

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

**JURISDIÇÃO**

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

Número 87 - Setembro/Outubro - 2010

R. TRF 5ª Região, nº 87, p. 1-344, Setembro/Outubro - 2010



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

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

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

Administração

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

GABINETE DA REVISTA:

Diretor

DESEMBARGADOR FEDERAL 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

**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

Desembargador Federal  
**EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR** - 21.07.10

# 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 EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR



# SUMÁRIO

---

I - Jurisprudência .....	13
II - Índice Sistemático .....	333
III - Índice Analítico .....	337



**JURISPRUDÊNCIA**

---



## **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 5.706-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR  
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Apelado: VINICIUS FERREIRA DE OLIVEIRA  
Repte.: PROCURADORIA DO INSS  
Advs./Procs.: DRS. LILIAN TATIANA BANDEIRA CRISPIM E OUTRO (APDO.)

**EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. ASSISTÊNCIA SOCIAL. ART. 203-V DA CF/88. LEI Nº 8.742/93. AMPARO SOCIAL. REQUERENTE PORTADOR DE RETARDO MENTAL GRAVE DESDE A INFÂNCIA. CONTESTADA A CONDIÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA. GENITOR POSSUI SALÁRIO FIXO DE POUCO MAIS QUE O SALÁRIO MÍNIMO. PAIS SEPARADOS. PENSÃO DE 30% DO RENDIMENTO PATERNO PARA A MÃE E DOIS FILHOS CONSTITUI RENDA PER CAPITA INFERIOR AO LIMITE PREVISTO NO ART. 20, § 3º, DA LEI ASSISTENCIAL. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO. EM FACE DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. IMPOSSIBILIDADE. TERMO INICIAL DA CONDENAÇÃO A PARTIR DO INDEFERIMENTO ADMINISTRATIVO MANTIDO. REDUÇÃO DA VERBA HONORÁRIA DE 15% PARA 10% DO VALOR DA CAUSA ANTE A SINGELEZA DA QUESTÃO. JURIS MORATÓRIOS. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.960/2009 A PARTIR DA SUA VIGÊNCIA.**

**- O pedido de efeito suspensivo ao recurso não tem cabimento, porquanto havendo risco de irreversibilidade da execução definitiva pode o apelante se valer de uma peculiar medida antecipatória, consoante os termos do art. 558 do CPC.**

**- Ao hipossuficiente com incapacidade laborativa e sem meio de prover a própria subsistência é assegurado o recebimento da renda mensal vi-**

*talícia, nos termos do art. 203, V, da CF/88 e do art. 20 da Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993.*

- *A incapacidade do requerente, portador de retardo mental grave desde a infância, é ponto incontroverso à vista das perícias médicas que repousam às fls. 28, 93/94 e 106/108.*
- *O benefício foi indeferido administrativamente em face da renda per capita ter sido considerada superior ao limite estabelecido no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, posto que o genitor do autor possui salário fixo um pouco superior ao valor do salário mínimo e a família é composta por quatro pessoas (os pais e dois filhos – fl. 20 e 33/37).*
- *Ocorre, porém, que o casal teve a separação consensual homologada pela Justiça Estadual, desde 14/04/2004 (fl. 55), ficando estabelecido o pagamento de pensão alimentícia à esposa, que detém a guarda dos filhos, no valor de 30% (trinta por cento) sobre os rendimentos líquidos do marido, de modo que a renda per capita familiar passou a ser inferior ao limite legal. Tal situação foi corroborada pela prova oral (fls. 127/128), produzida com as cautelas legais, mediante testemunhos coerentes e sem contradita, demonstrando conhecimento das circunstâncias dos fatos que alicerçam o direito aqui pretendido.*
- *Ademais, o STJ já pacificou o entendimento de que o critério de aferição da renda mensal previsto no § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93 deve ser tido como um limite mínimo, um quantum considerado insatisfatório à subsistência da pessoa portadora de deficiência ou idosa, não impedindo, contudo, que o julgador faça uso de outros elementos probatórios, desde que aptos a comprovar a condição de miserabilidade da parte e de sua família (REsp 841.060/SP. REL: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA). Logo, faz jus o recorrido ao benefício assistencial perseguido.*

**- Quanto à irresignação do recorrente no que diz respeito ao início da concessão do benefício, tem-se que à época do requerimento administrativo o autor, ora recorrido, já reunia as condições para a obtenção do benefício, pelo que há que ser preservado o marco inicial estabelecido no juízo a quo.**

**- Redução da verba honorária ao percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, em face da singeleza da questão e a norma do § 4º do artigo 20 do CPC, não havendo necessidade de ajustá-la aos termos da Súmula 111 do STJ, ante a inexistência de parcelas vincendas.**

**- Relativamente à taxa dos juros moratórios, tem-se que à vista da conformação da postulante com o decisum, há que ser mantida a fixação à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação válida (Súmula 204), até o advento da Lei nº 11.960/2009, quando passará a haver a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97).**

**- Apelação improvida. Remessa oficial parcialmente provida para reduzir a verba honorária ao percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa e determinar que os juros de mora devidos a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 devem ser calculados considerando os índices oficiais aplicados à caderneta de poupança.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo tombado sob o número em epígrafe, em que são partes as acima identificadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão realizada nesta data, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas que integram o presente, à unanimidade, negar provimento à ape-

lação e dar parcial provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Relator.

Recife, 27 de julho de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE  
JÚNIOR - Relator

## RELATÓRIO

O DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR:

Trata-se de remessa oficial e apelação da autarquia previdenciária contra a sentença que, antecipando os efeitos da tutela, condenou o instituto réu à implantação imediata do benefício de amparo social ao portador de deficiência do autor, bem como ao pagamento das prestações vencidas, a partir do indeferimento administrativo do benefício, com juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano e correção monetária, além de honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa (Súmula 111 do STJ).

Pleiteia inicialmente a autarquia apelante a suspensão do cumprimento da decisão, nos termos do art. 558, parágrafo único, do CPC.

No mérito, aduz o não preenchimento do requisito de miserabilidade previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, posto que a renda *per capita* familiar é superior a 1/4 do salário mínimo.

Requer a reforma da decisão recorrida e a improcedência do pedido, com a inversão do ônus da sucumbência.

Em sendo mantida a concessão do benefício, pugna seja fixada a data da perícia como termo inicial da condenação e o percentual da verba honorária em 5% (cinco por cento) do valor da condenação, excluindo desse montante as parcelas vincendas, nos termos da Súmula 111 do STJ.

Contrarrazões às fls. 160/169.

Opina o ilustre membro do *Parquet* federal pelo improvimento do recurso de apelação.

É o relatório.

## VOTO

O DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR (Relator):

Relativamente ao pedido de efeito suspensivo ao recurso, tem-se que não tem cabimento, porquanto havendo risco de irreversibilidade da execução definitiva pode o apelante se valer de uma peculiar medida antecipatória, consoante os termos do art. 558 do CPC, abaixo transcrito.

Art. 558 do CPC - O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara. (Redação dada pela Lei nº 9.139, de 30.11.1995)

No mérito, o benefício de prestação continuada, previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988, consiste no pagamento de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência física e ao idoso que comprovar sua incapacidade para prover a sua própria subsistência ou de tê-la provida por sua família.

Regula o benefício no plano infraconstitucional, o artigo 20 da Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993.

A incapacidade do requerente, portador de retardo mental grave desde a infância, é ponto incontroverso à vista das perícias médicas que repousam às fls. 28, 93/94 e 106/108.

O benefício foi indeferido administrativamente em face da renda *per capita* familiar ter sido considerada superior ao limite estabelecido no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, posto que o genitor do autor possui salário fixo um pouco maior que o valor do salário mínimo e a família é composta por quatro pessoas (os pais e dois filhos – fls. 20 e 33/37).

Ocorre, porém, que o casal teve a separação consensual homologada pela Justiça Estadual, desde 14/04/2004 (fl. 55), ficando estabelecido o pagamento de pensão alimentícia à esposa, que

detém a guarda dos filhos, no valor de 30% (trinta por cento) sobre os rendimentos líquidos do marido, de modo que a renda *per capita* familiar passou a ser inferior ao limite legal. Tal situação foi corroborada pela prova oral (fls. 127/128), produzida com as cautelas legais, mediante testemunhos coerentes e sem contradita, demonstrando conhecimento das circunstâncias dos fatos que alicerçam o direito aqui pretendido.

Ademais, o STJ já pacificou o entendimento de que o critério de aferição da renda mensal previsto no § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93 deve ser tido como um limite mínimo, um *quantum* considerado insatisfatório à subsistência da pessoa portadora de deficiência ou idosa, não impedindo, contudo, que o julgador faça uso de outros elementos probatórios, desde que aptos a comprovar a condição de miserabilidade da parte e de sua família (REsp 841.060/SP. Rel: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA).

Destarte, **faz jus o recorrido à concessão do benefício assistencial pleiteado.**

Neste sentido, colaciono jurisprudência:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA C, DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, QUANDO A RENDA *PER CAPITA* DO NÚCLEO FAMILIAR FOR SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A CF/88 prevê em seu art. 203, *caput* e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal *per capita* inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI 1.232/DF (Rel. para o acórdão Min. NELSON JOBIM, DJU 1.6.2001).

4. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente ao cidadão social e economicamente vulnerável.

5. A limitação do valor da renda *per capita* familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo.

6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarificação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar *per capita* não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar.

7. Recurso Especial provido.

[STJ. REsp 1.112.557 - MG (2009/0040999-9). JUL: 28/10/2009. DJE: 20/11/2009. PÁG: 963. REL: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. 3ª SEÇÃO. DECISÃO UNÂNIME].

Quanto à irresignação do recorrente no que diz respeito ao início da concessão do benefício, tem-se que à época do requerimento administrativo o autor, ora recorrido, já reunia as condições para a obtenção do benefício, pelo que há que ser preservado o marco inicial estabelecido no juízo *a quo*.

No que concerne à verba honorária advocatícia, dada a singeleza da questão e a norma do § 4º do artigo 20 do CPC, deve ser reduzida ao percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, não havendo necessidade de ajustá-la aos termos da Súmula 111 do STJ, ante a inexistência de parcelas vincendas.

Relativamente à taxa dos juros moratórios, à vista da conformação do requerente com o *decisum*, há que ser mantida a fixação à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação válida (Súmula 204), até o advento da Lei nº 11.960/2009, quando passará a haver a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97).

Diante destas considerações, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial para reduzir a verba honorária ao percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa e determinar que os juros de mora devidos a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 devem ser calculados considerando os índices oficiais aplicados à caderneta de poupança.

É como voto.

## **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 7.637-SE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES  
Apelante: UNIÃO  
Apelados: ADELAIDE ELISABETH CARDOSO CARVALHO DE FRANÇA E OUTROS  
Advs./Procs.: DRS. MANOEL FERREIRA SANTOS FILHO E OUTROS (APDOS.)

***EMENTA: ADMINISTRATIVO. ADVOGADO GERAL DA UNIÃO. FÉRIAS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.***

***- Fruição de férias de 60 (sessenta) dias, com base em disposições legais recebidas pela Lei Complementar nº 73/93, não importa em extensão ou em qualquer das restrições impostas nas Leis nºs 4.348/64 e 8.437/92.***

***- Apelo e remessa oficial improvidos.***

### **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, 14 de setembro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Trata-se de sentença que julgou procedentes os pedidos. por entender que há direito à concessão de 60 (sessenta) dias de férias aos autores, advogados da União, assegurando aos autores o direito de gozarem férias anuais de 60 dias, com adicional de 1/3 (um terço) da remuneração, com todos os consectários daí emergentes.

Alega a União Federal, em resumo, que desde a instituição da Advocacia Geral da União - AGU, pela Constituição Federal de 1988, os Advogados têm direito a 30 (trinta) dias corridos de férias anuais, o que se mostra suficiente e satisfatório em termos de saúde do trabalhador. Sustenta, ainda, que foi a própria Lei Complementar nº 73/93 que determinou, no seu artigo 26, a aplicação do Estatuto do Servidor Público Civil no que respeita ao direito de férias dos advogados públicos.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Inicialmente, no que se refere à prescrição, uma vez que, por se tratar de prestação de trato sucessivo, esta atinge tão somente as parcelas relativas ao quinquênio anterior ao ajuizamento da ação. Esta Turma, inclusive, vem adotando em diversos julgados a orientação veiculada pela Súmula nº 85 do STJ, no sentido de que *“nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o pró-*

*prio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação”.*

Oportuno destacar algum trecho do voto proferido em sede de agravo de instrumento (AGTR 74225-AL):

O direito a férias de 60 dias, com base em disposições legais recepcionadas pela Lei Complementar 73/93, não importa em extensão ou em qualquer das restrições impostas nas Leis 4.348/64 e 8.437/92.

A fundamentação dos agravantes se ajusta à orientação do Eg. Superior Tribunal de Justiça, que assegurou férias de 60 dias aos Procuradores da Fazenda Nacional (REsp 416691).

A não inclusão do permissivo de conversão de férias, por outro lado, tem apoio no art. 10 da Lei 9.494/97.

Por força de expressa determinação constitucional a disciplina da organização e do funcionamento da Advocacia Geral da União, aí se incluindo a regulação dos direitos e deveres de seus membros, deverá ser veiculada por conduto de Lei Complementar.

Assim, a normatividade anterior à Carta de 1988 foi por ela recepcionada com esse status, razão pela qual somente poderia ser revogada por norma de igualou superior calibre.

Como a Lei Complementar nº 73/93 não revogou o art. 1º da Lei nº 2.153/53 e o parágrafo único do art. 17 da Lei nº 4.069/62, tais dispositivos continuam em vigor, não podendo ter sua aplicação tolhida pelo quanto disposto no art. 50 da Lei nº 9.527/97.

Nesse sentido, colaciono a seguinte decisão do STJ:

Processo  
AGRESP 200600654330  
AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 833296  
Relator(a)  
HAMILTON CARVALHIDO  
Sigla do órgão  
STJ  
Órgão julgador  
SEXTA TURMA

Fonte

DJ DATA: 05/02/2007 PG: 00427

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Paulo Medina e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Medina.

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCURADORES DA FAZENDA NACIONAL. FÉRIAS DE SESENTA DIAS. ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. MATÉRIA RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR. IMPOSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO POR LEI ORDINÁRIA.

1. Delegada à Lei Complementar a organização e o funcionamento da Advocacia Pública, aí incluído o regime jurídico de seus membros, as normas do artigo 1º da Lei nº 2.123/53 e do parágrafo único do artigo 17 da Lei nº 4.069/62, anteriores à Constituição da República de 1988, foram recepcionadas com status de lei complementar.
2. Embora inexista direito adquirido a regime jurídico, os Procuradores da Fazenda, estando regidos por lei complementar, não poderiam, por meio de lei ordinária, sofrer modificação na disciplina jurídica de sua carreira, incluída a decorrente de cessação de vantagem, qual seja, férias de sessenta dias.
3. Precedente (REsp nº 415.691/DF, Relator p/ acórdão Ministro Hélio Quaglia Barbosa, *in DJ* 24/10/2005).
4. Agravo regimental improvido.

Indexação

VEJA A EMENTA E DEMAIS INFORMAÇÕES.

Data da Decisão

17/08/2006

Data da Publicação

05/02/2007

Referência Legislativa

LEG:FED LEI:002123 ANO:1953 ART:00001 LEG:FED

LEI:004069 ANO:1962 ART:00017 PAR:ÚNICO LEG:FED  
LCP:000035 ANO:1979 \*\*\*\*\* LOMAN-79 LEI ORGÂNICA  
DA MAGISTRATURA NACIONAL ART:00066 LEG:FED  
LCP:000075 ANO:1993 \*\*\*\*\* EMPU-93 ESTATUTO DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO ART:00220 LEG:FED  
MPR:001522 ANO:1996 ART:00005 ART:00018 (MEDIDA  
PROVISÓRIA CONVERTIDA NA LEI 9.527/1997) LEG:FED  
LEI:009527 ANO:1997 LEG:FED CFB:\*\*\*\*\* ANO:1988 \*\*\*\*\*  
CF-1988 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 ART:00039  
PAR:00001 ART:00131 PAR:00001 PAR:00002 PAR:00003  
LEG:FED EMC:000019 ANO:1998

Dessa forma, em obediência ao princípio constitucional da isonomia, entendo que os apelantes fazem jus a 60 (sessenta) dias de férias, tal como ocorre com os Procuradores da Fazenda Nacional.

Além do mais, os apelantes têm ainda direito ao recebimento das férias não gozadas nos últimos 05 (cinco) anos, acrescido do abono de 1/3 (um terço), ressaltando sem a incidência do imposto de renda faz o caráter indenizatório.

Nesse sentido, vale destacar a seguinte decisão:

Processo  
AC 200234000217799  
AC - APELAÇÃO CÍVEL - 200234000217799  
Relator(a)  
DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO EZEQUIEL DA  
SILVA  
Sigla do órgão  
TRF1  
Órgão julgador  
SÉTIMA TURMA  
Fonte  
*DJ* DATA: 09/06/2006 PÁGINA: 73  
Decisão  
A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação da autora e negou provimento à remessa oficial.  
Ementa  
PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VERBAS INDENIZATÓRIAS. ABONO PECUNIÁRIO, FOLGAS E LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADOS POR NECESSIDADE DO SERVIÇO. NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE A REN-

DA. RESTITUIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. DECADÊNCIA.

1. O prazo quinquenal para que o contribuinte peça a restituição do imposto de renda indevidamente pago, mediante desconto na fonte, obedece à mesma sistemática adotada para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, devendo ser contado, quando não restar comprovada, nos autos, a ocorrência de homologação expressa, após o decurso do prazo de 5 (cinco) anos concedidos ao Fisco para tal homologação, prazo esse que tem início com o término do ano-base a que se refere o tributo indevidamente retido. Precedentes desta Corte e do STJ.

2. Os valores recebidos a título de licença-prêmio não gozada por necessidade do serviço não estão sujeitos à incidência do imposto de renda (STJ, Súmula 136).

3. O abono-pecuniário decorrente da conversão de 1/3 de férias, na forma da Súmula 125 do STJ, possui caráter indenizatório, pois visa apenas a ressarcir o servidor de um direito ao descanso de que o mesmo não chegou a usufruir e que beneficiou a Administração.

4. Também a quantia recebida em razão de conversão em pecúnia de folgas devidas e não gozadas não integram a base de cálculo do imposto de renda, por terem caráter indenizatório, e não salarial.

5. A correção monetária deve incidir para atualizar o valor da moeda corroído pela inflação, desde o recolhimento indevido, nos termos da Súmula nº 162/STJ, observados os seguintes índices: de janeiro/92 a dezembro/95, a UFIR; a SELIC, a partir de 1º.01.96.

6. Verba honorária fixada em 10% do valor da condenação, nos termos do § 4º do art. 20 do CPC.

7. Nos termos da Súmula nº 1 do TRF - 1ª Região e do art. 4º, I, e parágrafo único, da Lei nº 9.289/96, a isenção de recolhimento de custas por parte da União não a exime de reembolsá-las à parte vencedora, quando de sua sucumbência.

8. Apelação da autora provida.

9. Remessa oficial não provida.

Data da Decisão

11/04/2006

Data da Publicação

09/06/2006

Referência Legislativa

LEG\_FED SUM\_000136 STJ LEG\_FED SUM\_000125 STJ  
LEG\_FED SUM\_000162 STJ LEG\_FED SUM\_000001 TRF  
1 LEG\_FED LEI\_005869 ANO\_1973 ART\_00020  
PAR\_00004 \*\*\*\*\* CPC-73 CODIGO DE PROCESSO CIVIL  
LEG\_FED LEI\_009289 ANO\_1996 ART\_00004 INC\_00001  
PAR\_ÚNICO LEG\_FED LCP\_000118 ANO\_2005  
ART\_00003 ART\_00150 PAR\_00001 LEG\_FED  
LEI\_005172 ANO\_1966 ART\_00161 INC\_00001 ART\_00043  
\*\*\*\*\* CTN-66 CODIGO TRIBUTARIO NACIONAL LEG\_FED  
RSF\_000049 ANO\_1995 LEG\_FED DEL\_002445  
ANO\_1988 LEG\_FED DEL\_002449 ANO\_1988 LEG\_FED  
ERG\_000003 ANO\_2003 TRF 1 LEG\_FED LEI\_008112  
ANO\_1990 ART\_00078 PAR\_00002 LEG\_FED  
SUM\_000041 TRF 1 LEG\_FED LEI\_008383 ANO\_1991  
ART\_00001 ART\_00054 ART\_00055 ART\_00056  
ART\_00057 ART\_00058 LEG\_FED LEI\_009250 ANO\_1995  
ART\_00039 PAR\_00004

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 396.797-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA  
Apelante: FAPE ASSESSORIA LTDA. (FOCUS - ASSESSORIA, PRODUÇÕES E EVENTOS)  
Apelado: CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DE ALAGOAS - CRF/AL  
Parte Ré: GRACE KELLY PEREIRA MACIEL  
Advs./Procs.: DRs. VANESSA CARNAÚBA DE LIMA NOBRE E OUTROS (APTE.), JOSÉ CLAUDIONOR ROCHA LIMA MELO (APDO.), VANESSA CARNAÚBA DE LIMA NOBRE E OUTROS (PARTE RÉ)

***EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESERVA DE REGISTRO DE SÍTIO EM INTERNET POR EMPRESA PRIVADA DE SÍMBOLO E MARCA DE AUTARQUIA FEDERAL (WWW.***

**CRF-AL.ORG.BR.). PROTEÇÃO LEGAL E INFRA-LEGAL À SIGLA DISTINTIVA DE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. LEI Nº 9.270/96 E 3.820/60. RESOLUÇÃO Nº 9/62 DO CONSELHO FEDERAL DE FARMÁCIA. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. PERCENTUAL INCIDENTE SOBRE O VALOR DA CAUSA. ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL.**

**- A designação ou sigla de entidade ou órgão público, quando não requerido o registro pela própria entidade ou órgão público é vedada consoante a previsão legal insculpida no art. 124, IV, da Lei nº 9.270/96, marco legal de proteção à sigla distintiva da pessoa jurídica de direito público, ainda que não se encontre registrada perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI.**

**- O Conselho Federal de Farmácia possui símbolo público e marca representada pela sigla CRF - AL, criados através da Lei nº 3.820/60. Igualmente, a Resolução nº 9, de 29 de outubro de 1962, ao criar entre outros o CRF do Estado de Alagoas o fez sob o oriente da citada legislação federal, tendo sido também adotados pelo Regimento Interno do CRF/AL, autarquia apelada.**

**- Precedente jurisprudencial: TRF4, AC 2000700 30068450, Rel. Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER, QUARTA TURMA, j. 25/05/2009.**

**- Mantido o valor da causa e reconhecida a sucumbência da parte apelante, a sua condenação ao pagamento dos honorários de advogado nos moldes do art. 20, § 4º, do CPC atende aos reclamos do princípio da legalidade.**

**- Apelação cível não provida.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apela-

ção, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 24 de agosto de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de apelação interposta por FAPE ASSESSORIA LTDA (FOCUS - ASSESSORIA, PRODUÇÕES E EVENTOS), em ação em que contende com o CRF/AL - CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DE ALAGOAS.

A parte apelante alega, inicialmente, a tempestividade da apelação interposta, aduzindo em relação ao mérito: a) a inexistência de inscrição de reserva de domínio, tendo em vista que apenas efetuou uma reserva de domínio, todavia não lhe foi concedido o registro do endereço [www.crf.gov.br](http://www.crf.gov.br), por não atender às condições necessárias para sua inscrição, segundo o disposto no art. 1º da Resolução nº 001/98; b) a inexistência de cobranças de retribuições pelo registro de nome de domínio conforme preceitua o art. 5º da citada Resolução; c) que o órgão responsável cancelou a reserva de domínio em 03 de outubro de 2005, antes da propositura da ação de declaração de inexistência de relação jurídica; e d) a exorbitância do valor da causa sob o argumento de não ter a parte apelante dado causa ou praticado qualquer ato ilícito contra a parte apelada, valendo-se ainda do argumento de não possuir a ação proposta finalidade condenatória.

Requer, com base nos argumentos expendidos, o reconhecimento da procedência da presente apelação, para que seja desconstituída a condenação que lhe foi imposta pelo juízo monocrático em relação à multa e à verba honorária.

O douto representante da Procuradoria Regional da República da 5ª Região, às fls. 196/197, devolveu os autos sem opinar acerca do mérito da *quaestio iuris*, com base na lei instrumental civil.

Sem contra-razões.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Observo, nos autos, que a irresignação da parte apelante com o *decisum* monocrático volta-se à imposição de multa destinada a coibir a utilização do sinal ou marca de registro em sítio de internet nominado [www.crf-al.org.br](http://www.crf-al.org.br), declarado no dispositivo sentencial como de uso exclusivo da autarquia apelada. Além disso, a parte apelante insurge-se contra a fixação da verba honorária em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa estipulado na inicial em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Analisado, inicialmente, a pretensão de desconstituição da sentença em relação à multa estabelecida na hipótese de descumprimento da sentença recorrida, verifico que esta encontra óbice na possibilidade de reversão do cancelamento da reserva para registro de domínio na internet, nos moldes evidenciados na referida sentença, à fl. 156, assim expressa:

Conforme se depreende da análise do documento colacionado pela ré (fls. 138/141), os motivos do cancelamento expostos e, ainda, a presença de instruções indicando quais os meios necessários para que a ré pudesse efetivar o registro demonstram que tal cancelamento poderia ser revertido, permanecendo, por consequência, o interesse do autor em obter o provimento jurisdicional invocado.

Com efeito, não se olvida que o sinal ou marca representativa da autarquia apelada seja de fácil reconhecimento, ou mesmo que as iniciais comumente utilizadas para abreviar o nome da pessoa jurídica não possam ser identificadas a partir de uma simples consulta à rede mundial de computadores, conhecida ferramenta de uso indispensável pelos profissionais da área de comunicação.

Nessa medida, vale repisar que *“a Lei 9.279/96, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, em exceção à regra geral, estende a todos os ramos de atividade a proteção de marcas consideradas de alto renome; bem como outorga*

*proteção a determinadas marcas mesmo não estando registradas perante o órgão responsável, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, por serem consideradas marcas notórias, as quais recebem proteção pelo simples fato de serem ostensivamente conhecidas no mercado". (Fl. 157).*

É de se acrescentar, neste ponto, a vedação do registro como marca de “*designação ou sigla de entidade ou órgão público, quando não requerido o registro pela própria entidade ou órgão público*”, inculpada no art. 124, IV, da Lei nº 9.279/96, marco legal de proteção à sigla distintiva da pessoa jurídica de direito público do qual não se distancia o entendimento firmado à fl. 160, nos seguintes termos:

Apesar de consagrarem (resoluções do Comitê Gestor Internet do Brasil - CGI.br), em princípio, a regra geral de que o primeiro a proceder ao registro será seu titular na Internet (“*first come, first server*”), tais disposições colocam como não registráveis não apenas nomes que possam induzir terceiros a erro ou violar direitos de terceiros como expressamente vedam, ainda, o registro de siglas de Estado e de marcas notoriamente conhecidas por ente diverso do seu titular (artigo 1º, parágrafo 1º, da Resolução nº 002/2005), de tal maneira que existem, inclusive, projetos de lei em tramitação cujas propostas convergem no sentido de estender a proteção conferida à marcas registradas junto ao INPI para seu uso nos domínios da Internet (PL 2300/2000, de 12/01/2000; PL 2535/2000, de 01/03/2000; e PL 3576/2000, de 13/09/2000).

Na realidade, o Conselho Federal de Farmácia possui símbolo público e marca representada pela sigla CRF/AL, criados através da Lei nº 3.820/60, assim como a Resolução nº 9, de 29 de outubro de 1962, ao criar entre outros o CRF do Estado de Alagoas o fez sob o oriente da citada legislação federal, tendo sido também adotados pelo Regimento Interno do CRF/AL, autarquia apelada.

Em termos de jurisprudência, colaciono precedente do colendo TRF da 4ª Região, devido a sua pertinência com a matéria dos autos e da problemática envolvendo o uso indevido de símbolos e marcas de entidades de direito público, cuja ementa transcrevo a seguir:

ADMINISTRATIVO. LEGITIMIDADE. COMPETÊNCIA. REGISTRO. DOMÍNIO. INTERNET. LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO. RAZOABILIDADE.

1. Tanto a ré Cnol Produções Virtuais Ltda., quanto a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo - FAPESP, estão legitimadas ao polo passivo da presente ação. A primeira, por ter requerido o registro e por ter utilizado o nome da Casa Legislativa “Congresso Nacional”; a segunda ré, porque competente, por delegação, para realizar as atividades de registros de nomes de domínio, nos termos da Resolução nº 002/98 do Comitê Gestor da Internet no Brasil, teria autorizado o registro do referido nome.

2. A competência não é da Vara da Fazenda Pública da Justiça Estadual do Estado de São Paulo, mas da Justiça Federal, porque, havendo interesse da União Federal, a competência é estabelecida com base no artigo 109, inciso I, da Constituição Federal.

3. As instituições nacionais têm direito à preservação de seu nome, sobretudo quando utilizado pela Constituição Federal, servindo como fator de reconhecimento pelo usuário dos serviços por elas prestados, como é o caso do Congresso Nacional. A utilização privada desses nomes serve para confundir a população.

4. A FAPESP recebeu delegação do Coordenador do Comitê Gestor Internet do Brasil (órgão vinculado ao Ministério da Ciência e Tecnologia), por meio da Resolução nº 002/98, para realizar as atividades de registros de nomes de domínio, distribuição de endereços IPs e sua manutenção na rede eletrônica internet, competindo-lhe cumprir a legislação de regência, especialmente a Resolução nº 001/98 que, dentre outras providências, determina que não são registráveis os nomes “que possam induzir terceiros a erro, como no caso de nomes que representam marcas de alto renome ou notoriamente conhecidas, quando não requeridos pelo respectivo titular, siglas de Estados, de Ministérios, etc”.

5. Não sendo registráveis as siglas de Estados-Membros e de Ministérios, com mais razão, o nome Congresso Nacional. A vedação da resolução é apenas exemplificativa, devendo a restrição incidir sobre os órgãos públicos em geral, garantindo-se, assim, a sua preservação contra eventual utilização irregular ou nociva à população.

6. O artigo 1º da Resolução nº 001/98, do Coordenador do Comitê Gestor Internet do Brasil, dispõe, em seu § 3º que: “A escolha do nome de domínio requerido e a sua adequada utilização são da inteira responsabilidade do requerente, o qual, ao formular o requerimento do registro exime o CG e o executor do registro, se outro, de toda e qualquer responsabilidade por quaisquer danos decorrentes de seu uso indevido, passando a responder por quaisquer ações judiciais ou extra-judiciais que resultem de violação de direitos ou de prejuízos causados a outrem”, entretanto essa regulamentação não pode desonerar a FAPESP, com relação ao registro em si.

7. A responsável pela administração dos registros internet não pode deferir registros em desacordo com a regulamentação a que está obrigada a cumprir.

8. São responsáveis, solidariamente, tanto a Cnol, quanto a FAPESP.

9. Improcedem as alegações da Cnol de que não está fazendo uso indevido dos nomes e de que o óbice pretendido afronta os princípios constitucionais da liberdade de comunicação e da razoabilidade. A restrição à utilização de nomes de órgãos públicos decorre da legislação e não obsta a atividade da ré, que pode registrar qualquer outro domínio na internet, e livremente cumprir sua finalidade social. O que não pode é se valer de nome de órgão público para atrair internautas, numa evidente confusão entre o espaço público e privado.

10. A utilização privada dos nomes “Paraná”, “Brasil”, “República” etc. não autoriza a utilização do nome da Casa Legislativa, tal como foi feito. É no caso concreto que deve ser verificada a inconveniência do registro. Ao utilizar o nome do Congresso Nacional, para veicular notícias relativas ao trabalho legislativo, a confusão é evidente, levando a população a acreditar que se trata de publicação oficial. (TRF4, AC 200070030068450, Rel. Des. Federal MARGARITA BARTH TESSLER, QUARTA TURMA, j. 25/05/2009).

No que se refere à irresignação da parte apelante ao pagamento da verba honorária estipulada em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, registro que a recorrente não logrou êxito em demonstrar, na impugnação ao valor atribuído à causa na inicial, os interesses econômicos envolvidos na lide, circunstância que

impossibilitou a determinação de valor mais adequado à causa pelo Juízo de Primeiro Grau, conforme decisão constante dos autos às fls. 149/150.

Destarte, mantido o valor da causa, nenhum reparo carece a condenação da parte apelante ao pagamento dos honorários de advogado nos moldes do art. 20, § 4º, do CPC, uma vez reconhecida a sua sucumbência pela sentença de fls. 154/161 e 170/171, à vista do princípio da legalidade.

Com essas considerações, nego provimento à presente apelação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 397.019-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS  
Apelantes: USINA CANSANÇÃO DE SINIMBU S/A E FAZENDA NACIONAL  
Apelados: OS MESMOS  
Advs./Procs.: DRS. MARIA FERNANDA QUINTELLA BRANDÃO VILELA E OUTROS

***EMENTA: TRIBUTÁRIO. IPI. USINA. AÇÚCAR. PRODUÇÃO. DESTINO INTERNO E EXTERNO. POSSIBILIDADE DE CREDITAMENTO APENAS PARA A PRODUÇÃO LOCAL. LEI Nº 9.532/97. DECRETO 2.501/98. ATUALIZAÇÃO. CRÉDITOS ESCRITURAIS. IMPEDIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO FISCAL. A DESTEMPO. COMPENSAÇÃO. CRÉDITOS DIVERSOS. POSSIBILIDADE. LEI 9.430/96. RESOLUÇÃO Nº 21/97. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO - INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF 41/2000.***

***- Cinge-se a controvérsia recursal ao debate jurídico concernente à possibilidade de se reconhecer em favor do contribuinte o direito à manutenção dos créditos ao IPI, disciplinado no art.***

**42 da Lei nº 9.532/9, referente às vendas de açúcar para o mercado externo e interno, no período entre janeiro de 1998 a dezembro de 1998.**

**- Depreende-se do texto legal que a compensação se dá com o IPI devido nas saídas de açúcar. Mesmo não se referindo a lei especificamente à saída para o mercado interno, não há como se entender possível a compensação sobre o IPI devido na saída para o mercado externo, se, sobre estas, não incide o IPI. Precedentes (AC 375.569-AL, Des. Marcelo Navarro, julgado em 26/02/2008 e REsp 879536, Min. Francisco Falcão, julgado em 15/05/2007).**

**- Em relação ao mercado interno, o dito percentual a ser considerado, com relação ao Nordeste, foi arbitrado, conforme o Decreto nº 2.501/98, em 85% (oitenta e cinco por cento).**

**- A empresa pode, nos termos dos artigos 73 e 74 da Lei nº 9.430/96, indubitavelmente, pugnar pela dita compensação com créditos de outros tributos federais. No caso se pretende o creditamento de valores relativos ao ano de 1998, sendo possível o referido reconhecimento do direito almejado para compensação com débitos de outras espécies tributárias. No caso, resta possível reconhecimento do pedido do contribuinte para aproveitamento com débitos de natureza diversa.**

**- No que tange, entretanto, à possibilidade de repasse para terceiros, com o propósito de discipliná-lo, foi editada a Resolução nº 21/97, da Receita Federal, que admitiu, inclusive, em seu artigo 15, a transferência para terceiro. Mais adiante, entretanto, por força do disposto na Resolução nº 41/2000, daquele órgão, restou vedada tal transferência. Em tese, era possível esta vedação. O ordenamento jurídico, na realidade, só assegura a compensação, que pressupõe que o credor seja, simultaneamente, devedor, não**

***impondo o dever de acatar o repasse do crédito. Por deliberação da Receita Federal, em determinado contexto, o mesmo foi permitido. Nada impedia, outrossim, que deixasse de sê-lo, atendendo-se para a legalidade da referida Resolução nº 41/2000, já que amparada em dispositivo legal inserto na Lei nº 9.430/96, em seu art. 74.***

***- Apesar de se reconhecer, no caso dos autos, o direito ao contribuinte de compensar os eventuais créditos de IPI com valores referentes a tributos diversos, não verifico possibilidade de reconhecer o direito de que lhe seja concedida a possibilidade de repasse para terceiros. A IN 41/2000, publicada no Diário Oficial da União em 10.04.2000, é anterior ao ajuizamento da ação, que se deu em 08.02.2001, ademais, por mais que se trate de eventuais créditos consubstanciados entre janeiro e dezembro de 1998, há que se atentar que na data de propositura da ação judicial, já se encontrava em vigor o novo diploma que não mais permitia o repasse do creditamento para terceiros.***

***- Em relação à correção mediante a aplicação da Taxa Selic dos valores creditados em favor do contribuinte, por se tratar de créditos escriturais, considerando que no caso presente o contribuinte ingressou em Juízo para ver reconhecido seu direito ao creditamento do IPI, nos moldes reconhecidos nesta decisão, mostra-se cabível a dita atualização/correção do valor escriturado, sob pena de se albergar enriquecimento sem causa em desfavor do sujeito ativo da obrigação tributária.***

***- Insustentável a alegação de que o contribuinte/apelante não pode se beneficiar das benesses previstas na Lei nº 9.532/97, em virtude de aplicação do art. 60 da Lei nº 9.069/95. Não há que se entender a aplicação do dispositivo legal acima transcrito como obstáculo ao reconhecimento do***

***direito à obtenção de créditos devidos com base em IPI pago indevidamente nas saídas de cana-de-açúcar, vez que não se trata de concessão de benefício ou incentivo fiscal, mas de mero reconhecimento do direito do contribuinte.***

***- Por isso, resta inaplicável a exigência de comprovação de regularidade fiscal, vez que, muito embora se possa considerar a Lei nº 9.069/95 como desdobramento do autorizativo constitucional contido no art. 195, § 3º, da Carta Magna (§ 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios). Ademais, configura-se uma situação onde para conceder uma benesse legal de creditamento de IPI, impõe-se requisito não previsto pela lei instituidora do crédito em favor do contribuinte. Tal exegese no sentido de impor exigência para reconhecer determinado incentivo em favor de sujeito passivo da obrigação se demonstra como verdadeira ilegalidade e inconstitucionalidade, já que por mais que esteja previsto na Lei nº 9.069/95 a comprovação de regularidade fiscal para o deferimento de incentivo fiscal, a lei específica deste último silenciou a respeito. Pensar em sentido contrário seria autorizar desvirtuamento do propósito de legislador que pretendeu apenas equalizar as condições de produção de açúcar entre os diversos produtores nacionais.***

***- Em relação aos valores indicados pelo perito judicial, não assiste razão à Fazenda Nacional que impugna a fórmula apresentada pelo contribuinte, já que também se oportunizou à Administração Pública formular seus questionamentos, tendo o expert judicial concluído de acordo com os critérios científicos utilizados e devidamente demonstrados.***

- ***Sucumbência recíproca, ante a contraposição dos interesses pleiteados judicialmente e acolhidos em medidas proporcionais para cada lado.***
- ***Apelação do particular parcialmente provida para reconhecer o direito ao crédito presumido, devidamente corrigido pela taxa Selic e reconhecer o direito à compensação com eventuais débitos de outras espécies tributárias.***
- ***Remessa oficial e apelação da Fazenda Nacional parcialmente providas para reconhecer o direito ao creditamento apenas em relação às operações destinadas ao mercado interno e rejeitar o pedido de compensação de eventuais créditos com débitos de terceiros.***

## **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 parcial provimento à apelação do particular, à remessa e à apelação da Fazenda Nacional, na forma do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 8 de junho de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS  
- Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de remessa necessária e apelações interpostas pela USINA CANSANÇÃO DE SINIMBU S/A E FAZENDA NACIONAL contra sentença que, nos autos de ação ordinária, julgou parcialmente procedente o pedido para reconhecer o direito à manutenção dos créditos ao IPI, incidente sobre todas as saídas de açúcar, mercado interno e externo, bem como garantindo o aproveitamento do crédito comprovado pela autora nos autos, correspondente a R\$ 2.621.393,45 (dois milhões, seiscentos e vinte e um mil, tre-

zentos e noventa e três reais e quarenta e cinco centavos), mediante a compensação com o IPI devido nas saídas do produto da indústria (açúcar), sem aplicação do art. 170-A do CTN, condenando o réu em honorários advocatícios sucumbenciais fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Entendeu o Juiz singular que a Lei nº 9.532/97 estabeleceu um benefício fiscal, na forma de crédito presumido, calculado com base em percentual fixado pelo poder executivo em virtude de diferencial de custo de cana-de-açúcar entre as regiões produtoras do país, tendo o Decreto nº 2.501/98 fixado como base de cálculo do referido benefício o IPI devido nas saídas de açúcar.

Em suas razões recursais, a parte autora requer a reforma da sentença *a quo*, para que tenha direito à aplicação da taxa Selic sobre o crédito presumido de IPI, mediante aplicação da jurisprudência pacífica do STJ e STF. Insurge-se também por entender fazer jus à possibilidade de compensação do saldo residual do crédito presumido do IPI, na forma da SRF 21/97, mediante a compatibilidade entre o art. 42 da Lei nº 9.532/97 e art. 74 da Lei nº 9.430/96.

A Fazenda Nacional, por sua vez, sustentou: I) o contribuinte/apelante não pode se beneficiar das benesses previstas na Lei nº 9.532/97, mediante a observância do art. 195, § 3º, da Constituição Federal, já que está em débito com a seguridade social e com a Secretaria da Receita Federal; II) o crédito presumido em tela é fixado pelo art. 42 da Lei nº 9.532/97 e Decreto nº 2.501/98 em relação ao IPI devido, não se configurando a presença deste último nas saídas de açúcar para o mercado externo (art. 153, § 3º, inciso III da Constituição Federal; III) o perito judicial encontrou valores distorcidos, já que a fórmula apresentada pelo contribuinte se originou em interpretação equivocada dos dispositivos constitucionais e legais aplicáveis à espécie; IV) impossibilidade de correção monetária ou taxa Selic em créditos escriturais; V) impossibilidade de compensação com qualquer tributo, débitos de terceiros, mediante a legalidade da instrução normativa nº 41/2000 e aplicabilidade imediata da Lei nº 10.637/2002.

Foram apresentadas contrarrazões recursais.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Cinge-se a controvérsia recursal ao debate jurídico concernente à possibilidade de se reconhecer em favor do contribuinte o direito à manutenção dos créditos ao IPI, disciplinado no art. 42 da Lei nº 9.532/9, referente às vendas de açúcar para o mercado externo e interno, no período entre janeiro de 1998 a dezembro de 1998.

O referido art. 42 da Lei 9.532/97, atualmente revogado pela Lei 9.779/99, assim determinava:

Art. 42. Os estabelecimentos produtores de açúcar de cana, localizados nos estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo e em estados das regiões Norte e Nordeste, terão direito a crédito presumido, calculado com base em percentual, fixado pelo Poder Executivo em virtude do diferencial de custo da cana-de-açúcar entre as regiões produtoras do País, a ser aplicado sobre o valor do produto saído do estabelecimento e compensado com o IPI devido nas saídas de açúcar.

Como se pode verificar, a compensação se dá com o IPI devido nas saídas de açúcar. Mesmo não se referindo a lei especificamente à saída para o mercado interno, não há como se entender possível a compensação sobre o IPI devido na saída para o mercado externo, se, sobre estas, não incide o IPI.

A questão já foi enfrentada por esta Corte e outros regionais, resolvendo situações assemelhadas:

Tributário. Crédito presumido de IPI. Saída de açúcar para o mercado externo. Impossibilidade. Ausência de direito líquido e certo.

1. Na hipótese, não é aplicável a compensação prevista no art. 66 da Lei 8.383/91 com os créditos presumidos de IPI, porque tais créditos são regulados por lei especial, não se admitindo, quanto a esta, interpretação extensiva, consoante preconiza o art. 111, do CTN.

2. Nos termos do art. 42 da Lei 9.532/97, a compensação do crédito presumido de IPI se dá com o IPI devido nas saídas de açúcar. Não há como se entender possível a

compensação sobre o IPI devido na saída para o mercado externo, se, sobre estas, não incide o IPI.

3. O ato, apontado como coator, se firmando de acordo com posicionamento do STJ e desta Corte, em três de suas turmas, não se reveste de nenhuma ilegalidade ou arbitrariedade, de maneira a não se vislumbrar direito líquido e certo.

4. Precedentes: REsp 889055, Min. Luiz Fux, julgado em 07/10/2008; REsp 879536, Min. Francisco Falcão, julgado em 15/05/2007; AMS 78341, Des. Vladimir Souza Carvalho, 3ª Turma, julgado em 02/10/2008; AC 375.569-AL, Des. Marcelo Navarro, julgado em 26/02/2008; EDAMS 82123-RN, Des. Francisco Cavalcanti, julgado em 10/08/2004.

5. Apelação improvida.

(AMS 200080000061468, Desembargador Federal Maximiliano Cavalcanti, TRF5 - Terceira Turma, 31/07/2009).

Tributário. Não há crédito presumido do IPI nas saídas do açúcar para o mercado externo. Precedentes jurisprudenciais da Casa: EDAMS 82123-RN, Des. Francisco Cavalcanti, *DJU-II* 22.09.2004, p. 693; AC 375.569-AL, Des. Marcelo Navarro, *DJU-II* 02.04.2008, p. 925. Exegese do art. 42 da Lei 9.532, de 10 de dezembro de 1997. O ato, no caso, o parecer formulado, no âmbito da Secretaria da Receita Federal, ante pedido de ressarcimento de crédito, a adotar o posicionamento apontado, não se reveste de nenhuma ilegalidade ou arbitrariedade, inexistindo, em consequência, direito líquido e certo a ser protegido. Proviamento do apelo [AMS 78341, Des. Vladimir Souza Carvalho, 3ª Turma, julgado em 02/10/2008].

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535 DO CPC. ALEGADA CONTRADIÇÃO. PARTE EMBARGADA OUVIDA. CONTRADIÇÃO EVIDENTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROVIDOS. CONTRADIÇÃO SUPRIDA.

1. A Lei nº 9.532/97 ao criar o crédito presumido do IPI remeteu ao Poder Executivo a competência para definir o quantum do crédito concedido (em face do diferencial de custo da cana-de-açúcar entre as regiões produtoras do País), o Decreto do Poder Executivo nº 2.501/98, por sua vez, delimitou o crédito presumido em 85% do valor do IPI devido nas saídas de açúcar.

2. O acórdão atacado entendeu que o Decreto nº 2.501/98 seria ilegal (sob a fundamentação de que teria alterado a

base de cálculo da isenção), no entanto, não apenas declarou sua ilegalidade, mas definiu o crédito presumido do IPI que seria devido, arrogando-se o papel de legislador positivo, o que é obviamente, afrontoso ao texto constitucional, como o STF vem, há muito se posicionando (RE 188951 / SP).

3. A substituição da base de cálculo definida pelo Decreto nº 2.501/98 criou, de fato, isenção não prevista em lei, em razão da interpretação do Poder Judiciário, colidindo, portanto, com o posicionamento do STF. Anota-se, ainda, que a isenção criada pela legislação fiscal foi inteiramente descharacterizada pelo acórdão atacado, pois o mesmo criou isenção sem atentar para a finalidade única de sua criação, qual seja: “o diferencial de custo da cana-de-açúcar entre as regiões produtoras do país”.

4. Os cálculos elaborados pelo Poder Executivo que resultaram na isenção definida no Decreto atacado, foram completamente esquecidos pelo Acórdão atacado, resultando numa contradição evidente. O Acórdão atacado, ao mesmo tempo que pretende conceder a isenção fiscal, afasta-se da própria norma que defende, por não lhe respeitar os objetivos.

5. Os produtos destinados ao exterior já possuem imunidade tributária, pelo próprio texto constitucional e, dessa forma, a interpretação fornecida pelo acórdão recorrido cria, de fato, figura conhecida como “crédito-prêmio”, o que há muito foi banido da legislação em vigor, por violar as regras básicas de comércio internacional [O chamado “crédito-prêmio” do IPI, em face do art. 1º, II, do DL nº 491/69, já foi expurgado de nosso ordenamento jurídico desde 1983 (1ª Turma do STJ - REsp 591.708/RS, em 08/06/2004)]. (2002.84.00.001285-2/01)

6. De qualquer modo analisando o texto do art. 42 da Lei nº 9.532/97 constata-se que a alegada criação de crédito presumido (na forma lavrada no acórdão recorrido) para os produtores de cana-de-açúcar (os quais são, sabidamente, dedicados em grande parte à exportação) levaria a situação absurda, consistente no fato de que os valores devidos a título do IPI seriam integralmente compensáveis com o valor do crédito presumido e ainda sobriariam elevados valores de crédito presumido do IPI à livre utilização dos produtores.

7. Convém, ainda, ressaltar que art. 42 da Lei nº 9.532/97

já indicou o objetivo do crédito presumido do IPI, o qual foi concebido “em virtude do diferencial de custo da cana-de-açúcar entre as regiões produtoras do país”.

8. O crédito presumido do IPI (art. 42 da Lei nº 9.532/97) se destina ao mercado interno e não ao mercado externo, pois os produtores da Região Nordeste, já há muito, independentemente de qualquer crédito fiscal, são competitivos no mercado internacional.

9. O diferencial de custo da produção da cana-de-açúcar entre os produtores da Região Sudeste e da Região Nordeste somente é relevante para o mercado interno, uma vez que os preços mais baixos do Sudeste, de fato, sem qualquer subsídio, poderiam inviabilizar as vendas internas dos produtores da Região Nordeste. No mercado externo a vantagem fiscal em tela não possui qualquer sentido, uma vez que os produtores da Região Sudeste em nada interferem nas vendas dos Produtores da Região Nordeste.

10. Embargos de declaração providos para suprir a contradição, na forma exposta no Voto.

**Tributário. Açúcar. IPI. Crédito presumido. Exportação. Impossibilidade. Não é possível a utilização do crédito presumido de IPI, como dispõe o art. 42 da Lei nº 9.532/97, na saída de açúcar para o mercado externo, já que tal operação não se faz presente a incidência do referido tributo [AC 375.569-AL, Des. Marcelo Navarro, julgado em 26/02/2008].**

O Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no mesmo sentido:

TRIBUTÁRIO. CRÉDITO PRESUMIDO DO IPI. CANA-DE-AÇÚCAR. EXPORTAÇÃO. LEI 9.532/97.

1. O art. 42 da Lei 9.532/97 institui crédito presumido em favor das regiões produtoras de açúcar de cana situadas no Norte e Nordeste, bem assim nos estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo, como forma de equilibrar a relação concorrencial com as demais regiões produtoras, em decorrência do manifesto diferencial de produção, dando azo a uma desoneração tributária a ser especificada pelo Poder Executivo.

2. *In casu*, o crédito presumido é calculado com base em percentual a ser aplicado sobre o valor do produto saído e

compensado com o IPI devido na respectiva saída do açúcar.

3. A seu turno, a Constituição Federal, em seu art. 153, § 3º, III, estatui que, *litteris*: “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: (...) IV - produtos industrializados; (...) § 3º O imposto previsto no inciso IV: (...) III - não incidirá sobre produtos industrializados destinados ao exterior”.

4. Nesse diapasão, é forçoso concluir que o crédito presumido não incide sobre valores relativos à exportação, porque nesta operação não há a incidência do IPI, por expressa determinação constitucional, o que, por si só, tem o condão de afastar o benefício fiscal em tela, por contrariar a norma insculpida no art. 42 da Lei nº 9.532/97, que prevê a compensação entre o crédito presumido e o IPI devido na saída do açúcar. (Precedente: REsp 879.536/AL, DJ 11.06.2007)

5. As normas isentivas, consoante o disposto no art. 111 do CTN, devem ser interpretadas literalmente.

6. Recurso especial desprovido.

(REsp 200602186564, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, 03/11/2008)

TRIBUTÁRIO. CRÉDITO PRESUMIDO DO IPI. CANA DE AÇÚCAR. EXPORTAÇÃO. LEI 9.532/97.

1. O art. 42 da Lei 9.532/97 institui crédito presumido em favor das regiões produtoras de açúcar de cana situadas no Norte e Nordeste, bem assim nos estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo, como forma de equilibrar a relação concorrencial com as demais regiões produtoras, em decorrência do manifesto diferencial de produção, dando azo a uma desoneração tributária a ser especificada pelo Poder Executivo.

2. *In casu*, o crédito presumido é calculado com base em percentual a ser aplicado sobre o valor do produto saído e compensado com o IPI devido na respectiva saída do açúcar.

3. A seu turno, a Constituição Federal, em seu art. 153, § 3º, III, estatui que, *litteris*: “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: (...) IV - produtos industrializados; (...) § 3º O imposto previsto no inciso IV: (...) III - não incidirá sobre produtos industrializados destinados ao exterior”.

4. Nesse diapasão, é forçoso concluir que o crédito presumido não incide sobre valores relativos à exportação, porque nesta operação não há a incidência do IPI, por expressa determinação constitucional, o que, por si só, tem o condão de afastar o benefício fiscal em tela, por contrariar a norma insculpida no art. 42 da Lei nº 9.532/97, que prevê a compensação entre o crédito presumido e o IPI devido na saída do açúcar. (Precedente: REsp 879.536/AL, DJ 11.06.2007).

5. As normas isentivas, consoante o disposto no art. 111 do CTN, devem ser interpretadas literalmente. Recurso especial desprovido.

(REsp 889055, Min. Luiz Fux, julgado em 07/10/2008).

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEI 9.532/97. CRÉDITO PRESUMIDO DO IPI. SAÍDAS PARA O EXTERIOR. COMPENSAÇÃO COM TRIBUTOS DIVERSOS ADMINISTRADOS PELA RECEITA FEDERAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

I - O presente feito desenvolve-se em face do mandado de segurança que busca a expedição dos Documentos Comprobatórios de Compensação - DCCs, relativos à compensação dos créditos presumidos obtidos com o programa de equalização dos custos da cana-de-açúcar, com débitos tributários junto à receita federal.

II - A presente demanda foi ajuizada em 04/10/2000, quando estava em vigor a Lei nº 9.430/96, sem as alterações da Lei nº 10.637/2001. Naquela época, havia permissão legal para a compensação entre tributos de espécies diversas administrados pela Secretaria da Receita Federal, entretanto, somente mediante requerimento à SRF e o cumprimento das disposições contidas nos artigos 73 e 74 daquele diploma, os quais, na época, ainda não possibilitavam a compensação pelo próprio contribuinte sob condição resolutória. Precedentes: AgRg no REsp nº 869.954/SP, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ de 29/03/2007 e REsp nº 794.392/RJ, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 19/12/2005.

III - Por tal entendimento estaria mesmo o *mandamus* a carecer do direito líquido e certo, necessário no âmbito do mandado de segurança. Ademais, *ad argumentandum tantum*, mesmo que afastado este empeco, o recorrente não poderia aproveitar crédito presumido de IPI sobre as saí-

das de açúcar para o exterior, porquanto não há incidência de IPI na exportação do produto. Precedentes: REsp nº 879.536/AL, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, *DJ* de 11/06/2008 e REsp nº 889.055/PE, Rel. Min. LUIZ FUX, *DJe* de 03/11/2008.

IV - Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg-AgRg-REsp 1.015.453 - (2007/0296203-1) - 1ª T. - Rel. Min. Francisco Falcão - *DJe* 11.03.2009 - p. 130).

Em relação ao mercado interno, o dito percentual a ser considerado, com relação ao Nordeste, foi arbitrado, conforme o Decreto nº 2.501/98, em 85% (oitenta e cinco por cento).

O referido ato emanado do Poder Executivo não extrapolou os limites legais, devendo ser aplicado.

Assim, tem se posicionado a jurisprudência deste Tribunal:

1302068327 JLEI9532.42. TRIBUTÁRIO. CRÉDITO PRESUMIDO DO IPI. ART. 2º DO DECRETO Nº 2.501/98. LEI Nº 9.532/97. NÃO CREDITAMENTO.

**I. O art. 2º do Decreto nº 2.501/98 não extrapolou os limites impostos pela norma inserta no art. 42 da Lei nº 9.532/97. Precedente.**

**II. Outra não pode ser a interpretação dada ao artigo 2º do Decreto nº 2.501/98, senão a de que o percentual para cálculo do crédito incide sobre o valor do IPI devido na saída do açúcar e não, como pretende a apelante, sobre o valor do produto saído do estabelecimento, sob pena de desvirtuar o crédito presumido.**

III. Ausente a incidência do IPI nas operações de exportação, em face da isenção já prevista, não há que se falar em direito ao crédito presumido do citado imposto, uma vez que este não é devido.

IV. APELAÇÃO IMPROVIDA.

(TRF-5ª R. - AC 2005.80.00.003706-3 - 4ª T. - Rel. Des. Fed. Conv. Ivan Lira de Carvalho - *DJU* 14.12.2006 - p. 528).

É imperioso salientar que o dispositivo legal comentado define, com precisão, a base de cálculo a ser utilizada para a apuração do aludido crédito presumido que é “o valor do produto saído do estabelecimento”. Mais adiante, estabelece que o montante será

compensado com o IPI devido, ou seja, poderá ser empregado para reduzir a importância a ser paga a título do referido imposto.

Tal crédito presumido, que resultou da necessidade de assegurar a igualdade de condições, afastando a defasagem inerente à situação de desvantagem em que se encontram as empresas sediadas nas regiões mencionadas.

A empresa pode, nos termos dos artigos 73 e 74 da Lei nº 9.430/96, indubitavelmente, pugnar pela dita compensação com créditos de outros tributos federais.

No caso se pretende o creditamento de valores relativos ao ano de 1998, sendo possível o referido reconhecimento do direito almejado para compensação com débitos de outras espécies tributárias.

TRIBUTÁRIO. COFINS. COMPENSAÇÃO COM TRIBUTOS DE ESPÉCIES DIVERSAS. IMPOSSIBILIDADE. INICIAL INTERPOSTA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 10.637/02. PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO NO RESP 720.966/ES. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

1 - Agravo regimental que não trouxe nenhum argumento capaz de infirmar a decisão agravada. Pretensão, apenas, de rejuízo da causa sem nova argumentação.

2 - Cuida-se de questão pacificada no âmbito desta Corte quando do julgamento do REsp 720.966/ES, de relatoria da e. Ministra Eliana Calmon, afetado à 1ª Seção pela 2ª Turma, no qual se adotou a seguinte solução: (a) até 30.12.91, não havia, em nosso sistema jurídico, a figura da compensação tributária; (b) de 30.12.91 a 27.12.96, havia autorização legal apenas para a compensação entre tributos da mesma espécie, nos termos do art. 66 da Lei nº 8.383/91; (c) de 27.12.96 a 30.12.02, era possível a compensação entre valores decorrentes de tributos distintos, desde que todos fossem administrados pela Secretaria da Receita Federal e que esse órgão, a requerimento do contribuinte, autorizasse previamente a compensação, consoante o estabelecido no art. 74 da Lei nº 9.430/96; (d) a partir de 30.12.02, com a nova redação do art. 74 da Lei 9.430/96, dada pela Lei nº 10.637/02, foi autorizada, para os tributos administrados pela Secretaria da Receita Fe-

deral, a compensação de iniciativa do contribuinte, mediante entrega de declaração contendo as informações sobre os créditos e débitos utilizados, cujo efeito é o de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

3 - No presente caso, a demanda foi proposta em 15/3/2000, razão pela qual deve ser aplicada a Lei 9.430/1996, que dispõe ser indispensável o requerimento da contribuinte à Secretaria da Receita Federal, para ver possibilitada a compensação dos valores pagos indevidamente a título de COFINS. Porém, verifica-se nos autos que, além do acórdão recorrido não fazer qualquer menção acerca da existência de requerimento administrativo realizado pelas contribuintes na Secretaria da Receita Federal para fins de compensação tributária, inexistente tal documento nos autos, não estando demonstrado, dessa forma, o cumprimento do requisito exigido no art. 74 da Lei 9.430/96.

4 - Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg-AI 1.092.752 - (2008/0187539-9) - 2ª T - Rel. Min. Mauro Campbell Marques - DJe 19.08.2009 - p. 252).

Com efeito, como na data do requerimento de compensação, já estava em vigor a redação do art. 74 da Lei nº 9.430/96, resta possível o reconhecimento do pedido do contribuinte para aproveitamento com débitos de natureza diversa.

No que tange, entretanto, à possibilidade de repasse para terceiros, por força do disposto na Resolução nº 41/2000, daquele órgão, restou vedada tal transferência.

Em tese, era possível esta vedação. O ordenamento jurídico, na realidade, só assegura a compensação, que pressupõe que o credor seja, simultaneamente, devedor, não impondo o dever de acatar o repasse do crédito. Por deliberação da Receita Federal, em determinado contexto, o mesmo foi permitido. Nada impedia, outrossim, que deixasse de sê-lo.

Atente-se para a legalidade da referida Resolução nº 41/2000, já que amparada em dispositivo legal inserto na Lei nº 9.430/96, em seu art. 74.

Esta egrégia Corte se manifestou neste sentido, analisando situação análoga:

TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. ARTIGO Nº 151, INCISO III, DO CTN. INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF 41/2000. LEIS NS. 9.430/96, 10.883/03 E 11051/2004.

I - A IN 41/2000 revogou expressamente o art. 15 da IN 21/97, passando a proibir a transferência de créditos a terceiros, o que posteriormente veio a constar expressamente da lei 9.430/96, no art. 74, § 12, II, *a*, com a redação incluída pela lei 11.051/2004.

**II - Não há ilegalidade na vedação contida no art. 1º da Instrução Normativa 41/2000 da SRF, porquanto amparada no art. 74 da Lei 9.430/96 (redação vigente à época).**

**III - Cabe frisar, no tocante à nova redação do artigo acima referido, que “será considerada não declarada a compensação nas hipóteses em que o crédito seja de terceiros” (art. 74, § 12, II, *a*, da Lei 9.430/96, com as alterações promovidas pela Lei 11.051/2004).**

IV - Inclusive, no presente caso, o pedido de ressarcimento dos alegados créditos de IPI cedidos às impetrantes, formulados anteriormente pela cessionária, já havia sido apreciado pela Administração, concluindo-se pela inexistência do saldo credor. Ora, tendo sido a questão já analisada, não se pode determinar que a ré mais uma vez aprecie o fato questionado, através de manifestação de inconformismo, devendo ser observada a IN SRF nº 460/2004.

V - APELAÇÃO IMPROVIDA.

(TRF-5ª R. - AC 2007.83.00.002126-5 - (448540/PE) - 4ª T. - Rel. Des. Fed. Conv. Ivan Lira de Carvalho - DJU 08.09.2008 - p. 435).

Apesar da legalidade conferida à referida normatização, não se pode emprestar efeitos retroativos à referida Resolução, para inviabilizar a transferência de crédito presumido cujo pedido de compensação tenha sido efetuado anteriormente à alteração da legislação aplicável ao caso.

A esse respeito, transcrevo precedentes do colendo STJ:

TRIBUTÁRIO. IPI. DIREITO AO CREDITAMENTO. INSUMOS TRIBUTADOS E PRODUTO FINAL IMUNE. INSUMOS ISENTOS, NÃO-TRIBUTADOS OU TRIBUTADOS À ALÍQUOTA ZERO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECI- DIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO

CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1 - Fundando-se o Acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao colendo STF, e a competência traçada para este eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional.

2 - Precedentes jurisprudenciais: AgRg no Ag 740534/MG; 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* de 14/12/2006; REsp 717025/RN, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ* 28/03/2006; REsp 645186/PE, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* 27/09/2004.

3 - *In casu*, o acórdão impugnado tratou da matéria de fundo embasando-se em fundamentos de natureza eminentemente constitucional, ao consignar a impossibilidade de de crédito de IPI relativo à aquisição de insumos não-tributados ou tributados à alíquota zero, por não estarem abarcados pelo conceito inerente ao princípio da não-cumulatividade. Precedente: AgRg no REsp 696.123/RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, *DJ* 30.04.2007.

4 - *Ad argumentandum tantum*, a jurisprudência do STJ perfilhava entendimento conforme o posicionamento do Pretório Excelso, no julgamento do RE 358493, em 12.12.2002, no sentido de se estender o direito de aproveitamento dos créditos de IPI no caso da aquisição de produtos isentos, em decorrência do princípio da não-cumulatividade, também à hipótese de aquisição de insumos, matéria prima e produtos intermediários tributados à alíquota zero e não-tributados.

5 - O Pleno do Supremo Tribunal Federal, não obstante, em 25/06/2007, deu provimento ao RE 353.657/PR, cujo acórdão restou publicado em 07/03/2008, reformulando o entendimento no tocante à questão relativa ao direito do contribuinte ao crédito de IPI nas hipóteses de aquisição de matéria-prima, insumos ou produtos intermediários não tributados ou tributados com alíquota zero. A novel jurisprudência posicionou-se no sentido de que a não-cumulatividade pressupõe, salvo previsão contrária da própria Constituição Federal, tributo devido e recolhido anteriormente e que, na hipótese de não-tributação ou de alí-

quota zero, não existiria sequer parâmetro normativo para se definir a quantia a ser compensada. Ressaltou, ainda, que tomar de empréstimo a alíquota final relativa a operação diversa resultaria em criação normativa do Judiciário, incompatível com sua competência constitucional.

6 - O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

7 - Recurso especial da empresa não conhecido.

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. IPI. CREDITAMENTO. INSUMOS TRIBUTADOS E PRODUTO FINAL IMUNE. INSUMOS ISENTOS, NÃO-TRIBUTADOS OU TRIBUTADOS À ALÍQUOTA ZERO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. ART. 11 DA LEI 9.799/99. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS DE IPI RELATIVOS À AQUISIÇÃO DE MATÉRIA-PRIMA E PRODUTOS INTERMEDIÁRIOS TRIBUTADOS, NOS MOLDES DA LEI 9.430/96. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO COM CRÉDITOS DE TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE. IN 41/00. LEGALIDADE.

1 - O reconhecimento de aproveitamento de crédito, decorrente da regra da não-cumulatividade, estabelecida pelo texto constitucional, difere da hipótese de restituição, na qual se discute pagamento indevido ou a maior, razão pela qual não há que se cogitar da aplicação do artigo 168 do CTN, incidindo à espécie o Decreto nº 20.910/32, que estabelece o prazo prescricional de cinco anos, contados a partir do ajuizamento da ação. (Precedentes da Corte: REsp 554445/SC; 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 17/10/2005; EREsp 427448/RS; 1ª Seção, desta Relatoria, *DJ* 26/09/2005; REsp nº 541.633/SC, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* de 11/10/2004; REsp nº 554.794/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* de 11/10/2004; AgRg no AG nº 571.450/SC, Rel. Min. Denise Arruda, *DJ* de 27/09/2004).

2 - O aproveitamento de crédito escritural, decorrente da não-cumulatividade do IPI, limita-se ao abatimento do valor devido na saída dos produtos industrializados com a transferência de eventuais saldos, em cada período, aos períodos subsequentes; enquanto que na repetição do in-

débito, há efetivamente um recolhimento indevido do tributo, razão pela qual o contribuinte recorre ao judiciário, com vistas à restituição ou compensação tributária.

4 - Sob esse enfoque, desde que resguardado o direito do contribuinte do IPI de creditar-se do imposto, a implementação do princípio da não-cumulatividade excluía a repetição do indébito e a compensação de tributos da mesma espécie ou de espécies diferentes, de molde que autorizá-las implicaria violar a legalidade estrita tributária. Por isso que os sucessivos regimes aplicáveis à restituição do indébito tributário não se aplicavam ao creditamento de valores de IPI decorrente do mecanismo da não-cumulatividade, até a edição da Lei 9.779/99, com a qual surgiu a possibilidade de compensação dos créditos escriturais com outros tributos federais, na forma dos arts. 73 e 74 da Lei 9.430/96.

5 - A compensação tributária deve observar o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, por isso que se verifica, *in casu*, que a demanda foi ajuizada em 25/10/2001, já sob a égide da Lei 9.779/99, revelando inequívoco o direito das recorrentes à compensação dos créditos de IPI, nos moldes do art. 74 da Lei 9.430/96.

6 - A IN 21/97, em seu art. 15, permitia que o contribuinte transferisse a terceiros a parcela do crédito a ser restituído ou ressarcido que excedesse o total de seus débitos, sendo certo que essa norma legal foi expressamente revogada pela IN 41/00, que proibiu a transferência de créditos a terceiros, o que posteriormente veio a constar expressamente da Lei 9.430/96, no art. 74, § 12, II, a, com a redação incluída pela Lei 11.051/2004.

7 - É cediço na Corte que, se o legislador ordinário deixou ao critério de conveniência e oportunidade da Secretaria Receita Federal o exame dos pedidos de compensação de tributos, nada dispendo especificamente sobre o direito de transferência de créditos a terceiros, inexistente qualquer ilegalidade na proibição, porquanto não há colidência com as disposições da Lei 9.430/96. (Precedentes: REsp 653.553/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, DJ 13.09.2007; REsp 677.874/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, DJ 24.04.2006; REsp 640031/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, DJ 19.12.2005).

8 - Recurso especial da Fazenda Nacional parcialmente provido.

(STJ - REsp 811.486 - (2006/0010651-6) - 1ª T - Rel. Min. Luiz Fux - DJe 13.05.2009 - p. 234).

Apesar de se reconhecer, no caso dos autos, o direito ao contribuinte de compensar os eventuais créditos de IPI com valores referentes a tributos diversos, não verifico possibilidade de reconhecer o direito de que lhe seja concedida a possibilidade de repasse para terceiros. A IN 41/2000, publicada no Diário Oficial da União em 10.04.2000, é anterior ao ajuizamento da ação, que se deu em 08.02.2001, ademais, por mais que se trate de eventuais créditos consubstanciados entre janeiro e dezembro de 1998, há que se atentar que na data de propositura da ação judicial, já se encontrava em vigor o novo diploma que não mais permitia o repasse do creditamento para terceiros.

Em relação à correção mediante a aplicação da Taxa Selic dos valores creditados em favor do contribuinte, por se tratar de créditos escriturais, o STJ firmou entendimento no seguinte sentido:

TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO. IPI. INSUMOS ISENTOS, NÃO TRIBUTADOS OU TRIBUTADOS À ALÍQUOTA ZERO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CRÉDITO-PRÊMIO. SISTEMÁTICA DA NÃO-CUMULATIVIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA. SELIC.

1 - Por se restringir a competência atribuída pelo art. 105, III, da CF/88 ao STJ à uniformização da interpretação da lei federal infraconstitucional, não se conhece de recurso cuja matéria recorrida tem contornos eminentemente constitucionais.

2 - A competência do STJ, nos termos do art. 105, III, da Constituição, restringe-se à uniformização da aplicação da lei federal infraconstitucional, e o exame da irresignação apresentada significaria usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal para exame de matéria constitucional.

3 - A jurisprudência do STJ firmou entendimento no sentido de ser de cinco anos o prazo prescricional das ações que visam ao recebimento do crédito-prêmio do IPI, sendo atingidas as parcelas anteriores ao quinquênio que precedeu a propositura da ação, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32.

**4 - A jurisprudência do STJ e do STF é no sentido de ser indevida a correção monetária dos créditos escri-**

**turais de IPI, relativos a operações de compra de matérias-primas e insumos empregados na fabricação de produto isento ou beneficiado com alíquota zero. Todavia, é devida a correção monetária de tais créditos quando o seu aproveitamento, pelo contribuinte, sofre demora em virtude de resistência oposta por ilegítimo ato administrativo ou normativo do Fisco.** É forma de se evitar o enriquecimento sem causa e de dar integral cumprimento ao princípio da não-cumulatividade. Precedentes do STJ e do STF. Precedentes: EREsp 430.498/RS, 1ª Seção, Min. Humberto Martins, *DJ* de 07.04.2008, EREsp 465.538/RS, 1ª Seção, Min. Herman Benjamin, *DJ* de 01.10.2007 e EREsp 530.182/RS, 1ª Seção, Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* de 12.09.2005.

5 - Os índices a serem utilizados nas atualizações dos valores, na esteira da orientação assentada na 1ª Seção em matéria análoga (repetição e compensação tributárias) são os seguintes: (a) a ORTN de 1964 a fevereiro/86; (b) a OTN de março/86 a dezembro/88; (c) a BTN de março/89 a fevereiro/90; (d) o IPC, nos períodos de janeiro e fevereiro/1989 e março/1990 a fevereiro/1991; (e) o INPC de março a novembro/1991; (f) o IPCA - Série especial - Em dezembro/1991; (g) a UFIR de janeiro/1992 a dezembro/1995; (h) a Taxa SELIC a partir de janeiro/1996.

6 - Recurso especial a que se dá parcial provimento.

(STJ - REsp 1.107.454 - (2008/0166799-0) - 1ª T - Rel. Min. Teori Albino Zavascki - *DJe* 21.05.2009 - p. 315)

**TRIBUTÁRIO. IPI. CREDITAMENTO. PRODUTOS ADQUIRIDOS PELO CONTRIBUINTE. ISENÇÃO. ALÍQUOTA ZERO. NÃO TRIBUTAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA EM CARÁTER EXCEPCIONAL. ILEGÍTIMA OPOSIÇÃO DO FISCO. SELIC. LEGALIDADE. PRECEDENTES.**

1 - Quanto à incidência de correção monetária dos créditos escriturais do IPI, é remansosa a jurisprudência no sentido de que é devida a correção dos créditos decorrentes da aquisição de insumos e matéria-prima utilizados na fabricação de produtos sujeitos à alíquota zero, isentos ou não tributados, quando o ente público impõe resistência ao aproveitamento dos créditos.

**2 - Havendo obstáculo ao aproveitamento desses créditos, com o conseqüente ingresso na via judicial,**

**posterga-se o reconhecimento do direito perseguido, do que se conclui que a atualização monetária impede o enriquecimento sem causa do Fisco. Precedentes do e. STJ.**

**3 - Óbice normativo imposto pelo Fisco ao aproveitamento dos créditos através da IN SRF nº 23/97, que impediu o creditamento pretendido sendo assegurado somente mediante ação judicial, através do REsp nº 617733, 1ª Turma, STJ.**

**4 - O crédito escritural que não fora reconhecido no momento próprio, ganha identidade distinta, devendo, assim, ser reconhecido e preservado o seu valor real pela correção monetária, que *in casu*, dar-se-á com a aplicação da taxa Selic (EResp 468.926/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 27.6.2005).**

5 - Inviável a cumulação da taxa SELIC com quaisquer outros índices de correção monetária ou de juros, em função de sua natureza dúplice.

6 - Quanto ao prazo prescricional a ser considerado, a jurisprudência das 1ª e 2ª Turmas da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, nas ações que visam ao reconhecimento do direito ao creditamento escritural do IPI, o prazo prescricional é de cinco anos, sendo atingidas as parcelas anteriores ao quinquênio que antecede a propositura da ação.

7 - *In casu*, as diferenças decorrentes dos recolhimentos indevidos a título de IPI podem ser compensadas com débitos vencidos e vincendos relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

8 - A compensação pode ser realizada apenas com o trânsito em julgado. Inteligência da lei Complementar 104/2001, que introduziu no Código Tributário o art. 170-A, segundo o qual “é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial”.

9 - Quanto aos honorários advocatícios, nas causas em que vencida a Fazenda Pública, o parágrafo 4º do art. 20 do CPC prevê a sua fixação consoante apreciação equitativa. Destarte, fixo-os em R\$ 1.000,00 (hum mil reais).

10 - Apelação do particular provida.

(TRF-5ª R. - AC 2005.81.00.007446-3 - (405062/CE) - 1ª T.  
- Rel. Des. Fed. Ubaldo Ataíde - DJU 30.09.2008 - p. 551).

Considerando que no caso presente o contribuinte ingressou em Juízo para ver reconhecido seu direito ao creditamento do IPI, nos moldes reconhecidos nesta decisão, mostra-se cabível a dita atualização/correção do valor escriturado, sob pena de se albergar enriquecimento sem causa em desfavor do sujeito ativo da obrigação tributária.

Insustentável a alegação de que o contribuinte/apelante não pode se beneficiar das benesses previstas na Lei nº 9.532/97, em virtude de aplicação do art. 60 da Lei nº 9.069/95.

Pertinente ao caso, transcrevo termos do dispositivo invocado como impeditivo à concessão do direito ao creditamento pretendido:

Art. 60. A concessão ou reconhecimento de qualquer incentivo ou benefício fiscal, relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal fica condicionada à comprovação pelo contribuinte, pessoa física ou jurídica, da quitação de tributos e contribuições federais. (Vide Lei nº 11.128, de 2005).

Não há que se entender a aplicação do dispositivo legal acima transcrito como obstáculo ao reconhecimento do direito à obtenção de créditos devidos com base em IPI pago indevidamente nas saídas de cana-de-açúcar, vez que não se trata de concessão de benefício ou incentivo fiscal, mas de mero reconhecimento do direito do contribuinte.

Por isso, resta inaplicável a exigência de comprovação de regularidade fiscal, vez que, muito embora se possa considerar a Lei nº 9.069/95 como desdobramento do autorizativo constitucional contido no art. 195, § 3º, da Carta Magna (§ 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios).

Ademais, configura-se uma situação onde para conceder uma benesse legal de creditamento de IPI, impõe-se requisito não previsto pela lei instituidora do crédito em favor do contribuinte. Tal

exegese no sentido de impor exigência para reconhecer determinado incentivo em favor de sujeito passivo da obrigação se demonstra como verdadeira ilegalidade e inconstitucionalidade, já que por mais que esteja previsto na Lei nº 9.069/95 a comprovação de regularidade fiscal para o deferimento de incentivo fiscal, a lei específica deste último silenciou a respeito. Pensar em sentido contrário seria autorizar desvirtuamento do propósito do legislador que pretendeu apenas equalizar as condições de produção de açúcar entre os diversos produtores nacionais.

Em relação aos valores indicados pelo perito judicial, não assiste razão à Fazenda Nacional que impugna a fórmula apresentada pelo contribuinte, já que também se oportunizou à Administração Pública formular seus questionamentos, tendo o *expert* judicial concluído de acordo com os critérios científicos por ele utilizado e devidamente demonstrados no laudo pericial constante nos autos.

Sucumbência recíproca, ante a contraposição dos interesses pleiteados judicialmente e acolhidos em medidas proporcionais para cada lado.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação do particular, para reconhecer o direito ao crédito presumido, devidamente corrigido pela taxa Selic e reconhecer o direito à compensação com eventuais débitos de outras espécies tributárias, e dou parcial provimento à remessa oficial e à apelação da Fazenda Nacional, para reconhecer o direito ao creditamento apenas em relação às operações destinadas ao mercado interno e rejeitar o pedido de compensação de eventuais créditos com débitos de terceiros.

Reconhecer a sucumbência recíproca.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 400.048-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA  
Apelante: DIEGO RAFAELLE DA MATA RODRIGUES DA SILVA  
Apelada: UNIÃO  
Adv./Proc.: DR. NAZIH LAWAR HUSSEINI (APTE.)

**EMENTA: DIREITO CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. TÉCNICO DE CONSTRUÇÃO CIVIL. HABILITAÇÃO PARA ATIVIDADES DE TOPOGRAFIA. COMPROVAÇÃO. ESTÁGIO DE ADAPTAÇÃO À GRADUAÇÃO DE SARGENTO. APRESENTAÇÃO DE DIPLOMA EQUIVALENTE AO EXIGIDO NO EDITAL. ANULAÇÃO DA MATRÍCULA. ATO ILÍCITO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS.**

*- Técnico em Construção Civil realizou concurso público para a carreira de Sargento da Força Aérea Brasileira, na especialidade Topografia, cujo edital exigia o curso de Técnico em Topografia ou Agrimensura. Aprovado, a Administração considerou seu diploma de Técnico em Construção Civil como equivalente ao de Técnico em Topografia ou Agrimensura, já que seu histórico escolar inclui a disciplina de Topografia e o CREA o reconhece como habilitado para o exercício da função de Topógrafo. Tanto foi assim que, após a apresentação dessa documentação, a Administração deferiu a matrícula do autor no Estágio de Adaptação à Graduação de Sargento, na Escola de Especialistas de Aeronáutica (EEAR). Entretanto, no decorrer desse curso na EEAR, a Administração resolveu anular a matrícula do autor alegando que houve “omissão ou falta de veracidade” nas informações ou documentos por ele apresentados, o que autorizava a anulação da matrícula a qualquer momento, conforme norma editalícia.*

**- Em face da existência de provas suficientes à análise do mérito, nega-se provimento a agravo retido que impugna o indeferimento de juntada de edital de concurso posterior, no qual a Administração estaria aceitando outros diplomas que não apenas o de Técnico em Topografia ou Agrimensura. Preliminar de cerceamento de defesa não acolhida pelo mesmo motivo.**

**- A apresentação do diploma de Técnico em Construção Civil, de nome claramente diferente do diploma de Técnico em Topografia ou Agrimensura, não se constituiu, por óbvio, em “omissão ou falta de veracidade” do autor. É evidente que a Administração aceitou aquele diploma como substitutivo do diploma exigido pelo edital. Portanto, a situação do autor não se enquadra na hipótese editalícia que permitia a anulação da matrícula a qualquer momento.**

**- Além de parecer do CREA asseverando sua qualificação técnica para exercer a função de topógrafo, o autor apresentou documentos que comprovam o exercício dessa função quando trabalhava como estagiário e após a conclusão do seu curso técnico.**

**- Precedentes que, ao apreciar situações análogas à do autor, entenderam indevida a anulação da matrícula do curso da EEAR: AG 46954, Rel. Desembargador Federal José Maria Lucena, Primeira Turma, pub. DJ 05/07/2004 e AC 446316, rel. Desembargador Federal Francisco Barros Dias, Segunda Turma, pub. DJ 26/08/2009.**

**- Comprovada assim a ilicitude do ato que anulou a matrícula do autor no EEAR, cabe deferir a correspondente indenização por danos materiais e morais, pleiteada na exordial.**

**- O Estágio de Adaptação à Graduação de Sargento na EEAR é remunerado, cabendo à União pagar o período em que o autor esteve na EEAR (19.07.02 a 09.10.02) e não recebeu por causa da**

***indevida anulação de sua matrícula.***

***- As despesas de deslocamento do autor para a realização das diversas fases do concurso, por estarem comprovadas nos autos, devem ser ressarcidas (dano material).***

***- O autor deixou seu curso universitário e um emprego de topógrafo para realizar o curso da EEAR, despendeu evidentes esforços para lograr êxito no concurso e nas provas do curso da EEAR, submeteu-se a altos níveis de estresse característicos desse tipo de curso e foi injustamente acusado de conduta de má-fé por integrante do corpo da EEAR em reunião realizada com alunos. Há evidente dano moral no fato de o autor ver dessa forma frustrada sua legítima expectativa de vir a integrar a carreira de Sargento da Aeronáutica, além de ter sido atingido na sua dignidade pessoal. Indenização correspondente fixada em R\$ 30.000,00.***

***- Há dano moral no fato de o autor não ter recebido a remuneração do estágio, o que acarretou a devolução de um cheque por falta de fundos e a inscrição de seu nome no SERASA, além de privações e dívidas decorrentes, por óbvio, da não percepção de valores que esperava, legitimamente, receber. Indenização correspondente fixada em R\$ 10.000,00.***

***- Foto do autor foi incluída na placa de conclusão do curso fixada na EEAR, nos convites de formatura e na revista “O Especialista” (da EEAR), como se tivesse concluído o referido curso. Indenização por uso indevido da imagem e pelo constrangimento causado no autor (em face da dor de lhe estar sendo atribuído um fato considerado honroso e que não aconteceu por culpa da Administração) arbitrada em R\$ 10.000,00.***

***- A privação de bens de utilidade/necessidade diária (carro e celular) vendidos para honrar compromissos firmados em função da legítima ex-***

***pectativa do autor de ingressar na carreira de Sargento da Aeronáutica (casamento marcado para data posterior à previsão de conclusão do curso de formação) também implica dano moral, a ser indenizado no valor de R\$ 10.000,00.  
- Apelação parcialmente provida.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 3 de agosto de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Cuida-se de ação de proposta contra a União. O autor é Técnico em Construção Civil (doc. fl. 36) e realizou concurso para a carreira de Sargento da Força Aérea Brasileira, na especialidade Topografia, cujo edital exigia curso de Técnico em Topografia ou Agrimensura. Aprovado no certame, apresentou esse o diploma de Técnico em Construção Civil como substitutivo do diploma de Técnico em Topografia ou Agrimensura, exigido pelo edital. A Administração recebeu a documentação apresentada pelo autor e deferiu sua matrícula no Estágio de Adaptação à Graduação de Sargento.

Assim, o autor, que é do Rio Grande do Norte, se deslocou até São Paulo, onde se localiza a Escola de Especialistas de Aeronáutica (EEAR), local do estágio de Adaptação à Graduação de Sargento.

No decorrer desse Estágio para Sargento, foi comunicado ao autor que sua matrícula fora anulada por ter sido realizada em desacordo com o edital do certame. Foi-lhe proibido sair da EEAR

até o término do processo administrativo de anulação (com oportunidade de oferecer defesa, mas sem assistência de advogado) e deixou de receber a remuneração relativa aos meses de julho a outubro/02, embora estivesse na EEAR nesse período.

Relata ainda que foi inscrito no SERASA pela Escola de Especialistas de Aeronáutica no valor de R\$ 85,00 sem ter sido previamente comunicado. Alega inexistir dívida desse valor para com a referida Escola.

Requer lhe seja pago o salário relativo aos meses de julho a outubro/02, em que foi obrigado a permanecer na Escola de Especialista da Aeronáutica; indenização pelas despesas relativas a deslocamentos e diárias nas diversas fases do certame; despesas com a aquisição do material recomendado pela Escola de Especialistas de Aeronáutica; despesa de seu retorno para o Rio Grande do Norte, após a anulação de sua matrícula; e indenização pelos danos morais decorrentes de sua inscrição no SERASA, de não ter se formado com sua Turma, de ter vendido bens para saldar dívidas, entre outros fatos relatados na exordial.

A parte apelante alega, preliminarmente, a nulidade da sentença, sob o argumento de cerceamento de defesa por entender que o rol de perguntas deferido não foi considerado na sua inteireza por ora da inquirição das testemunhas arroladas.

Em relação ao mérito, sustenta a necessidade de reforma da sentença apelada defendendo a tese segundo a qual a topografia não é atividade específica, mas atividade que pode ser desempenhada por diversos profissionais, incluindo o apelante, que é técnico em construção civil e já teria trabalhado como topógrafo (fl. 41).

Requer a reapreciação do agravo de instrumento retido (fls. 285/289), que impugna o indeferimento da juntada do edital do concurso de 2004 para a carreira de Sargento da Aeronáutica, com o fim de demonstrar que a Administração estaria reconhecendo outros diplomas que não apenas o de Técnico em Topografia ou Agrimensura para o cargo de Sargento Especialista em Topografia.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Em que pese o agravo retido e a preliminar de cerceamento de defesa, entendo existirem nos autos provas suficientes à análise do mérito, motivo pelo qual nego provimento ao agravo e não acolho a preliminar.

Passo à análise do mérito.

A Escola de Especialistas de Aeronáutica (EEAR) anulou a matrícula do autor com base no disposto no item 13.3.1 do edital do concurso (fls. 81/82):

13.3.1. A constatação de omissão ou falta de veracidade de quaisquer das informações ou documentos exigidos do candidato, implicará, em qualquer momento, a anulação de sua matrícula e de todos os atos dela decorrentes, bem como as sanções previstas em lei ou regulamentos militares.

Entretanto, não ocorreu nem omissão nem falta de veracidade nas informações dadas pelo autor. Eis que o mesmo apresentou o diploma de Técnico em Construção Civil, cujo título é claramente diferente do solicitado no edital (Técnico em Topografia ou Agrimensura). Após a análise da documentação apresentada, a Administração considerou que o autor cumpriu as exigências do edital, tanto que deferiu sua matrícula no Estágio de Adaptação à Graduação de Sargento. Esse fato, por si mesmo demonstra que a Administração entendeu que o diploma de Técnico em Construção Civil era equivalente ao de Técnico em Topografia, suprimindo, portanto, a exigência editalícia.

A informação do Ministério da Defesa afirma que: "... A qualificação profissional do autor, atribuída pela instituição de ensino, confere apenas habilitação profissional para a Construção civil, e não para atividades de Topografia e Agrimensura. Daí porque sua matrícula fora anulada" (fl. 138).

Entretanto, a informação do Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Rio Grande do Norte (CREA-RN) sobre a capacitação do autor para o exercício da função de Topógrafo assim conclui (fls. 77/78):

### 3. CONCLUSÃO

Pelo exposto, entendemos que deve ser esclarecido ao requerente que:

- a) TOPOGRAFO não é título profissional, registrado nos CREAs, mas denominação de cargo ou função adotada por empresas ou órgãos;
- b) Em consequência, não há registro nos CREAs de profissionais com tal título;
- c) TOPOGRAFIA é uma ciência, sendo os LEVANTAMENTOS TOPOGRÁFICOS atividades que podem ser legalmente executadas por profissionais de diversas modalidades e níveis da Engenharia;
- d) A condição necessária para o reconhecimento de atribuição para LEVANTAMENTOS TOPOGRÁFICOS é haver o profissional ter, em seu histórico escolar apresentado para fins de habilitação, cursado a disciplina correlata;
- e) Havendo ele, DIEGO RAFAELLE DA MATA RODRIGUES DA SILVA, CREA 2516-AP/RN, cursado a disciplina TOPOGRAFIA, o CREA-RN reconhece-lhe atribuição para os levantamentos citados (*sic*).

Esse entendimento foi corroborado pela Câmara Especializada de Engenharia Civil do CREA-RN (fls. 79) e pela seguinte jurisprudência desta Corte, relativa a casos análogos:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TÉCNICO EM ESTRADAS. HABILITAÇÃO PARA ATIVIDADES DE TOPOGRAFIA E AGRIMENSURA. COMPROVAÇÃO. DECISÃO NORMATIVA Nº 47/1992 DO CONFEA. ESTÁGIO DE ADAPTAÇÃO À GRADUAÇÃO DE SARGENTO - EAGS. APRESENTAÇÃO DE DIPLOMA EQUIVALENTE AO EXIGIDO NAS INSTRUÇÕES ESPECÍFICAS. SATISFAÇÃO DO REQUISITO EDITALÍCIO. EXIGÊNCIA DE DIPLOMA DE CURSO TÉCNICO COM NOME ESPECÍFICO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE LEI EM SENTIDO FORMAL. ARTIGOS 5º, CAPUTE 7º, XXX DA CF. CONCLUSÃO DO CURSO DE FORMAÇÃO. SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA. APELAÇÃO IMPROVIDA. 1. Nos termos da Decisão Normativa nº 47/1992 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CONFEA, o Técnico em Estradas está plenamente habilitado pela legislação regulamentar específica para desenvolver atividades relacionadas a serviços topográficos.

2. O candidato que possui diploma de Técnico em Estradas e comprova a qualificação técnica necessária para o exercício de serviços topográficos atende a exigência editalícia para inscrição no estágio de adaptação para esta especialidade.

3. O conjunto probatório constante dos autos demonstra fartamente que o curso técnico realizado pelo apelado foi até mais abrangente do que a exigência contida nos normativos que regulam o Estágio de Adaptação à Graduação de Sargentos - EAGS/2002, visto que o nível de conhecimento do profissional Técnico em Estradas alberga conhecimentos sólidos tanto de topografia quanto de agrimensura.

4. O histórico escolar constante dos autos comprova que o apelado recebeu treinamento com carga-horária suficiente para exercer atividades ligadas à área de topografia e agrimensura. Assim, a exigência quanto à apresentação de uma certificação específica numa dessas áreas mostra-se desarrazoada, além de necessitar de lei em sentido formal, porquanto afronta os artigos 5º, *caput* e 7º, XXX, da Constituição Federal.

5. A pretensão da apelante vai de encontro ao senso normal das condutas esperadas da Administração. A anulação da matrícula do apelado no “EAGS - especialidade Topografia”, pelo simples fato de haver apresentado o diploma de Técnico em Estradas, mostra-se ilegal e discriminatória, sobretudo porque já há algum tempo é aceita a inscrição dos Técnicos em Estradas no mesmo Estágio e na especialidade de Topografia (STP).

6. Não há qualquer critério lógico para se modificar uma situação de fato já consumada, eis que, em decorrência da decisão judicial que autorizou a participação do apelado no EAGS/2002, a situação fática em discussão se consolidou pelo decurso do tempo e pela conclusão do citado Curso de Formação.

7. Apelação improvida.

(TRF5, AC 446316, Rel. Desembargador Federal Francisco Barros Dias, Segunda Turma, pub. DJ 26/08/2009)

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ESTÁGIO DE ADAPTAÇÃO À GRADUAÇÃO DE SARGENTO. ESCOLA DE ESPECIALISTAS DA AERONÁUTICA. PRÉ-REQUISITO. CURSO TÉCNICO EM TOPOGRAFIA OU EM AGRIMENSURA.

## MENSURA. CONCURSADO DETENTOR DO CURSO TÉCNICO DE EDIFICAÇÕES.

Cabe ao Poder Judiciário a salvaguarda última da efetividade do ordenamento jurídico positivo e seus postulados maiores, tais como, o da legalidade e da razoabilidade. Existência de permissivo constitucional para a averiguação da validade dos atos da Administração Pública que devem observar, entre outras exigências, o respeito à teoria dos motivos determinantes.

A Topografia não existe atualmente no meio acadêmico como curso técnico-profissional, constituindo disciplina de diversos cursos de nível superior, tais como, Edificações, Estradas, Construção Civil, Geologia, etc. Ausência de registro de profissional de Topografia nos Conselhos Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia.

Uma vez que a Topografia é atividade que pode ser reconhecida a várias modalidades de profissionais, e comprovado pelo concursado que frequentou curso em entidade de ensino oficial com carga horária suficiente de teoria e prática nessa disciplina para seu exercício, há de se entender por suprida a exigência editalícia. Agravo de instrumento desprovido.

(TRF5, AG 46954, Rel. Desembargador Federal José Maria Lucena, Primeira Turma, pub. DJ05/07/2004)

Além disso, observa-se às fls. 39/40 que o autor realizou estágio mediante desempenho de atividade de topografia, assim descrita: “Recadastramento Imobiliário do Município de Parnamirim visando a atualizar as informações relativas aos imóveis de todo território do município, através de medições em campo-revisão do cadastro de logradouros e equipamentos públicos, etc”.

À fl. 41 há também uma declaração de empresa de construção civil que afirma ter o autor desenvolvido atividades de estagiário no Setor de Topografia e assumido a função de Topógrafo após o término do estágio.

Dessarte, a exclusão do autor do Estágio de Adaptação à Graduação de Sargento na Escola de Especialistas de Aeronáutica foi indevida.

Comprovada assim a ilicitude do ato que anulou a matrícula do autor no EEAR, cabe deferir a correspondente indenização por danos materiais e morais, pleiteada na exordial.

O Estágio de Adaptação à Graduação de Sargento na EEAR é remunerado, cabendo à União pagar o período em que o autor esteve na EEAR (19.07.02 a 09.10.02) e não recebeu por causa da indevida anulação de sua matrícula.

As despesas de deslocamento do autor para a realização das diversas fases do concurso, por estarem efetivamente comprovadas nos autos, devem ser ressarcidas, quais sejam:

- passagem de ônibus Natal/Recife (08.04.02): R\$ 27,98 (fl. 56);
- passagem de ônibus Recife/Natal (09.04.02): R\$ 27,33 (fl. 56);
- passagem de ônibus Natal/Recife (22.04.02): R\$ 27,98 (fl. 56);
- passagem de ônibus Recife/Natal (24.04.02): R\$ 27,33 (fl. 56);
- passagem de ônibus Natal/Recife (12.07.02): R\$ 27,98 (fl. 56);
- passagem aérea Natal/São Paulo (15.07.02): R\$ 324,15 (fl. 55);
- passagem de ônibus São José dos Campos/Guaratinguetá (19.07.02): R\$ 9,25 (fl. 56);
- passagem de ônibus Guaratinguetá/São José dos Campos (09.10.02): R\$ 8,66 (fl. 56);
- passagem de ônibus São José dos Campos/Guarulhos (09.10.02): R\$ 8,60 (fl. 56);
- passagem aérea de Cumbica/Natal (10.10.02): R\$ 498,24 (fl. 68).

O autor deixou seu curso universitário e um emprego de topógrafo para realizar o curso da EEAR, despreendeu evidentes esforços para lograr êxito no concurso e nas provas do curso da EEAR, submeteu-se a altos níveis de estresse característicos desse tipo de curso e foi injustamente acusado de conduta de má-fé por integrante do corpo da EEAR em reunião realizada com alunos. Há evidente dano moral no fato de o autor ver dessa forma frustrada

sua legítima expectativa de vir a integrar a carreira de Sargento da Aeronáutica, ao qual arbitro a indenização de R\$ 30.000,00.

Há dano moral no fato de o autor não ter recebido a remuneração do estágio, o que acarretou a devolução de um cheque por falta de fundos e a inscrição de seu nome no SERASA, além de privações e dívidas decorrentes, por óbvio, da não percepção de valores que esperava, legitimamente, receber. A esse dano fixo a indenização em R\$ 10.000,00.

Foto do autor foi incluída na placa de conclusão do curso fixada na EEAR, nos convites de formatura e na revista “O Especialista” (da EEAR), como se tivesse concluído o referido curso. Arbitro em R\$ 10.000,00 a indenização por uso indevido da imagem e pelo constrangimento causado no autor (em face da dor de lhe estar sendo atribuído um fato considerado honroso e que não aconteceu por culpa da Administração).

A privação de bens de utilidade/necessidade diária (carro e celular) vendidos para honrar compromissos firmados em função da legítima expectativa do autor de ingressar na carreira de Sargento da Aeronáutica (casamento marcado para data posterior à previsão de conclusão do curso de formação) também implica dano moral, a ser indenizado no valor de R\$ 10.000,00.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação para deferir os pedidos exordiais, fixando os danos morais em R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e os materiais em R\$ 987,50 (soma das despesas de deslocamento acima explicitadas).

Condeno a União em honorários sucumbenciais de 20% sobre o valor total da condenação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 420.451-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
Apelantes: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF E RILDSON MAGALHÃES MARTINS  
Apelados: OS MESMOS  
Advs./Procs.: DRS. ELIAS MENEZES DE AGUIAR E OUTROS E RILDSON MAGALHÃES MARTINS

**EMENTA: CIVIL E ADMINISTRATIVO. PROCESUAL CIVIL. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. RELATIVIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. ADVOGADO. IMPEDIMENTO. CONSTRANGIMENTO. REUNIÃO DA CAIXA COM SEUS MUTUÁRIOS. AGRESSÕES VERBAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS. HONORÁRIOS. ELEVAÇÃO.**

*- A jurisprudência pátria, capitaneada pelo c. STJ, vem se posicionando pela relativização do princípio da identidade física do juiz em alguns casos, tais como em decorrência do regime de mutirão, que tem por escopo a agilização da tramitação dos processos, bem como nas situações em que o efetivo prejuízo sofrido pelo interessado não é devidamente provado. Precedente: REsp 200101645933, Ministro: BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, 22/10/2009.*

*- Não há qualquer dúvida de que o magistrado sentenciante, ao prolatar sua decisão, firmou seu convencimento com base nas provas carreadas aos autos e nos depoimentos testemunhais colhidos em juízo, não havendo, portanto, motivo a ensejar o acolhimento da alegação de nulidade da sentença.*

*- A teor do art. 7º, VI, d, do Estatuto da Advocacia, o advogado tem direito de livremente ingres-*

**sar em qualquer reunião em que participe ou possa participar um cliente seu, desde que esteja munido de poderes especiais. No caso ora em destaque, os depoimentos das testemunhas do autor não foram uníssomos no sentido de que ele estava portando as necessárias procurações com poderes especiais outorgados por seus clientes.**

**- Também não há certeza quanto à efetiva ocorrência dos alegados comentários depreciativos por parte do Superintendente da CAIXA naquela reunião. Algumas das testemunhas ouvidas em juízo e pela Polícia Federal afirmaram que esses comentários foram proferidos quando o advogado já havia se retirado da reunião; outros, por sua vez, asseveraram que tais observações pejorativas vieram a lume na presença do autor e, por fim, alguns chegaram a afirmar que desconhecem esses comentários e, até mesmo, que não chegaram a presenciar ofensas do Sr. Alan contra o autor ou deste contra o primeiro. Há, ainda, quem afirme que foi o postulante quem estava exaltado e que não houve nenhum tratamento humilhante por parte do Sr. Alan em relação ao requerente.**

**- Não restou provado o alegado dano sofrido pelo autor, impondo-se a improcedência do pedido de indenização.**

**- No tocante aos honorários advocatícios, considerando os critérios fixados no § 3º do art. 20 do CPC – o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço –, é razoável a elevação dessa verba para R\$ 2.000,00 (dois mil reais).**

**- Preliminar de nulidade rejeitada.**

**- Apelação do autor improvida.**

**- Apelação da CAIXA parcialmente provida.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento à apelação do autor e dar parcial provimento à apelação da Caixa, nos termos do voto e relatório constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 5 de agosto de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de apelações interpostas pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL e pelo demandante, RILDSON MAGALHÃES MARTINS, contra sentença que julgou improcedente o pedido contido na peça vestibular, qual seja, o de condenação da CAIXA no pagamento de indenização ao autor, por danos morais, no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), por ter sido ele impedido de exercer a sua atividade profissional em reunião realizada pelo Superintendente daquela instituição bancária com seus mutuários, clientes do proponente.

Nessa mesma sentença, o ilustre juiz condenou o autor a pagar as custas processuais e os honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 200,00 (duzentos reais).

Nas razões de sua apelação, a CAIXA se insurge, apenas, contra o valor fixado a título de honorários, requerendo a sua elevação para R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

Por sua vez, a parte autora, em seu recurso de apelação, alega, em preliminar, a nulidade da sentença, por infringência ao art. 132 do CPC, em razão de ter sido proferida por outro magistrado que não aquele que concluiu a instrução do feito, após uma exaustiva produção de prova oral. No mérito, argumenta que, além de ter sido impedido de atuar na mencionada reunião, fora severamente

tratado pelo Superintendente da CAIXA, com desprezo, deboche e palavras ofensivas à sua reputação funcional. Assevera que a ré tinha ciência de que era ele o defensor dos mutuários que ali se encontravam e que não lhe foi exigida a exibição dos mandatos com poderes especiais para que ele se fizesse presente naquela reunião. Aduz, ainda, que todas as testemunhas ouvidas em juízo, exceto o Presidente da OAB-CE, participaram da reunião e, de forma harmônica, declararam ter ocorrido, por parte da CAIXA, a humilhação do autor e a negativa de seu direito de atuar naquela ocasião.

Relatei.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

A presente demanda tem por escopo a condenação da CAIXA em indenização por danos morais ocasionados ao autor em reunião realizada no dia 14 de maio de 2001, na Superintendência daquela instituição financeira, que tinha por fim discutir critérios que possibilitassem a quitação com desconto de financiamentos habitacionais.

Argumenta o autor ter sido impedido de exercer a advocacia nessa ocasião, ao tentar representar os interesses de seus clientes, lá também presentes, quando o Superintendente da CAIXA, o Sr. Alan Aguiar, afirmou ser desnecessária a sua presença naquele recinto, já que a reunião se destinava a discutir aspectos administrativos e não jurídicos.

Afirma que, num determinado momento, ao fazer um questionamento, fora advertido pelo Superintendente da CAIXA sobre a necessidade de que tais perguntas e pedidos fossem dirigidos por escrito ao setor jurídico daquela instituição e que o tema ali discutido não era “da conta” dele, eis que se restringia aos mutuários.

Assevera, ainda, que foi impelido a se retirar da reunião, já que não lhe foi dada, hora alguma, oportunidade de se pronunciar, tendo sido tratado pela CEF com desprezo, com deboche, palavras ofensivas a sua reputação funcional (*sic*) (fl. 311).

Por fim, aduz que o Superintendente daquela instituição financeira, ao final, teria feito comentário pejorativo em relação ao autor, de seguinte teor: neste momento aparecem pessoas querendo se aproveitar da situação para ganhar dinheiro, inclusive advogados que não querem a solução do problema para continuarem ganhando dinheiro dos moradores e políticos que só vão aos conjuntos atrás de voto (fl. 24).

Antes de adentrar no mérito, urge analisar a preliminar de nulidade da sentença alegada em sede de apelação pelo postulante.

Insurge-se ele contra o fato de a sentença ter sido prolatada por outro magistrado que não aquele que concluiu a fase da instrução processual, ao arrepio do art. 132 do CPC, que traduz o princípio da identidade física do juiz.

Sobre o tema, vale ressaltar que a jurisprudência pátria, capitaneada pelo colendo STJ, vem se posicionado pela relativização desse princípio em alguns casos, tais como em decorrência do regime de mutirão, que tem por escopo a agilização da tramitação dos processos, bem como nas situações em que o efetivo prejuízo sofrido pelo interessado não é devidamente provado.

Trago à colação a seguinte ementa do egrégio Superior Tribunal de Justiça, pela sua valorosa contribuição para o deslinde dessa questão de direito:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. CIRURGIA ORTOPÉDICA. PACIENTE QUE FICOU TETRAPLÉGICA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE POR ESTA CORTE. SENTENÇA PROLATADA POR JUIZ DISTINTO DAQUELE QUE ACOMPANHOU OS ATOS INSTRUTÓRIOS. FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ (ART. 132 DO CPC). REGIME DE EXCEÇÃO/MUTIRÃO. POSSIBILIDADE. PREJUÍZO NÃO EVIDENCIADO. NULIDADE DA SENTENÇA NÃO CONFIGURADA.

1. Hipótese em que se alega, além de divergência jurisprudencial, violação aos princípio do devido processo legal (artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal) e da identidade física do juiz (artigo 132 do Código de Processo Civil), ao argumento de que a sentença foi prolatada por

magistrado distinto daquele que colheu as provas periciais e testemunhais, o que teria gerado enormes prejuízos ao recorrente. Pretende-se a determinação de retorno dos autos à primeira instância a fim de ser proferida outra sentença, desta vez, pelo juiz titular da vara que acompanhou a instrução do processo.

2. A insurgência referente à suposta violação do princípio do devido processo legal, constante do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, envolve matéria estranha ao âmbito de cabimento do recurso especial, disposto no artigo 105, inciso III, da Carta da República. Tal irresignação tem como via adequada de revisão, em matéria constitucional, o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, de forma, que, nesse particular, não merece ser conhecido o apelo especial.

**3. Na forma do art. 132 do Código de Processo Civil, o magistrado que concluir a audiência só não julgará a lide se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, caso em que a passará ao seu sucessor.**

**4. Sob esse enfoque, a Corte Especial deste Tribunal, por ocasião do julgamento do AgRg no Ag 624.779/RS, de relatoria do Min. Castro Filho, firmou entendimento no sentido de que o princípio da identidade física do juiz não tem caráter absoluto, podendo o juiz titular ser substituído por seu sucessor nas hipóteses previstas no artigo 132 do Código de Processo Civil, entre as quais está incluída a expressão “afastado por qualquer outro motivo”, a partir da qual pode-se considerar o afastamento do magistrado em decorrência do regime de exceção/mutirão, que visa a agilização da prestação jurisdicional. Precedentes.**

**5. Além disso, a jurisprudência entende que a simples alegação de afronta ao referido dispositivo legal não tem o condão de acarretar a nulidade da sentença, porquanto imperioso ventilar qual o prejuízo efetivamente sofrido.**

**6. No caso em foco, verifica-se da leitura dos fundamentos do acórdão recorrido que, indubitavelmente, foram levados em consideração os elementos probatórios produzidos nos autos, dentre eles, documentos, prova testemunhal e pericial, de modo que, em assim sendo, não há como vislumbrar qualquer pre-**

**juízo ao recorrente. E, sem prejuízo, não há nulidade. 7. Com efeito, desde que não haja prejuízo para nenhuma das partes, consoante ocorre na espécie, o princípio do juiz natural pode ser flexibilizado, a fim de conferir efetividade ao Judiciário, como nas hipóteses de mutirões.**

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, não provido. [Grifei]

(REsp 200101645933, Ministro: BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, 22/10/2009)

No caso em apreço, não há qualquer dúvida de que o magistrado sentenciante, ao prolatar sua decisão, firmou seu convencimento com base nas provas carreadas aos autos e nos depoimentos testemunhais colhidos em juízo, não havendo, portanto, motivo a ensejar o acolhimento da alegação de nulidade.

Portanto, REJEITO A PRELIMINAR DE NULIDADE e passo ao exame do mérito.

Nesse ponto, tem-se que analisar se, de fato, ocorreu a referida violação a direito do autor, na qualidade de advogado dos mutuários da CAIXA, e se, nessa condição, foi ele atingido em sua honra subjetiva capaz de legitimar a condenação da parte ré em indenização por dano de ordem moral.

De fato, há nos autos, inúmeros depoimentos testemunhais, sejam os colhidos em juízo sejam aqueles obtidos pela Polícia Federal, os quais, no entanto, não são uníssomos em suas afirmações. Trata-se de provas contraditórias, como se demonstrará a seguir, das quais extrai-se uma única certeza: quanto à tentativa do autor de participar da reunião em comento e no tocante ao motivo que gerou o seu impedimento de lá permanecer, qual seja, o assunto ali tratado se relacionava com questões administrativas relativas à quitação de financiamento imobiliário e não com questões jurídicas.

A primeira dúvida que surge é se o postulante, ao adentrar no recinto onde estava sendo realizada a reunião em foco, estava ou não portando os instrumentos de mandato nos quais constassem poderes especiais de seus clientes para os representar naquele ato.

Conforme previsto no art. 7º, VI, *d*, da Lei nº 8.906/94, que dispõe sobre os direitos do advogado:

Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

VI - ingressar livremente:

(...)

d) em qualquer assembléia ou reunião de que participe ou possa participar o seu cliente, ou perante a qual este deva comparecer, desde que munido de poderes especiais;

Portanto, segundo o Estatuto da Advocacia, o advogado tem direito de livremente ingressar em qualquer reunião de participe ou possa participar um cliente seu, desde que esteja munido de poderes especiais.

No caso ora em destaque, os depoimentos das testemunhas do autor não foram uníssonos no sentido de que ele estava portando as necessárias procurações com poderes especiais outorgados por seus clientes. Algumas das testemunhas afirmaram que ele trazia em mãos os instrumentos de mandato (fls. 100, 102, 122, 124, 223), enquanto outras tiveram dúvida quanto a isso (fl. 212) e outras, ainda, afirmaram que o autor não teria apresentado essa documentação aos representantes da CAIXA (fls. 224/225).

E mesmo aquelas que asseveraram ter ele apresentado as procurações de seus clientes, não lograram assegurar que nestas constavam poderes especiais para atuação do causídico (fl. 223).

Em contrapartida, as testemunhas da CAIXA afirmaram não ter o postulante provado, naquela ocasião, a sua condição de advogado dos mutuários.

Como bem ressaltado pelo douto sentenciante, as testemunhas divergem até mesmo acerca da roupa usada pelo requerente naquele momento. Uns afirmaram que ele trajava calça jeans e camisa de malha, enquanto outros afirmaram que ele usava terno e gravata.

Outro ponto nodal do caso em comento, repousa nas agressões verbais que o autor alega ter sofrido, naquela ocasião, em razão de comentários depreciativos advindos do Superintendente da CAIXA em relação aos advogados.

Entretanto, também não há certeza desse fato, pois os depoimentos testemunhais foram divergentes nesse aspecto. Algumas dessas pessoas ouvidas em juízo e pela Polícia Federal afirmaram que esses comentários foram proferidos quando o advogado já havia se retirado da reunião; outros, por sua vez, asseveraram que tais observações pejorativas vieram a lume na presença do autor e; por fim, alguns chegaram a afirmar que desconhecem esses comentários e, até mesmo, que não chegaram a presenciar ofensas do Sr. Alan contra o autor ou deste contra o primeiro (fl. 129).

Há, ainda, quem afirme, nos autos, que foi o postulante quem estava exaltado e que não houve nenhum tratamento humilhante por parte do Sr. Alan em relação ao requerente (fl. 225); ou que os comentários maldosos foram proferidos pelo Sr. Alan fora da reunião, num jantar em momento posterior.

Por fim, mesmo que tenha havido o impedimento ao exercício da profissão, não se sabe, ao certo, se tal fato foi ocasionado por ato da CAIXA ou se foi devido à própria negligência do autor em não trazer consigo as procurações de seus clientes, nas quais constassem poderes especiais a ele outorgados, ou devido à sua forma de se portar diante dos representantes da CAIXA. Não se sabe, também, se houve as alegadas agressões verbais por parte do Superintendente da CAIXA ao autor na mencionada reunião, capazes de gerar o direito à indenização por dano a um dos direitos personalíssimos desse último.

Diante de tamanha contradição, não restou provado o alegado dano sofrido pelo autor, impondo-se a improcedência do pedido de indenização.

No tocante aos honorários advocatícios, considerando os critérios fixados no § 3º do art. 20 do CPC – o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço –, entendo razoável a elevação dessa verba para R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Por todo o exposto, rejeito a preliminar e, no mérito, nego provimento à apelação do autor e dou parcial provimento à apelação

da Caixa para aumentar os honorários advocatícios para R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Assim voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 426.714-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO  
Apelantes: AJM SOCIEDADE CONSTRUTORA LTDA. E UNIÃO  
Apelados: OS MESMOS  
Advs./Procs.: DRS. ANTONIO LUIZ BUENO BARBOSA E OUTROS (1º APTE.)

**EMENTA: ADMINISTRATIVO, PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. SERVIÇOS DE ENGENHARIA EM PRÉDIO PÚBLICO. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA ENTRE O VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO E O EFETIVO ADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO. CONVENÇÃO COLETIVA. MAJORAÇÃO DE SALÁRIOS DA CATEGORIA PROFISSIONAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. ART. 65 DA LEI Nº 8.666/93. NÃO INCIDÊNCIA. PEDIDO DE RESSARCIMENTO DE CUSTOS PELA SUSPENSÃO CONTRATUAL ORIGINADA DE DECISÃO JUDICIAL. ROMPIMENTO DO NEXO CAUSAL. IMPROCEDÊNCIA. PEDIDO DE RESSARCIMENTO DOS SERVIÇOS EXTRA-CONTRATUAIS EFETIVAMENTE REALIZADOS. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA ADMINISTRAÇÃO. CULPA CONCORRENTE. PROCEDÊNCIA EM PARTE.**

**- Deve ser afastada a preliminar de nulidade da sentença pela não apreciação das omissões levantadas nos embargos declaratórios, bem como pela alegada insuficiência de fundamentação legal, já que tais questões tidas por omissas, por se confundirem com as razões do apelo**

**interposto pela AJM Construtora, serão apreciadas nessa instância recursal, a teor do art. 515, § 1º, do CPC, pelo que não há utilidade na anulação da sentença.**

**- “O termo inicial da correção monetária, nos contratos administrativos, deve se dar nos moldes previstos no art. 55, III, da Lei 8.666/1993, ou seja, entre a data do adimplemento das obrigações – tanto da contratada (medição) como da contratante (vencimento de prazo sem pagamento) e a data do efetivo pagamento”. “A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que é cabível a correção monetária a partir do vencimento da obrigação, mesmo não havendo previsão contratual a esse respeito”. (STJ - REsp 968.835 - (2007/0153508-2) - 2ª T - Relª Minª Eliana Calmon - DJe 14.09.2009 - p. 1685)**

**- Na hipótese, da análise das faturas apresentadas e do demonstrativo elaborado por perito economista, conclui-se que apenas as parcelas de nºs 5203, 5204, 5222 e 5223 foram pagas após o dia 30 do respectivo mês de apresentação, razão pela qual deverá incidir correção monetária da data prevista contratualmente para pagamento até o seu efetivo adimplemento, não por se tratar de sanção pelo atraso que ensejaria a realização de maiores digressões para saber quem o deu causa, mas tão somente como índice de atualização da moeda pelo pagamento realizado a destempo.**

**- Não obstante o magistrado de primeiro grau tenha entendido que a única fatura que merecia a incidência de correção monetária seria a de nº 5334, por ter sido apresentada no dia 20/09/1994 e paga no dia 13/10/1994, verifica-se que tal fatura foi apresentada e paga quando estava em vigor o Primeiro Aditivo ao Contrato através do qual as partes acordaram a suspensão, pelo período de 01/04/1994 a 31/03/1995, do dispositivo**

**contratual que previa a atualização das faturas pagas em atraso, razão pela qual improcede também a incidência de correção monetária sobre tal parcela. Provido, pois, o recurso da União neste ponto.**

**- “O aumento salarial determinado por dissídio coletivo de categoria profissional é acontecimento previsível e deve ser suportado pela contratada, não havendo falar em aplicação da Teoria da Imprevisão para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.” (STJ, REsp 1.190.549, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 01.07.2010).**

**- Se a suspensão do contrato foi decorrente do cumprimento do Acórdão proferido no agravo regimental, em sede de Suspeição de Segurança nº 1412-PE, que manteve a liminar concedida no Mandado de Segurança nº 94.6930-8, no sentido de paralisar as obras do contrato aqui discutido, não há que se falar em responsabilidade da Autarquia Federal ante o rompimento do nexo de causalidade entre a sua conduta e o alegado dano, mesmo porque a autora não comprovou os prejuízos efetivamente causados pela suspensão do contrato, nos moldes do art. 333, I, do CPC.**

**- É sabido que para a caracterização do enriquecimento sem causa a parte demandante deve demonstrar a existência real do enriquecimento ilícito do réu, a existência real de um prejuízo para o autor e o nexo de causalidade entre o prejuízo sofrido e o lucro injusto, nos termos do art. 884 do CC/02.**

**- No caso dos autos, o laudo pericial de engenharia demonstra que os serviços extracontratuais efetivamente realizados e não pagos pela extinta Autarquia Federal foram na ordem de R\$ 441.678,05. Ocorre que, se de um lado, a AJM Construtora errou ao dar continuidade à execu-**

***ção dos serviços sem qualquer autorização da SUDENE através do respectivo aditamento ao contrato, de outro a Administração também errou ao não impedir, via comissão de fiscalização (art. 67 da Lei 8.666/93), o prosseguimento dos serviços da empresa contratada, situação em que presentes os requisitos ensejadores do enriquecimento sem causa, bem como configurada a existência de culpa concorrente (art. 945 do CC/02), a UNIÃO, sucessora em obrigações da SUDENE, deve ressarcir a AJM Construtora a quantia de R\$ 220.839,02, correspondente à metade do valor apurado pelo perito judicial de engenharia, em razão dos serviços extracontratuais efetivamente realizados e não pagos à parte autora.***

***- Manutenção da sucumbência recíproca, nos moldes do art. 21 do CPC.***

***- Apelações parcialmente providas.***

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 24 de agosto de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de apelações interpostas por AJM SOCIEDADE CONSTRUTORA LTDA. e pela UNIÃO, em sede de ação ordinária ajuizada pela referida Construtora em desfavor da extinta SUPERINTENDÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO DO NORDESTE -

SUDENE objetivando a cobrança de valores originados do Contrato DAD nº 001/94 e seus 5 (cinco) Aditivos, cujo objeto era a execução de serviços de engenharia no edifício da aludida autarquia federal, contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido contido na exordial no sentido de condenar a União, sucessora em obrigações da Sudene, a efetuar o pagamento à empresa autora no valor referente à correção monetária incidente sobre a fatura de nº de ordem 5334, que fora apresentada em 20/09/1994 e paga em 13/10/1994, na forma dos cálculos efetuados pelo perito economista Marcos de Souza Cavalcanti que, inclusive, foram homologados pelo Juízo *a quo*, totalizando, em 31/12/1999, a quantia de R\$ 3.678,20 (três mil, seiscentos e setenta e oito reais e vinte centavos). Consignou-se, ainda, no *decisum*, que sobre o montante indenizatório deverão incidir correção monetária com base no índice oficial e juros de mora em 0,5% (meio por cento), a partir da citação, em virtude do disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação da MP nº 2.180-35/2001 c/c art. 405 do CC. Houve, também, a compensação das custas e dos honorários advocatícios, ante o reconhecimento da sucumbência recíproca, nos termos do art. 21 do CPC.

Alega a AJM Construtora, preliminarmente, a nulidade da sentença em face da não apreciação das omissões apontadas nos embargos de declaração dela interpostos, bem como pela ausência de fundamentação legal.

No mérito, sustenta que os serviços contratados foram iniciados em 03/02/1994 e que, em 04/09/1995, a SUDENE emitiu Termo de Recebimento Definitivo da Obra, liberando, em seguida, as garantias oferecidas e assegurando o direito ao recebimento da última fatura. Aduz, ainda, que muito embora o Primeiro Aditivo ao Contrato tenha suspenso por 1 (um) ano o dispositivo contratual que trata sobre a atualização dos valores pagos a destempo (§ 5º da cláusula 6ª), bem como o dispositivo relativo ao reajustamento contratual (cláusula 7ª), houve atraso no pagamento por parte da SUDENE em período anterior e posterior a dita suspensão e, ao efetuar tais pagamentos, a contratante não o fez de forma atualizada.

Afirma que foi equivocada a interpretação dada pelo Perito Judicial à cláusula 6ª, eis que cabia à fiscalização da SUDENE apre-

sentar a medição dos serviços até o dia 20 (vinte) de cada mês para, em seguida, iniciar o prazo de 72 (setenta e duas) horas para que a Construtora emitisse as faturas, ou seja, argumenta que o atraso na realização das medições implicou a impossibilidade de apresentação das faturas no tempo estabelecido no contrato, corroborado, inclusive pelo fato de a SUDENE ter reconhecido que todas as parcelas foram pagas com atraso. Requer, por consequência, que a parte ré seja condenada ao pagamento de correção monetária incidente sobre todos os valores pagos em atraso, o que segundo ela corresponde, em valores de março de 2000, ao montante de R\$ 19.890,91 (dezenove mil, oitocentos e noventa reais e noventa e um centavos).

Aduz, também, que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo teria sido vulnerado em virtude da majoração do salário dos trabalhadores da construção civil por força de Convenção Coletiva, tornando clara a necessidade de a AJM Construtora ser ressarcida.

Pleiteia, ainda, o ressarcimento dos custos tidos com a suspensão injustificada do Contrato no período de 27.06 a 23.08 de 1994 no valor de R\$ 281.560,09 (duzentos e oitenta e um mil, quinhentos e sessenta reais e nove centavos), valores para o mês de março de 2000, bem como dos serviços extracontratuais que foram devidamente recebidos pela SUDENE e demonstrados no laudo pericial oficial, perfazendo, no seu entender, a quantia de R\$ 441.678,05 (quatrocentos e quarenta e um mil, seiscentos e setenta e oito reais e cinco centavos), sob pena de enriquecimento ilícito da Administração.

Nas suas razões recursais, alega a União, em suma, que por ter havido o descumprimento reiterado pela Construtora do prazo contratual para a realização da medição, bem como para a emissão das faturas, a exceção da primeira que foi tempestivamente adimplida, tornou impossível à ré efetuar o pagamento até o dia 30 (trinta) de cada mês, concluindo, ao final, que o valor constante da fatura nº 5334 não merece qualquer correção, haja vista que, quando do seu pagamento, a cláusula 6ª do Contrato em questão se encontrava suspensa, nos termos da cláusula 3ª do Primeiro Aditivo ao Contrato.

Contrarrazões da União às fls. 1296/1300 e da AJM Construtora às fls. 1306/1315.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Inicialmente entendo que deve ser afastada a preliminar de nulidade da sentença pela não apreciação das omissões levantadas nos embargos declaratórios, bem como pela alegada insuficiência de fundamentação legal. Isso porque tais questões tidas por omissas, por se confundirem com as razões do apelo interposto pela AJM Construtora, serão apreciadas nessa instância recursal na forma do relatório já efetuado, a teor do art. 515, § 1º, do CPC, pelo que não há utilidade na anulação da sentença.

Rejeitada, pois, a preliminar de nulidade da sentença.

No mérito, a controvérsia do presente caso reside em verificar se é procedente ou não o pedido de cobrança formulado pela AJM Construtora em desfavor da extinta SUDENE, hoje sucedida pela União, relativo aos valores originados do Contrato DAD nº 001/94 e de seus 5 (cinco) Aditivos, cujo objeto era a execução de serviços de engenharia no edifício da referida autarquia federal.

Para facilitar o deslinde da questão, apreciarei as alegações de ambas as partes em 4 pontos essenciais.

### 1º) Da atualização das faturas pagas em atraso

De início, esclareço que, por força do Primeiro Aditivo ao Contrato DAD nº 001/94 (fls. 18/26 e 27/28), as partes contratantes acordaram em suspender pelo prazo de 1 (um) ano, ou seja, de **01/04/1994** a **31/03/1995**, as estipulações constantes não só no parágrafo quinto da cláusula sexta, como as contidas na cláusula sétima do contrato. A primeira cláusula suspensa trata da forma de atualização das parcelas pagas em atraso estabelecendo, para tanto, o índice diário da Taxa Referencial (TR). Já a segunda cláusula suspensa versa sobre o reajustamento dos preços dos serviços contratados.

Assim, em face da dita suspensão, ficam afastados desde já os pedidos de incidência de correção monetária sobre as faturas supostamente pagas em atraso que se referem ao período suspenso pelo referido aditamento.

Este é o teor dos referidos dispositivos contratuais:

3ª SUSPENSÃO - Ficam suspensas, pelo prazo de 1 (um) ano, contado a partir de 1º de abril de 1994, as estipulações contidas no parágrafo quinto da cláusula sexta e na cláusula sétima do contrato ora aditado. (Primeiro Aditivo ao Contrato DAD nº 001/94)

6ª - PAGAMENTO: A SUDENE pagará à CONTRATADA, os serviços efetivamente executados, de acordo com a medição efetuada pela Fiscalização, tomando por base os preços unitários indicados na proposta.

Parágrafo Primeiro - Para efeito do pagamento mensal, a Fiscalização apresentará, até o dia 20 (vinte) de cada mês, os resultados da medição dos serviços efetivamente executados, de acordo com o cronograma de execução constante na proposta da CONTRATADA, devendo esta apresentar à SUDENE a respectiva fatura no prazo de 72 (setenta e duas) horas após aquela data.

Parágrafo Segundo - Os pagamentos mensais serão efetuados pela SUDENE à CONTRATADA até o dia 30 (trinta) de cada mês, condicionando este pagamento à apresentação da fatura no prazo estipulado no parágrafo primeiro, devidamente atestada pela Fiscalização.

Parágrafo Terceiro - O valor relativo à instalação e mobilização para execução dos serviços não poderá ser superior a 0,5% (cinco décimos por cento) do valor global estimado do contrato, previsto na cláusula quarta.

Parágrafo Quarto - O pagamento da última fatura somente será efetuado com o recebimento definitivo dos serviços.

Parágrafo Quinto - Os pagamentos efetuados em atraso serão atualizados de acordo com o índice diário da Taxa Referencial (TR), computado do dia seguinte à data estipulada no parágrafo segundo até o de seu efetivo pagamento. (Contrato DAD nº 001/94) (destaque nosso)

A parte autora alega que foi equivocada a interpretação dada pelo Perito Judicial à cláusula 6ª, eis que cabia a fiscalização da SUDENE apresentar a medição dos serviços até o dia 20 (vinte) de cada mês para, em seguida, iniciar o prazo de 72 (setenta e

duas) horas para que a Construtora emitisse as faturas, ou seja, como já dito, a Construtora argumenta que o atraso na realização das medições implicou a impossibilidade de apresentação das faturas no tempo estabelecido no contrato, corroborado, inclusive pelo fato de que, segundo ela, a SUDENE teria reconhecido que todas as parcelas foram pagas com atraso. Pretende, portanto, obter a correção monetária das parcelas, cujo pagamento considerou que foram feitas em atraso.

Cabe, aqui, uma observação: a correção monetária não é uma sanção que deva ser aplicada a possíveis pagamentos em atraso. A correção é a mera atualização do poder aquisitivo da moeda, que não tem nem pode ter esse caráter de sanção.

Aliás, não foi isso o que se contratou. O objeto do contrato foi o da incidência de uma sanção relativa à atualização “de acordo com o índice diário da Taxa Referencial (TR), computado do dia seguinte à data estipulada no parágrafo segundo até o seu efetivo pagamento” como se lê no § 5º da cláusula 6ª, à fl. 20.

É inteiramente descabido, pois, pedir que se atualize monetariamente as prestações pagas no que considera atraso, nos exatos termos do contrato.

Primeiro, porque não se trata de uma sanção – o que significa dizer que a correção deveria ser paga desde que haja atraso, e, depois, porque atraso implicava o pagamento apenas com o acréscimo da Taxa Referencial (TR), como consta do § 5º da cláusula 6ª, já mencionado.

Importa examinar, pois, se houve pagamento em atraso e, pela análise dos autos, em especial dos documentos de fls. 435/519 (do vol. 2º) e do demonstrativo de fl. 799 (do vol. 3º) elaborado por perito economista, conclui-se que apenas as parcelas de nºs 5203<sup>1</sup>, 5204<sup>2</sup>, 5222<sup>3</sup> e 5223<sup>4</sup> foram pagas após o dia 30 (trinta) do respec-

---

<sup>1</sup> Apresentada em 24/02/1994 (cf. fl. 435) e paga em 01/03/1994 (cf. fl. 499).

<sup>2</sup> Apresentada em 24/02/1994 (cf. fl. 435) e paga em 01/03/1994 (cf. fl. 499).

<sup>3</sup> Apresentada em 29/02/1994 (cf. fl. 440) e paga em 05/04/1994 (cf. fl. 499).

<sup>4</sup> Apresentada em 29/02/1994 (cf. fl. 440) e paga em 05/04/1994 (cf. fl. 499).

tivo mês de apresentação, razão pela qual deverá incidir correção monetária<sup>5</sup> da data prevista contratualmente para pagamento até o seu efetivo adimplemento, não por se tratar de sanção pelo atraso que ensejaria a realização de maiores digressões para saber quem o deu causa, mas tão somente como índice de atualização da moeda pelo pagamento realizado a destempo.

Ademais, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que cabe correção monetária a partir do vencimento da obrigação independentemente de previsão contratual, tanto da empresa contratada (medição) como da contratante (vencimento de prazo sem pagamento) até a data do efetivo adimplemento, nos termos do art. 55, III, da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

Sobre o tema, cito o seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATOS. EMPREITADA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. OFENSA AOS ARTS. 128, 333, I, E 460 DO CPC. DESNECESSIDADE DE REFORMA. CORREÇÃO MONETÁRIA. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO. AUSENTE PREVISÃO CONTRATUAL. TERMO INICIAL. ART. 55, III, DA LEI 8.666/1993. PREQUESTIONAMENTO AUSENTE. SÚMULA 211/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INOBSERVÂNCIA DAS EXIGÊNCIAS LEGAIS E REGIMENTAIS. TERMO A QUO DA INCIDÊNCIA DE JUROS. OBRIGAÇÃO ILÍQUIDA. ART. 960 DO CC/1916. SÚMULA 83/STJ.

1 - Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

---

<sup>5</sup> O índice a ser utilizado deverá ser o contratado, ou seja, a Taxa Referencial (TR).

2 - É desnecessária a reforma do acórdão recorrido, por violação dos arts. 128, 333, I, e 460 do CPC, se o Tribunal diz que não houve comprovação de matéria não alegada pela autora, pois esse provimento judicial é essencialmente neutro, não lhe causando nenhum efeito.

3 - O termo inicial da correção monetária, nos contratos administrativos, deve se dar nos moldes previstos no art. 55, III, da Lei 8.666/1993, ou seja, entre a data do adimplemento das obrigações – Tanto da contratada (medição) como da contratante (vencimento de prazo sem pagamento) e a data do efetivo pagamento.

4 - A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que é cabível a correção monetária a partir do vencimento da obrigação, mesmo não havendo previsão contratual a esse respeito.

5 - É inadmissível o recurso especial quanto a questão não decidida pelo Tribunal de origem, por falta de prequestionamento.

6 - A ausência de cotejo analítico, bem como de similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado nos acórdãos recorrido e paradigmas, impede o conhecimento do recurso especial pela hipótese da alínea *c* do permissivo constitucional.

7 - Recurso no tocante ao termo *a quo* dos juros de mora nas obrigações ilíquidas. Não aplicação do art. 960 do CC/1916 e prejudicado pela divergência jurisprudencial. Súmula 83 do STJ.

8 - Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

(STJ - REsp 968.835 - (2007/0153508-2) - 2ª T - Relª Minª Eliana Calmon - DJe 14.09.2009 - p. 1685) (destaque nosso).

Recurso da autora provido em parte neste item.

Por outro lado, muito embora o magistrado de primeiro grau tenha entendido que a única fatura que merecia a incidência de correção monetária seria a de nº 5334, por ter sido apresentada no dia 20/09/1994 e paga no dia 13/10/1994, observo que, como bem afirmou a União em suas razões recursais, tal fatura foi apresentada e paga dentro do período suspenso pelo 1ª Aditivo ao Contrato (**suspensão de 01/04/1994 a 31/03/1995**), razão pela qual improcede a incidência de correção monetária sobre tal parcela.

Provido, pois, o apelo da União neste ponto.

2º) Do Custo Extra das Faturas de nº 6 a 11

Aduz a AJM Construtora que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo teria sido vulnerado em virtude da majoração do salário dos trabalhadores da construção civil por força de Convenção Coletiva de outubro de 1994, tornando clara a necessidade de ser ressarcida quanto ao custo extra das faturas de nº 6 a 11.

A Lei nº 8.666/93, que institui normas sobre licitações e contratos da Administração Pública, prevê a possibilidade de alteração contratual, por acordo entre as partes, em diversas situações, incluindo a hipótese de recomposição para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença, como abaixo se observa na exata dicção do art. 65, II, *d*:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II - por acordo das partes:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

Assim, observa-se que pela superveniência de fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incomensuráveis, será possível a revisão contratual a fim de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro entre as partes.

Entretanto, no caso dos autos, muito embora a AJM Construtora afirme que a alteração da situação contratual decorreu da Convenção Coletiva celebrada em outubro de 1994, ou seja, em

data posterior à realização do contrato a que se reporta a inicial, observo que tal fato não implica a ocorrência de evento extraordinário e imprevisível ou até mesmo de fato previsível de consequências incalculáveis a justificar a alteração do contrato, eis que o aumento do piso salarial da categoria se constitui fato previsível e de consequências calculáveis, considerando que as Convenções Coletivas têm prazo certo, o que denota que a Empresa Contratada tinha ciência do possível reajuste dos salários e encargos da categoria profissional e, portanto, deveria ter levando em conta quando da formulação da proposta, pelo que não se aplica a hipótese prevista do art. 65, II, *d*, da Lei nº 8.666/93.

Esse é o entendimento adotado pelo colendo STJ em casos semelhantes:

PROCESSUAL CIVIL ADMINISTRATIVO. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. CONTRATO. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. AUMENTO SALARIAL. DISSÍDIO COLETIVO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1 - O exame da violação de dispositivos constitucionais é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, do permissivo constitucional.

2 - É inadmissível Recurso Especial quanto a questão que, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal de origem. Incidência da Súmula 211/STJ.

3- O aumento salarial determinado por dissídio coletivo de categoria profissional é acontecimento previsível e deve ser suportado pela contratada, não havendo falar em aplicação da Teoria da Imprevisão para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. Precedentes do STJ.

4- Recurso Especial parcialmente conhecido, e nessa parte, não provido.

(STJ - REsp 1.190.549 - (2010/0074606-9) - 2ª T. - Rel. Min. Herman Benjamin - DJe 01.07.2010 - p. 1413)

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DISSÍDIO COLETIVO. AUMENTO DE SALÁRIO. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. ART. 65 DA

LEI 8.666/93. PRECEDENTES.

1 - "O aumento salarial determinado por dissídio coletivo de categoria profissional é acontecimento previsível e deve ser suportado pela contratada, não havendo falar em aplicação da Teoria da Imprevisão para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. Precedentes do STJ". (AgRg no REsp 417989/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, *DJ* 24/03/2009).  
2 - Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg-REsp 695.912 - (2004/0140385-9) - 2ª T - Rel. Min. Mauro Campbell Marques - *DJe* 27.11.2009 - p. 1127)

### 3º) Do Ressarcimento dos Custos pela Suspensão do Contrato

Sustenta a empresa recorrente que a SUDENE teria suspenso injustificadamente a execução dos serviços contratados no período entre 27 de junho a 23 de agosto de 1994, fato este que teria ocasionado prejuízos à AJM em razão dos gastos com pessoal e material mantidos à disposição da obra, perfazendo, segundo afirma a Construtora, a quantia de R\$ 281.560,09 (duzentos e oitenta e um mil, quinhentos e sessenta reais e nove centavos), para o mês de março de 2000.

Improcede também o pedido de ressarcimento dos alegados prejuízos que teriam sido ocasionados pelo período de suspensão contratual. Isso porque tal suspensão foi decorrente do cumprimento do Acórdão proferido no agravo regimental, em sede de Suspeição de Segurança nº 1412-PE, que manteve a liminar concedida no Mandado de Segurança nº 94.6930-8, no sentido de paralisar as obras objeto do Contrato DAD nº 001/94 (cf. fls. 360/396), fato este que afasta a responsabilidade da Autarquia Federal ante o rompimento do nexo de causalidade entre a sua conduta e o alegado dano, mesmo porque a demandante não comprovou os prejuízos efetivamente causados pela suspensão do contrato, nos moldes do art. 333, I, do CPC.

### 4º) Dos Serviços Extracontratuais

Alega, por fim, a parte autora que durante o cumprimento do contrato teve que realizar serviços extracontratuais, os quais muito embora tenham sido recebidos pela SUDENE não foram quita-

dos. Entendendo, pois, ser credora da quantia de R\$ 441.678,05 (quatrocentos e quarenta e um mil, seiscentos e setenta e oito reais e cinco centavos), na forma do laudo pericial constante nos autos.

Em apreciação ao laudo pericial de engenharia de fls. 1031/1044, bem como a correção feita em audiência para esclarecimento da perícia de fls. 1168/1169, vê-se que o *expert* aponta que a AJM Construtora realizou os seguintes serviços extracontratuais sem qualquer permissão ou autorização por parte da SUDENE:

- a) remoção do piso e impermeabilização ou remoção da argamassa de regularização, no valor de R\$ 42.543,42;
- b) argamassa de regularização, no valor de R\$ 6.060,81, posteriormente corrigido em audiência para o valor de R\$ 2.371,80;
- c) tratamento de concreto, no valor de R\$ 258.494,40;
- d) junta jeene, no valor de R\$ 54.425,88;
- e) grafite no rodapé dos dômus, no valor de R\$ 2.829,37;
- f) jardineiras pré-moldadas, no valor de R\$ 2.040,00;
- g) limpeza de vidros, no valor de R\$ 12.372,28;
- h) lavagem cobogós, no valor de R\$ 11.259,10;
- i) transporte e remoção de entulhos, no valor de R\$ 78.972,66.

Segundo a perícia oficial o valor total dos serviços extracontratuais executados perfaz o montante de R\$ 441.678,05 (quatrocentos e quarenta e um mil, seiscentos e setenta e oito reais e cinco centavos).

Com efeito, se de um lado a AJM Construtora errou ao dar continuidade à execução dos serviços sem qualquer autorização da SUDENE (não houve aditamento nesse sentido), de outro a Administração também errou ao não impedir, via comissão de fiscalização, o prosseguimento dos serviços da empresa Contratada, nos termos do art. 67 da Lei 8.666/93.

Sabe-se, pois, que para a caracterização do enriquecimento sem causa o demandante deverá demonstrar a existência real do enriquecimento ilícito da parte ré, a existência real de um prejuízo para o autor e o nexo de causalidade entre o prejuízo sofrido e o lucro injusto.

Nas palavras de Maria Helena Diniz<sup>6</sup> o enriquecimento ilícito é o “aumento do patrimônio de alguém sem justa causa, ou sem fundamento jurídico, em detrimento do de outrem”.

Sobre a questão, assim prescreve o Código Civil de 2002:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Ocorre que, de fato, o equívoco da Autarquia Federal lhe trouxe ganho patrimonial por não ter efetuado a contraprestação dos serviços não contratados, enquanto que o erro da AJM Construtora colocou-a em desvantagem excessiva, na medida em que arcou com todo o prejuízo decorrente do ilícito provocado por ambas as partes.

Entretanto, no caso dos autos, havendo a participação de ambas as partes contratantes na prática do ato ilícito, deverá haver a redução da indenização pelas perdas e danos sofridos, haja vista a caracterização da culpa recíproca, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração, nos termos do art. 945 do CC/02, *in verbis*:

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho<sup>7</sup>, configura-se a “culpa corrente quando, paralelamente à conduta do agente causador do dano, há também conduta culposa da vítima, de modo que o evento danoso decorre do comportamento culposos de ambos”.

---

<sup>6</sup> DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico: 2ª ed. ver. atual. e aum. - São Paulo: Saraiva, 2005, pg. 393.

<sup>7</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 7ª ed. - São Paulo: Atlas, 2007, pg. 41.

No mesmo sentido, colaciono o seguinte precedente do STJ na parte que interessa:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. OBRA PÚBLICA. RECAPEAMENTO ASFÁLTICO. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. REQUISITOS. EXAME. SÚMULA 7/STJ. PREQUESTIONAMENTO.

1 - O recurso foi interposto nos autos de ação de cobrança ajuizada contra o Município de Bragança Paulista, pleiteando-se o pagamento de diferença relativo à execução de serviço de recapeamento asfáltico, não previsto no contrato.

(...)

4 - No especial, alegou-se, em síntese, ter havido enriquecimento ilícito do Município pelo não pagamento dos serviços prestados, ainda que realizados em desconformidade com o objeto do contrato e do termo aditivo.

(...)

7 - Dissídio Pretoriano. É inviável o conhecimento do dissídio pretoriano com relação ao julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ante o impedimento da Súmula 13/STJ.

8 - Elementos caracterizadores do enriquecimento sem causa e conhecimento do recurso especial. Com relação à violação dos artigos 884 e 885 do Código Civil e demais paradigmas indicados na divergência jurisprudencial, o exame dos pressupostos de conhecimento depende de breve estudo acerca dos elementos caracterizadores do enriquecimento sem causa.

8.1. Na seara do Direito Privado, o saudoso Orlando Gomes identifica alguns requisitos para que se configure o enriquecimento sem causa: a) o enriquecimento de alguém; b) o empobrecimento de outrem; c) o nexo de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento; e d) a falta de causa ou causa injusta (*Obrigações*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 250).

8.2. No âmbito do Direito Público, Marçal Justen Filho alerta-nos, contudo, sobre a necessidade de verificar a boa-fé do particular, “na medida em que sua participação na consumação do resultado danoso pode afetar a extensão de seus direitos” (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2005,

pág. 520).

Em outras palavras, se houver concorrência do particular na prática do ato ilícito, deve haver redução da indenização correspondente às perdas e danos sofridas, tendo em vista a ocorrência de culpa concorrente.

8.3. No caso em análise, para se verificar se houve ou não enriquecimento sem causa, seria imprescindível examinar, entre outros aspectos: a) a existência de boa-fé da contratada; b) se para a conclusão do serviço de pavimentação, era realmente indispensável o excesso perpetrado pela empresa recorrente que, ao seu livre arbítrio, extrapolou os limites da avença; c) valor total do contrato; d) extensão do excesso; e) previsão orçamentária; f) fiscalização da obra por parte da Municipalidade (art. 67, da Lei nº 8.666/93).

8.4. No entanto, ante a deficiência de elementos fáticos delineados no acórdão impugnado, é impossível verificar, nos estreitos limites do apelo raro, a ocorrência ou não de enriquecimento sem causa. Solução em contrário à adotada pelo aresto impugnado afrontaria o disposto na Súmula 7/STJ, de seguinte teor: “A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial”.

9 - Recurso especial não conhecido.

(STJ - REsp 1.165.987 - (2009/0021192-5) - 2ª T - Rel. Min. Castro Meira - *DJe* 08.03.2010 - p. 363) (sem grifo no original).

Desta feita, presentes os requisitos ensejadores do enriquecimento sem causa, bem como configurada a existência de culpa concorrente, condeno a União a ressarcir a AJM Construtora a quantia de R\$ 220.839,02 (duzentos e vinte mil, oitocentos e trinta e nove reais e dois centavos) correspondente a metade do valor apurado pelo perito judicial de engenharia, conforme fls. 1031/1044 e 1168/1169, em razão dos serviços extracontratuais efetivamente realizados e não pagos a parte autora.

Sobre o montante indenizatório deverão incidir correção monetária nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal, bem com juros de mora, a contar da citação, no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês até o advento do CC/02, a partir do qual deverá ser aplicado o percentual de 1% (um por cento) ao mês. Entretanto, com a entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, que deu

nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, deverá incidir o percentual de 0,5 % (meio por cento) ao mês.

Sem honorários advocatícios, em face da sucumbência recíproca, nos termos do art. 21 do CPC.

Ante o exposto, dou parcial provimento às apelações.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 430.614-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
Apelantes: CONSÓRCIO DE TRANSPORTES DA REGIÃO METROPOLITANA DO RECIFE LTDA. - CTM E ESTADO DE PERNAMBUCO  
Apelado: SINDICATO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES DE PASSAGEIROS EM PERNAMBUCO - SETRANS/PE  
Assistente: UNIÃO  
Advs./Procs.: DRS. SÍLVIO NEVES BAPTISTA FILHO E OUTROS (1º APTE.), LEONARDO JOSÉ RIBEIRO C. B. CARNEIRO DA CUNHA (2º APTE.) E GUSTAVO HENRIQUE DE BRITO ALVES FREIRE E OUTROS (APDO.)

***EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMISSÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE VALES-TRANSPORTES PELAS EMPRESAS OPERADORAS SIMULTANEAMENTE COM A EMTU. PAGAMENTO DOS VALES VENDIDOS PELA EMTU NO PRAZO DE VINTE E QUATRO HORAS. ESTADO DE PERNAMBUCO E EMTU NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. INTERESSE DA UNIÃO. ASSISTÊNCIA AOS RÉUS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PERDA DE OBJETO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO SETRANS-PE. IMPOSSIBILIDADE JU-***

**RÍDICA DO PEDIDO E FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL EM RELAÇÃO AO ESTADO DE PERNAMBUCO. PRELIMINARES REJEITADAS. LEI Nº 7418/85 E DECRETO PRESIDENCIAL Nº 95247/87. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. DECRETO ESTADUAL Nº 13136/88. NÃO RECEPÇÃO. INCOMPATIBILIDADE COM A CARTA MAGNA. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TRANSPORTE. ART. 22, XI, DA CF. AUSÊNCIA DE DELEGAÇÃO AOS ESTADOS-MEMBROS.**

*- Discute-se a competência das empresas de transporte de passageiros para emitir e comercializar vales-transportes na Região Metropolitana do Recife simultaneamente com a EMTU, assim como o direito dessas empresas de receberem o pagamento pelos passes vendidos pela EMTU no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.*

*- A questão da presença da União no processo em foco, na condição de assistente, já foi amplamente discutida e decidida em sede de agravo de instrumento (AGTR nº 37965-PE) por esta e. Primeira Turma que declarou, à unanimidade, dar provimento ao agravo para determinar a permanência da União na lide, reconhecendo a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, decisão essa já transitada em julgado. Portanto, uma vez já decidida tal matéria em sede de agravo de instrumento, não poderia a EMTU pretender trazer a lume essa mesma discussão, desta vez em razões de apelação, por já ter ocorrido a preclusão consumativa. (Precedentes do e. STJ: REsp 200800801287, Ministro: FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, 23/03/2009 e RESP 200500628831, Ministro: CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, 18/12/2006).*

*- Como se não bastasse, o interesse do ente federal foi ratificado em petição, protocolada após a prolação da sentença, em que requer a sua*

**admissão na presente ação na condição de assistente da parte ré, em razão de ser competente para exercer o controle estatístico sobre a comercialização e distribuição dos vales-transportes, além dos prejuízos juridicamente relevantes que poderão advir para ele na hipótese de procedência da pretensão da parte autora. Preliminar de incompetência da Justiça Federal rejeitada.**

**- Não há qualquer prova nos autos de que a EMTU estaria procedendo ao pagamento dos vales-transportes por ela comercializados no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, em conformidade com o disposto no Decreto Presidencial nº 95247/87. No que tange ao direito de emitir e vender os vales-transportes, também não há comprovação de que a situação inicial tenha sido revertida no curso da demanda, autorizando-se as empresas operadoras a realizar tais atividades concomitantemente com a EMTU. Portanto, não se pode falar em perda de objeto.**

**- Inobstante o SETRANS-PE não tenha comprovado possuir o necessário registro perante o Ministério do Trabalho, requisito necessário a legitimá-lo a postular em prol dos direitos dos seus afiliados, essa comprovação se mostra desnecessária ante a publicidade e notoriedade de sua existência, considerando se tratar de um órgão de classe de grande porte, reconhecido em todo o território nacional. Exegese do art. 334, I, do CPC.**

**- No sítio destinado ao Ministério do Trabalho - Superintendência Regional do Trabalho e Emprego em Pernambuco - SRTE/PE, na rede mundial de computadores, há um item destinado ao cadastro nacional de entidades sindicais registradas, de acesso irrestrito a todo cidadão, no qual consta como ATIVO o cadastro do SETRANS-PE perante aquele órgão. Preliminar de ilegitimida-**

*de ativa ad causam rejeitada.*

*- Não se poderia deixar de aplicar as regras processuais e de fazer valer o direito das partes, eis que as regras processuais se constituem em meios para que se atinja uma determinada finalidade. Ademais o Decreto nº 13136/88 emana do Chefe do Poder Executivo Estadual, donde concluir-se pelo interesse e conseqüente legitimidade do Estado de Pernambuco para zelar pela sua legalidade e defender a sua aplicação, além, é claro, da possibilidade jurídica do pedido em relação a esse ente da Federação. Preliminar de falta de interesse processual e de impossibilidade jurídica do pedido rejeitadas.*

*- A Constituição anterior disciplinava a competência concorrente da União para legislar sobre tráfego e trânsito nas vias terrestres. Entretanto, a Constituição de 1988, em seu art. 22, incisos IX e XI, atribuiu à União competência legislativa privativa para legislar sobre diretrizes da política nacional de transportes e sobre trânsito e transportes. Assim, a única hipótese de o Estado-membro ser autorizado a legislar sobre questões relativas a trânsito e transporte é mediante delegação da própria União, por meio de lei complementar.*

*- A matéria alusiva à emissão e comercialização dos vales-transportes deve ser legislada pela União, de forma privativa, e apenas pelos Estados quando houver delegação, que não é o caso dos autos. Portanto, a Lei Federal nº 7418/85 e o Decreto Presidencial nº 95247/87, inobstante tenham sido editados quando ainda vigia a Constituição anterior, foram recepcionados pela Carta Magna atual, de onde tiram o fundamento de sua validade, por respeitarem a competência legislativa privativa da União em matéria de transporte urbano.*

*- Pela redação do art. 5º da aludida lei, a obriga-*

***ção pela emissão e comercialização dos vales-transportes é das empresas operadoras do sistema de transporte coletivo público. Já o Decreto Presidencial nº 95247/87, ao regulamentar a lei em referência, atribuiu, também, ao órgão de gerência ou ao poder concedente o poder para emitir e comercializar os mencionados passes, garantindo, assim, a possibilidade de que tais atividades sejam desempenhadas, de forma simultânea, pelas empresas operadoras e pelo órgão de gerência ou poder concedente.***

***- O Decreto Estadual nº 13136/88, de 08 de agosto de 1988, que atribuiu unicamente à EMTU as tarefas de emitir e comercializar vales-transportes na Região Metropolitana do Recife, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, em razão da sua incompatibilidade com o ordenamento constitucional vigente.***

***- Conforme estatuído no art. 24, § 1º, do Decreto Presidencial nº 95247/87, a EMTU deve proceder ao pagamento às empresas operadoras no prazo de 24 (vinte e quatro) horas em relação àqueles vales emitidos e postos à venda pela própria empresa pública estadual.***

***- Preliminares rejeitadas.***

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

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento às apelações e à remessa obrigatória, nos termos do voto e relatório constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 2 de setembro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

O SINDICATO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES DE PASSAGEIROS NO ESTADO DE PERNAMBUCO - SETRANS/PE ajuizou a presente ação cominatória cumulada com pedido declaratório contra a EMPRESA METROPOLITANA DE TRANSPORTES URBANOS - EMTU e o ESTADO DE PERNAMBUCO visando à declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* dos arts. 1º, *caput*, 2º, *caput* e parágrafos, do Decreto Estadual nº 13.136/88, e à condenação da EMTU ao cumprimento do prazo de 24 (vinte e quatro) horas para pagamento dos vales-transportes por ela comercializados, em respeito a estatuído no art. 19, parágrafo único, do Decreto Presidencial nº 9.5247/87, bem como a obedecer ao disposto no art. 5º da Lei Federal nº 7.418/85 e no art. 14 do Decreto Presidencial nº 9.5247/87, tolerando que as operadoras do Sistema Público de Transporte de Passageiros afiliadas ao demandante façam circular e ponham à venda os vales-transportes sem impedir que a EMTU continue emitindo e comercializando concomitantemente esses bilhetes.

O sindicato autor requereu, ainda, a intimação da União para intervir no feito na qualidade de assistente litisconsorcial do autor.

O ESTADO DE PERNAMBUCO e a EMTU contestaram a presente ação.

Em sede de agravo de instrumento (AGTR nº 37965-PE), a discussão sobre a presença da União na presente ação foi dirimida, tendo a egrégia Primeira Turma decidido, à unanimidade, pela necessidade de sua permanência na condição de assistente da parte ré e, via de consequência, pela competência da Justiça Federal para processar e julgar a demanda. Essa decisão transitou em julgado.

Ao sentenciar, a ilustre magistrada prolatora da decisão vergastada julgou procedente o pedido para declarar que o Decreto Estadual nº 13136/88 não foi recepcionado pela Constituição de 1988 e, conseqüentemente, reconhecer que, por força da Lei Federal nº 7.418/85 c/c Decreto Presidencial nº 95.247/87, as opera-

doras do Sistema Público de Transporte de Passageiros, afiliadas ao sindicato autor, poderão emitir e comercializar vales-transportes simultaneamente com a EMTU, que é o órgão gestor do programa. A douta juíza ainda determinou à EMTU que passasse a efetuar o pagamento dos vales-transportes por ela comercializados no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Insatisfeita com a sentença, a EMTU apelou alegando mais uma vez, em sede de preliminar, a incompetência absoluta da Justiça Federal para processar e julgar a presente lide, em razão da falta de interesse da União, já que é dos municípios as atribuições de legislar, organizar e prestar o serviço público de transporte coletivo. Ainda suscitou a perda de objeto da ação, ante o teor do art. 14, § 1º, do Decreto nº 9.5247/87, que permite a expedição de normas complementares e a comercialização dos vale-transportes pelo Poder Concedente, e, ainda, diante do fato das operadoras estarem sendo remuneradas pela venda dos bilhetes em forma de adiantamento regulares.

Por sua vez, o Estado de Pernambuco, ao se insurgir contra a sentença alegou, em preliminar, carência de ação por ilegitimidade ativa *ad causam* do sindicato, em razão da falta de registro junto ao Ministério do Trabalho, conforme preconiza o art. 558 da CLT, necessário para aquele ente provar sua existência legal. Aduziu, ainda, em sede de preliminar, carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido e por falta de interesse de agir em relação a ele/apelante, já que o único comando da sentença que o atinge é o que declarou que o Decreto Estadual nº 13.136/88 não foi recepcionado pela Carta Magna Federal, situação que, por se referir a uma constatação de questão jurídica, não deve nem pode constituir o objeto de ação declaratória. No mérito, afirmou que o dispositivo constitucional que rege a matéria não é o art. 22, XI, da Constituição Federal, mas sim os arts. 30, V e 25, § 3º, também da *Lex Fundamentalis*. Sustentou que o Decreto Estadual nº 13136/88 não afronta a Lei Federal nº 7.418/85 nem a ordem constitucional passada nem a presente. Para ele, a Lei Federal nº 7.418/85 atribuiu às empresas operadoras a obrigatoriedade pela emissão e comercialização do vale-transporte e essa mesma norma legal estabeleceu que essa atividade pode ser exercida pelo órgão de gerência ou pelo poder concedente, quando a eles couber a atribui-

ção legal para emissão de passes. Assim, defendeu o Estado de Pernambuco que, na Região Metropolitana do Recife, essa competência foi atribuída à EMTU, conforme previsto no Regulamento dos Transportes Públicos de Passageiros na Região Metropolitana do Recife, aprovado pelo Decreto Estadual nº 14.846/91. Por fim, asseverou que essa competência exclusiva não implica em monopólio, eis que não está reservada a uma das empresas integrantes do sistema, mas sim ao órgão responsável pela sua gestão, a EMTU.

Contrarrazões às fls. 415/427.

Relatei.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

A questão ora discutida diz respeito à verificação da competência das empresas de transporte de passageiros para emitir e comercializar vales-transportes na Região Metropolitana do Recife simultaneamente com a EMTU, assim como ao direito dessas empresas de receberem o pagamento pelos passes vendidos pela EMTU no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas.

Insurge-se o SETRANS, em sua peça vestibular, contra a competência exclusiva da EMTU para a emissão e comercialização dos vales-transportes alegando que o Decreto Estadual nº 13.136/88 não teria sido recepcionado pela Constituição de 1988, eis que a matéria relativa a transporte terrestre seria de competência legislativa exclusiva da União, além do que tal decreto teria infringido o texto do art. 5º da Lei Federal nº 7.418/85, que concedeu às empresas operadoras o poder de emitir e vender referidos vales. Ainda alega a parte autora não estar sendo cumprido, pela EMTU, o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para o pagamento dos créditos resultantes da venda dos passes, em arrepio ao art. 24, § 1º, do Decreto nº 95.247/87.

Antes de adentrar no exame da matéria de mérito, faz mister analisar as preliminares suscitadas pelos réus nas razões de suas apelações.

## **1. APELAÇÃO DA EMTU:**

### **1.1. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.**

A EMTU afirma que o objeto da presente ação é a discussão sobre a possibilidade de as permissionárias do Sistema de Transporte Público de Passageiros da Região Metropolitana do Recife - STPP/RMR venderem simultaneamente com ela – apelante – valores-transportes. Argumenta que, o fato de a competência legislativa sobre a matéria ser da União não torna a matéria de interesse desta.

Aduz a apelante que a competência para organizar e prestar o serviço público de transporte coletivo é dos municípios. No caso do Município do Recife, houve delegação desses poderes para o Estado de Pernambuco, através de Convênio. Desta forma, não haveria interesse da União que justificasse a sua permanência na presente demanda.

Ocorre que a questão da presença da União no processo em foco, na condição de assistente, já foi amplamente discutida e decidida em sede de agravo de instrumento (AGTR nº 37965-PE) por esta egrégia Primeira Turma. Ao julgar o mencionado processo, esta colenda Turma decidiu, à unanimidade, dar provimento ao agravo para determinar a permanência da União na lide, declarando a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito. Tal decisão transitou em julgado, tendo o processo sido remetido ao Juízo Federal da 3ª Vara de Pernambuco com baixa definitiva.

Portanto, uma vez já decidida tal matéria em sede de agravo de instrumento, não poderia a EMTU pretender trazer a lume essa mesma discussão, desta feita em razões de apelação, por já ter ocorrido a preclusão consumativa.

Sobre o âmbito de devolutividade do recurso de apelação, o egrégio STJ vem se posicionando neste mesmo sentido, a teor das ementas a seguir reproduzidas.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. MATÉRIA OBJETO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. NOVA DISCUSSÃO NA APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRE-

CLUSÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ARESTOS EM CONFRONTO.

1. A decisão acerca da possibilidade de reinserção das verbas atinentes às perdas e danos no valor executado foi objeto de exceção de pré-executividade, julgada improcedente, decisão contra a qual foi interposto agravo de instrumento, desprovido, sem que houvesse o manejo de recurso especial. Operada, nesse sentido, a preclusão consumativa, não podendo mais a questão ser objeto de discussão, mesmo se tida como matéria de ordem pública.

2. O fato de a apelação ser recurso de ampla devolutividade não significa que questões anteriormente discutidas e decididas em outra sede recursal possam ser novamente apresentadas quando de sua interposição.

3. Não há identidade fática entre os arestos apontados como paradigma e a hipótese tratada nos autos.

4. Recurso especial não conhecido.

(REsp 200800801287, Ministro: FERNANDO GONÇALVES, STJ - QUARTA TURMA, 23/03/2009).

PROCESSUAL CIVIL. QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA. DEVOLUÇÃO COM APELAÇÃO. DECISÃO ANTERIOR EM AGRAVO. ANÁLISE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. REEXAME DE PROVAS. DESCABIMENTO. FUNDAMENTO. FALTA DE IMPUGNAÇÃO.

I - A apelação devolve ao tribunal a apreciação das questões de ordem pública. Contudo, em razão da preclusão, a devolutividade sofre restrições no que diz com questões que já tenham sido decididas em recurso anterior. Sendo assim, se a corte estadual, no julgamento de agravo de instrumento, concluíra pela inexistência de erro na distribuição, é correta sua conclusão no sentido de não poder decidir novamente a matéria, reagitada nas razões da apelação.

II - Analisadas as alegações pertinentes à forma de pagamento e correção do débito e existência de mora, a partir do exame dos fatos e da interpretação de cláusulas contratuais, descabe sua revisão no âmbito do recurso especial. Aplicação das súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça.

III - Assentada a conclusão do julgado na aplicação do Código de Defesa do Consumidor, era necessária a im-

pugnação a esses dispositivos, sob pena de incidência da Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal. Recurso não conhecido, com ressalva quanto à terminologia. (REsp 200500628831, Ministro: CASTRO FILHO, STJ - TERCEIRA TURMA, 18/12/2006)

Destarte, é vedado à EMTU, em sede de apelação, volver à discussão acerca da ausência de interesse da União para permanecer da presente lide na condição de assistente, eis que preclusa a matéria.

Ademais, mesmo que se admitisse, apenas a título argumentativo, a possibilidade de voltar a debater tal questão, não se pode deixar de mencionar os termos da decisão colegiada proferida no supra indicado agravo de instrumento, segundo a qual o interesse da União se justifica em razão de ser este ente público competente para exercer o controle estatístico sobre a comercialização e distribuição dos vales-transportes, além do que a própria União expressamente requereu a sua inserção na presente ação, na qualidade de assistente da parte ré, aduzindo que poderiam advir para ela prejuízos juridicamente relevantes na hipótese de procedência da pretensão da parte autora.

Esse pedido de inclusão na relação processual na condição de assistente da parte ré foi reiterado pelo ente federal às fls. 409/410, após a prolação da sentença.

Por tais argumentos, rejeito a preliminar de incompetência absoluta da Justiça Federal alegada pela EMTU.

## **1.2. PRELIMINAR DE PERDA DE OBJETO.**

Argumenta a EMTU que, como o pedido se resumiu ao direito de vender Vales-Transporte e ao recebimento dos valores no prazo de 24 horas, inexistente questão controvertida a justificar continuação da demanda (*sic*) (fl. 389). Afirma que o fato das operadoras serem remuneradas pela venda dos bilhetes em forma de adiantamento regulares seria suficiente para justificar a perda de objeto da presente ação (fl. 389).

Acontece que não há qualquer prova nos autos de que a EMTU estaria procedendo ao pagamento dos vales-transportes por ela comercializados no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, em confor-

midade com o disposto no Decreto Presidencial nº 95.247/87. Ao contrário, ao ser intimada para informar como eram feitos esses pagamentos, esta empresa pública estadual foi incapaz de provar que estava seguindo os termos daquele decreto, de forma a quitar os débitos relativos aos vales-transportes por ela vendidos no prazo ali previsto. Tal atitude, evidentemente, ocasiona às empresas afiliadas ao SETRANS-PE prejuízo de grande monta, por deixarem elas desprovidas de valores substanciais que servem de receita para as despesas necessárias à atividade empresarial.

No que tange ao direito de emitir e vender os vales-transportes, também não há qualquer prova nos autos de que a situação inicial tenha sido revertida no curso da demanda, autorizando-se as empresas operadoras a realizar tais atividades concomitantemente com a EMTU. Portanto, não há que se falar em perda de objeto.

Por tais argumentos, rejeito a preliminar de perda de objeto.

## **2. APELAÇÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO:**

### **2.1. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO POR ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DO SINDICATO AUTOR.**

Assevera o Estado de Pernambuco, nas razões de seu apelo, ser o SETRANS-PE ilegítimo para postular, no polo ativo da demanda, direito dos seus filiados, em razão da falta de registro junto ao Ministério do Trabalho, situação que, por si só, seria suficiente para ensejar a extinção do feito sem resolução do mérito.

Argumenta que tal exigência, que se encontra disposta no art. 558 da CLT, é uma forma de o Sindicato demonstrar a sua existência legal.

De fato, o art. 558 da CLT impõe aos sindicatos a necessidade de proceder ao seu registro perante o Ministério do Trabalho, por meio das Delegacias Regionais do Trabalho, para legitimá-los na defesa dos interesses de seus filiados. Tal registro, que tem como objetivo a preservação do princípio da unicidade sindical, deita raízes na Carta Magna de 1988, precisamente no art. 8º, incisos I e II.

Sem essa anotação perante o Ministério do Trabalho o sindicato não poderá ser sujeito de direitos e obrigações, sendo-lhe

vedado ajuizar ações em prol da sua classe de trabalhadores, pois não terá a indispensável representatividade dessa categoria, carecendo assim de legitimidade ativa *ad causam*.

Portanto, tal registro se mostra imprescindível para a existência legal da entidade sindical.

Essa exigência, inclusive, já foi objeto de Súmula do egrégio STF, de teor:

Súmula nº 677 - Até que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade.

A jurisprudência emanada do egrégio Supremo Tribunal Federal tem influenciado o entendimento dos tribunais pátrios, a exemplo do colendo Superior Tribunal de Justiça e deste TRF, que vêm se posicionando pela exigibilidade do registro das entidades sindicais perante o Ministério do Trabalho como forma de resguardar o princípio da unicidade sindical e de legitimá-los a postular em defesa dos seus representados.

No caso em comento, o SETRANS-PE, de fato, não comprovou, ao ajuizar a presente ação, possuir o necessário registro perante o Ministério do Trabalho. Entretanto, por se tratar de um órgão de classe de grande porte, reconhecido em todo o território nacional, essa comprovação se mostra desnecessária ante a publicidade e notoriedade de sua existência.

O próprio Código de Processo Civil, no capítulo dedicado às provas, estatuiu, em seu art. 334, I, ser prescindível a produção de prova em se tratando de fatos notórios.

Ademais, ao acessar a rede mundial de computadores, no sítio destinado ao Ministério do Trabalho - Superintendência Regional do Trabalho e Emprego em Pernambuco - SRTE/PE<sup>1</sup>, há um item destinado ao cadastro nacional de entidades sindicais registradas, de acesso irrestrito a todo cidadão, no qual pode-se obter informação acerca da existência ou não de registro de determina-

---

<sup>1</sup> [www.mte.gov.br/delegacias/pe/default.asp](http://www.mte.gov.br/delegacias/pe/default.asp)

do sindicato. Ao conectar-se a esse ícone, tendo em mãos o número do CNPJ do SETRANS-PE, obtém-se o extrato de cadastro deste sindicato com a informação ATIVA, que quer dizer que a entidade possui registro sindical ou alteração estatutária concedida.

Desta feita, não se pode negar tratar-se de fato público e notório, não dependendo, portanto, de prova.

Por tais argumentos, rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* do sindicado autor.

## **2.2. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR EM RELAÇÃO AO ESTADO DE PERNAMBUCO.**

Aduz o Estado de Pernambuco carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido e por falta de interesse de agir já que o único comando da sentença que tem alguma pertinência em relação a ele é o que declarou a não recepção do Decreto Estadual nº 13136/88 pela Carta Magna Federal, situação que, por se referir a uma constatação de questão jurídica, não deve nem pode constituir o objeto de ação declaratória.

Como muito bem ressaltado pelo SETRANS-PE, nas suas contrarrazões à apelação do Estado de Pernambuco, o que se pleiteou na presente ação foi o reconhecimento de um direito assegurado pela Carta Magna de 1988 e que o Poder Público Estadual vinha deixando de cumprir ao aplicar as disposições do Decreto Estadual nº 13136/88.

Portanto, não se poderia deixar de aplicar as regras processuais e de fazer valer o direito das partes, eis que *as regras processuais se constituem em meios para que se atinja uma determinada finalidade, não se podendo tornar as mesmas em obstáculos formais capazes de se sobrepôr à essência, impedindo a realização do justo, finalidade maior da ordem jurídica. De resto, a aludida preliminar consubstancia odioso formalismo que não se coaduna e não se harmoniza, de maneira nenhuma, com a moderna feição do processo, a repudiar iniciativas do gênero* (fl. 424).

Não se pode deixar de mencionar que o Decreto em referência, que ora se pretende questionar, emana do Chefe do Poder Executivo Estadual, donde concluir-se pelo interesse e consequen-

te legitimidade do Estado de Pernambuco para zelar pela sua legalidade e defender a sua aplicação, além, é claro, da possibilidade jurídica do pedido em relação a esse ente da Federação.

Por todos esses argumentos, rejeito as aludidas preliminares.

### **3. MÉRITO:**

Cuida-se de questão em que se discute se as empresas que operam com o transporte público de passageiros têm ou não direito a emitir e comercializar vales-transportes concomitantemente com a EMTU, parte ré na demanda.

A respeito da competência para legislar sobre diretrizes da política nacional de transportes e sobre trânsito e transportes, a Constituição de 1988, em seu art. 22, incisos IX e XI, atribuiu à União competência legislativa privativa. Assim, a única hipótese de o Estado-membro ser autorizado a legislar sobre questões relativas a trânsito e transporte seria mediante delegação da própria União, por meio de lei complementar.

O mesmo não ocorria na Constituição anterior que, em seu art. 8º, inciso XVII, *n*, e parágrafo único disciplinava a competência concorrente da União para legislar sobre tráfego e trânsito nas vias terrestres.

Nesse contexto, a jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, ao se pronunciar sobre o aludido inciso XI do art. 22 da Carta Magna de 1988, declarou competir privativamente à União legislar sobre trânsito e transporte, vedando aos Estados-membros a possibilidade de editar normas relativas a essa mesma matéria, em razão de não se encontrar tal hipótese dentre aquelas relativas às competências comuns, previstas no art. 23, e concorrentes, dispostas no art. 24, ambos da *Lex Fundamentalis*. Ou melhor, somente se admite aos Estados-membros legislar sobre essas matérias quando expressamente autorizadas pela União, por meio de delegação, viabilizada através de lei complementar.

Sobre o tema, colhem-se os seguintes julgados:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO ESTADO DE SÃO PAULO. FISCALIZAÇÃO ELETRÔNICA. MULTA. COMPETÊNCIA DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL.

1. É da competência exclusiva da União legislar sobre trânsito e transporte, sendo necessária expressa autorização em lei complementar para que a unidade federada possa exercer tal atribuição (CF, artigo 22, inciso XI e parágrafo único).

2. Não tem competência o Estado para legislar ou restringir o alcance de lei que somente a União pode editar (CF, artigo 22, XI). Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI 2328, MAURÍCIO CORRÊA, STF).

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

2. Lei do Estado do Pará.

3. Serviço de transporte individual de passageiros prestado por meio de ciclomotores, motonetas e motocicletas.

4. Competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte (art. 22, XI, CF).

5. Precedentes (ADI 2.606/SC).

6. Procedência da ação

(ADI 3135, GILMAR MENDES, STF).

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO ESTADO DE MINAS GERAIS. LICENCIAMENTO DE MOTOCICLETAS PARA TRANSPORTE DE PASSAGEIROS (“MOTOTÁXI”). COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL RECONHECIDA.

I - Competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte (CF, art. 22, XI).

II - Exercício de atribuição pelo Estado que demanda autorização em lei complementar.

III - Inexistência de autorização expressa quanto ao transporte remunerado de passageiros por motocicletas.

IV - Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da lei mineira 12.618/97.

(ADI 3136, RICARDO LEWANDOWSKI, STF).

Por tais razões, cai por terra a alegação do Estado de Pernambuco, encerrada nas razões de sua apelação, de que se trataria de competência concorrente, a teor do art. 30, V, da Carta Magna, o qual estabelece a competência dos Municípios para *organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial*; e do art. 25, § 1º, que

reserva aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição (competência remanescente ou reservada).

Na verdade, esses dispositivos constitucionais tratam de competência material/administrativa dos Municípios e Estados, que se referem à organização e prestação dos serviços de transportes intermunicipal e local; enquanto que o que se discute nos presentes autos é se os Estados têm competência legislativa para editar Decreto Estadual inovando em matéria de transporte público.

Debate-se se há possibilidade ou não de o Decreto Estadual nº 13.136/88 estabelecer restrições não previstas na Lei Federal nº 7.418/85 e no Decreto Presidencial nº 95.247/87 – que instituíram e regulamentaram o vale-transporte – em relação à política de emissão e comercialização desses passes.

Desta feita, a matéria alusiva à emissão e comercialização dos vales-transportes deve ser legislada pela União, de forma privativa, e apenas pelos Estados quando houver delegação, que não é o caso dos autos.

Portanto, a Lei Federal nº 7.418/85 e o Decreto Presidencial nº 95.247/87, inobstante tenham sido editados quando ainda vigia a Constituição anterior, foram recepcionados pela Carta Magna atual, de onde tiram o fundamento de sua validade, por respeitarem a competência legislativa privativa da União em matéria de transporte urbano.

Pela redação do art. 5º da aludida lei, a obrigação pela emissão e comercialização dos vales-transportes é das empresas operadoras do sistema de transporte coletivo público.

Já o Decreto Presidencial nº 95.247/87, ao regulamentar a lei em referência, atribuiu, também, ao órgão de gerência ou ao poder concedente o poder para emitir e pôr à venda os mencionados passes, garantindo, assim, a possibilidade de que tais atividades sejam desempenhadas, de forma simultânea, pelas empresas operadoras e pelo órgão de gerência ou poder concedente.

Portanto, o direito vindicado na presente ação encontra guarida nos mencionados textos legais, os quais, como visto, foram recepcionados pela Constituição vigente.

O mesmo não se pode dizer do Decreto Estadual nº 13.136/88, de 08 de agosto de 1988, que atribuiu unicamente à EMTU as tarefas de emitir e comercializar vales-transportes na Região Metropolitana do Recife. Nesse caso, como bem observou o ilustre sentenciante, não há que se falar em declaração de inconstitucionalidade, porquanto editado na vigência da Constituição anterior, mas em sua não recepção pela atual, eis que em desacordo com o ordenamento constitucional vigente.

Diante de todos esses fundamentos, tanto a EMTU quanto às empresas operadoras de transporte coletivo público têm legitimidade para emitir e comercializar os vales-transportes, de forma concomitante.

Em relação ao segundo pedido do sindicato autor, também não há como reformar a sentença neste particular.

O art. 24, § 1º, do Decreto Presidencial nº 95247/87 encontra-se assim redigido:

Art. 24. (...)

§ 1º O responsável pela emissão e comercialização do Vale-Transporte pagará às empresas operadoras os respectivos créditos no prazo de 24 horas, facultado às partes pactuar prazo maior.

Destarte, compete à EMTU cumprir ao estatuído no dispositivo acima declinado procedendo ao pagamento às empresas operadoras no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Não há muito o que se discutir nesse ponto, eis que há previsão legal para o pagamento no prazo requerido pelo autor e a EMTU não pode ser furtar a cumpri-lo.

Por todos esses argumentos, rejeito as preliminares e, no mérito, nego provimento às apelações da EMTU e do Estado de Pernambuco e à remessa obrigatória para confirmar a sentença.

Assim voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 436.407-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-  
LIANO  
Apelante: FAZENDA NACIONAL  
Apelada: NATAL SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABA-  
LHO MÉDICO - UNIMED  
Recte. Ad.: NATAL SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABA-  
LHO MÉDICO - UNIMED  
Advs./Procs.: DRS. HINDENBERG FERNANDES DUTRA E OU-  
TROS (APDA.)

***EMENTA: TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. COFINS. SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABALHOS MÉDICOS. ATOS COOPERATIVOS TÍPICOS. NÃO-INCIDÊNCIA DA EXAÇÃO. RECEITAS DECORRENTES DA VENDA DE PLANOS DE SAÚDE E DEMAIS ATOS NEGOCIAIS. INCIDÊNCIA. ART. 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 3º, § 9º, DA LEI Nº 9.718/98. DEDUÇÕES PERMITIDAS ÀS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE. EFEITOS A PARTIR DE DEZEMBRO DE 2001. ANULAÇÃO PARCIAL DOS AUTOS DE INFRAÇÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÃO DA AUTORA PREJUDICADA. - *Apelação da Fazenda Nacional e Remessa Necessária, em face da sentença que julgou procedente a Ação Ordinária aforada pela Unimed Natal - Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., para o fim de decretar a nulidade dos autos de infração e lançamentos tributários advindos dos processos administrativos fiscais de números 16707.011.128/03-32 e 16707.011.129/03-87, sob o fundamento de que teria havido a descaracterização da autora como sociedade cooperativa, bem como a utilização da base de cálculo da COFINS prevista no inconstitucional art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98.****

**- Recurso adesivo de apelação, interposta pela parte autora, requerendo a majoração dos honorários advocatícios, arbitrados na sentença em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).**

**- Não há litispendência entre a presente Ação e o Mandado de Segurança nº 2000.84.00.001073-1, em face da inexistência de identidade entre os pedidos formulados em tais feitos. Art. 301, §§ 1º, 2º e 3º, do CPC. Preliminar afastada.**

**- As cooperativas possuem natureza sui generis, uma vez que possuem duas fontes de receita, as derivadas dos atos cooperativos e dos atos não-cooperativos. Dos atos cooperativos não decorre faturamento, haja vista que tal ato não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria; todavia, dos atos não-cooperativos surge faturamento para a cooperativa, devendo, assim, serem tributados.**

**- A MP 1.858-6/99 e as suas reedições não revogaram o disposto no art. 79, parágrafo único, da Lei nº 5.764/71, uma vez que inexiste qualquer antinomia legal entre esse dispositivo e aquela Medida Provisória. Dessa forma, a distinção entre atos cooperativos e atos não-cooperativos segue sendo o critério fundamental para fins de se decidir acerca da incidência, ou não, da COFINS sobre a atividade desempenhada pelas sociedades cooperativas.**

**- Os atos praticados entre a cooperativa e seus associados, ou pelas cooperativas entre si, quando associadas, desde que sejam praticados para a execução do objetivo da sociedade cooperativa, estão excluídos da hipótese de incidência da COFINS. Art. 79 da Lei nº 5.764/71.**

**- No caso das cooperativas médicas, o custeio das despesas dos planos de saúde, bem como os valores pagos para retribuir serviços prestados por médico não pertencente aos quadros da cooperativa, constituem receitas advindas de**

**atos negociais, devendo sujeitar-se à incidência tributária. Precedentes do STJ.**

**- Nos autos de infração objeto do feito, não houve a descaracterização da natureza jurídica da autora como sociedade cooperativa, mas, apenas, o seu enquadramento tributário, com a constatação de que a referida parte não praticava apenas atos cooperativos, mas, também, operações de mercado, cujos resultados deveriam sujeitar-se à tributação, nos moldes da jurisprudência pátria.**

**- No procedimento administrativo nº 16707.011.129/03-87, a autoridade fazendária considerou como base de cálculo da COFINS os ingressos havidos com a venda de planos de saúde à população, não tendo aplicado, portanto, o disposto no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, tendo em vista a existência, à época, de ordem judicial neste sentido.**

**- Já no procedimento administrativo nº 16707.011.128/03-32, foram considerados todos os ingressos contábeis da autora, provenientes da prática de atos cooperativos, com a utilização da base de cálculo prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Impõe-se, pois, a anulação, em parte, do lançamento decorrente do auto de infração respectivo, devendo a autoridade fiscal promover a sua adequação, afastando a exigibilidade das parcelas da COFINS que utilizaram, como base de cálculo, o conceito de faturamento previsto em dispositivo legal declarado inconstitucional pelo STF. Precedente deste TRF 5ª Região.**

**- O art. 2º, § 9º, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, previu uma série de deduções que as operadoras de planos de assistência à saúde poderiam efetuar na determinação da base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS, introduzindo o § 9º ao art. 3º da Lei nº 9.718/98. Tal disposição legal, contudo, apenas produziu efeitos a partir de 1º**

**de dezembro de 2001, em face do disposto no art. 92, I, a, da MP 2.158-35.**

**- Hipótese em que a autora também realiza atividades como operadora de planos de saúde, de modo que faz jus às deduções previstas no art. 3º, § 9º, da Lei nº 9.718/98, mas, apenas, para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de dezembro de 2001, o que não torna nula a totalidade dos autos de infração objeto da presente lide, que abrangeram o período compreendido entre abril de 1998 e dezembro de 2002. Precedente do TRF da 4ª Região.**

**- Reforma da sentença, para o fim de reconhecer, apenas em parte, a nulidade dos autos de infração impugnados, devendo a Fazenda Nacional proceder à adequação dos lançamentos deles decorrentes, na forma acima delineada.**

**- Em face da sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários dos respectivos patronos. Art. 21 do CPC.**

**- Apelação da Fazenda Nacional e remessa necessária providas, em parte. Apelação adesiva da autora, cujo objeto era a majoração da verba honorária, prejudicada.**

## **ACÓRDÃO**

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

Custas, como de lei.

Recife, 17 de junho de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Ação Ordinária com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, ajuizada por UNIMED NATAL - SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA. em face da FAZENDA NACIONAL, ao objetivo de ver declarada a nulidade dos autos de infração levados a efeito nos procedimentos administrativos fiscais de números 16707.011.128/03-32 e 16707.011.123/03-87.

Na petição inicial, a autora aduziu, em suma, que nos referidos procedimentos administrativos, houve a indevida descaracterização de sua natureza, qual seja, a de entidade cooperativa de prestação de serviços médicos. Por este motivo, disse que os lançamentos fiscais expuseram à tributação pela COFINS todas as entradas contábeis da cooperativa, independentemente de tratar-se, ou não, de atos cooperativos.

Argumentou, ainda, que o lançamento do tributo ocorrera com fundamento da Lei nº 9.718/98, cuja inconstitucionalidade já fora reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal - STF, o que também inquinaria de nulidade os referidos autos de infração.

Pediu, em sede antecipação dos efeitos da tutela, a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários oriundos dos mencionados autos de infração. O pedido de antecipação foi deferido – fls. 84/109 dos autos.

Intimada, a Fazenda Nacional opôs agravo de instrumento em face da decisão antecipatória dos efeitos da tutela, e ofereceu contestação (136/183) em face das pretensões deduzidas na petição inicial.

Na sentença (fls. 200/229) o douto Magistrado *a quo* julgou procedente o pleito autoral para, após declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, reconhecer a nulidade dos autos de infração e lançamentos tributários referentes aos procedimentos administrativos fiscais de números 16707.011.128/03-32 e 16707.011.129/03-87. Os honorários advocatícios foram arbitrados em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

A Fazenda Nacional apelou (fls. 238/260), arguindo, preliminarmente, a existência de litispendência e/ou de coisa julgada em relação ao Mandado de Segurança nº 2000.84.00.001073-1.

No mérito, aduziu, em síntese, que:

a) a apelada atuaria no mercado, comercializando planos de saúde com terceiros, de forma que também praticaria atos não-cooperados, os quais atrairiam a incidência da COFINS;

b) os procedimentos administrativos objeto da lide, na realidade, devem ser analisados separadamente, uma vez que o de nº 16707.011.129/03-87 abarcou os atos não-cooperativos (vendas de planos de saúde à população) e não usou o alargamento da base de cálculo promovido pelo art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, em observância, inclusive, à sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 2000.84.00.001073-1. Já o procedimento administrativo nº 16707.011.128/03-32 envolveu a venda de planos de saúde à população e outras receitas, tendo utilizado o alargamento da base de cálculo da COFINS, mas apenas sobre receitas advindas de atos não-cooperativos;

c) não prosperaria a alegação da apelada de que não houve a observância do contraditório, uma vez que a mesma teve a oportunidade de se defender em sede administrativa;

d) nos procedimentos administrativos objeto da lide não foram realizadas as deduções previstas no art. 15 da Lei nº 1.858/99, porque a incidência da COFINS ocorreu sobre receitas advindas de atos não-cooperativos, quais sejam, venda de planos de saúde e demais receitas provenientes de atos com terceiros;

e) no tocante ao alargamento da base de cálculo ocorrida em um dos procedimentos em apreciação, seria necessária uma perícia contábil para os fins de identificação das receitas e para se decidir acerca de sua exclusão.

Contrarrazões da autora às fls. 264/295.

A apelada interpôs recurso adesivo de apelação – fls. 330/335 – requerendo a reforma do julgado no tocante ao valor fixado a título de honorários advocatícios. Aduziu que a referida cifra não se mostrou compatível com a importância e a complexidade da lide, e

pugnou pelo seu ajuste ao percentual de 10% (dez por cento) incidente sobre o valor atribuído à causa.

As contrarrazões ao recurso adesivo estão às fls. 361/364. Sentença sujeita à remessa necessária. Dispensada a revisão.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Examino a preliminar de litispendência, suscitada no apelo interposto pela Fazenda Nacional.

A litispendência, tal qual prevista no art. 301, §§ 1º, 2º e 3º, do CPC, configura-se quando se reproduz ação idêntica a outra anteriormente ajuizada, e ainda em curso. Exige-se, para tanto, a triplícite identidade entre os feitos, ou seja, que eles tenham as mesmas partes (na mesma posição processual) o mesmo pedido e a mesma causa de pedir.

No caso em apreço, penso que não assiste razão à Fazenda Nacional/Apelante, quando afirma existir litispendência entre o presente feito e a Ação de Segurança nº 2000.84.00.001073-1.

É que a referida ação mandamental, em relação à qual se aduziu existir a litispendência, fora impetrada pela Unimed Natal - Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., ao fito de ver assegurado, de modo geral, o seu direito líquido e certo de não efetuar o recolhimento da COFINS, tendo em vista a sua condição de sociedade cooperativa – fl. 183.

E com a presente ação objetiva-se, especificamente, a declaração da nulidade de dois autos de infração (os de nºs. 16707.011.128/03-32 e 16707.011.129/03-87) sob o argumento de que as autoridades fiscais teriam submetido à tributação todas as receitas auferidas pela sociedade, inclusive as decorrentes dos atos cooperativos.

Verifico, portanto, que os pedidos formulados nas ações acima listadas são diversos, o que já afasta, *de per se*, a configuração da litispendência.

Superado este empeco, passo à análise do mérito.

Para melhor analisar a alegada nulidade dos autos de infração impugnados por meio da presente lide, penso que se faz necessário, de início, tecer algumas considerações acerca do regime de tributação a que devem se submeter as sociedades cooperativas.

É cediço que as cooperativas têm natureza *sui generis*, uma vez que possuem duas fontes de receita: as derivadas dos atos cooperativos e as advindas dos atos não cooperativos. Os valores recebidos a título de atos cooperativos apenas transitam no caixa da Cooperativa, não gerando, assim, receita ou faturamento para a mesma, tendo em vista que são integralmente repassados aos respectivos associados.

A autora é uma sociedade cooperativa de trabalhos médicos, com atuação no Estado do Rio Grande do Norte e, por força do disposto no inciso I do art. 6º da Lei Complementar nº 70/91, beneficiava-se da isenção do recolhimento do PIS e da COFINS.

A Medida Provisória nº 1.858/99 e as suas posteriores reedições revogaram essa isenção<sup>1</sup>. Tal revogação, contudo, não significou a possibilidade da tributação de todas as atividades exercidas pelas Sociedades Cooperativas, mesmo porque o disposto no art. 79, parágrafo único, da Lei nº 5.764/71, continuou em pleno vigor, por inexistir qualquer antinomia legal entre este dito dispositivo e aquela Medida Provisória.

A distinção entre atos cooperativos e atos não-cooperativos, portanto, segue sendo o critério fundamental para se decidir acerca da incidência, ou não, da COFINS sobre a atividade desempenhada pelas Sociedades Cooperativas.

A cooperativa, em regra, atua como simples intermediária entre os seus associados e terceiros; opera, pois, praticando atos

---

<sup>1</sup> Apenas a título de esclarecimento, anoto que a jurisprudência pátria já se encontra pacificada quanto à legitimidade da revogação da LC 70/91 pela Medida Provisória nº 1.858/99, tendo em vista o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 01-DF, de que a referida Lei Complementar é materialmente ordinária (entenda-se, enverga a natureza de lei ordinária).

cooperativos próprios de suas finalidades. Dos atos cooperativos não decorre faturamento, haja vista que tais atos não implicam operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria; todavia, quando exerce atividade tipicamente mercantil (atos não-cooperativos), a pessoa jurídica produz faturamento, devendo, assim, ser tributada.

Assentadas essas premissas, convém reexaminar quais atos seriam isentos de tributação, a saber:

Art. 79. Denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais.

Parágrafo único. O ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria.

Ante o exposto, penso que apenas os atos praticados entre a cooperativa e seus associados, ou pelas cooperativas entre si, quando associadas, desde que sejam praticados para a execução do objetivo da sociedade cooperativa, devem ser excluídos da hipótese de incidência da COFINS.

Assim, por exemplo, o custeio das despesas dos planos de saúde, bem como os valores pagos para retribuir serviços prestados por médico(s) não pertencente(s) aos quadros da cooperativa, constituem receitas advindas de atos negociais, hipóteses de incidência da contribuição sob análise.

A propósito, confirmam-se os precedentes do Superior Tribunal de Justiça - STJ:

TRIBUTÁRIO. COOPERATIVAS DE TRABALHO MÉDICO. ISS: NÃO-INCIDÊNCIA. VALORES REPASSADOS PELA COOPERATIVA AOS COOPERADOS EM RAZÃO DO SERVIÇO MÉDICO PRESTADO. ATO COOPERATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC: INEXISTÊNCIA. SÚMULA 7/STJ.

1. Afasta-se a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC se inexistentes as omissões e contradições apontadas.

2. Configura-se ato cooperado o repasse de verbas recebidas dos pacientes pela cooperativa aos seus cooperados pelos serviços médicos por ele prestados, nos termos do

art. 79 da Lei 5.769/71. Portanto, tais valores não estão sujeitos à incidência do ISS, o que não afasta a obrigação do profissional autônomo de recolher o tributo na forma do art. 9º, parágrafo único, do Decreto-Lei 406/68.

**3. Hipótese que se distingue daquela em que a cooperativa pratica ato negocial quando vende planos de saúde.**

4. Incide o óbice da Súmula 7/STJ quando a constatação de ofensa à lei federal demanda o reexame do contexto fático-probatório.

5. Recurso especial não provido.

(STJ; REsp 819242; Rel. Min. Eliana Calmon; 2ª Turma; julgado em 19/02/2009; DJ: 27/04/2009) - Destaquei.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PIS. COFINS. COOPERATIVA DE TRABALHO. NÃO-INCIDÊNCIA SOBRE OS ATOS COOPERATIVOS TÍPICOS. LEI Nº 5.764/71. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STJ. RESERVA DE PLENÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE NÃO DECLARADA.

1. A questão referente à tributação das cooperativas, na forma da Lei nº 5.764/71, é de cunho eminentemente infraconstitucional cabendo ao STJ o seu exame.

2. Afasta-se a submissão da matéria à reserva de plenário quando não há declaração de inconstitucionalidade de determinada norma pelo órgão julgador.

**3. Não há incidência do PIS e da COFINS sobre os atos cooperativos típicos, isto é, aqueles praticados na forma do art. 79 da Lei nº 5.764/71. Por outro lado, incidem as contribuições sobre os atos atípicos, ou seja, aqueles praticados com terceiros.**

4. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público.

5. Agravo regimental não provido.

(STJ; AGREsp1046366; Rel. Min. Mauro Campbell Marques; 2ª Turma; julgado em 08/09/2009; DJ: 24/09/2009) - Destaquei.

Postas estas premissas, passo a analisar os argumentos trazidos pela demandante/apelada, para o fim de justificar a pretendida decretação de nulidade dos lançamentos impugnados por meio da presente lide.

A autora/apelada alegou, inicialmente, que nos autos de infração de que se originaram os referidos lançamentos, a autoridade

administrativa, exorbitando a esfera de competência que lhe fora atribuída, teria procedido à descaracterização da sua natureza de sociedade cooperativa.

Com a devida vênia, não subscrevo esse entendimento.

Ao meu sentir, a autoridade fazendária não desclassificou propriamente a natureza jurídica da entidade cooperativa, tendo apenas procedido ao seu enquadramento tributário.

O que deveras ocorreu foi a constatação de que a sociedade autora não praticava apenas atos cooperativos, mas, também, operações de mercado, cujos resultados deveriam sujeitar-se à tributação, nos moldes, inclusive, sedimentados na jurisprudência, conforme antes assinalado.

A propósito, permito-se transcrever excertos do relatório de trabalho fiscal – fls. 14/26, do primeiro volume do “anexo I” (autos apensos):

Os atos cooperativos são *interna corporis*. Quando a cooperativa transaciona com terceiro, sai daquele círculo e transita pela economia de mercado, devendo sujeitar-se às normas que lhe são inerentes, desaparecendo o *substratum* econômico do conceito jurídico de ato cooperativo. Não são cooperativos, portanto, os atos praticados pela cooperativa com terceiros. A venda de planos de saúde à população em geral é, iniludivelmente, uma operação de mercado. Sujeita-se não ao Direito Cooperativo, mas ao Direito do Consumidor.

O art 146, inciso III, *c*, da Constituição reclama um adequado tratamento tributário ao ato cooperativo, mas daí a concluir que a cooperativa está desonerada de tributos e contribuições sobre suas operações de mercado e sobre o lucro delas decorrente é elastecer indevidamente o benefício, que, conforme estatuído na Lei nº 5.764/71, deve-se restringir aos atos *interna corporis*. O benefício concedido pela lei limita-se à desoneração das transações internas (atos cooperativos) e visa a não matar no nascedouro a iniciativa cooperativista, conferindo à sociedade vantagem comparativa frente às demais organizações empresárias.

Dispensar a cooperativa de tributos e contribuições sobre

a comercialização no mercado de planos de saúde, quando essas exações são impostas a outras empresas que operam no mesmo ramo é atentar contra o princípio constitucional da livre concorrência, firmado no inciso IV, art. 170 da Carta Magna.

Dos tópicos acima reproduzidos, observo que não houve a tributação de todas as entradas contábeis da autora, mas, tão-somente, daquelas consideradas como provenientes da realização de atos não-cooperativos, o que, repita-se, não significou (e nem significa) que tenha havido a desqualificação da empresa como sociedade cooperativa.

Convém ressaltar, ainda, que a própria autora, na Petição Inicial, mais precisamente à fl. 15, afirmou que comercializa planos de saúde com terceiros não-cooperados, ato este que, na esteira dos precedentes jurisprudenciais colacionados à presente decisão, são considerados como não-cooperativos e, portanto, devem sujeitar-se à incidência tributária.

Superada esta questão, passo a analisar o argumento de que os autos de infração seriam nulos, por se reportarem a tributo previsto em dispositivo cuja inconstitucionalidade já fora declarada pelo Supremo Tribunal Federal – art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98.

Com efeito, a inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo da COFINS, introduzido pela Lei nº 9.718/98, já fora pacificada pelo STF, que, ao examinar a Repercussão Geral por questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 585.235-MG, decidiu da seguinte maneira:

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS. COFINS. Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Inconstitucionalidade. Precedentes do Plenário (RE nº 346.084/PR, Rel. orig. Min. ILMAR GALVÃO, *DJ* de 1º.9.2006; REs nos 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, *DJ* de 15.8.2006) Repercussão Geral do tema. Reconhecimento pelo Plenário. Recurso improvido. É inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. (publicado no *DJ* de 28-11-2008-Ementa Volume 02343-10, pg. 02009)

Mesmo assim, observo que tal fundamento não pode inquirar de nulidade ambos os procedimentos administrativos impugnados nesta lide.

Isto porque, no auto de infração vinculado ao processo administrativo de nº 16707.011129/2003-87, não houve a aplicação da Lei nº 9.718/98.

É o que se infere da leitura do Relatório de Trabalho Fiscal (fls. 14/26 do volume 2 do anexo I – autos apensos). Confira-se:

A Lei 9.718/98 veio incluir na base de cálculo da COFINS todas as receitas, independentemente da classificação contábil que lhes é dada, permitindo apenas algumas poucas exceções. Alterou ainda a lei 9.718/98 a alíquota de 2% para 3%.

Assim, em estrita observância à respeitável ordem judicial prolatada em sentença, no procedimento fiscal que ora se relata foram consideradas na base de cálculo da COFINS apenas as receitas decorrentes de atos não cooperativos e aplicada a alíquota de 2% para todo o período fiscalizado (de abr/98 a Dez/02), na forma da Lei Complementar 70/91.

(...) Nessas planilhas, foram subtraídas da base de cálculo, afastada que foi a aplicação da Lei 9.718/98, as receitas com intercâmbios e as demais receitas não incluídas no conceito de faturamento, constituídas pelas contas Doações, Glosas e Contestações; Receitas Diversas; Receitas Financeiras (juros, descontos obtidos e rend. de aplicação financeira); Ressarcimento de Despesas; Superveniências Ativas; Recuperação de Créditos; Receita de Alienação do Ativo Imobilizado e Aluguel.

Os tópicos acima destacados evidenciam fatos incontroversos, uma vez que a própria autora/apelada, nas suas contrarrazões, afirmou que no procedimento administrativo nº 16707.011.129/03-87, “o Auditor considerou como base de cálculo da COFINS os ingressos com a venda de planos de saúde a população (...), aplicando a alíquota de 2% (dois por cento) para todo o período fiscalizado (de abril de 1998 a Dezembro de 2002)” – fl. 267.

O referido procedimento administrativo, portanto, não utilizou o “alargamento” da base de cálculo da COFINS, previsto no art. 3º,

§ 1º, da Lei nº 9.718/98, não se prestando pois, tal arguição (a de teria havido o dito “alargamento”) para o reconhecimento da sua nulidade.

Por outro lado, nos autos do procedimento administrativo nº 16707.011.128/03-32, a Lei nº 9.718/98 foi aplicada na sua integralidade, tal como admitiu a própria Fazenda Nacional, nas suas razões recursais, ao afirmar que “... a única ‘mancha’ nesse processo administrativo seria o uso de outras receitas, além daquelas provenientes da venda de planos de saúde à população, em face da pretensa inconstitucionalidade do § 1º, art. 3º, da Lei 9718/98”. E, ainda, que “em relação ao outro processo administrativo, 16707-011128/03-32, foram considerados **todos os ingressos contábeis**, inclusive a venda de planos de saúde, sendo a alíquota aplicada em apenas 1% (um por cento)”.

É de se ver, pois, que no procedimento administrativo de nº 16707.011.128/03-32, a inclusão das “outras receitas”, pela Autoridade fazendária, baseou-se na inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Por esta razão, penso que o auto de infração a ele associado deve ser anulado, somente em parte, para que se afaste a exigibilidade das parcelas da COFINS que utilizaram como base de cálculo o conceito de faturamento, tal como posto no referido dispositivo legal.

A propósito, confira-se o precedente deste Tribunal:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. COFINS. AMPLIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO, MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA, COBRANÇA DE ENCARGO E BEM OFERECIDO EM GARANTIA. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA PARA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA (ART. 273 DO CPC).

1 - A ampliação da base de cálculo da COFINS, promovida pelo parágrafo 1º, art. 3º da Lei 9.718/98, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 346.084/PR, que teve por Relator o Ministro Ilmar Galvão.

**2 - Não há necessidade de extinção do lançamento com fundamento na inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo da COFINS, uma vez que os**

**valores podem ser revistos pelo Fisco mediante simples cálculos aritméticos, isto porque no auto de infração originário já constava em separado os valores referentes à ampliação da base de cálculo da COFINS, possibilitando sua correção, conforme asseverado na decisão agravada.**

3 - Quanto ao art. 8º da Lei 9.718/98, que majorou a alíquota da COFINS para 3%, o Supremo Tribunal Federal já decidiu sobre sua constitucionalidade, na ocasião do julgamento dos RE's 357.950-RS, RE 358.273-RS e RE 390.840-MG, todos da relatoria do Ministro Marco Aurélio.

4 - No tocante à inclusão dos valores relativos ao ICMS na base de cálculo da COFINS, este Tribunal vem decidindo, reiteradamente, sobre a legalidade de sua inclusão conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça.

5 - Quanto ao bem oferecido pela autora em caução, não há como vislumbrar hipótese de suspensão do crédito tributário, porquanto tais hipóteses são taxativamente estabelecidas pelo Código Tributário Nacional. Ademais, o oferecimento de caução não se equipara ao depósito do montante integral do tributo, esta sim, hipótese de suspensão do crédito tributário nos termos do art. 151, II, do CTN.

6- Agravo improvido.

(TRF 5ª Região; AG 88938; Rel. Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão; 1ª Turma; julgado em 05/02/2009; DJ: 18/03/2009)

Por fim, cumpre examinar a alegação subscrita pela autora/apelada, de que no período objeto da fiscalização (abril de 1998 a dezembro de 2002) faria jus, enquanto operadora de plano de assistência à saúde, às deduções previstas no art. 2º, § 9º, da Medida Provisória nº 1858/99 (atual MP 2.158/35), que não teriam sido respeitadas nos autos de infração lavrados pela autoridade fazendária.

Compulsando a legislação que rege a matéria, observo que o dispositivo legal mencionado pela apelada, na verdade, somente veio a lume, no plano lógico das normas, em face da edição da Medida Provisória nº 2.158/35, de 2001, que acrescentou o § 9º, ao art. 3º da Lei nº 9.718/98, nos seguintes termos:

§b9º Na determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e COFINS, as operadoras de planos

de assistência à saúde poderão deduzir: (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

I - co-responsabilidades cedidas; (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

II - a parcela das contraprestações pecuniárias destinada à constituição de provisões técnicas; (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

III - o valor referente às indenizações correspondentes aos eventos ocorridos, efetivamente pago, deduzido das importâncias recebidas a título de transferência de responsabilidades. (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001).

Verifico, ainda, que tal disposição legal seria aplicável, apenas, aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de dezembro de 2001, em face vista do disposto no art. 92, I, a, da Medida Provisória nº 2.158-35, *in verbis*:

Art. 92. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos:

IV - relativamente aos fatos geradores ocorridos a partir de:

a) 1º de dezembro de 2001, relativamente ao disposto no § 9º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998;

Assim, tendo-se em conta que a autora também realiza atividades como operadora de planos de saúde, entendo que, de fato, faz jus às deduções previstas no art. 3º, § 9º, da Lei nº 9.718/98, mas, apenas, para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de dezembro de 2001, o que não torna nula a totalidade dos autos de infração objeto da presente lide, que abrangeram o período de abril de 1998 a dezembro de 2002.

Sobre o assunto, trago à balha precedente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. DEDUÇÕES. COOPERATIVA. UNIMED. ART. 3º, § 9º, INCISO III, DA LEI Nº 9718/98.

**1. A Lei nº 9.718/98 tanto consagra exclusões da base de cálculo da contribuição ao financiamento da seguridade social de cooperativas quanto ostenta reduções dessa mesma base em relação às operadoras de planos de saúde.**

**2. A impugnante possui essa dupla qualidade, por**

**força de lei. De outra feita, norma alguma existe que afaste a incidência das mesmas exclusões de uma cooperativa, por ser operadora, e vice-versa. Assim, não há ilegalidade em se cumularem as exclusões referentes às duas espécies societárias, a cooperativa e a cooperativa especializada em plano de saúde.**

3. Dentre as exclusões permitidas para as operadoras de planos de saúde, encontram-se os custos que a impugnante pretendeu deduzir, pois se pode considerar como sendo indenizações correspondentes aos eventos ocorridos, efetivamente pagos, os valores correspondentes aos pagamentos registrados nas contas descritas, que se referem a despesas operacionais ou custos decorrentes do cumprimento dos contratos de prestação de serviços médicos contratados pela UNIMED com seus usuários.

4. Sentença mantida.

(TRF 4ª Região; APELREEX 200671020002021. Rel. Juíza Vânia Hack de Almeida; 2ª Turma; julgado em 14/04/2009; DJ: 13/05/2009).

De tudo o que foi exposto, impõe-se a conclusão de que os procedimentos administrativos impugnados pela autora/apelada apenas podem ser anulados em parte, devendo a Fazenda Nacional/apelante proceder às suas adequações, para o fim de:

(a) em relação ao procedimento administrativo nº 16707.011.129/03-87, proceder às deduções previstas no art. 3º, § 9º, da Lei nº 9.718/98, mas somente, em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º dezembro de 2001, e;

(b) em relação ao procedimento administrativo nº 16707.011.128/03-32, excluir as parcelas da COFINS que utilizaram como base de cálculo o conceito de faturamento, tal como posto no inconstitucional art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, bem como proceder às exclusões previstas no art. 3º, § 9º, da mesma legislação, mas apenas, em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º dezembro de 2001.

Tenho, pois, que a sentença apelada, na qual se determinou a nulidade total de ambos os autos de infração, merece reforma, devendo a ação ser julgada procedente, em parte.

Assim, tendo em vista a configuração da sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários do respectivo patro-

no, na forma do art. 21 do CPC. Fica prejudicada, portanto, a apelação adesiva interposta pela autora, que apenas visava à majoração da verba honorária.

Pautado nessas razões, julgo prejudicada a apelação da autora e dou provimento, em parte, à apelação da Fazenda Nacional e à remessa necessária, para o fim de reconhecer a nulidade parcial dos lançamentos objeto da presente ação, determinando a sua adequação nos moldes acima delineados, reconhecendo, por conseguinte, a sucumbência recíproca das partes.

É como voto.

### **APELAÇÃO CÍVEL Nº 439.653-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA  
Apelante: FAZENDA NACIONAL  
Apelado: M FERNANDO E GONZAGA LTDA  
Advs./Procs.: DRS. RAFAEL MEDEIROS CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE E OUTRO (APDO.)

***EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. HABEAS DATA. ACESSO A DADOS CONCERNENTES A TRIBUTOS PAGOS PELO CONTRIBUINTE NO PERÍODO DE JANEIRO/1990 A DEZEMBRO/2000. SINCOR. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA SEGUNDO PRECEDENTE DO STF. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA COM A JUNTA DAS INFORMAÇÕES PRETENDIDAS. APLICAÇÃO DA FUNGIBILIDADE PARA RECEBIMENTO DO HABEAS DATA COMO AÇÃO MANDAMENTAL. INFORMAÇÕES DEVIDAS EM, RAZÃO DA TRANSPARÊNCIA QUE DEVE REVESTIR OS PAGAMENTOS DE TRIBUTOS EFETUADOS PELO CONTRIBUINTE E AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À FAZENDA PÚBLICA.***

***- Trata-se de apelação da sentença que concedeu a ordem requerida e extinguiu o processo***

**com resolução do mérito, para determinar à autoridade impetrada o fornecimento das informações constantes do Sistema de Conta-Corrente da Pessoa Jurídica - SINCOR e/ou outros bancos de dados da receita Federal onde constem registros sobre quitação de tributos efetuados por parte da impetrante, em relação aos recolhimentos por ela realizados no período de 01.01.90 e 31.12.2000, nos termos do art. 13, I, da Lei de nº 9.507/97.**

**- O STF, a quem incumbe a guarda da CF/88, recentemente decidiu recurso extraordinário, confirmando a decisão recorrida no sentido de que “a listagem do SINCOR, sendo de uso interno, não se reveste do caráter público mencionado na Lei nº 9.507/97, infirmado, deste modo, a tese da impetrante, de que tem direito ao acesso aos dados ali listados. Não se confunde registro público com registro existente em repartição pública, sendo que nem todos os registros das repartições públicas podem ser passíveis de serem acessados via habeas data”. (RE 601782, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 04/02/2010).**

**- Após a decisão que determinou o cumprimento da obrigação de fazer, sob pena de pagamento de multa diária, a Receita Federal acostou aos autos os extratos dos pagamentos existentes em nome da empresa impetrante, correspondente aos períodos de 01.01.1990 a 31.12.2000.**

**- Existindo dúvida objetiva e diante da semelhança entre os ritos do habeas data e o mandado de segurança, penso que a melhor solução é a aplicação da fungibilidade para receber esta ação como Mandado de Segurança. Neste sentido já se posicionou esta Corte, no julgamento da AC 200382000101010, da relatoria do Exmo. Desembargador Federal Francisco Cavalcanti.**

**- Quanto ao direito às informações pretendidas**

***ainda que se admita que a empresa deveria ter os dados que objetiva ser prestados pela receita Federal, tal fato por si não obsta o seu interesse no conhecimento das informações contidas no SINCOR para fins de aferição do pagamento de tributos e contribuições federais, se justifica, inclusive, diante da transparência que deve se revestir as informações atinentes aos pagamentos efetuados pelo contribuinte.***

***- Ademais, inexistente qualquer prejuízo para a Fazenda Pública o atendimento dessas informações, fato esse que torna injustificada a negativa do fornecimento das informações.***

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

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à 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, 1º de julho de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de apelação da sentença que concedeu a ordem requerida e extinguiu o processo com resolução do mérito, para determinar à autoridade impetrada o fornecimento das informações constantes do Sistema de Conta-Corrente da Pessoa Jurídica - SINCOR e/ou outros bancos de dados da receita Federal onde constem registros sobre quitação de tributos efetuados por parte da impetrante, em relação aos recolhimentos por ela realizados no período de 01.01.90 e 31.12.2000, nos termos do art. 13, I, da Lei de nº 9.507/97.

A Fazenda nacional aduz, em síntese, as seguintes razões de recurso (fls. 205/206):

- a) ser patente a falta de interesse da impetrante para a impetração desta ação;
- b) as informações contidas na conta-corrente da Secretaria da Receita Federal são de conhecimento da impetrante;
- c) os dados contidos na Receita federal não tratam de informações a respeito da apelada;
- d) a pretensão deduzida é uma tentativa de burlar o disposto no art. 206 do CTN;
- e) as informações da conta-corrente da Secretaria da Receita Federal não são de domínio público, porquanto são protegidas pelo sigilo fiscal.

Ao final, requer o provimento do recurso, para que seja negado o *habeas data*.

Devidamente intimada a parte apelada não apresentou contrarrazões.

É o que havia de relevante para relatar.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

O cerne da questão é saber da possibilidade de utilização do *habeas data* como remédio processual adequado para assegurar ao contribuinte o acesso às informações constantes do Sistema de Conta-Corrente de Pessoa Jurídica - SINCOR, da Receita Federal, com o objetivo de ajuizar futura ação de restituição de indébito, e assim, reconhecer o direito da parte de obter as informações pretendidas.

Cuidando de matéria de ordem Constitucional, o STF, a quem incumbe a guarda da CF/88, recentemente decidiu recurso extraordinário, confirmando a decisão recorrida no sentido de que “a listagem do SINCOR, sendo de uso interno, não se reveste do caráter público mencionado na Lei nº 9.507/97, infirmando, deste modo, a tese da impetrante, de que tem direito ao acesso aos

dados ali listados. Não se confunde registro público com registro existente em repartição pública, sendo que nem todos os registros das repartições públicas podem ser passíveis de serem acessados via *habeas data*.

A decisão do STF foi proferida nos seguintes termos:

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. *HABEAS DATA*. PRETENSÃO À OBTENÇÃO DE DADOS CONTIDOS EM REGISTROS DE USO INTERNO DA ENTIDADE PÚBLICA. NATUREZA DOS REGISTROS. REEXAME DE PROVAS: IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

Relatório

1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea *a*, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 2ª Região: “*HABEAS DATA*. PESSOA JURÍDICA. BANCO DE DANOS. CONTEÚDO DESTITUÍDO DE CARÁTER PÚBLICO. DOCUMENTAÇÃO FISCAL. ACESSO AOS REGISTROS. LISTAGEM DE USO INTERNO. DIREITO INSUBSISTENTE. Pretende a impetrante, em dissonância com a Lei nº 9.507/97, que regulamentou o inciso LXXII do art. 5º da Constituição, a obtenção de informações relativas à própria atuação da Secretaria da Receita Federal, mais especificamente quanto aos registros temporários constantes do SINCOR (sistema de conta-corrente), revelando-se a sua pretensão, assim, destituída do caráter pessoal e público, inerente a direito constitucionalmente assegurado através de *habeas data*; O denominado SINCOR da Secretaria da Receita Federal é uma listagem de trabalho de uso interno, cujo conteúdo se sujeita a constantes e permanentes atualizações e acertos, refletindo uma determinada situação momentânea dos débitos e pagamentos realizados, não se prestando, portanto, à finalidade objetivada pela impetrante; A impetrante objetiva, em verdade, transferir um cargo seu para a Secretaria da Receita Federal, já que o contribuinte é obrigado, por lei, a manter a sua documentação contábil, da qual pode-se valer, se quiser, para realizar consultas e tirar suas próprias dúvidas” (fl. 203).

2. A recorrente alega que teria sido contrariado o art. 5º,

inc. LXXII, alínea a, da Constituição da República. Sustenta que: “O princípio da moralidade e da boa-fé dos atos administrativos, festejados pela doutrina, e de todos reconhecidos como pressupostos necessários à validade e eficácia de tais atos, pressupõem a transparência da atividade administrativa e, como tal, a participação do administrado, especialmente naqueles atos que lhe dizem respeito. Não se pode tirar da parte, no caso o contribuinte, o direito de conhecer para poder debater, discutir à exaustão os fatos que lhe dizem respeito. Tal direito decorre do conceito constitucional de ampla defesa” (fl. 241). Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO .

**3. Razão jurídica não assiste à recorrente.**

**4. Tem-se no acórdão proferido pelo Tribunal de origem: “a listagem do SINCOR, sendo de uso interno, não se reveste do caráter público mencionado na Lei nº 9.507/97, infirmando, deste modo, a tese da impetrante, de que tem direito ao acesso aos dados ali listados. Não se confunde registro público com registro existente em repartição pública, sendo que nem todos os registros das repartições públicas podem ser passíveis de serem acessados via *habeas data*” (fl. 201 - grifos nossos).**

**5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o *habeas data* visa à obtenção de registros de natureza pública e de interesse pessoal cujo acesso é negado ao requerente. Confira-se, nesse sentido, o seguinte julgado: “EMENTA: *Habeas data*. Ilegitimidade passiva do Banco do Brasil S.A para a revelação, a ex-empregada, do conteúdo da ficha de pessoal, por não se tratar, no caso, de registro de caráter público, nem atuar o impetrado na condição de entidade Governamental (Constituição, art. 5º, LXXII, a, e art. 173, § 1º, texto original)” (RE 165.304, Rel. Min. Octavio Gallotti, Tribunal Pleno, DJ 15.12.2000).**

**6. De se realçar, ainda, que o Tribunal *a quo* não reconheceu aos dados solicitados pela recorrente a natureza pública exigida pela Lei nº 9.507/1997. Para se concluir de forma diversa, seria necessário o reexame de fatos e provas, o que afasta o cabimento do recurso extraordinário. Incide na espécie a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, as**

**decisões monocráticas proferidas nos seguintes julgados: RE 287.314, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 28.9.2004; e RE 413.420, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 8.8.2005. Não há, pois, o que prover quanto às alegações da Recorrente.**

**7. Pelo exposito, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.** Publique-se. Brasília, 4 de fevereiro de 2010. Ministra CÂRMEN LÚCIA Relatora.

(RE 601782, Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, julgado em 04/02/2010, publicado em DJe-036 DIVULG 26/02/2010 PUBLIC 01/03/2010).

Com efeito, pelo entendimento do STF acerca da matéria, a hipótese seria, em tese, de não conhecimento da ação de *habeas data*.

Contudo, não se pode desconsiderar que após a decisão de fls. 212/213, que determinou o cumprimento da obrigação de fazer determinada na sentença que concedeu a ordem, sob pena de pagamento de multa diária, a Receita Federal acostou aos autos os extratos dos pagamentos existentes em nome da empresa impetrante, correspondente aos períodos de 01.01.1990 a 31.12.2000.

Inquestionável haver dúvida objetiva quanto à utilização desse remédio constitucional na discussão em apreço. Os precedentes desta Corte divergem quanto à adequação da via processual eleita. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. *HABEAS DATA*. ACESSO A DADOS CONCERNENTES A TRIBUTOS QUE O CONTRIBUINTE PAGARA AO LONGO DE MAIS DE UMA DÉCADA (JANEIRO/1990 A DEZEMBRO/2000). INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DENEGAÇÃO DA ORDEM. PROVIMENTO DO APELO E DA REMESSA OFICIAL.

1. A Constituição Federal garante, via *habeas data*, “o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público” (art. 5º, LXXII, a); é certo, ademais, que a legislação de regência considera de caráter público “todo registro ou banco de

dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações” (Lei nº 9.507/97, art. 1º, parágrafo único).

2. Os dispositivos mencionados não podem ser compreendidos, todavia, com a largueza visualizada pela impetração, desejosa, por meio do presente *writ*, de obter dados relativos a tributos que o contribuinte, ele mesmo, pagara ao longo de mais de uma década, tudo consoante informações pretensamente contidas no sistema da Receita Federal nominado SINCOR (conta-corrente).

3. Para que a ordem se justificasse, seria imperioso que o referido banco de dados fosse, em acepção total, público, isto é, criado, alimentado e gerido pelo poder público, e daí, correlatamente, o direito de acesso do particular às tais informações, sem o que findaria posto em situação de ignorância incompatível com a idéia de um Estado de Direito genuinamente democrático (CF, art. 1º, *caput*).

4. As informações ora pretendidas não são, em rigor lógico-jurídico, públicas, dado que o próprio contribuinte não as ignora, forte em que fora ele mesmo quem pagara os tais tributos, e daí a organização contábil que – novamente ele – deve manter.

5. Com feições tais, a ação constitucional *sub examen* resta reduzida à mera demanda de prestação de contas, a qual, de resto, nem faria sentido (afinal, civilisticamente, presta contas quem detém os recursos, ou seja, quem os tem em nome alheio, qual administrador/gestor, e não quem os tem em nome próprio, como o Fisco relativamente aos tributos que lhe foram pagos).

6. Apelação e remessa oficial providas.

(AC 200783080012559, Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, TRF5 - Terceira Turma, 24/07/2008).

CONSTITUCIONAL. *HABEAS DATA*. ART. 7º, I DA LEI Nº 9.507/97. INFORMAÇÕES TRIBUTÁRIAS. SINCOR/CONTACORPJ. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUÍZO AO ERÁRIO. NÃO COMPROVADO. CONCESSÃO DA ORDEM.

I. O contribuinte tem direito a conhecer os pagamentos registrados em seu nome, posto que incluídos em banco de dados público e governamental, sem natureza reservada ou estratégica.

II. Observa-se que as informações do SINCOR não têm caráter reservado ou estratégico para o Fisco, como seria o caso, por exemplo, dos critérios de inclusão em “malha fina” para a apuração de Imposto de Renda. A inexistência de prejuízo para a atividade governamental torna injustificada a negativa do fornecimento das informações, pouco importando o uso ou a utilidade destas para o contribuinte. Cuida-se, no caso, de direito constitucionalmente garantido, argumento suficiente para a concessão da ordem de *habeas data*.

III. No que se refere à alegação de prescrição referente ao prazo de repetição de indébito, não merece prosperar, uma vez que em sede de *habeas data* não corre prescrição.

IV. Por fim, observo que, de qualquer modo, na apelação da Fazenda Nacional não foi provada a alegação de grave lesão à ordem pública, com alteração de sua rotina normal de trabalho para que durante um mês regularize as informações referentes ao período de 1991 a 1998.

V. Apelação improvida.

(AC 200882000012758, Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, TRF5 - Quarta Turma, 09/07/2009).

Desse modo, existindo dúvida objetiva e diante da semelhança entre o rito do *habeas data* e o mandado de segurança, penso que a melhor solução é a aplicação da fungibilidade para receber esta ação como Mandado de Segurança. Neste sentido já se posicionou esta Corte, no julgamento da AC 200382000101010, da relatoria do Exmo. Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, encontrando-se o Acórdão assim ementado:

CONSTITUCIONAL. *HABEAS DATA*. DEMANDA AJUIZADA NA QUAL A IMPETRANTE VISA OBTER “ANOTAÇÕES CONSTANTES EM SEU CONTA-CORRENTE, REFERENTE A PAGAMENTOS DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES FEDERAIS NO SINCOR (CONTA-CORRENTE COM EXATA E PRECISA INDICAÇÃO DE CRÉDITOS NÃO ALOCADOS DISPONÍVEIS), CLARO SE EXISTENTES.” SENTENÇA DE 1ª INSTÂNCIA QUE DENEGOU A ORDEM PLEITEADA. O *HABEAS DATAS* AFIGURA-SE COMO AÇÃO CONSTITUCIONAL QUE VISA GARANTIR AO IMPETRANTE O DIREITO DE CONHECER OU RETIFICAR INFORMAÇÕES RELATIVAS À SUA PESSOA, QUANDO CONSTANTE DE REGISTROS OU BANCO DE DADOS DE EN-

TIDADES GOVERNAMENTAIS OU DE CARÁTER PÚBLICO(ART. 5º, LXXII, DA CF). O ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 9.507, DE 12 DE NOVEMBRO DE 1997 DISPÕE QUE “CONSIDERA-SE DE CARÁTER PÚBLICO TODO REGISTRO OU BANCO DE DADOS CONTENDO INFORMAÇÕES QUE SEJAM OU QUE POSSAM SER TRANSMITIDAS A TERCEIROS OU QUE NÃO SEJAM DE USO PRIVATIVO DO ÓRGÃO OU ENTIDADE PRODUTORA OU DEPOSITÁRIA DAS INFORMAÇÕES.” O SISTEMA “SINCOR” DA RECEITA FEDERAL QUE NÃO SE ENQUADRA COMO REGISTRO OU BANCO DE DADOS DE CARÁTER PÚBLICO, NOS TERMOS DA LEI Nº 9.507, DE 12 DE NOVEMBRO DE 1997, UMA VEZ QUE OS REFERIDOS DADOS NÃO SÃO TRANFERIDOS A TERCEIROS. A AUTORIDADE FAZENDÁRIA SE OPÕS, EXPRESSAMENTE, À CONCESSÃO DAS INFORMAÇÕES REQUERIDAS PELA IMPETRANTE, SOB A JUSTIFICATIVA BÁSICA DE QUE SE TRATA DE INFORMAÇÕES INTERNAS. A IMPETRANTE, NO ENTANTO, POSSUI DIREITO A OBTER AS INFORMAÇÕES RELATIVAS AOS PAGAMENTOS QUE VEM EFETUANDO PERANTE O FISCO FEDERAL. É O QUE SE PODE EXTRAIR DO DISPOSTO NO ART. 5º, XXXIV, DA CF: “SÃO A TODOS ASSEGURADOS, INDEPENDENTE DO PAGAMENTO DE TAXAS: ...a) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;” EM RAZÃO DA SEMELHANÇA ENTRE O RITOS DO *HABEAS DATA* E O MANDADO DE SEGURANÇA, APLICA-SE O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE, PARA RECEBER A PRESENTE DEMANDA COMO MANDADO DE SEGURANÇA. CONCEDE-SE A ORDEM, ANTE A INJUSTIFICÁVEL RECUSA DA AUTORIDADE IMPETRADA DE FORNECER AS INFORMAÇÕES PLEITEADAS PELA IMPETRANTE. QUANTO AO OBJETIVO DA IMPETRANTE DE UTILIZAR AS INFORMAÇÕES DO “SINCOR” PARA OS FINS DE OBTER A COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS (INSTRUÇÕES NORMATIVAS DA SRF NºS 210, 323 E 360/03), NÃO HÁ COMO FORNECER A PRETENSÃO FORMULADA. É QUE A UTILIZAÇÃO DAS INFORMAÇÕES, PARA OS FINS PLEITEADOS PELA IMPETRANTE, EXIGE EXAME QUANTO ÀS INFORMAÇÕES QUE SERÃO APRESENTADAS PELA RECEITA FEDERAL, O QUE EXTRAPOLA OS LI-

MITES DA MATÉRIA DISCUTIDA NESTES AUTOS. Dou parcial provimento ao recurso interposto pela Impetrante para conceder a ordem, tão só, para que a Receita Federal forneça os registros do SINCOR da impetrante no período indicado na inicial (janeiro de 1992 a dezembro de 2002). (AC 200382000101010, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, TRF5 - Segunda Turma, 10/09/2004)

Quanto ao direito às informações pretendidas, penso assistir razão à empresa impetrante.

É que, ainda que se admita que a empresa deveria ter os dados que objetiva ser prestados pela receita Federal, tal fato por si não obsta o seu interesse no conhecimento das informações contidas no SINCOR para fins de aferição do pagamento de tributos e contribuições federais, se justifica, inclusive, diante da transparência de que devem se revestir as informações atinentes aos pagamentos efetuados pelo contribuinte.

Ademais, inexistente qualquer prejuízo para a Fazenda Pública o atendimento dessas informações, fato esse que torna injustificada a negativa do fornecimento das informações.

Nesses termos, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 445.259-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO  
Apelante: EURICO JOSÉ BERARDO LOYO  
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Advs./Procs.: DRS. CARLOS ANTÔNIO ALVES MONTEIRO DE ARAÚJO (APTE.)

***EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE OPORTUNIZAÇÃO DE PRAZO PARA O OFERE-***

**CIMENTO DE RAZÕES FINAIS. NECESSIDADE DE PROVA DO PREJUÍZO PARA A DEFESA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. ANÁLISE DO ARGUMENTO DA DEFESA NA SENTENÇA. OBRA DE DUPLICAÇÃO DA BR-101-SUL EM PERNAMBUCO. CONVÊNIO COM A UNIÃO FEDERAL. ADITIVOS AO CONTRATO ORIGINÁRIO REALIZADOS APÓS O PRAZO PREVISTO NO CONTRATO. OBRA E PAGAMENTO EFETIVADOS ANTES DOS ADITIVOS CONTRATUAIS. AFRONTA AO ART. 65, III, DA LEI 8.666/93. NECESSIDADE PREMENTE DA CONSTRUÇÃO DA RODOVIA. CARÁTER EMERGENCIAL. EXECUÇÃO DA OBRA. PAGAMENTO COM OS RECURSOS DO CONVÊNIO. AUSÊNCIA DE DESVIO DE FINALIDADE, DE PREJUÍZO PARA O ESTADO, E DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO PARA O PARTICULAR. AUSÊNCIA DO DOLO, DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, OU DE PREJUÍZO PARA O ERÁRIO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE. ABSOLVIÇÃO DO APELANTE.**

**- Com a adoção do princípio da instrumentalidade das formas, há a flexibilização das recomendações de observância estrita do rigor das formas processuais, desde que não tenha sido causado qualquer prejuízo para a parte. Tal fato fica mais claro quando se observa que a norma legal não atribui penalidade para a ausência do oferecimento das razões finais, sendo necessário verificar, no caso concreto, se a falta da referida peça processual, causou efetivo prejuízo à defesa.**

**- A ausência de abertura de prazo para o oferecimento das alegações finais pelo réu não lhe causou prejuízo, porque teve ele acesso a todas as provas existentes nos autos – 20 (vinte) volumes de documentos – e também às provas produzidas em audiência.**

**- Sentença fundamentada na vasta documentação trazida pelas partes quando da apresentação de suas defesas prévias e contestações, e em especial, no parecer final do Tribunal de Contas da União, analisado sob o prisma do livre convencimento do Juiz.**

**- A apresentação das razões finais não alteraria o julgado, uma vez que não houve omissão do julgador com relação aos fatos relevantes do litígio e nem análise equivocada das provas, especialmente quando o apelante reitera, em seu recurso, o mesmo argumento posto perante o Tribunal de Contas da União, e em Juízo, na defesa prévia, na contestação, e no interrogatório, relativo à necessidade e urgência da duplicação da Rodovia para justificar a realização das obras sem o aditivo contratual. Ausência de prejuízo. Nulidade não configurada.**

**- Atos apontados como de improbidade administrativa: a realização de obras de ampliação na Rodovia BR 101/PE-Sul, na divisa PE/AL, para a terraplenagem e pavimentação dos 22,44 km referentes ao trecho KM 84,20 (Prazeres) – KM 106,64 (Cabo), os correspondentes pagamentos à construtora vitoriosa na licitação, realizados antes da formalização dos aditivos necessários para a alteração do contrato originário, e a ausência do Diário de Obras.**

**- Os aditivos contratuais extemporâneos, as obras realizadas e os pagamentos efetuados antes da efetivação dos contratos, bem como a ausência de Diário de Obras, substituídos por Relatórios Mensais, visavam agilizar os serviços de duplicação da rodovia, a fim de melhor realizar a prestação do serviço em face da necessidade urgente de conclusão da obra, premência esta não afastada ou desconsiderada pelo Tribunal de Contas da União.**

**- A teor do disposto no art. 11 da Lei de Impro-**

***bilidade Administrativa, a conduta ímproba consiste, especificamente, no chamado “desvio de finalidade”, mediante a violação dos princípios que regem a Administração Pública.***

***- Os atos atribuídos ao apelante configuram irregularidades, sem a intenção dolosa de afrontar dispositivo legal, ou os princípios administrativos, ou de causar prejuízo ao Erário; e foram praticados em face da necessidade imperiosa do DNER de realizar o serviço de duplicação de uma rodovia na qual trafegam diariamente, e em alta velocidade, cerca de 18.000 (dezoito) mil veículos.***

***- A pena referente aos atos de improbidade devem ser dirigidas àqueles que agem com o intento deliberado – dolo – de lesar o patrimônio público. Ausência de elementos que comprovem a ocorrência de prejuízo para o patrimônio público ou a locupletação das verbas federais pelo apelante. Conclusão da obra, com a duplicação da Rodovia BR 101-SUL no trecho referente ao Convênio. Inexistência de ato ímprobo, mas sim, de irregularidades que se revelaram necessárias para a administração local dos recursos. Absolvição do apelante.***

***- Apelação provida.***

## **ACÓRDÃO**

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

Custas, como de lei.

Recife, 5 de agosto de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

O Ministério Público Federal propôs Ação Civil Pública contra Eurico José Berardo Loyo, engenheiro-chefe do 4º DRF/DNER, Genésio Bernardino de Souza, ex-Diretor-Geral do DNER; Maurício Hasenclaver Borges, ex-Diretor-Geral do DNER e Eneida Coelho Monteiro, chefe de Divisão de Finanças do DNER, com fito de condená-los às penas do art. 11, *caput*, e I e IV, e do art. 12, III, da Lei nº 8.429/92.

Afirmou o MPF que: a) os fatos ocorridos no período de 1997 a 1999 no Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER, 4º Distrito Rodoviário Federal, envolveram contratos cujos valores giraram em torno de R\$ 14.281.190,05 (catorze milhões, duzentos e vinte e um mil, cento e noventa reais e cinco centavos);

b) Genésio Bernardino deveria ser responsabilizado pelos pagamentos irregulares ao 'Banco OK de Investimentos S/A', eis que a ele competia autorizar pagamentos, que na verdade eram devidos à Construtora Ikal Ltda., pela construção de obras de arte especiais na duplicação da mencionada rodovia, sendo de esclarecer-se que o DNER celebrou três contratos com a Construtora Ikal, dois dos quais expiraram em 31.12.1998, sem que tivesse havido a execução completa dos serviços, e que o último (contrato) foi suspenso na mesma data pelo DNER, com base em uma procuração e em um parecer jurídico equivocados, do que resultaram prejuízos para os princípios que regem a Administração Pública;

c) no tocante a Eneida Coelho Monteiro, foi dito que, como Chefe da Divisão de Finanças, e juntamente com Maurício Hasenclaver Borges, e Genésio Bernardino, foram negligentes na verificação da situação fiscal da empresa, porque deveriam ter exigido da Construtora Ikal a comprovação da regularidade fiscal antes de efetuar o pagamento das obras, afirmando que enquanto eles estiveram no DNER, a falta de regularidade fiscal, era comum e generalizada, tanto com relação à Construtora Ikal, quanto com relação a outros credores do DNER;

d) com relação a Eurico José Berardo Loyo, engenheiro-chefe do 4º DRF/DNER, afirma que ele agiu com descaso na formalização dos contratos com a Construtora Ikal Ltda e o DNER, esclarecendo que o contrato original com a dita Construtora sofreu três revisões, com aditamento contratual, e os novos serviços e os pagamentos eram realizados antes do aditamento dos contratos, ressaltando que os dois últimos aditamentos contratuais foram realizados após a expiração do contrato originário, de sorte que, tanto a realização dos serviços, quanto o pagamento efetuado não tinham fundamentação jurídica para a sua realização, revelando o dito denunciado desídia para com a coisa pública.

A sentença: a) em preliminar, extinguiu o processo sem julgamento do mérito com relação a Genésio Bernardino de Souza em face do seu falecimento, e em atenção ao disposto no art. 267, IX, do vigente Código de Processo Civil - CPC, deixando de habilitar os herdeiros do falecido porque a conduta a ele imputada, não dizia respeito a enriquecimento ilícito ou a dano ao patrimônio público, nos termos do art. 8º da Lei nº 8.429/92;

b) quanto a Maurício Hasenclaver Borges e a Eneida Coelho Monteiro, julgou improcedente o pedido de condenação nas penas do art. 11, *caput*, e I e IV, da Lei nº 8.429/92, afirmando que, de acordo com os arts. 47 da Lei nº 82.12/91 (que exige a Certidão Negativa de Débitos - CND); art. 27, da Lei nº 8.036/90 e art. 2º da Lei nº 9.012/95 (Certificado de Regularidade do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS) a regularidade fiscal da empresa é exigida apenas na licitação, no momento da habilitação, e na celebração do contrato, não existindo nos autos notícias de que a empresa estava irregular nestas ocasiões;

c) ressaltou que os ditos dispositivos legais não exigem a comprovação da regularidade fiscal da empresa no momento do pagamento, porque estes são realizados a título de contraprestação por serviços e obras executadas, não se integrando no conceito de benefícios ou incentivos fiscais e creditícios; ademais, não haveria prova de que o contrato celebrado pelo DNER com a Construtora Ikal tenha exigido a prova da regularidade fiscal como condição para a liberação dos pagamentos, não havendo, portanto, base legal ou contratual para a condenação dos réus;

d) no respeitante à conduta de Eurico José Berardo Loyo, julgado procedente o pedido com relação à sua condenação nas penas do art. 12 da Lei nº 8.429/92, fundamentando-se em que a excepcionalidade e a urgência na realização das obras não justificaria a ilegalidade da conduta do réu, que realizou obras sem a manutenção de um diário de obras, documento que reflete o andamento dos trabalhos, bem como sem as devidas medições e sem recursos orçamentários, incluindo nelas serviços não previstos, que foram devidamente pagos, formalizando alteração contratual após a expiração do contrato originário de forma a legitimar os serviços e os pagamentos efetuados, incidindo nas condutas proibidas previstas no art. 11, I e II, da Lei nº 8.492/92;

e) em conclusão, a sentença, após extinguir o processo com relação a Genésio Bernardino de Souza em virtude do óbito, absolveu Maurício Hasenclaver Borges e Eneida Coelho Monteiro, do ato ímprobo previsto no art. 11, *caput*, e I e IV, da Lei nº 8.429/92, e condenou Eurico José Berardo Loyo pela prática do ato de improbidade previsto no art. 11, I e II, da Lei nº 8.492/92, aplicando-lhes as penas previstas no art. 12 da referida Lei, consistente na perda da função pública exercida no DNER, e do pagamento de multa civil, fixando-a em 10 (dez) vezes o valor recebido pelo agente na data da sentença ou, em caso de desligamento anterior do DNER, do valor da última remuneração recebida, bem como a proibição de contratar com o Poder Público ou de receber incentivos fiscais e creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de 03 (três) anos, excluindo a pena de suspensão dos direitos políticos.

Eurico José Berardo Loyo apelou aduzindo, em preliminar, a nulidade da sentença, porque não lhe teria sido aberta vista dos autos para a apresentação das razões finais, não tendo, portanto, sido encerrada a fase instrutória, nem se assegurado às partes os debates, nos termos do art. 454 do CPC; teria havido, pois, prejuízo, porque a sentença teria analisado a questão de acordo, somente, com o ponto de vista da acusação, sem considerar o ponto de vista do réu, o que teria importado, portanto em cerceamento de defesa.

No mérito, requereu que fosse dado provimento à apelação, afirmando que realmente autorizou a Construtora Ikal Ltda. a efe-

tuar serviços não previstos no contrato inicial antes do necessário aditamento, o que ocasionou os pagamentos na 17ª medição de serviços efetivamente prestados, esclarecendo que assim o fez em (face de) situação de excepcional e de gravíssima emergência, ordenando a realização de serviços na via de acesso à Rodovia BR-101/PE, sem os aditamentos, porque as pessoas residentes em “Pontezinha” e “Ponte dos Carvalhos”, ante o aumento de trânsito nas referidas localidades, e por conta dos desvios decorrentes dos serviços de duplicação, passaram a vivenciar situações de risco, tendo ocorrido na(s) área(s) diversos acidentes, muitos deles fatais, o que gerou um grande número de protestos, e cobertura e cobrança da Imprensa e de Associações de Moradores, relativamente à atuação das autoridades, por uma conclusão rápida das obras, tendo sido tal fato esclarecido em audiência perante o Tribunal de Contas, na qual foi salientada a imperiosa necessidade da conclusão dos serviços de duplicação da Rodovia BR 101, especialmente no trecho Prazeres-Acesso à Rodovia PE-60, que apresentava um tráfego de 18.000 (dezoito mil) veículos ao dia, com alto registro de acidentes.

Reconhece que os aditamentos contratuais deveriam ser realizados antes do complemento das obras e da execução dos serviços; contudo afirmou que, em se tratando de situação urgente, o formalismo deveria ceder passo à discricionariedade, à excepcionalidade, e aos interesses da população, especialmente quando não causou prejuízo ao Erário, de acordo com o Tribunal de Contas da União, ressaltando que não houve má-fé ou fraude por parte do apelante, que procurou apenas agilizar o processo de duplicação da estrada sem afrontar os deveres de honestidade, da imparcialidade, da legalidade e da lealdade às Instituições.

Ao fim, requereu a absolvição ou, para o caso de ser mantida a condenação, a exclusão do pagamento da multa civil, porque ela já fora arbitrada pelo Tribunal de Contas da União.

Nas contrarrazões, o MPF pugnou pelo provimento da apelação, no sentido de que fosse acolhida a preliminar de nulidade da sentença em face da ausência de apresentação das razões finais e, no caso de ser ultrapassada a preliminar, que fosse desprovido o Recurso – fls. 506/511-v.

No parecer, a Douta Procuradoria da República opinou, inicialmente, pela nulidade da sentença, em face da ausência de prova de que o ora apelante fora intimado para o oferecimento das razões finais, o que afrontaria aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

No mérito (e para o caso de ser ultrapassada a preliminar) foi dito que a situação excepcional e de gravíssima emergência, não autorizaria a falta de aditamento contratual, esclarecendo que a Lei das Licitações fora desrespeitada, na medida em que o apelante agiu sem a dotação orçamentária, não havendo discricionariedade administrativa no presente caso. Foi dito por fim que, o fato de o apelante ter agido de boa-fé não excluiria o ato ímprobo, em face dos princípios que foram violados.

Ao fim, sustentou que a multa administrativa não excluiria a multa imposta pelo Poder Judiciário, à conta da independência das instâncias, e requereu a manutenção da condenação, e o desprovisionamento da apelação.

É, no que importa, o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Com a devida vênia aos entendimentos divergentes, entendo que a sentença merece reforma.

Alegou o apelante, em preliminar, ter havido cerceamento de defesa pelo fato de o juiz *a quo* não ter lhe assegurado a oportunidade para oferecer “razões finais”, causando-lhe prejuízo, uma vez que, não haveria a possibilidade de apreciação do ponto de vista da defesa.

O art. 454 do Código de Processo Civil assim dispõe:

Art. 454. Finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e ao do réu, bem como ao órgão do Ministério Público, sucessivamente, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por 10 (dez), a critério do juiz.  
(...)

§ 3º Quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, o debate oral poderá ser substituído por memoriais, caso em que o juiz designará dia e hora para o seu oferecimento.

Com a adoção do princípio da instrumentalidade das formas, há a flexibilização das regras no tocante à observância estrita do rigor das formas processuais, desde que, com a flexibilização, não tenha sido causado qualquer prejuízo para a(s) parte(s).

Tal fato fica mais claro quando se observa que a norma legal não atribui penalidade para a ausência do oferecimento das razões finais, de forma que, no caso concreto, faz-se necessário verificar se a falta da referida peça processual causou efetivo prejuízo à defesa.

No caso, embora não tenha sido oportunizado o prazo para o oferecimento das alegações finais, o apelante teve acesso a todas as provas existentes nos autos, postas nos 20 (vinte) volumes pensados aos presentes autos, e também àquelas provas produzidas na audiência.

A sentença fundamentou-se não nas provas testemunhais produzidas em audiência, mas na vasta documentação trazida pelas partes quando da apresentação de suas contestações, em especial, no parecer final do Tribunal de Contas da União, analisado de acordo com o livre convencimento do Juiz. Prova disso é que, na apelação, o recorrente faz referência ao disposto na contestação, sem nada trazer de novo com relação ao mérito da ação, tendo suas alegações sido apreciadas pelo Julgador, na sentença.

Assim, e ainda que tivessem sido apresentadas as razões finais, não haveria alteração no julgado, de forma que considero que não estar caracterizada a efetiva existência de prejuízo em desfavor do apelante, pela falta de abertura de prazo para o oferecimento da dita peça processual, uma vez que não houve omissão do julgador com relação ao exame dos fatos efetivamente relevantes do litígio e nem a análise equivocada das provas, especialmente quando o apelante reitera, em seu recurso, o argumento da necessidade e da urgência na realização das obras de duplicação da Rodovia, com justificativa para a realização das obras, sem o aditivo contratual.

Penso, portanto, que a inobservância do disposto no art. 454 do vigente Código de Processo Civil - CPC, não deve ser valorada a ponto de conduzir à nulidade processual.

Deve-se, neste caso, aplicar o disposto no § 2º do art. 249 do CPC, ou seja, “... *quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta*”; e também o disposto no art. 250 do mesmo Código, segundo o qual “... *o erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais*”; e o disposto no parágrafo único, adverte: “*dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa*”.

Superada a nulidade, passo ao exame do mérito.

Com relação à improbidade administrativa, dispõe o art. 11 da Lei nº 8.492/90:

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

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

Para a Doutrina, e na lição de Waldo Fazzio Júnior<sup>1</sup> improbidade administrativa “... significa o exercício da função, cargo, mandato ou emprego público sem a observância dos princípios administrativos da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da eficiência. É o desvirtuamento do exercício público, que tem como fonte a má-fé”.

---

<sup>1</sup> *In Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeito*, Atlas, 2ª edição, págs. 50/51.

A improbidade é, portanto, a desonestidade em sentido amplo, implicando em ofensa aos princípios éticos e morais, que regem a Administração, especialmente no tocante ao patrimônio e aos interesses públicos.

No caso, o MPF em sua petição inicial afirmou, e o Juiz na sentença concordou, que o ato ímprobo imputado ao apelante consistiu na realização de obras e de pagamento dos serviços da duplicação da Rodovia BR-101 sem a realização prévia da anterior alteração contratual, afrontando o disposto no art. 65 da Lei nº 8.666/93, que estatuiu a necessidade de aditivo, no caso de alteração contratual que aumente os encargos do contratado, ressaltando, ainda, que o mesmo deveria sido publicado, em face do 'princípio da publicidade' dos atos administrativos.

Quanto ao disposto no art. 11 e respectivos incisos, da Lei de Improbidade Administrativa, a conduta ímproba consiste especificamente no chamado **desvio de finalidade**, no qual o primeiro e principal princípio para o qual se há de atentar, é o da legalidade, matriz de todos os outros princípios e, especificamente, dos princípios que se refiram, especificamente, à Administração Pública.

Contudo, e como adverte Waldo Fazzio Júnior<sup>2</sup>, “... *é necessário que se adote muita cautela na compreensão das regras do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Sua evidente amplitude constitui sério risco para o intérprete porque enseja radicalismos exegéticos capazes de acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, cometidas sem a má-fé, e sem arranhão aos princípios éticos ou critérios morais. Práticas sem maiores repercussões no universo administrativo, ditadas, eventualmente pelo despreparo intelectual e pela ausência de habilidade do prefeito, se examinadas à luz do legalismo preciosista, podem assumir a configuração de atos de improbidade, quando, de fato, não têm muita gravidade*”.

Ressalte-se que à primeira leitura do disposto no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, tem-se a impressão de que a pura

---

<sup>2</sup> *In Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeito*, Atlas, 2ª edição, págs. 179/181.

e simples quebra da legalidade e de outros princípios da Administração, faz como que surja, *ipso facto* a condição de ato ímprobo capaz de imputar ao agente as penas da LIA.

Contudo, **é o ato desonesto, e não a prática de um ato irregular**, que configura a improbidade. Às vezes, em face de determinadas peculiaridades pessoais, como as deficiências pessoais, culturais ou profissionais do Agente Público, ou a situação concreta existente no local em que ocorreu o ato, que fazem com que o agente público seja forçado a praticar atos que, embora possam ser considerados ilegais, estrita e formalmente falando, estão destituídos da má-fé e da desonestidade que caracterizam o ato ímprobo.

No caso, entendo ausente este elemento de dolo ou desonestidade necessário à configuração do ato de improbidade pelo apelante.

É certa a materialidade do fato. O Contrato PD-4-001/97 (Contrato de Empreitada a preços unitários firmado entre o DNER e a Construtora IKAL Ltda.) foi firmado em 20 de fevereiro de 1997 para a realização de obras de ampliação na Rodovia BR 101/PE-Sul, na divisa PE/AL, para a terraplenagem e pavimentação dos 22,44 km referentes ao trecho KM 84,20 (Prazeres) – KM 106,64 (Cabo), com prazo de 390 (trezentos e noventa dias) consecutivos para seu encerramento – fls. 666/672 do Volume 03 dos Anexos.

Efetivamente o dito contrato teve três aditivos, sendo que o Primeiro Aditivo data de 09.12.1997 (fls. 2784/2786 do Volume 11 do Anexo), dentro, portanto do prazo regular para aditamento; o Segundo em 23.07.1998, (fls. 3228/3229, do Volume 12 dos Anexos) e o Terceiro no dia 25.02.1999 (fls. 3412/3414, do Volume 12 dos Anexos), os dois últimos fora, portanto, do prazo de validade do contrato, contrariando o disposto no art. 65 da Lei nº 8.666/93.

No entanto tais aditivos não decorreram, apenas, do arbítrio do ora apelante. Foram eles precedidos de análise do estado da obra, com a comunicação e a participação dos engenheiros e da Procuradoria Jurídica do DNER, que, em Pareceres exarados em resposta aos pedidos feitos pelo apelante para efetivar os aditivos aos contratos, considerou por diversas vezes que como a modifi-

cação do projeto não acarretaria reflexos ou prejuízos financeiros, não haveria impedimento a que o aditivo fosse aprovado – fls. 2779 e 2932 do Volume 11 do Anexo.

Dessa forma, o Apelante agiu de acordo com o que considerava o procedimento correto para efetivar os aditivos aos contratos originais, **a fim de concluir a obra dentro do prazo**, fato que, por si só, exclui o dolo. Observe-se que o Departamento Jurídico do DNER, a quem competia o exame da legalidade dos aditamentos, bem como o respeito aos princípios da Administração, não suscitou qualquer empecilho para a realização dos aditamentos.

Nota-se que os aditivos contratuais, as obras realizadas, os pagamentos feitos antes da efetivação dos contratos, bem como a ausência de Diário de Obras, substituídos por Relatórios Mensais para dar mais agilidade ao andamento das obras, se deram com o fim de melhor realizar a prestação do serviço, não havendo intenção de adotar-se, com tais providências, outra modalidade de licitação, diversa da recomendada pela legislação, de burlar a lei, ou de prejudicar a Administração. O DNER abriu, à época dos fatos, o procedimento licitatório na modalidade concorrência, que seria a modalidade apropriada para o caso, vindo a agilizar o procedimento com o intuito de finalizar com urgência a obra pública.

Os eminentes Conselheiros do Tribunal de Contas da União, na sessão realizada no dia 24.04.2001, ao analisarem a necessidade das obras, reconheceram que “... *questões de ordem operacional recomendavam a sua presta execução, cujo mérito aqui não interessa questionar*”; mas decidiram, não obstante a necessidade das mesmas, a existência dos pareceres autorizadores do Departamento Jurídico do DNER, a efetiva realização da obra e a ausência de prejuízo financeiro para o Erário, considerar existente a responsabilidade do apelante porque “... *não caberia ao Administrador a dispensa de exigências legais obrigatórias no processamento da despesa pública*” – fls. 4352 e 4353, do Volume 16 dos Anexos.

Em nenhum momento o apelante negou os fatos, justificando os aditivos contratuais, as obras realizadas e os pagamentos efetuados antes da efetivação dos contratos, bem como a ausência de Diário de Obras, substituídos por Relatórios Mensais, bem como

outras irregularidades acaso cometidas em face da necessidade urgente da realização da duplicação da Rodovia<sup>3</sup>. Esclareceu também que os pedidos de aditivos do contrato foram realizados antes do fim do contrato originário, porém, com os trâmites administrativos do DNER, os ditos aditivos só foram concluídos após o término dele.

Ressalte-se que não houve manifestação contra as obras relativas ao Convênio, que foram cumpridas e realizadas pela Construtora Ikal Ltda. e pelo DNER.

No particular, destaco trechos do depoimento do apelante:

*... que, pelas normas internas, precisaria fazer um aditivo antes de realizar o deslocamento; que os serviços custavam em torno de R\$ 17.000,00; que teve que utilizar o bom-senso, uma vez que as obras precisavam ser feitas e o valor era insignificante em relação ao contrato; que acredita que o aditivo demandaria mais de três meses para ser concluído; que sabe que infringiu as normas, mas não autorizou a realização de qualquer pagamento antes do serviço; que apenas autorizou a realização do serviço, antes do aditivo, através de um contrato verbal, para que a obra fosse concluída dentro do cronograma; (...); que o próprio TCU declarou que o fato não causou qualquer dano ao Erário; que na época da autorização não fez uma justificativa por escrito para a realização da obra sem aditamento; que no local havia inúmeros acidentes com mortes, sendo esta a justificativa para a urgência; que não fez nenhuma medição, antes do aditivo; que as medições eram mensais e não diárias e o pagamento só foi realizado com o aditivo; que em relação à elaboração do aditivo antes do término do prazo, mas a demora deveu-se ao procedimento necessário para sua aprovação em Brasília – fls. 318/320.*

Dessa forma, conclui-se que o apelante, na premência da realização das obras, tomou decisões para que elas fossem realiza-

---

<sup>3</sup> Não se deve perder de vista o fato de que, os vários acidentes envolvendo moradores das regiões por onde passava a rodovia – alguns fatais – serviram de reforço para a formação da consciência de que havia, mesmo, premência na conclusão das obras.

das de forma mais rápida e eficiente, especialmente em se tratando de um engenheiro presente todos os dias no local das obras e observando, *ictu oculi*, as necessidades e as condições de trabalho e, notadamente, os interesses da população, **sujeita a risco constante em um local em que trafegam com grande velocidade mais de 18.000 (dezoito mil) veículos ao dia.**

Ressalte-se, novamente, que os elementos constantes dos autos não induzem à conclusão de que o apelante se tenha locupletado ou auferido qualquer benefício econômico com os atos praticados, não havendo prejuízo para a União porque a obra foi realizada e o dinheiro do Convênio foi aplicado em benefício do serviço público, ou seja, na duplicação da Rodovia BR 101-SUL.

É certo que caso se opte por submeter a conduta do apelante, ao rigor literal da lei, concluir-se-á que houve afronta ao princípio da legalidade, uma vez que o art. 65, III, da Lei de Licitações exige o prévio aditamento ao contrato, em caso de alteração dele, para a realização das obras e do pagamento.

No entanto, no presente caso, é não menos certo que a realização da obra antes do aditamento não causou prejuízo ao patrimônio público<sup>4</sup>. Como já mencionado anteriormente, **o objeto do convênio foi cumprido, com a duplicação da Rodovia.**

Fica configurada, portanto, a irregularidade no procedimento da aplicação das verbas públicas, mas não a afronta – **dolosa e sem qualquer razão plausível** – dos princípios administrativos; ou a malversação dolosa, a ponto de impor prejuízo ao Erário, ou configurar ato de improbidade administrativa.

As obras foram realizadas antes do aditamento em face da necessidade imperiosa e emergencial de assegurar a reforma atem-

---

<sup>4</sup> Não seria impertinente, e muito menos descabido considerar que, nada obstante a conduta sob análise ter estado em descompasso com preceitos e recomendações encartadas na Lei das Licitações, não seria possível, sob os influxos da deontologia jurídica, desconsiderar o fato de que, o esforço para a conclusão das obras – a tempo e modo – concorreu para afastar, de vez, a situação de risco considerável, que esteve, ao longo da realização da obra, transtornando – leia-se, pondo em sério e efetivo risco – a vida dos moradores dos locais por onde passou a rodovia.

pada da rodovia, para evitar acidentes e mortes, com que se via a braços a população, que viria a ser a maior prejudicada com atrasos na duplicação da Rodovia. Ressalte-se que os pagamentos foram efetuados apenas após a realização dos serviços, ainda que, em alguns casos, antes de formalizado o aditamento.

Dessa forma, os elementos constantes nos autos levam à conclusão de que não houve atuação dolosa do apelante na violação ao princípio da legalidade, e, sim, baseado na necessidade premente de realizar a obra dentro do cronograma, a fim de não causar (além dos que efetivamente ocorreram) mais prejuízos à população.

Por essas razões é que, ao meu sentir, revela-se equivocada a sentença ao imputar ao apelante as penas de perda da função pública, a multa civil, a proibição de contratar com o Poder Público ou de receber incentivos fiscais e creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de 03 (três) anos.

As referidas penas – só para rememorar – estão postas no art. 12 da Lei nº 8.429/92, que me permito reproduzir:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Sublinho, uma vez mais, que os atos de improbidade descritos e atribuídos ao apelante, não causaram prejuízo para o ente público, nada indicando – ao que menos em face do que nos autos – que tenha ele auferido benefício patrimonial que se possa traduzir em enriquecimento; constituíram, isto sim, mera irregularidade, sem a intenção dolosa de afrontar dispositivos legais.

Não foi constatada pela Corte de Contas da União, ao instante da tomada de contas realizada em função do convênio de que cuidam estes autos, a inexecução do objeto do contrato firmado, restando patente não haver o apelante auferido vantagem pecuniária indevida em razão destas irregularidades, ressaltando que o dito Tribunal reconheceu a necessidade premente da obra.

As penas referentes aos atos de improbidade devem ser dirigidas **àqueles que agem com o dolo de lesar o patrimônio público**. No caso, a obra foi realizada, dentro dos valores inicialmente contratados, sem causar qualquer prejuízo ao Erário, pois o dinheiro foi dirigido para o obra pública, e destinado para o pagamento dos funcionários da Construtora Ikal Ltda., vencedora da licitação e do material (empregado na realização da obra) conforme contratado, garantindo-se a duplicação da Rodovia, em benefício da população, e das atividades econômicas em geral e, em particular, dos trechos por onde passou a rodovia.

Atento a todas estas particularidades, tenho por ausentes o dolo e/ou a desonestidade necessária para a configuração do ato de improbidade.

E em face do exposto, dou provimento à apelação do réu, para absolvê-lo por não por reconhecer a prática de qualquer ato de improbidade administrativa.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 479.295-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO  
Apelante: FAZENDA NACIONAL  
Apelado: BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S/A - BNB  
Adv./Proc.: DR. CLAUDIO CHAVES ARRUDA (APDO.)

***EMENTA: TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA OFICIAL DE SENTENÇA QUE, EM AÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL, DECLAROU A NULIDADE DA INSCRIÇÃO EM***

**DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO E A DECADÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO REPRESENTADO PELA DCTF, QUE, TAMBÉM, CONTINHA INFORMAÇÃO SOBRE COMPENSAÇÃO, E, SOMENTE DEPOIS DA DECISÃO SOBRE ELA, COM A CONSEQUENTE NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE, É QUE O FISCO PODERIA PROCEDER À REFERIDA INSCRIÇÃO, CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO FOI OBSERVADA, EM VIOLAÇÃO AO § 7º DO ART. 74 DA LEI 9.430/96, RESULTANDO NO DECURSO DO PRAZO DECADENCIAL.**

**- A apelação da Fazenda Nacional assentada, principalmente, nos seguintes pilares: a) existência de prova de que o contribuinte, antes da inscrição em dívida ativa, ocorrida em 20 de setembro de 2004, foi, devidamente, notificado, por ocasião do fornecimento de certidão positiva de débito com efeito de negativa, entregue no dia 08 de setembro de 2004; b) o débito inscrito em dívida ativa provém de confissão do débito, não necessitando de lançamento de ofício; e, enfim, c) dispensa da notificação do contribuinte sobre a não-homologação, porque à época da Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF), que visava à compensação de crédito do embarcante, não existia, ainda, a Lei 10.833/03, que inseriu os §§ 7º a 11 ao art. 74 da Lei 9.430/96.**

**- A autoridade administrativa não pode inscrever o débito em dívida ativa, sem análise do pedido de compensação apresentado pelo contribuinte, ou sem intimá-lo da decisão não homologatória da compensação pretendida, pois tal conduta cerceia o direito de defesa no processo administrativo. Saliente-se que o próprio recurso contra a decisão não homologatória da compensação suspende a exigibilidade do crédito tributário, na forma preconizada pelo art. 151, inciso III, do CTN. Precedentes desta Terceira Turma: AMS 101.555-AL, deste Relator, julgada**

*em 15 de outubro de 2009, e REOMS 95277-CE, Des. Paulo Roberto de Oliveira Lima, julgada em 19 de novembro de 2009.*

*- Ainda que se entenda inaplicáveis os citados §§ 7º a 11, porque somente incorporados à Lei 9.430, a partir da Lei 10.833, de 29 de dezembro de 2003 e, portanto, posterior à DCTF apresentada pelo apelado, é importante não esquecer que o devido processo legal, assegurada a ampla defesa, é garantia constitucionalmente protegida e independe de lei que a regulamente.*

*- Inexigibilidade do título executivo extrajudicial (CDA) em questão.*

*- Examinando pelo ângulo da decadência, já está consagrado que a entrega da declaração do contribuinte por meio de DCTF, reconhecendo a existência do débito, constitui o crédito tributário, e dispensa qualquer outra providência por parte do fisco, que importe em lançamento de ofício, e, acaso não recolhido o tributo declarado, estará autorizada a imediata inscrição em dívida ativa e sua pronta execução.*

*- Entretanto, em se tratando de declaração de compensação entre o débito confessado e o suposto crédito do contribuinte, é indispensável que a Administração Fazendária se manifeste sobre a correção do procedimento, e, porventura, apurada diferença a menor, deve proceder à revisão do lançamento, mediante instauração do processo administrativo fiscal, com a notificação do contribuinte, para que exerça o seu direito de defesa. Precedentes do STJ e desta Terceira Turma: REsp 999.020/PR, Min. Castro Meira, julgado em 13 de maio de 2008, e AC 449.526-CE, Des. Geraldo Apoliano, julgado em 08 de abril de 2010.*

*- O contribuinte apresentou, no mês de fevereiro de 1999, Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF), débitos de IRPJ do período*

**do de julho a dezembro de 1998, juntamente com declaração de compensação do referido débito, fl. 188. A inscrição em Dívida Ativa da União foi indevidamente efetuada em 20 de setembro de 2004, fl. 80.**

**- Na hipótese, apresentada a DCTF, e constatado a existência de débito, caberia à Receita Federal, no prazo de cinco anos (art. 150, § 4º, do CTN), proceder ao lançamento de ofício, ou à revisão do lançamento da diferença encontrada, notificando o contribuinte para fins de impugnação. Ao contrário, procedeu à inscrição indevida, e ainda mais, depois de decorrido o prazo decadencial, quando já tidos por homologados, tacitamente, os créditos compensáveis, na forma supra.**

**- Apelação e remessa oficial improvidas, mantendo-se a extinção do crédito tributário pela decadência.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 26 de agosto de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO  
- Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Trata-se de apelação cível e de remessa oficial de sentença proferida pelo d. juízo federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, que, em ação de embargos à execução fiscal, declarou a nulidade da inscrição de débito em dívida ativa da União e a decadência do crédito tributário representado por DCTF, a qual conti-

nha, também, compensação, e, somente depois da decisão sobre ela, com a obrigatória notificação do contribuinte, é que o fisco poderia proceder à respectiva inscrição, circunstância que não foi observada, em violação ao § 7º do art. 74 da Lei 9.430/96, resultando ausência de lançamento e decurso do prazo decadencial, fls. 1079-1082 .

A apelação da Fazenda Nacional está assentada nos seguintes pilares: a) inversão do ônus da prova, uma vez que, a falta de ciência da não-homologação da compensação, deveria ser demonstrada pelo contribuinte; b) existência de prova de que o contribuinte, antes da inscrição em dívida ativa, ocorrida em 20 de setembro de 2004, foi, devidamente, notificado, por ocasião do fornecimento de certidão positiva de débito com efeito de negativa, entregue no dia 08 de setembro de 2004; c) O débito inscrito em dívida ativa provém de confissão de dívida, não necessitando de lançamento de ofício; e, d) dispensa da notificação do contribuinte sobre a não-homologação, porque à época da Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF), que visava à compensação de crédito do embargante, não existia, ainda, a Lei 10.833/03, que inseriu os §§ 7º a 11 ao art. 74 da Lei 9.430, fls. 1100-1122.

Contrarrazões do apelado, reafirmando os motivos expostos na inicial dos embargos, e postulando a manutenção da sentença em todos os seus termos, fls. 1135-1169.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

O Banco do Nordeste do Brasil S/A, no mês de fevereiro de 1999, por meio de Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF), admitiu débitos de IRPJ do período de julho a dezembro de 1998, informados, também, mediante documento de Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ), em que consta, ainda, declaração de compensação do referido débito com DARFs, fls. 175-200, e fls. 232-245.

A Delegacia da Receita Federal em Fortaleza, por meio do procedimento de Representação para cobrança de IRPJ, consta-

tou haver o Banco do Nordeste do Brasil declarado débitos no período de julho a dezembro de 1998, não pagos pelo contribuinte, propondo o encaminhamento à Procuradoria da Fazenda Nacional, para fins de inscrição em Dívida Ativa da União dos créditos ali discriminados, fl. 80.

Recebido o referido processo 10380.008519/2004-02 naquela Procuradoria, em 20 de setembro de 2004, foi, prontamente, na mesma data, inscrito o crédito em Dívida ativa da União, sob o número 30 2 04 002473-90, dando origem à execução fiscal 2004.81.00.016812-0, fls. 128-136.

O contribuinte, ora apelado, ao tomar conhecimento da existência do referido débito, e de outros mais, após obtenção de certidão positiva com efeito de negativa, expedida por determinação judicial, fl. 171, protocolou, do dia 16 de setembro de 2004, e, portanto, antes da inscrição em dívida ativa, impugnação ao débito, ora em questão, informando sobre a existência da compensação efetuada e declarada em 1999, por meio de DCTF e DIPJ, reque-rendo, naquela via administrativa, a extinção definitiva do crédito, em face da decadência, ou, alternativamente, a homologação das compensações procedidas, fls. 141-169.

Esse o quadro factual.

A autoridade administrativa não pode inscrever o débito em dívida ativa, sem análise do pedido de compensação apresentado pelo contribuinte, ou sem intimá-lo da decisão não homologatória da compensação pretendida, pois tal conduta cerceia o direito de defesa no processo administrativo. Saliente-se que o próprio recurso contra a decisão não homologatória da compensação suspende a exigibilidade do crédito tributário, na forma preconizada pelo art. 151, inciso III, do CTN, conforme destacado nos seguintes acórdãos desta Terceira Turma:

[I] Tributário. Procedimento administrativo fiscal. Compensação. Art. 74 da Lei 9.430/1996. Manifestação de inconformidade. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

1. É legítima a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, enquanto a Fazenda Nacional, via de seu órgão devido, aprecia, recurso interposto contra decisão que indefe-

riu pedido de compensação objeto de processo administrativo, por aplicação da norma emoldurada no inciso III do art. 151 do CTN.

2. Improvimento da apelação.

[AMS 101.555-AL, de minha relatoria, julgada em 15 de outubro de 2009].

[II] Tributário. Declaração de contribuições de tributos federais (DCTF). Indeferimento (glosa) da compensação nela informada. Não comunicação ao contribuinte e, ato contínuo, inscrição em dívida ativa. Ausência de regular processo administrativo fiscal. Direito de o particular defender, administrativamente, a correção da compensação empreendida. Violação ao primado constitucional da ampla defesa e à legislação de regência. Precedentes do STJ. Remessa oficial improvida.

1. Certo que, se o contribuinte informa determinado tributo em DCTF, não o pagando posteriormente, é lícito ao Fisco cobrá-lo de maneira imediata, dispensada a instauração de processo administrativo impositivo que assim o permitisse; em casos tais, o próprio contribuinte cuida de fazer o lançamento, donde, então, a dispensabilidade do procedimento mencionado;

2. Nada obstante, é certo que não pode o Fisco, glosando compensação realizada pelo contribuinte e declarada por meio de DCTF, realizar diretamente a inscrição em dívida ativa, sequer comunicando ao particular sua decisão, daí não lhe permitindo, administrativamente, defender a correção da compensação declarada; agressão à Lei nº 9.430/96, em seu Art. 74, bem assim à ampla defesa prevista na CF/88, Art. 5º, LV;

3. Direito que tem o contribuinte, no cenário narrado (agressão à CF e à lei), de exclusão de seu nome do CADIN, permitindo-se-lhe obter, salvo se por outro motivo não for possível, certificação de regularidade fiscal;

4. Precedentes do STJ;

5. Remessa necessária improvida

[REOMS 95277-CE, Des. Paulo Roberto de Oliveira Lima, julgada em 19 de novembro de 2009].

Por seu turno, o direito de defesa no procedimento administrativo de compensação encontra respaldo no art. 74 da Lei 9.430/1996:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

(...)

§ 2º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

(...)

§ 4º Os pedidos de compensação pendentes de apreciação pela autoridade administrativa serão considerados declaração de compensação, desde o seu protocolo, para os efeitos previstos neste artigo.

(...)

§ 7º Não homologada a compensação, a autoridade administrativa deverá cientificar o sujeito passivo e intimá-lo a efetuar, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da ciência do ato que não a homologou, o pagamento dos débitos indevidamente compensados.

§ 8º Não efetuado o pagamento no prazo previsto no § 7º, o débito será encaminhado à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União, ressalvado o disposto no § 9º.

§ 9º É facultado ao sujeito passivo, no prazo referido no § 7º, apresentar manifestação de inconformidade contra a não-homologação da compensação.

§ 10. Da decisão que julgar improcedente a manifestação de inconformidade caberá recurso ao Conselho de Contribuintes.

§ 11. A manifestação de inconformidade e o recurso de que tratam os §§ 9º e 10º obedecerão ao rito processual do Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972, e enquadram-se no disposto no inciso III do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, relativamente ao débito objeto da compensação

Ainda que se julgue inaplicáveis os citados §§ 7º a 11, porque somente incorporados à Lei 9.430, a partir da Lei 10.833, de 29 de dezembro de 2003 e, portanto, posterior à DCTF apresentadas pelo apelado, é importante não esquecer que o devido processo

legal, assegurada a ampla defesa, é garantia constitucionalmente protegida e independe de lei que a regulamente.

Assim, mesmo inexistindo dispositivo infraconstitucional expresso, a inscrição em dívida ativa não prescinde do exame administrativo prévio da declaração de compensação de crédito tributário, e a respectiva notificação da decisão não-homologatória, a fim de assegurar os meios de defesa no processo administrativo fiscal.

Além disso, o Decreto 70.235, que disciplina o processo administrativo fiscal, prevê a notificação do contribuinte de todos os atos praticados pelo fisco, sem esquecer, também, da Lei 9.784/99, a regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, assegura, igualmente, a ampla defesa com todos os meios a ela inerentes.

Portanto, é indispensável a notificação do contribuinte sobre a desconsideração da compensação, sem a qual é inaceitável a inscrição em dívida ativa da União.

Na hipótese, antes da inscrição em dívida, ocorrida em 20 de setembro de 2004, fl. 129, o contribuinte tomou conhecimento da existência do débito, quando do recebimento da certidão positiva com efeito de negativa, expedida por determinação judicial, fl. 171.

A ciência, por essa via oblíqua, não pode ser levada em conta, principalmente, porque não tinha por finalidade a notificação formal do contribuinte contra o ato que deixou de homologar a compensação declarada, mas se tratava de mero fornecimento de certidão de débito, fl. 171.

Quanto à alegação da Fazenda Nacional de que caberia ao contribuinte, ora apelado, a prova de não ter sido notificado, é alegação fora de propósito, por se tratar de prova negativa, impossível de ser produzida.

Considere-se, ainda, que, logo após tomar conhecimento da existência da dívida, por meio da certidão referida, o contribuinte, ora apelado, protocolou impugnação de débito no dia 16 de setembro de 2004, e, enquanto não indeferido o pedido, não haveria crédito definitivamente constituído a justificar a inscrição e o conseqüente ajuizamento da execução fiscal.

Examinando, agora, pelo ângulo da decadência, já está consagrado que a entrega da declaração do contribuinte por meio das DCTFs, reconhecendo a existência do débito, constitui o crédito tributário, e dispensa qualquer outra providência por parte do fisco, que importe em lançamento de ofício, e, acaso não recolhido o tributo declarado, estará autorizada a imediata inscrição em dívida ativa e sua pronta execução.

A situação difere quando a DCTF vem acompanhada de declaração do contribuinte informando que está procedendo à compensação do débito já declarado, pois, na forma do art. 156, inciso II, do CTN, a compensação extingue o crédito tributário, porém, sob condição resolutória, isso quer dizer que dependerá de prévia homologação pelo fisco.

Em se tratando, portanto, de declaração de compensação entre o débito confessado e o suposto crédito do contribuinte, é indispensável que a Administração Fazendária se manifeste sobre a correção do procedimento, e, porventura, apurada diferença a menor, deve proceder à revisão do lançamento, mediante instauração do processo administrativo fiscal, com a notificação do contribuinte, para que exerça o seu direito de defesa.

Essa, a corrente majoritária no STJ e nesta Terceira Turma, conforme os arestos a seguir, somados ao acórdão, acima já citado, da relatoria do Des. Paulo Roberto de Oliveira Lima:

[I] Tributário. Declaração de Contribuições de Tributos Federais - DCTF. Compensação. Ausência de processo administrativo fiscal. Crédito não constituído devidamente. Certidão de regularidade fiscal.

1. É pacífico na jurisprudência desta Corte que a declaração do tributo por meio de DCTF, ou documento equivalente, dispensa o Fisco de proceder à constituição formal do crédito tributário.

2. Não obstante, tendo o contribuinte declarado o tributo via DCTF e realizado a compensação nesse mesmo documento, também é pacífico que o Fisco não pode simplesmente desconsiderar o procedimento adotado pelo contribuinte e, sem qualquer notificação de indeferimento da compensação, proceder à inscrição do débito em dívida ativa com posterior ajuizamento da execução fiscal.

3. Inexiste crédito tributário devidamente constituído enquanto não finalizado o necessário procedimento administrativo que possibilite ao contribuinte exercer a mais ampla defesa, sendo vedado ao Fisco recusar o fornecimento de certidão de regularidade fiscal se outros créditos não existirem.

4. Recurso especial não provido.

[REsp 999.020/PR, Min. Castro Meira, julgado em 13 de maio de 2008].

[II] Tributário e processual civil. Extinção do processo sem resolução do mérito. Anulação. Apreciação da lide, pelo mérito. Crédito tributário. Decadência. Prescrição. IRPJ. Compensação tributária efetuada mediante DCTF.

1. Sentença extinguiu o feito sem resolução do mérito sob o fundamento de que o débito teria sido cancelado pelo Fisco. Débito não cancelado. Fato confirmado por ambas as partes. Erro de fato. Anulação da extinção do processo. Feito maduro para julgamento. Aplicação do disposto no art. 515, § 3º, do CPC.

2. A Administração Fazendária não homologou a compensação tributária efetuada, pelo contribuinte, mediante DCTF, de débitos e créditos de IRPJ, e procedeu a inscrição imediata dos valores na Dívida Ativa.

3. Na hipótese do pagamento de tributos através de DCTF, quando o contribuinte efetua a declaração e não recolhe as importâncias devidas, a dívida pode ser inscrita imediatamente. Isso porque a declaração feita pelo próprio contribuinte é equiparada à confissão de dívida, o que lhe confere exigibilidade, elidindo a necessidade de constituição formal do crédito tributário. Precedente do STJ em sede de Recursos Repetitivos - REsp 962.379/RS.

4. Contudo, no caso de compensação tributária efetuada pelo contribuinte e não homologada, o procedimento a ser adotado há de ser diferente. A importância apurada deve ser lançada “de ofício” para que o crédito tributário seja definitivamente constituído. Respeito ao Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório. Precedentes do STJ: REsp 200800141547 - Rel. Min. Luiz Fux, e AGREsp 20070 1972967 - Rel. Min. Humberto Martins.

5. No caso presente, há a entrega da DCTF informando que a compensação tributária ocorreu em 29/09/1997. O crédito tributário somente foi inscrito em 30/07/2004, con-

forme demonstra o Termo de Inscrição da Dívida Ativa – fl. 76 – quando já haviam transcorrido mais de cinco anos da data da entrega da DCTF. Inscrição efetuada serôdiamente, portanto.

6. Destaque-se, ainda, a irregularidade da ausência de notificação do Contribuinte para exercer o direito à ampla defesa e ao contraditório.

7. Crédito tributário alcançado pela decadência por não haver sido regulamente constituído no do prazo legal. Extinção do crédito, nos moldes preconizados no art. 156, inciso V, do CTN. Apelação provida para desconstituir a sentença e, prosseguindo-se no julgamento, julgar-se procedente o pedido em face da haver ocorrido a decadência [AC 449.526-CE, Des. Geraldo Apoliano, julgado em 08 de abril de 2010].

Como visto, o apelado apresentou, no mês de fevereiro de 1999, Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF), débitos de IRPJ do período de julho a dezembro de 1998, juntamente com declaração de compensação do referido débito, fl. 188.

A Delegacia da Receita Federal em Fortaleza, por meio do procedimento de Representação para cobrança de IRPJ, desconsiderou a compensação formulada pelo BNB e declarou a existência de débito, que encaminhou à Procuradoria da Fazenda Nacional, para fins de imediata inscrição em Dívida Ativa da União, indevidamente, efetuada em 20 de setembro de 2004, fl. 80.

Portanto, apresentada a DCTF, e constatado a existência de débito, caberia à Receita Federal, no prazo de cinco anos (art. 150, § 4º, do CTN), proceder ao lançamento de ofício, ou à revisão do lançamento da diferença encontrada, notificando o contribuinte para fins de impugnação. Ao contrário, procedeu à imediata inscrição, e ainda mais, depois de decorrido o prazo decadencial, quando já tidos por homologados, tacitamente, os créditos compensáveis, na forma supra.

Acrescente-se que, a prevalecer a tese da Fazenda Nacional, segundo a qual seria dispensável lançamento de ofício, diante da constituição do crédito mediante a apresentação da DCTF, ainda assim, ocorreria o fenômeno da prescrição, pois constituído o crédito em fevereiro de 1999, como defendido na apelação, teria a

apelante o prazo de cinco anos para promover a execução, que só foi ajuizada em 20 de setembro de 2004, fora do prazo prescricional.

Diante de todo o exposto, nego provimento à apelação e à remessa, mantendo a extinção do crédito tributário pela decadência.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 484.977-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS  
Apelantes: LEVI RODRIGUES LIMA JÚNIOR E MANUELLA DA NÓBREGA BORGES  
Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB  
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO  
Advs./Procs.: DRS. LEVI BORGES LIMA (1º APTE.) E ANNÍBAL PEIXOTO NETO E OUTROS (2º APTE.)

***EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NOMEAÇÕES SIMULADAS. FALTA DE AMPARO LEGAL. OFENSA À LEGALIDADE, MORALIDADE, HONESTIDADE. TRANSFERENCIA DE UNIVERSIDADE ESTRANGEIRA PARA UFPB. OBTENÇÃO DE MATRÍCULA EM UNIVERSIDADE FEDERAL. DANO À UFPB. CONSTATAÇÃO DE DOLO. APELO NÃO PROVIDO.***

***- Apelações interpostas por particulares, empossados em cargo em comissão no Município de Cruz do Espírito Santo-PB, em face de sentença prolatada, integrada pela decisão, que extinguiu sem julgamento do mérito a reconvenção e julgou procedente a ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal, condenando os recorrentes, nas seguintes penas: a) ressarcimento integral do dano supor-***

**tado pela UFPB, observado o custo médio por aluno a ser apurado em fase de execução, proporcional ao tempo que esteve matriculado no curso de medicina da UFPB, corrigido monetariamente e acrescidos de juros legais, ou seja, juros de 0,5% (meio por cento) ao mês, da citação até a entrada em vigor do Código Civil de 2002; e de 1% (um por cento) ao mês a partir de então; b) multa civil, em favor da UFPB, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), sobre a qual incidirão juros de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária, ambos a partir da prolação desta sentença; c) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 3 (três) anos.**

**- O decisum vergastado entendeu que os réus casados entre si, e matriculados no curso de medicina em Honduras, aproveitando-se da condição de amizade com o também réu Prefeito do Município de Cruz do Espírito Santo/PB, e, em conluio, foram nomeados para cargos em comissão, com a finalidade de requererem a transferência do curso de medicina da Universidade Nacional Autônoma de Honduras, em Tegucigalpa, para a Universidade Federal da Paraíba-UFPB. Como o pedido foi indeferido na seara administrativa, ludibriaram a Justiça Federal calcado nos referidos documentos de posse em cargo público, o que acarretou a concessão de ordem judicial de transferência, causando lesão à Justiça Federal e à UFPB.**

**- No tocante à prescrição quinquenal intercorrente fundamentada no fato de que já decorreram mais de 10 (dez) anos sem conclusão de natureza formal que viesse a solucionar a lide, não merece acolhimento. A prescrição tratada no art. 23 da Lei 8.429/92 somente se refere à prescrição da interposição da ação de improbidade. Assim, não socorre à pretensão do recorrente, relativa à prescrição intercorrente.**

**- Competência da justiça federal para processar e julgar a presente lide, em face do não exercício pelo agente político de cargo, emprego ou função na UFPB. Na medida em que há notícia e documentos que indicam a existência de conluio, fraude a prejudicar a referida Autarquia Federal, obrigando-a a receber aluno, por meio de decisão prolatada pela justiça federal, com base em documentos calcados em ilegalidade, há incidência direta do regramento constante do art. 109, I, a, da CRFB, atraindo a competência para esta Justiça Comum.**

**- Rejeitada a ilegitimidade passiva da recorrente. A condição de vinculação do agente público ao ente lesado não restou estabelecida nos arts. 1º e 2º da Lei 8.429/92. Mencione-se que tais artigos, juntamente com o art. 3º da referida lei procuram estender a legitimidade passiva para todos aqueles que atentarem contra a probidade administrativa. Também, de se atentar que o caso dos autos refere-se a conluio de agentes para prática de ato lesivo à moralidade da atividade administrativa.**

**- Não se pode entender por regular e legal ato praticado pelo Prefeito Municipal que nomeia indivíduos, para ocupar cargos comissionados simplesmente para lhes facultar a via aberta do judiciário à sua pretensão de cursar universidade federal. Observe-se que estes nunca exerceram a função, e que possuíam horário de trabalho incompatível, não tendo, inclusive, qualificação profissional necessária. Na verdade, o ato constituiu-se em uma nomeação simulada.**

**- A posse do recorrente foi anterior à lei criadora do referido cargo; o mesmo exigia que fosse exercido por profissional da área; há nítida incompatibilidade com a carga horária do cargo com o curso de medicina; no que tange ao cargo da apelante, verifica-se que sequer foi criado.**

***A alegação de que o Decreto 480/83 previa os cargos não é verdadeira, tendo em vista que este somente disciplinava a estrutura administrativa do Executivo Municipal. De se acrescer, também, que os documentos comprovam que os cargos comissionados nunca foram exercidos pelos recorrentes.***

***- O suporte fático da lide envolve o concurso de vontades e condutas na criação e manutenção de farsa destinada à obtenção de vantagem, qual seja – o ingresso em universidade pública, subtraindo-se ao vestibular, pela posse ilegal em cargo público. Não há que se falar em boa-fé dos recorrentes.***

***- Dúvidas não há da existência de dano à UFPB, que foi obrigada a matricular os recorrentes, com base em decisão judicial subsidiada em documento ilegal, emanado por autoridade pública em desobediência a princípios morais, que, em conluio com os recorrentes, forjaram nomeação em cargo público para obtenção de transferência de instituição de ensino no exterior para universidade federal. As matrículas e o encargo mensal de manutenção dos estudantes na Universidade, gozando de todos os benefícios concedidos, geraram ônus financeiro e gasto público, sendo devido, portanto o ressarcimento.***

***- Apelações não providas.***

## **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 às apelações dos particulares, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 3 de agosto de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS  
- Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de Apelações interpostas por LEVI RODRIGUES LIMA JÚNIOR E MANUELLA DA NÓBREGA BORGES, em face de sentença prolatada pela Juíza da 3ª Vara Federal Substituta-AL, Dra. Cristiane Mendonça Lage, integrada pela decisão de fls. 448/452, que extinguiu sem julgamento do mérito a reconvenção e julgou procedente a ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal, condenando os réus, nas seguintes penas:

Réu LUCIANO CARNEIRO DA CUNHA :

(1º) multa civil, em favor da UFPB, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), sobre a qual a incidirão juros de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária, ambos a partir da prolação desta sentença;

(2º) suspensão dos direitos políticos, pelo prazo de 3 (três) anos.

Réu LEVI BORGES LIMA JÚNIOR:

(1º) ressarcimento integral do dano suportado pela UFPB, observado o custo médio por aluno a ser apurado em fase de execução, proporcional ao tempo que esteve matriculado no curso de medicina da UFPB. Tal valor deverá ser corrigido monetariamente e acrescidos de juros legais, ou seja, juros de 0,5% (meio por cento) ao mês, da citação até a entrada em vigor do Código Civil de 2002; e de 1% (um por cento) ao mês a partir de então;

(2º) multa civil, em favor da UFPB, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), sobre a qual a incidirão juros de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária, ambos a partir da prolação desta sentença;

(3º) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 3 (três) anos.

Ré MANUELLA DA NÓBREGA BORGES:

(1º) ressarcimento integral do dano suportado pela UFPB, observado o custo médio por aluno a ser apurado em fase de execu-

ção, proporcional ao tempo que esteve matriculada no curso de medicina da UFPB. Tal valor deverá ser corrigido monetariamente e acrescidos de juros legais, ou seja, juros de 0,5% (meio por cento) ao mês, da citação até a entrada em vigor do Código Civil de 2002; e de 1% (um por cento) ao mês a partir de então;

(2º) multa civil, em favor da UFPB, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), sobre a qual a incidirão juros de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária, ambos a partir da prolação desta sentença;

(3º) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 3 (três) anos.

Com relação ao réu LUCIANO CARNEIRO DA CUNHA, esclareceu a sentença que o mesmo foi revel, determinou a intimação pessoal, em face da gravidade das sanções impostas e por não possuir defensor constituído nos autos.

Foram realizadas algumas tentativas de intimação, todas frustradas tendo em vista que o referido réu não reside no endereço indicado no mandado.

Em seguida, foi prolatado novo despacho a juíza singular considerou que não era razoável atrasar curso do feito para tentar localizar o referido réu, destacando a inexistência de regra processual que determinasse a intimação pessoal dos réus revéis em ações de cunho civil acerca de sentenças condenatórias. Assim, tornou sem efeito a determinação de intimação pessoal do aludido réu.

No caso, de se esclarecer que a condenação em questão se deu no bojo de ação civil pública de improbidade administrativa, ajuizada pelo Ministério Público Federal, por força do procedimento nº 08114.000038/99-57, instaurado para apurar as aparentes fraudes relativas às transferências de alunos de Universidades do exterior para a Universidade Federal da Paraíba - UFPB, em face da realidade à época de construção jurisprudencial que estendia aos servidores nomeados para cargos em comissão – não somente os federais, mas também os estaduais e municipais – o direito de matrícula estabelecido no art. 99 da Lei 8.112/90, fundamentando-se no direito à educação e o princípio constitucional da isonomia.

Na peça p<sup>ó</sup>rtico narrou o MPF que os réus LEVI BORGES LIMA JÚNIOR E MANUELLA DA NOBREGA BORGES, casados entre si, se matricularam em curso de medicina em Honduras. Por sua vez, o réu LUCIANO CARNEIRO DA CUNHA, na qualidade de Prefeito do Município de Cruz do Espírito Santo /PB, em 02.01.1997, nomeou o réu LEVI BORGES LIMA JÚNIOR para o cargo em comissão de “Chefe da Divisão e Fiscalização Sanitária” e a ré MANUELLA DA NÓBREGA BORGES para o cargo em comissão de “Chefe da Divisão de Saúde”, ambos na Secretaria Municipal de Saúde. Após a nomeação, os réus LEVI e MANUELLA imediatamente requereram a transferência do curso de medicina da Universidade Nacional Autônoma de Honduras, em Tegucigalpa, para a Universidade Federal da Paraíba - UFPB, tendo o pleito sido indeferido na seara administrativa.

Assim, aduziu o MPF que, em 24.02.1997, os réus LEVI e MANUELLA impetraram mandado de segurança nº 97.3513-1, perante esta Seção Judiciária, instruindo a ação com documentos ideologicamente falsos, o que acarretaram na concessão de ordem judicial de transferência. Porém, o cargo público não existia na época da nomeação de LEVI, vez que foi criado pela Lei Municipal nº 480/97, no dia 04.07.1997, portanto depois da nomeação. Ademais, a lei municipal exigia que o ocupante do cargo fosse profissional da área de saúde, ao passo que o réu era apenas estudante de medicina em fase inicial do curso. Por sua vez, o cargo para o qual foi nomeada a ré MANUELLA DA NÓBREGA BORGES jamais existiu no município, não tendo sido criado por lei, não passando de simulação. Assim, as nomeações serviram apenas para ingresso na universidade.

O MPF defendeu, então, que a Justiça Federal, de primeira e segunda instâncias, foi lesada, já que foi usada para endossar transferência baseada em documentos ideologicamente falsos, mas com roupagem de legalidade, fato que não se concretizou graças à decisão proferida pelo STJ, que cassou a segurança concedida. Houve prejuízos à UFPB, que foi obrigada a receber aluno não selecionado, mesmo diante da inexistência de vaga, tendo ocorrido violação da moralidade administrativa e da legalidade. Em seguida, requereu a condenação por improbidade administrativa.

Nas suas razões de Apelação, LEVI BORGES LIMA JÚNIOR, inicialmente requereu os benefícios da justiça gratuita. Preliminarmente, suscitou a prescrição quinquenal intercorrente, tendo em vista que já decorreram mais de 10 (dez) anos sem conclusão de natureza formal que viesse a solucionar a lide. Aduz que lhe foi aplicada sanção pecuniária, correspondente a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Suscita o teor do art. 1º do Decreto 20.910/32 e art. 205 do CCB, relativos a prescrição. Segue argumentando neste sentido.

No mérito, aduz que foi nomeado regularmente e legalmente por ato de Chefia do Poder Executivo do Município para o cargo comissionado de Chefe de Fiscalização Sanitária do Município de Cruz do Espírito Santo-PB. Sustenta que tal ato foi de livre escolha e da inteira confiança de quem o praticou não interessando perquirir de qual forma era desenvolvido o trabalho e quem foi nomeado.

Defende que não se tem com exatidão os documentos falsos como revelados na sentença, possuindo, ao contrário, duas provas produzidas pela justiça federal de 1º e 3º grau determinando a matrícula dos autores da ação intentada no curso de medicina.

Relata que a Lei 8.429-92 em seu art. 10 trata de lesão ao erário, mas a sentença condenou o Apelante ao ressarcimento do dano suportado pela UFPB, deixando de revelar o valor exato do prejuízo que teria praticado. Assim, sustenta que o ato de improbidade previsto no mencionado artigo exige para sua configuração o efetivo prejuízo. Assim, não está configurado o ilícito de improbidade administrativa.

Em seguida, relata que agiu de boa-fé ao ser nomeado através de ato de autoridade que tinha legitimidade – Prefeito Municipal –, exercendo o cargo comissionado de livre nomeação, não lhe sendo imposto expediente fixo, tampouco horário para trabalho. Afirma que da mesma forma buscou acesso à Educação, matriculando-se pela via judicial sem oferecer prejuízo a nenhum setor público. Ao fim, requereu acolhimento da prescrição e, não sendo esta reconhecida, pugnou, no mérito, pela reforma da sentença decretando a desfiguração da improbidade administrativa por faltarem requisitos indispensáveis à sua classificação.

Por sua vez, nas suas razões de apelação, MANUELLA DA NÓBREGA BORGES preliminarmente suscitou a ilegitimidade passiva *ad causam*, aduzindo que não exercia ou desempenhava qualquer função estatal na UFPB, sendo apenas estudante universitária. Relata que a sua condição era de servidora pública municipal, exercendo cargo comissionado na Prefeitura de Cruz do Espírito Santo, não tendo na qualidade de estudante prestado qualquer serviço com ou sem vínculo e remuneração com a UFPB.

Sustenta que o Prefeito Municipal não é agente público federal ou servidor federal, conseqüentemente, não praticou nenhum ato administrativo ímprobo contra a UFPB, ao designar a recorrente para exercício de cargo comissionado de Chefe da Divisão de Saúde. Assim, o fato de ter a apelante requerido pedido de transferência e matrícula junto à UFPB, não tem o condão de tornar o prefeito que assinou o ato sujeito de ação de improbidade, que tem como sujeito passivo autarquia federal, não tendo, conseqüentemente, a recorrente na qualidade de estudante como figurar no polo ativo como coautora ou partícipe na conduta ilícita.

Defende que a apresentação do ato de nomeação da recorrente para exercer cargo comissionado na Prefeitura do Município em questão, não pode ser considerado um ato administrativo praticado contra a UFPB.

Relata que o entendimento do *decisum* vergastado relativo à inexistência do cargo para o qual foi nomeada a recorrente não existe em razão de não ter sido criado por lei resta superado pela cópia do Decreto Municipal nº 480, de 25.07.1983.

Em seguida, defende a incompetência da Justiça Federal, tendo em vista que no momento da prática do ato administrativo o agente político não exercia, ainda que transitoriamente cargo, emprego ou função na UFPB. Assim, se houve conduta de improbidade por parte do Prefeito, esta foi praticada contra a administração Municipal e a competência para promover a ação de improbidade pelo ato administrativo de nomeação da promovida seria o Ministério Público Estadual e a competência jurisdicional seria do Judiciário Estadual.

Defende, em seguida, a ausência de prova do dano causado pela apelante ao erário federal. Aduz que a sentença condenou a

recorrente a reparar o dano com base em prova emprestada, que relatava o custo médio por aluno na UFPB e que tal prova tem que ser submetida a princípios constitucionais e, não sendo a apelante parte na Ação nº 99.3532-1, a decisão deve ser reformada.

Aduz que a sanção de ressarcimento não é compatível com as penalidades previstas no art. 11 da Lei 8.429/92, bem como não se repõe dano hipotético ou presumido. Argumenta no sentido da inexistência de provas do ato de improbidade.

Ao final, requereu o acolhimento das preliminares suscitadas, declarando-se a ilegitimidade da apelante e a incompetência da Justiça Federal. No mérito, requereu a improcedência da ação de improbidade, ou a reforma da sentença excluindo o ressarcimento integral do dano suportado pela UFPB, reduzindo o valor da multa aplicada.

Foram apresentadas contrarrazões pelo Ministério Público Federal e pela UFPB.

O Ministério Público Federal atuante nesta Corte, ofertou parecer opinando pela manutenção da sentença em todos os seus termos.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

A hipótese é de apelações interpostas por LEVI RODRIGUES LIMA JÚNIOR E MANUELLA DA NÓBREGA BORGES, em face de sentença prolatada pela Juíza da 3ª Vara Federal Substituta-AL, Dra. Cristiane Mendonça Lage, integrada pela decisão de fls. 448/452, que extinguiu sem julgamento do mérito a reconvenção e julgou procedente a ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal, condenando os réus, ora recorrentes, nas seguintes penas:

Réu LEVI BORGES LIMA JÚNIOR:

(1º) ressarcimento integral do dano suportado pela UFPB, observado o custo médio por aluno a ser apurado em fase de execução, proporcional ao tempo que esteve matriculado no curso de

medicina da UFPB. Tal valor deverá ser corrigido monetariamente e acrescidos de juros legais, ou seja, juros de 0,5% (meio por cento) ao mês, da citação até a entrada em vigor do Código Civil de 2002; e de 1% (um por cento) ao mês a partir de então;

(2º) multa civil, em favor da UFPB, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), sobre a qual a incidirão juros de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária, ambos a partir da prolação desta sentença;

(3º) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 3 (três) anos.

**Ré MANUELLA DA NÓBREGA BORGES:**

(1º) ressarcimento integral do dano suportado pela UFPB, observado o custo médio por aluno a ser apurado em fase de execução, proporcional ao tempo que esteve matriculada no curso de medicina da UFPB. Tal valor deverá ser corrigido monetariamente e acrescidos de juros legais, ou seja, juros de 0,5% (meio por cento) ao mês, da citação até a entrada em vigor do Código Civil de 2002; e de 1% (um por cento) ao mês a partir de então;

(2º) multa civil, em favor da UFPB, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), sobre a qual a incidirão juros de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária, ambos a partir da prolação desta sentença;

(3º) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 3 (três) anos.

No caso, de se esclarecer que a condenação em questão se deu no bojo de ação civil pública de improbidade administrativa, ajuizada pelo Ministério Público Federal, por força do Procedimento nº 08114.000038/99-57, instaurado para apurar as aparentes fraudes relativas às transferências de alunos de Universidades do exterior para a Universidade Federal da Paraíba-UFPB, em face da realidade à época de construção jurisprudencial que estendia aos servidores nomeados para cargos em comissão – não somente os federais, mas também os estaduais e municipais – o direito de matrícula estabelecido no art. 99 da Lei 8.112/90, fundamentando-se no direito à educação e o princípio constitucional da isonomia.

O *decisum* vergastado entendeu que os réus LEVI BORGES LIMA JÚNIOR E MANUELLA DA NOBREGA BORGES, casados entre si, e matriculados no curso de medicina em Honduras, apro-

veitando-se da condição de amizade com o também réu LUCIANO CARNEIRO DA CUNHA, Prefeito do Município de Cruz do Espírito Santo /PB, e em conluio foram nomeados para cargos em comissão, com a finalidade de requererem a transferência do curso de medicina da Universidade Nacional Autônoma de Honduras, em Tegucigalpa, para a Universidade Federal da Paraíba - UFPB. Como o pedido foi indeferido na seara administrativa, ludibriaram a Justiça Federal calcado nos referidos documentos de posse em cargo público, o que acarretou a concessão de ordem judicial de transferência, causando lesão à Justiça Federal e à UFPB.

Os réus LEVI BORGES LIMA JÚNIOR E MANUELLA DA NOBREGA BORGES, recorreram do *decisum*.

Inicialmente, defiro os benefícios da justiça gratuita ao réu, LEVI BORGES LIMA JÚNIOR.

Passo à apreciação da prejudicial e das preliminares.

No tocante à prescrição quinquenal intercorrente, alegada por LEVI BORGES, fundamentado no fato de que já decorreram mais de 10 (dez) anos sem conclusão de forma que viesse a solucionar a lide, entendo que não merece acolhimento. A decretação da prescrição no âmbito cível só ocorre nos casos de execução do julgado, face à inércia do credor de proceder atos à satisfação do seu crédito, objeto da obrigação transitada em julgado. Por sua vez, a prescrição tratada no art. 23 da Lei 8.429/92 somente se refere à prescrição da interposição da ação de improbidade. Assim, não socorre à pretensão do recorrente, relativa à prescrição intercorrente.

Não há que se falar, por sua vez, em incompetência da justiça federal para processar e julgar a presente lide, em face do não exercício pelo agente político de cargo, emprego ou função na UFPB. Na medida em que há notícia e documentos que indicam a existência de conluio, fraude a prejudicar a referida Autarquia Federal, obrigando-a a receber aluno, por meio de decisão prolatada pela justiça federal, com base em documentos calcados em ilegalidade, há incidência direta do regramento constante do art. 109, I, a, da CRFB, atraindo a competência para esta Justiça Comum.

Da mesma forma, não reconheço a ilegitimidade passiva da Recorrente MANUELLA DA NOBREGA BORGES, suscitada sob argumento de que não exercia ou desempenhava qualquer função estatal na UFPB, sendo apenas estudante universitária e servidora pública municipal, exercendo cargo comissionado na Prefeitura de Cruz do Espírito Santo. A condição de vinculação do agente público ao ente lesado não restou estabelecida nos arts. 1º e 2º da Lei 8.429/92. Mencione-se que tais artigos, juntamente com o art. 3º da referida lei procuram estender a legitimidade passiva para todos aqueles que atentarem contra a probidade administrativa. Também, de se atentar que, o caso dos autos, refere-se à conclusão de agentes para prática de ato lesivo à moral administrativa.

No mérito, observa-se que as apelações dos recorrentes não inovam na matéria fática e jurídica analisada na lide. Dessa forma, compulsando os autos, verifico que a sentença submetida a esta Corte por força dos recursos, deve ser mantida. Ao analisar a questão posta à apreciação judicial, o douto *decisum* recorrido decidiu a espécie dos autos, dentre outros, com os seguintes fundamentos (excertos):

Obviamente, o simples fato de os réus LEVI BORGES LIMA JÚNIOR e MANUELLA DA NÓBREGA BORGES terem obtido transferência de universidade estrangeira para a UFPB – apesar de não mais admitido pela jurisprudência mais recente – não configura ato de improbidade, já que estavam albergados por decisão judicial.

Todavia, os réus, em conluio, forjaram a nomeação/aceitação para o exercício de cargo público comissionado, unicamente para lograr obter a transferência do curso de medicina.

As provas existentes nos autos são contundentes neste sentido.

Constam dos autos a publicação, no Diário Oficial de 13 de fevereiro de 1997, da nomeação dos impetrantes para o exercício dos cargos de chefe de divisão da fiscalização sanitária (LEVI) e chefe da Divisão de Saúde (MANUELLA) – fl. 28

Ocorre que o cargo ocupado por LEVI BORGES LIMA JÚNIOR somente foi criado pela Lei Municipal nº 480/1997, datada de 21 de julho de 1997, daí porque não restam dúvidas de que o cargo inexistia nas datas da nomeação e

da impetração do mandado de segurança. Ou seja, a cronologia está invertida: primeiro houve nomeação e depois a criação do cargo.

Ademais, de acordo com a lei criadora do cargo de diretor de vigilância sanitária, o cargo deveria ser exercido por profissional da área de saúde, não podendo se aceitar que estudante universitário seja considerado profissional, donde se conclui que o réu LEVI BORGES LIMA JÚNIOR não preenchia sequer o requisito legal básico para preencher o cargo.

Quanto ao cargo para o qual MANUELLA DA NÓBREGA BORGES foi nomeada, sequer houve edição de lei criadora.

Como os cargos em comissão não passavam de mero simulacro, nunca tendo existido de fato, como não poderia ser diferente, os réus LEVI BORGES LIMA JÚNIOR e MANUELLA DA NÓBREGA BORGES jamais exerceram as atribuições inerentes aos cargos para os quais foram nomeados. O Município de Cruz do Espírito Santo, agora sob a gestão do prefeito Rafael Fernandes de Carvalho Júnior, informou que (grifei), fls. 375 e 383:

(...) não constam dos arquivos do Departamento de Pessoal da Prefeitura do Município de Cruz do Espírito Santo quaisquer documentos que comprovem que LEVI BORGES LIMA JÚNIOR e MANUELLA DA NÓBREGA BORGES exerceram os cargos comissionados, respectivamente de Chefe da Divisão de Fiscalização Sanitária e Chefe da Divisão de Saúde (...).

(...) não constam dos arquivos do Departamento de Pessoal da Prefeitura do Município de Cruz do Espírito Santo quaisquer documentos que informem o período em que foi extinto o vínculo funcional dos réus LEVI BORGES LIMA JÚNIOR e MANUELLA DA NÓBREGA BORGES com o Município de Cruz do Espírito Santo (...).

O Decreto Municipal (nº 480/83), que aprova o regulamento interno da Prefeitura do Município de Cruz do Espírito Santo e prevê a existência das Divisões de Saúde e de Fiscalização Sanitária não socorre os réus, fls. 86/98. Tal Decreto apenas estabelece a estrutura administrativa do Poder Executivo Municipal, nada dizendo a respeito da criação de cargos.

Para criação de cargos da Administração Direta Municipal, exige-se lei, em sentido formal, de iniciativa do Prefeito, simetricamente à previsão do art. 61, §1º, inc. II, a da CF/88.

Quanto ao réu LUCIANO CARNEIRO DA CUNHA, embora seja revel, não é sequer necessário aplicar o efeito material da revelia, qual seja, presunção da veracidade dos fatos alegados na inicial, para se alcançar a procedência da demanda.

Ora, tratando-se de nomeação de cargo de confiança, presume-se que, no mínimo, o réu LUCIANO CARNEIRO DA CUNHA mantivesse bom relacionamento com os réus LEVI BORGES LIMA JÚNIOR e MANUELLA DA NÓBREGA BORGES, pois tais nomeações são sempre realizadas de comum acordo entre a autoridade nomeante e o nomeado. Há, inclusive, prova testemunhal que dá conta da relação de, no mínimo, coleguismo, entre os réus LUCIANO CARNEIRO DA CUNHA e LEVI BORGES LIMA JÚNIOR, os quais era, vistos frequentando restaurantes juntos:

Testemunho de Gustavo Lima Neto, fl. 328:

(...) que embora não saiba se Luciano e Levi Júnior eram amigos, o depoente pode afirmar que já os viu juntos diversas vezes em restaurantes desta capital (...).

Daí seria impossível que LUCIANO CARNEIRO DA CUNHA não soubesse que LEVI BORGES LIMA JÚNIOR e MANUELLA DA NÓBREGA BORGES haviam se mudado para Honduras para cursar medicina; assim como impossível que o réu LUCIANO acreditasse que LEVI e MANUELLA sacrificariam o estudo de medicina na UFPB – cuja carga horária, como notório, se estende por todo o dia – para trabalhar por seis horas diárias no serviço público municipal – essa era a carga horária legal, conforme fl. 25. Portanto, houve desvio de finalidade na nomeação dos réus LEVI BORGES LIMA JÚNIOR e MANUELLA DA NÓBREGA BORGES pelo réu LUCIANO CARNEIRO DA CUNHA, ferindo-se o princípio constitucional da legalidade administrativa (art. 37 da CF/88), conforme esclarece Celso Antônio Bandeira de Melo:

Assim, o princípio da finalidade impõe que o administrador, ao manejar as competências postas a seu encargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual.

Isto é, cumpre-lhe cingir-se não apenas à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade específica abrangida na lei a que esteja dando execução (...). É que a lei, ao habilitar uma dada conduta, o faz em vista de um certo escopo. Não lhe é indiferente que se use, para perseguir dado objetivo, uma ou outra competência, que se estribe em uma ou outra competência conferida pela lei, pois, na imagem feliz do precitado Caio Tácito: 'A regra de competência não é um cheque em branco.'

(...)

Pelo quanto se disse, já se nota que a raiz constitucional do princípio da finalidade encontra-se na própria consagração do princípio da legalidade, estampado no art. 37 da Lei Magna". (Curso de Direito Administrativo, Malheiros: São Paulo, 2004).

Cabe destacar que está presente a comunicação falsa ao Juízo, mencionada pelo MPF na inicial. Pois os três réus forjaram a nomeação aos cargos públicos com intuito exclusivo de obter chancela judicial para a transferência de universidade, nunca tendo exercido, de fato, o cargo público. Portanto, falsas foram as afirmações em juízo de que os réus LEVI BORGES LIMA JÚNIOR e MANUELLA DA NÓBREGA BORGES eram servidores públicos.

Embora os réus LEVI BORGES LIMA JÚNIOR e MANUELLA DA NÓBREGA BORGES jamais tenham exercido os cargos públicos que deram ensejo à transferência, concorreram e se beneficiaram com a nomeação simulada, daí porque estão sujeitos às penalidades previstas na Lei de Improbidade, conforme regra de extensão do art. 3º. Também quanto ao réu LUCIANO CARNEIRO DA CUNHA, na qualidade de agente público (Prefeito na época dos fatos), não paira dúvida de estar ele sob o âmbito de incidência da Lei nº 8.429/92, conforme art. 2º, retrotranscrito.

Dessa feita, resta apreciar se os fatos praticados pelos réus se enquadram em algum dos mandamentos dos art. 9º (atos que importam enriquecimento ilícito), 10 (atos que causam prejuízo ao erário), e 11 (atos que atentam contra os princípios da Administração Pública) da Lei nº 8.429/92, Ressalte-se que aqueles dispositivos legais possuem natureza meramente exemplificativa, e que, na hipótese de enquadramento de uma determinada conduta em mais

de um desses tipos, prevalece o princípio da especialidade auxiliado, subsidiariamente, pelo princípio da subsunção segundo o qual a conduta e a sanção mais severas absorvem as de menor gravidade.

É indubitável que houve gasto público durante o período em que os réus LEVI BORGES LIMA JÚNIOR e MANUELLA DA NÓBREGA BORGES mantiveram-se matriculados, haja vista que cada aluno de universidade pública federal gera despesas a serem suportadas pela instituição de ensino.

Apenas a título ilustrativo, segundo informações da UFPB prestadas na Ação nº 99.3532-1 (cujo objeto é praticamente idêntico, mas envolvendo outros réus) o custo médio por aluno no ano de 1998 foi estimado em R\$ 8.817,15 (oito mil, oitocentos e dezessete reais e quinze centavos). Nos presentes autos, a UFPB prestou tal informação, daí porque tal montante será apurado por ocasião da execução de sentença.

Embora tenha havido gasto público, o dolo direto dos réus não era o de causar dano ao erário, mas sim o de ter acesso indevidamente ao ensino público superior, mediante ofensa aos princípios da legalidade (desvio de poder, conforme já explicitado) e da lealdade, já que o Poder Judiciário foi induzido em erro.

Portanto, correta a capitulação da conduta dos réus, mencionadas na inicial, no art. 11, inc. I, da Lei nº 8.429/92, devendo ser aplicadas as sanções previstas no art. 12, inc. III, da mesma Lei.

Neste sentido, a lição doutrinária de José dos Santos Carvalho Filho, segundo o qual “Verificando-se que o ato, além de violar os princípios, a um só tempo, importou em enriquecimento ilícito do agente e causou dano ao erário, a operação de subsunção haverá de ser complementada com o fim buscado pelo agente” (Improbidade Administrativa, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, p. 233).

Registre-se que, embora o dano patrimonial da UFPB não seja de grande expressividade, o art. 21, I, da Lei nº 8.429/92, é claro ao prescrever que “A aplicação das sanções previstas nesta Lei independe da ocorrência de dano ao patrimônio Público”. De todo modo, a jurisprudência do Egrégio STJ é firme ao ditar a inaplicabilidade do princípio da insignificância com relação a normas que visem à proteção da moralidade administrativa.

É preciso que se diga que, na fixação da pena, em matéria de improbidade administrativa, o juiz deve orientar-se pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez que as sanções previstas no dispositivo retromencionado devem guardar correlação entre a natureza da conduta e o autor do fato, adotando-se, como parâmetros da dosimetria, a extensão do dano causado, o proveito patrimonial obtido pelo agente, a intensidade de seu dolo e as circunstâncias do fato. Em razão disso, conclui-se que aquelas medidas necessariamente não se impõem, necessariamente, de forma cumulativa. Nesse sentido, decidiu o Egrégio STJ:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. SÚMULA Nº 13/STJ. ADMINISTRATIVO. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR NA APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. (...)

3. As sanções do art. 12 da Lei nº 8.429/92, não são necessariamente cumulativas, cabendo ao magistrado a sua dosimetria; aliás, como resta claro do parágrafo único do mesmo dispositivo.

4. No campo sancionatório, a interpretação deve conduzir à dosimetria relacionada à exemplariedade e à correlação da sanção, critérios que compõem a razoabilidade da punição, sempre prestigiada pela jurisprudência do egrégio STJ. (Precedentes: REsp 291.747, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* de 18/03/2002 e REsp 213.994/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, *DJ* de 27.09.1999)

5. Revela-se necessária a observância da lesividade e reprovabilidade da conduta do agente, do elemento volitivo da conduta e da consecução do interesse público, para efetivar a dosimetria da sanção por ato de improbidade, adequando-a à finalidade da norma.

(...).

(STJ -Recurso Especial nº 664856/PR - 1ª Turma - Rel. Min. Luiz Fux - Public. *DJ* 02/05/2006, p. 253).

Considero a conduta dos réus MANUELLA DA NÓBREGA BORGES e LEVI BORGES LIMA JÚNIOR mais grave que a do réu LUCIANO CARNEIRO DA CUNHA, já que não houve participação direta, deste último, na falsa informa-

ção prestada ao Juízo Federal, quando da impetração do mandado de segurança.

Há de se atentar, ainda, que, devido ao valor relativamente pequeno do dano causado ao erário, a multa civil prevista no inc. III do art. 12 da Lei de Improbidade (de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente) não pode ultrapassar o valor previsto no inc. II do mesmo dispositivo (multa de até duas vezes o valor do dano). Isso porque, já que o inc. III prevê penas mais leves, não se pode admitir, por questão de coerência, que a multa supere a do inc. II, que prevê penas mais graves.

(...)

Para os réus LEVI BORGES LIMA JÚNIOR e MANUELLA DA NÓBREGA BORGES, das reprimendas previstas para o ato de improbidade administrativa, à vista da gravidade do fato, entendo pertinentes: (1º) ressarcimento integral do dano suportado pela UFPB, observado o custo médio por aluno a ser apurado em fase de execução, proporcional ao tempo que cada um manteve-se matriculado no curso de medicina da UFPB; (2º) a multa civil, em favor da UFPB, que fixo em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais); e (3º) a suspensão dos direitos políticos por três anos.

Do mesmo modo, deixo de aplicar a pena de perda de cargo público, uma vez que jamais foram exercidos; assim como deixo de aplicar a pena de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, haja vista que os fatos ímprobos não se correlacionam com contratos ou percepção de benefícios fiscais.

Dessa forma, a sentença prolatada com base no arcabouço probatório dos autos espanca qualquer dúvida a respeito da conduta ímproba dos agentes envolvidos em forjar cargo público, para fins de ludibriação da justiça, visando à obtenção de respaldo judicial à pretensão de matrícula e estudo em Universidade Pública.

Assim, não se pode entender por regular e legal ato praticado pelo Prefeito Municipal que nomeia indivíduos, para ocupar cargos comissionados simplesmente para lhe facultar a via aberta do judiciário à sua pretensão de cursar universidade federal. Observe-se que estes nunca exerceram a função, e que possuíam horário de trabalho incompatível, não tendo, inclusive, qualificação profis-

sional necessária. Na verdade, o ato tratou-se de nomeação simulada.

Chega-se a esta conclusão fundamentado nos fatos acima relatados, juntamente com a circunstância de que a posse do recorrente LEVI foi anterior à lei criadora do referido cargo; o mesmo exigia que fosse exercido por profissional da área; há nítida incompatibilidade com a carga horária do cargo com o curso de medicina; no que tange ao cargo de MANUELLA, verifica-se que este sequer foi criado. A alegação de que o Decreto 480/83 previa os cargos não é verdadeira, tendo em vista que este somente disciplinava a estrutura administrativa do Executivo Municipal. De se acrescentar, também, que os documentos comprovam que os cargos comissionados nunca foram exercidos pelos recorrentes.

Os apelantes defendem que não se tem com exatidão os documentos falsos. De fato. Os documentos que serviram de base à ação judicial são verdadeiros, contudo, eivados de ilegalidade, e de conteúdo ímprobo, ofendendo princípios da moralidade e honestidade públicas e a própria Constituição.

O suporte fático da lide envolve o concurso de vontades e condutas na criação e manutenção de farsa destinada à obtenção de vantagem, qual seja – o ingresso em universidade pública, subtraindo-se ao vestibular, pela posse ilegal em cargo público. Dessa forma, não há que se falar em boa-fé dos recorrentes.

No que tange à existência do dano, do prejuízo e da impugnação relativa à prova emprestada, tais insurgências não merecem prevalecer.

Dúvidas não há da existência de dano à UFPB, que foi obrigada a matricular os recorrentes, com base em decisão judicial subsidiada em documento ilegal, emanado por autoridade pública em desobediência a princípios morais, que, em conluio com os recorrentes, forjaram nomeação em cargo público para obtenção de transferência de instituição de ensino no exterior para universidade federal. As matrículas e o encargo mensal de manutenção dos estudantes na Universidade, gozando de todos os benefícios concedidos, geraram ônus financeiro e gasto público, sendo devido, portanto o ressarcimento.

O fato de não se poder precisar, por hora, o custo médio por aluno não impossibilita o reconhecimento do dano e a necessidade de seu ressarcimento, vez que como ressaltou a magistrada singular, o *quantum* exato será apurado na execução da sentença.

Não há que se falar, por sua vez, de prova emprestada. Apenas foi mencionado no *decisum* recorrido o valor do custo médio por aluno em universidade federal (com base em valor apurado em outra ação), a título ilustrativo, para que ficasse consignado que a existência real de valor a ser ressarcido pelo custo de manutenção do recorrente na universidade.

Entendendo que todas as questões trazidas por força do recurso apelatório foram refutadas, nego provimento aos recursos interpostos.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 489.745-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO

Apelantes: SOS DIREITOS HUMANOS - ASSOCIAÇÃO DE DEFESA E PROTEÇÃO DOS DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DO CIDADÃO E OUTROS

Apelados: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL-CEF, BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S/A – BNB E BANCO DO BRASIL S/A

Advs./Procs.: DRS. OTONIELAJALA DOURADO (APTES.), FRANCISCO IVO FERRO NETO E OUTROS (1º APDO.), EXPEDITO MELO CARLOS (2º APDO.) E MARIA SOCORRO DE OLIVEIRA E SILVA (3º APDO.)

***EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APELAÇÃO INTERPOSTA PELA ASSOCIAÇÃO AUTORA, REQUERENDO A NULIDADE DO PROCESSO, FUNDADA NA AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, E SUSTENTANDO QUE POSSUI***

**LEGITIMIDADE PARA PROPOR A PRESENTE AÇÃO.**

*- Conforme bem delineado no parecer exarado pelo representante do Ministério Público Federal, fls. 344-346v, a ausência de manifestação do Parquet nos feitos em que deve atuar como custos legis gera nulidade relativa, a qual é sanável pela intervenção do órgão ministerial em segunda instância.*

*- Ademais, a ausência de intimação do Ministério Público Federal, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado prima facie; ao revés, exige a comprovação de efetivo prejuízo para as partes ou para a apuração da verdade substancial da questio iuris, à luz do princípio pas de nullités sans grief.*

*- O artigo 5º, inciso V, da Lei 7.347/85, com a redação dada pela Lei 11.448/07, estabelece que a legitimidade das associações para fazer a defesa dos interesses e direitos das pessoas por elas representadas, deve preencher os requisitos de pré-constituição e da pertinência temática.*

*- Inexiste pertinência temática que legitime a propositura da presente ação pela associação. Na época em que proposta a demanda, a razão social da apelante era Associação Cearense de Defesa da Saúde dos Fumantes e ex-fumantes, tendo por fim institucional defender os interesses dos consumidores, ex-fumantes, contribuintes, familiares de consumidores falecidos e associados, fl. 16, demonstrando, em seu estatuto, estar voltada para a proteção de seus associados nas questões relativas aos efeitos do tabaco, o que não guarda nenhuma relação com os expurgos da poupança requeridos na presente ação.*

*- A mudança de estatuto, realizada após contestação nos autos apontando a ilegitimidade da demandante, fls. 91-93, caracterizou mera tenta-*

***tiva de preencher o requisito de pertinência temática inexistente. É notório que assim tenha sido, mormente quando a instituição, que militava há mais de dez anos nas questões relativas ao tabaco, ampliou seu estatuto para defender toda pessoa que necessite de defesa de seus direitos constitucionais fundamentais e, ao mesmo tempo, fez constar, de forma detalhada no estatuto, que também lhe cumpria defender o direito do cidadão relativo ao expurgo dos planos econômicos que não foram concedidos para quem possuía Conta Poupança em instituições financeiras nos Planos: Bresser, Verão e Collor, nos anos 1989, 1990, 1991, fl. 292.***  
***- Precedentes jurisprudenciais. Apelação improvida.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a egrégia Terceira 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.

Recife, 26 de agosto de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO  
- Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Ação Civil Pública proposta pela ACEDESFE - Associação Cearense de Defesa da Saúde dos Fumantes e Ex-fumantes, em face da Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil e Banco do Nordeste do Brasil, buscando a condenação dos réus para que sejam aplicados os índices de 26,06% (junho de 1987) e 44,72% (janeiro de 1989), relativos aos planos econômicos Bresser e Verão, nas contas de poupança dos consumidores por ela representados.

Sentença prolatada pelo juízo *a quo*, fls. 267-275, acolhendo a preliminar de ilegitimidade ativa e extinguindo o processo sem julgamento do mérito.

Apelação interposta pela associação-autora, requerendo a nulidade do processo, fundada na ausência de realização de audiência pelo Ministério Público Federal, e sustentando que possui legitimidade para propor a presente ação, conforme previsto em seu estatuto social, além de manifesto interesse social em face da dimensão do dano e da relevância jurídica do bem a ser protegido, *in casu*, contratos de caderneta de poupança e a defesa dos interesses individuais e homogêneos do consumidor.

Foram apresentadas contrarrazões pela Caixa Econômica Federal, fls. 300-305, pelo Banco do Brasil, fls. 307-315, e pelo Banco do Nordeste, fls. 317-326.

Petição da associação-autora, fl. 335, requerendo a retificação na autuação, tendo em vista a mudança de seu estatuto social, que determinou ampliação de suas finalidades e alterou sua denominação para S.O.S. – Direitos Humanos.

Ofertado parecer pelo representante do Ministério Público Federal, fls. 344-346v, opinando pelo improvimento da apelação.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

Apelação interposta pela associação-autora, requerendo a nulidade do processo, fundada na ausência de realização de audiência pelo Ministério Público Federal, e sustentando que possui legitimidade para propor a presente ação, conforme previsto em seu estatuto social, além de manifesto interesse social em face da dimensão do dano e da relevância jurídica do bem a ser protegido, *in casu*, contratos de caderneta de poupança e a defesa dos interesses individuais e homogêneos do consumidor.

Inicialmente analiso a alegação de nulidade da sentença fundada na ausência de manifestação do Ministério Público Federal.

Conforme bem delineado no opinativo ofertado pelo representante do Ministério Público Federal, fls. 344-346v, a ausência de manifestação do *Parquet* nos feitos em que deve atuar como *custos legis* gera nulidade relativa, a qual é sanável pela intervenção do órgão ministerial em segunda instância.

Nesse mesmo sentido, colaciono os seguintes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. MINISTÉRIO PÚBLICO. *CUSTOS LEGIS*. INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA. ARTIGO 10 DA LEI Nº 1.533/1951. MANIFESTAÇÃO EM SEDE DE APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. DECRETAÇÃO DE NULIDADE. DESNECESSIDADE.

1. Por ser obrigatória a intervenção do órgão ministerial em sede de mandado de segurança, a mera intimação do *Parquet* para manifestar-se sobre a impetração não se mostra suficiente; exige-se, outrossim, o seu efetivo pronunciamento. Precedentes.

2. A teor do disposto no artigo 244 do CPC, considera-se válido o ato realizado de forma diversa daquela prescrita em lei, sem cominação de nulidade, sempre que lhe alcançar a finalidade.

3. O Superior Tribunal de Justiça tem firmado a compreensão de que a decretação da nulidade deve observar a presença de prejuízo.

4. Constatada a manifestação do Ministério Público em sede de apelação não há falar em violação do artigo 10 da Lei nº 1.533/51.

5. Recurso especial não provido.

[REsp 948.090/DF, Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 26 de maio de 2009].

Agravo regimental. Recurso especial. Administrativo. Interesse de menor. Manifestação do Ministério Público em primeiro grau. Inexistência. Posterior intervenção, em segundo grau. Ausência de prejuízo à parte. Nulidade sanada. Precedentes.

1. Pacificou-se nesta Corte entendimento de que, em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas, considera-se sanada a nulidade decorrente da falta de intervenção, em primeiro grau, do Ministério Público, se posterior-

mente o *Parquet* intervém no feito em segundo grau de jurisdição, sem ocorrência de qualquer prejuízo à parte. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

[AgRg no REsp 457.407/RO, Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18 de setembro de 2008].

Destarte, existindo a manifestação do *Parquet*, realizada em sede de apelação, resta suprido o vício apontado, não se afigurando necessária a anulação dos atos processuais realizados.

Ademais, a ausência de intimação do Ministério Público Federal, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado *prima facie*, ao revés, exige a comprovação de efetivo prejuízo para as partes ou para a apuração da verdade substancial da *questio iuris*, à luz do princípio *pas de nullités sans grief*.

Neste sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO MEIO AMBIENTE. JUNTADA DE DOCUMENTOS NOVOS. FALTA DE INTIMAÇÃO DA PARTE CONTRÁRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. NULIDADE. DESNECESSIDADE.

1. A declaração da nulidade dos atos processuais depende da demonstração da existência de prejuízo à parte interessada, conforme dispõe o art. 249, § 1º, do CPC, *in verbis*: “O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte”. Assim, não há nulidade se não estiver demonstrado o prejuízo. É o que sintetiza o princípio *pas de nullité sans grief*.

2. A recorrente não demonstrou a ocorrência de prejuízo causado pela juntada de documentos novos, portanto, não há falar em nulidade.

3. Recurso especial improvido.

[REsp 725.984/PR, Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 12 de setembro de 2006].

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. RECURSO ESPECIAL DO INCRA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ART. 18, § 2º, DA LC 76/93. PREJUÍZO NÃO-DEMONSTRADO. NULIDADE INEXISTENTE. INDENIZAÇÃO PELA COBERTU-

RA VEGETAL E CORRESPONDÊNCIA AO PREÇO DE MERCADO. CIRCUNSTÂNCIA FÁTICA. ÓBICE NA SÚMULA 07 DO STJ. CERCEAMENTO DE DEFESA NA INSTRUÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. INEXISTÊNCIA. CRITÉRIO UTILIZADO PELO PERITO DO JUÍZO. JUROS COMPENSATÓRIOS. INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO NO PARÂMETRO LEGAL.

1. Quanto à questão federal que envolve a alegada violação do art. 18, § 2º, da LC 76/93, qual seja, a nulidade de todo o procedimento em virtude da ausência de intimação do Ministério Público Federal, este Tribunal guarda o entendimento no sentido de que somente seria viável tal argumento quando a parte demonstre, efetivamente, prejuízo.

(...) Recurso especial parcialmente conhecido e, na parte conhecida, improvido.

[REsp 767598/CE, Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 27 de fevereiro de 2007].

No tocante à questão da legitimidade ativa *ad causam*, faz-se necessário analisar o disposto no art. 5º, inciso V, da Lei 7.347/85, que disciplina a ação civil pública:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

O diploma legal supracitado, com a redação dada pela Lei 11.448, de 2007, instituiu a legitimidade das associações para figurar no pólo ativo das demandas coletivas, desde que atendidos os requisitos de pré-constituição e da pertinência temática.

A pertinência temática significa que as associações civis devem incluir entre seus fins institucionais a defesa dos interesses objetivados na ação civil pública ou coletiva por elas propostas, exigindo-se a adequação entre o objeto da ação e a finalidade institucional.

No caso dos autos, entendo que não existe a requerida pertinência temática.

A ação civil pública foi proposta em face da Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil e Banco do Nordeste do Brasil, buscando a condenação dos réus para que sejam aplicados os índices de 26,06% (junho de 1987) e 44,72% (janeiro de 1989), relativos aos planos econômicos Bresser e Verão, nas contas de poupança dos consumidores por ela representados.

Por sua vez, na época em que foi proposta a demanda, a razão social da apelante era Associação Cearense de Defesa da Saúde dos Fumantes e Ex-fumantes, tendo por fim institucional *defender os interesses dos consumidores, ex-fumantes, contribuintes, familiares de consumidores falecidos e associados*, fl. 16, demonstrando, em seu estatuto, estar voltada para a proteção de seus associados nas questões relativas aos efeitos do tabaco.

Destarte, na época em que proposta a presente ação, 31 de maio de 2007, inexistia pertinência temática que legitimasse a propositura da presente ação.

Posteriormente, em 26 de junho de 2008, a apelante apresentou petição requerendo a juntada aos autos de seu novo estatuto social, fl. 189, o qual informava que a associação, fundada em 20 de outubro de 1996, havia mudado sua denominação para S.O.S. Direitos Humanos, além de ampliar a sua representação em prol de *toda pessoa que necessite de defesa de seus direitos constitucionais fundamentais*, fl. 190.

Ressalto que a mudança de estatuto supracitada ocorreu quando já havia contestação nos autos apontando a ilegitimidade da autora, fls. 91-93, levando a crer que se trata de tentativa de preencher o requisito de pertinência temática ausente.

É notório que assim tenha sido, mormente quando a instituição, que militava há mais de dez anos nas questões relativas ao

tabaco, ampliou seu estatuto para defender *toda pessoa que necessite de defesa de seus direitos constitucionais fundamentais* e ao mesmo tempo fez constar, de forma detalhada no estatuto, que também lhe cumpria defender o direito do cidadão relativo *ao expurgo dos planos econômicos que não foram concedidos para quem possuía Conta Poupança em instituições financeiras nos Planos: Bresser, Verão e Collor, nos anos 1989, 1990, 1991*, fl. 292.

Destarte, a correta direção a ser tomada seria a extinção do processo, e nesse sentido são os seguintes acórdãos:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IDEC. LEGITIMIDADE. CADERNETA DE POUPANÇA. RELAÇÃO DE CONSUMO. ORIENTAÇÃO DA SEGUNDA SEÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

- Na linha da orientação da Segunda Seção, é admissível a ação civil pública para cobrança das diferenças nos créditos de rendimentos dos poupadores, em razão da edição de planos econômicos, sendo para tanto ativamente legitimada associação legalmente constituída há pelo menos um ano e que inclua entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos dos consumidores.

[AgRg no REsp 196.517/SP, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 19 de dezembro de 2002].

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO. REQUISITOS ESPECÍFICOS. NÃO CUMPRIMENTO. MELHORIAS NAS INSTALAÇÕES DE AGÊNCIAS BANCÁRIAS. AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA COM OS FINS INSTITUCIONAIS DA ENTIDADE ASSOCIATIVA. ARTS. 5º DA LEI Nº 7.347/85 E 82 DA LEI Nº 8.078/90. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. RECONHECIMENTO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Nos termos do artigo 5º, XXI, da Constituição Federal, “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”. Tal dispositivo constitucional trouxe uma nova postura diante das associações, a qual não existia antes da Carta Magna. Possibilitou, tal dispositivo a legitimidade da associação, desde que devidamente autorizada, ingressar em juízo postulando direitos de seus associados. Antes não existia essa possibili-

dade. Agora é possível, desde que atendido constitucionalmente os requisitos da autorização e seja em favor de seus associados. As leis que regulamentaram a matéria, ainda exigem que esteja a associação constituída há pelo menos um ano.

2. O artigo 5º, *caput*, da Lei nº 7.347/85, estabelece a legitimidade das associações para fazer a defesa dos interesses e direitos das pessoas representadas por tais entidades. Por sua vez, a Lei nº 8.078/90, em seus artigos 81 e 82, estatui que “a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo”. É certo que uma associação, entidade de classe ou de categoria, pode ajuizar ação coletiva na defesa de direitos difusos, porém deve ficar bem delimitado que esses interesses ou direitos se circunscrevam exclusivamente ao grupo, categoria ou classe, como bem deixa patente o art. 81, parágrafo único, inciso II, do Código do Consumidor, o qual é perfeitamente aplicável à ação civil pública, como se pode extrair da leitura do art. 21 da Lei 7.347/85 que cuida dessa espécie de demanda.

3. Embora a legislação estabeleça forma de legitimação inespecífica quanto aos bens jurídicos passíveis de tutela – sendo específica apenas quanto à identificação dos legitimados (entidades associativas) – tal exigência tem limites identificáveis por interpretação sistemática, devendo o objeto material a ser alcançado na demanda guardar relação com os direitos e interesses de seus filiados, assim como tenha pertinência temática com os fins institucionais da entidade, ou seja, que a associação deve ter finalidades compatíveis com a defesa do interesse que se pretenda ver tutelado em juízo.

4. A associação comercial e industrial de Mossoró possui limitação aos interesses a serem protegidos. Só pode se limitar aos filiados do comércio e da indústria. No caso, o interesse a ser protegido na presente ação pertence a toda a sociedade, a todos os membros da coletividade que de alguma forma faça uso dos préstimos bancários das entidades financeiras referidas na presente ação. Assim, a pretensão de buscar melhorias na prestação dos serviços bancários não se afigura como interesse direto e restrito do comércio, da indústria e da agricultura na jurisdição da apelante. Trata-se de um direito de espectro mais amplo,

que alcança a população de uma maneira geral, extrapolando os fins específicos estabelecidos no estatuto social. 5. No caso se busca proteção para os chamados interesses ou direitos difusos, tendo em vista que se trata de um bem indivisível, inquantificável, sem identificação de seus titulares, o que se incompatibiliza com a situação da entidade autora da presente ação.

6. Hipótese em que o estatuto social da associação recorrente traz em seu artigo 4º, alínea a, que a Associação Comercial e Industrial de Mossoró tem por objetivo promover a defesa dos interesses do comércio, indústria e da agricultura. Do cotejo da legislação de regência com a cláusula estatutária que trata dos fins institucionais da entidade apelante, exsurge que não se pode reconhecer a legitimidade ativa *ad causam* da apelante no caso presente, o que impõe a extinção do feito sem resolução de mérito.

(...)

8. Apelação improvida.

[AC 479640/RN, Des. Francisco Barros Dias, julgado em 27 de abril de 2010].

Em face do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 499.688-SE**

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI

Apelante: INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES L & A LTDA.

Apelada: COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA - CODEVASF

Advs./Procs.: DRS. GILBERTO VIEIRA LEITE NETO E OUTROS (APTE.) E MARIA DA SALETE FREIRE E OUTROS (APDA.)

***EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PAGAMENTO POR SERVIÇOS DE CONFECÇÃO DE CAMISETAS E SACOLAS UTILIZADAS NA EXPEDIÇÃO AMÉRICO***

**VESPÚCIO 2001. PERCURSO DO RIO SÃO FRANCISCO. EVENTO COMEMORATIVO DOS QUINHENTOS ANOS. DENUNCIÇÃO DA LIDE. INCABIMENTO. AUSÊNCIA DE CONTRATO. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DO DÉBITO. AUTORIZAÇÃO DO SERVIÇO E RECEBIMENTO DA MERCADORIA POR EMPREGADA DA EMPRESA PÚBLICA. VEDADO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. PARÁGRAFO SEXTO DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGO 59, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.666/93.**

**- Restou comprovado nos autos que a Sra. Maria da Graça Costa de Melo (Chefe de Assessoria Regional de Divulgação - 4ª/AD CODEVASF - 4a SR), autorizou a execução dos serviços e recebeu a mercadoria, no valor de R\$ 46.900,00 (quarenta e seis mil e novecentos reais), em ambas as situações com assinatura e aposição do carimbo de empregada da CODEVASF.**

**- Não há a desobrigação do adimplemento em se tratando de contrato firmado de forma irregular, uma vez que a irregularidade formal, por si só, não tem o condão de afastar as responsabilidades assumidas.**

**- Tendo a empresa apelante executado a avença ao entregar as mercadorias confeccionadas com autorização expressa de funcionária da CODEVASF, assumindo gastos no interesse da Administração, cabe, portanto, à CODEVASF o dever de indenizá-la, sob pena de se caracterizar um verdadeiro enriquecimento sem causa.**

**- Não obstante a inobservância dos procedimentos licitatórios previstos na Lei nº 8.666/93, bem como a inexistência de prévio empenho da despesa, tais irregularidades não justificam a compactuação com a ocorrência de locupletamento ilícito às custas de patrimônio alheio, sendo devido o pagamento do preço acertado.**

**- Tratando-se a presente lide de ação movida por pessoa jurídica de direito privado contra ato praticado por empresa pública federal, através de seu agente, a denúncia da lide contra a empresa que ficou responsável pela captação dos recursos a serem utilizados no evento “Expedição Américo Vespúcio 2001”, não se mostra apta a encurtar o caminho do exercício do direito de regresso da CODEVASF, posto que, de acordo com o constante dos autos, esta não figurou como o agente que deu causa ao ato repudiado na ação, na medida em que nem autorizou a confecção, nem recebeu a mercadoria.**

**- Tratando-se de benefício processual unicamente em favor do réu, a aceitação da denúncia da lide não é obrigatória, posto que houve irresignação da parte autora, ora apelante, contra o alegado litisconsórcio passivo. Desse modo, em respeito ao Princípio da Economia, deve a própria CODEVASF pagar à parte autora/apelante, a quantia referente ao pagamento pelo serviço, autorizado e realizado, de confecção das 10.000 (dez mil) camisetas de malha de algodão e das 10.000 (dez mil) sacolas em tecido TNT, utilizadas durante a realização da Expedição Américo Vespúcio 2001, devidamente corrigida e acrescida de juros moratórios.**

**- O indeferimento da denúncia da lide não afasta o direito de regresso, a ser perseguido em ação autônoma.**

**- Apelação provida, para julgar procedente o pedido.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível, em que são partes as acima mencionadas, acordam os desembargadores federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em dar provimento à apelação,

nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 20 de julho de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI  
- Relatora

## RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

INDÚSTRIA DE CONFECÇÕES L & A LTDA interpôs Ação de Cobrança contra a CODEVASF - COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA, objetivando o recebimento da quantia de 59.784,48 (cinquenta e nove mil, setecentos e oitenta e quatro centavos e quarenta e oito centavos), referente ao pagamento por serviços de confecção de 10.000 (dez mil) camisetas de malha de algodão e 10.000 (dez mil) sacolas em tecido TNT, utilizadas durante a realização da Expedição Américo Vespúcio 2001, realizada no percurso do Rio São Francisco, em comemoração aos seus quinhentos anos. A CODEVASF requereu a denunciação à lide da empresa DOMO - Projetos Culturais Ltda, alegando ser esta a realizadora, coordenadora e financiadora do referido evento.

Ao final, o MM. Juiz *a quo* julgou improcedente o pedido, dada a ausência de contrato específico mediante as regras da Lei nº 8.666/93 e considerando que a responsabilidade pelo pagamento dos materiais relacionados ao evento recaiu sobre a empresa DOMO - Projetos Culturais Ltda., através da ASACI - Associação Sergipana de Arte, Cultura e Informação do Grupo Edmilson Suasuna. Além disso, julgou prejudicada a lide secundária (incidente de denunciação da lide).

Inconformada, apela a empresa autora, com as razões de fls. 202/208, destacando o reconhecimento da existência do débito, e ressaltando que a não observância dos requisitos formais ligados ao contrato administrativo não elide o dever de o Poder Público, uma vez que foi entregue a mercadoria, de efetuar o pagamento, sob pena de ocorrência do vedado enriquecimento sem causa.

Ressaltou, ainda, a existência da documentação acostada às fls. 1/13 que comprovam o recebimento da mercadoria por representante da CODEVASF, sem qualquer intermediação da empresa DOMO.

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):

De início, destaco que restou comprovado nos autos, às fls. 11/13, que a CODEVASF, através da Sra. Maria da Graça Costa de Melo (Chefe de Assessoria Regional de Divulgação - 4ª/AD CODEVASF - 4ª SR), que autorizou a execução dos serviços e recebeu a mercadoria, no valor de R\$ 46.900,00 (quarenta e seis mil e novecentos reais), em ambas as situações com assinatura e posição do carimbo da empregada da CODEVASF.

Entendo que não há a desobrigação do adimplemento em se tratando de contrato firmado de forma irregular, uma vez que a irregularidade formal, por si só, não tem o condão de afastar as responsabilidades assumidas.

A empresa apelante executou o contrato ao entregar as mercadorias confeccionadas com autorização expressa de funcionária da CODEVASF, assumindo gastos no interesse da Administração, cabendo, portanto, a CODEVASF o dever de indenizá-la, sob pena de se caracterizar um verdadeiro enriquecimento sem causa.

Inobstante a inobservância dos procedimentos licitatórios previstos na Lei nº 8.666/93, bem como a inexistência de prévio empenho da despesa, concordo com o entendimento de que tais irregularidades não justificam a compactuação com a ocorrência de locupletamento ilícito às custas de patrimônio alheio, sendo devido o pagamento do preço acertado.

O parágrafo sexto do artigo 37 da Constituição Federal estipula que *as pessoas jurídicas de direito público e as de direito priva-*

*do prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

Ao seu turno, preceitua o artigo 59, parágrafo único, da própria Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

No que se refere à denúncia da lide feita pela CODEVASF, visando a intervenção forçada de terceiro, no caso, a empresa DOMO, para assegurar o seu direito de regresso contra a litisdenciada, destaco que, tratando-se a presente lide de ação movida por pessoa jurídica de direito privado contra ato praticado por empresa pública federal, através de seu agente, entendo que a referida denúncia da lide contra a empresa que ficou responsável pela captação dos recursos (docs. fls. 57/59) a serem utilizados no evento “Expedição Américo Vespúcio 2001”, não se mostra apta a encurtar o caminho do exercício do direito de regresso da CODEVASF, posto que, de acordo com o constante dos autos, esta não figurou como o agente que deu causa ao ato repudiado na ação, na medida em que nem autorizou a confecção, nem recebeu a mercadoria.

Outrossim, destaco que tanto a CODEVASF, quanto a empresa DOMO figuram em igualdade de destaque no “folder” divulgador do referido evento “Expedição Américo Vespúcio 2001” (fls. 65/66v), juntamente com outros colaboradores.

Assim, tratando-se de benefício processual unicamente em favor do réu, concordo com o entendimento de que a aceitação da denúncia da lide não é obrigatória, posto que houve irresigna-

ção da parte autora (fls. 105/112), ora apelante, contra o alegado litisconsórcio passivo.

Desse modo, em respeito ao Princípio da Economia, entendo que deve a própria CODEVASF pagar à parte autora/apelante, a quantia referente ao pagamento pelo serviço, autorizado e realizado, de confecção das 10.000 (dez mil) camisetas de malha de algodão e das 10.000 (dez mil) sacolas em tecido TNT, utilizadas durante a realização da Expedição Américo Vespúcio 2001 (fato esse incontroverso), devidamente atualizada e acrescida de juros moratórios.

Outrossim, destaco que o indeferimento da denúncia da lide não afasta o direito de regresso, a ser perseguido em de ação autônoma.

Sobre o assunto, cito a seguinte Jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. INSTITUTO BRASILEIRO DO CAFÉ. CONTRATO PARA AQUISIÇÃO NO MERCADO INTERNACIONAL DE CAFÉ. OPERAÇÃO “PATRÍCIA” OU “LONDON TERMINAL”. MANOBRAS ESPECULATIVAS. PRETENSÃO NULIDADE DO CONTRATO NÃO AFASTA O DEVER DE INDENIZAR O CONTRATADO DE BOA-FÉ. IMPOSSIBILIDADE DE PRESUMIR A MÁ-FÉ. SÚMULA Nº 07/STJ. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.

1. (...)

3. Acudindo o terceiro de boa-fé aos reclamos do Estado e investindo em prol dos desígnios deste, a anulação do contrato administrativo quando o contratado realizou gastos relativos à avença, implica no dever do seu ressarcimento pela Administração. Princípio consagrado na novel legislação de licitação (art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93).

4. (...).

6. Indenizabilidade decorrente da presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos, gerando a confiabilidade em contratar com a entidade estatal.

7. O dever de a Pessoa Jurídica de Direito Público indenizar o contratado pelas despesas advindas do adimplemento da avença, ainda que eivada de vícios, decorre da Respon-

sabilidade Civil do Estado, consagrada constitucionalmente no art. 37 da CF.

8. Deveras, "... se o ato administrativo era inválido, isto significa que a Administração, ao praticá-lo, feriu a ordem jurídica. Assim, ao invalidar o ato, estará, *ipso facto*, proclamando que fora autora de uma violação da ordem jurídica. Seria iníquo que o agente violador do direito, confessando-se tal, se livrasse de quaisquer ônus que decorreriam do ato e lançasse sobre as costas alheias todas as consequências patrimoniais gravosas que daí decorreriam, locupletando-se, ainda, à custa de que, não tendo concorrido para o vício, haja procedido de boa-fé. Acresce que, notoriamente, os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade. Donde quem atuou arrimado neles, salvo se estava de má-fé (vício que se pode provar, mas não pressupor liminarmente), tem o direito de esperar que tais atos se revistam de um mínimo de seriedade. Este mínimo consiste em não serem causas potenciais de fraude ao patrimônio de quem neles confiou – como, de resto, teria de confiar." (Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* "Curso de Direito Administrativo", Malheiros, 14<sup>a</sup> ed., 2002, p. 422-423).

9. (...).

13. Recurso especial conhecido, mas desprovido.

(STJ, REsp 547196, DJ 04/05/2006, Relator Luiz Fux)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO OU DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. NÃO-CABIMENTO. AGRAVO RECIDADO DESPROVIDO. PROTESTO INDEVIDO. DANOS MORAIS. DEVER DE INDENIZAR. FALHA NO SERVIÇO PRESTADO PELA CASA LOTÉRICA. ESTORNO DE DUPLICATA PAGA. RESPONSABILIDADE DA CEF. CULPA *IN ELIGENDO*. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO. VERBA HONORÁRIA. MANUTENÇÃO.

1. (...).

2. Há litisconsórcio passivo necessário quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes (art. 47, CPC). (...).

3. Rejeição do pedido da instituição financeira ré, de denúncia da lide da empresa credora da duplicata levada a protesto, uma vez que essa modalidade de intervenção

ocorre quando a parte pretende propor ação de regresso contra terceiro, obrigado pela lei ou pelo contrato a indenizar regressivamente o denunciante, se perder a demanda. Não há litisdenúnciação na mera alegação de ilegitimidade passiva, com a indicação de quem seria efetivamente legitimado (Precedentes deste Tribunal: AC 2001.38.00.018212-1/MG; AG 2001.01.00.044797-4/GO).

4. No campo da responsabilidade civil contratual, a pessoa que causar prejuízo a outrem, por descumprir obrigação pactuada, deve indenizá-lo. Nos termos do art. 389 do Código Civil/2002, se a obrigação não for cumprida, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

5. (...)

11. Agravo retido e apelação da CEF não providos.

12. Apelação adesiva da parte autora parcialmente provida para majorar o valor da indenização por danos morais, fixando-o em R\$ 3.000,00 (três mil reais), que passará a ser corrigido a partir desta data, pelos padrões oficiais. (TRF1, AC 200338030003892, e-DJF1 16/06/2008, Relator Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo (Conv.))

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. PRETENSÃO DE CONFERIR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. MEDIDA DE CARÁTER EXCEPCIONAL. *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* EVIDENCIADOS. CARÁTER DEFINITIVO QUE A NOVEL SISTEMÁTICA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ENCERRA À EXECUÇÃO PROVISÓRIA. EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO DECLARADO NULO. OBRIGAÇÃO DO ENTE PÚBLICO DE EFETUAR O PAGAMENTO PELOS SERVIÇOS PRESTADOS.

1. (...)

2. O STJ ostenta entendimento segundo o qual, “ainda que o contrato realizado com a Administração Pública seja nulo, por ausência de prévia licitação, o ente público não poderá deixar de efetuar o pagamento pelos serviços prestados ou pelos prejuízos decorrentes da administração, desde que comprovados” (AgRg no Ag 1056922/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJ de 11 de março de 2009). Outros precedentes desta Corte: REsp 753.039/PR, Relator Ministro Luiz Fux, Pri-

meira Turma, *DJ* de 03 de setembro de 2007; REsp 928315/MA, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, *DJ* de 29 de junho de 2007; e REsp 545471/PR, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, *DJ* 19 de setembro de 2005.

3. (...).

6. Ação cautelar procedente.

(STJ, MC 15607, *DJE* 13/10/2009, Relator Ministro Benedito Gonçalves)

Diante do exposto, **dou provimento á apelação, para julgar procedente o pedido.**

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 504.994-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA  
Apelantes: BANCO BMG S/A E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Apelado: PETRUCIO LUIZ DE LIMA  
Repte.: PROCURADORIA DO INSS  
Advs./Procs.: DRS. MARCELO MADEIRO DE SOUZA (1º APTE.) E CELIA REGINA NARCISO DOS SANTOS (APDO.)

***EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. DESCONTOS EM PROVENTOS. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. AUSÊNCIA DE PROVA DO EMPRÉSTIMO E DE AUTORIZAÇÃO PARA CONSIGNAÇÃO. ILEGALIDADE. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONFIGURAÇÃO.***

***- Caso em que o autor busca a sustação de desconto e devolução de parcelas debitadas dos proventos de sua aposentadoria, relativas a empréstimo supostamente realizado em seu nome, firmado com o banco BMG.***

***- Não se há falar em ilegitimidade passiva do INSS, posto que é de sua responsabilidade os***

**descontos efetuados na aposentadoria do demandante, inclusive a título de empréstimo em folha de pagamento.**

**- Demonstrada, através da documentação acostada, a irregularidade na concessão do empréstimo impugnado, considerando que nem mesmo fora apresentado pelos réus o contrato a ele relativo, impõe-se a sustação dos descontos, bem assim a condenação dos réus à devolução do que fora indevidamente descontado.**

**- Sendo os réus os detentores dos documentos necessários à comprovação dos fatos alegados, deve ser invertido o ônus da prova, nos termos do parágrafo único, II, do art. 333 do CPC. De mais disso, não se exige prova de fato negativo.**

**- Danos morais devem ser fixados em quantia módica. Provimento parcial do recurso do BMG para reduzir o valor da indenização de R\$ 7.000,00 para R\$ 3.000,00.**

**- Sobre as parcelas devidas devem incidir correção monetária, segundo os critérios previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, a contar do débito e juros de mora na base de 0,5% ao mês, a partir da citação, até a vigência da Lei nº 11.960/09 (que, em seu art. 5º, alterou o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97), para que a correção e os juros sejam calculados pelos índices oficiais aplicados à caderneta de poupança.**

**- Honorários advocatícios fixados no importe de R\$ 1.000,00 (um mil reais), pois sendo vencida a Fazenda Pública, a condenação é de ser estipulada conforme os princípios da equidade e da razoabilidade (nos termos do parágrafo 4º do art. 20 do CPC).**

**- Remessa oficial e apelação do Banco BMG parcialmente providas e apelação do INSS improvida.**

## ACÓRDÃO

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

Recife, 2 de setembro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Trata-se de recursos de apelações interpostos pelo Banco BMG e pelo INSS contra sentença que declarara a nulidade de todos os contratos eventualmente ativos em seus bancos de dados, relativos a empréstimos realizados em nome do autor, condenando-os ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 575,05 (quinhentos e setenta e cinco reais), com correção monetária pelo INPC e juros de mora, nos termos da Lei nº 11.960/2009, a contar do primeiro evento danoso, nos termos do art. 406 do CC c/c o art. 161, § 1º, do CTN e por danos morais no valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais). Condenou-os, outrossim, solidariamente, ao pagamento de custas e honorários advocatícios no percentual de 10% do valor da condenação.

Alega o BMG ausência de responsabilidade, posto que teria procedido de acordo com os requisitos legais da contratação, tendo havido, inclusive, a concordância do autor. Assevera que na remota possibilidade do postulante ter sido vítima de golpe, também não poderia ser responsabilizado, considerando a ausência de má-fé ou ilicitude do Banco. Aduz, ainda, que o ônus de comprovar o suposto golpe seria do autor, consoante o art. 333, I, do CPC. Ademais, aduz que estariam ausentes os requisitos ensejadores da indenização. Em caso de manutenção da sentença, re-

quer a redução do quantum indenizatório, consoante orientação do STJ.

Por sua vez, o INSS alega, preliminarmente, ilegitimidade passiva, posto que o empréstimo teria sido firmado entre o requerente e a instituição financeira, cabendo-lhe tão somente o repasse dos valores autorizados pelo beneficiário. Afirma que inexistiria determinação na Lei nº 10.953/2004 e 10.820/2003, sobre a obrigatoriedade de encaminhar qualquer documento, inclusive, a título de empréstimo, requerendo, por isso, a sua exclusão da lide e, conseqüentemente a remessa dos autos à Justiça Estadual. No mérito, assevera, em síntese, que a obrigação da guarda dos documentos caberia à instituição financeira que celebrara o empréstimo. Afirma que somente solicitaria o envio de comprovação da autorização de consignação se existisse alegação, na via administrativa, pelo segurado de que não teria efetuado empréstimo algum. Por fim, aduz a inexistência de danos morais, prequestionando a matéria para fins recursais.

Contra-razões ao recurso do BMG às fls. 200/205.

Contra-razões ao recurso do INSS às fls. 206/210.

É o relatório.

## **VOTO**

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

Busca o autor a suspensão de descontos efetuados em sua aposentadoria, referente a empréstimo realizado em seu nome, firmado com o Banco BMG, bem assim a devolução dos valores já descontados, sob a alegação de que nunca realizara transação financeira com o aludido banco.

De logo, ressalte-se que cabe ao INSS proceder quaisquer descontos incidentes efetuados na aposentadoria do demandante, inclusive, a título de empréstimo em folha de pagamento. Note-se que, ainda que o Órgão Previdenciário, em casos deste jaez, aja como mero repassador da cobrança, somente o poderá fazê-lo, se munido de toda a documentação necessária a constatar a veracidade da contratação, tornando-se responsável pela realiza-

ção das parcelas a elas relativas. Assim, rejeito a preliminar suscitada.

Passo a análise do mérito.

Sustentou o requerente, ainda na inicial, que, embora tenha procurado o INSS e a instituição financeira (Banco BMG) e solicitado a documentação relativa ao aludido empréstimo, não obtivera resposta alguma, tendo sido mantida a cobrança dos referidos descontos.

Analisando os autos, saltam aos olhos, que nem o Banco BMG nem o INSS apresentaram o suposto contrato ou qualquer outro documento que autorizasse a realização dos descontos nos proventos do postulante. O que há, às fls. 16/18 dos autos, é o histórico da DATAPREV, relativo à aposentadoria do demandante, constando contrato com o banco BMG, no valor de R\$ 2.470,00, a ser pago em 60 parcelas de R\$ 82,15 (oitenta e dois reais e quinze centavos). Tal, embora surgira a existência de dada contratação, não é suficiente para desconstituir as alegações do autor, somente possível com a apresentação do próprio instrumento do contrato, o que não ocorreu.

Neste aspecto, note-se que a decisão de fls. 127/129 determinou a inversão do ônus da prova, sem que os réus (INSS e Banco BMG) tenham se desincumbido, tanto quanto à firmação do acordo, como a respectiva autorização dos descontos pelo beneficiário, nos termos do art. 6º da Lei nº 10.820/2003.

A respeito, há reiterado entendimento jurisprudencial de que deve ser invertido o ônus da prova quando o réu é o detentor dos documentos necessários à comprovação dos fatos alegados, nos termos do parágrafo único, II, do art. 333 do CPC. Demais disso, não se pode exigir prova de fato negativo.

Assim, resta demonstrada a irregularidade na concessão do empréstimo impugnado, impondo-se a sustação dos descontos, bem assim a condenação dos réus à devolução do que fora indevidamente descontado, a título de danos materiais, no valor de R\$ 575,05 (quinhentos e setenta e cinco reais e cinco centavos), porque nele compreendidas 07 parcelas até então cobradas. Note-se que, os aludidos descontos somente cessaram por força de decisão judicial.

Quanto à indenização por dano moral, trata-se, no caso, de pessoa cuja situação é carente de recursos, considerando que seu benefício é de 01 (um) salário mínimo, tendo sofrido, sem dúvida, grandes inquietações ao ter sido descontado, irregularmente, valores de seus proventos, sem, inclusive, explicação *a posteriori* por parte da administração.

No entanto, considerando que os danos morais devem ser fixados em quantia módica, levando-se em conta o princípio da razoabilidade, sem perder de vista o caráter educacional da medida, devem ser reduzidos de **R\$ 7.000,00 (sete mil reais)** para **R\$ 3.000,00 (três mil reais)**.

Utilizando o espaço da remessa oficial, verifica-se, por outro lado, que o julgador singular estabeleceu como critério de atualização monetária o INPC e fixou os juros de mora pela Lei nº 11.960/2009, a contar do evento danoso. Neste caso, determino a atualização das parcelas devidas pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal, a contar do débito e fixo os juros de mora a 0,5% ao mês, a partir da citação, até a vigência da Lei nº 11.960/09 (que, em seu art. 5º, alterou o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97), para que, daí, a correção e os juros sejam calculados pelos índices aplicados à caderneta de poupança, considerando, inclusive, que o STJ já se posicionou que tais regras devem ser aplicadas também aos processos em curso.

Determino, ainda, a fixação dos honorários no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais), pois sendo vencida a Fazenda Pública, a condenação é de ser estipulada conforme os princípios da equidade e da razoabilidade (nos termos do parágrafo 4º do art. 20 do CPC).

Mercê do exposto, nego provimento à apelação do INSS, dou parcial provimento à apelação do BMG e à remessa oficial, para reduzir o valor da indenização para R\$ 3.000,00, para determinar a atualização das parcelas devidas pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal, a contar do débito e reduzir os juros de mora a 0,5% ao mês, a partir da citação, até a vigência da Lei nº 11.960/09 (que, em seu art. 5º, alterou o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97), para que, daí, a correção e os juros sejam calculados pelos índices aplicados à caderneta de poupança, fixando, ainda, os honorários advocatícios em R\$ 1.000,00 (um mil reais).

É como voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.542-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

Apelantes: ALOÍSIO BARBOSA CALADO FILHO, LÚCIO BRASILEIRO GOMES DE MELO, MILTON GOMES DE MELO, SÉRGIO GUSTAVO DE MELO MEIRA, CARLOS CLAUDINO DE QUEIROZ, ANTÔNIO AUGUSTO MOURA BORBOREMA, SEBASTIÃO JOSÉ DE LIMA, ADBON NAPY CHARARA NETO, JOSÉ JASON BEZERRA DA SILVA, PAULO EDSON DE SOUSA GOIS, EDUARDO DA SILVA MEDEIROS, EVANDRO DA SILVA MEDEIROS, GLAUCO DE QUEIROZ MONTEIRO, SEBASTIÃO SOUZA DE GOIS, LUCIANO BRENO CHAVES PEREIRA, PATRÍCIA SILVA BARBOSA, ORLANDO CABRAL DE GOIS FILHO, JOÉLCIO ARAUJO GAMA, FRANCISCO OLIVEIRA DE QUEIROZ, FÁBIO BORBOREMA DE SOUSA E LUIZ MANUEL MEDEIROS COSTA

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Def. Dativo: RODRIGO DE OLIVEIRA ALMENDRA (21º APTE.)

Advs./Procs.: DRS. BORIS MARQUES DA TRINDADE E OUTRO (1º APTE.), GILBERTO AURELIANO DE LIMA E OUTRO (2º E 3º APTE.), MARCOS DOS ANJOS PIRES BEZERRA (4º APTE.), FRANCISCO PEDRO DA SILVA E OUTRO (5º APTE.), ENRIQUIMAR DUTRA DA SILVA (6º APTE.), FRANCISCO NUNES SOBRINHO (7º APTE.), HUMBERTO ALBINO DE MORAIS (8º E 9º APTE.), FÉLIX ARAÚJO FILHO E OUTROS (10º APTE.), THELIO QUEIROZ FARIAS E OUTRO (11º E 12º APTE.), LEIDSON MEIRA E FARIAS E OUTRO (13º APTE.), SEBASTIÃO SOUZA DE GOIS (14º APTE.), ANTÔNIO PEREIRA DE ALMEIDA FILHO (15º APTE.), MANOEL CLEMENTINO DE FREITAS (16º APTE.), VLADIMIR MATOS DO Ó (17º APTE.), JOSÉ RIBAMAR MARQUES MOREIRA (18º APTE.), THELIO QUEIROZ FARIAS (19º APTE.) E GILBERTO AURELIANO DE LIMA (20º APTE.)

**EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. ESTELIONATO CONTINUADO. FRAUDE EM COMPRAS SIMULADAS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO. OBTENÇÃO DE CARTÕES PARA “LARANJAS”. CELEBRAÇÃO DE EMPRÉSTIMO JUNTO A COMERCIANTES, SIMULANDO COMPRAS. CONLUÍO ENTRE USUÁRIOS DE CARTÕES E COMERCIANTES. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. APELOS (DA DEFESA) PARCIALMENTE PROVIDOS.**

*- É da competência da Justiça Federal presidir e julgar processos de estelionato contra a CEF, sendo irrelevante que a instituição haja obtido lucros no exercício. Se os réus, em atos coordenados vitimaram a CEF e outras administradoras de cartões, a conexão entre os crimes coloca também no âmbito da Justiça Federal o julgamento dos estelionatos cometidos em detrimento das administradoras particulares.*

*- Se o titular de cartão de crédito, utilizando-o, bem assim de outros em nomes de “laranjas”, obtém empréstimo junto a comerciantes, através do expediente de simular compras, dividindo o preço e deixando impagos os cartões, há estelionato, posto que se adquire vantagem ilícita, induzindo a vítima em erro.*

*- É robusta a prova de que todos os condenados participaram efetivamente do esquema, daí por que correta a condenação.*

*- Nos estelionatos cometidos em detrimento da CEF incide a qualificadora inculpada no § 3º do art. 171 do Código Penal, mercê de sua natureza de instituição de economia popular e assistencial.*

*- Se as fraudes se repetiram durante quase um ano, com idêntica estrutura, ânimo e modo de operação, aplicam-se as normas da continuidade delitiva. Sem razão os apelos quando defendem configurado delito permanente.*

- Consumada a prescrição retroativa quanto ao crime de formação de quadrilha, pois que condenados os réus a penas não superiores a dois anos e são passados mais de 7 anos entre o recebimento da denúncia e a condenação em primeira instância.**
- Apelações parcialmente providas, apenas para declarar a prescrição retroativa do crime de formação de quadrilha.**

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 10 de junho de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Tratam os autos de apelações criminais interpostas em face de sentença da lavra do MM. Juiz Federal da 6ª Vara da Paraíba que, julgando a exordial acusatória procedente, em parte, restou por absolver ANTÔNIO DE SOUSA GÓIS (por ausência de prova quanto à autoria), bem como condenar os demais denunciados, como incurso nas sanções dos arts. 171, § 3º (estelionato qualificado), e 288 (quadrilha ou bando), ambos do CP.

Os 21 (vinte e um) réus condenados manejaram recurso de apelação nos seguintes termos:

a) SÉRGIO GUSTAVO DE MELO MEIRA (condenado a 05 anos de reclusão, mais 300 dias-multa por estelionato, e 01 ano e 06 meses de reclusão pelo delito de quadrilha) assevera que a sua conduta não caracteriza o crime de estelionato, pelo que pugna

por sua absolvição ou, alternativamente, que a pena aplicada seja diminuída, principalmente pela ausência de antecedentes criminais (fls. 2755/2756);

b) CARLOS CLAUDINO DE QUEIROZ (condenado a 06 anos de reclusão, mais 360 dias-multa, por estelionato, e 02 anos de reclusão pelo ilícito de quadrilha) alega, preliminarmente, incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito; quanto ao mérito, requer sua absolvição quanto ao estelionato por insuficiência de provas ou, alternativamente, exclusão do aumento de pena constante no CP, § 3º, do art. 171, não aplicação da continuidade delitiva (ao argumento de que o crime perpetrado seria permanente), ou mesmo redução desse acréscimo para um sexto e redução da pena de multa; quanto ao delito de quadrilha, pede sua absolvição ou reconhecimento da prescrição retroativa ou ainda, redução da pena aplicada (fls. 2763/2773);

c) SEBASTIÃO SOUZA DE GOIS (04 anos e 06 meses de reclusão, mais 250 dias-multa, e 01 ano e 06 meses de reclusão) alega preliminarmente a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito; no mérito, pugna por sua absolvição por insuficiência de provas de que tenha cometido o delito de estelionato, ou, alternativamente, exclusão da majorante trazida no CP, § 3º do art. 171, exclusão do aumento de pena pelo art. 71 do CP ou mesmo redução do referido acréscimo para um sexto da pena aplicada e revogação da pena de multa aplicada; absolvição quanto ao delito de quadrilha por atipicidade da conduta e não comprovação da ligação entre este apelante e os demais envolvidos ou reconhecimento da prescrição retroativa quanto a este delito (fls. 2791/2809);

d) ORLANDO CABRAL DE GOIS FILHO (04 anos e 06 meses de reclusão, mais 250 dias-multa e 01 ano e 06 meses de reclusão) requer sua absolvição ou que seja retirada a majorante prevista no CP, § 3º, do art. 171, e exclusão do aumento de pena pela continuidade delitiva ou redução desse acréscimo para um sexto da pena aplicada e revogação da multa aplicada; pede, também, sua absolvição quanto ao delito de quadrilha ou reconhecimento da prescrição retroativa (fls. 2819/2827);

e) JOELCIO ARAUJO GAMA (04 anos e 06 meses de reclu-

são, mais 250 dias-multas, e 01 ano e 06 meses de reclusão) alega que deve ser absolvido por entender que a conduta por ele perpetrada configura crime de usura e não de estelionato e formação de quadrilha (fls. 2831/2834);

f) LUCIANO BRENO CHAVES PEREIRA (04 anos e 06 meses de reclusão, mais 250 dias-multas, e 01 ano e 06 meses de reclusão) pede, preliminarmente, o reconhecimento da prescrição quanto ao delito de quadrilha; no mérito, pede a reforma da sentença para que seja absolvido, sustentando que sua conduta não constitui um delito, seria apenas um comportamento moralmente reprovável; alternativamente, aduz que a sentença deve ser anulada pela não observância do disposto no art. 59 do CP, e, ainda, que é descabida a aplicação do aumento de pena do § 3º do art. 171 do CP, ao argumento de que a CEF não se enquadra na definição legal de entidade de direito público (fls. 2.836/2.841);

g) FRANCISCO OLIVEIRA DE QUEIROZ (06 anos de reclusão, mais 360 dias-multa, e 02 anos de reclusão) pede, em preliminar, o reconhecimento da prescrição quanto ao delito de quadrilha e alega incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito por ausência de prejuízo à CEF, impossibilidade jurídica do pedido, por se tratar de crime impossível, por entender que a conduta por ele praticada não constitui ilícito penal; no mérito, sustenta a inexistência de provas que justifiquem sua condenação, razão pela qual requer a reforma da sentença para que seja absolvido; alternativamente, pugna pela redução da pena aplicada aduzindo que o art. 59 do CP não foi devidamente observado, que não há reincidência a ser considerada e que deve ser excluída a qualificadora do CP, § 3º, do art. 171 (fls. 2.896/2.911);

h) PATRÍCIA SILVA BARBOSA (04 anos e 06 meses de reclusão, mais 250 dias-multa, e 01 ano e 06 meses de reclusão) pede o reconhecimento da prescrição quanto ao delito de quadrilha em sede de preliminar; no mérito, assevera a ausência de provas de que tenha atuado para a consecução dos ilícitos pelos quais fora condenada; de modo alternativo, pede a redução das penas aplicadas (fls. 2.913/2.919);

i) PAULO EDSON DE SOUSA GÓIS: (05 anos de reclusão, mais 300 dias-multa, e 01 ano e 06 meses de reclusão) sustenta,

em preliminar, a incompetência da Justiça Federal para o presente feito e a prescrição do delito do CP, art. 288; no mérito, ausência de provas quanto à autoria, exacerbação na pena aplicada relativa ao delito de estelionato, fixação gravosa do regime de cumprimento das penas privativa de liberdade e impossibilidade de aplicação do aumento de pena pelo § 3º do art. 171 do CP (fls. 2.922/2.934);

j) SEBASTIÃO JOSÉ DE LIMA (05 anos de reclusão, mais 100 dias-multa, e 01 ano e 06 meses de reclusão) apela requerendo reconhecimento da incompetência da Justiça Federal para apreciação da lide ante a ausência de prejuízos para a CEF, que seja reconhecida a prescrição quanto ao ilícito de quadrilha, absolvição quanto aos dois tipos penais por insuficiência de provas ou, alternativamente, retirada da majorante do CP, § 3º, art.171, retirada do acréscimo pela continuidade delitiva ou redução deste acréscimo, revogação da pena de multa ou redução da quantidade dos dias-multa e do seu valor unitário; se não considerados nenhum dos argumentos anteriores, pede a redução das penas aplicadas para o mínimo legal (fls. 2.977/2.986);

k) EDUARDO DA SILVA MEDEIROS e EVANDRO DA SILVA MEDEIROS (cada um condenado às penas de 04 anos e 06 meses de reclusão, mais 250 dias-multa, e 01 ano e 06 meses de reclusão) apelam conjuntamente, apontando, em preliminar, a incompetência da Justiça Federal para o caso em análise, ocorrência da prescrição em relação ao delito de quadrilha e a impossibilidade jurídica do pedido, por se tratar de crime impossível; no mérito, pugnam por suas absolvições ressaltando ausência de provas de que tenham praticado os delitos em tela, ausência de dolo, ausência de prejuízo à CEF, ausência de vantagens para estes recorrentes; de modo alternativo, pedem a exclusão da causa de aumento da pena pelo CP, § 3º do art. 171, e a redução das penas aplicadas (fls. 3.068/3.3.087);

l) ADBON NAPY CHARARA NETO e JOSÉ JASON BEZERRA DA SILVA (cada um condenado a 05 anos de reclusão, mais 300 dias-multa e 01 ano e 06 meses de reclusão) apelam conjuntamente asseverando, preliminarmente, a prescrição quanto ao delito de quadrilha e a pena de multa aplicada; no mérito, pedem que seja reformada a sentença para que sejam absolvidos ao ar-

gumento de que não houve crime de estelionato, pois, segundo entendem, este delito não pode ser praticado contra pessoa jurídica; alternativamente, pedem que a pena seja aplicada no mínimo legal previsto; JOSÉ JASON BEZERRA DA SILVA requer, também, a revogação da prisão preventiva contra ele decretada (fls. 3.094/3.097);

m) GLAUCO DE QUEIROZ MONTEIRO (04 anos e 06 meses de reclusão, mais 250 dias-multa e 01 ano e 06 meses de reclusão) recorre também aduzindo as preliminares de prescrição retroativa quanto ao delito do art. 288 do CP, de incompetência da Justiça Federal para tramitação do feito e de impossibilidade jurídica do pedido; meritoriamente, assevera sua inocência e ausência de provas de que tenha perpetrado os ilícitos pelos quais fora condenado, pelo que requer sua absolvição; alternativamente, pugna pela exclusão da majorante trazida no CP, § 3º, do art. 171 – por inaplicabilidade ao caso – e a redução das penas aplicadas (fls. 3.123/3.139);

n) ANTÔNIO AUGUSTO MOURA BORBOREMA (06 anos de reclusão, mais 360 dias-multa e 02 anos de reclusão) aduz, em preliminar, a prescrição relativa ao delito de quadrilha, a incompetência da Justiça Federal para o caso e impossibilidade jurídica do pedido; no mérito, insurge-se quanto a sua condenação, alegando insuficiência de provas de que tenha atuado para a consecução dos delitos em tela; de modo alternativo, requer a exclusão do aumento de pena trazido no CP, § 3º, do art. 171 – por entender descabido – e redução da pena imposta (fls. 3.146/3.160);

o) ALOISIO BARBOSA CALADO FILHO (05 anos de reclusão, mais 300 dias-multa, e 01 ano e 06 meses de reclusão) assevera que não houve prejuízo para a CEF – donde se conclui ter havido, apenas, crime de usura e não de estelionato – que inexistem provas concretas de que tenha cometido os delitos descritos na peça acusatória, razão pela qual pede sua absolvição (fls. 3.170/3.174);

p) LÚCIO BRASILEIRO GOMES DE MELO (05 anos de reclusão, mais 300 dias-multa, e 01 ano e 06 meses de reclusão) recorre sustentando que não restou suficientemente comprovado que tenha concorrido dolosa e conscientemente para as infrações penais em comento, pelo que requer sua absolvição e, de modo al-

ternativo, pede a aplicação das penas no mínimo legalmente previsto e isenção da pena de multa e das custas judiciais (fls. 3.177/3.182);

q) MILTON GOMES DE MELO (05 anos de reclusão, mais 300 dias-multa, e 01 ano e 06 meses de reclusão) recorre argumentando que não restou comprovado o dolo em sua conduta – elemento indispensável para a configuração do estelionato – requerendo, por isso, que seja inocentado; de forma alternativa, requer seja aplicada a pena mínima legalmente prevista, bem como a isenção da pena de multa e das custas judiciais (fls. 3.184/3.189);

r) FÁBIO BORBOREMA DE SOUSA (05 anos de reclusão, mais 300 dias-multa, e 01 ano e 06 meses de reclusão) aduz, em preliminar, a prescrição quanto ao crime de quadrilha; no mérito, alega que a pena-base foi aplicada de modo exacerbado (uma vez que este apelante não possuía antecedentes criminais), que não é caso de se aplicar o aumento trazido no CP, § 3º, que na dosimetria da pena não foi considerado o comportamento da vítima (fragilidade do sistema de controle das operações), e por tais razões a pena privativa de liberdade merece ser reduzida e substituída por pena restritiva de direitos (fls. 3.204/3.207);

s) LUIZ MANUEL MEDEIROS COSTA (05 anos de reclusão, mais 300 dias-multa, e 01 ano e 06 meses de reclusão) suscitou, em preliminar, a incompetência da Justiça Federal para apreciação do caso; no mérito, arguiu a prescrição retroativa quanto ao delito de quadrilha, impossibilidade de condenação pelo ilícito de estelionato, pelo que requer sua absolvição; de forma alternativa, pede a redução das penas aplicadas e cumprimento em regime aberto, concessão de sursis ou substituição por pena restritiva de direitos (fls. 3.337/3.346);

Foram apresentadas contrarrazões.

Nesta instância, remetidos os autos à Procuradoria Regional da República, retornaram com opinativo pelo reconhecimento e decretação da prescrição retroativa quanto ao crime de quadrilha ou bando em relação a todos os réus e, quanto ao delito de estelionato, pelo improvimento das apelações interpostas e consequente manutenção da sentença.

É o que importa relatar.

Sigam os autos ao Exmo. Sr. Desembargador Federal Revisor, posto que o caso diz com hipótese onde o Regimento Interno da Casa impõe a providência.

### **VOTO**

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

A complexidade do julgamento do presente processo se esgota no alto número de apelações (22) – 23 denunciados – dado que as matérias nele envolvidas são simples. A descrição pormenorizada de cada conduta, bem assim o relacionamento da situação pessoal de cada réu com os documentos a ele alusivos e espraia-dos pelos vários volumes do inquérito e da documentação da instrução é que espicharam involuntariamente a denúncia, a sentença e as contrarrazões ministeriais. Mas a causa é simples.

A Caixa Econômica Federal, junto com a administração do Mastercard, identificaram significativo número de inadimplemento quanto às obrigações para com o aludido cartão, concentrado no ano de 1977 e nas agências de Campina Grande e Borborema. O desmedido inadimplemento, incompatível com o movimento tradicional das agências, sugeria cuidados e inspirava investigações. Outro fato surpreendente restou identificado: estabelecimentos comerciais que trabalham com contas e determinado valor apresentavam transações muito acima de seus produtos. Assim, os postos de combustíveis “Futurama” e “Presidente” celebraram vendas de, v. g., R\$ 600.000,00 de gasolina, quando nenhum automóvel comporta tanto combustível em seu tanque. O mesmo se diga de restaurantes com fornecimentos incompatíveis com o valor dos serviços que prestam.

Encetadas cuidadosas investigações, foram flagradas várias pessoas que utilizavam, em grande escala, cartões próprios e de terceiros, junto a estabelecimentos cúmplices, para simular numerosas compras que seriam, asseguram os próprios réus, genuínos empréstimos, jamais quitados pelo “compradores”. Os cartões de terceiros (“laranjas”) eram abandonados com as contas impagas e sem que a administradora pudesse afrontar o genuíno

utilizador. Os golpes variavam ligeiramente em sua estrutura, havendo casos em que as contas eram quitadas com cheques furta-dos e/ou sem suficiente provisão de fundos, tudo com o intuito de manter ativo o cartão, possibilitando novos golpes. Em outros casos, aproveitavam-se vendas feitas a dinheiro para destinar o pagamento ao grupo, cuidando-se de simular o pagamento através de cartões frios.

A denúncia, bem assim a sentença, cuidaram de relacionar cada negócio celebrado por cada um dos réus, indicando as fls. em que os formulários de achavam inseridos.

Importante destacar que a denúncia abarcou golpes perpetrados contra a CAIXA, através do Federal Card (Mastercard), bem assim golpes com outros cartões, estes de administradoras privadas (Unibanco Mastercard; Excel Econômico Internacional; Fiat Mastercard; América do Sul Master; Diners Advantage; Brastemp Credicard Internacional; Tam Diners; Diners Club), mercê da conexão entre os ilícitos.

A sentença condenou todos os réus, salvo aquele isolado cuja absolvição foi requerida pelo próprio *Parquet* Federal, nas penas do estelionato qualificado e nas de formação de quadrilha.

Os recursos vieram em bloco. Quase todos insistem nas mesmas preliminares, procuram desacreditar as provas e, ao fim, investem contra a dosimetria que consideram excessiva.

De comum, todos sustentam a prescrição retroativa das penas impostas pelo crime de formação de quadrilha, aspecto em que o Ministério Público Federal, em contrarrazões, anui à provocação e reconhece a extinção da punibilidade.

É que a denúncia foi recebida em 22 de fevereiro de 1999 e a sentença condenatória de primeiro grau restou publicada em 31 de outubro de 2006. Entre o recebimento da denúncia, causa interruptiva da fluência do prazo prescricional, e a condenação, ainda que sujeita à confirmação, passaram-me mais de sete (7) anos.

Ora, para o crime de formação de quadrilha, a sentença fixou penas que variaram de 1 a 2 anos, sem superar este limite. Logo, todas prescreveram em quatro anos, daí porque força é convir na consumação da caducidade. Importante destacar que, à míngua

de recurso manejado pelo Ministério Público Federal, ao menos para a acusação a sentença transitou em julgado.

Este fato – a prescrição do crime de formação de quadrilha – facilita o trabalho do julgador. É que a questão mais tormentosa dos autos diz respeito exatamente à configuração da quadrilha. Ou se seriam os réus, indivíduos ou duplas agindo isoladamente, descaracterizada a organização complexa e multifacetada que constituiria a quadrilha. Com a prescrição deste crime a discussão fica prejudicada.

Dou, pois, provimento a todos os recursos da defesa para decretar a extinção da punibilidade de todos os réus (de ofício aqueles que não o requereram no apelo), mercê da consumação do prazo prescricional.

Passo ao exame dos recursos no quanto relativo ao crime de estelionato.

Quanto ao estelionato, os apelos começam por suscitar a incompetência da Justiça Federal. A motivação desta alegada incompetência varia levemente, mas se funda sempre na ausência de prejuízo para a CAIXA, daí que não teria sido o crime cometido em detrimento de bens, serviços ou interesses federais. Os apelantes não vêem prejuízo da CAIXA por que esta, (a) ao fim do exercício, comemorava lucros extraordinários, inclusive com a exploração de cartões de crédito. Também a ausência de prejuízo decorreria de (b) cláusula existente no contrato entre a CEF e o Mastercard, que responsabilizaria este pela cobertura dos inadimplementos. Por último, não haveria prejuízo da CEF (c) quando em jogo operações celebradas com outros cartões de crédito que não o Federal Card.

Sem razão.

Os eventuais lucros da CEF, inclusive na exploração dos negócios com cartões de crédito não elimina as perdas e danos que amargou com os estelionatos de que teria sido vítima. Não fossem os atos a que se reportam os autos e o lucro seria maior. A vingar a tese dos apelantes não haveria prejuízos para a CEF ainda que fosse assaltada, desde que o butim não superasse seus lucros no período. Trata-se de argumento pueril, sem a mínima seriedade.

Também não colhe a alegação de que não haveria prejuízos para a CEF, eis que no contrato com a administradora de cartões a inadimplência seria suportada pela última. A possibilidade de recuperação dos danos que o contrato assegura à vítima não a caracteriza como tal. Assim, quem furta automóvel segurado, furta do dono e não da seguradora. A fragilidade do argumento é, pois, facilmente perceptível.

Por último, apuram-se na Justiça Federal os crimes em detrimento de cartões particulares, em face da íntima conexão destes casos com aquel'outros onde a CEF é a vítima. A ausência de prejuízos à CEF, aqui, é irrelevante, eis que a competência da Justiça Federal surgiu com a ampliação de suas atribuições regulares. O feito, em princípio, seria da competência da Justiça Estadual. A conexão com os crimes praticados contra a CEF ampliou, mediante prorrogação, a competência da Justiça Federal. Este fato é absolutamente corriqueiro, surpreendendo que os réus desenvolvam tal tese, o que somente se explica pela ausência de defesa mais bem encorpada.

A segunda preliminar desenvolvida nos apelos alude ao fato de ser impossível aos defendidos o cometimento de crime contra o sistema financeiro nacional, eis que seriam eles pessoas simples, fora do exercício de qualquer função integrante do sistema, daí a impossibilidade do ilícito que é funcional próprio.

A preliminar é impertinente. Os réus apelantes não estão incursos nas penas de crime contra o sistema financeiro. O que a eles se atribui é o de estelionato comum, previsto no próprio Código Penal. A cogitação acerca de crime contra o sistema financeiro nasceu de especulação da própria defesa que pretendia que o agir dos réus fosse capitulado como crime de usura, o que implicaria pena mais branda e, quiçá, consumação da prescrição.

Rejeito a isagoge.

No que concerne ao mérito, mas permanecendo em discussão preliminar, a defesa de vários dos réus sustenta a atipicidade das condutas. Para os usuários de cartões se alude a que teriam praticado negócios comuns, não havendo qualquer irregularidade na tomada de empréstimo mediante a simulação de venda. Aliás, para a Administradora dos cartões seria irrelevante o débito decor-

rer de compra ou de empréstimo. Uma coisa teria a mesma natureza da outra, daí a atipicidade. Quando muito, os réus teriam incidido em ilícito civil, qual seja, a inadimplência. Contudo, ninguém poderia ser preso por dívida e o inadimplemento não poderia ser equiparado a transgressão penal.

Quanto aos comerciantes, que aceitaram faturar os cartões contra empréstimos, também não teriam incidido, no dizer da defesa, em crime. A conduta também seria atípica. E repete-se o que veio explicitado no parágrafo anterior. O negócio de empréstimo seria ontologicamente semelhante ao de venda. As dívidas resultantes de um e de outro não se diferenciarão.

A tese é insustentável. Inicialmente registre-se que ela, a tese, deixa inexplicados os cartões falsos, os obtidos por meio de laranjas, os mantidos ativos através do expediente da quitação das faturas com cheques sem fundos. Também não explica a pretensa “regularidade” de, diante da venda à vista, como se fez com passagens aéreas, simular a venda através de cartão para integrante do grupo, apropriando-se do valor, em dinheiro, deixado pelo terceiro.

Mas, independentemente destes buracos, a tese em si é insustentável. O cartão de crédito é forma típica de liquidação de compras. Seu significado e limites são inteiramente definidos. O uso do cartão, sem que tenha havido compra para instrumentalizar empréstimo, produzindo-se documentos ideologicamente falsos relativos a compras simuladas, constitui fraude, engano, engodo. E se tal expediente é praticado com o intuito de causar dano às administradoras, conhecendo previamente que as contas não serão pagas, máxime com cartões frios, emitidos em nome de laranjas, configura estelionato. Afinal, estelionato é a obtenção de ganhos injustificados, mediante fraude e induzindo a vítima a erro. É tudo que os réus fizeram.

Os titulares de cartões tiveram acesso a dinheiro descontado à conta do patrimônio das administradoras. Os comerciantes participaram da pilhagem, dividindo com os “cartãozeiros” os resultados positivos da fraude. Ninguém pagou a conta, transfundindo os prejuízos para as administradoras. Como não enxergar, aí, o estelionato? Qual de seus requisitos não estaria presente?

Neste passo é importante lembrar que o estelionato tem desenho plástico, configurando-o qualquer ganho injustificado, através do expediente de manter a vítima em erro. Presentes tais elementos, força é convir que de estelionato se cuida.

No que se refere ao cerne do mérito, as apelações são tímidas. Limitam-se a negativas gerais, a referências à necessidade da robustez da prova e à regularidade das compras feitas pelos apelantes, sem descer a examinar os formulários e extratos minudentemente explicitados na sentença.

É verdade que condenação reclama prova dos fatos ditos criminosos. E prova robusta. Mas esta prova encontra-se nos autos. Desde a denúncia, mas principalmente na sentença, encontram-se referenciadas as páginas do inquérito onde estão documentadas (cada uma) das operações fraudulentas.

Nas contrarrazões de apelação o Ministério Público cuidou de fazer a mesma referência e transcrição no que respeita aos poucos réus que não confessaram a prática de negócios escusos. É que a maioria reconhece haver se utilizado de cartões para a obtenção de empréstimos ou para a concessão deles (comerciantes).

Desnecessária a transcrição pura e simples da sentença e das contrarrazões no que concerne à descrição de cada um dos negócios em que se envolveu cada réu. Considero parte integrante de meu voto tais transcrições.

Além das preliminares já analisadas, as apelações versam principalmente ataques à dosimetria. Duas são as principais teses: a) não incidiria, na hipótese, a causa especial de aumento prevista no § 3º do art. 171 do Código Penal, eis que a CAIXA seria empresa privada (detentora de personalidade jurídica de direito privado), não se constituindo, também, instituto de economia popular, assistência social ou beneficência; b) O estelionato seria delito permanente, daí porque não se poderia falar em continuidade delitiva.

Ao lado destas teses principais, sustentam, os apelantes, a demasia da pena base, fixada em torno de dois anos a dois anos e meio, bem assim ter a sentença considerado circunstância judicial desfavorável os maus antecedentes daqueles que respondiam

a ações penais, ainda que não condenados definitivamente ou absolvidos. Para os apelos, enquanto não houver condenação definitiva, os réus têm bons antecedentes, ou haverá grave mácula à presunção constitucional de inocência.

Enfrento cada ponto.

O § 3º do artigo 171 do Código Penal, incide quando o estelionato vitima a Caixa Econômica Federal. É indiscutível que a caixa tem personalidade de direito privado, até porque se trata de empresa pública. Contudo, também não restam dúvidas sérias que a CEF é instituição captadora das economias populares, em seu sistema de caderneta de poupança, depositária do FGTS, administradora dos recursos do Sistema Financeiro de Habitação. Trata-se, portanto, de instituto de economia popular e de assistência social. Demais disso, a jurisprudência dos tribunais superiores já assentou a certeza da incidência da norma em foco. Logo, não errou a sentença quando aplicou a causa especial de aumento da pena.

Rejeito, igualmente, a tese dos apelos no sentido de ser o estelionato crime permanente. Não é. O estelionato se consuma quando a vantagem é obtida pelo agente, depois de iludida a vítima. Há casos em que o estelionato, a despeito de sua natureza instantânea, produz efeitos permanentes. É o que se dá, e. g., com a obtenção de benefícios previdenciários perenes, tais como aposentadoria, auxílio-doença e pensão. Nestes casos, a manutenção do benefício fraudulento não constitui nova infração, até porque a atividade fraudulenta se encerra com o requerimento do benefício. O recebimento das parcelas não encerra transgressão, não havendo aí indução da vítima em erro. Trata-se de mero exaurimento do crime.

Mas a realidade dos autos é outra. O estelionato, aqui, cometeu-se de cambulhada. Tratava-se de infração instantânea e de efeitos instantâneos. Cada novo cartão “frio” obtido, cada nova compra simulada, cada empréstimo fundado em cartão de crédito, é crime autônomo que não pode ser havido como sequência (permanência) do anterior. Impossível defender que a simulação da aquisição de passagem aérea é parte da aquisição simulada de tanque de combustível, ou remédio em farmácia, ou prato de co-

mida em restaurante. Os fatos são isolados. Penso que se poderia, com mais facilidade, defender-se a tese do concurso material do que a da permanência do crime.

Neste contexto, como o elemento subjetivo foi continuado e os métodos utilizados comuns, andou bem a sentença quando acolheu a tese da continuidade delitiva com o objetivo de abrandar a punição.

Mais forte é a tese da impossibilidade de se considerar maus os antecedentes de quem responde a ações penais, antes de configuradas condenações definitivas. De fato, a presunção constitucional de inocência parece brigar com o agir da sentença. A meu sentir, deveria medrar a tese sufragada nos apelos. Ocorre que a jurisprudência terminou por consagrar a tese oposta. O fato de o réu estar a responder a vários processos criminais, ainda que não condenado (ainda) autoriza a conclusão de que não sejam bons seus antecedentes. O mais importante é que este fator sozinho não acarreta necessariamente aumentos de pena, sendo, ao oposto, considerado no conjunto de fatores a definir o quanto da pena base aplicada, é dizer, influenciando na primeira fase.

Por último, gize-se que a sentença não aplicou penas delirantes, seja com relação a privativa de liberdade, seja no concernente à multa. Quanto a esta, considerado o intuito de ganho fácil que animou os réus, foi de boa prudência que as multas impostas tivessem rigor compatível com as circunstâncias. E se de pobres se cuidar, como desejam os recursos, a multa será incobrável.

Em face do exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO AOS APELOS para declarar a extinção da punibilidade do crime de formação de quadrilha para todos os réus, mercê da prescrição retroativa, mantendo, no mais, íntegra a sentença.

É como voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.968-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA  
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Apelada: KATIA BORN RIBEIRO  
Advs./Procs.: DRS. JAMES RAFAEL COSTA MEDEIROS E OUTRO (APDA.)

**EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. EX-PREFEITA. CRIME AMBIENTAL. CAUSAR POLUIÇÃO E OMISSÃO DO DEVER LEGAL DE ZELAR PELO EQUILÍBRO DO MEIO AMBIENTE. ARTIGOS 54 C/C 68 DA LEI Nº 9.605/98. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA PROFERIDA AO FUNDAMENTO DE INEXISTIR SUBSUNÇÃO DA CONDOTA AO TIPO LEGAL. AUSÊNCIA DE PROVA DE AUTORIA DELITIVA. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. ARTIGO 386, V E VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/2008).**

**- O direito ao meio-ambiente abrange ao mesmo tempo, 'um não fazer' (não degradação da qualidade ambiental) e 'um fazer' (recuperação da qualidade ambiental eventualmente degradada), tendo em vista a manutenção de um status, de uma situação pré-determinada pelo ordenamento jurídico como inafastável: o meio-ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225).**

**- Não obstante existam provas acerca da materialidade do crime de poluição da orla marítima de Maceió/AL, não houve abstenção da ex-Prefeita daquela municipalidade em tomar as providências a seu cargo.**

**- O depoimento da acusada, aliado à prova testemunhal, são uníssonos a corroborar que, à época da gestão da ex-Prefeita, ora apelada, havia um projeto da administração municipal de Maceió de detecção e tamponamento de ligações**

***clandestinas à rede de galerias pluviais, projeto este que ficou a cargo da Vigilância Sanitária e que impediu, através de instalações e elevatórias (do Atlantic até a Cruz das Almas), que a “língua negra” chegasse até as praias de Maceió.***

***- O esforço despendido na gestão da ex-Prefeita em solucionar as ligações clandestinas de esgoto não sofreram solução de continuidade na gestão posterior.***

***- No sistema penal, assentado na presunção de inocência do réu, a prova da autoria deve ser concludente e estreme de dúvidas.***

***- Mantém-se a sentença absolutória, ressaltando-se que o fundamento da absolvição, na atual vigência do código de processo penal, enquadra-se no Artigo 386, V (não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal) e VII (não existir prova suficiente para a condenação), do Código de Processo Penal, com as redações determinadas pela Lei nº 11.690/2008.***

***- Apelação do Ministério Público Federal improvida.***

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 10 de junho de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal (fls. 571/580) contra sentença (fls. 560/567) da lavra da

Exma. Sra. Juíza Federal Substituta, Dra. CÍNTIA MENEZES BRUNETTA, da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Alagoas, que, julgando improcedente a denúncia, absolveu a acusada Kátia Born Ribeiro da imputação do crime de poluição previsto no Artigo 54, § 2º, incisos IV e V e § 3º c/c art. 68 da Lei nº 9.605/98, com esteio nos Artigos 386, IV (não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal) e VI (não existir prova suficiente para a condenação), do Código de Processo Penal, na sua anterior redação, atualmente previstos no inciso V e VII, do mesmo diploma legal.

O Ministério Público Federal denunciou a acusada KÁTIA BORN RIBEIRO, à época dos fatos Prefeita do Município de Maceió/AL, em face de de sua omissão no que diz respeito à prevenção contra o lançamento de efluentes nas praias de Maceió e de sua inércia no que tange à tentativa de obstar o mal que já houvera se concretizado.

Giza a denúncia que seria atribuição da Administração Municipal zelar pelo equilíbrio ambiental e pela qualidade de vida da população, devendo executar vistorias a fim de evitar ligações clandestinas de esgotamento à rede de águas pluviais e as competentes notificações àqueles que assim procedesse.

O Ministério Público Federal imputou à acusada a prática de crime previsto nos artigo 54, § 2º, incisos IV e V e § 3º, c/c art. 68 da Lei nº 9.605/98.

Insurge-se a acusação contra o decreto absolutório, com o fim de a acusada ser condenada pelo crime de poluição previsto na legislação especial (Lei nº 9.605/98), argumentando para tanto: 1) existência de provas satisfatórias a embasar a condenação; 2) que a acusada agiu com dolo eventual ao quedar-se inerte diante de várias reuniões promovidas e das requisições expedidas pelo Ministério Público para tentar sanear o problemas da poluição das águas das praias de Maceió; 3) ausência de prova pela defesa de que teria utilizado os recursos públicos recebidos para impedir a degradação do ecossistema da orla marítima.

Contrarrrazões apresentadas pela Defesa (fls. 583/589), que pugnou pela manutenção da sentença absolutória.

No Parecer Ministerial (fls. 594/601), o Exmo. Sr. Procurador Regional da República, Dr. Wellington Cabral Saraiva, opinou pelo

provimento da apelação da Acusação para reformar a sentença absolutória e condenar a acusada nas sanções previstas nos Artigos 54, § 2º, incisos IV e V e § 3º c/c art. 68 da Lei nº 9.605/98.

Destaca o Exmo. Sr. Procurador Regional da República que: 1) haveria prova de que o MPF em Alagoas exigiu da acusada a adoção das medidas necessárias para sustar a degradação ambiental das praias; 2) nos últimos três anos da gestão da Sra. Prefeita de Maceió, a Vigilância Sanitária daquele município teria lavrado 23 autos de infração e 328 termos de intimação, dos quais apenas três relacionados à orla marítima e nenhum referente a ligação de esgoto à rede coletora de águas pluviais; 3) a prova da omissão da acusada consiste no fato de que, em poucos meses, a nova gestão do município de Maceió teria reduzido drasticamente a poluição, no efetivo combate às ligações clandestinas.

É o que havia de relevante para relatar.

Encaminhem-se os autos ao eminente Sr. Desembargador Federal Revisor, nos termos Regimentais.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

KÁTIA BORN RIBEIRO, ex-Prefeita do município de Maceió/AL, foi absolvida pelo Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Alagoas, da imputação do crime de poluição previsto no artigo 54, § 2º, incisos IV e V e § 3º, c/c art. 68 da Lei nº 9.605/98, com esteio nos artigos 386, IV (não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal) e VI (não existir prova suficiente para a condenação), do Código de Processo Penal, na sua anterior redação, atualmente previstos no inciso V e VII, do mesmo diploma legal.

Insurge-se a Acusação contra o decreto absolutório, com o fim de a acusada ser condenada pelo crime de poluição previsto na legislação especial (Lei nº 9.605/98), argumentando para tanto: 1) existência de provas satisfatórias a embasar a condenação; 2) que a acusada agiu com dolo eventual ao quedar-se inerte diante de várias reuniões promovidas e das requisições expedidas pelo Ministério Público para tentar sanear o problemas da poluição das

águas das praias de Maceió; 3) ausência de prova pela defesa de que teria utilizado os recursos públicos recebidos para impedir a degradação do ecossistema da orla marítima.

Passo à análise.

O Ministério Público Federal denunciou a acusada KÁTIA BORN RIBEIRO, à época dos fatos Prefeita do Município de Maceió/AL, em face de de sua omissão no que diz respeito à prevenção contra o lançamento de efluentes nas praias de Maceió e de sua inércia no que tange à tentativa de obstar o mal que já houvera se concretizado.

Giza a denúncia que seria atribuição da Administração Municipal zelar pelo equilíbrio ambiental e pela qualidade de vida da população, devendo executar vistorias a fim de evitar ligações clandestinas de esgotamento à rede de águas pluviais e as competentes notificações àqueles que assim procedesse.

Foi imputada à acusada a prática de crime previsto nos Artigo 54, § 2º, incisos IV e V e § 3º c/c art. 68 da Lei nº 9.605/98.

Acerca da fundamentação adotada, pela Exma. Sra. Juíza Federal de primeiro grau, para a conclusão da decisão absolutória, colhem-se os seguintes excertos do decreto singular (fls. 560/567):

## II - FUNDAMENTAÇÃO

12. A Lei nº 9.605/98, atinente à tutela penal do meio ambiente, trouxe à baila o delito de poluição tipificado em seu art. 54 que assim dispõe:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

§ 2º Se o crime:

I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;

II - causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afe-

tadas, ou que cause danos diretos à saúde da população;

III - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;

IV - dificultar ou impedir o uso público das praias;

V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

13. Outrossim, o mesmo diploma legal, estatui como crime contra a Administração ambiental a seguinte conduta:

Art. 68. Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena é de três meses a um ano, sem prejuízo da multa.

Com estas fundamentações legais, o Ministério Público ofertou denúncia em desfavor de Kátia Born Ribeiro, por ter se omitido, enquanto chefe do Executivo municipal, diante da evidente poluição da orla marítima de Maceió pelo lançamento de esgotos *in natura* na galeria de águas pluviais sob responsabilidade do município, segundo alega.

14. O sistema penal pátrio possui como pedra de toque o princípio da legalidade estrita. A lei deve definir precisa e cristalinamente a conduta proibida. Desta feita, insta averiguar se a conduta em comento restou-se conformada com as tipificações legais em epígrafe.

15. A esse respeito o Tribunal Regional Federal da 3ª Região já se posicionou da seguinte forma:

PENAL. CRIME CONTRA A FAUNA SILVESTRE (LEI Nº 5197/67). TIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

1. Não comprovação da prática do delito previsto no artigo 10, alínea h, da Lei nº 5.197/67.

2. A manutenção dos animais da fauna silvestre em cativeiro, sem finalidade comercial, é fato atípico.

3. Do princípio da legalidade estrita que vige no Direito Penal decorre a regra da taxatividade, que impõe a descrição clara dos fatos alçados a tipos penais.

4. Para a verificação da tipicidade da conduta não deve o julgador fazer qualquer esforço de interpretação. A subsunção dos fatos à norma penal deve ser imediata e perfeita.

5. Na hipótese dos autos, a inserção da conduta “manutenção em cativeiro” no núcleo “utilização” (artigo 1º da Lei nº 5.197/67) implica certo esforço de interpretação que não se compadece com os princípios já mencionados.

6. Recurso improvido. Sentença mantida. (TRF 3ª Região, ACR 95030611008/SP, Rel. Des. André Nabarrete, DJ 18/11/2007). Grifos acrescidos.

16. O *caput* do art. 54 traz a expressão “causar poluição”. Para que haja a adequação fática a esta partícula do tipo penal, mister que o agente tenha dado causa à poluição, em outras palavras, tenha o indivíduo produzido, mediante uma conduta positiva sua, degradação à qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; afetem desfavoravelmente a biota; afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos. O mesmo ocorre com as qualificadoras do § 2º, IV e V.

17. Portanto, aqui já se elide a incidência do referido dispositivo legal, não havendo nem o que falar em inexistência do dolo.

18. Contudo, o Ministério Público tipifica a conduta da ex-prefeita no § 3º do mesmo artigo, isto é, na falta de precaução causando risco de dano ambiental grave ou irreversível. Da mesma forma, em atenção ao princípio da legalidade, observando todos os elementos do tipo legal, verifica-se que inexistente adequação típica da conduta. O tipo ordena que autoridade competente exija a precaução que é aludida. Analisando o fato concreto, inexistente qualquer autoridade administrativa exigindo a tomada de tais medidas.

19. Conquanto o copioso labor do *Parquet* federal em ver

alguém responsabilizado pelo dano ambiental causado na orla marítima de Maceió, a conduta da ex-prefeita, ora ré, não se subsumiu ao tipo legal em epígrafe. Resta perquirir acerca da tipificação articulada pelo Ministério Público no que tange ao descumprimento de obrigação de relevante interesse ambiental, previsto no art. 68 do mesmo diploma normativo.

20. Ora, o tipo penal pune aquele que, dotado de dever legal ou contratual, se omite, renuncia, interrompe, não realiza o seu mister. Além do mais, há que se observar o elemento subjetivo, o dolo, a vontade de se abster em realizar a sua obrigação decorrente de lei ou contrato.

21. O Ministério Público demonstrou de forma hialina a poluição que permeia as praias de Maceió. Contudo, não se desincumbiu do ônus de demonstrar a subsunção da conduta da ré ao tipo legal. Ou seja, a autoria não se restou comprovada, pois carregam os autos provas de que Kátia Born Ribeiro, à época como chefe do executivo municipal, depreendeu esforços para evitar o despejo de resíduos domésticos na orla marítima. (...).

23. Foge da competência deste Juízo verificar se as medidas adotadas foram suficientes para evitar o dano. Há de se restringir, portanto, à verificação da adequação do fato à norma penal.

24. Cumpre destacar algumas passagens do caudal probatório. **A testemunha compromissada**, Roberto Denis Omena Barbosa (fls. 463/464), que é **engenheiro da SOMURB há 25 anos e atualmente é chefe do controle ambiental** da orla desde a época do mandato de Kátia Born Ribeiro, destaca:

(...) que tem notícias que na gestão anterior houve um projeto da administração municipal de detecção e tamponamento de ligações clandestinas à rede de galerias pluviais, projeto este que ficou a cargo da Vigilância Sanitária (...) na gestão anterior a SOMURB impediu através de instalações e elevatórias, do Atlantic até a Cruz das Almas, que a língua negra chegasse até a praia (...).

25. **A testemunha Jorge Briseno Torres** (fls. 466/468), que era **engenheiro da CASAL** na primeira gestão de Kátia Born Ribeiro e na segunda gestão era **Secretário de Infraestrutura do Município**, afirma:

(...) que na segunda gestão, houve a implantação dos inversores de frequência na elevatória do Salgadinho, que foi feito com dinheiro da prefeitura a pedido da CASAL; (...) que conhece o Projeto Mar Aberto lançado pelo atual prefeito Cícero Almeida, que segundo o depoente, é uma reedição do projeto iniciado pela gestão da denunciada, consistente em buscar ligações clandestinas e utilizar elevatória de tempo seco; (...) que ‘se tentou fazer de tudo’ para o controle e detecção das ligações clandestinas, por exemplo: utilização experimental de um robô para a fiscalização; utilização de corantes nos esgotos e a verificação *in loco* pelo pessoal da CASAL e Prefeitura (...).

26. Destes argumentos não destoa **a testemunha Cláudia Tavares de Santana** (fls. 481/483) que trabalhou nas duas gestões da ex-prefeita, ora ré, afirmando que:

(...) durante as duas gestões a vigilância sanitária era responsável pela identificação das ligações clandestinas de esgotos para a rede de drenagem e o destino do lixo; que trabalhava em ações multissetoriais da prefeitura que tentavam conter despejo de lixo nas encostas e no vale do Reginaldo e de outras áreas de Maceió (...) que antes da gestão da ex-prefeita não existiam estações elevatórias destinadas a coletar água de drenagem no verão (...).

27. Há um farto corpo probatório constante dos autos demonstrando que não houve omissão da ré em comento em executar seu mister de relevante interesse ambiental, impedindo, assim, a procedência da imputação fática inserta na denúncia.

28. Por fim, atente-se para o fato de que o Direito Penal do Estado Democrático de Direito é dotado de uma faceta minimalista, expresso no princípio penal constitucional da intervenção mínima. Assim, em havendo outras formas de tutelar o bem jurídico almejado há que se fazer mediante outras instâncias, jurídicas ou não. Só assim, ultrapassados todos os patamares, exsurge o Direito Penal como um ato mais ríspido do Estado. (...).

O direito ao meio-ambiente abrange, ao mesmo tempo, “um não fazer” (ou seja, a não degradação da qualidade ambiental) e “um fazer” (a recuperação da qualidade ambiental eventualmente

degradada), tendo em vista a manutenção de um *status*, de uma situação predeterminada pelo ordenamento jurídico como inafastável: o meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225, *caput*).

Em relação à proteção jurídica do meio ambiente, a nossa Constituição Federal, no seu artigo 225, consagrou o direito ao meio ambiente como direito humano fundamental, erigindo a proteção do meio ambiente como valor indispensável à vida e à dignidade das pessoas.

ALEXANDRE DE MORAES, *in Direito Constitucional*, 6ª edição, Editora Atlas, 1999, discorrendo sobre a proteção ao meio ambiente diz: “não obstante a preocupação com o meio ambiente seja antiga em vários ordenamentos jurídicos, inclusive nas Ordenações Filipinas que previam no Livro Quinto, Título LXXV, pena gravíssima ao agente que cortasse árvore ou fruto, sujeitando-se ao açoite e ao degredo para a África por quatro anos, se o dano fosse mínimo, caso contrário, o degredo seria para sempre; as nossas Constituições anteriores, diferentemente da atual que destinou um capítulo para sua proteção, com ele nunca se preocuparam.”

Acrescenta, ainda, referido autor que “para possibilitar a ampla proteção, a Constituição Federal previu diversas regras divisíveis em quatro grandes grupos: regras de garantia; regras de competência; regras gerais e regras específicas. Tais regras consagram constitucionalmente o direito a um meio ambiente saudável, equilibrado e íntegro, constituindo sua proteção, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, “prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social”.

A Constituição proclama que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (artigo 225 da CF/88); preservando as

seguintes normas obrigatórias de atuação da Administração Pública e dos particulares, uma vez que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (artigo 225, § 3º, da CF/88).

Após a promulgação da Constituição de 1988, diversas leis que criminalizam os danos ao meio ambiente surgiram, tais como: a Lei nº 7.802, de 11/07/89, que penaliza o uso indevido de agrotóxicos; a Lei nº 7.804 de 18.07.89, que criminaliza a poluição; e a lei nº 7.805 de 18.07.89 transforma em delito a prática da garimpagem sem autorização.

A proteção ao meio ambiente efetivou-se realmente com o advento da Lei nº 9.605 de 12.02.98, conhecida como Lei Penal Ambiental. Essa lei alterou profundamente a tipificação de condutas em matéria de Direito Penal Ambiental, que anteriormente eram tratadas em leis esparsas.

A nossa atual Carta Magna, em seus artigos 173, § 5º, e 225, § 3º determina que a legislação ordinária estabeleça a punição da pessoa jurídica nos delitos contra a economia popular, a ordem econômica e financeira e o meio ambiente. E, assim, o artigo 3º da Lei 9.605/98 tornou expressa a responsabilidade penal da pessoa jurídica, uma alteração que rompe com tradição secular do Direito Penal Brasileiro, vez que se cogita aplicação de penas, tais como: multa, interdição de atividade e extinção (equivalente à própria pena de morte), penas sempre de cunho administrativo.

PAULO AFFONSO LEME MACHADO, *in Direito Ambiental Brasileiro*, 8ª edição, Malheiros Editores, 2000, cuidando sobre a tipificação do comportamento da pessoa jurídica, afirma: "... As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade (art.3º, *caput*, da Lei 9605/98). A responsabilidade civil ambiental das pessoas jurídicas, como das pessoas físicas, continua regida pela Lei 6.938/81 (art.14, § 1º). A responsabilização civil pretendida pelo *caput* do artigo 3º da Lei 9.605/98 não poderá

efetuar-se por essa lei, diante do veto do seu art.5º. As infrações penal e administrativa pelas quais se responsabiliza uma pessoa jurídica devem ser cometidas por seu representante legal ou contratual ou por seu órgão colegiado. O representante legal é normalmente indicado nos estatutos da empresa ou associação. O representante contratual pode ser o diretor, o administrador, o gerente, o preposto ou o mandatário da pessoa jurídica. Já o código civil previra a responsabilidade civil do patrão “por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir ou por ocasião dele” (art. 1.521, III), abrangendo as pessoas jurídicas que exercerem a exploração industrial (art.1.522).

Em termos de tipificação do comportamento da pessoa jurídica, na lei penal ambiental, salienta referido autor, que “a infração deve ser cometida no interesse da entidade ou no benefício da entidade. “Interesse” e “benefício” são termos assemelhados, mas não idênticos. Não teria sentido que a lei, tão precisa em sua terminologia, tivesse empregado sinônimos ao definir um novo conceito jurídico. “Interesse” não diz respeito só ao que traz vantagem para entidade, mas aquilo que importa para a entidade. O termo vem do Latim *interest* – importar, convir. Em Italiano, “*motivo di convenienza, individuato da regione di ordine pratico*”. Em Francês, “*ce qui importe, ce qui est utile à quelqu’un*”.

Não é, portanto, somente a idéia de vantagem ou de lucro que existe no termo “interesse”. Assim, age criminosamente a entidade em que seu representante ou seu órgão colegiado deixa de tomar medidas de prevenção do dano ambiental, por exemplo, usando tecnologia ultrapassada ou imprópria à qualidade do ambiente. O fato de não investir em programas de manutenção ou de melhoria já revela a assunção do risco de produzir resultado danoso ao meio ambiente. O interesse da entidade não necessita estar expresso no lucro direto, consignado no balanço contábil, mas pode se manifestar no dolo eventual e no comportamento culposo da omissão.

De um leitura da exordial, verifica-se que a acusada foi denunciada nos termos do artigo 54 da Lei 9.605/98. Tal artigo trata da incriminação de todas as formas de poluição, *verbis*: “causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou pos-

sam resultar danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: pena - reclusão de um a quatro anos e multa (artigo 54, *caput*, da Lei 9.605/98)”.

O crime descrito na exordial abrange “poluição de qualquer natureza”: a poluição das águas interiores e do mar; da atmosfera; do solo; através dos resíduos domésticos, dos resíduos perigosos; a poluição sonora; a poluição mineral. Não é excessivo o espectro da locução – “qualquer natureza” – pois para a consumação do delito é preciso mais do que poluir: é necessário poluir perigosamente ou causando dano.

Deve ser analisado se o comportamento da pessoa física ou jurídica está inserido na forma de poluição simples do *caput* do art. 54 ou se está contemplado nas formas qualificadas do § 2º do mesmo artigo ou em outros artigos. A saúde humana, os animais e a flora foram protegidos com intensidade diferente no art. 54. Esse artigo pode ser analisado em duas partes. A primeira parte descreve crime de resultado e crime de perigo. É crime causar poluição em níveis tais que resultem danos à saúde humana, como também, é crime causar poluição que possa resultar danos à saúde (PAULO AFFONSO LEME MACHADO, *in Direito Ambiental Brasileiro*, fls.658/659, 8ª edição, Malheiros Editores, 2000)

Ou seja, o agente há de dar causa à poluição, mediante conduta positiva, ocasionando degradação à qualidade ambiental.

Outra tipificação foi dada na denúncia à conduta da acusada, a prevista no art. 68, que dispõe:

Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental:  
Pena - detenção, de um a três anos, e multa.  
Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena é de três meses a um ano, sem prejuízo da multa.

Há de ser observada a vontade de se abster em realizar a sua obrigação decorrente de lei e contrato.

A acusação aponta que a acusada foi a autora dos crimes narrados na denúncia, pelo fato de ser a representante legal da administração pública municipal no período de 1998 a 2004.

A discussão travada, através do recurso manejado pela acusação, cinge-se ao fato de a acusada permanecer inerte, assumindo as consequências de sua omissão, bem como o fato de existir ou não adequação típica das condutas descritas na denúncia aos dispositivos da Lei de Crimes Ambientais

A materialidade do crime de poluição na orla de Maceió, decorrente do esgoto clandestino na rede pluvial do município, restou evidenciada. Nesse sentido, têm-se:

a) Levantamento fotográfico anexo ao Ofício do Ibama em Alagoas, em 14 de janeiro de 2004 (fls. 71/91 - volume 1);

b) noticiário da imprensa local (fls. 95/98);

c) Laudo de Exame para constatação de dano ambiental, realizado pelo Setor de Criminalística da Polícia Federal, e documentos anexos a tal laudo (fls. 212/277 - volume 1).

A grande indagação a ser feita: de fato, o agente (a ex-Prefeita de Maceió) causou poluição? ou, mesmo em face dos seus deveres legais, teria deixado de adotar as medidas de precaução para conter o dano ambiental? Ou, foi omissa? ou incorreu em crime ambiental por descumprir o dever legal de atuar no combate à poluição das praias de Maceió?

É a grande discussão desta apelação criminal, que, sem dúvida, converge e esbarra na sensibilidade do julgador e do seu livre convencimento quando da análise probatória coligida aos autos.

Conforme destacado na sentença recorrida, não houve prova acerca da autoria delitiva ou de que a acusada tenha concorrido para a infração penal. Nesse sentido, destaque-se: “O Ministério Público demonstrou de forma hialina a poluição que permeia as praias de Maceió. Contudo, não se desincumbiu do ônus de demonstrar a subsunção da conduta da ré ao tipo legal. Ou seja, a autoria não se restou comprovada, pois carregiam os autos provas de que Kátia Born Ribeiro, à época como chefe do executivo municipal, depreendeu esforços para evitar o despejo de resíduos domésticos na orla marítima.

Justificou tal assertiva em julgado proferido no Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. POLUIÇÃO. ART. 54, § 2º, INCISO V, DA LEI 9.605/98. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO PARA A ACUSAÇÃO E ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO PROVIDO.

- Ausência de justa causa – por falta de suporte probatório à propositura da ação penal – se dá quando o fato descrito na denúncia é, em tese, típico, mas a imputação não pode ser feita, por absoluto desamparo nos elementos de prova disponíveis.

- Ausência de justa causa – por atipicidade da conduta – se dá quando o suporte probatório existente indica a ocorrência de fato que não guarda correspondência alguma com a descrição típica contida na denúncia.

- Os fatos que não têm qualquer respaldo nos dados colhidos no inquérito não podem figurar na denúncia, não podem ser imputados, sob pena de excesso ou abuso de denúncia – o que, sim, configura falta de justa causa.

- Para os efeitos penais, o lançamento de matérias ou resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ainda que em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos, não é típico em si mesmo; exceto se comprovado dano efetivo ou perigo de dano à saúde humana ou, segundo a dicção da segunda parte do artigo 54, no caso em “que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora”.

- O “risco de poluição” é diferente do “resultado poluição” requerido pelo artigo 54 da Lei 9.605/98.

- Recurso provido para o trancamento da ação penal.

- (STJ RHC 18557/MG, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJ01/08/2006).

A testemunha Roberto Denis Omena Barbosa (fls. 463/464), engenheiro da SOMURB há 25 anos e, à época da audiência, chefe do controle ambiental da orla de Maceió desde a época do mandato de Kátia Born Ribeiro, destaca:

(...) que tem notícias que na gestão anterior houve um projeto da administração municipal de detecção e tamponamento de ligações clandestinas à rede de galerias pluviais, projeto este que ficou a cargo da Vigilância Sanitária (...) na gestão anterior, a SOMURB impediu através de instalações e elevatórias, do Atlantic até a Cruz das Al-

mas, que a língua negra chegasse até a praia, mas quem realizava o trabalho de fiscalização e tamponamento era a vigilância sanitária (...); que a prioridade da SOMURB (...).

Por sua vez, JORGE BRISENO TORRES, Engenheiro da CASAL, na primeira gestão da ex-Prefeita, e Secretário de Infraestrutura do Município de Maceió, na segunda gestão da acusada, corrobora o afirmado pelo Chefe de controle ambiental da gestão subsequente da Prefeita Kátia Born, no sentido de que o projeto idealizado e posto em prática pela ex-Prefeita foi de importância para o controle da degradação ambiental na orla marítima, sendo utilizado mesmo após a sua gestão. Nesse sentido, confira-se (fls. 466/468):

(...) que na segunda gestão, houve a implantação dos inversores de frequência na elevatória do Salgadinho, que foi feito com dinheiro da prefeitura a pedido da CASAL; (...) que conhece o Projeto Mar Aberto lançado pelo atual prefeito Cícero Almeida, que segundo o depoente, é uma reedição do projeto iniciado pela gestão da denunciada, consistente em buscar ligações clandestinas e utilizar elevatória de tempo seco; (...) que 'se tentou fazer de tudo' para o controle e detecção das ligações clandestinas, por exemplo: utilização experimental de um robô para a fiscalização; utilização de corantes nos esgotos e a verificação *in loco* pelo pessoal da CASAL e Prefeitura (...).

Esclarece, ainda mais, o depoimento da testemunha CLÁUDIA TAVARES SANTANA (fls. 481/483), que trabalhou nas duas gestões da Prefeita Kátia Born, no sentido de que a intenção da acusada, na sua gestão, era o combate à poluição do meio ambiente, tendo criado órgão de controle municipal de Vigilância Sanitária com finalidade específica para a fiscalização e punição dos pretensores "agressores" ao meio-ambiente. Confira-se:

(...) durante as duas gestões a vigilância sanitária era responsável pela identificação das ligações clandestinas de esgotos para a rede de drenagem e o destino do lixo; que trabalhava em ações multisetoriais da prefeitura que tentavam conter despejo de lixo nas encostas e no vale do Reginaldo e de outras áreas de Maceió (...) que antes da gestão da ex-prefeita não existiam estações elevatórias destinadas a coletar água de drenagem no verão (...).

Diante deste acervo probatório, inclino-me a confirmar o entendimento esposado pela Magistrada sentenciante.

Na verdade, não houve a vontade (dolo) de atingir o resultado (causar poluição), através da omissão.

Convence-se de que havia um esforço de salvação pela municipalidade em relação aos danos causados na orla de Maceió. Nesse sentido, colhe-se do **interrogatório da acusada** (fls. 439/440):

(...) que então a prefeitura utilizou um projeto já feito pela CASAL e enquadrou dentro do projeto maior de revitalização do Jaraguá, que o projeto da CASAL referente ao Riacho Salgadinho tinha um custo estimado em 180 milhões de reais, hoje estimado em cerca de 320 milhões de reais; que dos 180 milhões a prefeitura recebeu de emenda de parlamentares federais por volta de 12 milhões de reais que foram aplicados na captação de dejetos desde a antiga rodoviária até a igreja São Pedro, onde foi construído uma elevatória onde as águas são tratadas até hoje e levadas a um emissário submarino; que para que essa obra fosse colocada em funcionamento, a prefeitura teve que ajudar o Estado a recuperar o emissário submarino que há 10 anos não tinha manutenção, com 4 milhões de reais recebidos pelo governo federal; que foram realizadas fiscalizações das ligações clandestinas com mais de mil tamponamentos das existentes e construção de elevatórias na orla, do Hotel Jatiúca até o Jaraguá (...).

Quanto ao poder de polícia exercido pela Vigilância Sanitária, na gestão da ex-Prefeita, bem como do esforço em verificar as ligações clandestinas de esgoto e do efetivo conhecimento das diligências realizadas pela municipalidade ao MPF, destacam-se do interrogatório da acusada (fl. 440):

(...) que o procedimento dos tamponamentos era realizado pela vigilância sanitária municipal, pela SOMURB; que primeiramente havia notificação dos infratores pela vigilância sanitária, sendo seguida por uma autuação, multa e tamponamento, nessa ordem; que acredita que a vigilância sanitária tem comprovação documental dessas notificações e tamponamentos; que a vigilância sanitária era o único órgão com poder de polícia; que existiam algumas

ligações que não conseguiam ser detectadas e que em virtude deste fato foi dada informação ao MPF de que seria “muito difícil” verificar as ligações clandestinas; que todo procedimento era feito a partir de um pó especial de cor azul colocado manualmente para detectar as ligações clandestinas; que os mais de mil tamponamentos foram realizados ao longo do mandato e foi um trabalho permanente de fiscalização; que inclusive houve restaurante fechado em virtude do descumprimento da ordem municipal; que a prefeitura fazia o controle da qualidade da água através da CASAL, em seguida foi feito um convênio com o IMA que realizava de três em três dias o controle de balneabilidade; que durante a sua gestão na prefeitura, existiam pontos críticos de poluição, no entanto ressalta que no ponto de Salgadinho teve algum momento que foi detectado o menor número de coliformes fecais durante o verão, entre os pontos em que havia bomba de controle; que houve prestação e aprovação das contas dos recursos recebidos do governo federal (...).

Conclui-se, portanto, que, efetivamente, existia poluição nas águas da orla de Maceió/AL, contudo, o acervo probatório dos autos demonstra que a acusada não lhe deu causa, nem foi omissa no seu combate.

O reconhecimento de que havia o esforço, iniciado na gestão da acusada e na ulterior, no sentido de coibir as ligações clandestinas de esgotos nas galerias de águas pluviais, infere-se do interrogatório da acusada e do depoimento do Sr. Roberto Denis Omena Barbosa (fls. 463/464), engenheiro da SOMURB há 25 anos e chefe do controle ambiental da orla de Maceió desde a época do mandato de Kátia Born Ribeiro, e mesmo na ulterior gestão municipal, quando destacou que havia um projeto da administração municipal de detecção e tamponamento de ligações clandestinas à rede de galerias pluviais, projeto este que ficou a cargo da Vigilância Sanitária e que na gestão anterior a SOMURB impediu através de instalações e elevatórias, do Atlantic até a Cruz das Almas, que a língua negra chegasse até a praia, mas quem realizava o trabalho de fiscalização e tamponamento era a vigilância sanitária.

Referido engenheiro, inclusive, já na ulterior gestão, na condição de chefe da divisão de controle ambiental da orla, da SOMURB,

afirmou (fls. 418/419) que na gestão posterior à da acusada na praia de Pajuçara e Ponta Verde cerca de 90 a 95% das ligações clandestinas detectadas foram solucionadas, e na Praia de Jatiúca cerca de 80%.

Ora, não é crível que tal sucesso somente ocorreria na gestão posterior a da então Prefeita Kátia Born. Outra conclusão a que se pode chegar: o esforço despendido na gestão de Kátia Born em solucionar as ligações clandestinas de esgoto não sofreu solução de continuidade com a gestão posterior.

De fato, não se pode afirmar que houve dolo e omissão na conduta narrada na exordial desta ação penal (causar poluição e omissão no dever legal de zelar pelo equilíbrio ambiental), o que, por conseguinte, autoriza responder àquelas indagações feitas no início deste voto: a ex-Prefeita de Maceió não causou poluição. Não foi omissa em face dos seus deveres legais e não perfez crime ambiental por descumprir o dever legal de atuar no combate à poluição das praias de Maceió.

E explico: o Sistema penal assenta-se na presunção de inocência do réu, a prova da autoria deve ser concludente e estreme de dúvidas

É necessário que o julgador vislumbre a plausibilidade da absolvição, de acordo com os fatos concretos revelados nos autos, o que ocorreu no caso ora em exame, a cargo do juízo cognoscitivo penal, que ora se confirma em sede recursal.

Houve por parte da Magistrada sentenciante, através da análise de fatos concretos revelados nos autos, da prova testemunhal além da plausibilidade de verificar a existência da materialidade delitiva, a ausência de prova da autoria, a correta e sensata conclusão para o desfecho desta ação penal, que foi a de que a acusada não concorreu para a infração penal.

Forte nos argumentos expendidos, por entender convincentes em si mesmas as provas coligidas nestes autos, impõe-se, desta forma, a absolvição da acusada.

Por conseguinte, desacolho as razões de apelação da acusação para confirmar a sentença absolutória em todos os seus termos, ressalvando que o fundamento da absolvição, na atual vigên-

cia do código de processo penal, enquadra-se no artigo 386, V (não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal) e VII (não existir prova suficiente para a condenação), do Código de Processo Penal, com as redações determinadas pela Lei nº 11.690/2008.

*Ex positis*, nego provimento à apelação do Ministério Público Federal.

É como voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.796-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES  
Apelante: FRANCISCO CARLOS PEREIRA GOMES  
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Advs./Procs.: DRS. DANIEL CARNEIRO DUARTE E OUTROS (APTE.)

### ***EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. AUSÊNCIA DE PROPOSIÇÃO DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO.***

***- Réu beneficiado há menos de cinco anos. Impossibilidade de novo sursis. Apelante que aponta outros agentes como partícipes do crime e requer a nulidade processual por ausência de denúncia contra os mesmos.***

***- Prescrição pela pena em abstrato. Inocorrência de nulidades.***

***- Instalar e manter em operacionalização rádio sem autorização legal. Conduta típica, antijurídica e culpável. Materialidade e autoria incontestes. Atividade que se submete à exigência legal de prévia autorização administrativa.***

***- Pena fixada com a estrita observância dos requisitos legais.***

***- Improvimento da apelação.***

## ACÓRDÃO

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

Recife, 22 de junho de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Francisco Carlos Pereira Gomes, irresignado com a sentença da lavra do Dr. Ricardo Ribeiro Campos, MM. Juiz Federal Substituto da 11ª Vara da Seção Judiciária de Ceará que, entendendo provadas a materialidade e a autoria do crime definido no art. 70 da Lei nº 4.117/62, condenou-o a um ano e seis meses de detenção, substituindo, ao final, a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, consubstanciadas na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e em prestação pecuniária.

Houve apresentação de razões recursais pela Defensoria Pública da União, no entanto, por meio de advogado constituído, o réu apresentou outras razões argumentando, em preliminar, que a sentença deve ser cassada em face da ausência de proposição de suspensão condicional do processo e mesmo que deve ser anulado o processo, visto que outros agentes do mesmo ilícito não foram sequer denunciados.

No mérito, afirma que não houve tipicidade em sua conduta, visto que a exploração de rádio comunitária sem autorização legal é ilícito administrativo e não penal, devendo ser regulada pela Lei nº 9.612/98 e não pela Lei nº 4.117/62. Afirma ainda que não era a pessoa responsável pela rádio irregular, não podendo ser responsabilizado por qualquer ilegalidade, devendo ser aplicado ao menos o princípio *in dubio pro reo*.

Alternativamente à sua absolvição, requer a fixação da pena no mínimo legal.

Nas contrarrazões à apelação interposta, o Ministério Público sustenta que não se propôs a suspensão condicional do processo ao réu porque ele já se beneficiou desse instituto há menos de cinco anos, havendo impeditivo legal para a nova proposição.

Quanto à anulação do processo por não haver denúncia a outros agentes que teriam, em tese, praticado o mesmo ilícito, afirma que tais agentes eram apenas subordinados do apelante, não havendo que se anular o processo em face de tal fato.

Quanto ao mérito, afirma que a Lei nº 4.117/62 é perfeitamente aplicável ao caso concreto, havendo prova da materialidade e autoria do ilícito, não sendo o réu pessoa estranha a tais fatos, havendo, até por esse motivo, adequação da pena fixada no Juízo *a quo*.

Em parecer da lavra do Dr. Domingos Sávio Tenório de Amorim, a douta Procuradoria Regional da República opinou pela rejeição das preliminares e, no mérito, pela manutenção da sentença em todos os seus termos.

É o relatório.

À revisão regimental.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

O réu não é pessoa estranha à essa modalidade de prática criminosa. Ele já foi encontrado na mesma situação, mas teve o benefício do *sursis* processual previsto em lei. Por esse motivo, não faz jus ao mesmo benefício antes de passados cinco anos.

Também esta condição, qual seja, ser encontrado novamente delinquindo, foi um dos pilares para se fixar a pena-base do réu acima do mínimo, não havendo reparos a fazer na sentença nesse aspecto.

Tratando-se de radiodifusora que funciona sem autorização legal, três dispositivos legais encontram-se em vigor, a saber, a Lei nº 4.117/62, a Lei nº 9.472/87 e a Lei nº 9.612/98.

A Lei nº 9.612/98, que instituiu o Serviço de Radiodifusão Comunitária em seu artigo 2º estabelece:

Art. 2º O Serviço de Radiodifusão Comunitária obedecerá aos preceitos desta Lei e, no que couber, aos mandamentos da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, modificada pelo Decreto-Lei nº 236, de 28 de fevereiro de 1967, e demais disposições legais.

Parágrafo único. O Serviço de Radiodifusão Comunitária obedecerá ao disposto no art. 223 da Constituição Federal.

Assim, percebe-se que a Lei nº 9.612/98, ao instituir o Serviço de Radiodifusão Comunitária, admite a aplicação, dentre outros, dos seguintes preceitos constitucionais e legais: artigo 223 da Constituição Federal; Lei nº 4117/62; Decreto-Lei nº 236/67 e Medida Provisória nº 2216-37/2001, não estabelecendo portanto uma exclusividade legal sobre a matéria, até porque, no que tange às suas sanções, a lei cuida apenas de sanções de ordem administrativa, tais como advertência, multa e revogação da autorização.

Poder-se-ia argumentar que a legislação aplicável seria a Lei nº 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações. No entanto, a lei estabelece em seu artigo 215 o seguinte preceito:

Art. 215. Ficam revogados:

I - a Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, salvo quanto a matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão;

No caso dos presentes autos, dá-se exatamente a hipótese citada. É que não havia um desenvolvimento clandestino de telecomunicações, ou seja, não se usava a radiofrequência para comunicações clandestinas. Havia o funcionamento de uma rádio, a se apurar se de baixa frequência e alcance reduzido, enquadrando-se em ilícito relativo à radiodifusão, o que, nos exatos termos do artigo 215 da Lei 9.472/97, remete à aplicação da Lei nº 4.117/62.

Desse modo, enquadra-se o fato como o ilícito descrito no artigo 70 da Lei 4.117/62 assim redacionado:

Art. 70. Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos.

Parágrafo único. Precedendo ao processo penal, para os efeitos referidos neste artigo, será liminarmente procedida a busca e apreensão da estação ou aparelho ilegal.

Esse também é o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça. Leia-se:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. MANUTENÇÃO DE RÁDIO COMUNITÁRIA SEM A DEVIDA AUTORIZAÇÃO. ART. 70 DA LEI 4.117/62. TIPICIDADE. JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

- O trancamento de ação penal por falta de justa causa, pela via estreita do *habeas corpus*, somente se viabiliza quando se constata, de pronto, a imputação de fato atípico ou a inexistência de qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito pelo paciente.

- A instalação ou utilização de rádio comunitária, ainda que de baixa potência e sem fins lucrativos, sem a devida autorização do Poder Público, configura, em tese, o delito previsto no artigo 70 da Lei 4.117/62, que continua em vigor, mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 8/95 e da Lei 9.472/97.

- *Habeas corpus* denegado.

(HC 200101949138-PB; Rel. Min. Vicente Leal; 6ª Turma; Decisão unânime; Julgamento: 26/11/2002)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO NÃO CARACTERIZADO. ART. 255 D RISTJ. RÁDIO COMUNITÁRIA. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO. ART. 70 DA LEI 4.117/62.

I - Em obediência do art. 255 do RISTJ, é indispensável que se faça, entre os acórdãos paradigmas e a r. decisão reprochada, o cotejo analítico mostrando a similitude das situações. A simples transcrição de ementas, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta para demonstração da divergência jurisprudencial.

II - Os serviços de radiodifusão sonora e de sons e ima-

gens são, por definição, serviços a serem explorados diretamente pela União, ou mediante permissão, concessão ou autorização, razão pela qual rádio comunitária em questão, ainda que de baixa potência e sem fins lucrativos, não pode funcionar sem a devida autorização do Poder Público. Precedentes. Recurso conhecido e provido. (REsp 251848-MG; Rel. Min. Felix Fischer; 5ª Turma; Decisão unânime; Julgamento: 13/11/2001)

O exercício do direito de expressão submete-se, no caso da utilização de serviço de radiodifusão, à exigência legal da prévia autorização administrativa, o que protege o interesse público da ordenação adequada das emissões de rádio, até mesmo para permitir a recepção sem ruídos decorrentes de interferências e a segurança dos sistemas, como o controle de tráfego aéreo, que dependem do bom funcionamento das emissões radiofônicas.

Desse modo, sem ligação com a espécie a referência ao direito penal mínimo, porque há apenas a tese de se tratar de rádio de baixa frequência, sendo necessária autorização judicial para se produzir o corpo da prova.

Esta Turma, em diversas oportunidades, assim também se manifestou, consoante se depreende das ementas a seguir transcritas:

**PENAL E PROCESSUAL PENAL. RÁDIO COMUNITÁRIA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA.**

A ausência de autorização de funcionamento para instalação de rádio comunitária configura em forte indício do delito inserto no art. 70 da Lei nº 4.117/62.

Se a denúncia apresenta indícios da prática do delito, deve o magistrado recebê-la, pois atende ao enunciado do art. 41 do Código de Processo Penal.

Recurso provido.

(RCCR - Recurso Criminal Nº 494/CE; Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro; Data de Julgamento: 06/04/2004; Diário da Justiça - Data: 12/05/2004 - Página: 816; Decisão: UNÂNIME).

**RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. RÁDIO COMUNITÁRIA. FALTA DE AUTORIZAÇÃO PARA O FUNCIONAMENTO. PROCESSAMENTO DO FEITO.**

1. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal (art. 223 da CF).
2. A exploração do serviço de radiodifusão comunitária sem autorização do poder concedente caracteriza, em tese, o crime previsto no art. 70 da Lei nº 4.117/62.
3. A apreciação sobre a incidência ou não, *in casu*, do princípio da insignificância deve ser reservada para momento posterior, na sentença, ocasião em que deverá haver elementos suficientes nos autos para que se possa aferir com mais segurança a potencialidade do dano.
4. Recurso provido. Retorno dos autos ao Juízo de origem, para o regular processamento do feito.  
(RCCR - Recurso Criminal nº 474/RN; Relator: Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria; Data de Julgamento: 19/08/2003; *Diário da Justiça* - Data: 07/10/2003 - Página: 293; Decisão: UNÂNIME)

Quanto à ausência de denúncia contra outros réus, só durante a instrução se descobriu novos autores, momento em que já havia se operado a extinção da punibilidade pela prescrição, calculada pela pena em abstrato.

Com essas considerações, rejeito as preliminares e, no mérito, nego provimento à apelação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.052-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR  
Apelante: RÔMULO CÉSAR DE ARRUDA CORREIA E SÁ  
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

**EMENTA: PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO. DEFEN-**

**SORIA PÚBLICA DA UNIÃO. PRERROGATIVA DE PRAZO EM DOBRO. ART. 44 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 80/94, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 132/09. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA DEMONSTRADAS. AUSÊNCIA DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE JUSTIFICADA. ATENUANTE DO ART. 65, III, D, DO CP. APLICAÇÃO. FIXAÇÃO DA PENA DE MULTA. CRITÉRIOS BEM ANALISADOS. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.**

- *Nas contrarrazões recursais o Ministério Público Federal argumenta pela intempestividade do recurso da defesa, em virtude da sua apresentação no sétimo dia após a intimação da sentença.*
- *Gozando a Defensoria Pública da União da prerrogativa de prazo em dobro para recorrer, prevista no art. 44 da Lei Complementar nº 80/94, com a redação dada pela Lei Complementar nº 132/09, encontra-se tempestiva à apelação à medida que interposta antes de findo o prazo recursal de dez dias a que teria direito.*
- *Autoria e materialidade delitiva da conduta criminosa prevista no art. 155, § 4º, II, do CP, demonstradas nas provas colhidas à instrução criminal.*
- *Fixação da pena-base acima do mínimo legal justificada por ter revelado o réu “propensão para a prática de furtos”, conforme manifestado em seu interrogatório de fls. 27/29, e no laudo pericial de fls. 109/113 e 119.*
- *Devidamente aplicada na sentença a atenuante do art. 65, III, d, do CP, em razão de ter o recorrente confessado espontaneamente ser o autor do delito. No que se refere à letra b do mesmo artigo, em momento algum agiu o réu de acordo com o que dispõe a mesma, por ter, apenas, devolvido uma bolsa que, conforme afirmou “aquilo não era da empresa e eu não queria prejudicar*

***ninguém em particular” (fl. 110), não cabendo, portanto, a sua aplicação.***

***- Encontrando-se a pena de multa prevista cumulativamente com a pena privativa de liberdade no delito de furto, e tendo sido bem analisados os critérios para a sua fixação, pode o apelante requerer o seu cumprimento, na forma do art. 687 do CPP, ao juízo da execução.***

***- Apelação não provida.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo tombado sob o número em epígrafe, em que são partes as acima identificadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão realizada nesta data, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas que integram o presente, por unanimidade, em negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator.

Recife, 24 de agosto de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE  
JÚNIOR - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR:

Rômulo César de Arruda Correia e Sá apela da sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas que, nos autos da ação penal nº 2006.80.00.002387-1, condenou-o à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e multa equivalente a 20 (vinte) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 155, § 4º, II do Código Penal.

Em virtude da ocorrência de conexão probatória, nos termos do art. 76, III, do CPP, houve a reunião deste processo com o de nº 2006.80.00.004272-5, no qual o MM. Juiz sentenciante absolveu, a teor do art. 386, VII, do mesmo Diploma Legal, o réu, ora apelante, da imputação de tentativa de furto qualificado.

Em suas razões recursais o apelante requer seja declarada a nulidade do feito a partir do momento da apresentação das alegações finais, afirmando ter sido assegurado, apenas formalmente, o seu direito de defesa; a ausência de intimação para constituição de um novo advogado, violando a liberdade de escolha em relação ao seu defensor; que seja desconsiderado, da aplicação da pena-base, os maus antecedentes, para que a mesma seja fixada no mínimo legal; a incidência da atenuante prevista no art. 65, *d*, do CP; a fixação do valor de cada dia-multa no patamar de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, em virtude da sua condição de pobreza e desemprego.

Nas contrarrazões, o Ministério Público Federal alega, preliminarmente, intempestividade do recurso interposto pela Defensoria Pública da União, afirmando ter sido extrapolado o prazo de 5 (cinco) dias previsto no CPP. Em relação ao mérito, manifesta-se pelo parcial provimento da apelação para que seja aplicada a atenuante prevista no art. 65, *d*, do CP.

O Procurador Regional da República opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Submeto os autos ao eminente Revisor.

### **VOTO**

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

Nas contrarrazões recursais o Ministério Público Federal argumenta pela intempestividade do recurso da defesa, em virtude da sua apresentação no sétimo dia após a intimação da sentença, quando o art. 593, *caput*, do CPP, dispõe que: “Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias”.

Observo que a Defensoria Pública da União foi intimada da sentença em 23.07.09, tendo interposto o recurso em 30.07.09, sétimo dia após a referida intimação, como afirmado nas contrarrazões recursais (fls 181/191).

No entanto, ainda que a DPU tenha protocolizado o recurso no prazo acima aludido, por gozar, aquele órgão, da prerrogativa de

prazo em dobro, prevista no art. 44 da Lei Complementar nº 80/94, com a redação dada pela Lei Complementar nº 132/09, encontra-se tempestiva a apelação, à medida que interposta antes de findo o prazo recursal de dez dias a que teria direito para recorrer.

Nesse sentido:

Ementa

PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTEMPESTIVIDADE DO AGRAVO REGIMENTAL AFASTADA. DEFENSORIA PÚBLICA. PRAZO EM DOBRO. AGRAVO INTERNO. REITERAÇÃO DE ARGUMENTOS JÁ EXPOSTOS E REJEITADOS. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO IMPUGNADA. EMBARGOS ACOLHIDOS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Nos termos do art. 89 da LC 80/94, a Defensoria Pública tem prazo em dobro para recorrer, motivo pelo qual mostra-se tempestivo o agravo interposto pelo embargante.

2. *omissis*.

3. Embargos acolhidos para reconhecer a tempestividade do agravo regimental, porém, negando-lhe provimento. (Edcl no AgRg no Ag 990334/DF; Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; T5; Julg. 10/02/2009; *Dje* 16/03/2009)

No que concerne à autoria e à materialidade delitativa da conduta criminosa prevista no art. 155, § 4º, II, do CP, entendo como demonstradas, nas provas colhidas à instrução criminal.

A autoria está revelada seja pela confissão do apelante, seja pelos depoimentos testemunhais, como se vê à fl. 27, 73/77:

Que confirma que no início do mês de fevereiro do corrente ano, num dia de semana, compareceu a uma agência dos Correios no bairro do Farol, e dali subtraiu uma impressora de médio porte, não sabendo dizer se a jato de tinta ou laser, bem como uma bolsa contendo ferramentas, disquetes e papéis; Que naquela oportunidade, ingressou no prédio normalmente passando pela guarita e cumprimentando o vigilante com um “boa tarde”; (...) Que vendeu a impressora a uma pessoa desconhecida por uma quantia de oitenta reais; Que confirma também haver furtado, possivelmente no início deste ano de 2006, um celular, uma

máquina fotográfica e uma filmadora, que se encontravam em um armário em uma sala do primeiro andar da agência dos Correios localizada na Rua do Sol em Maceió; Que confirma também a prática de um furto de uma impressora no Tribunal de contas do Estado. (Rômulo César de Arruda Correia e Sá – interrogatório – fl. 27).

Que no dia 02/02/2006 um homem trajando uma camisa esporte dos Correios se apresentou na portaria e disse que pretendia ir ao segundo andar do edifício; (...) que não sabe dizer quanto tempo o suspeito passou no interior do edifício, mas que o mesmo saiu após o meio-dia dizendo que iria almoçar, pois morava próximo ao prédio; que o indivíduo retornou às duas horas da tarde, somente saindo após as sete da noite; que o homem saiu à noite do prédio com alguns volumes nas mãos, mais precisamente levando uma caixa coberta por uma pasta; (...) que no dia seguinte, enquanto estava de folga, recebeu uma ligação telefônica, noticiando que havia sumido uma impressora; que o depoente ao ser inquirido pelos inspetores dos Correios, disse que o possível suspeito seria um homem que havia saído do prédio com alguns volumes; que, cerca de um mês depois, foi novamente chamado para tentar identificar, por meio de uma gravação de vídeo efetuada na agência da Rua do Sol, o possível responsável pelo furto anterior, que não teve dúvidas, a partir do vídeo, que se tratava da mesma pessoa que teria executado os dois furtos; (...) que o depoente não esqueceu da fisionomia do réu. (testemunha de acusação Ubirajara do Santos Rodrigues – fls. 73/74).

Que em relação ao fato ocorrido em 02/02/2006, o depoente afirma que por volta do dia 03/02/2006, o gerente técnico Ivan noticiou que a impressora da gerência não se encontrava no local; (...) que o vigilante Ubirajara contou-lhe que notara um homem trajando uma camisa esporte dos correios; que tal pessoa entrou no prédio pela manhã, saindo para almoçar, retornando depois e saindo à noite com uns volumes nas mãos; que, em relação ao fato ocorrido por volta do dia 12 ou 13 de fevereiro de 2006, na agência da Rua do Sol, o depoente informou que naquele dia um homem se apresentou na portaria, alegando que pretendia buscar um disquete no gabinete do diretor; que

o homem trajava uma camisa esportiva dos correios; (...) que, pelo que soube do relato dos serviçais e das imagens, o suspeito conduzia uma bolsa a tiracolo; que o mesmo permaneceu durante cinco ou seis minutos e aparentava nervosismo; que o homem ; (...) que três ou quatro dias depois o diretor José Renivaldo dos Santos noticiou que havia notado a ausência de uma filmadora, um celular e uma máquina digital pertencentes aos correios; que no mês de abril adentrou no prédio dos correios da Rua do Sol, durante o horário de almoço, a mesma pessoa; (...) que na segunda-feira seguinte, o depoente foi analisar as imagens do sistema de vigilância e constatou que se tratava de pessoa com o mesmo perfil daquela que entrou na agência da Rua do Sol e de lá subtraiu outros bens; que o vigilante Ubirajara foi chamado para assistir às imagens e reconheceu que se trataria da mesma pessoa que entrara no prédio da Rua Antenor Gomes e realizou um furto de uma impressora.

(testemunha de acusação Adilson Batista Leite – fls. 75/76)

Em relação à materialidade, encontra-se manifestada igualmente pela confissão do apelante, (fls. 27/29), depoimentos das testemunhas de acusação (fls. 73/74 e 75/76), bem como pelo ofício 0006/2006-GINSP/DR/AL, de 06/02/06, fls. 18/20 do IPL apenso, além de uma bolsa de ferramentas.

A pretensão do apelante quanto à nulidade do processo por falta de defesa não merece prosperar, pois não existiu inércia do defensor nomeado ou qualquer prejuízo ao réu, como bem afirma do pelo Procurador Regional da República, Humberto de Paiva Araújo, em seu parecer de fl. 201-verso:

Verifica-se inexistir ausência de defesa, hipótese que configuraria nulidade absoluta, tendo ocorrido efetivo exercício desse direito, ante atuação de defensor dativo. Além disso, entende-se inexistir qualquer prejuízo à defesa do apelante, malgrado as alegações finais haverem sido apresentadas de forma sucinta, tanto é assim que fora absolvido no processo nº 2006.80.00.004272-5, o que, por si só, desqualifica o alegado em consonância com o Princípio do *pas de nullité sans grief*, que exige a demonstração de efetivo prejuízo à defesa.

Quanto à fixação da pena-base acima do mínimo legal, como asseverado pelo Juiz *a quo*, à fl. 158, revelou o réu “propensão para a prática de furtos”, conforme manifestado em seu interrogatório de fls. 27/29, e no laudo pericial de fls. 109/113 e 119, razão pela qual justificada a majoração.

Também, devidamente aplicada na sentença a atenuante do art. 65, III, *d*, do CP, em razão de ter o recorrente confessado espontaneamente ser o autor do delito. No que se refere à letra “b” do mesmo artigo, em momento algum agiu o réu de acordo com o que dispõe a mesma, por ter, apenas, devolvido uma bolsa que, conforme afirmou “aquilo não era da empresa e eu não queria prejudicar ninguém em particular” (fl. 110), não cabendo, portanto, a sua aplicação.

No que se refere à insatisfação quanto à pena de multa, encontrando-se a mesma prevista cumulativamente com a pena privativa de liberdade no delito de furto, entendo que foram bem analisados os critérios para a sua fixação, podendo o apelante requerer o seu cumprimento na forma do art. 687 do CPP, ao juízo da execução.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.415-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO  
Apelante: SIDINEY ALVES DA SILVA  
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Adv./Proc.: DR. WANK REMY DE SENA MEDRADO (APTE.)

***EMENTA: PROCESSUAL PENAL E PENAL. OBTENÇÃO DE DIVERSOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS COM USO DE DOCUMENTOS FALSOS. FALSIFICAÇÃO DE CARIMBOS DE CARTÓRIOS DE REGISTRO CIVIL. PRESCRIÇÃO QUANTO A UMA DAS CONDUTAS DE ESTELIONATO E ATIPICIDADE DA CONDUTA DE FALSI-***

**FICAÇÃO DE SINAL PÚBLICO (ART. 296, II, DO CP) RECONHECIDA EM APELAÇÃO DE COAUTORES. EXTENSÃO DA DECISÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 580 DO CPP. ADEQUADA VALORAÇÃO DA PROVA NA SENTENÇA. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS PESSOAIS. POTENCIALIDADE LESIVA QUE VAI ALÉM DOS ESTELIONATOS PRATICADOS. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. DOSIMETRIA DAS PENAS. CORREÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO.**

**- Em que pese orientar-me no sentido de ser o estelionato de rendas, nas hipóteses em que o agente fraudador obtém o benefício em proveito próprio, crime permanente, conforme definiu o Supremo Tribunal Federal no habeas corpus nº 99.112/AM, penso que, ao presente julgado, deva ser estendida a posição chancelada pelo órgão turmário nos autos da ACR6892-PE, no julgamento das apelações interpostas por coautores. Inteligência do art. 580 do CPP.**

**- O prazo prescricional da pretensão punitiva do crime de estelionato qualificado é de 12 anos, considerando-se que sua pena máxima é de 6 anos e 8 meses (art. 109, III, c/c art. 171, caput e § 3º, do CP).**

**- Dos 23 crimes de estelionato pelos quais o apelante foi condenado, apenas um consumou-se há mais de 12 anos do recebimento da denúncia. Os outros 22 (vinte e dois) benefícios previdenciários e assistenciais indevidos foram obtidos entre janeiro de 2000 e novembro de 2008, ao passo que a denúncia foi recebida em 12/12/2008.**

**- Extinção da punibilidade declarada, ex officio, no que toca à conduta que resultou na concessão do benefício nº 094.031.936-5, único a ter sua primeira prestação paga há mais de 12 anos do recebimento da denúncia.**

**- Não há que se falar em vício ou nulidade da busca domiciliar, quando permitido o ingresso dos policiais na residência do apelante por outro morador.**

**- O Magistrado sentenciante bem analisou as provas produzidas tanto na fase inquisitorial quanto na judicial, não havendo o que se reparar na sentença em relação a esse ponto. As provas existentes no caderno processual são mais que suficientes para embasar o decreto condenatório. Como bem consignado na sentença objeto de recurso, não é crível que desconhecesse o apelante a existência de inúmeros documentos falsos guardados no interior de sua residência, dentro de uma garrafa térmica, quando ele próprio admite possuir dois documentos de identidade.**

**- No julgamento da Apelação Criminal nº 6892-PE, a egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região absolveu os coacusados do crime tipificado no art. 296, II, do CP, por entender que a mera posse dos carimbos contrafeitos não configura o crime de “falsificação do selo ou sinal público”.**

**- Entendeu a turma julgadora que mesmo a utilização dos carimbos não poderia ser punida no caso, uma vez que somente teria utilidade para falsificação de documentos cartorários, o que evidenciaria se tratar de simples meio para perpetração do crime de falsificação de documento público (art. 297 do CP), no qual os apelantes foram enquadrados 52 vezes, em continuidade delitiva. Extensão dessa decisão para o presente julgado, em face do que disposto no artigo 580 do CPP.**

**- Irretocável a conclusão a que chegou a turma julgadora, no que tange à configuração autônoma dos crimes de falsificação de documento público (art. 297 do CP). Só é autorizada a aplicação do princípio da consunção, quando, após**

***a análise de todas as circunstâncias que concorreram para a infração penal, restar inequívoco o exaurimento da potencialidade lesiva das contrafações no iter criminis do delito de estelionato, o que não ocorre na hipótese.***

***- Dosagem da pena compatível com as condutas praticadas e de acordo com as circunstâncias judiciais apuradas durante a instrução processual. Ajuste realizado, tão somente, para excluir a condenação pelos crimes de falsificação de sinais públicos.***

***- Embora reconhecida a prescrição de um dos crimes de estelionato, isso não interfere no índice de aumento da reprimenda pela continuidade delitiva, visto que tanto 22 quanto 23 reiterações criminosas merece aumento no limite máximo (dois terços).***

***- Conhecimento da apelação, com parcial provimento para, de ofício, reconhecer a prescrição da pretensão punitiva quanto à obtenção indevida do benefício nº 094.031.936-5, concedido em 31/08/1988, bem como para absolver os apelantes da acusação pelos crimes de falsificação de sinais públicos, tipificados no art. 296, II, do Código Penal.***

***- Totalização da pena privativa de liberdade em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, nos termos do artigo 33, § 2º, letra b, do Código Penal e 190 (cento e noventa) dias-multa.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, declarar, de ofício, extinta a punibilidade da conduta que resultou na concessão do benefício nº 094.031.936-5 e, dar provimento, em parte, ao apelo para absolver o recorrente do crime tipificado no art. 296, II, do CP, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 31 de agosto de 2010 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Cuida-se de apelação criminal interposta por Sidiney Alves da Silva em face do Ministério Público Federal visando à anulação ou reforma de sentença que lhe condenou pelos crimes de estelionato qualificado (art. 171, § 3º, do CP), falso documental (art. 297 do CP) e falsidade de selo ou sinal público (art. 296, II, do CP), cada um deles em continuidade delitiva entre si e concurso material com os demais, às penas unificadas de 10 anos e 5 meses de reclusão, além de 248 dias-multa, cada um equivalente a 1/30 do salário mínimo.

Sustenta o recorrente, em apertada síntese: (i) que a exposição fática constante da inicial acusatória só permite a inferência de que cometido o crime de estelionato, e não os outros pelos quais foi condenado; (ii) que os documentos e carimbos contrafeitos tinham a finalidade exclusiva de fraudar o INSS, devendo os falsos, portanto, ser absorvidos pelo crime-fim de estelionato (Súmula 17 do STJ); (iii) ser nulo todo o processo, em virtude de se ter fundado a denúncia em prova produzida em busca e apreensão não autorizada; (iv) que a sentença condenatória se baseia em frágil prova indiciária, imprestável a fundamentar uma condenação, razão pela qual deve ser absolvido; (v) que a posse dos carimbos não se subsume ao crime tipificado no art. 296 do CP, uma vez que eles não podem ser considerados selos ou sinais públicos; (vi) que a pena base deve ser fixada próximo ao mínimo legal, porque lhe seriam favoráveis as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP; e (vii) que deveria lhe ser garantido o direito de recorrer em liberdade, porque ausentes os pressupostos do artigo 312 do CPP.

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões às fls. 627-639, postulando a manutenção da sentença condenatória.

A douta Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 649-652v).

É o relatório.

Ao eminente Revisor.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Inicialmente, destaco que o presente feito foi desmembrado do Processo nº 0001536-94.2008.4.05.8308, que originou a Apelação Criminal nº 6892-PE, em virtude de não ter sido encontrado o apelante Sidiney Alves da Silva para ser citado.

Foram processados na Ação Penal nº 0001536-94.2008.4.05.8308, Manoel Alves da Silva (irmão do ora apelante) e Maria do Socorro da Silva (cunhada do ora apelante), os quais foram igualmente condenados, em primeiro grau, às sanções unificadas em 10 anos e 05 meses de reclusão, além de 248 dias-multa, cada um fixado em 1/30 do salário mínimo, pelo cometimento de 23 crimes de estelionato qualificado em detrimento do INSS (art. 171, § 3º, do CP), 52 crimes de falsificação documental (art. 297 do CP) e 03 crimes de falsificação de selo público (art. 296, II, do CP), todos em continuidade delitiva entre si e em concurso material com os demais.

Dessa decisão, interpuseram a Apelação Criminal nº 6892-PE, já julgada por esta egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região e, à unanimidade, parcialmente provida, eis que reconhecida a prescrição da pretensão punitiva em relação ao estelionato verificado na concessão do benefício nº 094.031.936-5, ocorrida em 31 de agosto de 1988, e absolvidos da acusação de falsificação de sinais públicos, tipificada no artigo 296, II, do CP.

A pretensão recursal deduzida no presente feito diz respeito, portanto, só a Sidiney Alves da Silva, único denunciado que figurou como réu nos autos da ação desmembrada nº 0000321-49.2009.4.05.8308.

Antes, contudo, de passar ao exame de seu apelo, impende seja analisada a prejudicial de mérito reconhecida aos acusados

Manoel Alves da Silva e Maria do Socorro da Silva, consubstanciada no reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em relação a um dos delitos de estelionato. Essa providência se impõe em virtude do que dispõe o artigo 580 do CPP, que determina o aproveitamento aos demais agentes, da decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal.

Relativamente ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, confira-se trecho do voto proferido pelo eminente Desembargador Federal Rubens Canuto, relator da ACR n° 6892-PE, que, na oportunidade, substituíra-me em razão de férias:

Os réus sustentam que o STF recentemente reconheceu que o crime de estelionato consistente no recebimento indevido de benefício de prestação continuada pago pela Previdência Social é instantâneo de efeitos permanentes, significando isso que o prazo prescricional começa a correr a partir do recebimento da primeira prestação. A decisão, ainda segundo os apelantes, foi proferida pela 2ª Turma do Supremo no *Habeas Corpus* n° 95.379.

Tal como decidido pelo STF, sempre entendi que o referido crime consuma-se no momento em que a Previdência Social, induzida a erro pelo requerente, paga a primeira prestação do benefício. Afinal, é com esse efetivo pagamento que se materializa o prejuízo do INSS e o recebimento da vantagem indevida pelo beneficiário. O pagamento das prestações subsequentes é mero exaurimento do crime, indiferentes à contagem do prazo prescricional.

Concordo com a tese jurídica defendida pelos apelantes, porém ela praticamente não lhes beneficiará. Explico.

O prazo prescricional da pretensão punitiva do crime de estelionato qualificado é de 12 anos, considerando-se que sua pena máxima é de 6 anos e 8 meses (art. 109, III, c/c art. 171, *caput* e § 3º, do CP). A denúncia foi recebida em 17/12/2008. Apenas não podem ser punidos os crimes de estelionato cuja primeira prestação do benefício tenha sido paga antes de 14/12/1996. No entanto, apenas um dos benefícios pelos quais os apelantes foram condenados foi concedido antes do ano de 1996, como se verifica na tabela a seguir:

BENEFÍCIO	BENEFICIÁRIO	DATA DA CONCESSÃO	PRESCRITO?
094.031.936-5	Quitéria de Jesus	31/08/1988 (fl. 30 do IPL)	Sim
115.621.291-7	Francisca Alves da Silva	24/01/2000 (fl. 39 do IPL)	Não
129.324.558-2	Alfredo Barros da Silva	15/05/2003 (fl. 43 do IPL)	Não
136.360.339-3	Odete Pinheiro Viana	14/05/2005 (fl. 47 do IPL)	Não
136.807.608-1	Julia dos Santos Silva	31/03/2005 (fl. 52 do IPL)	Não
137.978.703-0	Graciosa Dias da Silva	04/10/2005 (fl. 56 do IPL)	Não
140.802.157-6	Isabel Monteiro Costa	10/04/2006 (fl. 68 do IPL)	Não
139.223.194-6	Joaquim de Souza	15/01/2006 (fl. 60 do IPL)	Não
141.844.866-1	Almira Barroso Lima	17/07/2006 (fl. 72 do IPL)	Não
514.409.947-0	José Gustavo da Silva	28/04/2005 (fl. 80 do IPL)	Não
514.668.269-7	Severino Ferreira de Lima	29/08/2005 (fl. 84 do IPL)	Não
514.810.373-2	Francisca Alves de Almeida	15/09/2005 (fl. 629 destes autos)	Não
515.404.729-6	Mario Gonçalves Santana	13/12/2005 (fl. 92 do IPL)	Não
515.599.035-8	João Alves da Costa	15/01/2006 (fl. 96 do IPL)	Não
516.903.386-5	Antonia Ferreira dos Santos	18/06/2006 (fl. 100 do IPL)	Não
517.963.329-6	Camila Pereira da Silva	19/09/2006 (fl. 104 do IPL)	Não
518.426.455-4	Marta Lima Mendes	30/10/2006 (fl. 108 do IPL)	Não
521.330.964-6	Maria Santana Barbosa	25/07/2007 (fl. 112 do IPL)	Não
529.266.794-0	Clara Maria da Silva	10/04/2008 (fl. 116 do IPL)	Não
529.343.876-6	Josefa Pereira da Silva	18/03/2008 (fl. 120 do IPL)	Não
529.712.437-5	Vitória Santos Maia	03/04/2008 (fl. 128 do IPL)	Não
530.979.953-9	Telma Souza de Brito	30/06/2008 (fl. 132 do IPL)	Não
533.144.987-1	Juvenal Pereira Medeiros	18/11/2008 (fl. 136 do IPL)	Não

Dentre os benefícios pelos quais os apelados foram condenados por estelionato, apenas um foi concedido e teve sua primeira prestação paga há mais de 12 anos do recebimento da denúncia. Assim, reconheço a prescrição da pretensão punitiva em relação à conduta imputada aos apelantes que resultaram na concessão do benefício nº 094.031.936-5, em nome de Quitéria de Jesus.

Em que pese orientar-me no sentido de ser o estelionato de rendas, nas hipóteses em que o agente fraudador obtém o benefí-

cio em proveito próprio, crime permanente, conforme definiu o Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 99.112/AM, penso que, ao presente julgado, deva ser estendida a posição defendida pelo Desembargador Rubens Canuto, chancelada pelo órgão turmário nos autos da ACR6892-PE, no julgamento do recurso de apelação interposto pelos acusados Manoel Alves da Silva (irmão do ora apelante) e Maria do Socorro da Silva (cunhada do ora apelante).

Essa extensão se deve à aplicação do comando previsto no artigo 580 do CPP, que determina o aproveitamento aos demais agentes da decisão do recurso interposto por um deles, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal. Com isso, objetiva-se a conferência de um tratamento isonômico aos agentes que, em concurso de pessoas, praticam os mesmos crimes.

Em assim sendo, declaro, *ex officio*, extinta a punibilidade do apelante Sidiney Alves da Silva, no que toca à conduta que resultou na concessão do benefício nº 094.031.936-5, em nome de Quitéria de Jesus, único a ter sua primeira prestação paga há mais de 12 anos do recebimento da denúncia.

Passo ao exame das razões do apelo de Sidiney Alves da Silva.

Conforme sumariado, requer o apelante a anulação de todo o processo, desde o recebimento da denúncia, em virtude de se ter fundado a exordial em prova produzida em busca e apreensão não autorizada.

Da leitura do auto de prisão em flagrante delito (fls. 2-7 do IPL apenso), evidencia-se que as diligências efetuadas na residência de Manoel Alves da Silva foram realizadas com sua permissão e acompanhamento, fato que, por si só, afasta a tese de nulidade das provas lá obtidas em razão de busca e apreensão.

No que toca aos documentos apreendidos na residência do ora apelante, vê-se que, de fato, não estava ele presente no momento em que encetada a busca. Esse fato, contudo, não invalida a prova obtida, já que permitida a entrada dos policiais por outras pessoas que naquele endereço residiam.

Com efeito, pelo que se depreende dos autos, foram os policiais militares conduzidos ao endereço do ora apelante por Luciel Anchieta Pinheiro, também morador da casa, o qual fora encontrado, sem documentos, na casa de propriedade de Manoel Alves da Silva. A busca efetuada na residência do ora apelante, segundo consta, foi realizada com o consentimento de Luciel Anchieta Pinheiro e de outra pessoa que lá residia.

Acerca do tema, esclarecedor o depoimento prestado por Alessandro Lopes Bezerra, policial militar que conduziu a diligência (fls. 230/231), *verbis*:

(...) que a informação obtida através de informantes dava conta de que os réus Manoel Alves da Silva e Maria do Socorro da Silva estavam falsificando documentos e possuíam armas de fogo no interior de sua residência; que por isso a equipe de policial, quando já no interior da residência, autorizada pelos moradores, passou a procurar tais documentos e armas;

(...)

Que no interior da residência também se encontrava uma terceira pessoa, que na ocasião não portava qualquer documento de identificação; que esta terceira pessoa disse residir em endereço próximo onde poderia encontrar documentos de identificação; que então o indivíduo foi conduzido até a residência localizada a duas ruas após a residência do réu Manoel Alves da Silva; que o depoente acredita que esta outra residência pertencia ou pertence a um irmão do acusado Manoel Alves da Silva; que no momento existia uma outra pessoa na casa, mas o proprietário não se encontrava; que a pessoa que estava na casa autorizou o ingresso, confirmando que o indivíduo realmente residia lá; que foi questionado sobre a existência de documentos falsos no interior da residência, mas os moradores negaram ter conhecimento, autorizando todavia a busca; que, após busca no local, também encontraram outra garrafa térmica contendo documentos que aparentavam ser falsificados (certidão de nascimento, possivelmente cartões bancários e CTPS);

(...).

Não há que se falar, portanto, em vício ou nulidade da busca domiciliar, quando permitido o ingresso dos policiais na residência do apelante por outro morador.

Relativamente à materialidade e autoria dos crimes imputados ao réu, ora apelante, assim decidiu o Juízo *a quo*:

(2.1) ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO (Artigo 171, § 3.º, Código Penal)

Inicialmente passo a analisar a materialidade e autoria do delito de estelionato previdenciário.

Não restam dúvidas quanto à materialidade do delito de estelionato previdenciário, comprovada através dos documentos e carimbos falsos apreendidos em inquérito policial de nº 3-335/08 (vide auto de apreensão de fls. 08/11; cópia dos documentos de fls. 162/200; e fotos de fls. 159/160 - IPL) e confirmada em juízo por meio da juntada de laudo de perícia papiloscópica (fls. 349/370 - IPL), laudo de exame documentoscópico (fls. 282/290 destes autos) e laudo de exame biométrico (fls. 424/449 destes autos). A par disso, foram enviadas respostas às solicitações da Polícia Federal pelos Cartórios de Registro Civil dando conta de que as certidões de nascimento e os carimbos utilizados para instruir diversos requerimentos de benefício previdenciário não são autênticos (vide ofícios de fls. 25, 27, 221/222 do IPL e fls. 54/75, 292/307 e 453/458 destes autos).

Consta no processo, ainda, auto de apreensão dos documentos encontrados na residência dos acusados, cuja falsidade foi atestada durante a instrução (vide fls. 8/11, do IPL e fls. 308/311, destes autos), além do laudo de perícia papiloscópica (fls. 349/370 - IPL), cuja conclusão foi no sentido de que os fragmentos de impressão digital das diversas carteiras de identidade encontradas na posse dos acusados foram produzidos pela mesma pessoa.

Foram apreendidos ao total 20 (vinte) documentos de identidade, 14 (quatorze) cadastros de pessoa física (CPF's), 27 (vinte e sete) certidões de nascimento, 5 (cinco) títulos de eleitor e 13 (treze) carteiras de trabalho e previdência social (CTPs).

Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais de diversos estados da Federação (Alagoas, Bahia, Ceará, Maranhão, Minas Gerais), em resposta às solicitações da Polícia Federal (vide ofícios de fls. 201/217 - IPL) e deste Juízo, confirmaram a inexistência em seus assentamentos dos registros de nascimento e a inautenticidade das respectivas certidões lavradas em nome das seguintes pes-

soas (vide fls. 221/222 e 25/27 - IPL e fls. 67/68, 71/73, 75 e 292/307), provavelmente inexistentes:

1) Maria Santana Barbosa	Fls. 303	Cartório da Comarca de Iaçú – Bahia
2) Francisca Alves de Almeida	Fls. 296	Cartório da Comarca de Juazeiro - Bahia
3) Antonia Pereira da Silva	Fls. 59	Cartório da Comarca de Jacobina - Bahia
4) Ineis Costa dos Santos	Fls. 60 e 65	Cartório da Comarca de Jacobina - Bahia
5) Antonia Ferreira dos Santos	Fls. 66	Cartório da Comarca de Mata Grande - Alagoas
6) Graciosa Dias da Silva	Fls. 66	Cartório da Comarca de Mata Grande - Alagoas
7) Camila Pereira da Silva	Fls. 66	Cartório da Comarca de Mata Grande - Alagoas
8) Clara Maria da Silva	Fls. 69	Cartório da Comarca de Barão de Grajaú - Maranhão
9) Juvenal Pereira Medeiros	Fls. 70	Cartório da Comarca de Barão de Grajaú - Maranhão
10) Maria Alves Martins	Fls. 71	Cartório de Missão Velha – Ceará
11) Francisca Ribeiro da Silva	Fls. 71	Cartório de Missão Velha – Ceará
12) Marina Almeida Tavares	Fls. 71	Cartório de Missão Velha – Ceará
13) Odete Pinheiro Viana	Fls. 71	Cartório de Missão Velha – Ceará
14) João Alves da Costa	Fls. 299	Cartório da Comarca de Pirapora - Minas Gerais
15) Ivani Pereira	Fls. 298	Cartório da Comarca de Jeremoabo – Bahia
16) Rosa Maria Diniz	Fls. 298	Cartório da Comarca de Jeremoabo – Bahia
17) Josefa Pereira da Silva	Fls. 295	Cartório da Comarca de Barreiras – Bahia
18) Juliana Alves dos Santos	Fls. 73	Cartório da Comarca de Casa Nova – Bahia
19) Alfredo Barros da Silva	Fls. 384	Cartório da Comarca de Sento Sé – Bahia
20) Gabriel Araújo Gonçalves	Fls. 67	Cartório da Comarca de Capim Grosso – Bahia
21) Isabel Monteiro Costa	Fls. 67	Cartório da Comarca de Capim Grosso – Bahia
22) Telma Souza de Brito	Fls. 67	Cartório da Comarca de Capim Grosso – Bahia
23) Ana Torres Silva	Fls. 585	Cartório da Comarca de SEABRA – Bahia
24) Vitória Santos Maia	Fls. 585	Cartório da Comarca de SEABRA – Bahia
25) Marta Lima Mendes	Fls. 585	Cartório da Comarca de SEABRA – Bahia

De fato, da simples análise dos documentos de identificação apreendidos, percebe-se figurar em vários deles a foto de uma mesma pessoa, como, por exemplo, os documentos onde constantes os nomes de Telma de Souza Brito, Carmem Tavares Miranda, Francisca Alves de Almeida, Vitória Santos Maia e Julia dos Santos Silva (ver fls. 196/197 - IPL). A falsificação foi corroborada pelas impressões contidas no laudo de exame documentoscópico (fls. 282/290), no qual os peritos atestam a adulteração das carteiras de identidade apreendidas, em razão de terem notado o recorte da camada polimérica, remoção da fotografia originalmente aposta, adição de fotografia e perfurações não coincidentes entre a fotografia adicionada e o respectivo suporte (fl. 286).

Desse modo, segundo os peritos não são autênticas as carteiras de identidade em nome de (i) Alfredo Barros da Silva; (ii) Antonia Ferreira dos Santos; (iii) Camila Pereira da Silva; (iv) Carmem Tavares Miranda; (v) Clara Maria da Silva; (vi) Francisca Alves da Silva; (vii) Francisca Alves de Almeida; (viii) Graciosa Dias da Silva; (ix) Isabel Monteiro Costa; (x) Jaciara Costa Barros; (xi) José Gustavo da Silva; (xii) Josefa Pereira da Silva; (xiii) Julia dos Santos Silva; (xiv) Maria Santana Barbosa; (xv) Marta Lima Mendes; (xvi) Telma Souza de Brito; (xvii) Vitoria Santos Maia.

O aludido exame também evidenciou divergências entre as impressões advindas dos carimbos apreendidos e os padrões oferecidos pelos cartórios de Registro de Nascimento (conforme impressos anexados às fls. 54/59), razão pela qual se conclui pela inautenticidade dos mesmos (vide conclusões às fls. 287/290).

O laudo de perícia papiloscópica nº 1049/2008 (fls. 349/370 - IPL), por seu turno, atestou a contrafação das carteiras de trabalho apreendidas na posse dos acusados, expedidas em nome de (i) Gabriel Araújo Gonçalves, (ii) João Alves da Costa, (iii) Juvenal Pereira Medeiros, (iv) Mário Gonçalves Santana e (v) Severino Ferreira de Lima, por apresentarem fragmentos de impressões digitais idênticos e coincidentes, demonstrando terem sido produzidos pela mesma pessoa.

Tal conclusão foi confirmada e complementada através do

laudo de exame biométrico, pois atestadas também a falsificação de outras carteiras de trabalho dentre as apreendidas (1) Gabriel Araújo Gonçalves - nº 050968 - série 0000073; 2) Juvenal Alves da Costa - nº 095589 - série 00024; 3) Joaquim de Souza - nº 086204 - série 00024; 4) Juvenal Pereira Medeiros - nº 42371 - série 00097; 5) Mario Gonçalves Santana - nº 047016 - série 00073; 6) Severino Ferreira de Lima - nº 038642 - série 00073; 7) Carmeny Tavares Miranda - nº 056148 - série 00073; 8) Almira Barroso Lima - nº 068695 - série 00073; 9) Odete Pinheiro Viana - nº 038047 - série 00073; 10) Quitéria de Jesus - nº 30103 - série 00073).

Acerca desses últimos documentos, a convicção dos peritos quanto à falsidade se deu pela constatação, através de reconhecimento facial, de que as fotografias nela encartadas pertenciam a apenas duas pessoas (um homem e uma mulher), máxime pela identidade na linha de implantação dos cabelos, mesmo padrão de crescimento das sobrancelhas, sinais de envelhecimento idênticos, assim como o formato do olho, pálpebras, formato da boca, mandíbula e queixos dos indivíduos, além da formação do nariz e perfil nasal (vide conclusões às fls. 424/449).

Findou comprovado também, no curso da ação penal, que diversos dos documentos relacionados no auto de apreensão – cuja inautenticidade foi reconhecida por perícia técnica –, foram utilizados perante a autarquia previdenciária para requerimento de benefícios, como se pode evidenciar pelo cotejo entre a relação dos documentos inautênticos e a lista apresentada pela gerência executiva do INSS (ver fls. 28/29 - IPL), exsurgindo a prática do este-lionato em face da autarquia federal, de forma continuada, pela utilização de meio fraudulento para a obtenção de vários benefícios de amparo assistencial à pessoa idosa.

Desse modo, diante do reconhecimento neste juízo da falsidade das certidões de nascimento, carteiras de identidade e carteiras de trabalho apreendidas na posse dos acusados (dentre os quais, repita-se, o réu SIDINEY ALVES DA SILVA), depreende-se que os 23 (vinte e três) benefícios abaixo discriminados foram efetivamente obtidos de maneira fraudulenta:

<b>Número do benefício</b>	<b>Nome do Segurado</b>	<b>Documento falso utilizado</b>
094.031.936-5	(1) Quitéria de Jesus	CTPS
115.621.291-7	(2) Francisca Alves da Silva	Carteira de Identidade
129.324.558-2	(3) Alfredo Barros da Silva	Certidão de nascimento
136.360.339-3	(4) Odete Pinheiro Viana	Certidão de nascimento e CTPS
136.807.608-1	(5) Julia dos Santos Silva	Carteira de Identidade
137.978.703-0	(6) Graciosa Dias da Silva	Certidão de nascimento e Carteira de Identidade
140.802.157-6	(7) Izabel Monteiro Costa	Certidão de nascimento e Carteira de Identidade
139.223.194-6	(8) Joaquim de Souza	CTPS
141.844.866-1	(9) Almira Barroso Lima	CTPS
514.409.947-0	(10) José Gustavo da Silva	Carteira de Identidade
514.668.269-7	(11) Severino Ferreira de Lima	CTPS
514.810.373-2	(12) Francisca Alves de Almeida	Carteira de Identidade
515.404.729-6	(13) Mario Gonçalves Santana	CTPS
515.599.035-8	(14) João Alves da Costa	Carteira de Identidade
516.903.386-5	(15) Antonia Ferreira dos Santos	Certidão de nascimento
517.963.329-6	(16) Camila Pereira da Silva	Certidão de nascimento e Carteira de Identidade
518.426.455-4	(17) Marta Lima Mendes	Certidão de nascimento e Carteira de Identidade
521.330.964-6	(18) Maria Santana Barbosa	Certidão de nascimento
529.266.794-0	(19) Clara Maria da Silva	Certidão de nascimento e Carteira de Identidade
529.343.876-6	(20) Josefa Pereira da Silva	Certidão de nascimento
529.712.437-5	(21) Vitoria Santos Maia	Certidão de nascimento
530.979.953-9	(22) Telma Souza de Brito	Certidão de nascimento
533.144.987-1	(23) Juvenal Pereira Medeiros	Certidão de nascimento e CTPS

Assim, diante do farto conjunto probatório obtido após conclusão de inquérito policial e também durante a ação penal, inclusive com a colheita da prova documental, testemunhal e laudos periciais bem fundamentados, cujas conclusões merecem toda credibilidade, resta incontestada a prática do crime de estelionato em desfavor da autarquia previdenciária, pois obtida vantagem ilícita pelo emprego de meio fraudulento, de forma reiterada, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, de modo a configurar a hipótese de continuidade delitiva, na forma do artigo 71, Código Penal.

No tocante à autoria do delito de estelionato, passo a analisar as provas constantes nos autos em desfavor do acusado SIDINEY ALVES DA SILVA.

Na hipótese dos autos, os interrogatórios e as provas testemunhais a tanto convergem no sentido de que o réu SIDINEY ALVES DA SILVA integrava, juntamente com os já condenados acusados MANOEL ALVES DA SILVA e MARIA DO SOCORRO DA SILVA, grupo criminoso voltado à prática de estelionato em detrimento da autarquia previdenciária, através da prévia falsificação de documentos públicos, além de selos ou sinais públicos (carimbos de cartório).

Ficou sobejamente comprovado que o acusado SIDINEY ALVES DA SILVA detinha a posse de farta documentação inidônea no interior de sua residência e tinha pleno conhecimento da conduta delituosa perpetrada (ver Auto de Apresentação e Apreensão, às fls. 08/11 - IPL, em cujos itens 18/30 são discriminados os documentos falsificados encontrados exclusivamente na residência do acusado SIDINEY).

Portanto, diversos dos documentos, cuja falsidade foi atestada por prova pericial produzida durante a ação penal, foram encontrados na residência do acusado SIDINEY ALVES DA SILVA, inclusive a técnica empregada para a contrafação foi idêntica a utilizado nos documentos encontrados na residência do corréus Manoel Alves da Silva e Maria do Socorro da Silva, atestando haver a comunhão de desígnios entre eles e a formação de verdadeiro grupo voltado à prática de estelionato previdenciário.

Outrossim, muito embora o réu SIDINEY tenha negado, o depoimento da testemunha ALESSANDRO LOPES BEZERRA evidencia ter o mesmo demonstrado certo nervo-

sismo quando informado, por telefone, dos motivos da diligência policial empreendida no interior da sua residência, de forma a transluzir o seu pleno conhecimento sobre a conduta criminosa e o elemento subjetivo do tipo.

Pelo depoimento prestado por essa mesma testemunha, infere-se, pelas circunstâncias em que foram encontrados os documentos apreendidos no interior das residências do acusado MANOEL ALVES DA SILVA e do réu SIDINEY ALVES DA SILVA, haver identidade no *modus operandi* utilizado pelo grupo criminoso para a perpetração dos crimes de que são acusados, ainda mais evidenciada pela descrição do local onde foram encontrados os documentos – em ambos os casos no interior de garrafas térmicas –, e, sobretudo, pela semelhança existente entre os documentos contrafeitos, constatada pela própria testemunha e confirmada pelas provas periciais.

Inclusive, do cotejo entre o material apreendido nas residências do acusado SIDINEY ALVES DA SILVA e de Manoel Alves da Silva e outra (ver discriminação constante às fls. 14/17 - IPL), depreende-se haver verdadeira identidade entre os nomes que figuravam nos diversos documentos contrafeitos, demonstrando haver perfeita ligação entre eles. A esse respeito, a título de exemplificação, força destacar terem sido encontrados documentos de identidade falsificados em nome de Gabriel Araújo Gonçalves, Juvenal Pereira Medeiros, Telma Souza de Brito na residência de Manoel Alves da Silva, enquanto na residência de SIDINEY ALVES DA SILVA foram encontradas carteiras de trabalho inidôneas nas quais figuravam estes mesmos nomes (correlacionar itens 16 e 18, constante do Auto de Apreensão coligido às fls. 15 e 16 - IPL). Outrossim, as fotos utilizadas para falsificação das carteiras de identidade encontradas na residência de Manoel Alves da Silva são idênticas às constantes em carteira de trabalho falsificadas e encontradas na residência de SIDINEY ALVES DA SILVA, consoante se pode concluir pelo confronto do Laudo de Exame Documentoscópico (fls. 282/290) e Laudo de Exame Biométrico (fls. 424/449), permitindo a ilação de que os mesmos estavam unidos em torno de uma mesma finalidade, obter fraudulentamente benefícios previdenciários, através da utilização de documentos falsos. Essa comunhão entre os já condenados Manoel Alves dos Santos e Maria do Socorro da Silva e o réu SIDINEY AL-

VES DA SILVA é ainda mais reforçada pela constatação de terem sido recolhidas, na residência dos primeiros, uma espingarda e uma pistola PT58 - HC380, enquanto na residência deste último, munições do mesmo calibre da pistola (380).

Sublinhe-se, ainda, ter o preposto do INSS confirmado em audiência de instrução perante este Juízo que, após o levantamento de dados no sistema SUB - Sistema Único de Benefícios da Previdência Social, foram identificados diversos benefícios previdenciários instituídos com suporte nos documentos inautênticos apreendidos na residência do acusado, benefícios esses que, posteriormente, foram bloqueados por ordem judicial.

Ao seu turno, são várias as inconsistências apresentadas no depoimento do réu SIDINEY ALVES DA SILVA, o que torna inverossímil a sua alegação de que não tinha qualquer conhecimento sobre a existência dos documentos inautênticos encontrados em sua residência.

Deveras, já na primeira parte do seu depoimento, o réu informou a este Juízo que desde janeiro de 2008 mantinha endereço fixo no bairro Rio Corrente, em Petrolina/PE, tendo todavia admitido o fato de que a diligência policial ocorrida em novembro de 2008 foi empreendida no interior da residência que mantinha na COHAB IV (Massangano), também em Petrolina/PE, informação essa, ademais, confirmada por seu próprio irmão e correu Manoel Alves da Silva, quando de seu interrogatório (fl. 245).

Ainda, negou que o seu irmão e codenunciado Manoel Alves da Silva também trabalhasse com revenda de carro, apesar de este expressamente admitir o exercício desta atividade por ocasião de seu interrogatório (fl. 244).

Outra incoerência no depoimento do réu consiste no fato de que o mesmo desconhece o nome da pessoa que lhe concedeu autorização para trabalhar como corretor de venda de automóveis na praça do "Rato", em Petrolina/PE, bem como do seu atual substituto, a despeito de haver sustentado que, desde o ano de 1994, detém autorização do "presidente da praça", na forma de crachá, para atuar no referido ramo, de forma a afastar a credibilidade de suas alegações quanto ao exercício de atividade lícita na Comarca de Petrolina/PE.

Por outro lado, o acusado SIDINEY não apresentou justificativa plausível em seu interrogatório judicial para o fato de

terem sido encontrados no interior da residência, localizada na Rua 101, nº 35, COHAB IV, Petrolina/PE, dezenas de documentos inautênticos, utilizados para a obtenção indevida de benefícios previdenciários, limitando-se a imputar tal fato ao seu irmão Manoel Alves da Silva, mas sem explicar como o mesmo obteve acesso ao interior do domicílio, mormente levando em conta a sua afirmação de que não mantinham laços de afinidade e que seu irmão não tinha autorização para frequentar a sua casa.

O próprio acusado SIDINEY ALVES DA SILVA admitiu neste Juízo ter 2 (dois) documentos de identidade, sendo um deles emitido em seu próprio nome e o outro em nome de SIDINEY PEREIRA DA SILVA, com a suposta finalidade, segundo ele, de viabilizar a abertura de uma conta-corrente, o que, aliado ao fato de terem sido encontrados outros documentos falsos em sua residência, permite a inferência de que o mesmo tinha fácil acesso à falsificação de documento público e pleno conhecimento e domínio de toda a trama delituosa.

O acusado também reconheceu ter falsificado seus documentos pessoais, com o intuito de se furtar a responder a presente ação penal, o que reforça a convicção sobre a sua culpabilidade na espécie.

Por fim, o acusado SIDINEY confessou perante este Juízo que, por ocasião do cumprimento de mandado de prisão preventiva pela Polícia Civil do Estado de Pernambuco, estava de posse de outros documentos falsos, apesar de atribuir a responsabilidade para um terceiro cigano, mas cujo paradeiro é ignorado, de forma a evidenciar o seu envolvimento com delitos da mesma espécie e natureza.

Em suma, grande parte dos documentos utilizados para obtenção de benefícios fraudulentos foi apreendida no domicílio do réu, por ocasião da diligência policial realizada em novembro de 2008, restando patente ao final da instrução o fato de que o mesmo os mantinha conscientemente em seu poder, para o fim de praticar o crime de estelionato em detrimento da Previdência Social de forma continuada, até porque também foram encontrados, no mesmo local, cartões bancários titulados pelos eventuais beneficiários da fraude.

Nesse ponto, sobreleva destacar que os depoimentos prestados pelos corréus Manoel Alves da Silva e Maria do Socorro da Silva (fls. 239/247), em nada isentam ou diminu-

em a responsabilidade do réu SIDINEY ALVES DA SILVA pelos fatos narrados na denúncia.

Ao reverso, as contradições descortinadas em seus interrogatórios prestados perante este Juízo servem de prova em desfavor do codenunciado, conforme se pode inferir pela leitura da fundamentação da sentença penal condenatória proferida no processo de nº 2008.83.08.001536-0 (vide cópia de fls. 459/482), cujos fundamentos também podem ser estendidos ao acusado SIDINEY ALVES DA SILVA, para atribuir-lhe a coautoria do crime de estelionato em detrimento da Previdência Social, pois devidamente demonstrada a existência de comunhão de desígnios entre eles.

Nesta senda, outro forte elemento de prova no sentido de que o acusado SIDINEY não somente tinham pleno conhecimento das fraudes perpetradas em detrimento do INSS, como também participou diretamente das condutas delituosas narradas, é o fato de haver sido reconhecida por prova pericial a contrafação de carteira de identidade pertencente a sua genitora, Francisca Alves da Silva (vide conclusão do Laudo nº 57/09 – fls. 282/290), que também figura como uma das favorecidas por benefício previdenciário fraudulento.

Não se afigura crível, portanto, como já destaquei em relação aos corréus Manoel Alves da Silva, Maria do Socorro da Silva, que o acusado SIDINEY ALVES DA SILVA, detentor do documento inidôneo pertencente a terceiro com vínculo de parentesco, nada soubesse sobre a falsificação ou fraude previdenciária.

Outrossim, segundo admitido pelo acusado Manoel Alves da Silva, a mãe de SIDINEY ALVES DA SILVA, Francisca Alves da Silva, já era falecida ao tempo da prisão em flagrante, a despeito de constar benefício previdenciário ativo em seu favor à época da diligência policial, em 19.11.2008, consoante informação prestada pela gerência executiva do INSS (vide documento de fls. 28/29 - IPL), confirmando a fraude previdenciária e a forte vinculação dos réus às condutas delituosas.

Corroborar tal entendimento, acerca do efetivo envolvimento do acusado SIDINEY ALVES DA SILVA na fraude, o fato de terem sido encontrados também no interior de sua residência diversos documentos referentes a requerimento, andamento e consulta de benefícios previdenciários em

nome de José Gustavo da Silva, Odete Pinheiro Viana, Telma Souza Brito, etc., além de cartões bancários e cheques do Banco Itaú em nome de Cristiana Alves da Silva, dentre outros documentos contrafeitos em nome das mesmas pessoas que figuravam em certidões de nascimento e carteiras de identidade falsas encontradas na residência de Manoel Alves da Silva e Maria do Socorro da Silva, acentuando a intensa ligação entre eles.

Isso reforça a convicção de que os acusados, dentre eles o réu SIDINEY ALVES DA SILVA, tinham pleno domínio sobre o fato delituoso, principalmente pelo acesso aos cartões de saques bancários relativos aos benefícios previdenciários obtidos indevidamente, de forma a permitir a retirada mensal dos valores depositados pelo erário, o que afasta a alegação de que seriam meros depositários dos documentos ou de que teria menor participação na trama criminoso.

Além dos indigitados documentos, a Polícia Militar encontrou no interior da residência do acusado SIDINEY: 29 (vinte e nove) munições do mesmo calibre da pistola encontrada na residência do acusado Manoel; títulos de eleitor em nome de Francisca Ribeiro da Silva, Mariana Almeida Novais, Joaquim de Souza, Samira Alves Dias e Marina Almeida Tavares; cadastros de pessoa física em nome de Samara Alves da Silva, Samira Alves da Silva, Julia dos Santos Silva, Vitória Santos Maia, Francisca Alves da Silva (sua genitora), Graciosa Dias da Silva, Clara Maria da Silva, Antônia Ferreira dos Santos, Camila Pereira da Silva, Francisca Alves de Almeida, Quitéria de Jesus, Odete Pinheiro Viana e Maria do Socorro da Silva; talonário do Bradesco em nome de Marccone Dantas de Almeida; além de diversos cheques de terceiros.

A posse dos cheques e talonários bancários afasta, portanto, a alegação de que o acusado SIDINEY não tinham qualquer conhecimento acerca do esquema fraudulento, pois avulta ter sido beneficiado pelos saques correspondentes aos benefícios previdenciários.

Importa ressaltar que, nos termos do artigo 29 do Código Penal, quem de qualquer modo concorre para a prática da conduta delituosa deve responder na medida de sua culpabilidade, de forma que, uma vez demonstrada, por provas irrefutáveis, a relevante participação do acusado SIDINEY na prática das fraudes previdenciárias e seu envolvi-

mento com provável organização criminosa, justa é a condenação do réu às penas previstas no tipo respectivo, mesmo ainda não identificados todos os coautores (dois outros já foram julgados e condenados pela Justiça Federal de 1ª Instância).

Convém destacar que os depoimentos dos policiais militares servem como meio de prova em processo penal, pois colhidos neste juízo sob o crivo do contraditório e sem apresentar qualquer distorção em relação às oitivas colhidas na fase policial.

Por outro lado, o depoimento da testemunha de defesa do réu SIDINEY ALVES DA SILVA em nada lhe socorreu, pois, além de desconhecer os fatos narrados na denúncia, se limitou a abonar a conduta social do acusado.

Portanto, todos os elementos convergem no sentido de que o acusado tinha pleno conhecimento das fraudes cometidas em detrimento do INSS e efetivamente participava do grupo voltado à prática de estelionatos, integrado por ele, Manoel Alves da Silva e Maria do Socorro da Silva, dentre outros não identificados, impondo-se a sua condenação às penas previstas no artigo 171, §3º, Código Penal, combinada com o artigo 71 em razão da continuidade delitiva (reiteração da prática criminosa por 23 vezes).

(2.2) CRIMES DE FALSIDADE DOCUMENTAL E FALSIDADE DE SELO OU SINAL PÚBLICO (Artigos 297 e 296, inciso II, ambos do CÓDIGO PENAL).

A princípio, convém ressaltar ter o Ministério Público Federal apontado na inicial acusatória também a imputação da prática pelo acusado dos delitos de falsidade documental e falsidade de selo ou sinal público, de forma a permitir a defesa pessoal e técnica no decorrer da instrução, sendo prescindível a realização de *emendatio libelli*, notadamente porque o tipo penal guarda congruência em relação aos fatos narrados pela acusação.

Como visto, restou comprovada no decorrer da instrução criminal a falsificação de diversos documentos públicos (52), além da contrafação de 3 (três) carimbos utilizados por Cartórios de Registro de Pessoas Naturais, fatos que se subsomem perfeitamente aos crimes capitulados nos artigos 297 e 296, inciso II, do Código Penal, respectivamente.

Sem embargo, através dos laudos das perícias documentoscópica (fls. 282/290 destes autos) e papiloscópica (fls.

349/370 - IPL), e do exame biométrico (fls. 424/449 destes autos), restou incontroversa a falsificação de 25 (vinte e cinco) certidões de nascimento, 17 (dezesete) carteiras de identidade e 10 (dez) carteiras de trabalho (CTPS), conforme discriminação apontada em fundamentação supra, apreendidas no interior da residência dos acusados, inclusive de SIDINEY ALVES DA SILVA.

A materialidade dos delitos de falsificação de documento público e de falsidade de selo ou sinal publica, portanto, não enseja qualquer dúvida, diante das provas periciais acostadas aos autos, além dos ofícios encaminhados pelos cartórios de registro de pessoas naturais (vide documentos de fls. 221/222 e 25/27 - IPL e fls. 67/68, 71/73, 75 e 292/307 destes autos).

Vale salientar não ter a defesa apresentado nenhuma impugnação quanto às conclusões dos laudos periciais, de forma a confirmar a materialidade delitiva.

A autoria, por sua vez, exsurge também, a par das razões já apontadas alhures, pelas circunstâncias evidenciadas na atitude do réu SIDINEY ALVES DA SILVA de se manter em lugar incerto e ignorado durante o transcurso do feito, a despeito de mandado de prisão expedido em seu desfavor e, principalmente, em razão de a maioria dos documentos contrafeitos ter sido encontrada no interior de sua residência, fato não controvertido depois da instrução, sobretudo pelo teor de seu interrogatório judicial (ver mídia digital acostada à fl. 401).

Força ressaltar também que em meio aos documentos falsos apreendidos no interior da residência dos acusados, foi encontrada carteira de identidade contrafeita em nome da genitora de SIDINEY ALVES DA SILVA, Francisca Alves da Silva, confirmando assim a participação do grupo familiar no processo de falsificação. Destarte, o vínculo familiar entre o acusado e uma das pessoas beneficiadas pelo falso denota a plena participação deste na própria contrafeição dos documentos e dos selos ou sinais públicos (carimbos), pois, se assim não fosse, não haveria como permitir a atuação de eventual terceiro falsário.

Relevante salientar o fato de a codenunciada Maria do Socorro da Silva, em interrogatório judicial, ter inicialmente reconhecido uma das fotografias encartadas em documentos falsos como sendo de sua sogra, fato a corroborar a conclusão de envolvimento do réu SIDINEY (um dos filhos

da segurada beneficiada) no procedimento de falsificação. Mais uma vez, deve ser aplicada a norma de extensão prevista no artigo 29, Código Penal, pois mesmo não havendo prova de quem efetivamente utilizou as técnicas para falsificação de todos os documentos públicos e dos carimbos de cartório, não subsistem dúvidas quanto à participação de relevo do acusado SIDINEY, seja pelo fornecimento de documentos ou fotografias de parente (genitora), seja pela obtenção de dados de terceiros.

A esse respeito, o policial militar ALESSANDRO LOPES BEZERRA afirmou neste Juízo que, segundo informantes, os próprios acusados, inclusive SIDINEY, estariam falsificando documentos públicos, notícia que originou a diligência policial.

A partir dessa informação, foi empreendida a diligência policial na residência de Manoel da Silva, chegando-se, a partir dela, aos documentos encontrados no domicílio do acusado SIDINEY ALVES DA SILVA.

Acresça-se, ainda, que, segundo a aludida testemunha, o réu SIDINEY ALVES DA SILVA teria se mostrado nervoso, em contato telefônico mantido pelo policial quando da descoberta da garrafa térmica no interior de sua residência, local onde acondicionadas as carteiras de identidade, certidões de nascimento, dentre outros documentos inidôneos, demonstrando ter pleno conhecimento das contrafações e estar envolvido no esquema criminoso dirigido à obtenção de benefícios previdenciários em favor de pessoas inexistentes.

Assim, existe prova suficiente e robusta de que o acusado SIDINEY ALVES DA SILVA também tinha pleno envolvimento na contrafação dos documentos públicos e dos carimbos dos Cartórios de Registro de Nascimento, de modo a justificar também a sua condenação pela prática de tais delitos, forte no artigo 29, Código Penal.

#### CONSUÇÃO DO CRIME DE FALSIDADE DOCUMENTAL PELO CRIME DE ESTELIONATO

Não assiste razão ao quanto sustentado pela defesa quanto à consunção do crime de falso pelo estelionato previdenciário, pois a potencialidade lesiva das contrafações não se exauriu na obtenção dos benefícios previdenciários fraudulentos.

Decerto, muitos dos documentos inidôneos sequer foram utilizados para instruir benefícios previdenciários – vg, os

documentos falsos em nome de Francisco Alves da Silva, Gabriel Araújo Gonçalves, Ineis Costa dos Santos, Juliana Alves dos Santos e Rosa Maria Diniz –, podendo ser utilizados a qualquer momento para prática de outros ilícitos, não fosse a intervenção policial. Ademais, outros documentos apreendidos ainda estavam prestes a instruir novos requerimentos de benefícios previdenciários, conforme discriminado no auto de apresentação e apreensão, de forma a subsistir a potencialidade lesiva dos mesmos.

Por fim, as carteiras de identidade falsificadas, bem como as carteiras de trabalho e as certidões de nascimento poderiam ser facilmente utilizadas para a prática de outros delitos pelos próprios acusados ou pelo grupo criminoso do qual participavam, pois os mesmos ainda estavam sob sua posse e não foram retidos pela autarquia previdenciária quando da apresentação dos requerimentos administrativos.

Desse modo, subsiste a potencialidade lesiva dos documentos contrafeitos, de maneira a justificar a aplicação cumulativa das penas previstas para os crimes de estelionato, falsificação de documentos e de selos ou sinais públicos, notadamente pela interpretação *a contrario sensu* do enunciado de Súmula nº 17 do Superior Tribunal de Justiça.

Vê-se, portanto, que o Magistrado sentenciante bem analisou as provas produzidas tanto na fase inquisitorial quanto na judicial, não havendo o que se reparar na sentença em relação a esse ponto. As provas existentes no caderno processual são mais que suficientes para embasar o decreto condenatório.

No caso, como bem consignado na sentença objeto de recurso, não é crível que desconhecesse o apelante a existência de inúmeros documentos falsos guardados no interior de sua residência, dentro de uma garrafa térmica, quando ele próprio admite possuir dois documentos de identidade, sendo um emitido em seu nome e o outro em nome de Sidiney Pereira da Silva, com a suposta finalidade de viabilizar a abertura de uma conta-corrente.

No que toca à configuração do crime tipificado no art. 296, II, do CP, anoto que no julgamento da apelação criminal nº 6892-PE, a egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região absolveu os coacusados Manoel Alves da Silva (irmão do ora

apelante) e Maria do Socorro da Silva (cunhada do ora apelante), por entender que a mera posse dos carimbos contrafeitos não configura o crime de “falsificação do selo ou sinal público”, sendo necessária a sua efetiva utilização. Entendeu a turma julgadora, na esteira do voto proferido pelo Desembargador Federal Rubens Canuto, que mesmo a utilização dos carimbos não poderia ser punida no caso, uma vez que somente teria utilidade para falsificação de documentos cartorários, o que evidenciaria se tratar de simples meio para perpetração do crime de falsificação de documento público (art. 297 do CP), no qual os apelantes foram enquadrados 52 vezes, em continuidade delitiva.

Impende, assim, mais uma vez, estender ao ora apelante o que decido nos autos da Apelação Criminal nº 6892-PE, em virtude da disposição contida no artigo 580 do CPP, *verbis*:

Art. 580. No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

De outro giro, penso ser irretocável a conclusão a que chegou a turma julgadora, no que tange à configuração autônoma dos crimes de falsificação de documento público (art. 297 do CP).

Com efeito, só seria autorizada a aplicação do princípio da consunção, quando, após a análise de todas as circunstâncias que concorreram para a infração penal, restar inequívoco o exaurimento da potencialidade lesiva das contrafações no *iter criminis* do delito de estelionato, o que não ocorre na hipótese.

Assim, adoto como razões de decidir a argumentação esposta pelo eminente Desembargador Rubens Canuto, a qual restou integralmente acolhida pela egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no julgamento da ACR 6892-PE:

Os apelantes verberam que não está configurado o crime tipificado no art. 296, II, do Código Penal, porque os carimbos de cartórios de registro civil que foram apreendidos em sua residência não podem ser considerados “selo” ou “sinal”. Por isso, sua falsificação não ensejaria a incidência da mencionada norma incriminadora.

No particular entendo que assiste razão aos apelantes. A denúncia e sua condenação com fulcro no art. 296, II, do Código Penal apenas tem fundamento na apreensão de carimbos contrafeitos em sua residência. Por mais que isso evidencie que os apelantes utilizavam-nos para falsificação de documentos, os quais posteriormente seriam utilizados para postular benefícios previdenciários ou assistenciais, não há como se enquadrar os carimbos na definição de “selo” ou “sinal”. O carimbo até pode ser utilizado para produzir um “sinal público de tabelião”, como previsto na parte final do tipo penal, mas a mera posse desse instrumento não configura o crime de “falsificação do selo ou sinal público”.

A falsificação do sinal público de tabelião pode estar no resultado da utilização dos carimbos falsificados, mas os apelantes não foram denunciados por tal fato, não podendo ser por ele condenados.

De mais a mais, a utilização dos carimbos notariais falsos somente teria utilidade para falsificação de documentos cartorários, o que evidencia se tratar de simples meio para perpetração do crime de falsificação de documento público (art. 297 do CP), no qual os apelantes foram enquadrados 52 vezes, em continuidade delitiva. Por isso, ainda que o Ministério Público Federal tivesse oferecido denúncia pela falsificação de sinais públicos com utilização de carimbos contrafeitos, seria de rigor a aplicação do princípio da consunção, reputando-se o crime-meio (falsificação de sinal público de tabelião) absorvido pelo crime-fim (falsificação de documento público, como certidões de nascimento, por exemplo).

Nesse sentido há precedentes de outras Cortes Regionais Federais:

*HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. FALTA DE LESÃO A INTERESSE DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA. FALSIFICAÇÃO DE ENDOSSO EM CHEQUES NOMINATIVOS AO INSS E DA AUTENTICAÇÃO BANCÁRIAS NAS GUIAS DE RECOLHIMENTO. PREJUÍZO PATRIMONIAL SUPOSTO POR PARTICULAR. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA ATÉ DECISÃO DA JUSTIÇA ESTADUAL. ORDEM CONCEDIDA.*

**I - A falsificação de carimbos com assinaturas de supostos funcionários do INSS representativos de**

**endossos em cheques não são sinais de autenticidade reveladores da fé pública, pois não constituem marca, logotipo, sigla ou símbolo de identificação ou utilização do ente autárquico.**

II - O prejuízo patrimonial foi suportado por empresa particular que recebeu como verdadeiras guias de recolhimento de contribuições previdenciárias e as falsidades perpetraram-se fora do âmbito do INSS, sem a participação de seus servidores, não existindo violação a interesse ou serviço de ente autárquico que justifique a competência da Justiça Federal.

III - A anulação da ação penal por incompetência absoluta do juízo não implica na concessão de liberdade provisória ao réu preso preventivamente, se presentes os requisitos da custódia cautelar, até a análise pelo juízo declarado competente.

IV - Ordem concedida.

(HC 13.208, TRF-3, 1ª Turma, unânime, Relator Desembargador Federal Castro Guerra, *DJU* de 11/09/2002).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA FEDERAL. AFETAÇÃO A SERVIÇO E INTERESSE DA UNIÃO. NULIDADE NA DENÚNCIA E SENTENÇA. VIOLAÇÃO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DOCUMENTOS COM CARIMBO DE AUTENTICAÇÃO E ASSINATURA DE TABELIÃO FALSOS. USO COMPROVADO. ARTIGO 296, § 1º, I, DO CP NÃO CONFIGURADO. ADMINISTRADOR DE FATO DA EMPRESA BENEFICIADA. RETOMADA CAPITULAÇÃO DA DENÚNCIA. CONDENAÇÃO PELO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 304 C/C ARTIGOS 297 E 71 DO CP. PROVAS SUFICIENTES DA AUTORIA.

1. Tendo em conta que os documentos em que foram apostas as autenticações falsas foram utilizados em execuções fiscais que tramitavam perante a Justiça Federal, inegável a lesão a serviço e interesse da União, o que determina a competência da Justiça Federal, conforme artigo 109, IV, da Constituição Federal.

2. O réu defende-se dos fatos narrados e não da capitulação legal. Nestes termos, verificando-se que a denúncia descreve, adequadamente, as falsificações e a posterior utilização dos documentos, não se constata prejuízo no reenquadramento promovido na sentença.

**3. A falsificação de carimbo de autenticação de tabelionato e rubrica respectiva e o uso deste não caracterizam os tipos inscritos nos incisos II do caput e I do § 1º do artigo 296 do CP, visto o primeiro não ser tecnicamente considerado sinal público de tabelião.**

4. No caso, porém, não há falar em atipicidade, uma vez que a conduta atribuída ao acusado – fazer uso de documentos com autenticações e assinaturas respectivas falsas – amolda-se ao tipo penal inscrito no artigo 304 c/c artigo 297 do Código Penal.

5. O crime em questão não exige prejuízo efetivo a outrem para sua configuração, sendo irrelevante que o réu não tenha auferido vantagem com a prática criminosa e/ou se verificado prejuízo à Fazenda Pública nas execuções fiscais.

6. Demonstrado que o acusado era administrador de fato da empresa em nome da qual foram juntados os papéis questionados, inegável que possuía domínio do fato típico, ainda que não tenha pessoalmente apresentado os documentos questionados. Condenação mantida.

(ACR 200071070055511, TRF-4, 7ª Turma, unânime, Relator Desembargador Federal Victor Luiz dos Santos Laus, DE de 13/01/2010).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. *EMENDATIO LIBELLI*. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS.

1. A *emendatio libelli* – a peça acusatória, não obstante descrever com precisão o fato concreto, empresta-lhe qualificação legal diversa – pode ser praticada pelo Tribunal de 2º grau (Súmula 453/STF).

**2. O carimbo de cartório não contém significado por si, com autenticidade e valor que independem de complementos ou assinaturas – características do selo e sinal – e sua falsificação, bem como da correspondente assinatura do notário, constitui falso de documento público (o ato de reconhecer a autenticidade é função pública do notário).**

3. Descabido o enquadramento no art. 296, § 1º, I, do CP, devendo o uso do documento com aquele falso re-

ceber enquadramento no art. 304 CP, com as penas do art. 297 CP.

4. Sendo usado o documento falso em feito criminal da Justiça Federal, há dano à Administração da Justiça Federal, restando esta competente para o processo do falso e seu uso.

5. Não há inépcia no enquadramento pretensamente incorreto da denúncia, pois defende-se o réu do limite fático nela contido e não da classificação jurídica indicada.

6. Materialidade delitiva comprovada pela prova documental produzida, em especial pelo laudo pericial (conclusivo no sentido de falsidade do carimbo).

7. Autoria comprovada pela prova documental, corroborada pela prova testemunhal.

(ACR 200071070055547, TRF-4, 7ª Turma, unânime, Relator Desembargador Federal Décio José da Silva, *DJ* de 23/08/2006).

No que se refere ao crime de falsificação de documentos públicos, pelo qual os apelantes foram condenados 52 vezes, em continuidade delitiva, consoante acima ressaltado, não incide o princípio da consunção.

Mesmo que os documentos falsos (carteiras de identidade, CPF's, CTPS's e certidões de nascimento) tenham sido usados para obter benefícios indevidos, sua potencialidade lesiva não se exauriu nesses estelionatos. Com efeito, por sua própria natureza os elencados documentos poderiam ter sido utilizados para inúmeras outras finalidades, se é que não o foram.

Veja-se que a própria Súmula 17 do STJ deixa claro que o falso só é absorvido quando exaure sua potencialidade lesiva no estelionato. Noutras palavras, se o documento contrafeito ainda tem potencialidade lesiva após o estelionato, o caso é de concurso material de crimes.

Diante disso, entendo que o Juiz sentenciante agiu corretamente ao não considerar que os 52 crimes de falsificação de documento público (25 certidões de nascimento, 17 carteiras de identidade e 10 CTPS's) absorvidos pelos 23 crimes de estelionato pelos quais os réus também foram condenados.

No que toca à dosagem da pena, cuido ter sido ela compatível com as condutas praticadas e de acordo com as circunstâncias judiciais apuradas durante a instrução processual. Nesse ponto,

veja-se que o magistrado *a quo* neutralizou uma circunstância judicial desfavorável, qual seja, a conduta social do apelante, pela primariedade, fixando a pena base, em face das demais circunstâncias, em patamar bem próximo ao mínimo cominado aos tipos pelos quais restou o recorrente condenado. Além disso, o magistrado sopesou bem a causa de aumento de pena, consubstanciada na continuidade delitiva.

Apesar de realizada com precisão pelo Juízo *a quo*, deve ser ajustada a dosimetria para excluir a condenação pelos crimes de falsificação de sinais públicos. Embora reconhecida a prescrição de um dos crimes de estelionato, isso não interfere no índice de aumento da reprimenda pela continuidade delitiva, visto que tanto 22 quanto 23 reiteraões criminosas merece aumento no limite máximo.

Com isso, deve ser reduzida a pena unificada para o *quantum* de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semi-aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, letra *b*, do Código Penal e 190 (cento e noventa) dias-multa.

Para que nenhuma indagação fique sem resposta, cuido se encontrar ainda presente o motivo que ensejou a prisão cautelar do ora apelante. Com efeito, foi ele preso provisoriamente em virtude de ter empreendido fuga do distrito da culpa, fato que evidencia risco concreto à aplicação da lei penal. Nesse ponto, vale recordar que o seu irmão, o acusado Manoel Alves da Silva, fugiu do estabelecimento prisional em que se encontrava detido, encontrando-se, atualmente, foragido.

Ante o exposto, conheço da apelação e dou-lhe parcial provimento para, de ofício, reconhecer a prescrição da pretensão punitiva em relação à conduta imputada ao apelante em relação ao benefício nº 094.031.936-5, concedido em 31/08/1988, bem como para absolver o apelante quanto à acusação pelos crimes de falsificação de sinais públicos, tipificados no art. 296, II, do Código Penal, mantendo a sentença, quanto ao mais, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.511-CE**

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI  
Apelante: GILMARA MARIA DO NASCIMENTO COSTA  
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTATUTO DO ESTRANGEIRO. DECLARAÇÃO FALSA. CONVERSÃO DE VISTO DE PERMANÊNCIA. ART. 125, XIII, LEI Nº 6.815/1980. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DA SENTENÇA. PRELIMINARES REJEITADAS. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS PARA A CONVERSÃO DO VISTO. ART. 1.609, PARÁGRAFO ÚNICO, CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE BEM LESIONADO À LUZ DO DIREITO. AUSÊNCIA DE DOLO. ABSOLVIÇÃO. ART. 386, III, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. APELAÇÃO PROVIDA.**

**- É de ser afastada alegativa de inépcia da denúncia quando ali se encontram as necessárias informações a possibilitar o conhecimento da acusação imputada e, assim, o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório.**

**- Não demonstrada nos autos a imprescindibilidade da oitiva da testemunha, nem mesmo havendo a defesa assumido o compromisso de arcar com o pagamento prévio dos custos inerentes à carta rogatória ou mesmo sua hipossuficiência, não há que se falar em cerceamento de defesa o indeferimento do pedido.**

**- Configurada a revelia, o processo tem andamento integral sem que o réu se faça presente, o que significa dizer que, caracterizada antes do momento do interrogatório, não será necessária a intimação do revel para ser interrogado.**

**- Para aplicar o princípio da individualização da**

***pena, cabe ao magistrado aquilatar, na sua fundamentação, dados concretos e eventuais circunstâncias desfavoráveis, o que não se dá de forma meramente objetiva.***

***- Inexiste nulidade na sentença pela ausência de fundamentação quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, em vista da previsão legal, no art. 33, § 2º, d, do Código Penal, do regime aberto para apenação inferior a 4 (quatro) anos, como o caso concreto, e, assim, não se vislumbrar qualquer prejuízo à parte ré.***

***- Ainda que a declaração formulada pelo code-nunciado, para requerer a conversão de seu visto de permanência, tivesse fundada em paternidade inautêntica, não há que se falar em incidência do previsto no art. 125, XIII, da Lei nº 6.815/1980, à apelante, por força de concurso de pessoas, se atendida a norma administrativa, inexistindo bem lesionado à luz do direito.***

***- O Código Civil, no parágrafo único do seu art. 1.609, reconhece a filiação ainda durante a gravidez, o que, no caso concreto, atende ao preceituado na legislação dos estrangeiros.***

***- Apelação provida para reformar a sentença e absolver GILMARA MARIA DO NASCIMENTO COSTA, a teor do art. 386, III, do Código de Processo Penal.***

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 3 de agosto de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI  
- Relatora

## RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Cuida-se de apelação interposta contra sentença, proferida em 22 de março de 2010 (fls. 269/279), que julgou procedente a denúncia para condenar GILMARA MARIA DO NASCIMENTO COSTA, pelo cometimento da ação delitiva capitulada no art. 125, XIII, da Lei nº 6.815/1980, à pena privativa de liberdade de 3 (três) anos de reclusão, substituída por uma pena de multa, fixada em 60 (sessenta) dias-multa, cada qual valorado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato; e por uma pena restritiva de direitos, consistente na prestação pecuniária de 2 (dois) salários mínimos a ser doada a uma entidade, pública ou privada, com destinação social.

Diz a denúncia (fls. 03/05), em síntese, que também o acusado MANUELE SEVERINI, com a intenção de fixar residência no Brasil, registrou a menor KAROLINE JADE DO NASCIMENTO COSTA SEVERINI, como sendo sua filha, quando, na realidade, era apenas filha de GILMARA MARIA DO NASCIMENTO COSTA, sua companheira, e que, após o aludido registro, aquele apresentou a respectiva certidão de nascimento à Polícia Federal com o intuito de requerer a conversão de seu visto, de temporário para permanente.

A denúncia foi recebida em 04 de março de 2005 (fls. 08/09).

Nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/1995, foi proposta suspensão condicional do processo, havendo, com o cumprimento das condições elencadas na audiência admonitória, sido extinto a punibilidade em relação ao denunciado MANUELE SEVERINI (sentença às fls. 100/102).

Não havendo o cumprimento, na íntegra, no tocante à ora apelante, GILMARA MARIA DO NASCIMENTO COSTA, após revogações e posteriores prorrogações da suspensão processual, foi decretada a revelia da denunciada (fls. 151/154) e, ao final, não cumprindo o último prazo de prorrogação, restou em definitivo revogada a suspensão condicional, com o prosseguimento da persecução penal.

Em suas razões de apelo (fls. 288/310), argúi, em preliminar, a inépcia da denúncia, cerceamento de defesa e nulidade da sentença; no mérito, a atipicidade da conduta e carência de provas.

Em contrarrazões (fls. 312/318), o Ministério Público Federal requer o improvimento do recurso.

Subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

O *Parquet* Federal, em parecer de fls. 326/346, opina no sentido de, rejeitadas as preliminares, ser parcialmente provida a apelação, para o fim de ser a pena-base reduzida para 2 (dois) anos de reclusão, fixando-se o regime de cumprimento de pena inicialmente aberto, mantendo-se a sentença condenatória em seus demais termos.

É o relatório.

Ao Revisor.

## VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

A apelante, em suas razões recursais, suscita, em preliminar, (a) a inépcia da denúncia, por ausente indicação da data dos fatos e descrição de dados essenciais da conduta do agente, violando o que preceitua o art. 41 do Código de Processo Penal; (b) o cerceamento de defesa, pela não intimação da acusada para constituição de patrono, o indeferimento da oitiva de testemunha arrolada pela defesa e a não designação de audiência de interrogatório da acusada; e (c) nulidade da sentença, pela ausência de motivação idônea na fixação da pena-base e de fundamentação quanto ao regime inicial de cumprimento da pena.

A alegada inépcia da denúncia é de ser afastada, eis que ali se encontram as necessárias informações a possibilitar o conhecimento da acusação que lhe é atribuída e, assim, o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório.

Aliás, idêntica preliminar restou aventada, em sede de alegações finais, sendo rebatida, de forma clara e contundente, na sentença, de onde destaco:

36. Na realidade, de um modo geral, a denúncia descreve os fatos delituosos narrados aos acusados de forma aceitável. A ausência da menção expressa à data da ocorrência do fato criminoso imputado não implica, por si só, inépcia da denúncia quando através da sua leitura se puder compreender os fatos e situá-los satisfatoriamente no tempo e no espaço. No presente caso, entendo que a data do fato encontra-se delineada implicitamente na denúncia, visto como nela se especifica que o delito se materializou a partir do no documento de fl. 07 do inquérito e se consumou com o processo administrativo que tramitou na Superintendência Regional da Polícia Federal (vide itens 2 e 4 da denúncia).

Ora, ainda que não expressamente indicadas as datas dos fatos – registro civil inidôneo da menor e requerimento junto ao Departamento de Polícia Federal da conversão de seu visto, de temporário para permanente – tem-se como indubitável a data do registro (pela própria certidão de nascimento, datada de 09 de julho de 2001 – fl. 07 do IPL em apenso) e, ainda, ao se indicar, na denúncia (item 7), que a obtenção daquele registro visava conseguir a regularização da permanência do estrangeiro no Brasil, cuja data limite de permanência seria 17 de julho de 2001.

No tocante à preliminar de cerceamento de defesa, resta ela inscrita sob três fundamentos: não intimação da acusada para constituição de patrono, indeferimento da oitiva de testemunha arrolada pela defesa e não designação de audiência de interrogatório da acusada.

Para elucidar a questão, destaco da sentença:

38. Ao compulsar os presentes autos, constata-se que foi regularmente decretada a revelia da ré, a qual, por diversas vezes, desatendeu a intimações e à obrigação de informar a este juízo o endereço onde pudesse ser encontrada.

39. Às fls. 151/154 foi explicitado o seguinte na decisão prolatada pela MM. Juíza Federal Maria Júlia Tavares:

19 - Segundo os registros e certidões vistos nas fls. 40, 47, 53, 55, 113 e 120/121, GILMARA MARIA DO NASCIMENTO COSTA compareceu a este Juízo nos meses de junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e

dezembro de 2005; março, abril, maio e junho de 2006; maio, junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2007, deixando de completar os 2 (dois) anos de prova por ela aceitos.

20 - Como certificado na fl. 129-verso, em 6 de setembro de 2008, segundo informação de seu irmão, a ré ainda se encontrava na Itália, sem previsão de retorno ao Brasil.

21 - Diversas oportunidades foram dadas à denunciada para que ultimasse o cumprimento do benefício do sur-sis processual que lhe foi concedido no dia 18 de maio de 2005 (fls. 13/16), há mais de três anos, portanto, sendo que vem demonstrando falta de interesse e vontade em observar as condições com as quais concordou, e conseqüentemente ter extinta a punibilidade sem o normal curso do processo e suas conseqüências, inclusive uma eventual condenação, como se depreende do acima relatado.

22 - Ressalte-se, ainda, que a suspensão condicional do processo já foi revogada em duas oportunidades, a saber, no dia 30/11/06 (fls. 71/72), retornando a suspensão aos 18/04/2007 (fl. 85) e aos 04/11/2008 (fls. 135/139), tornando-se, assim, temerária nova prorrogação.

23 - Inicialmente, tendo em vista a revogação da suspensão processual (fls. 135/139) e as certidões de fls. 139v. e 141v., na qual consta que a acusada está morando atualmente no exterior, e, ainda, por não haver comunicado seu novo endereço a este juízo, a teor do art. 367 do Código de Processo Penal, declaro a revelia de Gilmara Maria do Nascimento Costa.

[...] (grifou-se)

40. Diz o art. 367 do Código de Processo Penal: “O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo”.

41. Ora, o efeito natural da revelia é justamente o prosseguimento do processo sem a presença do acusado que mostrou desinteresse no acompanhamento da ação penal que corre em seu desfavor.

42. Nos comentários que faz ao art. 367, pondera Guilherme de Souza Nucci: “As hipóteses previstas neste artigo

são mais que razoáveis para o curso do processo, ainda que o réu dele não participe ativamente. (...) Demonstra o seu desinteresse de acompanhar a instrução não havendo razão para o juiz continuar insistindo para que compareça, afinal, é seu direito de audiência e não obrigação de estar presente – salvo motivo imperioso, como ocorre, por exemplo, quando há necessidade de reconhecimento ou para qualificação. Declara-se o seu estado de ausente. [...] A outra hipótese é a mudança de endereço, entendendo-se que já foi citado pessoalmente, sem comunicação. É natural que o juiz, determinando a sua intimação para qualquer ato processual, não mais vai encontrá-lo. Reconhece-se, pois, a sua ausência. O processo segue o seu rumo e a decisão de mérito pode ser proferida, arcando o acusado com o ônus dessa ausência case prejudique a sua ampla defesa” (Código de Processo Penal Comentado, 8.ed., São Paulo: RT, 2009, p. 667).

**43. Importante acrescentar que, quando configurado caso de revelia, o processo tem andamento integral sem que o réu se faça presente**, isso até a prolação de sentença de mérito, **o que significa dizer que, se a revelia tiver se caracterizado antes do momento do interrogatório, não será necessária a intimação do revel para ser interrogado**. Aliás, além do teor claro do art. 367, corrobora essa percepção o disposto no art. 185 do Código de Processo Penal, segundo o qual “O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado”.

(...)

45. Assim, considerando que a ré GILMARA MARIA DO NASCIMENTO COSTA desatendeu por diversas vezes a intimações deste juízo e deixou de informar o endereço onde pudesse ser intimada – tendo sido, como consequência, decretada a sua revelia na forma do art. 367 do Código de Processo Penal –, impossível acolher a nulidade sugerida pela Defensoria Pública da União em sede de alegações finais.

46. Não se sustenta, do mesmo modo, a alegação de nulidade em virtude do indeferimento de testemunha arrolada pela defesa.

47. Quanto ao pedido de inquirição do codenunciado MANUELE SEVERINI como testemunha, verifica-se que não

ficou demonstrada a imprescindibilidade nem assumiu a Defensoria Pública da União o compromisso de arcar com o pagamento prévio dos custos de envio da carta rogatória, ressaltando-se que não se faz presente, *in casu*, a hipótese de isenção prevista no art. 4º da Lei nº 9.289/1996 ou os benefícios da assistência judiciária, regulamentada na Lei nº 1.060/1950. Ainda que assim o fosse, o exame do art. 3º da Lei nº 1.060/1950 revela que a assistência judiciária não alcançaria a previsão do art. 222-A do Código de Processo Penal, que inclui, dentre outros valores, aqueles destinados a tradutores. Ressalte-se que a Defensoria Pública da União foi acionada não por ser a ré hipossuficiente, mas por haver abandonado o país e a própria causa para residir na Itália (v. fls. 165/169), vale dizer, a acusada decidiu ausentar-se do processo, fazendo com que este Juízo, reconhecendo sua ausência, prosseguisse o processo até a decisão de mérito.

Por fim, a preliminar de nulidade da sentença, pela ausência de motivação idônea na fixação da pena-base e de fundamentação quanto ao regime inicial de cumprimento da pena.

Não há como se entender nula a sentença, tendo em vista que, ao se utilizar do princípio da individualização da pena, o douto Magistrado *a quo* buscou verificar, na sua fundamentação, dados concretos e eventuais circunstâncias desfavoráveis.

Entendeu ele destacarem-se, negativamente, as circunstâncias do crime e a culpabilidade da ré, assim pronunciando:

Com efeito, ficou comprovado que a condenada se utilizou da própria filha como instrumento para obtenção de visto de permanência em favor de seu companheiro, subtraindo ela, com a feitura de um registro ideologicamente falso, o direito fundamental à formalização civil de sua verdadeira filiação. Ou seja, à margem da lei, a filha da condenada ficou impedida de ser registrada em nome de seu verdadeiro pai, o que somente se poderia conceber em hipóteses estritas, como de adoção, e sempre obedecido o devido processo legal. (...)

Já a nulidade pela ausência de fundamentação quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, não vislumbro qualquer prejuízo à ora apelada, em vista da previsão legal, do art. 33, § 2º, *d*, do

Código Penal, do regime aberto para pena inferior a 4 (quatro) anos, como o caso concreto.

Rejeitadas, assim, as preliminares suscitadas.

No mérito, aduz a atipicidade da conduta, pela ausência de dolo, e a fragilidade do arcabouço probatório.

Resultou a ora apelante condenada pelo cometimento da ação delitiva capitulada no art. 125, XIII, da Lei nº 6.815/1980, assim enunciada:

Art. 125. Constitui infração, sujeitando o infrator às penas aqui cominadas:

(...)

XIII - fazer declaração falsa em processo de transformação de visto, de registro, de alteração de assentamentos, de naturalização, ou para a obtenção de passaporte para estrangeiro, *laissez-passer*, ou, quando exigido, visto de saída:

Pena: reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos e, se o infrator for estrangeiro, expulsão.

Não se pode ser imputado à ora apelante a previsão legal suso transcrita, eis que formulada pelo co-denunciado, Manuele Severini, quando do requerimento de conversão de seu visto, de temporário para permanente.

A autoria recai sobre ela por força do art. 29 do Código Penal, por haver concorrido para o ilícito ao permitir o registro inidôneo de sua filha, com paternidade inautêntica.

Contudo, outras situações devem ser analisadas.

De início, quando do requerimento que ensejou a persecução penal, já estaria ela grávida, esperando filho do codenunciado, consoante se vê dos depoimentos prestados perante a autoridade policial, onde não se omitiu o fato de que a menor não era filha biológica do codenunciado.

Tal fato, ainda que não previsto no formulário padrão de Requerimento de Permanência Definitiva (Reunião Familiar), encontra guarida, como assentado nas razões de apelo, no novel Código Civil, no parágrafo único do seu art. 1.609.

Desta forma, é de se reconhecer não haver sido perpetrado, à luz do direito, o ilícito descrito na denúncia, qual seja, falsificar o registro civil da menor Karoline, por desnecessário em vista da gravidez, para a conversão do visto de permanência do alienígena Manuele Severini.

Acrescente-se, por oportuno, haver a apelante, em e-mails trocados com a diretora de secretaria do Juízo Federal, demonstrado boa-vontade em tentar cumprir a suspensão condicional, ainda que no estrangeiro, o que deixa claro, ainda que de forma transversa, não pretender esquivar-se da justiça brasileira, mas sim legar aos seus filhos, e em especial à menor Karoline, uma melhor condição de vida, inclusive cultural, que talvez não pudesse ser dispensada em solo pátrio.

Ausente, portanto, o dolo descrito na denúncia, concluindo pela atipicidade da conduta.

Posto isso, dou provimento ao apelo para, reformando a sentença, absolver GILMARA MARIA DO NASCIMENTO COSTA, a teor do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

É como voto.

## **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO EM EXECUÇÃO DE SENTENÇA NA AÇÃO RESCISÓRIA Nº 174-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (VICE-PRESIDENTE)  
Embargante: UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL  
Embargados: DIONE VALENÇA DE SOUZA E OUTRO  
Repte.: PROCURADORIA DA UFAL  
Advs./Procs.: DRS. ANTONIO GAMELEIRA CAVALCANTE E OUTROS (EMBDOS.)

***EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA EM AÇÃO RESCISÓRIA. VINCULAÇÃO À COISA JULGADA. INCORRÊNCIA DA PRECLUSÃO PRO***

**JUDICATO. INAPLICABILIDADE DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. OMISSÕES. INEXISTÊNCIA.**

*- O Tribunal não negou, em termos genéricos e abstratos, a possibilidade de compensação em sede de execução (art. 741 do CPC), mas a considerou inviável, no caso concreto, diante do que fora decidido no processo de conhecimento.*

*- O acórdão embargado não se omitiu a respeito de normas processuais atinentes à “preclusão para o juiz”; ao contrário, a ratio do aresto recorrido é, justamente, a preservação da eficácia vinculativa da coisa julgada material, que autoriza a correção do rumo da execução, com vistas no fiel cumprimento do dispositivo sentencial, até mesmo de ofício, por ser nula a execução que se afasta da condenação (nulla executio sine prævia cognitio).*

*- É desnecessária a invocação da regra do art. 97 da CF, porque o v. aresto não deixou de aplicar o art. 1º-F da Lei 9.497/97 sob fundamento de índole constitucional, mas apenas utilizou critério de direito intertemporal.*

*- Além de ser estranha ao que foi decidido no acórdão embargado, a regra do art. 97 da CF é expletiva porque se trata de decisão plenária, e não de decisão de órgão fracionário do Tribunal, que, esta sim, faria incidir a Súmula Vinculante nº 10 do STF.*

*- Embargos de declaração conhecidos, mas não providos.*

**ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, conhecer dos embargos de declaração, negando-lhes provimento, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 21 de julho de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Vice-Presidente

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Vice-Presidente):

A UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS (UFAL) opõe embargos de declaração em face de acórdão da minha Relatoria, proferido pelo Plenário, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA EM AÇÃO RESCISÓRIA. ÍNDICE DE 28,86%. REPOSICIONAMENTOS DECORRENTES DE LEGISLAÇÃO POSTERIOR ÀS LEIS 8.622/93 E 8.627/93. COMPENSAÇÃO. OFENSA À COISA JULGADA. DEMANDA AJUIZADA ANTES DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.180/01. JUROS DE MORA DE 1% AO MÊS.

1. Se o título judicial concedeu o aumento vencimental de 28,86%, mas não adotou como parâmetro a decisão proferida pelo STF nos EDROMS 22.307-7/DF, nem determinou sua compensação daquele índice com os reajustes posteriores às Leis 8.622/93 e 8.627/93, tal abatimento não pode ser realizado em sede de execução, sob pena de ofensa à coisa julgada. Precedentes do STF e do STJ.
2. Nas ações ajuizadas antes da vigência da MP 2.180-35/01, que introduziu o art. 1º-F na Lei 9.494/97, devem ser aplicados juros de mora de 1% ao mês.
3. Honorários de sucumbência fixados em R\$ 2.000,00, com base nos critérios de razoabilidade e proporcionalidade previstos no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.
4. Embargos à execução rejeitados.

O Tribunal posicionou-se contrariamente à compensação dos reajustes concedidos pelas Leis nº 8.622/93 e 8.627/93 nos casos em que a sentença concedeu a servidores o acréscimo vencimental de 28,86%, sem qualquer ressalva.

Todavia, para a embargante, o v. aresto padeceria dos seguintes defeitos:

1) omissão quanto à possibilidade de se efetuar a compensação referente aos pagamentos que não foram objeto de discussão na fase de conhecimento (art. 741, V, do CPC, e art. 5º, XXXVI, da CF);

2) omissão quanto ao conhecimento da preclusão *pro judicato* (arts. 463 e 471 do CPC) que teria operado no momento em que o ex-Vice-Presidente do Tribunal, Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, determinou à contadoria a elaboração de cálculos com a referida compensação; e

3) ofensa à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF) e à Súmula Vinculante nº 10 do STF, na parte do acórdão que deixou de aplicar o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, os arts. 1.062 e 1.063 do antigo Código Civil e o art. 1º da Lei nº 4.414/64, que determinam a incidência de juros de mora de 0,5% ao mês nas condenações impostas à Fazenda Pública.

A recorrente invoca os dispositivos constitucionais e legais citados para fins de prequestionamento.

Os embargados ofereceram resposta, tempestivamente.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator Vice-Presidente):

Egrégio Plenário.

A embargante (UFAL) quer pronunciamento expresso deste Tribunal a respeito da possibilidade de se compensar os reajustes advindos das Leis nº 8.622/93 e 8.627/93 sem ofensa à coisa julgada, da “preclusão para o juiz” (arts. 463 e 471 do CPC), e da ofensa à reserva de plenário no que tange à incidência de juros moratórios.

Conheço dos embargos, mas nego-lhes provimento.

Primeiro, porque a *ratio* do aresto recorrido reside, justamente, na preservação da coisa julgada, conforme explicitado no voto condutor e na própria ementa do acórdão:

Se o título judicial concedeu o aumento vencimental de 28,86%, mas não adotou como parâmetro a decisão proferida pelo STF nos EDROMS 22.307-7/DF, nem determinou sua compensação daquele índice com os reajustes posteriores às Leis 8.622/93 e 8.627/93, tal abatimento não pode ser realizado em sede de execução, **sob pena de ofensa à coisa julgada** (grifei).

Então o Tribunal nunca negou, em termos genéricos e abstratos, a possibilidade de compensação em sede de execução (art. 741 do CPC), mas a considerou inviável, no caso concreto, diante do que fora decidido no processo de conhecimento.

Segundo, porque o Tribunal efetivamente apreciou a regra da eficácia vinculativa da coisa julgada material, da qual decorrem, entre outras, as regras dos artigos 463 e 471 do CPC, que autorizam a correção do rumo da execução, com vistas no fiel cumprimento do dispositivo sentencial, até mesmo de ofício, por ser nula a execução que se afasta da condenação (*nulla executio sine prævia cognitio*). Veja-se, nesse sentido, o excerto seguinte do voto do Ministro Luiz Fux no REsp nº 531.804:

Destarte, **a execução** opera-se como instrumento de efetividade do processo de conhecimento, razão pela qual **deve seguir rigorosamente os seus limites, que por seu turno são impostos pelo dispositivo sentencial trânsito em julgado, passível de ser corrigido a qualquer tempo**, em respeito à eficácia preclusiva da coisa julgada que o reveste, **restando indiferente a ausência de impugnação específica do cálculo que a desobedece**. Raciocínio inverso implicaria criar um novo título executivo em processo cujo escopo é dar efetividade àquele cuja decisão transitou em julgado (STJ, REsp 531.804, rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, v.u., DJ 16.02.2004 - grifei).

Terceiro, porque é desnecessária a invocação do dispositivo constitucional que estatui a reserva de plenário, haja vista que o v. aresto embargado não deixou de aplicar o art. 1º-F da Lei 9.497/97 sob fundamento de índole constitucional, mas apenas utilizou critério de direito intertemporal, como se vê no seguinte trecho da sua ementa:

2. Nas ações ajuizadas antes da vigência da MP 2.180-35/01, que introduziu o art. 1º-F na Lei 9.494/97, devem ser aplicados juros de mora de 1% ao mês.

Além de ser estranha ao que foi decidido no acórdão embargado, a regra do art. 97 da CF é expletiva porque, aqui, o caso é de decisão plenária. A respeito do tema, ressalto, *ad argumentandum tantum*, que a Súmula Vinculante nº 10 do STF só se aplica a hipóteses de inconstitucionalidade declarada por órgão fracionário de Tribunal:

Súmula Vinculante 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a **decisão de órgão fracionário de tribunal** que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte (grifei).

Por fim, não será possível prover o recurso apenas para fins de prequestionamento, quando ausentes os requisitos do art. 535 do CPC, o que ocorre na espécie, pois os fundamentos do acórdão não deixam espaço para dúvidas ou omissões.

Assim, conheço dos embargos, mas nego-lhes provimento.

É como voto.

## **EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 426.456-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT  
Embargante: JOSÉ ACÁCIO PEREIRA BRASIL  
Embargado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Repte.: PROCURADORIA DO INSS  
Advs./Procs.: DRS. ANTÔNIO GERALDO LEITE E OUTRO (EMBTE.)

**EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. POSSIBILIDADE DE CONTROLE PELO JUDICIÁRIO. SERVIDOR DO INSS. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DE**

**ATO DE IMPROBIDADE. PENA DE DEMISSÃO. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. NÃO FORMAÇÃO DE CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. REINTEGRAÇÃO ASSEGURADA. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA. EXERCÍCIO LEGÍTIMO DO PODER-DEVER DA ADMINISTRAÇÃO. PREVALÊNCIA PARCIAL DO VOTO VENCIDO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

*- Em face dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, típicos do regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a servidor público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo e não se limita somente aos aspectos formais, conferindo garantia a todos os servidores contra um eventual arbítrio.*

*- Na imposição de pena disciplinar, deve a autoridade observar o princípio da proporcionalidade, pondo em confronto a gravidade da falta, o dano causado ao serviço público, o grau de responsabilidade de servidor e os seus antecedentes funcionais de modo a demonstrar a justiça da sanção.*

*- In casu, há de preponderar o entendimento delineado no voto vencido que, reconhecendo a falta de prova da prática, pelo servidor, da conduta que lhe foi imputada (prática de ato de improbidade), anulou a sanção de demissão imposta pela Comissão Disciplinar.*

*- No entanto, mostra-se imprópria a condenação em danos morais porquanto a instauração de inquéritos administrativos e de processos disciplinares, via de regra, não gera tal direito por se tratar de exercício de verdadeiro dever da Administração, o qual decorre de seu poder disciplinar.*

***- Do contrário, estar-se-ia consagrando a necessidade de toda vez que a Administração tivesse de instaurar procedimento disciplinar, no uso de seu poder-dever de apurar irregularidades de quem se encontre sob sua fiscalização, de já possuir certeza da culpabilidade do respectivo indiciado, o que seria inadmissível e impraticável, podendo até a sua inação dar ensejo, em tese, à prática do crime de condescendência criminosa (art. 320, CP).***

***- A só ausência de ilegalidade na instauração do procedimento já basta para afastar a ocorrência de dano moral, tendo em vista que a responsabilidade da Administração por ato lícito pressupõe o descumprimento do princípio da igualdade, ou a frustração da justa confiança do administrado.***

***- Embargos Infringentes parcialmente providos, fazendo prevalecer o voto vencido apenas no tocante à anulação, desde a sua edição, da Portaria que concretizou a demissão do embargante, determinando a sua reintegração no cargo anteriormente ocupado, com ressarcimento de todas as vantagens que lhe deixaram de ser pagas desde o seu afastamento, nos termos do art. 28 da Lei 8.112/90, acrescidas dos juros legais e de correção monetária, preservando-se os demais direitos a que o servidor faria jus se estive em serviço, sem, contudo, conferir-lhe qualquer indenização por danos morais.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de EINFAC 426.456-CE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Pleno do TRF da 5ª Região, por maioria, em dar parcial provimento aos embargos infringentes, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 25 de agosto de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA  
ERHARDT - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de embargos infringentes manejados por JOSÉ ACÁCIO PEREIRA BRASIL visando a fazer prevalecer o voto vencido proferido pelo eminente Desembargador Federal JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA quando do julgamento da AC 426.456-CE pela douta 1ª Turma desta Corte Regional, que, mantendo a sentença de primeiro grau, negou provimento à remessa oficial e à apelação desafiada pelo INSS, confirmando a anulação da Portaria 79, de 06.02.03, a qual concretizou a demissão do ora embargante do quadro funcional da autarquia embargada, determinando a sua reintegração no cargo anteriormente ocupado, com o ressarcimento de todas as vantagens que deixaram de lhe serem pagas, desde o seu afastamento, nos moldes do art. 28 da Lei 8.112/90, acrescidas de juros legais e de correção monetária, além de reparação pelo dano moral sofrido no valor de R\$ 5.000,00.

2. Entendeu o referido Magistrado que não restara caracterizada no processo administrativo disciplinar instaurado para apurar a participação do embargante na concessão irregular de benefícios previdenciários, a comprovação da prática de ato de improbidade a ele imputado que pudesse justificar a pena de demissão imposta, e, mesmo considerando a sua atuação profissional no caso como desidiosa, tal conduta não legitimaria a aplicação da mencionada pena capital. Confirmou, ainda, a condenação do INSS no pagamento ao ora embargante de indenização por danos morais no valor suso indicado.

3. Dissentiram dessa orientação os eminentes Desembargadores Federais FRANCISCO CAVALCANTI e ROGÉRIO FIALHO, para quem, do exame das provas constantes dos autos, a conduta do embargante – consistente em dar informações inverídicas, apuradas em pesquisas por ele realizadas, que serviram de fundamento para a concessão fraudulenta de benefícios previdenciários.

rios – estaria configurada como falta administrativa revestida de dolo, devendo, portanto, ser realmente reprimida com pena de demissão, proporcional que é à gravidade dos fatos apurados, mostrando-se, conseqüentemente, imprópria a indenização por danos morais pleiteada.

4. No presente recurso, sustenta o servidor embargante que o voto vencido merece vir a preponderar pelas seguintes razões: (i) a irregularidade na constituição da comissão consistente na designação de servidor sem estabilidade para integrá-la, em frontal violação ao comando do art. 149 da Lei 8.112/90, o que se constitui em vício de nulidade absoluta; (ii) a pena aplicada ao servidor mostra-se excessiva e como tal fere os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; e, (iii) a inexistência de conduta delituosa a justificar a imposição da reprimenda máxima administrativa, qual seja, a demissão do servidor.

5. Contrarrazões às fls. 1.536/1.539v pugnando pela manutenção do julgamento turmário.

6. Dispensada a revisão nos termos regimentais.

7. É este o relatório.

## VOTO

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

1. A divergência inserta nos presentes Embargos Infringentes restringe-se a averiguar a legalidade do ato de demissão do servidor, ora embargante, com a análise da razoabilidade e da proporcionalidade da sanção aplicada frente às provas constantes dos autos, e, em caso de seu afastamento, se é (ou não) devida indenização por danos morais em seu favor.

2. Desse modo, de logo, não conheço da alegação de irregularidade na composição da comissão responsável pela condução do processo administrativo disciplinar em razão da designação de servidor sem estabilidade para integrá-la, em violação ao art. 149 da Lei 8.112/90, pois, neste ponto específico, não houve divergência no julgamento realizado pela douta 1ª Turma deste TRF, tendo todos os seus componentes se pronunciado, à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores, no sentido de que *a nulidade do PAD*

*é declarável apenas quando restar evidente a ocorrência de prejuízo à defesa do servidor acusado, observando-se o princípio páis de nullité sans grief, o que ino correu na hipótese dos autos, consoante restou expressamente consignado no voto condutor do eminente Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI, nos seguintes termos:*

No tocante à composição da comissão responsável pela condução do processo administrativo disciplinar, embora se encontre disposto no art. 149 da Lei 8.112/90 a necessidade de composição por três servidores estáveis, entendido assim como o relator que o autor não sofreu qualquer espécie de prejuízo decorrente da indicação de um servidor não estável, motivo pelo qual deve ser reformada a sentença recorrida. (Fl. 1489).

3. Ultrapassada a questão atinente à regularidade formal do procedimento administrativo, passa-se à divergência propriamente dita, objeto que é do presente recurso.

4. A teor do art. 143 da Lei nº 8.112/90, a autoridade administrativa, ciente da prática de qualquer irregularidade no serviço público, deve, de ofício, por mandamento legal, determinar a apuração dos fatos imediatamente, assegurada ao acusado a ampla defesa.

5. No entanto, por força dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, verificar se existe (ou não) causa legítima que autorize a imposição da sanção disciplinar. O controle jurisdicional é amplo nesta seara, de modo a conferir garantia aos agentes públicos contra eventual arbítrio, não se limitando o controle jurisdicional, portanto, somente aos aspectos formais, como algumas correntes doutrinárias ainda defendem.

6. À guisa de precedentes, confira-se os seguintes julgados do colendo Tribunal da Cidadania:

DIREITO ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DELEGADO DE POLÍCIA. DEMISSÃO. PRINCÍPIO

DA PROPORCIONALIDADE. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. REQUISITOS. EMBARGOS REJEITADOS.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que não há discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção disciplinar a servidor público, pelo que o controle jurisdicional de tal ato é amplo, inclusive no tocante à proporcionalidade da pena aplicada.

(...).

(EDcl no RMS 23.143-SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, *DJU* 20/10/2008).

(...).

Inexiste 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 (Precedentes: MS 12.957-DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJU* 26.09.08; MS 12.983-DF, Rel. Min. Convocado Celso Limongi, *DJU* 15.02.08).

(...).

(MS 13716-DF, Rel. Min. FÉLIX FISHER, *DJU* 13.02.09).

7. Acerca do princípio da razoabilidade pode-se afirmar que é considerado a maior limitação ao exercício de competências discricionárias pela Administração, sendo utilizado, precipuamente, na análise da legitimidade dos atos desta espécie que restringem a esfera jurídica do administrado, assim considerados os atos que (i) limitam ou condicionam o exercício de direitos, (ii) estabelecem obrigações ou (iii) impõem sanções.

8. Assim, editado um ato restritivo, não só pode, como deve, o Magistrado, pela aplicação do aludido princípio, analisá-lo quanto à sua necessidade, adequação e proporcionalidade (princípio da proporcionalidade), a partir do chamado “critério do homem médio”, originário do Direito Civil, isto é, levando em consideração a perspectiva de um homem ponderado, de bom senso.

9. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível. Isso significa,

acima de tudo, que não se fira o “conteúdo essencial” de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens.

10. Vale referir, neste aspecto, ante a extrema pertinência de suas observações, o douto magistério do Professor LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA, para quem:

A atividade administrativa deverá ser guiada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, haja vista serem inadmissíveis condutas bizarras, tomadas em desconsideração às circunstâncias factuais e às vicissitudes concretas que a hipótese encerra.

(...).

Em suma, é manifesto e inegável que o controle judicial da atividade administrativa vem sendo ampliado, sem que implique invasão na discricionariedade administrativa ou usurpação dela pelos órgãos jurisdicionais. Ao se traçar os limites da atividade discricionária, distinguindo-a da mera atividade interpretativa, pretende-se evitar os abusos que a Administração Pública comete, corrigindo os atos que, conquanto revistam aparência de legalidade por praticados sob o pálio da discricção, traduzem verdadeiro arbítrio. (A Fazenda Pública em Juízo, 5ª ed. rev. e ampl. e. atual., São Paulo: Dialética, 2007, pp. 483/484).

11. Em atenção a esses princípios (razoabilidade e proporcionalidade), no que tange aos limites da atuação do Poder Judiciário no âmbito do processo administrativo disciplinar, o egrégio STJ firmou orientação de que a pena de demissão imposta a servidor público submetido a esse tipo de procedimento deve encontrar fundamento em provas convincentes que demonstrem, de modo cabal e indubitável, a prática de infração pelo acusado. Nesse sentido: MS 12.429-DF, Rel. Min. FÉLIX FISHER, *DJU* 29.06.07; MS 13.091-DF, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, *DJU* 07.03.08; e EDcl no MS 13.581-DF, Rel. Min. Convocado CELSO LIMONGI, *DJU* 22.05.09).

12. No presente caso, o embargante, por força das conclusões de Auditoria Regional instaurada no âmbito da Agência do INSS em Juazeiro do Norte-CE, foi acusado de participar da concessão fraudulenta de benefícios previdenciários, de forma que sua participação consistiria em dar informações inverídicas apuradas em pesquisa por ele realizada, que serviriam de fundamento para tais concessões, referindo-se mais especificamente as de aposentadoria aos segurados JÚLIA RODRIGUES DOS SANTOS e DANIEL TAVARES LIRA, causando à referida autarquia um prejuízo resultante na monta de R\$ 7.000,00.

13. Ressalte-se que o embargante, embora ocupante do cargo de datilógrafo, desempenhava a função de *pesquisador (funcionário que recebe o pedido de pesquisa e realiza a aferição in loco)*, possuindo, por conseguinte, somente acesso à solicitação de pesquisa, ou seja, não tinha alcance nem ao processo concessório, nem ao conhecimento das informações contidas na entrevista realizada pelos beneficiários perante o INSS.

14. Desse modo, ao considerar os documentos insertos neste caderno processo, penso, *com todas as vênias aos entendimentos adversos*, que inexistente elemento probatório satisfatório a caracterizar a prática, pelo servidor, de ato de improbidade administrativa que pudesse justificar a aplicação da pena demissória.

15. O douto Juízo sentenciante, no que foi seguido pelo voto vencido que ora se quer ver preponderar, analisou com bastante propriedade o contexto fático dos autos e seu respectivo lastro probante, chegando a essa mesma conclusão, com fundamentação que, de tão bem posta, merece ser repetida e utilizada como razões de decidir, senão vejamos:

Analisando, num primeiro momento, a concessão do benefício rural a Sra. Júlia Rodrigues dos Santos, verifico que os documentos carreados aos autos demonstram a incorrência de ato de improbidade administrativa por parte do demandante.

Notícia o Relatório da Auditoria do INSS realizada na agência dec Juazeiro do Norte (fl. 283) que o autor teria atestado tempo de serviço rural fictício, na qualidade de segurada especial, o que seria inverdade, consoante alega a autarquia previdenciária, já que não estaria presente tal qua-

lidade para a beneficiária em comento, uma vez que seu esposo é funcionário aposentado da COELCE, e sua filha, agente de saúde, não havendo prova de labor rural em regime de economia familiar.

Segundo o INSS, o autor era sabedor de tal circunstância, tendo agido com dolo ao testar informações falsas.

Não obstante, subsidiado no conjunto probatório repoussante nestes autos, discordo de tal conclusão.

De fato, no processo concessório de benefício de aposentadoria rural a Sra. Júlia Rodrigues dos Santos o autor funcionou tão-somente como pesquisador, o que, consoante estrutura funcional do INSS, implica em receber solicição de pesquisa expedida por outro servidor e realizar aferição *in loco*, a fim de verificar se o requerente faz jus ao benefício pleiteado, enquadrando-se nos requisitos legais. Assim o fez o demandante, tendo restado claro nos autos que realizou a pesquisa nas imediações da propriedade da Sra. Julia Rodrigues e seu esposo, consoante se infere da fl. 1103, tendo constatado junto à vizinhança que se tratava de trabalhadora rural em regime de economia familiar.

Ademais, os documentos acostados pela referida beneficiária ao procedimento administrativo concessório do benefício constituem, realmente, indícios materiais de exercício de atividade rural, quais sejam: Declaração de Exercício de Atividade Rural oriunda do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Juazeiro do Norte (fls. 1080 e 1080v); ITRs de 1992, 1993, 1994 (fls. 1081, 1082, 1091), cuja titularidade da propriedade é de seu esposo, o Sr. Francisco Alves dos Santos, nos quais encontra-se atestada a qualidade de trabalhador rural.

Ora, se há evidente indício probatório suficiente a embasar a concessão da aposentadoria rural, somada, à pesquisa efetuada no local da residência da segurada, na qual a vizinhança confirmou a prática de labor rural por parte da Sra. Júlia Rodrigues dos Santos, não há razão para atribuir culpa ao demandante pelo suposto equívoco na concessão do benefício, o qual sequer foi definitivamente elucidado, visto que tal benefício de aposentadoria rural se encontra *sub judice*, tendo, inclusive sido deferida a sua tutela antecipada em sede de agravo de instrumento, processo 2001.05.00.040316-2, consoante fls. 1167/1169 dos autos.

Se o próprio Judiciário ainda não se pronunciou definitivamente no sentido de indeferir o benefício em comento, certamente não poderá atribuir ao servidor pesquisador penalidade excessiva por suposto equívoco plenamente justificável pelas circunstâncias atinentes ao caso.

E mais, a própria auditoria verificou, quando da realização de diligência ao local onde reside a Sra. Júlia, que todos os vizinhos confirmam o exercício de labor rural por parte da beneficiária (fls. 1122/1123), tratando-se, portanto, caso reste realmente declarado o equívoco, de erro escusável. Há que se observar, ainda, que o autor atuou no processo concessório do benefício concedido à sra. Júlia Rodrigues dos Santos como PESQUISADOR, limitando-se a transmitir as informações colhidas nas adjacências da residência da segurada, não possuindo atribuição para exercer qualquer juízo de valor, como de fato verifico que não o fez, já que não concedeu ou chancelou a concessão da aposentadoria.

Nesse tocante, faz-se mister verificar o depoimento prestado pela testemunha Célia Agnela Basílio Soares às fls. 1334/1335:

que havia uma distinção administrativa entre o servidor que analisava a concessão do benefício e o que efetua-va a pesquisa; que o pesquisador se limitava tão-somente a realizar a pesquisa que lhe era solicitada; que apesar de não existir orientação formal, informalmente se dizia ao pesquisador que a partir do momento que ele se tornasse convicto da condição de trabalhador rural do segurador, poderia encerrar a pesquisa; que o pesquisador poderia ouvir um ou mais vizinhos da localidade para formar a sua convicção; que o pesquisador não era orientado a visitar nem o segurador, nem o dono da terra.

Ora, a meu sentir, se há algum equívoco, este não deve ser atribuído ao autor, visto que as circunstâncias fáticas levam a crer que foi induzido em erro pela interessada, não havendo dolo em sua conduta. Não verifico parcialidade no seu modo de proceder já que diante de tais provas tão robustas facilmente foi levado ao equívoco, não se devendo exigir do Servidor Público diligência extraordinária, mas tão-somente a concernente ao homem médio, que nesse caso seria certamente ludibriado.

Por sua vez, no que diz respeito ao benefício concedido ao sr. Daniel Tavares Lira, verifico que o autor foi, de fato, vítima de engodo.

Com efeito, em suas declarações ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Juazeiro do Norte (fl. 1019), o referido segurado informou ter prestado labor rural tão-somente no Sítio Taquari, no período de 01/1989 a 11/1999.

Ora, tal documento apresentado ao INSS levou à emissão de solicitação de pesquisa a ser efetivada somente no Sítio Taquari, informando os vizinhos que o sr. Daniel Tavares Lira realmente exerceu atividade rural no local, o que foi atestado pelo autor (fl. 1031).

Só posteriormente, quando da realização da diligência, durante a auditoria (fls. 1046/1047), é que se descobriu que o sr. Daniel na verdade era proprietário de estabelecimento comercial, conhecido como “Bar do Daniel”, não se enquadrando como trabalhador rural.

Em suas declarações prestadas perante a Comissão de Processo Administrativo Disciplinar, às fls. 717/720, intentou o sr. Daniel Tavares Lira ludibriar a autarquia previdenciária aduzindo:

que não é de sua propriedade o referido Bar visto que pertence ao seu irmão José Cícero Tavares Lira e, naquele estabelecimento o depoente apenas o administra e o lucro do negócio é do depoente visto que seu irmão mora em Recife.

Restou clara, portanto, a condução do referido negócio por parte do segurado, com *animus* de proprietário, levando a crer que houve deliberado intuito de levar o demandante a incorrer em erro.

Acerca do alegado trabalho rural referente ao período de 01/1989 a 11/1999, asseverou Daniel Tavares Leira “que trabalhou nesse período no Sítio Pedra de Fogo, mas também fazia empreitadas em outros sítios, porém sua referência foi no Sítio Pedra de Fogo”.

Instado, ainda, a informar se declarou no Sindicato dos Trabalhadores Rurais ter trabalhado no Sítio Taquari afirmou: “que se não lhe falha a memória, declarou que trabalhou no citado sítio”.

Ora, a natureza involuntária de tal equívoco somada à inexistência de qualquer indício de proveito por parte do servidor em beneficiar o segurado, ou mesmo de que o conhe-

cia anteriormente à pesquisa, afastam o enquadramento do ato atentatório a Administração Pública.

Com efeito, referidos atos são por natureza dolosos, de má-fé, voluntariamente direcionados ao malferimento da legalidade, da moralidade, da impessoalidade administrativa, dentre outros princípios da Administração. Tais atos podem ou não gerar enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário – todavia, o dolo na sua prática é elemento essencial à sua caracterização.

Vê-se, assim, a incongruência do relatório da Comissão ao concluir que o servidor cometeu grave erro e, em consequência, enquadrar tal ato punível com demissão (fls. 1.359/1.362). (Fls. 1.454/1.457).

16. Realmente, o conteúdo probante trazido à colação no bojo desses autos não confere a mínima segurança para se infligir reprimenda extrema ao ora embargante, contrariando, por sua vez, a regra de que a falta administrativa deve ser comprovada de maneira cabal e indubitável e de que, na imposição de pena disciplinar, é de rigor a observância do princípio da proporcionalidade.

17. Faltando, portanto, base empírica apta a respaldar o ato punitivo aplicado (pena capital de demissão), até porque, em ambos os casos, não há como negar, havia indícios robustos da prática de trabalho rural e nenhuma prova cabal da existência de uma conduta dolosa do servidor no sentido de burlar os padrões da Administração Pública, constata-se que a apenação foi, ao meu modesto sentir, ilegal e desmensurada, não só pelo valor supostamente desviado dos cofres públicos com a concessão irregular dos benefícios em questão (R\$ 7.000,00), mas sim, e principalmente, pelo parco acervo probante exposto nos autos, que não formou evidência convincente e suficiente para a aplicação da pena imposta.

18. Além do mais, a comissão processante também não conseguiu obter qualquer indício de prova de que o embargante teria auferido alguma espécie de benefício decorrente do ilícito administrativo imputado, nem mesmo de que haveria qualquer espécie de relação entre ele e os segurados investigados que pudesse motivar o intuito de beneficiá-los.

19. Some-se a isso, o histórico profissional abonador do servidor que nunca sofrera nenhum tipo de penalidade disciplinar no

exercício de suas funções durante quase duas décadas de serviço público, circunstância, inclusive, expressamente reconhecida pela comissão processante de seu processo administrativo disciplinar, chegando até a exercer vários cargos de confiança, tais como os de Gerência executiva do Seguro Social em Juazeiro do Norte, o de Chefe do Serviço de Benefício da Gerência Executiva, o de Supervisor de Gerência, além do de coordenação de grupo de trabalho de pesquisas.

20. No entanto, no tocante à condenação em danos morais, o meu voto, *in casu*, é pelo seu inacolhimento. Entendo, respeitando os posicionamentos adversos, que a instauração de inquéritos administrativos e de processos disciplinares, via de regra, não gera direito à reparação de danos morais por se tratar de exercício de verdadeiro dever da Administração, o qual decorre de seu poder disciplinar.

21. Do contrário, estar-se-ia consagrando a necessidade de toda vez que a Administração tivesse de instaurar procedimento disciplinar, no uso de seu poder-dever de apurar irregularidades de quem se encontre sob sua fiscalização, de já possuir certeza da culpabilidade do respectivo indiciado, o que seria inadmissível e impraticável, podendo até a sua inação dar ensejo, em tese, à prática do crime de condescendência criminosa (art. 320, CP).

22. A só ausência de ilegalidade na instauração do procedimento já basta para afastar a ocorrência de dano moral, tendo em vista que a responsabilidade da Administração por ato lícito presuppõe o descumprimento do princípio da igualdade, ou a frustração da justa confiança do administrado.

23. Na realidade, o que se constata é que o servidor ora embargante atestou o exercício de atividades rurais que, depois de uma auditoria realizada no âmbito da agência do INSS, foi descoberto como inexistente, e, por conta disso, foi instaurado o processo administrativo que deu azo a sua demissão. Todavia, não há prova de que houve uma intenção deliberada de prejudicar o servidor com a instauração deste processo, nem com a pena aplicada, sendo, assim, imprópria a indenização por dano moral.

24. Ante as razões declinadas, *dou parcial provimento aos embargos infringentes*, fazendo prevalecer o voto vencido prolata-

do pelo eminente Desembargador Federal JOSÉ MARIA LUCENA apenas no tocante à anulação, desde a sua edição, da Portaria 79, de 06.02.03, publicada no *DJU* em 07.02.03, a qual concretizou a demissão do embargante, determinando a sua reintegração no cargo anteriormente ocupado, com ressarcimento de todas as vantagens que lhe deixaram de ser pagas desde o seu afastamento, nos termos da Lei 28 da Lei 8.112/90, acrescidas dos juros legais e de correção monetária, preservando-se os demais direitos a que o servidor faria jus se estive em serviço, sem, contudo, conferir-lhe qualquer indenização por danos morais.

25. É como voto, Presidente, pedindo desde já todas as vênias aos entendimentos dissonantes.

## **EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 463.953-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT  
Embargante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Embargado: JAIME CORREIA DE SOUZA  
Assistentes: FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO - FNDE E MUNICÍPIO DE NAZARÉ DA MATA  
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO  
Advs./Procs.: DRS. MÁRCIO JOSÉ ALVES DE SOUZA E OUTRO (EMBDO.)

***EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO. OMISSÃO EM PRESTAÇÃO DE CONTAS. DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA DO CONVÊNIO. CONTAS JULGADAS REGULARES COM RESSALVA PELO TCU. CONDUTA ÍMPROBA NÃO CARACTERIZADA. RECURSO IMPROVIDO.***

***- A divergência, nos presentes embargos infringentes, está restrita à manutenção ou não da***

**condenação de ex-Prefeito, ora embargado, por ato de improbidade administrativa, consubstanciado na omissão de informações em prestação de contas de convênio firmado entre o Município de Nazaré da Mata e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, que implicou na suspensão dos direitos políticos por três anos; pagamento de multa civil no valor de R\$ 1.000,00 e a proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 anos.**

**- Consta nos autos, acórdão do Tribunal de Contas da União, proferido em Tomada de Contas Especial, instaurada com o objetivo de apurar eventual irregularidade acerca da execução do convênio em questão, no sentido de julgar as contas regulares, com ressalvas, dando quitação ao responsável.**

**- O Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, na qualidade de assistente simples da parte autora, peticiona (fl. 281) informando que “nada mais tem a requerer nos presentes autos”, considerando o julgamento pela regularidade das contas do Convênio pelo TCU.**

**- O ato ímprobo é aquele que demonstra desonestidade, descaso com o erário, conduta desviada do interesse público, sendo a aplicação do art. 11 da Lei de Improbidade condicionada não apenas à violação da norma em sentido formal mas à quebra da própria moralidade administrativa. Precedente do STJ: REsp 861.566/GO, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/03/2008, DJe 23/04/2008.**

**- Destarte, não é toda e qualquer irregularidade que ostenta a pecha da improbidade, sendo certo que a conduta do embargado, enquanto gestor público, não configurou ato ímprobo, revelando**

***a impossibilidade de sua condenação.  
- Embargos infringentes improvidos.***

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de EINFAC 463.953-PE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Pleno do TRF da 5ª Região, por maioria, em negar provimento aos embargos infringentes, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 7 de julho de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA  
ERHARDT - Relator

**RELATÓRIO**

1. Trata-se de embargos infringentes interpostos pelo Ministério Público Federal, contra o acórdão não unânime proferido pela Primeira Turma deste Tribunal Regional, nos autos da Apelação Cível nº 463953-PE, que foi julgada procedente, nos termos do voto condutor proferido pelo eminente Desembargador Federal Francisco Cavalcanti.

2. Em suas razões recursais, o Ministério Público esclarece que, nos termos do art. 530 do CPC, como o desacordo foi parcial, os embargos estão limitados ao ponto objeto da divergência, neste caso, a omissão de informações na prestação de contas do emprego de verbas federais.

3. Prossegue, a Procuradoria da República, aduzindo que a postura omissiva do ex-prefeito em deixar de prestar contas regularmente do convênio ao FNDE, não serviu a este tomador, pois ensejou a instauração de Tomada de Contas Especial, levando a inscrição do Município ao SIAF, considera que aceitar a apresentação dos documentos faltosos tardiamente violaria a cláusula do ajuste, sem aparo legal para tanto.

4. Finalmente, pretende a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.429/92 independentemente de dolo e de lesão patrimonial, pelo que requer o provimento dos embargos, fazendo prevalecer o

voto vencido, mantendo a condenação dos embargados nos termos da sentença.

5. Por sua vez, o embargado apresenta CONTRARRAZÕES alegando que a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa “demanda não só a ilegalidade, mas, também, a desonestidade, traduzida no dolo, na má-fé do agente”, afastando a configuração do ato de improbidade administrativa em razão de que em nenhum momento agiu desonestamente, sendo perfeita a realização do convênio, inclusive, com a quitação plena do objeto conveniado.

6. É o relatório.

## VOTO

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

1. De acordo com o disposto no art. 530 do CPC, os embargos estão restritos ao objeto da divergência, e, neste caso, a divergência está restrita à manutenção ou não da condenação do ex-Prefeito de Nazaré da Mata/PE, ora embargado, por ato de improbidade administrativa, consubstanciado na omissão de informações em prestação de contas de convênio firmado entre o Município de Nazaré da Mata e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, implicando na suspensão dos direitos políticos por três anos; pagamento de multa civil no valor de R\$ 1.000,00 e a proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 anos.

2. Pelo que consta nos autos, o embargado, ao prestar contas do Convênio ao FNDE, deixou de apresentar documentação necessária, qual seja, a cópia autenticada do Certificado de Registro de Veículo - CRV, bem como cópia do seguro total efetivado quando da aquisição do veículo, conforme consta da alínea “g” e “h” da cláusula nona do referido convênio (fl. 130).

3. Tal falta teria levado o Município de Nazaré da Mata a inscrição no SIAFI, como informa o Ofício nº 578/2006, e a instauração de Tomada de Contas Especial, caso não houvesse a apresentação da documentação complementar no prazo assinado.

4. Conforme bem destacado pelo voto vencedor, elaborado pelo e. Des. Federal Francisco Cavalcanti, já consta nos autos o Certificado de Registro do Veículo 2003 e a nota fiscal, comprovando que o pagamento foi realizado à vista.

5. Cumpre verificar que, ao apresentar contrarrazões, o embargado junta cópia de acórdão do Tribunal de Contas da União, proferido nos autos de Tomada de Contas Especial, instaurado com o objetivo de apurar eventual acerca da execução do convênio em questão, tendo os ministros daquela corte decidido por julgar as contas regulares, com ressalvas, dando quitação ao responsável.

6. Adiante, o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, na qualidade de assistente simples da parte autora, peticiona (fl. 281) informando que “nada mais tem a requerer nos presentes autos”, considerando o julgamento pela regularidade das contas do Convênio pelo TCU.

7. Diante do que consta nos autos, bem como pelo acórdão prolatado pelo Tribunal de Contas da União, órgão técnico responsável pela verificar a regularidade das aplicações das verbas federais, tenho que não sobeja qualquer ato de improbidade que se possa condenar o embargado.

8. Pois, referida condenação resultou da aplicação do art. 11, VI, da Lei nº 8.429/92, cuja redação é a seguinte:

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

...

VI - Deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;”

9. Efetivamente o embargado não deixou de prestar contas, mas deixou de enviar dois documentos necessários à instrução nos termos do convênio, quais sejam: o Certificado de Registro do Veículo - CRV e a apólice do seguro total do veículo.

10. Ao analisar as referidas falhas na Tomada de Contas Especial instaurada, o TCU considerou que:

Verifica-se, entretanto, que no CRLV apresentado, referente ao exercício de 2009 consta que o seguro obrigatório encontra-se pago e que o veículo – o mesmo especificado na nota fiscal de fl. 15 do anexo I – continua licenciado em nome da Prefeitura Municipal de Nazaré da Mata-PE.

Apesar da não apresentação da apólice do seguro, revela-se imprópria a imputação de débito ao Sr. Jaime Correia de Souza, vez que o veículo comprovadamente foi adquirido, sendo razoável inferir que o objeto conveniado foi executado em conformidade com a IN/STN nº 01/97.

Ademais, não há, no termo de ajuste, cláusula que preveja, expressamente, a necessidade de realização de seguro durante os cinco anos posteriores à vigência do acordo. A falta de documentos na prestação de contas, quando, sem sombra de dúvidas, o objeto foi executado, configura falha incapaz de justificar imputação de débito.

11. Neste contexto, em que o objeto do convênio foi executado, porquanto o veículo foi adquirido, pago à vista, contas apresentadas e julgadas regulares pelo órgão federal competente, quando o próprio FNDE vem a dizer que não há nada a requerer, a condenação do responsável a três anos de suspensão de direitos políticos, proibição de contratar com o poder público, acrescentando ainda multa, por ato de improbidade administrativa se revela nitidamente desproporcional.

12. O ato ímprobo é aquele que demonstra desonestidade, descaso com o erário, conduta desviada do interesse público, sendo a aplicação do art. 11 da Lei de Improbidade condicionada não apenas a violação da norma em sentido formal mas à quebra da moralidade, como já decidiu o STJ, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Ex-Prefeito. Ato de improbidade administrativa. Contratação de advogado. Inexigibilidade de licitação. Cognição de matéria fática.

2. Súmula 07/STJ. Ausência de dano ao Erário. Aplicação das penalidades. Princípio da proporcionalidade.

3. O Ministério Público está legitimado à propositura da ação civil pública em defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo, abarcando nessa previsão o resguardo do pa-

patrimônio público, com supedâneo no art. 1º, inciso IV, da Lei nº 7.347/85, máxime diante do comando do art. 129, inciso III, da Carta Maior, que prevê a ação civil pública, agora de forma categórica, como instrumento de proteção do patrimônio público e social (Precedentes: REsp nº 686.993/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 25/05/2006; REsp nº 815.332/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 08/05/2006; e REsp nº 631.408/GO, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 30/05/2005)

4. É de sabença o caráter sancionador da Lei 8.429/92 aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

5. A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada *cum granu salis*, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, *a fortiori*, ir além de que o legislador pretendeu.

6. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.

7. À luz de abalizada doutrina: “A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o “funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo

dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem (...)” in José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p-669.

8. A Ação Civil Pública foi julgada parcialmente procedente para declarar a nulidade dos contratos de prestação de serviços de assessoria e consultoria jurídica celebrados pelos réus, condenando a corrê, ora recorrente, à restituição aos cofres municipais de todos os valores recebidos a título de remuneração, deixando, contudo, de reconhecer a prática de ato de improbidade administrativa imputada ao ex-prefeito, ao fundamento de inexistência de provas nos autos aptas a autorizar a aludida condenação, consoante se infere da sentença proferida às fls. 1107/1142.

9. O Tribunal local, revisitando os fatos que nortearam o ato acoimado de improbidade, qual seja, contratação de profissional para a prestação de serviços de assessoria jurídica ao Município, sem prévio certame licitatório, mediante a celebração de quatro contratos, manteve a anulação dos mencionados contratos e a sanção imposta à contratada de ressarcimento dos valores recebidos, reduzindo-os ao percentual de 40%, consoante se infere do voto condutor, *verbis*: “Outrossim, operando a anulação por força do critério legalidade do ato administrativo, seus efeitos são *ex tunc*, suprimindo os já produzidos pela atuação ilegal da autoridade, com o que se preservam direitos e situações jurídicas, cortando, no nascedouro, o ato impugnado”.

10. Infere-se, que se a sentença condenou a apelante ao ressarcimento de todos os valores pagos em decorrência da nulidade dos contratos, alçando fundamento na violação do princípio da legalidade, conforme já mencionado.

11. Neste ponto entendo que o *decisum* merece ser reformado, como bem manifestou o Ministério Público do segundo grau, “mesmo não constando do pedido de reforma imediato, entretanto devendo ser considerado como mediato, diante da busca por parte da apelante da total reforma do julgado”. Atentando-se às provas dos autos não vislumbro que os serviços advocatícios não tenham sido prestados pela apelante à municipalidade. Portanto, fez jus a receber os honorários. Do contrário, antijurídica seria a pretensão do ente público, de se beneficiar de determinado serviço, sem a devida contraprestação.

12. Dessarte, considerando que a sentença singular deixou ressalvado o direito da recorrente em ajuizar ação de indenização a fim de receber os valores relativos aos serviços efetivamente prestados e observando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, reduzo o valor da condenação da apelante, devendo a mesma devolver ao erário de São Francisco de Goiás 40% (quarenta por cento) dos valores recebidos em virtude dos contratos *sub judice*. (...) (fls. 1233/1239)

13. O exame acerca da nulidade da contratação para a prestação de serviços de assessoria jurídica, em face da ausência de prova de notória especialização ensejadora da inexigibilidade de licitação, *in casu*, enseja análise de matéria fático-probatória, interdita em sede de recurso especial, ante a *ratio essendi* da Súmula 07/STJ.

14. A lei de improbidade administrativa prescreve no capítulo das penas que na sua fixação o “juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente” (parágrafo único do artigo 12 da Lei nº 8.429/92).

15. *In casu*, a ausência de dano ao patrimônio público e de enriquecimento ilícito da contratada, tendo em vista a efetiva prestação de serviços, reconhecidos pelo Tribunal local à luz do contexto fático delineado nos autos, revelam a desproporcionalidade da sanção econômica imposta à parte, ora recorrente, a uma: porque, nada obstante o pedido fosse de ressarcimento ao erário, ao agente público não foi imposta nenhuma penalidade, ante a ausência de provas acerca da prática de ato ímprobo; a duas: porque a manutenção da condenação na hipótese *in foco*, em que os serviços efetivamente foram prestados, enseja enriquecimento injusto do Município.

16. Precedentes do STJ: REsp 717375/PR, DJ08.05.2006 e REsp 514820/SP, DJ06.06.2005.

17. Recurso especial parcialmente provido para afastar a condenação imposta à parte, ora recorrente.

(REsp 861.566/GO, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/03/2008, DJe 23/04/2008)

13. Destarte, não é toda e qualquer irregularidade que ostenta a pecha da improbidade, sendo certo que a conduta do embargado, enquanto gestor público, não configurou o ato ímprobo, revelando a impossibilidade de sua condenação.

14. Isto posto, nego provimento aos embargos infringentes para, mantendo o voto vencedor, afastar a condenação do ex-gestor público em ato de improbidade administrativa.

15. É como voto.

## **ÍNDICE SISTEMÁTICO**

---



## **JURISPRUDÊNCIA**

### **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO**

5706-PB	Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior ...	13
7637-SE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães .....	20

### **APELAÇÃO CÍVEL**

396797-AL	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha .....	26
397019-AL	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias .....	33
400048-RN	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha .....	57
420451-CE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena .....	68
426714-PE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo .....	77
430614-PE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena .....	95
436407-RN	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano .....	113
439653-PE	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira .....	130
445259-PE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano .....	140
479295-CE	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho .....	157
484977-PB	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias .....	169
489745-CE	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho .....	189
499688-SE	Rel. <sup>a</sup> . Des. <sup>a</sup> . Federal Margarida Cantarelli .....	199
504994-AL	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.	208

### **APELAÇÃO CRIMINAL**

5542-PB	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.	214
5968-AL	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira .....	230
6796-CE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães .....	249
7052-AL	Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior...	255
7415-PE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo .....	262
7511-CE	Rel. <sup>a</sup> . Des. <sup>a</sup> . Federal Margarida Cantarelli .....	293

### **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO EM EXECUÇÃO DE SENTENÇA NA AÇÃO RESCISÓRIA**

174-AL	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro .....	302
--------	---	-----

## **EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL**

426456-CE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt .....	307
463953-PE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt .....	321

## **ÍNDICE ANALÍTICO**

---



## A

- Ct, Adm e PrCv Ação civil pública. Improbidade administrativa. Cerceamento do direito de defesa não configurado. Obra de duplicação da BR-101-Sul em Pernambuco. Convênio com a União. Aditivos ao contrato originário realizados após o prazo previsto no contrato. Obra e pagamento efetivados antes dos aditivos contratuais. Afronta à Lei nº 8.666/93, art. 65, III. Necessidade premente da construção da rodovia. Caráter emergencial. Execução da obra. Pagamento com os recursos do convênio. Ausência de desvio de finalidade, de prejuízo para o Estado e de enriquecimento ilícito para o particular. Não configuração de ato de improbidade administrativa. AC 445259-PE ..... 140
- PrCv Ação civil pública. Nulidade do processo por ausência de manifestação do Ministério Público. Não ocorrência. Associação que defende os interesses de seus associados nas questões relativas aos efeitos do tabaco. Ilegitimidade para propor ação relativa à aplicação dos índices de 26,06% (junho de 1987) e 44,72% (janeiro de 1989) relativos aos planos econômicos Bresser e Verão nas contas de poupança dos consumidores por ela representados. AC 489745-CE ..... 189
- Adm Advogado da União. Férias. Prescrição quinquenal. Fruição de férias de 60 dias com base em disposições legais recepcionadas pela Lei Complementar nº 73/93 que não importa em extensão ou em qualquer das restrições previstas nas Leis nºs 4.348/64 e 8.437/92. APELREEX 7637-SE ..... 20

Prev	Amparo social. Portador de retardo mental grave desde a infância. Genitor que possui salário fixo de pouco mais que o salário-mínimo. Pais separados. Pensão de 30% do rendimento paterno para a mãe e dois filhos. Renda <i>per capita</i> inferior ao limite previsto na Lei Assistencial, art. 20, § 3º. Concessão do benefício. Pedido de efeito suspensivo ao recurso em face da antecipação da tutela. Impossibilidade. APELREEX 5706-PB ..... 13
------	---

## B

PrPen e Pen	Benefícios previdenciários. Obtenção com uso de documentos falsos. Falsificação de carimbos de cartórios de registro civil. Prescrição quanto a uma das condutas de estelionato e atipicidade da conduta de falsificação de sinal público reconhecida em apelação de coautores. Extensão da decisão. Falsificação de documentos pessoais. Potencialidade lesiva que vai além dos estelionatos praticados. Princípio da consunção. Inaplicabilidade. Dosimetria das penas. Correção. ACr 7415-PE ..... 262
-------------	---

## C

Trbt e Ct	COFINS. Sociedade cooperativa de trabalhos médicos. Atos cooperativos típicos. Não incidência da exação. Receitas decorrentes da venda de planos de saúde e demais atos negociais. Incidência. Deduções permitidas às operadoras de planos de saúde. Efeitos a partir de dezembro de 2001. AC 436407-RN ..... 113
-----------	---

Cv e Adm	Concurso público. Técnico de construção civil. Habilitação para atividades de topografia. Comprovação. Estágio de adaptação à graduação de sargento. Apresentação de diploma equivalente ao exigido no edital. Anulação da matrícula. Ato ilícito. Indenização por danos materiais e morais. AC 400048-RN ..... 57
Adm, PrCv e Cv	Contrato administrativo. Serviços de engenharia em prédio público. Correção monetária. Incidência entre o vencimento do prazo para pagamento e o efetivo adimplemento da obrigação. Convenção coletiva. Majoração de salários da categoria profissional. Acontecimento previsível que deve ser suportado pela contratada. Pedido de ressarcimento de custos pela suspensão contratual originada de decisão judicial. Rompimento do nexa causal. Improcedência. Pedido de ressarcimento dos serviços extracontratuais efetivamente realizados. Enriquecimento sem causa da administração pública. Culpa concorrente. AC 426714-PE .... 77
Pen e PrPen	Crime ambiental. Ex-prefeita. Causar poluição e omitir-se no dever legal de zelar pelo equilíbrio do meio ambiente. Lei nº 9.605/98, art. 54 c/c 68. Sentença absolutória fundamentada na inexistência de subsunção da conduta ao tipo legal. Ausência de prova de autoria delitiva. Confirmação da sentença. ACr 5968-AL ..... 230
PrPen	Crime de furto qualificado. Intempestividade do recurso. Defensoria Pública da União. Prerrogativa de prazo em dobro. Materialidade e autoria delitiva demonstradas. Au-

sência de defesa. Inocorrência. Majoração da pena-base justificada. Atenuante do art. 65, III, *d*, do CP. Aplicação. Fixação da pena de multa. Critérios bem analisados. AC 7052-AL ..... 255

## D

Prev Descontos em proventos. Empréstimo consignado. Ausência de prova do empréstimo e de autorização para a consignação. Ilegalidade. Danos morais e materiais. Confirmação. AC 504994-AL ..... 208

## E

Trbt Embargos à execução fiscal. Declaração da nulidade da inscrição em dívida ativa da União e da decadência do crédito tributário representado pela DCTF, que também continha informação sobre compensação. Inscrição que somente poderia ser efetuada pelo Fisco após a notificação do contribuinte. Circunstância que não foi observada em violação à Lei nº 9.430/96, art. 74, § 7º. AC 479295-CE ..... 157

PrCv Embargos de declaração em embargos à execução de sentença em ação rescisória. Vinculação à coisa julgada. Inocorrência da preclusão *pro judicato*. Inaplicabilidade da cláusula de reserva de plenário. Omissões. Inexistência. ED em EEX em AR 174-AL .. 302

Adm Embargos infringentes. Improbidade administrativa. Ex-prefeito. Omissão em prestação de contas. Descumprimento de cláusula de convênio. Contas julgadas regula-

	res com ressalva pelo TCU. Conduta ímproba não caracterizada. EINFAC 463953-PE ..... 321
Adm e PrCv	Embargos infringentes. Processo administrativo disciplinar. Possibilidade de controle pelo Judiciário. Servidor do INSS. Imputação da prática de ato de improbidade. Pena de demissão. Princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade. Não formação de conjunto probatório suficiente. Reintegração assegurada. Danos morais. Inexistência. EINFAC 426456-CE ..... 307
Pen e PrPen	Estatuto do estrangeiro. Declaração falsa. Conversão de visto de permanência. Preliminares rejeitadas. Atipicidade da conduta. Atendimento dos requisitos para a conversão do visto. Ausência de bem lesionado à luz do direito. Ausência de dolo. Absolvição. ACr 7511-CE ..... 293
Pen e PrPen	Estelionato continuado. Fraude em compras simuladas através de cartões de crédito. Obtenção de cartões para “laranjas”. Celebração de empréstimo junto a comerciantes, simulando compras. Conluio entre usuários de cartões e comerciantes. Formação de quadrilha. Prescrição retroativa relativa ao crime de formação de quadrilha. ACr 5542-PB ..... 214

## H

PrCv e Ct	<i>Habeas data</i> . Acesso a dados relativos a tributos pagos pelo contribuinte no período de janeiro/1990 a dezembro/2000. Informações constantes do Sistema de Conta-Cor-
-----------	--

rente da Pessoa Jurídica – SINCOR e/ou outros bancos de dados da Receita Federal. Inadequação da via eleita. Aplicação da fungibilidade para recebimento do *habeas data* como ação mandamental. Direito à obtenção das informações em razão da transparência que deve revestir os pagamentos de tributos efetuados pelo contribuinte. Ausência de prejuízo à Fazenda Pública. AC 439653-PE ..... 130

## I

- Adm Improbidade administrativa. Nomeações simuladas. Falta de amparo legal. Ofensa à moralidade, legalidade, honestidade. Transferência de universidade estrangeira para a UFPB. Obtenção de matrícula em universidade federal. Dano à UFPB. Constatação de dolo. AC 484977-PB ..... 169
- Trbt IPI. Usina. Açúcar. Produção. Destino interno e externo. Possibilidade de creditamento apenas para a produção local. Direito do contribuinte de compensar eventuais créditos de IPI com valores referentes a tributos diversos. AC 397019-AL ..... 33

## P

- Cv, Adm e PrCv Princípio da identidade física do juiz. Relativização. Ausência de prejuízo. Indenização. Danos morais. Advogado. Exercício da profissão. Impedimento. Constrangimento. Reunião da Caixa com seus mutuários. Ocorrência de agressões verbais. Divergência entre os depoimentos testemunhais. Ausência de prova do alegado dano sofrido

pelo autor. Improcedência do pedido de indenização. AC 420451-CE ..... 68

## R

Adm e PrCv Reserva de registro de sítio em *internet* por empresa privada de símbolo e marca de autarquia federal ([www.crf-al.org.br](http://www.crf-al.org.br)). Proteção legal e infralegal à sigla distintiva de pessoa jurídica de direito público. Leis nºs 9.270/96 e 3.820/60. Resolução nº 9/62 do Conselho Federal de Farmácia. Honorários advocatícios. Percentual incidente sobre o valor da causa. Atendimento ao princípio da legalidade. AC 396797-AL ..... 26

## S

Ct, Adm e PrCv Serviços de confecção de camisetas e sacolas utilizadas na expedição Américo Vespúcio 2001. Pagamento. Percurso do Rio São Francisco. Evento comemorativo dos quinhentos anos. Denúnciação da lide. Incabimento. Ausência de contrato. Responsabilidade pelo pagamento. Reconhecimento da existência do débito. Autorização do serviço e recebimento da mercadoria por empregada da empresa pública. Vedação de enriquecimento sem causa. AC 499688-SE ..... 199

Pen e PrPen Suspensão condicional do processo. Ausência de proposição. Réu beneficiado pelo *sursis* processual há menos de cinco anos. Impossibilidade de novo *sursis*. Crime de instalar e manter em operacionalização rádio sem autorização legal. Conduta típica, antijurídica e culpável. Materialidade e auto-

ria incontestes. Atividade que se submete à exigência legal de prévia autorização administrativa. Pena fixada com a estrita observância dos requisitos legais. ACr 6796-CE ..... 249

## V

Ct, Adm e PrCv Vales-transporte. Emissão e comercialização pelas empresas operadoras simultaneamente com a EMTU. Pagamento dos vales vendidos pela EMTU no prazo de vinte e quatro horas. Preliminares rejeitadas. Lei nº 7.418/85 e Decreto Presidencial nº 95.247/87. Recepção pela Constituição de 1988. Decreto Estadual nº 13.136/88. Não recepção. Incompatibilidade com a Carta Magna. Competência privativa da União para legislar sobre transportes. CF, art. 22, XI. Ausência de delegação aos Estados-membros. AC 430614-PE ..... 95