixou o denunciado de responder a solicitação prévia da CGU quanto ao esclarecimento acerca do referido procedimento licitatório.

3. Os fatos, em tese, constituem crime. O apuratório é parte integrante da instrução criminal. Presentes os requisitos do art. 41 do CPP.

#### 4. Denúncia recebida.

(INQ nº 1815/RN, Pleno, Rel. Paulo Gadelha, *DJ* 12/12/2008)

Por fim, quanto à discussão sobre presença e intensidade do dolo, bem como de outros elementos subjetivos especiais dos tipos penais ora apontados, não deve nem pode ser realizada em grau prelibatório, em face da necessidade de produção de prova e de observação mais aprofundada de elementos a serem obtidos na instrução.

A jurisprudência da Casa, em diversos julgados, tem se orientado no sentido do recebimento da denúncia:

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ARTIGO 581, I, DO CPP. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA. ARTIGO 43, III, DO CPP. DENÚNCIA QUE NARRA CRIMES, EM TESE, DE ESTELIONATO EM DETRIMENTO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL COM ABSORÇÃO DO CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. PRESENTES OS REQUISITOS POSTOS NO ARTIGO 41 DO CPPB. AUSENTES AS CAUSAS PREVISTAS NO ATUAL ART. 395 DO CPPB. DÚVIDA EM RELAÇÃO À PROVA DO CRIME. *PRO SOCIETATIS* PRESENÇA DE ELEMENTOS QUE JUSTIFICAM O PROSSEGUIMENTO DO FEITO CRIMINAL. NECESSIDADE DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PROVIMENTO DO RECURSO.

1 - O Magistrado ao apreciar a denúncia deve, nessa medida, estar atento não só para a presença das condições da ação, como também para o aspecto formal da petição inicial, cujos requisitos mínimos vêm estabelecidos pelo artigo 41 do CPPB. Referido artigo deve ser visto em conjugação com o atual artigo 395 do CPP (anterior artigo 43 do mesmo diploma legal), posto que a denúncia será rejeitada quando o fato narrado devidamente não constitui crime e se tem um fato que se constitui crime já estiver extinta a punibilidade. A errônea classificação do crime na denúncia não acarretará sua rejeição se os fatos estiverem descritos. Como é cediço, o réu se defende dos fatos articulados na denúncia e não da classificação do crime dada pelo Ministério Público, até porque o juiz pode dar ao fato definição jurídica diversa (Artigo 383 do CPPB).

2 - No caso concreto, os indícios da existência do dolo são suficientes e se encontram nos autos em face das

declarações constantes nos depoimentos existentes no feito anteriormente ao oferecimento da denúncia pelo *dominus litis*.

3 - A análise dos elementos contidos nos autos indica a plausibilidade do direito invocado pelo demandante, que se traduz na existência do delito, bem como indícios suficientes de autoria, discussão, inclusive, que não pode se esgotar no momento prévio do recebimento ou não da denúncia, posto que há de ser apurada durante a instrução do processo.

4 - Recurso em Sentido Estrito provido.

(RSE nº 1017/PB, Primeira Turma, Rel. Emiliano Zapata Leitão (convocado), *DJ* 18/03/2009)

PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. PREFEITO MUNICIPAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A DO CP. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

I. O prazo de apresentação da defesa preliminar prevista pela Lei nº 8.078/90 regula-se pelas disposições processuais gerais e, por analogia, inicia sua contagem com a juntada da carta precatória aos autos, quando realizada a notificação por essa forma. Precedentes do STJ: HC nº 52260/MS, Quinta Turma, Rel. Laurita Vaz, *DJ* 12/06/2006, p. 519; REsp nº 621438/PR, Sexta Turma, Rel. Hamilton Carvalhido, *DJ* 13/12/2004, p. 469.

II. O art. 93 da Constituição do Estado de Pernambuco, que condiciona a instauração de ação penal contra prefeitos municipais à licença da respectiva Câmara de Vereadores, não se aplica aos processos julgados perante o Tribunal Regional Federal. Respeito ao princípio federativo, não podendo constituição de Estado-membro condicionar a competência do Poder Judiciário Federal.

III. Segundo interpretação do STJ, o prefeito municipal pode ser sujeito ativo do crime de apropriação indébita previdenciária, previsto no art. 168-A do CP, e não se faz necessária a demonstração de dolo específico para o recebimento da denúncia. Precedente: REsp nº 770167/PE, Quinta Turma, Rel. Gilson Dipp, *DJ* 11/09/2006.

IV. Presença de prova da materialidade (omissão de recolhimento das contribuições consubstanciada em NFLD) e indícios suficientes da autoria, considerando a função ocupada pelo denunciado e a individualização de sua condu-



ta, nos termos do art. 41 do CPP.

V. Recebimento da denúncia.

(INQ nº 1798/PE, Pleno, Rel. Margarida Cantarelli, DJ 11/02/2008)

Ante o exposto, recebo a denúncia contra Dinaldo Medeiros Wanderley, Antônio Gomes de Lacerda Filho, Hermano Medeiros Wanderley e Manoel Dantas Monteiro, com a capitulação de todos os réus no art. 90 da Lei nº 8.666/93 e dos dois primeiros, também, no art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/67.

Retifique-se a autuação.

Nos termos do art. 7º da Lei nº 8.038/90, expeça-se carta de ordem para a citação e interrogatório dos réus no domicílio indicado pela defesa, com atenção às prerrogativas de deputado estadual de Dinaldo Medeiros Wanderley.

É como voto.

## **REVISÃO CRIMINAL Nº 50-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT

Requerente.: GONÇALO FERREIRA FILHO

Requerido.: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

**EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. NULIDADE DO PROCESSO. ALEGAÇÃO DE VÍCIO NA CITAÇÃO EDITALÍCIA. INEXISTÊNCIA DE PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. REVISÃO IMPROCEDENTE.**

**- Pedido revisional proposto com base no art. 621, inciso I, do CPP, com o objetivo de rescindir acórdão proferido pela Quarta Turma desta Corte de Justiça, que deu provimento à apelação criminal interposta pelo douto MPF, condenan-**

**do o réu à pena privativa de liberdade de 3 anos de reclusão, substituída por duas penas restritivas de direitos, além de 60 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 168-A do Código Penal.**

**- Citação por edital realizada a requerimento do Ministério Público, tendo em vista que restou frustrada a citação por mandado.**

**- Não há que se falar que a citação está eivada de nulidade, se o réu foi devidamente procurado no endereço declinado por ele no auto de qualificação e interrogatório. Precedentes.**

**- Inexistência de prova nos autos de que não foram exauridas as tentativas de localização do réu para citação pessoal, antes da citação editalícia. Não se juntou sequer a cópia da certidão do oficial de justiça, óbice incontornável a análise da eventual nulidade apontada.**

**- Não há ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa, eis que foi nomeado pelo Juiz, quando da decretação da revelia do réu, um defensor dativo para o acompanhamento processual.**

**- Revisão criminal improcedente.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal 50-CE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Pleno do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em julgar improcedente a revisão criminal, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 8 de julho de 2009 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA  
ERHARDT - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Cuida-se de Revisão Criminal proposta por GONÇALO FERREIRA FILHO, com base no art. 621, I do CPP, com o objetivo de rescindir o acórdão proferido pela Quarta Turma desta Corte de Justiça na ACR 3.361-CE, que deu provimento à apelação criminal interposta pelo douto Ministério Público Federal, condenando o réu pela prática do delito previsto no art. 168-A do Código Penal, à pena privativa de liberdade de 3 anos de reclusão, além de 60 dias-multa, sendo a pena privativa substituída por 2 penas restritivas de direitos.

2. Alega o requerente que a citação editalícia padece de vício de nulidade, pois não preenche requisito formal indispensável para a sua validade, ou seja, não consta na certidão lavrada pelo Oficial de Justiça circunstância fundamental de *o réu encontrar-se em local incerto e não sabido*, expressão, segundo o acusado, indispensável à validade da posterior feitura da citação por edital. Argumenta, ainda, que além do vício apontado há outra questão relevante a ser observado no caso vertente – o fato de que não foram esgotadas as tentativas de localização pessoal do réu.

3. As partes apresentaram alegações finais, obedecendo ao disposto no parágrafo 2º do art. 181 do Regimento Interno desta Corte.

4. A Procuradoria Regional da República da 5ª Região, instada a se manifestar, emitiu o Parecer 1554/2007 (fls. 410/414), da lavra do douto Procurador LUCIANO MARIZ MAIA, opinando pela improcedência da Revisão Criminal.

5. É o que havia de relevante a relatar.

6. Ao eminente Revisor, na forma do artigo 182 do Regimento Interno.

### **VOTO**

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

1. O requerente promove Revisão Criminal em face do Acórdão proferido pela Quarta Turma desta Corte Regional nos autos

da ACR 3.361-CE (2003.05.00.022735-6), que traz a seguinte ementa:

PENAL. OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ART. 95, *d*, DA LEI 8.212/91. REVOGAÇÃO. LEI 9.983/2000. *ABOLITIO CRIMINIS*. NÃO OCORRÊNCIA. DOLO GENÉRICO.

1. A revogação do art. 95, *d*, da Lei 8.212/91 pela Lei 9.983/2000 não caracteriza *abolitio criminis*, uma vez que o comportamento previsto no dispositivo legal revogado não deixou de ser ilícito, sendo de resolver-se o conflito de leis no tempo com a aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benigna.

2. A omissão no recolhimento das contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados, prevista anteriormente no art. 95, *d*, da Lei nº 8.212/91 e, com o advento da Lei 9.983/2000, no art. 168-A do Código Penal, constitui-se em crime omissivo próprio, que se perfaz com a simples conduta negativa do sujeito, com o não fazer o que a lei determina.

3. Hipótese em que não restou demonstrado que a empresa encontrava-se em dificuldades financeiras, de modo que se pudesse falar em inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

4. Apelação provida.

2. A douta Quarta Turma, dando provimento à apelação criminal interposta pelo MPF, condenou o acusado GONÇALO FERREIRA FILHO, na qualidade de sócio e administrador da empresa TRANSEGUROS EMPREENDIMENTOS LTDA, à pena privativa de liberdade de 3 anos de reclusão, além de 60 dias-multa pela prática do delito previsto no art. 168-A do Código Penal. Por concorrerem circunstâncias favoráveis, foi determinada a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consubstanciadas em prestação de serviços à entidade pública e a doação de 50 cestas básicas a asilo de idosos situado no Estado do Ceará.

3. No que pertine à regularidade formal, veja-se que o requerente instruiu o pleito com a cópia da decisão atacada (fls. 393/398-v) e certidão do trânsito em julgado que confirmou o acórdão condenatório (fls. 399-v), atendendo ao que determina o parágrafo

1º do art. 625 do CPP. Havendo coisa julgada, há interesse de agir em via revisional.

4. O pedido revisional foi fundamentado no art. 621, inciso I, do CPP, que dispõe: *A revisão dos processos findos será admitida: I - Quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; (...).*

5. Como é sabido, apesar de a revisão criminal ter sido arrolada pelo legislador penal como recurso, a maioria dos doutrinadores entende cuidar-se de ação penal e não de mero recurso, já que instaura uma outra relação jurídico-processual contra uma sentença condenatória transitada em julgado.

6. No caso vertente o autor requer a nulidade do processo, alegando, para tanto, a existência de violação ao texto da lei processual, uma vez que os requisitos formais e materiais necessários para a validade da citação por edital não foram observados, bem como ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, haja vista não lhe ter sido dada oportunidade de constituir defensor de sua confiança.

7. Quanto ao pedido de anulação do processo sob o argumento de que houve vício na citação, uma vez que os requisitos formais e materiais necessários para a validade da citação por edital não foram observados, tal pleito não há de prosperar. Senão vejamos.

8. Inicialmente observa-se que o requerente não faz prova dos fatos alegados, pois sequer foi coligida aos autos a cópia da certidão exarada pelo Oficial de Justiça supostamente eivada de nulidade, constituindo, assim, óbice incontornável a análise da eventual nulidade apontada.

9. No que tange à alegada falta de esgotamento dos meios para a localização do autor, igualmente não merece guarida, eis que o réu foi devidamente procurado no endereço por ele declinado nos próprios autos, conforme se constata no auto de qualificação e interrogatório realizado pela Polícia Federal (fl. 202).

10. O colendo STJ, analisando questão semelhante a esta, já se manifestou no sentido aqui esboçado, conforme se vê neste

acórdão:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE *HABEAS CORPUS*. CITAÇÃO EDITALÍCIA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

1. Se o oficial de justiça certifica o fato de não ter encontrado o réu no endereço constante dos autos e do respectivo mandado, válida se apresenta a citação editalícia.

2. Recurso improvido.

(RHC 5299-DF, Rel. Ministro ANSELMO SANTIAGO, DJ 03.06.96, p. 19.285).

11. Destarte, correta a citação editalícia, mormente diante da mudança de endereço do acusado, que não produziu prova de comunicação da mesma ao Juízo processante. Assim, não deve prosperar à tese de nulidade de citação, diante de inapelável evidência de que foi determinada a realização da citação do réu por mandado com base no endereço constante dos autos. Ademais, é de bom alvitre destacar pertencer ao acusado o ônus da devida comunicação de mudança de endereço nos autos de cada feito a que responde, prova que a jurisprudência tem reputado indispensável, mormente em sede de revisão criminal, se se deseja que seja exitosa a anulação de citação editalícia.

12. Por fim, não merece acolhimento à tese de violação ao princípio constitucional da ampla defesa, tendo em vista que foi nomeado pelo Juiz, quando da decretação da revelia do réu, um defensor dativo para o acompanhamento processual.

13. Esta, inclusive, é a posição da jurisprudência dos Tribunais, como evidenciam os seguintes julgados:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CITAÇÃO EDITALÍCIA.

1 - Se o réu não é encontrado no local que indicou como sendo o de sua residência, a citação por edital é válida (STF, RTJ 69/691).

(...).

4 - Citação editalícia válida, nomeação de defensor dativo, inoportunidade de afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

5 - Ordem de *habeas corpus* denegada.

(TRF 5, HC 636-PE, Rel. Des. Federal GERALDO APOLIANO. DJ 24.10.96, p. 90066).

PENAL. REVISÃO CRIMINAL. NULIDADE DO PROCESSO. DESCABIMENTO. CITAÇÃO EDITALÍCIA. CORRETA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. REVISÃO IMPROCEDENTE.

1 - Não há que se falar que a citação editalícia está eivada de nulidade, se o réu foi devidamente procurado em todos os locais declinados por ele nos próprios autos, bem como nos endereços fornecidos pelos órgãos estaduais competentes, tendo sido esgotados todos os meios para a sua localização.

2 - Não há ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa, eis que foi nomeado um defensor dativo para o acompanhamento processual.

3 - Revisão criminal julgada improcedente.

(TRF3, RVCR 327-SP, Rel. Des. Federal ROBERTO HADDAD, *DJ* 12.06.01, p. 131).

14. Diante do expendido, julgo improcedente a revisão criminal.

15. É como voto.





## **ÍNDICE SISTEMÁTICO**

---



## **JURISPRUDÊNCIA**

### **AÇÃO PENAL**

186-PE Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima..13

### **AÇÃO RESCISÓRIA**

5276-RN Rel. Des. Federal Marcelo Navarro ..... 41  
5955-RN Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt ..... 48

### **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

77249-RN Rel. Des. Federal Francisco de Barros e Silva  
(Convocado) ..... 55  
85701-CE Rel. Des. Federal Vladimir Carvalho ..... 65  
86413-PB Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira ..... 76

### **AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL**

1309-AL Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira ..... 85

### **AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR**

4014-CE Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria ..... 95

### **AGRAVO REGIMENTAL NO PRECATÓRIO**

63184-AL Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria ... 100

### **APELAÇÃO CÍVEL**

246545-RN Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano ..... 106  
315473-CE Rel. Des. Federal Rubens de Mendonça Canuto  
(Convocado) ..... 116  
363707-PE Rel. Des. Federal Rubens de Mendonça Canuto  
(Convocado) ..... 126  
397708-SE Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias ..... 139  
416968-AL Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano ..... 145  
441805-PB Rel. Des. Federal José Maria Lucena ..... 153  
442818-AL Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho.. 157  
443810-PE Rel. Des. Federal José Maria Lucena ..... 163

459331-SE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha .....	170
466490-PE	Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti .....	181
474245-SE	Rel <sup>a</sup> . Des <sup>a</sup> . Federal Margarida Cantarelli .....	195
476156-PE	Rel <sup>a</sup> . Des <sup>a</sup> . Federal Germana Moraes (Convocada) .....	207

### **APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA**

78034-PE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias .....	221
87270-PE	Rel. Des. Federal Vladimir Carvalho .....	227
101791-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães .....	232

### **EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL**

284619-SE	Rel. Des. Federal José Baptista de Almeida Filho..	238
418273-PE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro .....	245
428185-PB	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima..	251

### ***HABEAS CORPUS***

3611-RN	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha .....	268
---------	---------------------------------------	-----

### **INQUÉRITO**

1964-PB	Rel <sup>a</sup> . Des <sup>a</sup> . Federal Margarida Cantarelli .....	274
---------	--	-----

### **REVISÃO CRIMINAL**

50-CE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt .....	289
-------	--	-----

## **ÍNDICE ANALÍTICO**

---



## A

- PrCv                    Ação civil pública. Casca de ipê-roxo. Extração em Bacabeiras-MA. Exportação. Porto de Mucuripe. Estado do Ceará. Patrimônio genético. Hipótese de dano em âmbito nacional. Competência de Vara do Distrito Federal ou de Vara Federal de qualquer capital de Estado-membro. Opção. AgTr 85701-CE ..... 65
- PrCv                    Ação civil pública. Pedido de desmembramento. Indeferimento. Litisconsórcio multitudinário. Razoável duração do processo. Confronto com os princípios da efetividade processual e da igualdade. Risco de decisões conflitantes. Ingresso no serviço público antes da CF/88 sem concurso público. Situação idêntica dos autores. Necessidade de julgamento uniforme para todos os componentes do polo passivo da ação. AgTr 86413-PB ..... 76
- Adm e PrCv            Ação ordinária retificatória. Limites territoriais entre os Municípios de Pacatuba e Pirambu, ambos no Estado de Sergipe. Mapa Estatístico Municipal de 2000, confeccionado pelo IBGE, em desconformidade com o disposto na legislação estadual aplicável. Equívoco constatado pelo perito nomeado pelo juízo de origem. Laudo pericial claro e preciso. Presunção de veracidade e legitimidade em razão da equidistância dos interesses das partes. Demonstração com extremo rigor técnico da real localização dos marcos territoriais previstos na legislação estadual de regência. Retificação do Mapa Estatístico Municipal de 2000 que se impõe. AC 459331-SE ..... 170

PePen	Ação penal originária. Prerrogativa de foro. Deputado estadual. Desvio de recursos públicos. Construção de casas populares. Execução incompleta das obras. Descumprimento do projeto. Fraude à licitação. Prova da materialidade e indícios de autoria. Recebimento da denúncia. INQ 1964-PB . 274
PrCv e Adm	Ação rescisória. Demanda de interesse de pessoa portadora de deficiência. Não intervenção do Ministério Público. Inexistência de prejuízo. Ausência de nulidade. Improcedência do pedido rescisório. AR 5276-RN . 41
PrCv e Prev	Ação rescisória. Retroação da DIB – data de início do benefício. Legislação da época da aposentação do autor que estabelecia a DIB como sendo a data do requerimento administrativo. Decreto nº 89.312/84, arts. 32 e 33. Ausência de direito à retroação pretendida. Inexistência de violação a literal disposição de lei e de erro de fato. Pedido rescisório que se julga improcedente. AR 5955-RN ..... 48
PrCv, Amb e Urb	Agravo de instrumento. Conversão em agravo retido. Descabimento. Legitimidade ativa <i>ad causam</i> do Ministério Público Federal. Perícia preliminar e não demonstração de parcialidade do perito. Questões já decididas pelo TRF5. Ação civil pública contra construção de empreendimento hoteleiro. Pedidos de suspensão do embargo da obra e de expedição de alvará de construção. Ausência de manifestação do juízo sobre tais pleitos e de razões de pedir na petição recursal. Não conhecimento. Determinação liminar de demolição dos quatro



últimos andares das partes da edificação com oito pavimentos. Suspensão. Medida excepcional desarrazoada. AgTr 77249-RN.. 55

- Amb Área de preservação permanente. Extensão. Arredores de lagoas. Resolução do CONAMA nº 004/85, art. 3º, II. Distinção entre áreas urbanas e rurais. Instituição apenas pela Resolução nº 302/02 do CONAMA. Dano ambiental anterior. Conceito de área rural. Estatuto da Terra. Aplicação analógica. Demolição da obra. Impossibilidade. AC 315473-CE ..... 116
- Adm Ato administrativo. Nulidade. Cominação de obrigação de fazer. Indenização por danos morais. Portarias Normativas nºs 4 e 12, ambas de 2008, do Ministério da Educação. Divulgação pelo INEP/MEC do Índice Geral dos Cursos (IGC) de uma Instituição de Ensino Superior (IES) com base no CPC (Conceito Preliminar de Curso) de um único curso avaliado. Desrespeito aos princípios da isonomia e da proporcionalidade. Ilegalidade do ato. Dano moral em relação aos alunos de curso não avaliado pertencente à mesma IES. Configuração. Indenização. Fixação. AC 476156-PE ..... 207

## C

- Adm Concessão de serviço público. Telefonia. Interrupção. Órgãos públicos. Impossibilidade. Limites. Aplicação dessa regra aos prestadores de serviços públicos. Inviabilidade. Manutenção da equação econômico-financeira do contrato de concessão. ANATEL. Poder fiscalizatório e punitivo. Exercício. Dever institucional. AC 363707-PE ..... 126

Adm e PrCv	Concurso público. Candidato <i>sub judice</i> . Embargos infringentes da parte autora da ação e da parte ré. Conexão de ações alegada pela embargante União. Julgamento unânime pela turma julgadora. Afastada a possibilidade do recurso que pressupõe julgamento não unânime. Embargos infringentes do autor da ação. Divergência total sobre reserva de vagas e nomeação. Entendimento de que se deve assegurar ao candidato em situação <i>sub judice</i> apenas a reserva de vaga até o trânsito em julgado da decisão. EI na AC 284619-SE ..... 238
Ct e Adm	Concurso público. Violação às regras do edital. Ofensa ao princípio da legalidade. Controle pelo Poder Judiciário. Possibilidade. EI na AC 428185-PB ..... 251
Pen e PrPen	Crime de responsabilidade de Prefeito. Imputação de desvio ou aplicação irregular de verbas públicas, ausência de prestação de contas e aquisição de bens ou realização de serviços ou obras sem a devida concorrência. Procedência parcial da denúncia. APn 186-PE ..... 13

## D

PrCv e Adm	Desligamento de professora do Colégio Militar do Recife – na condição de estagiária –, que encontrava-se grávida. Vínculo estabelecido entre a impetrante e a União que é temporário, não tendo havido despedida arbitrária ou sem justa causa, mas tão somente a não prorrogação do tempo de serviço, ato situado na esfera da discricionariedade conferida ao administrador público.
------------	--

Ausência de direito líquido e certo por parte da impetrante. AMS 87270-PE ..... 227

## E

Trbt	Embargos à execução fiscal. Descaracterização da qualificação de verba recebida a título de “diárias”. Incidência de imposto de renda. Possibilidade de substituição da certidão da dívida ativa até a decisão da primeira instância. Presunção de legitimidade da CDA. AC 474245-SE ..... 195
Trbt	Entidade beneficente. Imunidade. CF, art. 195, § 7º. Certificado de reconhecimento de utilidade pública. Efeito <i>ex tunc</i> . AC 416968-AL ..... 145
Int Priv	Estrangeira aposentada. Concessão de visto de permanência no Brasil. Conselho Nacional de Imigração. Competência administrativa para apreciação do pleito. AC 397708-SE ..... 139
PrCv	Execução contra a Fazenda Pública. Precatório. Questões incidentais surgidas após o trânsito em julgado dos embargos. Pendência de apreciação de recursos excepcionais. Inviabilização da expedição do requisitório. Inocorrência. Sobrestamento. AgRg no Prc 63184-AL ..... 100
PrCv e Trbt	Execução fiscal. Súmula Vinculante nº 8. Inconstitucionalidade do prazo prescricional previsto na Lei 8.212/91, art. 45. Modulação dos efeitos da inconstitucionalidade declarada. Efeitos <i>ex nunc</i> . Aplicabilidade ao caso. Tributo sujeito a lançamento por ho-

mologação. Constituição do crédito. Entrega da DCTF. Início do prazo prescricional. Citação do executado. Demora injustificada. Ausência de promoção de atos por parte da exequente. Desídia da Fazenda Nacional em relação ao seu dever processual. AC 443810-PE ..... 163

## H

PrPen *Habeas corpus*. Resistência a cumprimento de mandado judicial de busca e apreensão. Paciente que teria efetuado único disparo de arma de fogo contra policiais federais. Ausência de perícia que demonstre a trajetória de único projétil disparado. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos. Constrangimento ilegal. Condições favoráveis ao paciente. Ordem concedida. HC 3611-RN .... 268

## N

Trbt e PrCv Nulidade de auto de infração e dos atos declarativos das dívidas. Programa de inclusão social. Não caracterização de vínculo de emprego entre a empresa demandante e os menores assistidos. AMS 78034-PE .... 221

Trbt e PrCV Nulidade de sentença suscitada em virtude de indeferimento de pedido de esclarecimento sobre laudo pericial. Inovação de pedido. Nulidade de sentença que não se verifica. Multa. Redução. Impossibilidade. Honorários advocatícios. Condenação. Possibilidade de cumulação com o encargo de 20% previsto pelo DL 1.025/69 e devido na execução fiscal. AC 442818-AL ..... 157

## P

Pen e PrPen	Penas. Unificação. Réu sentenciado por Juiz Federal e recolhido a estabelecimento penal estadual. Incidentes atinentes à execução penal. Competência da Justiça Estadual. Enunciado da Súmula nº 192 do Superior Tribunal de Justiça. Aplicação. AgExp 1309-AL ..... 85
Prev	Pensão por morte. Menor sob guarda. Concessão da guarda em data anterior à edição da Lei 9.528/97. Expectativa de direito. Óbito da instituidora do benefício após a edição da Lei 9.528/97. Extinção da possibilidade da concessão de pensão a menor sob guarda. Ausência de direito ao benefício. AC 441805-PB ..... 153
Ct e Adm	Política de inclusão social. Vestibular 2007. Acréscimo de 10% sobre a nota final. Resolução nº 09/2006 do Conselho Coordenador de Ensino, Pesquisa e Extensão. Vedação do benefício aos alunos egressos de escolas públicas federais. Violação ao princípio da isonomia. Alteração de critério de avaliação quando já encerradas as inscrições do certame. Violação aos princípios da segurança jurídica e da vinculação às normas editalícias. AMS 101791-PE .... 232
Adm e PrCv	Processo administrativo disciplinar. Controle do Judiciário. Possibilidade. Necessidade de observância aos princípios da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade. EI na AC 418273-PE ..... 245

## R

Autoral	Reprodução de músicas indígenas em CD editado por ente público. Inexistência de autorização do titular, por cessão, dos direitos autorais. Conduta violadora da Lei 9.610/98. Reparação. Mensuração. AC 466490-PE ..... 181
Pen e PrPen	Revisão criminal. Nulidade do processo. Alegação de vício na citação editalícia. Inexistência de provas. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Revisão improcedente. RvCr 50-CE ..... 289

## S

Adm	Supermercados. Funcionamento aos domingos e feriados. Possibilidade. Equiparação aos mercados e feiras livres. Desnecessidade de acordo ou convenção coletiva de trabalho para abertura aos domingos. Limitação de horário de funcionamento. Legalidade. Feriados civis e religiosos. Necessidade de acordo ou convenção para funcionamento nesses dias. AC 246545-RN ..... 106
PrCv	Suspensão de tutela antecipada. Servidor público. Remoção a pedido. Lesão à ordem administrativa. Efeito multiplicador. Inocorrência. AgRg na SL 4014-CE ..... 95