

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

JURISDIÇÃO

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

Número 88 - Novembro/Dezembro - 2010

R. TRF 5ª Região, nº 88, p. 1-319, Novembro/Dezembro - 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

Correio eletrônico: revista.dir@trf5.gov.br

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

Bimestral, a partir do volume nº 73.

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

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

CDU 34(05)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Desembargador Federal

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	309
III - Índice Analítico	313

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 94.243-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Agravante: SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM RURAL - SENAR
Agravada: INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A - ILPISA
Advs./Procs.: DRS. ÁLVARO ARTUR LOPES DE ALMEIDA FILHO E OUTROS (AGRTE.), TATIANA ARAÚJO ALVIM E OUTROS (AGRDA.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO.

- Trata-se de agravo de instrumento manejado pelo SENAR, irresignado com a decisão concessiva de liminar, em sede de ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, proposta pela agravada, visando desobrigá-la de recolher, na condição de adquirente de produtos agrícolas e de contribuinte por substituição, contribuições pretensamente incidentes sobre a produção rural de pessoas físicas (empregadores e trabalhadores em economia familiar) em favor do FUNRURAL (2,1%) e do SENAR (0,2%).

- É verdade que os precedentes, inclusive do STF, têm apontado a impossibilidade do uso de receita bruta, como faturamento, e vice-versa, destacando o que há de peculiar e próprio em cada um destes institutos. Contudo, depois da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, que erigiu à condição de fonte de custeio da previdência a receita bruta ou o faturamento, já não é possível defender-se a inconstitucionalidade de leis ordinárias que definam, como base de cálculo de contribuições, qualquer tipo de ingresso ou resultado financeiro de atividade. Afinal, se a receita bruta, elemento mais abrangente do lado ativo de qualquer empreendimento, encontra-se

previsto na própria constituição como fonte de custeio da previdência, nada impede que a lei ordinária o tome como base de cálculo, ou a qualquer de seus elementos integrantes.

- No caso dos autos, tendo a Lei nº 10.256/01 aludido à receita bruta proveniente da comercialização da produção, não desbordou dos limites estatuídos no art. 195 da Constituição. Se alguma dúvida pode subsistir é quanto à constitucionalidade da Lei nº 8.212, em sua redação primitiva, anterior à Emenda Constitucional nº 20, quando a carta somente aludia ao faturamento.

- Mesmo aí, o conceito de receita bruta usado na lei ordinária, embora descoincidente com o de faturamento consagrado na Constituição, não implicaria a inconstitucionalidade da primeira, posto que a lei fala em “receita bruta decorrente da comercialização dos produtos agrícolas”. E receita bruta, decorrente de comercialização, é expressão sinônima de faturamento.

- Neste passo, é sempre oportuno lembrar que a inconstitucionalidade do uso da expressão “receita bruta” ao invés de “faturamento”, somente restou banida do sistema porque se reconheceu a maior amplitude da primeira, visto que nela se acomodavam, além das receitas próprias, resultantes da atividade genuína da empresa, outras receitas atípicas e extraordinárias, tais como as financeiras, as resultantes da venda de bens integrantes do ativo permanente, etc. Não é o que se dá no caso dos autos, onde à expressão “receita bruta” se acresceu a limitação “decorrente da comercialização dos produtos agrícolas”.

- De todo modo, se a dúvida somente é possível quanto às contribuições anteriores a 1998, a liminar não poderia mesmo subsistir quanto ao futuro, dado que não haveria mais qualquer defeito na exigência; quanto ao passado, seja porque a inicial não esclarece se as notificações que

***pretende sustar referem-se a fatos anteriores à EC nº 20, seja porque o decênio já decorrido desde então desnatura a urgência necessária à proteção cautelar ou antecipatória.
- Agravo de instrumento provido.***

ACÓRDÃO

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

Recife, 14 de outubro 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 agravo de instrumento manejado pelo SENAR, ir-resignado com a decisão concessiva de liminar, em sede de ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, proposta pela agravada, visando desobrigá-la de recolher, na condição de adquirente de produtos agrícolas e de contribuinte por substituição, contribuições pretensamente incidentes sobre a produção rural de pessoas físicas (empregadores e trabalhadores em economia familiar) em favor do FUNRURAL (2,1%) e do SENAR (0,2%).

Na origem, a autora, aqui agravada, sustenta a inconstitucionalidade da exação, posto que tomaria como base de cálculo o valor da produção rural, sendo certo que a constituição não tem previsão desta base de cálculo, inconfundível com o faturamento. Sempre segundo a agravada, seriam base de cálculo típicas, previstas na carta e incidentes sobre a atividade de pessoas jurídicas, a folha de salário, o faturamento e o lucro. Assim, o resultado (produção) da atividade rural de pessoas físicas somente poderia ser

tributado com arrimo **no poder tributário residual** da União, cujo exercício exigiria a edição de **lei complementar**. No entanto, as contribuições em comento teriam sido instituídas através de lei ordinária e submetidas à técnica da exigência via substituição tributária, daí a irresignação da agravada.

O juízo de primeiro grau deferiu a antecipação, repetindo os fundamentos da inicial e aludindo ao fato relevantíssimo de que o STF estaria em meio ao julgamento da questão, já anunciados cinco votos, todos em favor da tese do contribuinte. Forte nesta premissa, suspendeu a exigibilidade das notificações de lançamento identificadas na inicial e declarou a inexistência da obrigação do contribuinte de reter o valor das contribuições nos negócios futuros que realizar.

No recurso, o SENAR sustenta, antes dos fundamentos de mérito, a incompetência do juízo estadual de Palmeira dos Índios, para presidir o julgamento, posto que a Justiça Federal já contaria com vara em Arapiraca, cuja jurisdição abrangeria o município de Palmeira dos Índios.

Recurso recebido em seu duplo efeito.

Contra-razões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

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

Tenho severas dúvidas sobre a competência do juízo estadual para a causa. Não em função do quanto alegado pela agravante. O fato de existir vara federal em Arapiraca não elide o funcionamento do juiz estadual, como se juiz federal fosse, nos municípios que não sejam sede da aludida vara. Assim como o juiz estadual de Palmeira dos Índios exercia jurisdição federal ao tempo em que as varas todas da justiça federal eram sediadas em Maceió, justo porque tais varas não eram sediadas em Palmeira dos Índios, embora as respectivas competências abarcassem este município, também hoje, o fato da vara de Arapiraca abarcar o território do município de Palmeira dos Índios não elide o funcionamento da

comarca como juízo federal, justo por não ser sede de vara federal. A sede da vara federal é hoje mais próxima de Palmeira dos Índios (Arapiraca, e não Maceió), mas Palmeira não é sede de vara federal. E isto é o quanto importa para o reconhecimento de competência federal ao juízo estadual.

O problema, pois, não é o suscitado no agravo.

O problema é que a competência federal dos juízos estaduais é limitada à execução fiscal. Quando muito se admite a necessária extensão da competência, mercê da conexão, para abranger os embargos à execução, as ações anulatórias de lançamento e, até, os mandados de segurança, **se, e somente se**, já houver execução ajuizada no foro estadual. À mingua de execução, todas as ações devem necessariamente ser ajuizadas em foro federal. Somente a exequente, ao ensejo de ajuizar a cobrança, pode escolher se se utiliza do foro federal, mesmo distante do domicílio do devedor, ou do estadual, próximo do executado. Ao contribuinte não é dado promover esta escolha.

Assim, em princípio, não enxergo competência no juízo estadual para presidir a ação em comento. Somente não decido de logo sobre este ponto porque há premissas cujos elementos não se acham nos autos. Veja-se, **v. g., que não há notícia nos autos sobre o eventual ajuizamento das execuções relativas aos pretensos créditos cuja exigibilidade a liminar suspendeu. D'outra parte, a incompetência aqui, no dizer dos precedentes, seria relativa, daí porque seu reconhecimento demandaria a provocação do interessado. Somente por isso deixo de analisar, como fundamento desta decisão, a questão alusiva à competência.**

No mérito, já tive ensejo de me manifestar sobre o assunto. Os fundamentos basilares da decisão agravada são dois: a) as expressões utilizadas na constituição para definir as fontes de custeio da previdência, com relação às empresas, seriam todas típicas de pessoas jurídicas. Assim, folha de salário é realidade sempre vinculada às empresas. Também o faturamento e o lucro seriam institutos incompatíveis com a realidade das pessoas físicas. Tanto que a carta, tratando do imposto de renda das pessoas físicas, resvala para expressões diversas, tais como rendimento ou dis-

ponibilidade; b) a instituição de outras fontes de custeio da previdência dependeria da edição de lei complementar, no caso, inexistente.

São fundamentos de reconhecida razoabilidade. Aliás, segundo se noticia, com arrimo em votos já manifestados, a inclinação do Supremo Tribunal Federal seria neste sentido.

Penso que a adoção desta solução revela excessivo rigor formal ou apego demasiado à interpretação literal. É verdade que os precedentes, inclusive do STF, tem apontado a impossibilidade do uso de receita bruta, como faturamento, e vice versa, destacando o que há de peculiar e próprio em cada um destes institutos. Contudo, depois da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, que erigiu à condição de fonte de custeio da previdência a receita bruta ou o faturamento, penso que já não é possível defender-se a inconstitucionalidade de leis ordinárias que definam, como base de cálculo de contribuições, qualquer tipo de ingresso ou resultado financeiro de atividade. Afinal, se a receita bruta, elemento mais abrangente do lado ativo de qualquer empreendimento, encontra-se previsto na própria constituição como fonte de custeio da previdência, nada impede que a lei ordinária o tome como base de cálculo, ou a qualquer de seus elementos integrantes.

No caso dos autos, tendo a Lei nº 10.256/01 aludido à receita bruta proveniente da comercialização da produção, penso que não desbordou dos limites estatuídos no art. 195 da Constituição. Se alguma dúvida pode subsistir é quanto à constitucionalidade da Lei nº 8.212, em sua redação primitiva, anterior à emenda constitucional nº 20, quando a carta somente aludia ao faturamento.

Mesmo aí, penso que o conceito de receita bruta usado na lei ordinária, embora descoincidente com o de faturamento consagrado na constituição, não implicaria a inconstitucionalidade da primeira, posto que a lei fala em “receita bruta decorrente da comercialização dos produtos agrícolas”. E receita bruta, decorrente de comercialização, é expressão sinônima de faturamento.

Neste passo é sempre oportuno lembrar que a inconstitucionalidade do uso da expressão “receita bruta” ao invés de “faturamento”, somente restou banida do sistema porque se reconheceu

a maior amplitude da primeira, visto que nela se acomodavam, além das receitas próprias, resultantes da atividade genuína da empresa, outras receitas atípicas e extraordinárias, tais como as financeiras, as resultantes da venda de bens integrantes do ativo permanente etc. Não é o que se dá no caso dos autos, onde à expressão “receita bruta” se acresceu a limitação “decorrente da comercialização dos produtos agrícolas”.

De todo modo, se a dúvida somente é possível quanto às contribuições anteriores a 1998, a liminar não poderia mesmo subsistir. Quanto ao futuro, dado que não haveria mais qualquer defeito na exigência; quanto ao passado, seja porque a inicial não esclarece se as notificações que pretende sustar referem-se a fatos anteriores à EC nº 20, seja porque o decênio já decorrido deste então desnatura a urgência necessária à proteção cautelar ou antecipatória.

Acresço, por derradeiro, que embora o julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria agora, quando da submissão do recurso à Turma, já tenha se concluído, tal é absolutamente desinfluyente ao deslinde do presente agravo de instrumento. A uma, porque as exações foram proclamadas inconstitucionais por terem fulcro em normas anteriores à Emenda Constitucional nº 20, e tal significa dizer que a repetição do indébito, embora seja cabível, não haveria de ser deferida em sede de liminar e, tampouco, no agravo de instrumento. Por outra, porque no que tange à pretensão de suspender a cobrança das exações atualmente não há como lhe dar guarida, afinal já existe legislação posterior à mencionada Emenda, em relação à qual não se cogita de qualquer inconstitucionalidade.

Em face do exposto, dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 108.340-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Agravante: SINDICATO DOS HOSPITAIS, CLÍNICAS, CASAS DE SAÚDE E LABORATÓRIOS DE PESQUISAS E ANÁLISES CLÍNICAS DO ESTADO DE PERNAMBUCO - SINDHOSPE
Agravada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. WALTER GOMES D'ÂNGELO E OUTROS (AGRTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

- *Horas extras não integram o salário. Não incidência.*
- *Auxílio-creche e auxílio-funeral. Caráter indenizatório. Não incidência.*
- *Aviso prévio indenizado. Não incidência.*
- *Participação nos lucros. Não incidência.*
- *Salário maternidade. Incidência. Precedentes.*
- *Agravo de instrumento parcialmente provido.*

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, dar parcial provimento ao agravo de instrumento, 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, 26 de outubro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Trata-se de agravo de instrumento interposto ante decisão proferida pela MMA. Juíza Federal Substituta da 9ª Vara, no exercício

cumulativo da 1ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, Dra. Daniela Zarzar Pereira de Melo Queiroz, que em sede de mandado de segurança, deferiu parcialmente o pedido liminar formulado com o objetivo de obter a suspensão da exigibilidade da contribuição previdenciária a cargo da empresa, incidente sobre valores pagos nos primeiros quinze dias do auxílio-doença ou auxílio-acidente, indenização do aviso-prévio, férias e adicional de 1/3 de férias, horas-extras, participação nos lucros, salário-maternidade, assim como, auxílio-creche e auxílio-funeral de seus empregados.

Efeito suspensivo parcialmente atribuído, fls. 79/80.

Contrarrazões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

A empresa ajuizou agravo de instrumento visando a suspensão da exigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre os valores pagos nos quinze primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado (antes da obtenção do auxílio-doença ou do auxílio-acidente), bem como a título de indenização do aviso-prévio, férias e adicional de 1/3 de férias, horas extras, participação sobre os lucros, licença-maternidade, auxílio-creche e auxílio-funeral.

A douta julgadora concedeu, em parte, a medida liminar, para determinar a suspensão da exigibilidade da contribuição previdenciária incidente tão somente em relação ao terço constitucional de férias, auxílio-creche e sobre valores pagos aos empregados nos primeiros quinze dias de afastamento por motivo de doença ou acidente.

Todavia, algumas das verbas requeridas pela empresa neste agravo de instrumento, a exemplo do aviso-prévio, horas extras, auxílio-funeral e participação sobre os lucros, também não incidem a contribuição previdenciária. Assim, indevida a incidência da contribuição previdenciária sobre o aviso-prévio indenizado (Precedente do STJ: REsp 1098102/SC; REsp 625.326/SP), eis que essa verba não possui natureza remuneratória, e, quanto às horas

extras, na esteira de pronunciamentos do STF, tem-se entendido que tais parcelas não são incorporáveis ao salário do trabalhador de modo que não sofrem a incidência da contribuição previdenciária (APELREEX 200883000165887 APELREEX - Apelação / Reexame Necessário - 5374 Desembargador Federal Francisco Barros Dias *DJE* - Data: 29/04/2010 - Página: 1270. O auxílio-funeral não é verba remuneratória, mas indenizatória, não devendo sobre a mesma incidir contribuição previdenciária (APELREEX 200983000051849 APELREEX - Apelação / Reexame Necessário - 7437 - Desembargador Federal Paulo Gadelha - *DJE* - Data: 01/12/2009 - Página: 261). Do mesmo modo, não incide contribuição social sobre o aviso prévio, o abono de férias, a participação nos lucros, o auxílio creche e o auxílio funeral. Precedentes do STJ e desta Corte (EDAMS 20078300006401002 EDAMS - Embargos de Declaração na Apelação Mandado Segurança - 102026/02 - Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira - *DJE* - Data: 25/02/2010 - Página: 262) .

Neste ponto, destaco os seguintes precedentes desta Corte:

AC200883000177695 AC - Apelação Cível - 474418. Relator(a) Desembargador Federal Paulo Gadelha. Sigla do órgão: TRF5. Órgão julgador: Segunda Turma. Fonte: *DJE* - Data: 29/04/2010 - Página: 121. Decisão: UNÂNIME. Ementa

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. HORA EXTRA. TERÇO DE FÉRIAS. AVISO-PRÉVIO INDENIZADO. VERBAS INDENIZATÓRIAS. NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. LC Nº 118/05. PRESCRIÇÃO. DECE-
NAL EM RELAÇÃO ÀS PARCELAS RECOLHIDAS ATÉ 08/06/05. QUINQUENAL EM RELAÇÃO AOS RECOLHI-
MENTOS EFETUADOS A PARTIR DE 09/06/05. NÃO CABIMENTO. PROVIMENTO.

1. As horas extras, o terço de férias e o aviso-prévio indenizado têm caráter indenizatório, motivo pelo qual sobre estas não deverá incidir contribuição previdenciária.

2. Às parcelas recolhidas indevidamente até a entrada em vigor da LC nº118/05 aplica-se a regra da prescrição decenal, enquanto aos valores recolhidos a partir de 09/06/05, data do início de vigência da referida Lei, valerá a prescrição quinquenal.

3. Apelação provida.

EDAMS20078300006401002 EDAMS - Embargos de Declaração na Apelação Mandado Segurança - 102026/02. Relator(a): Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. Sigla do órgão: TRF5. Órgão julgador: Primeira Turma Fonte: *DJE* - Data: 25/02/2010 - Página: 262. Decisão: UNÂNIME.

Ementa

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. APRECIÇÃO QUANTO À INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE O AVISO PRÉVIO, O ABONO DE FÉRIAS, A PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS, O AUXÍLIO CRECHE E O AUXÍLIO FUNERAL. CONTRADIÇÃO. EXISTÊNCIA. CORREÇÃO DA PARTE FINAL DO VOTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA APELAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL, DA REMESSA OFICIAL E DO RECURSO ADESIVO DA EMBARGANTE. DEMAIS QUESTÕES SUSCITADAS. INCONFORMISMO COM A DECISÃO PROFERIDA. NÍTI-DO PROPÓSITO DE REAPRECIÇÃO DO JULGADO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 535 DO CPC. ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS MODIFICATIVOS AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA PROPONENTE.

1 - Os embargos de declaração, consoante disciplina o art. 535 do CPC, objetivam sanar eventuais omissões, contradições ou obscuridades da decisão judicial, não se prestando como instrumento processual apto a promover a reapreciação do julgado.

2 - O referido acórdão deixou de se pronunciar acerca da incidência de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio, o abono de férias, participação nos lucros, auxílio-creche e auxílio-funeral.

3 - Não incide contribuição social sobre o aviso-prévio, o abono de férias, a participação nos lucros, o auxílio-creche e o auxílio funeral. Precedentes do STJ e desta Corte.

4 - Há contradição no acórdão, devendo ser retificada a parte final no voto (fl. 205), para que conste a procedência parcial da apelação da Fazenda e da remessa oficial e do recurso adesivo da proponente.

5 - Quanto às demais questões, o Julgador não está circunscrito aos argumentos das partes, pois julga de acordo com seu livre convencimento, apreciando livremente as provas, a lei, a jurisprudência e a doutrina que entender pertinentes à matéria.

6 - Na hipótese, resta claro o nítido propósito de reapreciação do julgado, em face da ausência dos requisitos do art. 535 do CPC.

7 - Embargos de declaração da proponente conhecidos e providos, atribuindo-lhes efeitos modificativos, para suprir a omissão e sanar a contradição. Embargos da Fazenda Nacional improvidos.

Já o salário-maternidade não está excluído do conceito de salário para determinar a não incidência da contribuição previdenciária uma vez que o artigo 28, parágrafo 2º, da Lei 8212/91 define-o expressamente como integrante da base de cálculo do salário de contribuição, sendo o mesmo componente da contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração paga às seguradas empregadas, avulsas e contribuintes individuais (APELREEX 200982 000004511 APELREEX - Apelação / Reexame Necessário - 9202 - Desembargadora Federal Margarida Cantarelli - DJE - Data: 29/04/2010 - Página: 380).

Assim, com estas considerações, dou parcial provimento ao agravo de instrumento para determinar a suspensão da exigibilidade da contribuição previdenciária sobre o auxílio-funeral, aviso-prévio indenizado, participação sobre os lucros e horas extras.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA Nº 6.331-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Autor: ERILY DA SILVA FERRAZ
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravante: ERILY DA SILVA FERRAZ
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Adv./Proc.: DR. FRANCISCO PIRES BRAGA FILHO (AUTOR)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. RESTABELECIMENTO DE PENSÃO POR MORTE. REJEIÇÃO. SUSPEN-

SÃO DA COBRANÇA DOS VALORES HAVIDOS NO PROCESSO ORIGINÁRIO A TÍTULO PRECÁRIO. DEFERIMENTO.

- Inexistência de qualquer argumento novo hábil a ilidir meu convencimento inicial de que a rescisória contida no artigo 6º da Lei nº 5.698/71 não comporta a interpretação extensiva pretendida pela recorrente, preservando apenas o direito adquirido do ex-combatente à concessão de aposentadoria segundo as condições mais benéficas da legislação anterior, a Lei nº 4.297/63, cujas disposições não aproveitam aos dependentes do segurado para fins de obtenção de pensão por morte.

- Acórdão rescindendo que não se apresenta, de pronto, teratológico ou ofensivo aos dispositivos legais que regem o direito ao benefício almejado pela autora. Rejeição do pedido de restabelecimento liminar do benefício previdenciário mantida.

- Agravo a que se dá parcial provimento para – sanando a omissão verificada na decisão recorrida – determinar, por cautela, que o INSS se abstenha de cobrar os valores da pensão percebidos pela autora no processo originário, até julgamento do mérito da ação rescisória, ou, caso já iniciada a cobrança judicial, que seja suspenso o trâmite da competente execução fiscal.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 22 de setembro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

ERILY DA SILVA FERRAZ interpõe agravo regimental em face da decisão (fls. 146-149) que indeferiu o pedido de antecipação da tutela pretendida na Ação Rescisória nº 6.331/PE, por não vislumbrar, de pronto, teratologia ou ofensa à literal dispositivo de lei no acórdão da egrégia Segunda Turma que deu provimento à apelação do INSS para, com fundamento na Lei nº 5.698/71, negar à autora, maior de 21 anos, o direito ao restabelecimento da pensão por morte de seu pai, ex-combatente.

A agravante defende a verossimilhança da tese contida na inicial, no sentido de que o artigo 6º da Lei nº 5.698/71 ressalvou seu direito ao recebimento da pensão segundo as condições previstas na Lei nº 4.297/63, que incluía no rol de dependentes do militar segurado a filha de qualquer condição, enquanto solteira, requerendo, por isso, seja reconsiderada a decisão desta Relatoria que indeferiu o pedido de liminar para restabelecimento do benefício até o deslinde desta ação.

Sustenta, ainda, a ocorrência de omissão no julgado quanto à apreciação de pedido expresso para que o INSS se abstenha de cobrar os valores recebidos pela autora na vigência da decisão antecipatória da tutela no processo originário, posteriormente cancelada pelo aresto rescindendo, até decisão final do pleito rescisório.

Na forma regimental, apresento o feito em mesa.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

EGRÉGIO PLENÁRIO.

Peço vênia para reportar-me às considerações que teci quando do indeferimento da liminar. Cito:

Pois bem. A Lei nº 5.698/71 preserva o direito adquirido dos ex-combatentes à aposentadoria nas condições da

Lei nº 4.297/63, **mas essa ressalva não se aplica aos casos de pensão de morte**, que são regidos pela legislação vigente na época do óbito do instituidor do benefício, o que, *in casu*, ocorreu em 16.02.1986, quando vigia a Lei nº 5.698/71.

Por sua vez, a Lei nº 5.698/71 revogou a Lei nº 4.297/63, transferindo para o RGPS os benefícios de ex-combatentes, então disciplinados pela Lei Orgânica da Previdência (Lei nº 3.807/60). E, nos termos da referida Lei Orgânica (art. 11), era considerada dependente do segurado a filha solteira menor de 21 anos ou inválida, não sendo esse o caso da autora. Confirma-se, nesse sentido, a jurisprudência formada no Plenário desta Corte:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO ESPECIAL DE EX-COMBATENTE. FILHA SOLTEIRA QUE PERCEBE REMUNERAÇÃO. "AUXILIAR ADMINISTRATIVO". APLICAÇÃO DA NÓRMA VIGENTE À DATA DO ÓBITO DO INSTITUIDOR DO BENEFÍCIO. LEIS NºS 5.787/72 E 5.698/71.

1. Ação Rescisória ajuizada ao objetivo de desconstituir sentença, que, nos autos da Ação Ordinária nº 2005.83.00.009855-1, julgou improcedente o pedido, extinguindo o feito com resolução do mérito, por entender que a ora Autora não fazia jus à pensão por morte de ex-combatente, posto que, na data do óbito do instituidor do benefício, já contava com a maioridade e não era inválida.

2. Regula-se a pensão especial pela lei vigente à data do óbito do instituidor da pensão especial de ex-combatente. Precedente do Supremo Tribunal Federal (MS nº 21707-3/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio).

3. Caso em que o óbito do instituidor do benefício ocorreu em 11 de junho de 1974 (fl. 35), quando se encontrava em vigor a Lei nº 5.698/71, a qual, nos termos do seu artigo 8º, revogou, expressamente, a Lei nº 4.297/63 e reportou-se ao Regime Geral de Previdência Social - RGPS, quanto ao disciplinamento do benefício de ex-combatente.

4. A Lei nº 5.698/71 não mais contemplou a pensão previdenciária por morte, à filha de ex-combatente, maior de 21 (vinte e um) anos, salvo se inválida, nos termos da Lei nº 3.807/60.

5. Com a edição da Lei nº 5.787/72, que dispôs sobre a Remuneração dos Militares, expressamente restou con-

signado, no artigo 154, que a pensão vindicada somente é devida às filhas solteiras, maiores de 21 anos, que não tivessem remuneração.

6. Caso em que a Autora se qualifica, na petição inicial, como “Auxiliar Administrativo” (fl. 2), auferindo, portanto, remuneração.

7. Sem honorários de sucumbência, em face da gratuidade processual (STF, Agravo Regimental no RE nº 313.348-9/RS). Improcedência do pedido formulado nesta Rescisória.

(AR 5.531/PE, Rel. Des. Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, DJ 15.08.2008).

Também a Corte Especial do STJ manifestou-se no sentido de que, “se o falecimento do instituidor se deu antes do advento da Constituição de 1988, a legislação a ser observada deve ser a Lei nº 5.698/71”, *verbis*:

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DE EX-COMBATENTE FALECIDO ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. BENEFÍCIO REGIDO PELA LEGISLAÇÃO EM VIGOR À DATA DO ÓBITO DO SEGURADO. ART. 1º DA LEI Nº 5.698/71 E LEI 3.807/60. NÃO-INFRINGÊNCIA AOS ARTS. 364, 365, I, E 485, § 1º, DO CPC. AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE.

1. A pensão decorrente do falecimento de militar deve ser regida pela legislação em vigor à época do seu óbito. Precedentes.

2. Se o falecimento do instituidor se deu antes do advento da Constituição de 1988, a legislação a ser observada deve ser a Lei nº 5.698/71. Porém, não se deve ampliar o intuito protetivo pretendido pela requerente ao parágrafo único do art. 6º daquela lei, pois ele não implica direitos adquiridos aos dependentes do ex-combatente. Estando em discussão o reajuste das prestações previdenciárias, deve ser observado o art. 1º daquela lei, que determina a sua regulamentação pelo Regime Geral da Previdência Social, e que, na época, se dava pela Lei nº 3.807/60.

3. Se a legislação anterior à Constituição Federal não previa o percentual correspondente a 100% do salário de benefício, ora pleiteado, inexistente irregularidade no ato da Administração que o reajustou no percentual de 60%, conforme a legislação então em vigor. Descaracterizada a infrin-

gência aos arts. 364, 365, I, e 485, § 1º, do Código de Processo Civil.

4. Ação rescisória improcedente.

(AR 3455/RN, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, v.u., *DJe* 05.02.2009).

Em face dos precedentes citados, o acórdão rescindendo não se apresenta, de pronto, teratológico ou ofensivo aos dispositivos legais que regem o direito ao benefício almejado pela autora.

INDEFIRO, pois, o pedido de liminar.

Inexiste nas razões do recurso qualquer argumento novo hábil a ilidir meu convencimento inicial de que a ressalva contida no artigo 6º da Lei nº 5.698/71 não comporta a interpretação extensiva pretendida pela recorrente, preservando apenas o direito adquirido do ex-combatente à concessão de aposentadoria segundo as condições mais benéficas da legislação anterior, a Lei nº 4.297/63, cujas disposições não aproveitam aos dependentes do segurado para fins de obtenção de pensão por morte.

Nesse quadro – ressalvada a cognição exauriente a ser exercida oportunamente – parece irretocável o acórdão rescindendo ao convalidar o cancelamento do benefício promovido administrativamente pelo INSS, já que a legislação vigente na época do óbito do ex-combatente não contemplava a filha maior de 21 anos como dependente.

Não demonstrada a verossimilhança da alegação de afronta à literal dispositivo de lei, mantenho a decisão agravada na parte em que rejeitou o pedido de restabelecimento liminar do benefício previdenciário.

Tenho de reconhecer, porém, a ocorrência de omissão no julgado quanto ao pedido da autora para que seja determinada ao INSS a abstenção da prática de atos relativos à cobrança dos valores da pensão recebidos no processo originário por força de liminar concedida pelo juiz singular, depois cancelada por este Tribunal no acórdão da apelação, até julgamento final da decisão rescisória.

Com efeito, a autora foi notificada pelo INSS para quitar as quantias percebidas a título precário no período de outubro de 2005

a agosto de 2008, perfazendo o montante de R\$ 89.273,94, sob pena de, não o fazendo, serem tais verbas inscritas em dívida ativa para cobrança judicial (vide fl. 142 dos autos).

Ocorre que a pretensão de cobrança da autarquia federal não tem amparo no título judicial rescindendo, já que a Turma, conquanto tenha negado à autora o direito de continuar percebendo o benefício em tela, não a condenou a repetir os valores recebidos em virtude da decisão antecipatória da tutela deferida na sentença reformada, tanto que o pedido da autarquia federal de execução desse montante nos próprios autos, em sede de cumprimento de sentença, foi indeferido pelo magistrado com base exatamente nesse argumento, como pude aferir em consulta realizada no sítio eletrônico da Justiça Federal de Pernambuco.

Nessa perspectiva, entendo que a persecução dos valores que o INSS entende devidos deve aguardar a solução do direito controvertido nesta ação rescisória, evitando-se, assim, prejuízos potencialmente irreparáveis à autora, que ostentou a condição de pobre na inicial.

Com essas considerações, **DOU PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL**, somente para determinar, por cautela, que o INSS se abstenha de cobrar os valores da pensão percebidos pela autora no processo originário, até julgamento do mérito da ação rescisória, ou, caso já iniciada a cobrança judicial, que seja suspenso o trâmite da competente execução fiscal.

Expeça-se ofício à autarquia-ré dando-lhe ciência do inteiro teor desta decisão, para cumprimento imediato.

Dê-se prosseguimento ao processo nos termos do artigo 327 do CPC.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 4.244-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR
Apelante: JOSÉ JACINTO DE SOUSA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Adv./Proc.: DRA. MARIA DE FÁTIMA SILVEIRA PEREIRA (APTE.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. LEI Nº 8.213/91. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ESPECIAL. DEMONSTRADA A EXPOSIÇÃO, DE MODO HABITUAL E PERMANENTE, A AGENTES NOCIVOS. TEMPO DE SERVIÇO INSUFICIENTE PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO EM VIRTUDE DA NÃO COMPROVAÇÃO DA ESPECIALIDADE EM CERTO PERÍODO. ASSEGURADO O DIREITO À CONCESSÃO DE APOSENTADORIA PROPORCIONAL AO TEMPO DE SERVIÇO A PARTIR DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO, QUANDO CUMPRIDO TAMBÉM O REQUISITO ETÁRIO. TAXA DE JUROS DE 1% AO MÊS. REDUÇÃO PARA 0,5%. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.960/2009 APÓS A SUA VIGÊNCIA. MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA.
- Até o advento da Lei 9.032, de 28/04/1995, a comprovação do exercício de atividade especial era realizada através do cotejo da categoria profissional do segurado, observada a classificação inserta nos anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79. Assim, há que ser resguardado o direito do segurado que pertencia a determinada categoria, na qual havia a presunção legal de ser considerada insalubre, perigosa ou penosa, não se exigindo, em princípio, a comprovação de exposição a agente nocivo no ambiente de trabalho, para ser beneficiário da aposentadoria especial ou para a conversão de tempo especial em comum.

- As atividades exercidas pelo promovente, durante o interregno de 01/08/1983 a 01/03/1985 e 01/05/1985 a 30/06/1989, na função de pintor, no setor de oficina de manutenção de veículos, exposto, de modo habitual e permanente, a ruído acima de 90 d(B), consoante informações contidas no Laudo Técnico e Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP de fls. 41/42 e 45/47, enquadra-se no código 1.1.6 do Decreto nº 53.831/64, de modo que tal período há que ser considerado especial.

- No que concerne ao período de 01/11/1975 a 14/10/1978, em que exerceu o cargo de trabalhador braçal, junto à Norte Gás Butano S/A, não logrou o postulante demonstrar que a atividade foi desenvolvida em condições prejudiciais à saúde, porquanto enquanto o formulário DSS-8030 (fl. 39) informa que laborou no setor de engarrafamento, exposto a ruído acima de 90 dB(A), o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP (fl. 40) participa que o funcionário executou trabalho de pintura de tanques, máquinas e equipamentos, paredes, móveis e grades e que “não houve exposição a agente nocivo no período”. Logo, à vista da contradição dos documentos apresentados, não há como reconhecer a especialidade da atividade desenvolvida no referido período.

- A conversão em tempo de serviço comum do período trabalhado em condições especiais somente era possível relativamente à atividade exercida até 28 de maio de 1998, em face do disposto no art. 28 da Lei nº 9.711/98. Contudo, tendo em vista que o egrégio STJ [REsp Nº 1108945/RS (2008/0279112-5). JUL: 23/06/2009. DJE: 03/08/2009. REL: MINISTRO JORGE MUSSI (1138). QUINTA TURMA. DECISÃO UNÂNIME] tem firmado posicionamento diverso, considereirei especial todo o período acima tratado.

- No que concerne ao período de 01/11/1975 a 14/10/1978, em que exerceu o cargo de trabalhador braçal, junto à Norte Gás Butano S/A (fl. 16), não logrou o postulante demonstrar que a atividade foi desenvolvida em condições prejudiciais à saúde, porquanto enquanto o formulário DSS-8030 (fl. 39) informa que laborou no setor de engarrafamento, exposto a ruído acima de 90 dB(A), o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP (fl. 40) participa que o funcionário executou trabalho de pintura de tanques, máquinas e equipamentos, paredes, móveis e grades e que “não houve exposição a agente nocivo no período”. Logo, à vista da contradição dos documentos apresentados, não há como reconhecer a especialidade da atividade desenvolvida no referido período.

- Destarte o somatório do tempo de contribuição do recorrente não é suficiente para a concessão da aposentadoria integral. Contudo, à vista de se ter filiado ao regime até a data da vigência da EC nº 20/98, resta-lhe assegurado o direito à aposentadoria proporcional, desde que reúna 53 anos de idade e 30 anos de contribuição mais um período adicional de contribuição equivalente a 40% do tempo que, em 16/12/1998, faltaria para atingir o limite dos 30 anos para a aposentadoria em comento, o qual, neste caso, consiste num período de 9 meses e 18 dias, vez que na referida data faltava apenas 1 ano, 11 meses e 29 dias para completar os 35 anos exigidos.

- Quanto ao requisito etário, este se cumpriu em 14/01/2005, uma vez que nasceu em 14/01/1952 (fl. 13), de modo que, à data do requerimento administrativo apresentado em 08/06/2000 (fl. 16), o demandante não reunia os requisitos necessários à concessão da aposentadoria proporcional por tempo de contribuição. Por conseguinte fica assegurado o direito do promovente à con-

cessão de aposentadoria proporcional ao tempo de serviço, a partir da data do ajuizamento da presente ação, visto que possui tempo de contribuição equivalente a 34 anos, 8 meses e 27 dias.

- Relativamente à taxa dos juros de mora, conquanto não seja aplicável ao caso o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, entendo por reduzi-la ao percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação válida (Súmula 204-STJ), até o advento da Lei nº 11.960, de 29/06/2009, 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, consoante os termos do art 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação da nova lei.

- No que concerne à verba honorária advocatícia, arbitrada em R\$ 200,00 (duzentos reais), verifica-se a necessidade de sua majoração tendo em vista que o causídico deve ser condignamente remunerado, pelo que dada a singeleza da questão e a norma do § 4º do artigo 20 do CPC, fixo-a no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

- Apelação do autor e remessa oficial parcialmente providas para assegurar o direito do postulante à aposentadoria proporcional ao tempo de serviço, a contar do ajuizamento da presente ação, bem como ao pagamento das parcelas vencidas, acrescidas de juros de mora à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação válida (Súmula 204 do STJ), até o advento da Lei nº 11.960/2009, quando passarão a incidir na forma prevista no art 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação da nova lei, e majorar a verba honorária para R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

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, a unanimidade, dar parcial provimento à apelação do autor e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator.

Recife, 26 de outubro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE
JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR:

Trata-se de remessa necessária e apelação do autor contra a sentença que, reconhecendo como tempo de serviço especial os períodos de 01/08/1983 a 01/03/1985, 01/05/1985 a 30/06/1989 e 01/05/1989 a 11/04/2000, condenou o instituto réu a expedir a respectiva Certidão de Tempo de Serviço, computando referidos períodos como atividade especial, convertendo-os em tempo e serviço comum, pelo multiplicador “1,4”, para os devidos fins, inclusive de concessão de aposentadoria, acaso preenchidos todos os pré-requisitos para tal, desde a data do requerimento administrativo (08/06/2000), devendo as parcelas vencidas serem pagas, inclusive as relativas ao décimo terceiro, com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação, e correção monetária, nos termos da Lei nº 6.899/81, além de honorários advocatícios de R\$ 200,00 (duzentos reais).

Em suas razões recursais, insurge-se o autor, ora apelante, contra o não reconhecimento como especial do período de 01/11/1975 a 14/10/1978, posto que o não enquadramento resulta na impossibilidade da concessão do benefício da aposentadoria por tempo de contribuição a que tem direito.

Rebela-se, ainda, contra a fixação da verba honorária, argumentando que não foi levado em conta o zelo profissional do causídico que patrocina a causa.

Requer seja computado como especial o período em comento e fixada a verba honorária em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

Contrarrazões às fls. 102/104.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PE-REIRA NOBRE JÚNIOR (Relator):

A Lei nº 8.213/91 (arts. 57 e 58) assegura o direito à concessão de aposentadoria especial ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, estabelecendo a necessidade do contato do trabalhador com os agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física e a possibilidade de conversão de tempo trabalhado em condições especiais em tempo comum para concessão de qualquer benefício, *verbis*:

Art. 57 ...

§ 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para concessão de qualquer benefício. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 28/04/1995).

§ 5º O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.032, de 28/04/1995).

Até o advento da Lei 9.032, de 28 de abril de 1995, a comprovação do exercício de atividade especial era realizada através do cotejo da categoria profissional em que inserido o segurado, observada a classificação inserta nos anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79.

Assim, há que ser resguardado o direito do segurado que pertencia a determinada categoria, na qual havia a presunção legal de ser considerada insalubre, perigosa ou penosa, não se exigindo, em princípio, a comprovação de exposição a agente nocivo no

ambiente de trabalho, para ser beneficiário da aposentadoria especial ou para a conversão de tempo especial em comum.

As atividades exercidas pelo promovente, durante o interregno de 01/08/1983 a 01/03/1985 e 01/05/1985 a 30/06/1989, na função de pintor, no setor de oficina de manutenção de veículos, exposto, de modo habitual e permanente, a ruído acima de 90 d(B), consoante informações contidas no Laudo Técnico e Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP de fls. 41/42 e 45/47, enquadra-se no código 1.1.6 do Decreto nº 53.831/64, de modo que tal período há que ser considerado especial.

No tocante ao período posterior à vigência da Lei 9.032/95, ou seja de 01/05/1989 a 11/04/2000, na mesma função e setor, o formulário DSS-8030 e o Laudo técnico de fls. 44 e 48/53 comprovam que o demandante exerceu atividade laborativa em condições prejudiciais à saúde, exposto, de modo habitual e permanente, a agentes insalubres como óleo, diesel, graxa, tinta, solda com oxiacetileno, calor e ruído acima de 90 decibéis. Logo, as atividades que submetem o trabalhador a condições prejudiciais à saúde ou a integridade física, devem, sem dúvida, ser incluídas entre aquelas que ocasionam danos ao segurado e devem ser compensadas com a proporcional redução do tempo exigido para aposentação, a fim de que tais danos sejam inativados.

A conversão em tempo de serviço comum do período trabalhado em condições especiais somente era possível relativamente à atividade exercida até 28 de maio de 1998, em face do disposto no art. 28 da Lei nº 9.711/98. Contudo, tendo em vista que o egrégio STJ¹ tem firmado posicionamento diverso, considereei especial todo o período acima tratado.

¹ “A partir do julgamento do REsp nº 956.110/SP, a Quinta Turma, em alteração de posicionamento, assentou a compreensão de que, exercida a atividade em condições especiais, ainda que posteriores a maio de 1998, ao segurado assiste o direito à conversão do tempo de serviço especial em comum, para fins de aposentadoria”. [REsp Nº 1108945/RS (2008/0279112-5). JUL: 23/06/2009. DJE: 03/08/2009. REL: MINISTRO JORGE MUSSI (1138). QUINTA TURMA. DECISÃO UNÂNIME].

No que concerne ao período de 01/11/1975 a 14/10/1978, em que exerceu o cargo de trabalhador braçal, junto à Norte Gás Butano S/A², não logrou o postulante demonstrar que a atividade foi desenvolvida em condições prejudiciais à saúde, porquanto enquanto o formulário DSS-8030 (fl. 39) informa que laborou no setor de engarrafamento, exposto a ruído acima de 90 dB(A), o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP (fls. 40) participa que o funcionário executou trabalhos de pintura de tanques, máquinas e equipamentos, paredes, móveis e grades e que “não houve exposição a agente nocivo no período”. Logo, à vista da contradição dos documentos apresentados, não há como reconhecer a especialidade da atividade desenvolvida no referido período.

Destarte o somatório do tempo de contribuição do recorrente não é suficiente para a concessão da aposentadoria integral, como se vê adiante:

PERÍODO	ANOS	MESES	DIAS
01/01/1966 a 31/01/1971 - Fls. 38	5	1	0
20/03/1972 a 30/06/1972 - Fls. 19	0	3	11
20/08/1972 a 16/09/1972 - Fls. 19	0	0	27
05/01/1973 a 16/03/1973 - Fls. 20	0	2	12
01/06/1973 a 24/12/1973 - Fls. 20	0	6	24
15/01/1974 a 31/10/1974 - Fls. 21	0	9	17
02/12/1974 a 02/10/1975 - Fls. 21	0	10	1
01/11/1975 a 14/10/1978 - Fls. 22	2	11	14
23/01/1979 a 23/03/1976 - Fls. 22	0	2	1
20/04/1979 a 15/01/1980 - Fls. 23	0	8	26
01/08/1983 a 01/03/1985 e 01/05/1985 a 11/04/2000 - Tempo de serviço especial - Conversão em comum - 16a, 6m e 12d	23	1	23
TEMPO DE SERVIÇO TOTAL	34	8	27

² Vide Anotação na CTPS (pág. 16) – fl. 16.

Contudo, à vista de se ter filiado ao regime até a data da vigência da EC nº 20/98, resta-lhe assegurado o direito à aposentadoria proporcional³, desde que reúna 53 anos de idade e 30 anos de contribuição mais um período adicional de contribuição equivalente a 40% do tempo que, em 16/12/1998, faltaria para atingir o limite dos 30 anos para a aposentadoria em comento, o qual, neste caso, consiste num período de 9 meses e 18 dias, vez que na referida data faltava apenas 1 ano, 11 meses e 29 dias para completar os 35 anos exigidos.

Quanto ao requisito etário, este se cumpriu em 14/01/2005, uma vez que nasceu em 14/01/1952 (fl. 13), de modo que, à data do requerimento administrativo apresentado em 08/06/2000 (fls. 16), o demandante não reunia os requisitos necessários à concessão da aposentadoria proporcional por tempo de contribuição. Por conseguinte fica assegurado o direito do promovente à concessão de aposentadoria proporcional ao tempo de serviço, somente a partir da data do ajuizamento da presente ação.

Relativamente à taxa dos juros de mora, conquanto não seja aplicável ao caso o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, entendo por reduzi-la ao percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação válida (Súmula 204-STJ), até o advento da Lei nº 11.960, de 29/06/2009, 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, consoante os termos do art 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação da nova lei.

No que concerne à verba honorária advocatícia, arbitrada em R\$ 200,00 (duzentos reais), verifica-se a necessidade de sua majoração tendo em vista que o causídico deve ser condignamente remunerado, pelo que dada a singeleza da questão e a norma do § 4º do artigo 20 do CPC, fixo-a no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Diante destas razões, dou parcial provimento à apelação do autor e à remessa oficial para assegurar o direito do autor, ora

³ Art. 9º da Emenda Constitucional nº 20/98.

apelante, à aposentadoria proporcional ao tempo de serviço, a contar do ajuizamento da presente ação, bem como ao pagamento das parcelas vencidas, acrescidas de juros de mora à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação válida, (Súmula 204 do STJ), até o advento da Lei nº 11.960/2009, quando passarão a incidir na forma prevista no art 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação da nova lei, e majorar a verba honorária para R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 379.128-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO RESENDE (CONVOCADO)
Apelantes: FRANCISCA CARNEIRO BARROS E UNIÃO
Apelada: ROSA AMÉLIA NEVES DA SILVA
Repte.: IZABEL NEVES DE MEDEIROS
Advs./Procs.: DRS. LEONARDO DIAS DE ALMEIDA (1ª APTE.) E GUILHERME SANTOS FERREIRA DA SILVA (APDA.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. LEVANTAMENTO INDEVIDO DE VALORES EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA UNIÃO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CULPA CONCORRENTE DA CORRÉ, ESPOSA DO FALECIDO, QUE LEVANTOU A TOTALIDADE DOS VALORES, EM DETRIMENTO DE FILHA MENOR DO MESMO. DANOS MATERIAIS DEVIDOS. PEDIDO DE REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. INOVAÇÃO EM SEDE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. JUROS DE MORA. GRATUIDADE JUDICIÁRIA. EFEITOS NÃO RETROATIVOS.

- O pedido de gratuidade judiciária, admissível a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdi-

ção, conforme jurisprudência já consolidada, uma vez deferido, não opera efeitos ex tunc, ou seja, não retroage para desconstituir os ônus da sucumbência já estabelecidos na sentença, que somente podem ser modificados se o Tribunal assim entender, no julgamento do mérito da apelação.

- Para que possa ser deferida a gratuidade judiciária, é bastante que o requerente declare que é pobre na forma da lei, declaração essa que admite prova em contrário (arts. 4º e 5º da Lei nº 1.060/50); no caso concreto, não há óbice ao seu deferimento, vez que a apelante (particular) afirma não ter condições financeiras de arcar com as custas judiciais, sem prejuízo da sua subsistência, não tendo havido qualquer oposição em sede de contrarrazões. Gratuidade processual deferida, com efeitos prospectivos.

- Caso em que Romildo Barros da Silva, quando vivo, em 26-10-95, ajuizou Reclamação Trabalhista em desfavor de J. Motta Indústria e Comércio S/A, perante a Justiça do Trabalho em Natal/RN, sendo que, em 18-2-2000, a corré Francisca Carneiro Barros requereu a sua habilitação nos autos, informando ao Juízo o falecimento do referido reclamante, seu esposo, em 31-10-99, requerimento que foi instruído com cópia da certidão de óbito e de casamento, bem como uma escritura pública declaratória da condição de viúva meira e única e universal herdeira do falecido esposo, tendo o pedido de habilitação sido deferido.

- Em 1º-8-2000, foi firmado um termo de conciliação entre as partes, tendo por ele a corré, representando o Espólio, recebido um cheque no valor de R\$ 2.280,00, no ato, mais a liberação do depósito recursal de R\$ 2.720,00, em 8-8-2000, mais 4 (quatro) parcelas de R\$ 3.750,00, nos dias 1º-9-2000, 1º-10-2000, 1º-11-2000 e 1º-12-2000.

- Em 25-10-2000, a autora/apelada, filha menor do falecido, beneficiária de pensão previdenciária por morte, pleiteou a sua habilitação nos autos da Reclamação Trabalhista, bem como que fosse determinado o bloqueio de 50% do valor do acordo trabalhista, correspondente ao montante de R\$ 10.000,00, a que faria jus por ser herdeira necessária, tendo a magistrada trabalhista determinado, em 30-10-2000, que os valores permanecessem depositados em Juízo, retidos até segunda ordem, e que a corrê se manifestasse a respeito.

- Contudo, a despeito da determinação judicial de retenção dos valores em Juízo, foram liberadas à corrê as parcelas de 1º-11-2000 e de 1º-12-2000, no valor, cada uma, de R\$ 3.750,00.

- Resta configurado o ato ilícito praticado por servidor da Justiça Laboral (União), ao proceder ao pagamento das últimas duas parcelas à corrê, quando havia expressa determinação judicial em sentido contrário, datada de 30-10-2000, ato que causou dano material à autora/apelada, pelo que se aplica a tese da responsabilidade objetiva insculpida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, sendo despiciendo perquirir, nesta seara, se houve ou não culpa do servidor.

- Caracterização da culpa concorrente da corrê Francisca Carneiro Barros, a acarretar a obrigação de indenizar, vez que ela própria, em depoimento pessoal, afirmou que, à época dos fatos, sabia da existência da autora, filha do falecido marido, tanto que a pensão por morte previdenciária era rateada em 50% entre si e a referida filha menor. No entanto, quando do seu requerimento de habilitação nos autos da Reclamação Trabalhista, juntou cópia de escritura pública por ela firmada em 19-11-1999, onde declara a sua condição de meeira e única e universal herdeira do falecido esposo.

- **Assim, deve a corr  indenizar   autora/apelada pelos danos materiais sofridos (os danos materiais foram rejeitados na sentena, n  tendo a parte sucumbente se insurgido), que correspondem à metade de tudo o que foi recebido em razão do acordo judicial trabalhista, sendo R\$ 1.140,00 (metade do valor recebido no ato), mais a metade do depósito recursal (R\$ 1.360,00), mais as duas parcelas de R\$ 1.875,00, tudo desde quando indevidamente levantadas por aquela (1 -8-2000, 8-8-2000, 1 -9-2000 e 1 -10-2000).**
- **Quanto às duas últimas parcelas (cuja metade corresponde a R\$ 1.875,00, cada), deve a corr  indeniz las   autora/apelada, solidariamente com a União, desde os pagamentos indevidos (1 -11-2000 e 1 -12-2000), vez que ambas as r s concorreram para o evento danoso.**
- **Descabimento do pleito de reduo do quantum indenizatório, face   divisão dos 50% (cinquenta por cento) do valor referente à meao entre os cinco descendentes do de cujus (a apelada, mais quatro filhos que o falecido teve com Francisca Carneiro Barros), vez que tal questão em nenhum momento foi suscitada e/ou discutida na lide, tendo sido alegada apenas na seara recursal, o que é vedado, a teor do disposto no art. 303 do CPC.**
- **Adotando o critério tempus regit actum, o STJ firmou o entendimento de que, em aoes que versem sobre responsabilidade civil, até o advento do novo Código Civil, a taxa de juros aplicável   de 0,5% ao mês, nos termos do art. 1.062 do CC/1916, e, após a vigência do novo Código Civil (10.01.2003), a taxa aplicável   a Selic, exclusivamente (ou seja, a incidência cumulativa de outro  ndice a título de juros ou correo monetária), consoante leitura do art. 406 do CC/2002. Sentena mantida neste aspecto.**
- **A regra do art. 1 -F da Lei n  9.494/97, com a**

redação da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, apenas impunha a limitação dos juros de mora a 0,5% ao mês às verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, o que não é o caso dos autos.

- No entanto, o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, sofreu nova alteração pela Lei nº 11.960/2009, a qual deve incidir imediatamente nos processos em curso, de forma não-retroativa, a partir de sua vigência em diante, em respeito ao critério tempus regit actum, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 559445 AGR, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 26/05/2009, DJE-108 Divulg 10-06-2009 Public 12-06-2009 Ement vol-02364-03 pp-00537; AI 767715, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, julgado em 29/09/2009, publicado em DJE-193 Divulg 13/10/2009 Public 14/10/2009.

- Apelações de Francisca Carneiro Barros e da União improvidas e remessa necessária tida por interposta provida em parte (item 14).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações de Francisca Carneiro Barros e da União e dar provimento, em parte, à remessa necessária tida por interposta, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 9 de setembro de 2010 (data do julgamento).

**DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO RESENDE -
Relator Convocado**

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO RESENDE (Convocado):

Apelações desafiadas por Francisca Carneiro Barros e pela União em face da sentença de fls. 310/329, que julgou procedente, em parte, a pretensão deduzida por Rosa Amélia Neves da Silva, para condenar as rés, solidariamente, a título de danos materiais, a pagarem à autora o representativo de duas parcelas de R\$ 1.875,00, desde os pagamentos indevidos (1-11-2000 e 1-12-2000), e condenar a ré Francisca Carneiro Barros, a pagar à autora o montante de R\$ 1.140,00, bem como o depósito recursal de R\$ 1.360,00, mais as duas parcelas de R\$ 1.875,00, desde quando indevidamente levantadas por aquela (1-8-2000, 8-8-2000, 1-9-2000 e 1-10-2000), a título de danos materiais, tudo com atualização monetária e juros de mora, fixando a sucumbência recíproca (o pedido de danos morais foi julgado improcedente).

Nas razões recursais, pugna Francisca Carneiro Barros pela reforma da sentença, sob o pálio dos seguintes argumentos:

a) a autora/apelada ajuizou a presente ação de indenização por danos materiais e morais em desfavor da apelante e da União, sob o fundamento de que esta havia frustrado o seu direito ao recebimento de verbas trabalhistas oriundas de Reclamação Trabalhista ajuizada por seu genitor, e marido da apelante, que faleceu no transcorrer do processo;

b) o pedido foi o de devolução de 50% dos valores sacados pela ora apelante (danos materiais), em face de que teria agido de má-fé, já que sabia da existência da autora, filha do falecido com a sua última companheira, tendo, apesar disso, recebido a totalidade das verbas ao arrepio da lei de sucessões; pediu também a condenação por danos morais, sob a alegação de que a apelante teria telefonado para a sua casa com piadas e palavras de baixo calão;

c) afirma que a União foi trazida ao processo, em razão da inércia dos funcionários da Justiça do Trabalho, que deveriam ter sustado o pagamento das parcelas pagas após o protocolo da petição informando sobre a existência de dependente do *de cujus*, razão pela qual deve ser responsabilizada civilmente;

d) por ser casada legalmente com o credor e falecido, tem direito, como meeira, a 50% dos valores depositados em favor daquele, enquanto que os outros 50% deveriam ser rateados entre todos os filhos do falecido, em número de cinco, sendo que, destes, quatro são filhos dele com a ora apelante, o que significa dizer que ela deveria ficar com 90% dos valores depositados em favor do falecido, e nunca dividir 50% com a apelada, como determinou a sentença.

Pediu a concessão do benefício da gratuidade judiciária, ao fundamento de não poder arcar com as custas de uma eventual sucumbência.

Na apelação da União, a mesma defende a ausência de nexo de causalidade entre o fato narrado e a conduta da Administração Pública, porquanto o dano seria derivado unicamente de ato ilícito da corré Francisca Carneiro Barros, consistente na produção e falsidade de informações constantes dos documentos por ela anexados, para ver-se habilitada ao crédito trabalhista, lesando, assim, o direito da autora, razão pela qual pugna para que seja afastada a sua condenação.

Requer, em atenção ao princípio da eventualidade, caso não seja afastada a sua responsabilidade pelos danos causados à autora:

a) que seja afastada a condenação solidária, para que haja condenação subsidiária, pelos valores devidos à autora, em função das duas últimas parcelas pagas à litisconsorte Francisca Carneiro Barros, ao argumento de que a sua responsabilidade foi considerada levíssima;

b) que seja reduzido o *quantum* devido à apelada – nas duas parcelas em que foi condenada a apelante – para R\$ 375,00, cada, face à divisão dos 50% do valor referente à meação entre os cinco descendentes do *de cuius*, na forma da lei civil;

c) que seja excluída a determinação de pagamento de juros de mora de acordo com a taxa Selic, para que sejam fixados em 0,5% ao mês, nos termos da MP nº 2.180-35.

Contrarrazões apresentadas por Rosa Amélia Neves da Silva às fls. 353/356, aduzindo: a) a impossibilidade jurídica do pedido,

vez que, segundo o art. 515 do CPC, a apelação devolve ao Tribunal somente o conhecimento da matéria impugnada, e não houve impugnação em relação a uma eventual aplicação do Direito Sucessório; b) a ilegitimidade das rés para tratarem de sucessões, haja vista se tratar de matéria afeta apenas aos herdeiros; c) a incompetência da Justiça Federal para julgar causas que envolvam sucessões.

No mérito, diz que o artifício da divisão sucessória surge, em sede recursal, como benefício da torpeza da ré Francisca Carneiro Barros, como também da negligência da ré União, por seus servidores, que pagou indevidamente valores sem a cautela devida. Afirma que não há culpa levíssima da União, a ensejar a substituição da condenação solidária pela subsidiária, e pede a manutenção da taxa Selic.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO RESENDE (Relator Convocado):

Aprecio, inicialmente, o pedido da apelante Francisca Carneiro Barros de concessão da gratuidade judiciária, formulado ao argumento de que não tem como arcar com as custas de uma eventual sucumbência.

Destaco que o pedido de gratuidade judiciária, uma vez deferido, não opera efeitos *ex tunc*, ou seja, não retroage para desconstituir os ônus da sucumbência já estabelecidos na sentença, que somente podem ser modificados se o Tribunal assim entender, ao apreciar a apelação.

Assim já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. PESSOA JURÍDICA. GRATUIDADE PEDIDA COM A APELAÇÃO. DESERÇÃO DECRETADA PELO MAGISTRADO SINGULAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REFORMA PELO TRIBUNAL ESTADUAL, COM EFEITOS *EX TUNC* AMPLO. PROVA. REEXAME. SÚMULA N° 7-STJ. LIMITAÇÃO DA ASSISTÊNCIA JUDI-

CIÁRIA DE MODO A EXCLUIR CONDENAÇÃO PRETÉRITA. LEI Nº 1.060/50, ART. 2º CPC, ART. 511.

I. Segundo a orientação jurisprudencial do STJ, a pessoa jurídica, em tese, pode fruir da assistência judiciária, sendo impossível, em sede especial, reverem-se os fatos que levaram o Tribunal estadual à concessão do aludido benefício, ante o óbice da Súmula nº 7.

II. **Todavia, a gratuidade não opera efeitos *ex tunc*, de sorte que somente passa a valer para os atos ulteriores à data do pedido, não afastando a sucumbência sofrida pela parte em condenação de 1º grau, que somente pode ser revista se, porventura, acatado o mérito da sua apelação, quando do julgamento desta.**

III. Recurso especial conhecido em parte e nessa parte provido.

(STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp - 556081/SP, QUARTA TURMA, Decisão: 14/12/2004, DJDATA: 28/03/2005 PÁGINA: 264, Relator ALDIR PASSARINHO JUNIOR) - **destaquei.**

Por outro lado, destaco que a concessão da assistência judiciária gratuita é admissível a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, conforme jurisprudência já consolidada, e para que possa ser deferida, **é bastante a declaração do requerente de que é pobre na forma da lei**, declaração essa que admite prova em contrário (arts. 4º e 5º da Lei nº 1.060/50).

No caso concreto, não vislumbro óbice ao deferimento do pedido, uma vez que a apelante afirma não ter condições financeiras de arcar com as custas judiciais, não tendo havido qualquer oposição da apelada, em suas contrarrazões de apelação. Contudo, conforme destacado, o deferimento tem efeitos prospectivos, ou seja, só vale daqui para frente, não retroage, nos termos já explicitados.

Passo ao exame do mérito dos recursos.

O Sr. Romildo Barros da Silva, quando vivo, ajuizou reclamação trabalhista em desfavor de J. Motta Indústria e Comércio S/A, perante a Justiça do Trabalho em Natal/RN, em 26-10-95 (Processo nº 7619/95).

Ocorre que, em 18-2-2000, a corré Francisca Carneiro Barros comunicou ao Juízo o falecimento do Sr. Romildo, seu esposo, em 31-10-99, e requereu a sua habilitação nos autos, acompanhada de vários documentos, dentre os quais, a certidão de óbito e de casamento (esta em nome de Romildo Barros), bem como uma escritura pública declaratória da condição de viúva meeira e única e universal herdeira do falecido esposo (fl. 70/79), tendo o pedido sido deferido pela Justiça Laboral (fl. 82).

Em 1º-8-2000, foi firmado um termo de conciliação entre as partes, tendo por ele a corré, representando o espólio, recebido um cheque no valor de R\$ 2.280,00, no ato, mais a liberação do depósito recursal de R\$ 2.720,00, em 8-8-2000, mais 4 (quatro) parcelas de R\$ 3.750,00, nos dias 1º-9-2000, 1º-10-2000, 1º-11-2000 e 1º-12-2000.

Em 25-10-2000, a autora/apelada, filha do falecido, beneficiária de pensão previdenciária por morte do mesmo, peticionou nos autos da reclamação trabalhista, pedindo a sua habilitação, bem como que fosse determinado liminarmente o bloqueio de 50% do valor do acordo trabalhista, correspondente ao montante de R\$ 10.000,00, a que faria jus por ser herdeira necessária (fls. 203/208), tendo a magistrada trabalhista determinado, em 30-10-2000, que os valores permanecessem depositados em Juízo, retidos até segunda ordem, e que a corré se manifestasse a respeito (fl. 209).

Contudo, a despeito da determinação judicial de retenção dos valores em Juízo, foram liberadas à corré as parcelas de 1º-11-2000 e de 1º-12-2000, no valor, cada uma, de R\$ 3.750,00 (fls. 210/211).

A justificativa dada pelo servidor responsável foi a de que os pagamentos ocorreram devido a ausência de retorno dos autos do Gabinete da Juíza para a Secretaria, e que não era normal o pagamento sem vista dos autos, porém, nesse caso foi diferente, tendo em vista a presença das partes e seus advogados, assim como a celeridade processual.

Historiados os fatos, quadra perquirir se há responsabilidade civil da União e da corré pelo pagamento dos danos materiais causados à autora. Quanto aos danos morais, rejeitados na senten-

ça, não cabe a sua apreciação, já que não houve insurgência da parte sucumbente.

Sobre a responsabilidade civil objetiva da Administração Pública (no caso, da União), dispõe o parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal, *verbis*:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (Grifei)

Tal dispositivo revela que todos os entes estatais e seus desmembramentos administrativos têm obrigação legal de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, por ato comissivo ou omissivo, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. É a tese da responsabilidade objetiva sem culpa.

No caso em tela, entendo restar configurado o ato ilícito praticado pela União, ao proceder ao pagamento das últimas duas parcelas à corrê (as de 1º-11-2000 e de 1º-12-2000, no valor, cada uma, de R\$ 3.750,00 – fls. 210/211), quando havia determinação judicial em sentido contrário, datada de 30-10-2000 (fl. 209), ato que causou dano à autora/apelada, pelo que se aplica a tese da responsabilidade objetiva inculpada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, sendo despiciendo perquirir se houve ou não culpa do servidor.

O legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos, não estendendo aos danos causados por terceiros ou pelos fenômenos naturais, devendo ser provada, nesses casos, a culpa da Administração.

Outrossim, a responsabilidade civil somente é elidida pelo caso fortuito ou pela culpa exclusiva da vítima, hipóteses que não se acham caracterizadas no caso trazido a exame.

Estando, pois, presentes os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil objetiva, quais sejam: a ação estatal (pagamento indevido das duas últimas parcelas à corrê), a ocorrência de dano à autora/apelada (deixou de receber os valores que lhe eram devidos), e o nexo de causalidade entre a ação

estatal e o dano (o prejuízo decorreu da ação estatal), cabe à União o ônus de indenizar os prejuízos materiais sofridos pela autora/apelada, no montante correspondente as últimas duas parcelas indevidamente pagas, desde os pagamentos indevidos (1º-11-2000 e 1º-12-2000).

Quanto à responsabilidade civil da corré Francisca Carneiro Barros, é patente a sua ocorrência, vez que ela própria, em depoimento pessoal, afirma que, à época dos fatos, sabia da existência da autora, filha do finado Romildo, tanto que a pensão por morte previdenciária era rateada em 50% entre si e a referida filha menor (fl. 295).

Por outro lado, o seu requerimento de habilitação nos autos da Reclamação Trabalhista, foi instruído com a cópia de uma escritura pública, firmada por ela em 19-11-1999, onde declara a sua condição de meeira e **única e universal herdeira do falecido esposo**, quando ficou comprovado que sabia que não era a única herdeira, já que reconheceu que o falecido esposo tinha uma filha menor com outra mulher.

Tais fatos, ao meu sentir, caracterizam a culpa da corré Francisca Carneiro Barros, elemento que, somado aos demais pressupostos ensejadores da responsabilidade civil subjetiva, quais sejam, a ação, o dano e o nexo de causalidade, acarretam a obrigação de indenizar; neste sentido, confirmam-se o inteiro teor dos arts. 927, *caput*, 186 e 187, todos do Código Civil, base legal do instituto:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (sem os destaques no original)

Assim, deve a corré indenizar à autora/apelada pelos danos materiais sofridos, que correspondem à metade de tudo o que foi recebido em razão do acordo judicial trabalhista, sendo R\$ 1.140,00

(metade do valor recebido no ato), mais a metade do depósito recursal (R\$ 1.360,00), mais as duas parcelas de R\$ 1.875,00, tudo desde quando indevidamente levantadas por aquela (1º-8-2000, 8-8-2000, 1º-9-2000 e 1º-10-2000).

Quanto às duas últimas parcelas (cuja metade corresponde à R\$ 1.875,00, cada), deve a corrê indenizá-las à autora/apelada, solidariamente com a União, desde os pagamentos indevidos (1º-11-2000 e 1º-12-2000), vez que ambas as rés concorreram para o evento danoso.

Quanto ao pedido comum das apelantes, de redução do *quantum* indenizatório, face à divisão dos 50% (cinquenta por cento) do valor referente à meação entre os cinco descendentes do *de cujus* (a apelada, mais quatro filhos que o falecido teve com Francisca Carneiro Barros), rejeito-o, vez que tal questão em nenhum momento foi suscitada e/ou discutida na lide, tendo sido alegada apenas na seara recursal, o que é vedado, a teor do disposto no art. 303 do CPC.

No tocante ao pleito da União de que seja afastada a taxa Selic, como juros de mora, penso não merecer prosperar.

Adotando o critério *tempus regit actum*, o STJ firmou o entendimento de que, em ações que versem sobre responsabilidade civil, até o advento do novo código civil, a taxa de juros aplicável é de 0,5% ao mês, nos termos do art. 1.062 do CC/1916, e, após a vigência do novo código civil (10.01.2003), a taxa aplicável é a Selic, exclusivamente (ou seja, a incidência cumulativa de outro índice a título de juros ou correção monetária), consoante leitura do art. 406 do CC/2002. Deve, portanto, a sentença ser mantida neste aspecto.

Destaco que a regra do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, apenas impunha a limitação dos juros de mora a 0,5% ao mês às verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, o que não é o caso dos autos.

No entanto, o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 sofreu nova alteração pela Lei nº 11.960/2009, a qual deve incidir imediatamente nos processos em curso, de forma não-retroativa, a partir de sua vigência

em diante, em respeito ao critério *tempus regit actum*, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 559445 AGR, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 26/05/2009, DJE-108 Divulg 10-06-2009 Public 12-06-2009 Ement vol-02364-03 pp-00537; AI 767715, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, julgado em 29/09/2009, publicado em DJE-193 Divulg 13/10/2009 Public 14/10/2009).

É que como a ação fora ajuizada após a vigência da MP 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, os juros moratórios são devidos, a contar da citação, no percentual de 0,5% ao mês, até a vigência da Lei nº 11.960/2009, e, a partir de então, aplicar-se-ão os juros moratórios e a correção monetária na forma do que dispõe dito diploma legal (pelos índices oficiais da caderneta de poupança).

Pautado nessas razões, nego provimento às apelações de Francisca Carneiro Barros e da União, e dou provimento, em parte, à remessa necessária tida por interposta, apenas para determinar que, a contar da vigência da Lei nº 11.960/2009, os juros de mora e a correção monetária devem ser calculados pelos índices oficiais da caderneta de poupança. Honorários sucumbenciais e despesas processuais nos termos da sentença.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 406.004-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelado: COLEZZIONE COMERCIAL LTDA.
Advs./Procs.: DRS. FRANCISCO JOÃO DE OLIVEIRA NETO E OUTROS (APTE.), BRUNO MACEDO DANTAS E OUTROS (APDO.)

EMENTA: CIVIL. A PRETENSÃO RECURSAL ATACA A SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO PARA DECLARAR A NULIDADE DAS CLÁUSULAS 5ª, ITEM II, E 6ª DO CON-

TRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS (INTERNET CAIXA), DETERMINANDO O PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, NO VALOR DE VINTE MIL REAIS, BEM COMO DANOS MATERIAIS NO VALOR DE QUATRO MIL, QUATROCENTOS E OITENTA E DOIS REAIS E QUARENTA E SETE CENTAVOS.

- Da instrução dos autos, consta que a empresa autora mantém contrato de prestação de serviço com a Caixa Econômica Federal, para fins de movimentação de conta corrente, inclusive por via internet, tendo se verificado que três transferências de valores foram efetuadas por pessoas estranhas à empresa, em quantias que atingiram o montante de quatro mil, quatrocentos e oitenta e dois reais e quarenta e sete centavos, gerando um saldo negativo que motivou a devolução do cheque nº 765869.

- O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras [Súmula 297/STJ].

- É ilegal a estipulação de limitação da responsabilidade contratual da Caixa Econômica Federal, nas cláusulas 5ª, item II, e 6ª, do contrato de prestação de serviços [internet caixa], nas quais a instituição financeira se exime de qualquer culpa pelos possíveis erros na execução do contrato, sendo manifestamente nulas, por ofensa ao art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, que prevê expressamente a nulidade das cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos.

- No relacionamento com seus clientes, a responsabilidade da Caixa Econômica Federal é objetiva, excluída somente pela demonstração inequívoca da culpa exclusiva da vítima ou de

terceiro, de acordo com o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

- Demonstrado nos autos que houve fraude nas transferências de numerário da conta corrente da autora, no valor total de quatro mil, quatrocentos e oitenta e dois reais e quarenta e sete centavos, efetuada por terceiros estranhos à empresa. Do extrato bancário anexado aos autos [fl. 25], verifica-se que a devolução do cheque nº 765869 foi ocasionada pela insuficiência de numerário na conta corrente, devido às transferências fraudulentas, gerando consequências para o crédito e a imagem da empresa, restando demonstrado o dano moral.

- A pessoa jurídica pode sofrer dano moral, nos termos do enunciado da Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça.

- O valor da indenização por danos morais deve servir como compensação para diminuir o impacto da ofensa causada, não sendo admissível que o montante fixado possa caracterizar o enriquecimento ilícito.

- O valor de quatro mil reais traduz uma indenização condizente com os danos morais sofridos pela empresa autora.

- Manutenção da indenização por danos materiais no mesmo valor fixado pela sentença [quatro mil, quatrocentos e oitenta e dois reais e quarenta e sete centavos].

- De acordo com a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça, os juros de mora são devidos no percentual de 0,5% ao mês, a partir da citação, acrescido de correção monetária, e, a partir da vigência do novo Código Civil, devem corresponder à taxa SELIC, que já engloba juros e correção monetária [EDREsp 1142070, min. Castro Meira, DJE de 02 de junho de 2010].

- Apelação provida, em parte, apenas para reduzir o valor da indenização por danos morais.

ACÓRDÃO

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

Recife, 7 de outubro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Apelação interposta pela Caixa Econômica Federal contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte, que, em ação ordinária ajuizada por Colezzione Comercial Ltda., julgou o pedido procedente para declarar a nulidade das cláusulas 5ª, item II, e 6ª, do contrato de prestação de serviços [internet caixa], às fls. 19/24, e determinar o pagamento de indenização por danos morais, no valor de vinte mil reais, bem como danos materiais no valor de quatro mil, quatrocentos e oitenta e dois reais e quarenta e sete centavos.

A CEF-recorrente alega, em suma, que a) deve ser suspensa, de início, a concessão dos efeitos da tutela antecipada; b) para ter acesso direto ao serviço Internet Caixa, e movimentar sua conta corrente, a empresa autora utiliza-se do seu provedor [DIGINET] através do uso de linha discada, com senha pessoal, cujas falhas devem ser atribuídas a essa empresa, e não à ora recorrente; c) se houve fraude na transferência de numerário entre contas, a recorrente não tem culpa, ou qualquer responsabilidade pela insegurança do serviço prestado pelo provedor; d) o valor da condenação em danos morais deve ser reduzido; e) os juros moratórios devem ser fixados em 0,5% ao mês; e) não deve ser utilizada a taxa SELIC após o período de 11 de janeiro de 2003.

Não houve resposta ao recurso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

A pretensão recursal ataca a sentença que julgou procedente o pedido para declarar a nulidade das cláusulas 5ª, item II, e 6ª, do contrato de prestação de serviços [internet caixa], às fls. 19/24, e determinar o pagamento de indenização por danos morais, no valor de vinte mil reais, bem como danos materiais no valor de quatro mil, quatrocentos e oitenta e dois reais e quarenta e sete centavos.

Da instrução dos autos, consta que a empresa autora mantém contrato de prestação de serviço com a apelante, para fins de movimentação de conta corrente, inclusive por via internet, tendo se verificado que três transferências de valores foram efetuadas por pessoas estranhas à empresa, em quantias que atingiram o montante de quatro mil, quatrocentos e oitenta e dois reais e quarenta e sete centavos, para as contas de titularidade de Kleber de Araújo Ferreira, Luiz Antônio Gomes e Antônio Guilherme de A. Sobrinho. As transferências indevidas de valores ocasionaram saldo negativo na conta corrente, motivando a devolução do cheque nº 765869.

Questão de nulidade das cláusulas 5ª, item II, e 6ª do contrato de prestação de serviços [internet caixa], foi muito bem enfrentada pela sentença, que estabeleceu as nuances do debate em torno da limitação da responsabilidade contratual da ora apelante, que, no pacto, fez questão de eximir-se de qualquer culpa pelos possíveis erros na execução do contrato, nestes termos [fl. 505]:

O instrumento contratual hospedado às fls. 19/24 é um autêntico exemplo da política desrespeitosa empregada no trato dos direitos dos correntistas que precisam e pagam pela prestação dos serviços bancários.

Dispõe a cláusula 5ª, II, caber à Caixa:

II - Processar as transações corretamente comandadas pelo Cliente, por meio do Internet Caixa, não se responsabilizando por quais problemas, inclusive a não confirmação de pagamentos ou créditos (...) (grifos acrescidos)

Por seu turno, a cláusula 6ª, alusiva às obrigações do cliente, prevê que este se obriga a:

VII - Tratar todos os dados relativos à(s) sua(s) conta(s) com proteção e zelo necessários, mantendo-os atualizados e comprometendo-se a dar adequada utilização às informações disponibilizadas pela Caixa, desobrigando-a de qualquer responsabilidade pela utilização indevida por terceiros; (grifos acrescidos)

A leitura dos supracitados textos induz a conclusão quanto ao caráter abusivo do contrato de adesão formulado na intenção de esquivar a Caixa de suas responsabilidades. Por isso, verificada a conotação lesiva aos interesses da parte mais frágil da relação de consumo, tais disposições devem ser tidas por não escritas, pois desprovidas do mais ínfimo valor.

De fato, independentemente do que insere nos contratos de adesão que confecciona, o Banco possui sim, responsabilidade pelos serviços que disponibiliza aos clientes, e uma vez detectadas falhas nas operações bancárias, por insegurança do sistema, deve arcar com os prejuízos decorrentes.

Não é outra a orientação do art. 51 do CDC, *in verbis*:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. (...)

Tanto é assim que a Caixa, ciente da sua responsabilidade pelo serviço, previu, no parágrafo 5º, do contrato em exame, que poderia 'a qualquer tempo, e mediante comunicação prévia ao cliente, através dos seus sistemas de segurança, proceder a uma verificação de programas invasores da máquina do cliente, a fim de salvaguardar as operações a serem realizadas por meio do Internet Caixa, sob pena de suspensão e cancelamento do acesso, fazendo, com isso, aparentar ao usuário que tinha total controle sobre a proteção das informações sigilosas que ali transitavam.

Não se pode olvidar que a relação contratual, no caso, pela natureza da prestação contínua de serviços [bancários], enquadra-se na Lei 8.078/1990, cuja matéria encontra-se sumulada:

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras [Súmula 297/STJ].

No relacionamento com seus clientes, a responsabilidade da Caixa Econômica Federal é objetiva, excluída somente pela demonstração inequívoca da culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, nos termos do art. 14 do referido Código de Defesa do Consumidor:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Ademais, o liame jurídico estabelecido entre o banco e seu cliente faz prevalecer a tese da responsabilidade contratual, que impõe a teoria do risco profissional ao estabelecimento de crédito prestador do serviço, dada sua finalidade lucrativa e por deter condições financeiras mais favoráveis frente a prováveis prejuízos que lhe forem atribuídos.

Nesse aspecto, não antevejo nenhuma ilegalidade na sentença que declarou a nulidade das 5ª, item II, e 6ª do contrato de prestação de serviços [internet caixa].

No que tange à condenação no pagamento de indenização por danos morais, devo destacar que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral, nos termos do enunciado da Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça.

A peça vestibular apontou fraude nas transferências de numerário da conta corrente da empresa autora, no valor total de quatro mil, quatrocentos e oitenta e dois reais e quarenta e sete centavos, efetuada por terceiros estranhos à empresa.

Para esclarecer a origem da conexão que deu acesso à internet e, conseqüentemente, às transferências de valores da conta corrente da autora, foi chamada aos autos a empresa DIGINET que, como bem destacou a sentença, é o provedor de que a representante da empresa requerente utilizava-se para acessar à Internet Caixa, e, em audiência, através de seu representante legal, declarou [fl. 485]:

1) o depoente é Diretor Técnico da DIGINET, uma das empresas pioneiras na prestação de serviços de Internet, no Estado; 2) a Empresa DIGINET, da qual o depoente foi o fundador, foi criada há cerca de dez anos, e hoje opera tanto com acesso discado quanto com banda larga; 3) no que diz respeito aos fatos que deram origem ao presente processo, teve o cuidado de verificar todos os detalhes cabíveis dentro de sua alçada, em face das requisições judiciais que foram dirigidas à sua pessoa e que constam nos autos; 4) o depoente, desde o recebimento da requisição judicial, pôde inicialmente identificar que o endereço de IP, data e hora fornecidos pela Caixa coincidiam com um registro válido de conexão constante do sistema do provedor DIGINET, operado pelo depoente; 5) uma vez constatada essa situação, o depoente passou a checar os dados do usuário que se logou naquele momento, porém somente essa verificação não é suficiente para que seja caracterizada uma fraude eletrônica; 6) a partir desse instante, o depoente já constatou que a conexão foi feita por uma conta de Internet distinta da Colezzione, bem como que a conexão originou-se de uma conta telefônica não pertencente à essa empresa; 7) posteriormente, o depoente constatou que a conexão foi feita em nome de uma Construtora que é cliente da DIGINET, porém tendo sido utilizada uma linha telefônica que não era a linha telefônica usualmente utilizada pela construtora; 8) ao identificar o número da linha telefônica do qual originou-se a conexão, o depoente constatou a existência de fraude, mediante a confirmação de que este número havia utilizado outros quatro logins para conexão, fato que por si só demandaria o imediato bloqueio do número telefônico junto ao sistema da empresa DIGINET, como forma de se proteger de uma “invasão”; 9) ao proceder ao bloqueio, o depoente constatou que esse mesmo número, justamente por conta de atividades fraudulentas, já havia sido bloqueado anteriormente; 10) disso tudo, pode-se concluir que o acesso à Caixa Econômica Federal, na data em que foi movimentada a conta da Colezzione, se deu de forma fraudulenta, o que inclusive se constata concretamente com a informação constante dos autos, de que o número telefônico que deu origem à conexão é um número que não pertence a nenhuma das partes envolvidas na operação, embora seja um número válido.

Destarte, comprovadamente houve fraude na transação efetuada entre a conta corrente da autora e das pessoas indicadas na inicial, estranhas ao relacionamento empresarial. Em consequência do fato provado, exsurge o dano moral decorrente, no caso, da devolução indevida do cheque, gerando consequências para o crédito e a imagem da empresa.

Da análise dos três elementos essenciais na definição da responsabilidade civil [a ofensa a uma norma preexistente ou erro na conduta, um dano e o nexo de causalidade entre um e outro], verifica-se que a questão colocada neste feito amolda-se perfeitamente aos parâmetros jurídicos do dever da responsabilização da Caixa Econômica Federal em detrimento dos prejuízos sofridos pela autora.

Em casos como o presente, tem-se reconhecido não apenas a finalidade reparatória da indenização, mas sua natureza didática, por servir de instrumento para inibir a prática comum dos bancos de se eximirem da responsabilidade na celebração desses contratos, cujas práticas abusivas podem causar, além de prejuízos, sérios constrangimentos aos clientes, sem olvidar que a instituição financeira não deve se ater somente à grandeza dos lucros, mas se sujeitam, também, aos riscos na gerência das contas correntes.

A jurisprudência desta egrégia Corte não discrepa desse entendimento:

CIVIL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. APLICAÇÃO DO CDC ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. RETIRADAS INDEVIDAS EM CONTA POUPANÇA. RESPONSABILIDADE DO BANCO DEPOSITÁRIO. DANOS MORAIS DEVIDOS. *QUANTUM* FIXADO EM R\$ 4.000,00 (QUATRO MIL REAIS). MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

1. A responsabilidade civil da CEF pelos danos comprovadamente causados em razão de saques indevidos, por intermédio do *Internet Banking*, na conta da autora é de natureza objetiva, dependendo, para a sua configuração, da presença simultânea dos requisitos extraídos do art. 14 do CDC (defeito na prestação do serviço; dano patrimonial ou moral; nexo de causalidade), aplicável às instituições financeiras por força do art. 3º, parágrafo 2º, do Estatuto Consumerista.

2. O valor da indenização por danos morais deve ser suficiente para, a um só tempo, desestimular reiteração da conduta lesiva pelo réu e abrandar, na medida do possível, o constrangimento e a humilhação causados ao autor lesado. Contudo, o *quantum* indenizatório deve ser proporcional ao dano moral causado, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa.

3. Na hipótese dos autos, a indenização fixada pela sentença em R\$ 4.000,00, por danos morais causados à autora, mostra-se razoável e proporcional, sendo suficiente a atender os critérios acima aludidos.

4. Apelação não provida.

[AC 421804-PB, Des. Rogério Fialho Moreira, *DJU-I* de 01 de outubro de 2008, p. 150].

Do extrato bancário anexado aos autos [fl. 25], verifica-se que a devolução do cheque nº 765869 foi ocasionada pela insuficiência de numerário na conta corrente, devido às transferências fraudulentas, devidamente comprovadas nestes autos, restando demonstrado o dano moral.

O valor da indenização por danos morais deve servir como compensação para diminuir o impacto da ofensa causada, não sendo admissível que o montante fixado possa caracterizar o enriquecimento ilícito, devendo ser levado em consideração não apenas o caráter sancionatório da reparação para o agente do dano, mas principalmente a natureza ressarcitória da indenização.

No caso, a sentença fixou o valor da condenação dos danos morais em vinte mil reais, com base nas provas documentais constantes dos autos.

A meu ver, o valor de quatro mil reais representa uma indenização condizente com a ausência de culpa do correntista, seu nível sócio-econômico e a capacidade econômica da instituição financeira.

No que tange à indenização por danos materiais, mantenho o mesmo valor fixado pela sentença quatro mil, quatrocentos e oitenta e dois reais e quarenta e sete centavos.

Quanto à questão dos juros moratórios e da taxa SELIC, a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça entende que

os juros de mora são devidos no percentual de 0,5% ao mês, a partir da citação, acrescido de correção monetária, e a partir da vigência do novo Código Civil de 2003, devem corresponder à taxa Selic [que já engloba juros e correção monetária], nestes termos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO CARACTERIZADA. INDENIZAÇÃO. JUROS MORATÓRIOS. APLICAÇÃO IMEDIATA DO ART. 406 DO NOVO CÓDIGO CIVIL. TAXA SELIC. APLICABILIDADE A PARTIR DO NOVO CÓDIGO CIVIL.

1. A indenização por danos morais não se submete à regra do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, de modo que o regime de juros moratórios aplicável é aquele previsto no art. 406 do Código Civil, de seguinte teor: "Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional".

2. Esta Corte sedimentou o entendimento de que, à luz do princípio do *tempus regit actum*, os juros devem ser fixados à taxa de 0,5% ao mês (art. 1.062 do Código Civil/1916) no período anterior à data de vigência do Novo Código Civil (10.1.2003); e, em relação ao período posterior, nos termos do disposto no art. 406 do Código Civil de 2002, o qual corresponde à Taxa Selic, de acordo com o julgamento dos EREsp nº 727.842/SP, pela Corte Especial.

3. Embargos de Declaração acolhidos com efeitos modificativos, para dar provimento, em parte, ao recurso especial.

[EDREsp 1142070, min. Castro Meira, DJE de 02 de junho de 2010]

Filho-me a esse posicionamento.

Ante o exposto, dou provimento, em parte, à apelação apenas para reduzir o valor da indenização por danos morais.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 411.284-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Apelantes: GEORGIA ROBERTA GALVÃO LACERDA DA SILVA
E OUTRO E UNIÃO
Apelados: OS MESMOS E ROLLS-ROYCE INTERNATIONAL
SERVIÇOS E REPRESENTAÇÕES LTDA. E OU-
TRO
Advs./Procs.: DRS. NILSON NELBER SIQUEIRA CHAVES (1º
APTE.), JOSÉ MARTINS PINHEIRO NETO E OU-
TROS (EMPRESA APELADA)

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO
E PROCESSUAL CIVIL. ACIDENTE COM AERO-
NAVE MILITAR. RESPONSABILIDADE. TEORIA
DO RISCO ADMINISTRATIVO. CARACTERIZA-
ÇÃO. PRESCRIÇÃO. CABIMENTO. CUMULA-
ÇÃO DE PENSÃO PREVIDENCIÁRIA COM PEN-
SÃO CIVIL EM DECORRÊNCIA DA MORTE. POS-
SIBILIDADE. PROVIMENTO PARCIAL DO APE-
LO DAS PARTES E IMPROVIMENTO DO APELO
DA UNIÃO.**

- Havendo falecido militar da Aeronáutica em acidente, em serviço, responde a União, com base na teoria do risco administrativo. Inteligência do art. 37, § 6º, da CF/88.

- O risco administrativo se funda na existência do dano e da relação de causa e efeito entre o exercício militar e o acidente ocorrido, dispensada qualquer prova de haver a União contribuído para tal fato, bastando o risco inerente a esse exercício. Recurso da União improvido.

- É de cinco anos o prazo prescricional da ação de indenização contra a Fazenda Pública, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32, que regula a prescrição de “todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza”. Na fixação

do termo a quo desse prazo, deve-se observar o universal princípio da actio nata. Precedentes. REsp 692.204/RJ. Recurso dos autores improvido, nessa parte.

- É cabível a cumulação da pensão militar, post mortem, e a indenização por danos materiais em decorrência do mesmo fato: morte do militar em serviço, por terem origens distintas: a pensão militar, com natureza previdenciária e contra-prestacional e a pensão civil, em razão da responsabilidade administrativa (art. 37, § 6º, da CF/88). Provimento do apelo dos autores e acolhimento do pronunciamento da Procuradoria Regional da República, nessa parte.

- Pensão civil, devida ao apelante menor, filho do militar falecido, que fixa, cumulativamente com a pensão previdenciária que já percebe, no valor de 2/3 (dois terços) do soldo do militar falecido, com dedução do valor que seria gasto com seu próprio sustento, até o limite de 25 (vinte e cinco) anos.

- Sobre o montante indenizatório de R\$ 30.000,00 fixado a título de danos morais deverão incidir correção monetária na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal, bem como juros de mora, a contar do evento danoso (Súmula nº 54 do STJ), no percentual de 0,5% ao mês até o advento do novo Código Civil, a partir de onde deverá incidir o percentual de 1% ao mês. Entretanto, a partir da entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, deverá ser aplicado o percentual de 0,5% ao mês. Recurso da União e remessa oficial providos neste ponto.

- Manutenção da sentença, em tudo o mais, por seus próprios fundamentos.

- Apelações e remessa oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 28 de setembro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de remessa oficial e de apelações interpostas por GEÓRGIA ROBERTA GALVÃO LACERDA DA SILVA e seu filho IGOR EGYDIO LACERDA DA SILVA e pela UNIÃO, em sede de ação ordinária proposta pelos dois primeiros em desfavor da UNIÃO, da ROLLS ROYCE INTERNACIONAL LTDA. e da ROLLS ROYCE BRASIL LTDA., objetivando obter indenização por danos morais e materiais decorrentes da morte do militar ARTHUR EGYDIO FERREIRA DA SILVA provocada por acidente aéreo ocorrido no dia 29/06/1995, contra sentença que acolheu em parte a prescrição no sentido de declarar prescrita a ação quanto à autora GEÓRGIA ROBERTA GALVÃO LACERDA DA SILVA, viúva do falecido, e, no mérito propriamente dito, julgou parcialmente procedente a pretensão contida na exordial, no sentido de condenar a UNIÃO a pagar ao autor IGOR EGYDIO LACERDA DA SILVA, a título de danos morais, a quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), pela morte de seu pai em acidente aeronáutico.

A douta magistrada de primeira instância afastou a responsabilidade das empresas Rolls Royce Internacional Ltda. e da Rolls Royce Brasil Ltda., fabricantes do motor VIPER MK 540, número de série T0704, da aeronave Xavante at 26 prefixo 4582, por três motivos elementares: 1º) por ter sido a turbina do avião fabricada por concessão pela empresa italiana Aeronatiche e Meccaniche Rinaldo Piaggio S. P. A.; 2º) em razão de o laudo contido nos autos

afirmar que o acidente não foi ocasionado por defeito de fabricação ou de projeto mas por outros motivos; 3º) por ter ficado constatado que, apesar de tais empresas prestarem serviços de manutenção de turbinas à FAB, o acidente não derivou de falhas de manutenção no equipamento.

Entendeu, ainda, a sentenciante que não se pode concluir exatamente o que levou à queda da aeronave, sendo certo que não foi por falha mecânica, mas provavelmente o foi pela presença de um corpo estranho “macio” em uma das turbinas do avião Xavante, não se sabendo se o objeto foi absorvido pela turbina ou se o corpo estranho já estava ali quando da decolagem, o que demonstraria a falta de cuidados da FAB na manutenção dos aviões ou na manutenção das condições do aeródromo de uso militar onde se encontrava antes da operação. Foram afastadas, ainda, as causas de exclusão da responsabilidade, já que não houve comprovação de culpa exclusiva da vítima nem tampouco de caso fortuito.

Em sede de embargos de declaração, foi corrigido erro material para reconhecer a sucumbência recíproca entre a União e a parte autora. Entretanto, a parte autora foi condenada a pagar a favor da ROLLS ROYCE INTERNACIONAL LTDA. e ROLLS ROYCE BRASIL LTDA., honorários advocatícios à razão de 10% sobre o valor atualizado da causa, percentual que será rateado entre ambas as empresas, por terem apresentado defesa comum.

Em suas razões de apelo, a parte autora alega, preliminarmente, que é inaplicável à espécie o instituto da prescrição em desfavor da viúva do falecido, já que não propôs a ação em tempo hábil pelo desconhecimento das causas do acidente, haja vista que os militares se negavam a fornecer quaisquer informações sobre o assunto, sob a justificativa de que se tratava de matéria sigilosa, conforme documentos de fls. 590/825.

Sustenta, ainda, a imprescritibilidade da presente demanda, em razão de envolver direito de índole fundamental, direito à vida. No mérito propriamente dito, sustenta, em suma, que o fato de a parte autora já receber “pensão por morte” não afasta o direito de implantação de pensão alimentícia com base no direito comum e de danos materiais, já que tais pedidos possuem fundamentos jurídicos diversos. Alega, por fim, que a responsabilidade civil pelo

acidente resta manifesta em razão de indícios que apontam pelo mau engenho do motor VIPER, pela negligência na concepção do projeto e na manutenção do referido equipamento, notadamente no contrato de fl. 247 que demonstra que tanto a União como a Rolls Royce detinham conhecimento dos defeitos do motor do avião, como no Inquérito Militar que concluiu, à fl. 819, que “a interrupção do funcionamento do motor (fator material) teria causado um acidente com a aeronave não só na decolagem, como também em qualquer fase do vôo”. Pleiteia, pois, que a prescrição seja afastada em relação à apelante Geórgia Roberta, condenando os apelados em danos materiais, morais e alimentos, condenar os réus em danos materiais e alimentos com relação ao menor apelante Igor Egídio, condenar solidariamente a ROLLS ROYCE pelas veras deferidas aos recorrentes e, ao final, condenar os demandados no ônus da sucumbência.

Já a União, aduz, em resumo, que tanto o procedimento investigatório quando o de apuração revelaram que o acidente foi causado pela ingestão de um objeto estranho logo após a decolagem, fato que, por óbvio, exclui – ante a ocorrência de caso fortuito – o nexo de causalidade entre a ação e o resultado.

Argumenta, ainda, que tal conclusão é corroborada por testemunhas que afirmam que a aceleração inicial e a decolagem foram normais sendo que logo em seguida, antes, porém, do recolhimento do trem de pouso, ouviu-se um estouro alto e que após essa ocorrência “a aeronave do líder (2º Ten. Av. RAMOS), cabrou (subiu) com uma altitude acima da que normalmente se utiliza (de 5º a 10º - observada aproximadamente 30º), subindo pouco e iniciando uma inclinação acentuada de asa à esquerda e curva para o mesmo lado. Nesse momento, ainda na pista, abortou (interrompeu) sua decolagem e, ao passar por baixo do FAB 4582, essa completava 90º de curva, iniciando nivelamento de asas e perdendo altura. Após esse momento, o FAB 45892 ficou fora do seu alcance visual, tendo sido observado apenas o fogo e a fumaça resultantes da colisão da aeronave com o solo. Não houve comunicação via rádio do 2º Ten.-Av. RAMOS ou do 1º Tem.-Av. ARTHUR com a Torre de Controle ou com o piloto da aeronave n.º 2º (1º Tem.- Av. BELLINTANI) no espaço de tempo entre o início da decolagem do FAB 4582 e momento de sua colisão com o solo”.

(cf. dep. Ten. Av. BELLINTANI, às fls. 630/632). Informa, em seguida, que o Ten. Av. Ramos, embora tenha sobrevivido por ter conseguido ejetar-se, ao contrário do Ten. Av. Arthur, não pode contribuir com as investigações porque sofreu de amnésia lacunar diagnosticada.

Postula, ao final, que seja reconhecida a excludente de responsabilidade na modalidade caso fortuito, na medida que se a aeronave teve aceleração inicial e decolagem normais, não há dúvidas que o objeto absorvido pela turbina não estava na pista de decolagem ou preso a turbina, mas sim foi absorvido no ar. Pleiteia, subsidiariamente, a reforma da sentença para exclusão da taxa selic, para que incida sobre a condenação correção monetária e juros de 0,5% ao mês mesmo após o advento do Código Civil de 2002.

Contrarrazões da Rolls Royce Internacional Ltda e da Rolls Royce Brasil Ltda às fls. 966/997, da UNIÃO às fls. 1013/1023, do particular às fls. 1036/1039.

Colacionou-se cópia de precedente às fls. 1045/1063.

Petição da Rolls Royce, às fls. 1064/1067, pleiteante a desconsideração do precedente juntado aos autos pelos apelantes por se tratar de hipótese diversa do caso dos autos.

Parecer da Procuradoria Regional da República, às 1079/1091, em preliminar, pela nulidade da sentença em razão do indeferimento dos requerimentos de prova formulados pelos autores (fls. 31 e 919), bem como aqueles formulados pelo *Parquet* oficiante no primeiro grau (fls. 909/916), em especial no que concerne à produção de prova pericial, por entender que a complexidade do feito demanda ampla instrução probatória, sendo certo que as provas até então produzidas foram feitas de forma unilateral. No mérito, opina pelo provimento parcial da apelação dos autores para que seja julgado procedente o pedido de danos materiais, uma vez que, por possuírem natureza e origem distintas, são perfeitamente cumuláveis as verbas correspondentes à indenização por danos materiais e a pensão paga em razão do óbito, diferentemente do que ocorre com o pedido de alimentos, bem como pelo provimento parcial do apelo da União não na forma requerida, mas para

incidir o percentual de juros de mora e 1% ao mês, a partir da entrada em vigor do CC/02, e, posteriormente, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, a partir do advento da Lei nº 11.960/09.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Observa-se, no presente caso, que ambas as partes estão insatisfeitas com a sentença.

Os autores originários – GEORGIA ROBERTA GALVÃO LACERDA DA SILVA e IGOR EGYDIO LACERDA DA SILVA – por alegarem, basicamente que:

a) preliminarmente, a imprescritibilidade da ação em respeito à autora GEORGIA ROBERTA GALVÃO LACERDA DA SILVA, por alegar-se que não fluiria o prazo prescricional enquanto não se identificassem as causas do acidente, segundo precedente do SDTJ, que transcreveu (Cf. fl. 944/945, 4º vol.) e por se tratar de direito à vida, que considerou imprescritível, na forma da doutrina de Caio Mário da Silva Pereira (Cf. fl. 946, 4º vol);

b) no mérito, que o fato de perceber “pensão por morte” não lhe afasta o direito de implantação da pensão alimentícia, com base no direito comum, ou seja, como fundamento em indenização, por terem fundamentos jurídicos diversos;

c) ainda no mérito, que se deve reconhecer a responsabilidade civil às empresas ROLLS ROYCE, pois, juntamente como a União, tinham conhecimento dos defeitos do motor do avião, como havia concluído o próprio inquérito militar, à fl. 819.

Por haverem formulado pretensão em respeito à responsabilização das empresas ROLLS ROYCE INTERNACIONAL LTDA. e ROLLS ROYCE BRASIL LTDA., estas se manifestaram às fls. 966/997 e, mais adiante, às fls. 1064/1067, para que não se aceitasse o precedente juntado, posteriormente, por aqueles apelantes, às fls. 1043 a 1064, sob a alegação de que não se ajustava à hipótese dos autos, por se tratar de ocorrência diversa.

Já a outra parte – União Federal – após haver respondido ao recurso contra ela proposto (Cf. fl. 10134/1023), também apela.

Sustenta, como fundamento de sua irresignação, que embora a sentença houvesse se fundamentado na responsabilidade objetiva do Estado, prevista no art. 37, § 6º, da CF/88, não havia nenhum fato ou ato que houvesse estabelecido uma relação de causa e efeito entre o dano causado e a falha ou um mau funcionamento do serviço público, como o exige a teoria do risco administrativo, adotada entre nós, pelo que – considerando que a causa do acidente teria se dado pela provável ingestão – como se colhe tanto das informações prestadas pelos bombeiros quando estes chegaram no local, quanto pelo laudo técnico emitido pelo ministério da Aeronáutica, o que afastaria a responsabilidade do ente público, pelo que requer a reforma da sentença, para dispensá-la da condenação que lhe havia sido imposta ou, pelo menos, para afastar-se a incidência da taxa SELIC, para aplicar-se apenas a correção monetária e os juros de 0,5% (meio por cento) ao mês, mesmo depois do advento do novo Código Civil (Cf. fl. 10120, vol 4º).

Por fim, o Ministério Público Federal, ao apreciar o recurso nesta instância, levantou a preliminar de nulidade da sentença, em razão do indeferimento dos requerimentos de prova, notadamente da prova pericial, opinando, no mérito, pelo provimento parcial da apelação dos autores originários, para que se acolha a pretensão da condenação em danos materiais, por afirmar que esses danos têm natureza diversa e origens distintas, sendo perfeitamente cumuláveis as indenizações solicitadas.

Promoveu-se Ação Ordinária de Indenização por Danos Materiais e Morais Decorrente de Acidente Aéreo Motivado por Falhas Mecânicas no Motor Xavante, com Pedido de Antecipação dos efeitos da Tutela, como assim a denominaram os autores.

Observa-se, inicialmente, que puseram demasiado acento na pretensão nela veiculada, com o vício maior de, nesse indevido batismo, afirmar, ainda que sem base em nenhuma prova produzida em juízo, que o acidente aéreo havia sido “... motivado por falhas mecânicas no motor do avião Xavante”, como se lê na petição inicial que repousa à fl. 03 do 1º vol, num total de quatro.

Promovi um resumo dos argumentos expostos nos recursos, para melhor poder apreciá-los, individualmente.

Começo por apreciar a alegação de que não se poderia falar em prescrição enquanto não se identificassem as causas do acidente até porque se trata de direito à vida que, por sua natureza de direito fundamental, é imprescritível, para afastá-la de pronto.

É que, em se tratando de ação que tem por base pretensão de indenização em razão do falecimento do militar, é esse fato que se tem por termo inicial da contagem do prazo prescricional. Como reconhece a melhor doutrina, o prazo prescricional tem início, em regra, com o nascimento da ação, embora ele surja, mais precisamente, com o nascimento da própria pretensão¹.

Embora o argumento busque respaldo em precedente do STJ - REsp 602237/PB, da lavra do Min. Franciulli Netto, transcrito às fls. 347-348, se observa que se trata de decisão escoteira, aprovada apenas por maioria – vencidos os Ministros Eliana Calmon e Castro Meira – e que, *data venia*, não faz a melhor justiça ao caso concreto.

É que, como demonstrado pela União, nas contrarrazões apresentadas, não é verdade que a autora nunca tivesse sabido das causas do acidente, tendo em vista que o inquérito policial militar havia sido concluído em 9 de maio de 1996 e em março de 1996 se encerraram a investigação do acidente realizada pelas empresas ROLLS ROYCE, tendo a ora apelante tomado ciência desses fatos, na mesma data, sendo certo que o documento de fl. 837 (Cf. 3º vol.) faz bastante prova disso.

Por outro lado, não se pode, razoavelmente, aceitar-se a alegação de que se trata de um direito imprescritível, por referir-se ao

¹ A esse respeito, confirmam-se as obras clássicas: Câmara Leal, “Da Prescrição e da Decadência”, Livraria Saraiva, São Paulo, 1939, p. 19, 32 e 256 e Agnelo Amorim Filho, “Critério científico para distinguir Prescrição da Decadência e para Identificar as Ações Imprescritíveis”, artigo publicado na Revista dos Tribunais, nº 03, São Paulo, 1960, p. 95-132, mais precisamente p. 108-109, onde, nesta segunda obra, se apreciam os argumentos desenvolvidos pela primeira.

direito à vida, direito fundamental por excelência e, por isso, imprescritível.

Há que se distinguir, em respeito aos direitos fundamentais, a dimensão objetiva e a subjetiva. Esta última se revela – como bem demonstrou Gilmar Ferreira Mendes – como a possibilidade de esses direitos ensejarem, em maior ou menor escala, uma pretensão para que se produzam efeitos sobre certas relações jurídicas², no caso o dever de indenização com a perda da vida do marido. Ora, não se discute aqui nenhuma pretensão do direito à vida. Pelo contrário, em virtude da perda da vida, se pretende obter indenização em virtude do dano causado – perda da vida – e essa pretensão é autônoma e, portanto, é prescritível, sujeitando-se aos prazos estabelecidos em lei.

O entendimento encontra amparo nos bens lançados argumentos desenvolvidos pelo douto representante do MPF nesta Corte, como se vê à fl.1076, lastreados em sólida transcrição jurisprudencial, como se vê à fl. 1078, em respeito aos precedentes da lavra do Min. do STJ Teori Albino Zavascki (Resp 692204/RJ, *DJ*: 13.12.2007) e desta Corte, da produção da Des. Fed. Margarida Cantarelli (APELREEX 2969, *DJ*.: 13/03/2009), de despicienda repetição.

Amparam-se, também, nos sólidos argumentos desenvolvidos pela União, ajustando-se, também, aos precedentes jurisprudenciais por ela elencados, na bem fundamentada peça de contrarrazões do apelo, como se pode ler às fls. 1017-1021, que também não se reproduzirão as transcrições, por evidentemente desnecessário.

Por tais fundamentos, rejeito a preliminar.

Chego ao mérito.

E, nesse exame, a primeira questão que surge é o da pretensão de que se deve reconhecer a pretensão de indenização de-

² Cf. “Curso de Direito Constitucional”, obra em parceria com Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, Ed. Saraiva e IDP - Instituto Brasiliense de Direito Público - 2008, 2ª ed., p. 265.

corrente por se entender que o fato de perceber “pensão por morte” não lhe afasta o direito de implantação da pensão alimentícia, com base no direito comum, ou seja, como fundamento em indenização, por terem fundamentos jurídicos diversos.

A apreciação desta questão remete ao pronunciamento do douto representante do MPF, cujo alvitre já se acompanhou em outro lugar deste julgamento, mas que, em respeito ao mérito, envolve não só a opinião favorável a essa pretensão, como também a apreciação da preliminar que lançara de nulidade da sentença por não se ter deferido a produção da prova pericial.

Inicialmente, enfrento a preliminar de nulidade do feito, para rejeitá-la de plano. A prova pericial foi requerida pelo MPF e, bem talvez por isso, tenha sido ele o único que investe contra o indeferimento, sem razão porém. Como bem observou a doutra magistrada, essa prova havia sido requerida por haver o órgão ministerial entendido que as provas até então produzidas eram nulas, mais precisamente por se tratar de documento produzido em língua estrangeira, sem atendimento ao prescrito no art. 157 do CPC.

Ocorre que o mesmo documento também foi juntado aos autos – já agora com tradução ao vernáculo, como se lê às fls. 461/473 – com o que se afasta essa alegação, sendo certo que a autoridade encarregada de decidir sobre a necessidade e conveniência da produção da prova pericial é, unicamente, a do magistrado de primeiro grau – o juiz da causa – como, aliás, reconhecido pela firma jurisprudência:

Indeferimento da prova pericial. Se o juiz se conduz segundo o princípio da persuasão racional, informador do CC 131, concluindo à luz dos fatos e circunstâncias refletidos nas provas dos autos que a perícia é desnecessária, não há contrariedade ao CPC 420 III (STJ, 3ª T., Ag 45588, Rel. Min. Nilson Naves, j. 14.1.1994, *DJU* 4.2.1994, p. 983)³.

Remanesce, pois, a apreciação da responsabilização da União por danos materiais, cumulada com a responsabilização adminis-

³ Cf. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, “COPC Comentado”, Ed. Revista dos Tribunais, 4ª ed. revista e ampliada, atualizado até 10.03.1999, p. 885.

trativa decorrente da morte do militar, esposo da primeira recorrente e pai do segundo.

A douta sentença havia concluído pela impossibilidade da cumulação porque o demandante já é beneficiário da pensão por morte instituída pelo militar falecido, por entender que a sua percepção surte “... o mesmo efeito da fixação de alimentos pretendida” (Cf. fl. 938, 4º vol.), enquanto o recorrente, secundado pelo douto representante do MPF, por entender que “... a pensão por morte, de natureza previdenciária e contraprestacional, decorrente da relação de retributividade do militar com a Previdência”, tem fundamento diverso da indenização que se pleiteia com base no direito comum (ou civil), decorrente da responsabilidade civil do Estado” (Cf. fl. 1083. 4º vol.), como reconhecido pelos fatos precedentes que transcreveu (Cf. fl. 1083-1089), de desnecessária reprodução.

Convenço-me de que, no particular, tem razão o apelante.

As duas indenizações têm causas diversas.

A pensão previdenciária decorrente da morte do pai do ora apelante tem por fundamento a relação de natureza contraprestacional estabelecida pelo referido militar ao órgão previdenciário e a ela faria jus o ora apelante – como filho do militar desde que houvesse a morte deste, qualquer que fosse o motivo – a pensão que lhe é devida como retribuição em razão da morte deste em serviço tem fundamento diverso, mais precisamente a de se tratar de pensão devida por indenização pelo risco administrativo que, como bem observou José Cretella Júnior, se distingue da teoria da culpa, por não se fundar na ação ou omissão do homem, mas tão somente no elemento dano, sendo suficiente o nexo de causalidade entre o fato gerador e o dano⁴.

Assim, embora o ora apelante já venha percebendo a pensão previdenciária em razão do falecimento da morte do pai, tem, também, direito à pensão civil decorrente da indenização que lhe é

⁴ Cf. “O Estado e a Obrigação de Indenizar”, Ed. Saraiva, São Paulo, 1980, p. 322.

devida pelo Estado, na forma da aplicação do risco, sobretudo porque a sentença já havia afastado, de modo correto, que tivesse havido culpa concorrente da vítima (Cf. fl. 938, 4º vol.).

Como vem sendo reconhecido pela jurisprudência pátria e faz referência, nos autos, o parecer do douto representante do MPF nesta Corte, ao transcrever o precedente do Min. Luiz Fux, no REsp nº 922.951/RS (*DJe.*: 10.02.2010), essa pensão deve ser fixada no valor de 2/3 (dois terços) do soldo do militar falecido, com dedução do valor que seria gasto com seu próprio sustento, devida ao apelante até o limite de 25 (vinte e cinco) anos.

Com esses fundamentos, dou provimento a essa parte ao recurso.

Enfrento, agora, a última alegação do apelante, em respeito à responsabilização das empresas ROLLS ROYCE INTERNACIONAL LTDA. e ROLLS ROYCE BRASIL LTDA., em razão de se lhe atribuir a culpa pelo acidente, pois, segundo alega, juntamente como a União, tinham conhecimento dos defeitos do motor do avião, como havia concluído o próprio inquérito militar, à fl. 819.

Analisando, com a atenção devida, o referido documento não se pode, razoavelmente, atribuir-se a queda da aeronave a um feito do motor como insiste em afirmar o ora apelante, pois o que ali consta é que "... o motor da aeronave FAB 4582 tenha sofrido uma interrupção no seu funcionamento durante a decolagem da pista 11 do aeródromo, no dia 29 de julho de 1995, desconhecendo sua(s) causa(s)".

Não me parece razoável concluir, sem base em nenhum outro elemento de convicção, que a interrupção do funcionamento do referido motor se teria dado por defeito deste, antes se ajustando à conclusão da sentença de que, "... em conformidade com os laudos elaborados após a análise do acidente, este não foi ocasionado por qualquer defeito de fabricação ou de projeto, mas por motivos outros .." (Cf. fl. 932, vol. 4º).

Além disso, por tudo o que foi dito, não tem nenhuma aplicação ao caso o precedente colacionado pelos apelantes, tendo em vista que a sentença reconheceu, na hipótese invocada – inteiramente distinta da que aqui se cuida, naturalmente que com base

em prova ali produzida –, que o acidente se deu porque “... contava com componente, tido por defeituoso, afeto ao feixe de prestação de serviços de revisão da ROLLS ROYCE” (Cf. fl. 1060. 4º vol.).

Por essas razões, nego provimento a essa parte do recurso.

Resta-me apreciar, ainda, as alegações – já implicitamente afastadas – da União Federal – em que se sustenta, como fundamento de sua irresignação, que embora a sentença houvesse se fundamentado na responsabilidade objetiva do Estado, prevista no art. 37, § 6º, da CF/88, não havia nenhum fato ou ato que houvesse estabelecido uma relação de causa e efeito entre o dano causado e a falha ou um mau funcionamento do serviço público, como o exige a teoria do risco administrativo, adotada entre nós, pelo que – considerando que a causa do acidente teria se dado pela provável ingestão – como se colhe tanto das informações prestadas pelos bombeiros quando estes chegaram no local, quanto pelo laudo técnico emitido pelo ministério da Aeronáutica, o que afastaria a responsabilidade do ente público.

Desprocede a alegação.

Apesar de já se haver chamado a atenção desse ponto, a União insiste em indicar a culpa como elemento da teoria do risco administrativo, entre nós adotada, é o risco e não a culpa. Por essa teoria, como já referiu José Cretella Júnior, basta que se demonstre o nexo de causalidade entre o fato gerador e o dano⁵.

Há de se entender que quando o dispositivo constitucional – que recepcionou a teoria – menciona “causarem a terceiros”, significa não *for culpado pelos danos causados*, mas de *concorrer para o risco de sua causação*, por considerar-se que criou condições para que a lesão se verificasse⁶.

No que se refere à atualização do montante indenizatório de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) fixado a título de danos morais, en-

⁵ Insista-se; “O Estado e a obrigação de Indenizar”, ob. e loc. cet., p. 322.

⁶ Nesse sentido, cf. Maria Emília Mendes Alcântara, no artigo “responsabilidade do Estado na CF/88, inserto na obra coletiva “Direito Administrativo na Constituição de 1988”, coordenada por Celso Antônio Bandeira de Mello, RT, São Paulo, 1991, p. 199-205, mais precisamente p. 202.

tendo que sobre ele deverão incidir correção monetária na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal, bem como juros de mora, a contar do evento danoso (Súmula nº 54 do STJ), no percentual de 0,5% ao mês até o advento do novo Código Civil, a partir de onde deverá incidir o percentual de 1% ao mês. Entretanto, a partir da entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, deverá ser aplicado o percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês.

Provido, pois, nesse ponto, o recurso da União e a remessa oficial.

Tudo visto e bem examinado, voto por dar provimento, em parte, o apelo de GEORGIA ROBERTA GALVÃO LACERDA DA SILVA e IGOR EGYDIO LACERDA DA SILVA, para manter a sentença no que respeita à prescrição reconhecida em respeito à primeira apelante, reformá-la em respeito ao reconhecimento do direito do segundo apelante, menor: IGOR EGYDIO LACERDA DA SILVA, à pensão civil, cumulativamente com a pensão previdenciária que já vem percebendo, que fixo no valor de 2/3 (dois terços) do soldo do militar falecido, com dedução do valor que seria gasto com seu próprio sustento, devida ao apelante até o limite de 25 (vinte e cinco) anos.

Dou parcial provimento ao recurso da União Federal e à remessa oficial para modificar a forma de atualização do montante indenizatório fixado a título de danos morais e mantenho a sentença impugnada em todos os demais termos, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 423.441-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Apelantes: ROSÂNGELA DE FÁTIMA CHAVES ORIENTE DE MORAIS, CONSTRUTORA MASHIA LTDA.
Apelada: UNIÃO
Parte Ré: MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA - PB
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ RICARDO PORTO E OUTROS (1ª APTE.), ALEXANDRE VIEIRA DE QUEIROZ (2ª APTE.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. EDIFICAÇÃO NAS PROXIMIDADES DE AERÓDROMO. RESTRIÇÕES ESPECIAIS. PRÉDIO SITUADO FORA DO TRAÇADO DO CONE DE VOO DE ACORDO COM A PLANTA FORNECIDA PELO AERoclUBE À PREFEITURA. AUSÊNCIA DE PLANO BÁSICO DE ZONA DE PROTEÇÃO DE AERÓDROMO REFERENTE AO AERoclUBE DA PARAÍBA ANTERIOR À LICENÇA. LEGALIDADE DO ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO. PROVA PERICIAL. DISSONÂNCIA ENTRE A PLANTA DO CONE DE VOO DO AERoclUBE E A PORTARIA 1.141/GM5/87 DO ENTÃO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA. CONSTATAÇÃO DE QUE A EDIFICAÇÃO EXCEDE O GABARITO EM DOIS PAVIMENTOS. PONDERAÇÃO DE VALORES. OBRA CONCLUÍDA E HABITADA DESDE MARÇO/2004. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE E DE PROPORCIONALIDADE NA DEMOLIÇÃO PARCIAL DO PRÉDIO. APELAÇÕES PROVIDAS.

- Trata-se de apelações interpostas por 48 litisconsortes passivos necessários e pela construtora contra sentença que, nos autos de Ação Cominatória ajuizada pela União contra a Construtora Mashia Ltda. e o Município de João Pes-

soa/PB, julgou parcialmente procedente o pedido autoral, para declarar a nulidade do alvará de licença de construção do Edifício Ami Tai Residence e determinar a demolição de dois dos doze pavimentos da edificação.

- Dispõe o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86) que as propriedades vizinhas dos aeródromos estão sujeitas a restrições especiais, no que diz respeito a edificações (art. 43). Tais restrições devem ser especificadas pela autoridade aeronáutica, mediante quatro tipos de planos: Plano Básico de Zona de Proteção de Aeródromos; Plano de Zoneamento de Ruído; Plano Básico de Zona de Proteção de Helipontos; e Planos de Zona de Proteção e Auxílios à Navegação Aérea (art. 44). Prevê, também, que podem ser aplicados Planos Específicos a cada aeródromo, de acordo com as conveniências e peculiaridades de proteção ao voo (art. 44, § 1º) e que as Administrações Públicas devem compatibilizar o zoneamento do uso do solo, nas áreas vizinhas aos aeródromos, às restrições especiais, constantes dos Planos Básicos e Específicos (art. 44, § 4º).

- Com base nestes parâmetros, foi editada a Portaria 1.141/GM5, de 08/12/87, aprovada pelo então Ministério da Aeronáutica, dispendo sobre as Zonas de Proteção e os quatro planos mencionados.

- Conforme já decidiu este Tribunal, por ocasião do julgamento sobre a legalidade da licença concedida pela Prefeitura do Recife para a construção de prédios em “vizinhança” de bens tombados no Bairro de São José, “ainda que se dê ao vocábulo ‘vizinhança’ um significado mais largo, a lógica recomenda que se imponham limites físicos e objetivos às áreas demarcadas, sob pena de se cair na falácia de se considerar que todo e qualquer bem localizado nas proximidades da

coisa tombada seja alcançado por aquele conceito e, em consequência pelos efeitos do tombamento” (AC 439086-PE, julg. em 12.08.08). Tais limites, portanto, devem estar previstos em um mapa.

- No caso específico de construções em vizinhança de aeródromo, necessário se faz observar também a altura da edificação, considerando que o art. 79 da Portaria 1.141/GM5 dispensa expressamente a autorização do Comando Aéreo Regional quando respeitado o gabarito de altura permitido.

- Da análise dos autos verifica-se que a Prefeitura de João Pessoa autorizou a construção do edifício com base em Planta do Cone de Voo fornecida pelo Aero clube, devidamente assinada e protocolada na Prefeitura em 17/08/89 (sob o nº 1683/89 – fl. 327 da Cautelar – AC383334), ou seja, em data posterior à edição da Portaria 1.141/GM5, e que era o único dado técnico de que dispunha para aprovação do gabarito de altura dos projetos de edificações no entorno do aero-clube (fls. 496 e 498).

- De acordo com a referida Planta, constata-se que o prédio se encontra fora do limite do traçado do cone de voo e que a parte que tangencia o referido traçado respeita a altura permitida, conforme atestou a Prefeitura (fl. 31), dispensando, portanto, a autorização do Comando Aéreo Regional. Registre-se que a construção utiliza 03 terrenos lembrados (lotes 163, 177 e 193 da Quadra 469 do Loteamento Oceania IV) e que a parte mais alta da edificação se situa no lote mais distante em relação ao Aero clube.

- Entretanto, o Comandante do II COMAR afirma que “a Prefeitura de João Pessoa baseou-se numa planta do Aeródromo que não corresponde à realidade, pois, segundo consta, classificou a PISTA como Categoria 1, cujas medidas na Área de Transição seriam menores, razão pela qual a

Construtora Mashia Ltda. afirma que a lâmina de edificação composta de vinte andares [altura inicial] está fora do limite traçado pelo cone de vôo.” (Ofício n° 112/AJUR-2/2547, de 25/06/02 – fl. 282).

- Contudo, a planta na qual a Prefeitura se baseou não foi por esta elaborada, tratando-se de planta de propriedade do Aero clube da Paraíba, fornecida à Prefeitura posteriormente à Portaria 1.141/GM5. Não há prova nos autos de que, antes da construção do edifício questionado, o II COMAR tenha elaborado um Plano Básico de Zona de Proteção de Aeródromo, referente ao Aero clube da Paraíba. O Plano Básico de fl. 485, do II COMAR, é datado de 12/11/04, sendo posterior à autorização da construção pela Prefeitura, não havendo, portanto, ilegalidade na concessão do alvará.

- Mesmo não tendo havido ilegalidade, a perícia realizada nos autos, constatou que, de fato, o edifício se situa na Área de Transição do Plano Básico de Zona de Proteção do Aero clube da Paraíba (excedendo o gabarito permitido a partir do 11º pavimento), assim como o edifício Residencial Sangallo, vizinho ao prédio em análise (fls. 326/341), estando o mapa do Aero clube em desacordo com a Portaria 1.141/GM5, embora fosse posterior a ela.

- Tal constatação conduz a uma outra discussão, qual seja, se, mesmo sendo formalmente válido o alvará, a situação de fato existente, em desacordo com o novo Plano Básico de Proteção (elaborado com base em norma de ordem pública), impõe necessariamente a demolição dos dois pavimentos excedentes.

- Diante do caso concreto e de suas particularidades, deve-se aplicar a ponderação de valores, técnica de decisão pela qual se solucionam conflitos para os quais as fórmulas hermenêuticas tradicionais se mostram insuficientes.

- A Lei de Introdução ao Código Civil estabelece que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” e que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (Decreto-Lei nº 4.657/42, arts. 5º e 4º, respectivamente).

- Dispõe o § 2º do art. 182 da CF/88 que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”

- A Lei 10.257/2001, denominada Estatuto da Cidade, regulamentou os artigos 182 e 183 da CF/88, estabelecendo as diretrizes gerais a serem observadas pelo Poder Público Municipal na elaboração de seu Plano Diretor, que “é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” (CF, art. 182, § 1º). Entre outras diretrizes previstas no Estatuto da Cidade, tem-se a que determina o planejamento do desenvolvimento das cidades, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano (art. 2º, inciso IV).

- O bairro onde se acha inserido o Aeroclube sofreu forte crescimento urbano, havendo inúmeros prédios nas imediações do aeródromo, conforme demonstram as fotos de fls. 90/99, bem como as que podem ser conferidas no site do Aeroclube, que mostram a ocupação do bairro em 1986 e nos dias atuais.

- A Lei Complementar nº 54, de 23/12/08, aprovada pela Câmara Municipal de João Pessoa, que dispôs sobre a adequação do Plano Diretor do Município (Lei Complementar nº 03, de 30/12/92) às diretrizes e instrumentos para gestão urbana instituídos pelo Estatuto da Cidade, previu expressamente a alteração de uso e ocupação da área do Aeroclube: “Art. 13. Ficam acrescidos

os incisos I, II, III, IV ao parágrafo único do artigo 23 da Lei Complementar nº 03/92: (...) IV - A alteração de uso e ocupação da área do Aeroclube, no bairro do Aeroclube, fica condicionada à reserva de um percentual de 75% da área total para criação de um Parque e a área remanescente, 25% da área total, poderá ser utilizada para fins exclusivamente residenciais”.

- Posteriormente, foi editada a Lei Municipal 11.854, de 10/01/10, que autorizou o Poder Executivo Municipal a delimitar o Parque Linear Urbano – Parque Parahyba –, como Zona de Preservação Ambiental e de Proteção Paisagística, lei contra a qual o Aeroclube da Paraíba se insurgiu no Mandado de Segurança nº 0002566-32.2010.4.05.8200, impetrado na Justiça Federal da Paraíba, por ter incluído o terreno do Aeroclube como parte integrante do Parque.

- Destacam-se algumas considerações, que, embora não constituam o fundamento do presente julgado, merecem alguma reflexão: (a) apesar da construção ter sido embargada pela Justiça Federal quando se encontrava na 11ª laje (cf. certidão do Oficial de Justiça de fls. 85v, AC383334), prosseguiu autorizada por liminares, a exemplo da que foi deferida no Mandado de Segurança nº 81357, impetrado por terceiro interessado, o que permitiu a continuidade da obra (fls. 179/184), encontrando-se concluída e habitada por 60 famílias (cinco apartamentos por andar), desde março de 2004, data do “habite-se”; (b) a Ação Popular nº 0005600-93.2002.4.05.8200, ajuizada por particular contra a União, o Comandante do II COMAR, o Município de João Pessoa, a Secretaria de Controle Urbano da Prefeitura de João Pessoa e o Aeroclube da Paraíba (que consta por cópia às fls. 70/87), objetivando a declaração de nulidade de todos os alvarás de construção expedidos pela Prefeitura aos pré-

dios da vizinhança do Aeroclube, sentenciada em 02/09/10, determinou a demolição parcial de 19 edificações, inclusive em relação ao prédio em questão, matéria amplamente noticiada pela imprensa (não obstante a referida sentença não seja objeto da presente apelação), não há dúvida que o mesmo prédio é objeto de ambos os feitos, não podendo o julgador, nos dias atuais, deixar de ponderar as repercussões econômicas e sociais de suas decisões); (c) embora não se possa afirmar categoricamente a inviabilidade técnica da demolição parcial de um prédio, é possível deduzir que a eventual destruição de dois dos doze pavimentos do prédio em questão afetaria todas as famílias que nele residem, sessenta ao todo (somente no prédio de que trata este feito), por envolver elementos de áreas comuns, tais como, casa de máquinas dos elevadores, caixa d'água, sistema elétrico e hidráulico, sendo imensuráveis os prejuízos e transtornos para os adquirentes dos apartamentos que, de boa-fé, ali investiram suas economias; (d) o mapeamento da frequência de pousos e decolagens no Aeroclube da Paraíba realizado pela perícia (fl. 370), demonstra que o referido aeródromo comporta pouco ou insignificante movimento.

- Não se pode deixar de considerar o risco à segurança das operações aéreas indicado no laudo pericial (fls. 326/341). Todavia, não é a demolição dos dois andares (tema que se discute nestes autos) que irá resolver o problema do aeroclube, incrustado em área urbana e densamente povoada. Não é razoável, nem proporcional que se destrua parcialmente um dos mais importantes bairros da capital paraibana, em razão do aeródromo, cuja finalidade educativa e de lazer não se discute, mas cujas atividades podem sofrer restrições, a cargo da autoridade aeronáutica (órgão da estrutura da autora), de modo a que

seja assegurada a segurança dos usuários da entidade associativa e dos moradores dos bairros circunvizinhos.

- Não cabe ao Judiciário, neste feito, substituir-se ao administrador, indicando quais seriam essas medidas protetivas: a sinalização do prédio como “obstáculo” (como aviltrado pelos apelantes); a redução física da pista para 800 metros (como estaria averbado na prefeitura); a autorização para operar nos parâmetros de uma pista de “categoria 1”; ou mesmo a elaboração de um plano específico, levando em conta as conveniências e peculiaridades da proteção ao voo, em área verticalmente habitada. Ou seja, compete ao Comando Aéreo Regional a adoção da providência que melhor assegurar a segurança dos pousos e decolagens, dentro de seu juízo de conveniência e oportunidade, atendo-se à situação fática existente na localidade.

- Malfez a razoabilidade e a proporcionalidade a medida extrema da demolição, sobretudo considerando que o Plano Diretor de João Pessoa já sinaliza a mudança de local do Aeroclube.

- Diante das peculiaridades e graves circunstâncias do caso concreto sob o ponto de vista social (envolvendo a coletividade vizinha do aeródromo em questão) e das graves e desproporcionais consequências sociais da solução almejada na inicial, o juízo de ponderação ora realizado, em atenção ao princípio da racionalidade na atuação judicial, imprescindível no exame dos chamados “hard cases”, é a solução que, de forma mínima, compatibiliza os interesses jurídicos em jogo sem o sacrifício indevido do bem social comum para atendimento de interesses (dos usuários do aeródromo de instrução e lazer), de menor importância social.

- Apelações providas para julgar improcedente a demanda, invertendo-se a sucumbência.

ACÓRDÃO

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

Recife, 7 de outubro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de apelações interpostas por ROSANGELA DE FÁTIMA CHAVES ORIENTE DE MORAIS E OUTROS e pela CONSTRUTORA MASHIA LTDA. contra sentença, proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal da SJ/PB que, nos autos de Ação Cominatória ajuizada pela UNIÃO contra a referida Construtora e o Município de João Pessoa/PB, julgou parcialmente procedente o pedido autoral, em desfavor da Construtora, do Município e dos 48 litisconsortes passivos necessários listados na sentença, para:

(a) determinar a demolição dos apartamentos do Edifício AMI TAI RESIDENCE, a partir do 11º pavimento, inclusive os deste;

(b) declarar a nulidade do alvará de licença de construção n. 302/2002 (fls. 32 e 505) expedido pelo Município em favor da Construtora, por sua evidente ilegalidade;

(c) reconhecer, de ofício, a perda de objeto da ação quanto ao pedido de embargo da construção do edifício em questão;

(d) determinar o registro, na Diretoria de Estudos e Projetos Urbanísticos e Habitacionais da Secretaria de Desenvolvimento e Controle Urbano do Município de João Pessoa, das restrições especiais incidentes sobre o referido edifício, de acordo com a Planta do Plano Básico de Zona de Proteção de Aeródromo, elaborada pela SERENG-2 do II COMAR;

(e) indeferir o pedido de exigência de prévia autorização da autoridade aeronáutica para o licenciamento de obras e edificações futuras em áreas com restrições especiais, em face do caráter genérico do pedido e de sua difícil delimitação;

(f) condenar os réus em honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, nos termos do § 3º do art. 20 do CPC.

Em sua apelação, os LITISCONSORTES PASSIVOS requerem, em preliminar, a análise do agravo retido interposto contra a decisão do Juízo que indeferiu o pleito de realização de diligências junto à municipalidade, bem como da realização de nova perícia técnica, solicitadas na contestação e na peça de fl. 710. No mérito, alegam, em suma:

(1) a inexistência de prova constitutiva do direito do autor, por não haver nos autos qualquer documento comprobatório de que efetivamente exista o plano de proteção individual e que este tenha sido efetivamente enviado à Prefeitura Municipal de João Pessoa, a fim de que os projetos de construção em áreas vizinhas ao aeródromo sejam observados;

(2) a aplicação da teoria do fato consumado, considerando a boa-fé dos adquirentes e o fato de que o “habite-se” do edifício foi expedido desde 11/03/04;

(3) a única planta do Aeroclube existente no processo e registrada junto à Prefeitura é datada de 17/08/89 e foi baseado nessa planta que a edilidade expediu o alvará de construção e posteriormente o “habite-se”, afirmando que o prédio residencial foi construído de forma plenamente regular, distante a cerca de 25,30m do cone de voo;

(4) que segundo a planta existente na Prefeitura, o Aeroclube teria uma pista de 800m, sendo denominada de categoria 1, o que diminuiria a extensão do cone de voo. A perícia realizada pelo comando aéreo analisou apenas o comprimento da pista *in loco*, medindo-a e obteve uma extensão de 1.050m, classificando-a como categoria 2, sem realizar qualquer diligência junto à municipalidade;

(5) alternativamente, a possibilidade de adequação do edifício à Portaria nº 1.141/87, sinalizando-o como obstáculo, considerando que qualquer alteração na planta do prédio põe em risco a estrutura do imóvel e a vida de todos os moradores, não apenas a dos moradores dos 11º e 12º andares;

(6) a legalidade da obra, considerando que nos termos do art. 16 da Portaria 1.141/87 é desnecessária a autorização do II COMAR e o edifício, junto à edibilidade, se encontra fora do cone de voo;

(7) a boa-fé dos adquirentes.

Requerem, em preliminar, a análise do agravo retido, para anular-se o feito a partir do indeferimento das diligências requeridas. Caso assim não se entenda, pedem o provimento do recurso para: julgar totalmente improcedente a demanda; ou, acolher a teoria do fato consumado; ou ainda, sinalizar o edifício como obstáculo, nos termos da Portaria nº 1141/87.

Em suas razões de apelo, a CONSTRUTORA MASHIA sustenta, resumidamente, que:

a) obteve da Prefeitura Municipal de João Pessoa, autoridade constitucional competente, o Alvará de Licença para a construção do edifício e posteriormente a “Carta de Habite-se”;

b) não há no ordenamento jurídico pátrio qualquer dispositivo que determine a autorização prévia da autoridade aeronáutica, por parte do construtor, para edificações próximas a aeródromos, devendo, eventuais modificações de cone ou plano de voo, ser comunicadas às autoridades municipais, com as quais os construtores têm vinculação legal e imediata;

c) se a concessão do alvará restou irregular em decorrência de desatualização do registro da Planta do Aeroclube perante a Prefeitura, não cabe à Construtora sofrer condenação, pois não merece sofrer os reflexos negativos advindos de uma ação-omissão completamente alheia a sua competência e/ou obrigação;

d) é incabível o entendimento de que as normas federais não foram observadas, uma vez que o Ofício nº 004/2002/DEP/SE-DURB, ao autorizar a pré-análise do projeto, indicou que a cons-

trução restaria fora da área do cone de voo, conforme planta fornecida pelo DAC (Departamento Aeronáutico Civil);

e) da análise do Ofício nº 112/AJUR-2/2547 verifica-se que a Prefeitura se baseou numa planta que não correspondia à realidade, pois, segundo consta, a pista está classificada como categoria 1, o que deixa a edificação fora do limite traçado do cone de voo;

f) após a realização da prova pericial, ficou comprovado que a pista do aeroclube, na verdade, era de categoria 2, tendo prejudicado todo o processo administrativo que autorizou e concedeu o alvará de construção;

g) considerando que a edificação se deu conforme as determinações legais e a boa-fé da apelante e dos adquirentes, não se mostra razoável a demolição do 11º e do 12º pavimentos do prédio, diante dos vultosos prejuízos e oneração excessiva ao Município de João Pessoa, à Construtora e aos moradores, bem como diante do risco de a demolição deferida afetar a estrutura do imóvel.

Requer o provimento do recurso para julgar totalmente improcedente a ação ordinária, invertendo-se o ônus da sucumbência.

Contrarrazões à apelação dos litisconsortes passivos às fls. 658/670 e à apelação da Construtora às fls. 672/681.

Às fls. 720/725, parecer da Procuradoria Regional da República da 5ª Região, opinando pelo não provimento das apelações.

Às fls. 732/739, petição da Construtora Mashia Ltda. pugnando pela perda do objeto da ação, em face da Lei Municipal 11.854/2010, que teria transformado a área onde hoje se encontra o Aeroclube em parque de preservação ambiental, denominado de Parque Parahyba.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

Registro que não houve interposição de agravo retido nestes autos, razão pela qual não conheço do pedido de sua análise, formulado pelos litisconsortes.

A alegação de perda de objeto, suscitada pela Construtora Mashia Ltda., às fls. 732/739, não merece guarida, pois a questão posta nos autos é mais ampla de que o argumento da transformação da área do Aeroclube em parque de preservação ambiental, como se verá adiante.

Passo ao exame do mérito.

O cerne da questão consiste em analisar a legalidade, ou não, da construção do edifício AMI TAI RESIDENCE, realizada em suposta zona de proteção de voo do Aeroclube da Paraíba, em João Pessoa, bem como a ordem de demolição, determinada pela sentença, de dois dos doze pavimentos da edificação.

Dispõe o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86) que as propriedades vizinhas dos aeródromos estão sujeitas a restrições especiais, no que diz respeito a edificações (art. 43). Tais restrições devem ser especificadas pela autoridade aeronáutica, mediante quatro tipos de planos: Plano Básico de Zona de Proteção de Aeródromos; Plano de Zoneamento de Ruído; Plano Básico de Zona de Proteção de Helipontos; e Planos de Zona de Proteção e Auxílios à Navegação Aérea (art. 44). Prevê, também, que podem ser aplicados Planos Específicos a cada aeródromo, de acordo com as conveniências e peculiaridades de proteção ao voo (art. 44, § 1º) e que as Administrações Públicas devem compatibilizar o zoneamento do uso do solo, nas áreas vizinhas aos aeródromos, às restrições especiais, constantes dos Planos Básicos e Específicos (art. 44, § 4º).

Com base nestes parâmetros, foi editada a Portaria 1.141/GM5, de 08/12/87, aprovada pelo então Ministério da Aeronáutica, dispondo sobre as Zonas de Proteção e os quatro planos mencionados.

Conforme já decidiu este Tribunal, por ocasião do julgamento sobre a legalidade da licença concedida pela Prefeitura do Recife para a construção de prédios em “vizinhança” de bens tombados no Bairro de São José, “ainda que se dê ao vocábulo “vizinhança” um significado mais largo, a lógica recomenda que se imponham limites físicos e objetivos às áreas demarcadas, sob pena de se cair na falácia de se considerar que todo e qualquer bem localizado nas proximidades da coisa tombada seja alcançado por aquele

conceito e, em consequência pelos efeitos do tombamento” (AC 439086-PE, julg. em 12.08.08). Tais limites, portanto, devem estar previstos em um mapa.

E, no caso específico de construções em vizinhança de aeródromo, necessário se faz observar também a altura da edificação, considerando que o art. 79 da Portaria 1.141/GM5 dispensa expressamente a autorização do Comando Aéreo Regional quando respeitado o gabarito de altura permitido.

Na presente hipótese, verifica-se que a Prefeitura de João Pessoa autorizou a construção do edifício Ami Tai Residence através do Alvará nº 302 de 25/03/02, baseada em Planta do Cone de Voo fornecida pelo Aeroclub, devidamente assinada e protocolada na Prefeitura em 17/08/89 (sob o nº 1683/89 – fl. 327 da Cautelar – AC383334), ou seja, elaborada posteriormente à edição da Portaria 1.141/GM5, e que era o único dado técnico de que dispunha para aprovação do gabarito de altura dos projetos de edificações no entorno do aeroclube (fls. 496 e 498).

De acordo com a referida Planta, constata-se que o prédio se encontra fora do limite do traçado do cone de voo e que a parte que tangencia o referido traçado respeita a altura permitida, conforme atestou a Prefeitura (fl. 31), dispensando, portanto, a autorização do Comando Aéreo Regional. Registre-se que a construção utiliza 03 terrenos lembrados (lotes 163, 177 e 193 da Quadra 469 do Loteamento Oceania IV) e que a parte mais alta da edificação se situa no lote mais distante em relação ao Aeroclub.

Entretanto, o Comandante do II COMAR afirma que “a Prefeitura de João Pessoa baseou-se numa planta do Aeródromo que não corresponde à realidade, pois, segundo consta, classificou a PISTA como Categoria 1, cujas medidas na Área de Transição seriam menores, razão pela qual a Construtora Mashia Ltda. afirma que a lâmina de edificação composta de vinte andares [altura inicial] está fora do limite traçado pelo cone de vôo”. (Ofício nº 112/AJUR-2/2547, de 25/06/02 – fl. 282).

Contudo, a planta na qual a Prefeitura se baseou não foi por esta elaborada. Trata-se de planta de propriedade do Aeroclub de Paraíba, fornecida à Prefeitura posteriormente à Portaria 1.141/GM5. Além disso, não há prova nos autos de que, antes da cons-

trução do edifício questionado, o II COMAR tenha elaborado um Plano Básico de Zona de Proteção de Aeródromo, referente ao Aeroclubes da Paraíba. O Plano Básico de fl. 485 do II COMAR é datado de 12/11/04, sendo posterior à autorização da construção pela Prefeitura.

Por tais motivos, não vislumbro ilegalidade na concessão do alvará.

Ocorre que, mesmo não tendo havido ilegalidade, a perícia realizada nos autos, constatou que, de fato, o edifício se situa na Área de Transição do Plano Básico de Zona de Proteção do Aeroclubes da Paraíba (excedendo o gabarito permitido a partir do 11º pavimento), assim como o edifício Residencial Sangallo, vizinho ao prédio em análise (fls. 326/341), estando o mapa do Aeroclubes em desacordo com a Portaria 1.141/GM5, embora fosse posterior a ela.

Tal constatação conduz a uma outra discussão, qual seja, se, mesmo sendo formalmente válido o alvará, a situação de fato existente, em desacordo com o novo Plano Básico de Proteção (elaborado com base em norma de ordem pública), impõe necessariamente a demolição dos dois pavimentos excedentes.

Entendo que, diante do caso concreto e de suas particularidades, deve-se aplicar a ponderação de valores, técnica de decisão pela qual se solucionam conflitos para os quais as fórmulas hermenêuticas tradicionais se mostram insuficientes.

Sobre a ponderação realizada em concreto, leciona Ana Paula de Barcellos, em obra que trata da nova interpretação constitucional:

Quando se fala em ponderação, a imagem que se formará na mente do leitor é a do magistrado colocado diante de um complexo caso concreto para o qual não há solução pronta no ordenamento ou, pior que isso, para o qual o ordenamento sinaliza com soluções contraditórias diante das quais caberá a ele decidir o que fazer: ninguém pode ajudá-lo e não há a quem recorrer.

(...)

A conclusão a que se pode chegar, portanto, é a seguinte: é preciso reconhecer que há casos excepcionais, situa-

ções de ruptura, em que a aplicação da regra cria uma grave incompatibilidade com o sistema constitucional e, por isso, se admitirá a ponderação dos bens ou interesses que ela tutela de modo até mesmo a permitir sua não aplicação no caso concreto.

(BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. *In*: BARROSO, Luís Roberto (organizador). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, 3ª ed. revista, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 59/60 e 92)

Com efeito, a simples aplicação da regra, sem levar em conta as circunstâncias particulares do caso, levaria a admitir a “tese jurídica de extremo risco”, a qual o Ministro Francisco Rezek se referiu diante de complexo caso concreto (HC 73.662-MG, DJ de 20.09.96). Nessas hipóteses não se dispensaria da máquina judiciária raciocínio mais complexo.

A Lei de Introdução ao Código Civil, por sua vez, estabelece que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” e que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (Decreto-Lei nº 4.657/42, arts. 5º e 4º, respectivamente).

Dispõe o § 2º do art. 182 da CF/88 que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

A Lei 10.257/2001, denominada Estatuto da Cidade, regulamentou os artigos 182 e 183 da CF/88, estabelecendo as diretrizes gerais a serem observadas pelo Poder Público Municipal na elaboração de seu Plano Diretor, que “é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” (CF, art. 182, § 1º). Entre outras diretrizes previstas no Estatuto da Cidade, temos a que determina o planejamento do desenvolvimento das cidades, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano (art. 2º, inciso IV).

O bairro onde se acha inserido o Aeroclubes sofreu forte crescimento urbano, havendo inúmeros prédios nas imediações do aeródromo, conforme demonstram as fotos de fls. 90/99, bem como as que podem ser conferidas no site do Aeroclubes (<http://>

www.aeroclubedaparaiba.com.br/index.php?id=historico), que mostram a ocupação do bairro em 1986 e nos dias atuais.

A Lei Complementar nº 54, de 23/12/08, aprovada pela Câmara Municipal de João Pessoa, que dispôs sobre a adequação do Plano Diretor do Município (Lei Complementar nº 03, de 30/12/92) às diretrizes e instrumentos para gestão urbana instituídos pelo Estatuto da Cidade, previu expressamente a alteração de uso e ocupação da área do Aeroclube, nestes termos:

Art. 13. Ficam acrescidos os incisos I, II, III, IV ao parágrafo único do artigo 23 da Lei Complementar nº 03/92:

(...)

IV - A alteração de uso e ocupação da área do Aeroclube, no bairro do Aeroclube, fica condicionada à reserva de um percentual de 75% da área total para criação de um Parque e a área remanescente, 25% da área total, poderá ser utilizada para fins exclusivamente residenciais.

(Grifo nosso)

Posteriormente, foi editada a Lei Municipal 11.854, de 10/01/10, que autorizou o Poder Executivo Municipal a delimitar o Parque Linear Urbano – Parque Parahyba –, como Zona de Preservação Ambiental e de Proteção Paisagística, lei contra a qual o Aeroclube da Paraíba se insurgiu no Mandado de Segurança nº 0002566-32.2010.4.05.8200, impetrado na Justiça Federal da Paraíba (www.jfpb.gov.br), por ter incluído o terreno do Aeroclube como parte integrante do Parque.

Demais disso, importa tecer algumas considerações, que, embora não constituam o fundamento do presente julgado, merecem alguma reflexão:

a) apesar da construção ter sido embargada pela Justiça Federal quando se encontrava na 11ª laje (cf. certidão do Oficial de Justiça de fls. 85v, AC383334), prosseguiu autorizada por liminares, a exemplo da que foi deferida no Mandado de Segurança nº 81357, impetrado por terceiro interessado, o que permitiu a continuidade da obra (fls.179/184), encontrando-se concluída e habitada por 60 famílias (cinco apartamentos por andar), desde março de 2004, data do “habite-se”.

b) o projeto original do prédio previa a construção de 20 pavimentos residenciais, porém, durante o curso da ação a Construtora o reduziu para 12 pavimentos residenciais (cf. 2º alvará de construção, datado de 05/03/04 – fl. 366), sendo esta sua atual configuração.

c) a Ação Popular nº 0005600-93.2002.4.05.8200, ajuizada por particular contra a União, o Comandante do II COMAR, o Município de João Pessoa, a Secretaria de Controle Urbano da Prefeitura de João Pessoa e o Aeroclube da Paraíba (que consta por cópia às fls. 70/87), objetivando a declaração de nulidade de todos os alvarás de construção expedidos pela Prefeitura aos prédios da vizinhança do Aeroclube, sentenciada em 02/09/10, determinou a demolição parcial de 19 edificações, **inclusive em relação ao prédio em questão** (www.jfpb.gov.br), matéria amplamente noticiada pela imprensa. Não obstante a referida sentença não seja objeto da presente apelação, não há dúvida que o mesmo prédio é objeto de ambos os feitos, não podendo o julgador, nos dias atuais, deixar de ponderar as repercussões econômicas e sociais de suas decisões.

d) embora não se possa afirmar categoricamente a inviabilidade técnica da demolição parcial de um prédio, é possível deduzir que a eventual destruição de dois dos doze pavimentos do prédio em questão afetaria todas as famílias que nele residem, sessenta ao todo (somente no prédio de que trata este feito), por envolver elementos de áreas comuns, tais como, casa de máquinas dos elevadores, caixa d'água, sistema elétrico e hidráulico, sendo imensuráveis os prejuízos e transtornos para os adquirentes dos apartamentos que, de boa-fé, ali investiram suas economias.

e) o mapeamento da frequência de pousos e decolagens no Aeroclube da Paraíba realizado pela perícia (fl. 370), demonstra que o referido aeródromo comporta pouco ou insignificante movimento.

Por fim, não se pode deixar de considerar o risco à segurança das operações aéreas indicado no laudo pericial (fls. 326/341). Todavia, não é a demolição dos dois andares (tema que se discute nestes autos) que irá resolver o problema do aeroclube, incrustado em área urbana e densamente povoada. Não me parece razoável, nem proporcional que se destrua parcialmente um dos mais

importantes bairros da capital paraibana, em razão do aeródromo, cuja finalidade educativa e de lazer não se discute, mas cujas atividades podem sofrer restrições, a cargo da autoridade aeronáutica (órgão da estrutura da autora), de modo a que seja assegurada a segurança dos usuários da entidade associativa e dos moradores dos bairros circunvizinhos.

Nesse passo, é de se ressaltar que não cabe ao Judiciário, neste feito, substituir-se ao administrador, indicando quais seriam essas medidas protetivas: a sinalização do prédio como “obstáculo” (como aviltado pelos apelantes); a redução física da pista para 800 metros (como estaria averbado na prefeitura); a autorização para operar nos parâmetros de uma pista de “categoria 1”; ou mesmo a elaboração de um plano específico, levando em conta as conveniências e peculiaridades da proteção ao voo, em área verticalmente habitada. Ou seja, compete ao Comando Aéreo Regional a adoção da providência que melhor assegurar a segurança dos pousos e decolagens, dentro de seu juízo de conveniência e oportunidade, atendo-se à situação fática existente na localidade.

Em suma, a meu sentir, não se mostra razoável, nem proporcional e parece ferir o bom senso adotar a medida extrema da demolição, sobretudo considerando que o Plano Diretor de João Pessoa já sinaliza a mudança de local do Aeroclube.

Diante das peculiaridades e graves circunstâncias do caso concreto sob o ponto de vista social (envolvendo a coletividade vizinha do aeródromo em questão) e das graves e desproporcionais consequências sociais da solução almejada na inicial, penso que o juízo de ponderação ora realizado, em atenção ao princípio da racionalidade na atuação judicial, imprescindível no exame dos chamados “hard cases”, seja a solução que, de forma mínima, compatibiliza os interesses jurídicos em jogo sem o sacrifício indevido do bem social comum para atendimento de interesses (dos usuários do aeródromo de instrução e lazer), de menor importância social.

Em face do exposto, dou provimento às apelações dos 48 litisconsortes passivos e da Construtora Mashia Ltda. para julgar improcedente a demanda e, em consequência, inverte a sucumbência.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 426.557-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Apelante: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA DE SERGIPE - CREA/SE
Apelado: VALTER FERREIRA ROCHA
Advs./Procs.: DRS. ELAINE FELIZOLA PRADO (APTE.) E MARCELO DIAS ASSUNÇÃO E OUTRO (APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CREA/SE. EGRESSO DE CURSO SUPERIOR DE FORMAÇÃO ESPECÍFICA EM DESIGN DE INTERIORES. PROFISSÃO NÃO REGULAMENTADA E NÃO FISCALIZADA PELO SISTEMA CONFEA/CREA. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE EXPEDIÇÃO DE REGISTRO PROFISSIONAL. INDEVIDA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AFASTADA. APELAÇÃO PROVIDA.

- Apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, para determinar ao CREA/SE que procedesse ao registro profissional do autor, na especialidade Design de Interiores, expedindo sua carteira profissional, com o respectivo número de inscrição, bem como para condená-lo ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes da negativa de inscrição na esfera administrativa. A pretensão de indenização por danos materiais restou afastada.

- A inserção de novos títulos profissionais no cadastro do sistema CONFEA/CREA resta condicionada à observância de sistemática instituída por normas específicas, tendo em vista a necessidade de se analisar o conteúdo programático do respectivo curso de formação e se especificar as atividades passíveis de serem executadas por seus egressos, de modo a aferir a pertinência de sujeição à regulamentação e fis-

calização pelo sistema.

- Hipótese em que, de acordo com a documentação constante nos autos, o pedido de reconhecimento e cadastramento do Curso Superior de Formação Específica em Design de Interiores oferecido pela UNIT, protocolado junto ao CREA/SE, ainda não foi concluído, estando em fase de apreciação e julgamento pelo CONFEA.

- O CONFEA, quando da primeira análise do pleito de registro do curso em menção, considerando que dentre as disciplinas cursadas pelos respectivos egressos encontra-se a de Paisagismo, cujo desempenho é privativo dos profissionais registrados nos CREAs, baixou o processo em diligência, por não estar instruído com documentos indispensáveis à apreciação, determinado, por conseguinte, ao CREA/SE que procedesse ao seu reexame em observância à sistemática instituída na Decisão Plenária nº. 2935/2003, que dispõe sobre o modelo de análise de curso sequencial de formação específica. Por força do determinado, coube ao CREA/SE apresentar parecer, contendo o exame do projeto pedagógico do curso, identificação do conjunto de competências, habilidades e bases tecnológicas, caracterização do título profissional e descrição das atribuições e competências de seus egressos, que pudessem evidenciar a pertinência e a legalidade de seu registro no sistema CONFEA/CREA. No parecer reportado, o Conselho Regional, considerando o conteúdo programático e o projeto pedagógico do Curso de Design de Interiores, de caráter sequencial, com duração de 02 anos, ministrado pela UNIT, e especificando as atividades passíveis de serem executadas por seus egressos, firmou o entendimento no sentido de considerá-los profissionais com um perfil novo e não regulamentado, mas que poderiam ser absolvidos no sistema CONFEA/CREA com

o título de Decorador ou Projetista de Interiores pertencente ao grupo de Arquitetura.

- A equiparação entre as profissões de Design de Interiores e Decorador, para efeito de registro junto aos CREAs, consiste em entendimento assentado pelo CONFEA na Decisão Plenária nº 975/2008. Na hipótese, contudo, o que persegue o postulante é a emissão de registro profissional de nível superior na condição de egresso de curso sequencial de formação específica em Design de Interiores.

- É certo que a Resolução nº 448/2000 do CONFEA dispõe, em seu art. 1º, que os Conselhos Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CREAs efetuarão os registros dos cursos sequenciais de formação específica ministrados por instituições de ensino superior. Entretanto, o próprio CONFEA, ao proferir a Decisão Plenária nº 1865/2008, considerando, em face do que dispõe a regulamentação federal sobre a matéria, que os cursos superiores de formação específica ou cursos sequenciais estão voltados para finalidades muito mais complementares aos cursos de graduação do que para a formação alternativa e que, por suas próprias características de duração e de flexibilidade programática, destinam-se muito mais à atualização das qualificações técnicas, profissionais ou acadêmicas do que à obtenção destas, decidiu determinar aos Conselhos Regionais que os cursos superiores de formação específica (cursos sequenciais) sejam cadastrados para efeito de concessão de extensão de atribuições iniciais aos diplomados que já tenham registro regular no CREA. Sustentou-se, na ocasião, que, apesar de a Resolução nº 448, de 2000 ter regulamentado o cadastramento de cursos sequenciais nos CREAs e a Decisão Plenária nº 2.935/2003 ter definido um modelo de análise de curso sequencial, não há previsão de

efetuar o cadastramento desses cursos no sistema CONFEA/CREA para fins de concessão de título e atribuições iniciais profissionais.

- De acordo com o entendimento firmado pelo CONFEA, os registros de cursos superiores de formação específica não dão ensejo à concessão de títulos profissionais, mas à extensão de atribuição inicial a profissionais já registrados no sistema CONFEA/CREA. Não há que se questionar o acerto do entendimento reportado, sob pena de invasão do mérito administrativo, área vedada à análise judicial.

- A determinação judicial de registro relativo à profissão não regulamentada no sistema CONFEA/CREA, cria uma espécie de profissional registrado sem especificação prévia de suas atribuições, o que obstaculiza o desempenho do dever de fiscalização por parte dos Conselhos Profissionais, destinada à proteção da sociedade contra práticas lesivas de profissionais não habilitados.

- O título profissional deve ser estabelecido pelo sistema de fiscalização profissional, a quem cabe outorgá-lo em conexão com as características da formação profissional do concludente, após a definição e especificação das áreas de atuação e atribuições passíveis de serem fiscalizadas pelo respectivo Conselho.

- Reformada a sentença recorrida, para afastar a determinação de registro profissional do postulante junto ao CREA/SE na condição de egresso de Curso Superior de Formação Específica em Design de Interiores.

- Em face do que dispõe a Decisão Plenária nº 975/2008, do CONFEA, o autor faz jus ao registro profissional junto ao CREA/SE com o título de Técnico em Decoração, o que, entretanto, não pode ser determinado neste julgado, por não consistir em objeto do pedido.

- **Considerando a inexistência da prática de ato ilícito a ser imputada ao Conselho apelante, deve ser igualmente afastada a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.**
- **Ainda que restasse comprovada a prática de conduta indevida por parte do CREA/SE, não se encontra devidamente evidenciada a ocorrência de danos morais a serem indenizados. O autor não logrou comprovar, de forma suficiente, que de fato encontra-se impedido de exercer atribuições típicas de sua profissão, nos termos relatados na petição inicial. Para fazer prova do alegado, limitou-se a apresentar declaração emitida por arquiteto e urbanista supostamente contratado, para fins de regularização de projetos junto ao CREA/SE e à Administração Estadual do Meio Ambiente - ADEMA e Anotações de Responsabilidade Técnica referentes aos serviços na declaração reportados.**
- **O documento particular que contém declaração de ciência de fato prova apenas a declaração (art. 368, do CPC), pelo que deve ser corroborado, ao menos, por testemunho produzido em juízo, de modo a tornar seu conteúdo, de fato, idôneo à comprovação do fato declarado. Ao postulante foi conferida a oportunidade de requerer a produção de prova que julgasse necessária, tendo o prazo conferido transcorrido sem qualquer manifestação.**
- **Apelação provida, para afastar a determinação de registro profissional do autor junto ao CREA/SE na especialidade de Design de Interiores, bem como a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.**
- **Vencida a parte autora, devem ser invertidos os ônus sucumbenciais, ressalvando-se, no caso, a isenção do postulante por ser beneficiário da justiça gratuita.**

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar 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, 7 de outubro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de Apelação interposta contra sentença de fls. 456/464 que julgou parcialmente procedente o pedido, para determinar ao CREA/SE que procedesse ao registro profissional do autor, na especialidade Design de Interiores, expedindo sua carteira profissional, com o respectivo número de inscrição e demais documentos necessários ao exercício da profissão, bem como para condená-lo ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes da negativa de inscrição na esfera administrativa. A pretensão de indenização por danos materiais restou afastada.

Em suas razões de recurso, alega o Conselho apelante: a) que não há qualquer impedimento por parte do CREA/SE de que o autor exerça a profissão de Design de Interiores nos estritos limites que sua formação profissional lhe permite; b) que o apelado não necessita de registro no CREA para o exercício da profissão de Design de Interiores de acordo com suas atribuições específicas; c) que está impossibilitado de proceder ao registro perseguido por referir-se a profissão não regulamentada, cujas atribuições não estariam na área das profissões de que trata a Lei nº 5.194/66, que confere ao sistema CONFEA/CREA o dever e a competência de fiscalização profissional; d) que a sentença apelada confere ao autor um salvoconduto, geral e irrestrito, na medida em que exige que a autarquia o tenha como profissional registrado, proibindo-a, por outro lado, de exercer sobre ele seu papel legal de

fiscalizador, ao impedir a aplicação de qualquer sanção administrativa; e) que dada a real impossibilidade fática de se conceder registro de profissão que não tem competência legal para fiscalizar, a aplicação da multa diária, na ordem de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia, por descumprimento da decisão de antecipação de tutela proferida nos autos, conferida e confirmada pela sentença recorrida, implicaria sua derrocada financeira e patrimonial, configurando lesão à ordem, à segurança e à economia públicas; f) que não restou comprovada a efetiva ocorrência de danos morais a serem indenizados. Com esses argumentos, pugna pela reforma do julgado, para que sejam julgados improcedentes os pedidos de indenização por danos morais e de registro profissional do apelado, sustando-se, em consequência, a multa aplicada, de acordo com a razoabilidade e em face da comprovação da impossibilidade de cumprimento do *decisum*.

Contrarrazões apresentadas às fls. 525/536.

É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

Por meio do presente apelo, persegue o CREA/SE a reforma da sentença que determinou o registro profissional do autor, na especialidade Design de Interiores, com a expedição de carteira profissional, com o respectivo número de inscrição, condenando-o, ainda, ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes da negativa de inscrição na esfera administrativa.

O autor graduou-se pela Universidade Tiradentes - UNIT, no Curso Superior de Formação Específica em Design de Interiores, reconhecido pelo MEC por meio da Portaria n. 66 de 12/01/2004, publicada no *DOU* de 14/01/2004.

Alega, em suma, o Conselho apelante que está impossibilitado de proceder ao registro perseguido por referir-se à profissão, cujas atribuições não estão na área das profissões de que trata a Lei nº 5.194/66, que confere ao Sistema CONFEA/CREA o dever e a competência de fiscalização profissional.

Ao reconhecer a pretensão autoral deduzida, sustentou o Juízo de origem que, em face do princípio constitucional do livre exercício profissional (art. 5º, XIII, da CF/88), não pode o autor ficar impossibilitado de exercer sua profissão, indefinidamente no tempo, diante da inércia do CREA/SE em providenciar a respectiva regulamentação.

Ocorre que a inserção de novos títulos profissionais no cadastro do sistema CONFEA/CREA resta condicionada à observância de sistemática instituída por normas específicas, tendo em vista a necessidade de se analisar o conteúdo programático do respectivo curso de formação e se especificar as atividades passíveis de serem executadas por seus egressos, de modo a aferir a pertinência de sujeição à regulamentação e fiscalização pelo sistema.

No caso, o pedido de reconhecimento e cadastramento do Curso Superior de Formação Específica em Design de Interiores oferecido pela UNIT, protocolado junto ao CREA/SE, ainda não foi concluído, estando em fase de apreciação e julgamento pelo CONFEA.

Da análise dos autos, verifica-se que o CONFEA, quando da primeira análise do pleito de registro do curso em menção, considerando que dentre as disciplinas cursadas pelos respectivos egressos encontra-se a de Paisagismo, cujo desempenho é privativo dos profissionais registrados nos CREAs, baixou o processo em diligência, por não estar instruído com documentos indispensáveis à apreciação, determinando, por conseguinte, ao CREA/SE que procedesse ao seu reexame em observância à sistemática instituída na Decisão Plenária nº 2935/2003 (fls. 45/48), que dispõe sobre o modelo de análise de curso sequencial de formação específica.

Por força do determinado, coube ao CREA/SE apresentar parecer, contendo o exame do projeto pedagógico do curso, identificação do conjunto de competências, habilidades e bases tecnológicas, caracterização do título profissional e descrição das atribuições e competências de seus egressos que pudessem evidenciar a pertinência e a legalidade de seu registro no sistema CONFEA/CREA (fl. 47).

No parecer reportado, o Conselho Regional, considerando o conteúdo programático e o projeto pedagógico do Curso de Design de Interiores, de caráter sequencial, com duração de 2 anos, oferecido pela UNIT, e especificando as atividades passíveis de serem executadas por seus egressos, firmou o entendimento no sentido de considerá-los profissionais com um perfil novo e não regulamentado, mas que poderia ser absolvido no sistema CONFEA/CREA com o título de Decorador ou Projetista de Interiores pertencente ao grupo de Arquitetura (fl. 427).

A equiparação entre as profissões de Design de Interiores e Decorador, para efeito de registro junto aos CREAs, consiste em entendimento assentado pelo CONFEA na Decisão Plenária a seguir transcrita:

Ementa: Responde consulta do Crea-MG a respeito de equivalência dos títulos profissionais de Técnico de Design de Interiores e de Técnico em Decoração.

O Plenário do Confea, reunido em Brasília no período de 27 a 29 de agosto de 2008, apreciando a Deliberação nº 054/2008-CEAP, relativa à **matéria em epígrafe, que trata de consulta do Crea-MG sobre a equivalência dos títulos profissionais Técnico de Design de Interiores e Técnico em Decoração**, e considerando que a consulta do Crea-MG foi motivada pela solicitação de alteração cadastral da nomenclatura do Curso Técnico em Decoração para Curso Técnico em Design de Interiores, oferecido pelo Instituto de Arte e Projeto - INAP; considerando que, compulsando o Catálogo Nacional dos Cursos Técnicos do Ministério da Educação - MEC, verifica-se que o Curso Técnico em Design de Interiores pertence ao Eixo Produção Cultural e Design, caracterizado na Resolução CNE/CEB nº 4, de 1999, por compreender o desenvolvimento de projetos de produtos, de serviços, de ambientes internos e externos, otimizando os aspectos estéticos, formal e funcional, adequando-os aos conceitos de informação e comunicação vigentes, e ajustando-os aos apelos mercadológicos e às necessidades dos clientes; **considerando que, compulsando, também, a Tabela de Convergência do Catálogo Nacional dos Cursos Técnicos do MEC, verifica-se a convergência do Curso Técnico em Decoração para o Curso Técnico em Design de Interiores, implicando a equivalência dos respectivos títu-**

los profissionais; considerando que, conforme previsto na Resolução CNE/CEB nº 4, de 1999, a carga horária mínima dos cursos técnicos da área profissional de Design é 800 horas; considerando que, revendo a organização curricular do Curso Técnico em Design de Interiores oferecido pelo INAP, constatou-se carga horária de 1.020 horas, superior ao mínimo de 800 horas recomendado na Resolução CNE/CEB nº 4, de 1999; considerando que é entendimento deste Federal, explícito na Decisão PL-0087/2004 e fundamentado na Resolução CNE/CEB nº 4, de 1999, que a carga horária mínima dos cursos técnicos de nível médio das áreas industriais e agrícolas é 1.200 horas; considerando que, pela escassez de carga horária, o Curso Técnico em Design de Interiores oferecido pelo INAP não se enquadra nas condições estabelecidas por este Federal para o cadastramento de cursos técnicos de nível médio no Sistema Confea/Crea; **considerando que o título profissional de Técnico em Design de Interiores não consta da Tabela de Títulos Profissionais do Confea, estabelecida pela Resolução nº 473, de 2002;** considerando que o Parecer CFE nº 108, de 1980, da então Conselheira Esther de Figueiredo Ferraz, com força de resolução por ter sido homologado pelo Ministro da Educação, esclarece que os diplomas devem conter apenas a denominação do curso concluído, cabendo ao sistema profissional outorgar o título ou a denominação profissional, em conexão com a formação recebida pelo egresso; **considerando que, por intermédio da Decisão PL-0918/2007, o Plenário do Confea, apreciando caso concreto de atribuição de título profissional aos egressos de Curso Técnico em Design de Interiores, com a carga horária de 1.200 horas, decidiu pela convergência para o título profissional de Técnico em Decoração (Código 213-02-00), constante da Tabela de Títulos Profissionais do Confea, estabelecida pela Resolução nº 473, de 2002; e considerando que, por meio da Decisão PL-0978/2007, o Plenário do Confea uniformizou os procedimentos para atribuição de título, atividades e competências ao Técnico em Decoração e ao Técnico em Design de Interiores, DECIDIU, por unanimidade: 1) Informar ao Crea-MG que: a) O título Técnico em Design de Interiores é equivalente ao título Técnico em Decoração. b) Devido à escassez de carga**

horária, o Curso de Técnico em Design de Interiores oferecido pelo INAP não se enquadra nas condições estabelecidas por este Federal para o cadastramento visando à concessão de título e atribuições profissionais. **2) Orientar os Creas no sentido de que: a) Os cursos de Técnico em Design de Interiores que apresentarem carga horária inferior a 1.200 horas não deverão ser cadastrados. b) Aos egressos dos cursos de Técnico em Design de Interiores que apresentarem carga horária igual ou superior a 1.200 horas e perfil profissional, poderá ser concedido o título de Técnico em Decoração (Código 213-02-00) e as atribuições iniciais constantes do art. 2º da Lei nº 5.524, de 1968, e dos arts. 3º e 4º do Decreto nº 90.922, de 1985.** Presidiu a sessão o Engenheiro Civil MARCOS TÚLIO DE MELO. Presentes os senhores Conselheiros Federais CLÁUDIO PEREIRA CALHEIROS, FERNANDO LUIZ BECKMAN PEREIRA, IRACY VIEIRA SANTOS SILVANO, ISACARIAS CARLOS REBOUÇAS, JOSE CLEMERSON SANTOS BATISTA, JOSÉ ELIESER DE OLIVEIRA JÚNIOR, JOSÉ ROBERTO GERALDINE JÚNIOR, LINO GILBERTO DA SILVA, MODESTO FERREIRA DOS SANTOS FILHO, OSNI SCHROEDER, PEDRO SHIGUERU KATAYAMA, RICARDO ANTONIO DE ARRUDA VEIGA, RODRIGO GUARACY SANTANA, SANDRA SELMA SARAIVA DE ALEXANDRIA, TIGERNAQUE PERGENTINO DE SANT'ANA e VALMIR ANTUNES DA SILVA. (Grifos nossos)
(PL nº 975/2008)

Ressalte-se, contudo, que, no caso apresentado, o que persegue o postulante é a emissão de registro profissional de nível superior na condição de egresso de curso sequencial de formação específica em Design de Interiores.

É certo que a Resolução nº 448/2000 do CONFEA, dispõe, em seu art. 1º, que os Conselhos Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CREAs efetuarão os registros dos cursos sequenciais de formação específica ministrados por instituições de ensino superior (fl. 410).

Entretanto, o próprio CONFEA, ao proferir a Decisão Plenária nº 1865/2008, considerando, em face do que dispõe a regulamentação federal sobre a matéria, que os cursos superiores de forma-

ção específica ou cursos sequenciais estão voltados para finalidades muito mais complementares aos cursos de graduação do que para a formação alternativa e que, por suas próprias características de duração e de flexibilidade programática, destinam-se muito mais à atualização das qualificações técnicas, profissionais ou acadêmicas do que à obtenção destas, decidiu determinar aos Conselhos Regionais que os cursos superiores de formação específica (cursos sequenciais) sejam cadastrados para efeito de concessão de extensão de atribuições iniciais aos diplomados que já tenham registro regular no CREA, conforme os arts. 9º e 10 da Resolução nº 1.010, de 2005. Sustentou-se, na ocasião, que, apesar de a Resolução nº 448 de 2000 do CONFEA ter regulamentado o cadastramento de cursos sequenciais nos CREAs e a Decisão Plenária nº 2.935/2003 ter definido um modelo de análise de curso sequencial, não há previsão de efetuar o cadastramento desses cursos no sistema CONFEA/CREA para fins de concessão de título e atribuições iniciais profissionais. Confira-se o teor da decisão reportada, extraída do sítio do CONFEA na rede mundial de computadores:

EMENTA: NÃO HOMOLOGA O CADASTRAMENTO DO CURSO SUPERIOR DE FORMAÇÃO ESPECÍFICA EM GESTÃO DE OBRAS CIVIS (CURSO SEQUENCIAL).

O Plenário do Confea, reunido em Brasília no período de 19 a 21 de novembro de 2008, apreciando a Deliberação nº 107/2008-CEAP, relativa à matéria em epígrafe, que trata do cadastramento do Curso Superior de Formação Específica em Gestão de Obras Civis (Curso Sequencial), oferecido pela Faculdade Integrada do Ceará; considerando que, revendo a documentação apresentada pela instituição de ensino interessada sobre o curso em apreço, constatou-se componentes curriculares cujos conteúdos propiciam a formação de egressos com perfil profissional adequado para exercerem atividades no âmbito do campo de atuação profissional da Engenharia Civil; **considerando que, da análise da regulamentação federal sobre esse tipo de formação, depreende-se que os cursos superiores de formação específica ou cursos sequenciais estão voltados para finalidades muito mais complementares aos cursos de graduação do que para a formação alternativa; considerado que, pelas suas pró-**

prias características de duração e de flexibilidade programática, os cursos sequenciais destinam-se muito mais à atualização das qualificações técnicas, profissionais ou acadêmicas do que à obtenção destas; considerando que o Conselho Federal de Psicologia, o Conselho Federal de Nutrição, o Conselho Federal de Fisioterapia e o Conselho Federal de Administração não reconhecem essa formação como suficiente para o exercício profissional; considerando que, apesar de a Resolução nº 448, de 2000, do Confea, ter regulamentado o cadastramento de cursos sequenciais nos Creas e a Decisão Plenária nº PL - 2.935/2003 ter definido um modelo de análise de curso sequencial, não há previsão de efetuar o cadastramento desses cursos no Sistema Confea/Crea para fins de concessão de título e atribuições iniciais profissionais; considerando que este Federal, por intermédio da Resolução nº 1.010, de 2005, estabeleceu normas, estruturadas dentro de uma concepção matricial, para regular a atribuição de títulos, atividades e competências no âmbito da atuação profissional, que podem ser aplicadas para conceder atribuições aos egressos de cursos sequenciais regulares; considerando que a Resolução nº 1.010, de 2005, introduziu o conceito da extensão de atribuição inicial aos profissionais que tenham registro regular nos Creas, conforme os arts. 9º e 10 da Resolução nº 1.010, de 2005; e considerando que, atendidos os requisitos para o cadastramento da instituição de ensino e do curso em apreço, nos moldes dos artigos 3º, 4º e 5º do Anexo III da Resolução nº 1.010, de 2005, os seus egressos, que já tenham registro regular nos Creas, poderão requerer a extensão das suas atribuições iniciais, DECIDIU, por unanimidade: 1) Esclarecer os Creas que os cursos superiores de formação específica (cursos sequenciais) devem ser cadastrados para efeito de concessão de extensão de atribuições iniciais aos diplomados que já tenham registro regular no Crea, conforme os arts. 9º e 10 da Resolução nº 1.010, de 2005. 2) Recomendar ao Crea-CE que solicite à instituição de ensino interessada providenciar o seu cadastramento institucional e do curso em apreço, de acordo com

o previsto nos arts. 3º e 4º do Anexo III, da Resolução nº 1.010, de 2005. 3) Recomendar, também, ao Crea-CE que, após a conclusão dos procedimentos de cadastramento da instituição de ensino interessada e do curso em apreço, atenda ao previsto no art. 5º do Anexo III da Resolução nº 1.010, de 2005, remetendo o processo para conhecimento e homologação deste Federal. 4) Não homologar o cadastramento do referido curso e tornar sem efeito a aprovação, *ad referendum* do Plenário do Crea-CE pelo 1º Vice-Presidente no Exercício da Presidência do Crea-CE, do parecer favorável ao deferimento do registro do curso em epígrafe. Presidiu a sessão o Engenheiro Civil FERNANDO LUIZ BECKMAN PEREIRA. Presentes os senhores Conselheiros Federais ADMAR BEZERRA ALVES, ANA KARINE BATISTA DE SOUSA, ANGELA CANABRAVA BUCHMANN, CLÁUDIO PEREIRA CALHEIROS, FRANCISCO XAVIER RIBEIRO DO VALE, IRACY VIEIRA SANTOS SILVANO, ISACARIAS CARLOS REBOUÇAS, JACQUES SHERIQUE, JOÃO DE DEUS COELHO CORREIA, JOSE CLEMERSON SANTOS BATISTA, JOSÉ ELIESER DE OLIVEIRA JÚNIOR, JOSÉ ROBERTO GERALDINE JÚNIOR, LINO GILBERTO DA SILVA, MODESTO FERREIRA DOS SANTOS FILHO, OSNI SCHROEDER, PEDRO LOPES DE QUEIRÓS, PEDRO SHIGUERU KATAYAMA e RODRIGO GUARACY SANTANA.

Em suma, de acordo com o entendimento firmado pelo CONFEA, os registros de cursos superiores de formação específica não dão ensejo à concessão de títulos profissionais, mas à extensão de atribuição inicial a profissionais já registrados no sistema CONFEA/CREA. Não há que se questionar o acerto do entendimento reportado, sob pena de invasão do mérito administrativo, área vedada à análise judicial.

Por outro lado, assiste razão ao CREA/SE quando sustenta que a determinação judicial de registro relativo à profissão não regulamentada no sistema CONFEA/CREA cria uma espécie de profissional registrado sem especificação prévia de suas atribuições, o que obstaculiza o desempenho do dever de fiscalização por parte dos Conselhos Profissionais, destinada à proteção da sociedade contra práticas lesivas de profissionais não habilitados.

De fato, o título profissional deve ser estabelecido pelo sistema de fiscalização profissional, a quem cabe outorgá-lo em conexão com as características da formação profissional do concludente, após a definição e especificação das áreas de atuação e atribuições passíveis de serem fiscalizadas pelo respectivo Conselho.

Por essas razões, entendo que merece reforma a sentença recorrida, para que seja afastada a determinação de registro profissional do postulante junto ao CREA/SE na condição de egresso de Curso Superior de Formação Específica em Design de Interiores.

Convém ressaltar, que, em face do que dispõe a Decisão Plenária n. 975/2008, já referida, o autor faz jus ao registro profissional junto ao CREA/SE com o título de Técnico em Decoração, o que, entretanto, não pode ser determinado neste julgado, por não consistir em objeto do pedido.

Considerando a inexistência da prática de ato ilícito a ser imputada ao Conselho apelante, deve ser igualmente afastada a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

Ademais, ainda que restasse comprovada a prática de conduta indevida por parte do CREA/SE, não restou devidamente evidenciada a ocorrência de danos morais a serem indenizados.

É que o autor não logrou comprovar, de forma suficiente, que de fato encontra-se impedido de exercer atribuições típicas de sua profissão, nos termos relatados na petição inicial. Para fazer prova do alegado, limitou-se a apresentar declaração emitida por arquiteto e urbanista supostamente contratado, para fins de regularização de projetos junto ao CREA/SE e à Administração Estadual do Meio Ambiente - ADEMA e Anotações de Responsabilidade Técnica referentes aos serviços na declaração reportados (fls. 189/215).

O documento particular que contém declaração de ciência de fato prova apenas a declaração (art. 368, do CPC), pelo que deve ser corroborado, ao menos, por testemunho produzido em juízo, de modo a tornar seu conteúdo, de fato, idôneo à comprovação do fato declarado.

É importante registrar que ao postulante foi conferida a oportunidade de requerer a produção de prova que julgasse necessária, tendo o prazo conferido transcorrido sem qualquer manifestação (fl. 311). Ressalte-se, inclusive, que, na réplica à contestação, expressamente requereu o julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, I, do CPC.

Em face dessas considerações, dou provimento à apelação, para, reformando a sentença recorrida, afastar a determinação de registro profissional do autor junto ao CREA/SE na especialidade de Design de Interiores, bem como a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

Vencida a parte autora, devem ser invertidos os ônus sucumbenciais, ressaltando-se, no caso, a isenção do postulante por ser beneficiário da justiça gratuita (fl. 224).

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 451.995-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Apelante: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
Apelada: MARIA DE FÁTIMA COELHO PONTE
Recte. Ad.: MARIA DE FÁTIMA COELHO PONTE
Advs./Procs.: DRS. ANA VERBENA SOUSA SILVESTRE E OUTROS (APTE.), MÁRCIA DUQUE DE OLIVEIRA E OUTRO (APDA.)

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. EXTRA-VIO DE ENCOMENDA ENVIADA PELA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. DANOS MATERIAIS. VALOR DECLARADO. MANUTENÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. CONTEÚDO NÃO DECLARADO NO ATO DA POSTAGEM. NÃO CONFIGURAÇÃO.

- Conforme decisão do STF - RE 220.906/DF – a ECT gozará dos privilégios concedidos à Fazen-

da Pública. O artigo 12 do Decreto-Lei nº 509/69, que isenta a ECT do pagamento de custas processuais, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

- Pretende a autora indenização por danos morais e materiais provenientes do extravio de encomenda com destino aos Estados Unidos enviada pela ECT.

- A ECT, na condição de prestadora de serviço público, está sujeita à responsabilidade civil objetiva prevista tanto no art. 37, § 6º, da CF/88, quanto no Código de Defesa do Consumidor. Contudo, ainda que a responsabilidade civil seja objetiva, a alegação de que a encomenda extraviada continha objeto de valor – enxoval de bebê, confeccionado pela autora – deve ser provada.

- Na presente questão, o fato lesivo é incontroverso, tendo em vista que o extravio da encomenda postada não foi contestado pela ECT, que, inclusive, colocou à disposição da remetente indenização por extravio coberta pelo seguro automático e gratuito.

- Verifica-se dos autos, que, a remetente optou por postar a encomenda sob valor aleatório, no caso, R\$ 300,00 (trezentos reais), sem declarar o seu conteúdo na ocasião da postagem, além de não aderir ao seguro postal opcional, assumindo, deste modo, o risco de, em caso de eventual extravio da encomenda, vir a ser ressarcida, tão somente, pelo dano efetivamente comprovado, in casu, o dano material: “o único dano material efetivamente comprovado é aquele consistente no valor da mercadoria declarada aos Correios (R\$ 300,00), acrescido das despesas de postagem (R\$ 98,10)”, como bem assinalado na sentença. Precedente desta Corte (AC) e do STJ (REsp).

- Os fatos narrados como causadores de danos morais não restaram configurados, uma vez que

ausente à comprovação conteúdo da encomenda na ocasião da postagem. Desse modo, o infortúnio eventualmente sofrido representa um mero aborrecimento ou transtorno corriqueiro e não constitui ofensa à honra ou à imagem da autora, não sendo cabível indenização por danos morais.

- Apelação da ECT parcialmente provida para afastar a condenação em danos morais.

- Recurso adesivo da autora, referente à majoração da indenização por danos materiais e morais, improvido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 26 de outubro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de apelação cível em face de sentença do Juízo Federal da 8ª Vara/CE que julgou parcialmente procedente o pedido autoral para condenar a ECT ao pagamento da quantia de R\$ 398,10 (trezentos e noventa e oito reais e dez centavos), a título de danos materiais, acrescido de juros e correção monetária desde o evento danoso, além de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a título de danos morais, já computados nesse montante os juros e correção monetária que seriam devidos a partir do evento danoso até a presente data. Condenou, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação (fls. 225/236).

Em sede de apelação a ECT - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS alega que: a) seja equiparada à Fazenda Pública, gozando das prerrogativas previstas no art.12 do Decreto-Lei nº 509/69, conforme decisão proferida pelo STF - no que se refere a isenção de custas processuais; b) não houve defeito na prestação de serviço, uma vez que o insucesso da entrega resultou de questões outras, relacionadas com o desembaraço aduaneiro e responsabilidade da requerente; c) a autora optou por não contratar o serviço de seguro opcional – que garantiria indenização integral equivalente ao valor do objeto declarado, razão pela qual somente faz jus ao seguro automático e gratuito definido na tabela de atendimento para cada modalidade de serviço, que no caso em tela é de R\$50,00(cinquenta reais), acrescido do valor da postagem; d) a autora não teria demonstrado o mal que alega ter sofrido; e) ausência de dano moral a ser indenizado. Requer a reforma da sentença para ser julgado improcedente o pedido. (Fls. 239/272).

Recorre adesivamente à autora para que seja reformada a sentença no tocante a majoração do valor da indenização pelos danos materiais, conforme recibos de compra de algumas peças de enxoval infantil, na quantia de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), bem como a majoração da indenização por danos morais. Requer a majoração da indenização por danos materiais e morais, no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), em compensação à grave lesão moral sofrida (fls. 281/284).

Contrarrazões da apelação adesiva (290/312).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Conforme decisão do STF – RE 220.906/DF – a ECT gozará dos privilégios concedidos à Fazenda Pública. O artigo 12 do Decreto-Lei nº 509/69, que isenta a ECT do pagamento de custas processuais, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Pretende a autora indenização por danos morais e materiais provenientes do extravio de encomenda com destino aos Estados Unidos enviada pela ECT.

O § 6º do art. 37 da CF/88, trata expressamente acerca da chamada responsabilidade civil objetiva do Estado:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Ora, da interpretação sistemática dos referidos dispositivos constitucionais, não há como se negar à possibilidade de reparação por danos sofridos, bastando, para isso, a demonstração do nexo de causalidade entre o dano causado e a ação ou omissão do Poder Público. Do contrário, a meu sentir, ter-se-á ofensa a princípio basilar da ordem constitucional, qual seja: o da isonomia. Contudo, ainda, nesse contexto, reconhece-se a responsabilidade do fornecedor de serviços nas relações de consumo, nos termos da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) que, assim prescreve em seu art. 22:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

Consequência que, a ETC, na condição de prestadora de serviço público, está sujeita à responsabilidade civil objetiva prevista tanto no art. 37, § 6º, da CF/88, quanto no Código de Defesa do Consumidor. Contudo, ainda que a responsabilidade civil seja objetiva, a alegação de que a encomenda extraviada continha objeto de valor – enxoval de bebê, confeccionado pela autora – deve ser provada.

Na presente questão, o fato lesivo é incontroverso, tendo em vista que o extravio da encomenda postada não foi contestado pela ETC, que, inclusive, colocou à disposição da remetente indenização por extravio, coberta pelo seguro automático e gratuito, no valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais), acrescido do valor cobrado pela

postagem, sendo por esta recusado, conforme documento de fl. 88.

Verifica-se dos autos, que, a remetente optou por postar a encomenda sob valor aleatório, no caso, R\$ 300,00 (trezentos reais), sem declarar o seu conteúdo na ocasião da postagem, além de não aderir ao seguro postal opcional, assumindo, deste modo, o risco de, em caso de eventual extravio da encomenda, vir a ser ressarcida, tão somente, pelo dano efetivamente comprovado, *in casu*, o dano material: “o único dano material efetivamente comprovado é aquele consistente no valor da mercadoria declarada aos Correios (R\$ 300,00), acrescido das despesas de postagem (R\$ 98,10)”, como bem assinalado na sentença (fl. 230).

Assim, os fatos narrados como causadores de danos morais não restaram configurados, uma vez que ausente à comprovação conteúdo da encomenda na ocasião da postagem. Desse modo, o infortúnio eventualmente sofrido representa um mero aborrecimento ou transtorno corriqueiro e não constitui ofensa à honra ou à imagem da autora, não sendo cabível indenização por danos morais.

Examinando questão análoga à dos autos, nesse mesmo sentido já decidiu esta Corte:

RESPONSABILIDADE CIVIL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. EXTRAVIO DE MERCADORIA POSTADA. LIVRO E MATERIAIS DE HIGIENE DE USO PESSOAL. DANOS MATERIAIS CONFIGURADOS. MANUTENÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS INEXISTENTES. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Apelação interposta pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos contra sentença que a condenou no pagamento de indenização por danos morais e materiais decorrentes do extravio de mercadoria postada pela parte autora com destino a parente residente no exterior.

2. A responsabilidade civil da ECT, na condição de prestadora de serviço público, é objetiva, tanto por força do disposto no art. 14 do CDC como em face do comando do art. 37, parágrafo 6º, da CF/88. A empresa pública deve responder por danos eventualmente decorrentes do serviço prestado, bastando que reste configurado o nexo de cau-

salidade entre o defeito do serviço e prejuízos efetivamente comprovados.

3. Hipótese em que o ponto controvertido limita-se ao *quantum* fixado a título de indenização pelos prejuízos materiais suportados e à ocorrência de danos morais a serem indenizados.

4. Há de ser mantida a sentença recorrida na parte em que fixa a indenização por danos materiais no valor referente à soma do valor declarado da encomenda extraviada com a quantia paga a título de tarifa pelo serviço de postagem. Precedente desta e. Primeira Turma (AC 421038/SE. Rel. Desemb. Federal José Maria Lucena. Data de Julgamento: 25/10/2007. Unânime. DJ: 13/12/2007, pg. 239).

5. Inexistência de danos morais a serem reparados. É que o motivo de indignação da autora restringe-se ao extravio e a negativa de restituição pela ECT de valores referentes a um livro e a materiais de higiene pessoal destinados à sua cunhada, que totalizam, após a soma com a tarifa do serviço de postagem, o valor de R\$ 258,80.

6. Apesar de sua subjetividade, o dano moral não deve ser confundido com um mero aborrecimento, irritação, dissabor ou mágoa, pois só se caracteriza quando a dor, o vexame, o sofrimento ou a humilhação foge da realidade de tal forma que chegue a interferir intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem estar.

7. Apelação parcialmente provida.

(TRF5; AC 391061; Desº Federal Rogério Fialho Moreira; Primeira Turma; DJE 06/11/2009; pág. 260).

Sobre o tema, assim decidiu o STJ:

RECURSO ESPECIAL. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. CORREIOS. EXTRAVIO DE CORRESPONDÊNCIA. CONTEÚDO NÃO DECLARADO. DEVER DE INDENIZAR APENAS O VALOR DA POSTAGEM.

1. A alegação de que a correspondência extraviada continua objeto de valor deve ser provada pelo autor, ainda que seja objetiva a responsabilidade dos Correios.

2. À falta da prova de existência do dano, é improcedente o pedido de indenização.

(STJ; REsp 730855; Minª Nancy Andrihgi; Terceira Turma; DJ 20/11/2006; pág. 304).

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA. EXTRAVIO DE ENCOMENDA. CONTEÚDO E VALOR NÃO DECLARADO NA POSTAGEM DO OBJETO. LEI 6.538/78. ART. 6º, III, DO CDC.

1. Com base no conjunto fático-probatório trazido aos autos, tanto a sentença monocrática quanto o v. acórdão recorrido, mesmo considerando comprovada a responsabilidade da empresa-recorrente na perda da encomenda enviada, reconheceram restar indemonstrados os alegados danos morais sofridos pelo autor, uma vez que não houve declaração de conteúdo nem de valor quando da postagem da remessa, obstando, assim, que se pudesse comprovar a veracidade das alegações do autor.

2. Conforme ressaltou o v. acórdão recorrido, “a indicação do direito à indenização depende, na espécie, de condição não implementada, qual seja a da concreta e específica determinação do valor estimativo dos objetos cujo extravio foi apontado como danoso, sob o ponto de vista moral. Essa determinação constitui a essência do próprio dano. Contivesse a encomenda não jóias de família, mas bens insignificantes, como, por exemplo, lenços de papel, não se cogitaria de dano moral nem da respectiva indenização. Por conseguinte, se o recorrente não fez prova do alegado conteúdo da encomenda, não há como caracterizar o indigitado dano moral”.

3. De outro lado, concluir de forma distinta da esposada pelo Tribunal *a quo*, demandaria reexame de material fático-probatório analisado nas instâncias ordinárias. Incidência da Súmula 07 desta Corte.

4. A denominada inversão do ônus da prova, de acordo com o art. 6º, VIII, do CDC, fica subordinada ao critério do julgador quanto às condições de verossimilhança da alegação e de hipossuficiência, segundo as regras ordinárias da experiência e de exame fático-probatório. *In casu*, tendo o Tribunal de origem julgado que tais condições não se fizeram presente, o reexame deste tópico é inviável nesta via especial. Óbice da Súmula 07/STJ.

5. Recurso não conhecido.

(REsp 731333; Minº JORGE SCARTEZZINI; QUARTA TURMA; DJ 23/05/2005; pág. 306; RNDJ VOL. 68; pág. 87).

Quanto à análise do recurso adesivo interposto pela autora para majoração da indenização por danos materiais e morais, entendendo que as alegações, lá versadas, não devem prosperar pelos fundamentos acima explicitados.

Honorários advocatícios, custas, bem como os juros e correção monetária provenientes da condenação em danos materiais devem ser mantidos nos termos da sentença.

Com essas considerações, dou parcial provimento à apelação da ECT para afastar a condenação em danos morais e nego provimento ao recurso adesivo da autora.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 477.024-RN

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelante: INDÚSTRIA GRÁFICA E EDITORA MONTAIGNE LTDA. - ME - IGRAMOL
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. THIAGO MORAIS ALMEIDA VILAR E OUTROS

EMENTA: TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISSQN DA BASE DE CÁLCULO DO SIMPLES. POSSIBILIDADE.

- O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária, nos termos da Súmula 213 do STJ, ainda que se refira a parcelas anteriores à impetração, tendo em vista que apenas há a declaração do direito.

- Somente os tributos recolhidos indevidamente após o advento da LC 118/2005, estão sujeitos ao prazo prescricional de cinco anos.

- A segunda parte do art. 4º da LC 118/2005 é inconstitucional. (AI no EREsp 644736/PE, Rela-

tor Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007; TRF 5ª Região, Pleno, AC nº 419228/PE, 25.06.2008).

- A questão debatida nestes autos, qual seja, a exclusão do ISSQN da base de cálculo do SIMPLES é similar àquela relativa ao mesmo questionamento quanto à exclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS, que é objeto do Recurso Extraordinário nº 240.785/MG e, segundo o Informativo 437 do Supremo Tribunal Federal, o relator do processo, Ministro Marco Aurélio, deu provimento ao recurso, por entender violado o artigo 195, I, da Constituição Federal, tendo sido acompanhado, até o momento, por seis (6) dos onze ministros, ou seja, pela maioria dos seus membros, fundamentando que não se deve incluir o ICMS na base de cálculo da COFINS, visto que o imposto estadual configura desembolso e despesa.

- Contudo, apesar dos 06 votos dos ministros do STF no RE 240.785-2/MG favoráveis à tese defendida pela recorrente, ainda pode ser que algum dos membros modifique seu posicionamento, não se podendo, no momento, afirmar que houve julgamento definitivo.

- Assim, como não houve julgamento definitivo e provido de efeito vinculante, prepondera a orientação seguida hoje na jurisprudência sobre a inclusão do ICMS na base de cálculo do COFINS, a qual, também, deve ser aplicada a inclusão do ISS na base de cálculo do SIMPLES, por identidade de razões.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

ral da 5ª Região, à unanimidade, em negar provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 19 de outubro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
- Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de apelação de sentença que, nos autos de mandado de segurança, denegou a segurança, não reconhecendo o direito da impetrante à exclusão do valor do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) da base de cálculo do Simples.

Defende a recorrente, em suma, que a decisão hostilizada não merece prosperar por violação ao artigo 195, I, *b*, da CF/88 e artigo 110 do CTN, citando entendimento do STF proferido no RE 240.785/MG.

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):

Quanto à prescrição, julgando parcialmente procedente recurso extraordinário da Fazenda Nacional (RE 544.246/SE), em sessão realizada em 15 de maio de 2007, o Supremo Tribunal Federal considerou que a não aplicação da LC 118/05 equivale a sua declaração de inconstitucionalidade, ainda que parcial, motivo pelo qual determinou à baixa dos autos ao STJ, para que fosse observado o art. 97 da Constituição Federal.

Nesse sentido, na sessão do dia 06 de junho de 2007, o STJ, por unanimidade, declarou inconstitucional o art. 4º da LC 118/05,

na parte em que determina a sua aplicação retroativa, conforme ementa do julgado que traço à colação:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO, NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. LC 118/2005: NATUREZA MODIFICATIVA (E NÃO SIMPLEMENTE INTERPRETATIVA) DO SEU ARTIGO 3º. INCONSTITUCIONALIDADE DO SEU ART. 4º, NA PARTE QUE DETERMINA A APLICAÇÃO RETROATIVA.

1. Sobre o tema relacionado com a prescrição da ação de repetição de indébito tributário, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) é no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação – expressa ou tácita – do lançamento. Segundo entende o Tribunal, para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese de extinção albergada pelo art. 156, VII, do CTN. Assim, somente a partir dessa homologação é que teria início o prazo previsto no art. 168, I. E, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador.

2. Esse entendimento, embora não tenha a adesão uniforme da doutrina e nem de todos os juízes, é o que legitimamente define o conteúdo e o sentido das normas que disciplinam a matéria, já que se trata do entendimento emanado do órgão do Poder Judiciário que tem a atribuição constitucional de interpretá-las.

3. O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a “interpretação” dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal.

4. Assim, tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre

situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência.

5. O artigo 4º, segunda parte, da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do seu art. 3º, para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional do adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

6. Arguição de inconstitucionalidade acolhida.

(Al nos Embargos de divergência REsp 644736-PE).

No voto do Relator Ministro Teori Albino Zavascki, na REsp 644736-PE acima referida, ficou explicitado que:

Assim, na hipótese em exame, com o advento da LC 118/05, a prescrição, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a ação de repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

Ressalte-se que no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade proferida nos autos da AC nº 419228/PE, ocorrido em 25/06/2008, o Plenário desta Corte, por maioria, declarou a inconstitucionalidade da expressão “observado quanto ao art. 3º, o disposto no artigo 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25.10.66 - CTN” do art. 4º da Lei Complementar nº 118/2005.

Assim, no presente caso, para os pagamentos indevidos feitos antes da vigência da LC 118/2005, fica valendo o prazo de “cinco mais cinco” (decenal – cinco anos para a homologação tácita e mais cinco anos a partir desta). Apenas para os pagamentos realizados após a vigência da citada Lei Complementar aplica-se o prazo prescricional previsto nela.

A discussão dos presentes autos, qual seja, a verificação se o ISSQN pode ou não compor a base de cálculo do SIMPLES é semelhante àquela outra que discute se o ICMS pode ou não compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

Vale ressaltar que, a base de cálculo do ISS repousa, de início, no faturamento previsto no art. 195, I, *b*, da CF, em sua redação original, que equivaleria ao conceito de receita das vendas de mer-

cadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, conforme interpretou a jurisprudência e, após a alteração do texto constitucional pela EC nº 20/98, no faturamento ou na receita bruta, a depender da legislação de regência em vigor.

Para a questão debatida nestes autos, qual seja, a inclusão do ISSQN na base de cálculo Simples, usa-se o mesmo entendimento da jurisprudência para a questão do ICMS, ou seja, de que o ISSQN é uma exação indireta, que integra o faturamento da empresa já que seus valores são repassados ao preço pago pelo consumidor final.

Nesse sentido cito as seguintes decisões:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISSQN. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. INCIDÊNCIA. IMPOSTO INDIRETO. PRECEDENTES.

1. A controvérsia a respeito de se saber se o imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISSQN integra ou não a base de cálculo da COFINS e do PIS é em tudo semelhante à discussão acerca da possibilidade de inclusão do ICMS da base de cálculo das mesmas exações.

2. A questão pendente de solução nas Cortes Superiores, porquanto o Supremo Tribunal Federal ainda não concluiu o julgamento do RE 240.785.

3. Prevalência, *mutatis mutandi*, do entendimento cristalizado nas Súmulas nº 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça, esta última interpretada de forma analógica, as quais dispõem, respectivamente: “a parcela relativa ao ICM inclui-se na base cálculo do PIS”, e “a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL.”

4. Conquanto a matéria esteja sendo discutida no Supremo Tribunal Federal, no RE 240.785, com 6 (seis) votos favoráveis à tese defendida pela impetrante, é perfeitamente possível que a perspectiva do resultado se reverta caso algum dos membros do Pretório Excelso que já se manifestaram reformule o seu entendimento (os autos encontram-se com vista ao Min. Gilmar Mendes). Ademais, a par de inexistir a vinculação obrigatória das decisões prolatadas em grau de recurso pelo Supremo Tribunal Federal (v. art. 102, parágrafo 2º, *a contrario sensu*), sequer há de se falar em uma decisão definitiva prolatada pelo Plenário

daquela Corte.

5. Prevalência do entendimento sufragado no voto do Ministro Eros Grau (v. informativo nº 437 do STF) no sentido de classificar o ICMS [*rectius*, ISS] como tributo indireto, haja vista se agregar ao preço da mercadoria [do serviço, no caso]. Hipótese em que bem se ajusta a máxima *ubi eadem ratio ibi eadem jus*.

6. Precedentes de todas as Turmas que compõem este Tribunal (AMS 99175 - Primeira Turma - Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo - *DJ* 30.9.2008, pg. 482; AG 93001 - Segunda Turma - Desembargador Federal Francisco Barros Dias - *DJ* 5.8.2009, pg. 112; AM REsp 1145611 / PR REsp 1145611 / PRS 97595 - Terceira Turma - Desembargador Federal Ridalvo Costa - *DJ* 19.9.2007, pg. 966, e; AMS 97581 - Quarta Turma - Desembargadora Federal Margarida Cantarelli - *DJ* 9.5.2007, pg. 598).

7. Remessa e apelação da união providas. Apelo do particular improvido.

(TRF 5ª Região, APELREEX 20/PE, Rel. Desembargador Federal MAXIMILIANO CAVALCANTI (Substituto), Terceira Turma, DATA: 27/11/2009 - PÁGINA: 296)

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. ISSQN. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. DEFICIÊNCIA RECURSAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO TIDO POR VIOLADO. CORREÇÃO MONETÁRIA. QUESTÃO ACESSÓRIA PREJUDICADA. SUFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

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

2. É deficiente a fundamentação do especial que não demonstra contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal.

3. O valor do ISSQN integra o conceito de receita bruta, assim entendida como a totalidade das receitas auferidas com o exercício da atividade econômica, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS.

4. Negado o direito à repetição, as questões acessórias como o regime de compensação, o prazo de prescrição da pretensão repetitória e a incidência de correção mone-

tária têm sua análise prejudicada.

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.

(STJ, REsp 1145611 / PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 08/09/2010)

Sabe-se que a matéria ainda se encontra sob a apreciação do Supremo Tribunal Federal (RE 240.785-2/MG), com 6 votos favoráveis à tese defendida pela recorrente, porém ainda pode ser que algum dos membros modifique seu posicionamento, não se podendo, no momento, afirmar que houve julgamento definitivo.

Assim, como não houve julgamento definitivo e provido de efeito vinculante, prepondera o entendimento da inclusão do ISSQN na base do SIMPLES.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 478.631-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS

Apelantes: ISABELLA DE SANTANA TAVARES; VIANA DE ASSIS ADVOCACIA S/C E OUTROS; CAMPOS ADVOGADOS ASSOCIADOS - AIDA MASCARENHAS CAMPOS E LISES ALVES CAMPOS, ADVOCACIA, ASSESSORIA E CONS. JURÍDICA E OUTRO; CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF E MPO ADVOCACIA - MARIA DA PURIFICAÇÃO OLIVEIRA SANTOS

Apelados: OS MESMOS

Advs./Procs.: DRS. JOSÉ HENRIQUE DE SANTANA FILHO E OUTRO, LENORA VIANA DE ASSIS E OUTROS, AIDA MASCARENHAS CAMPOS E OUTRO, JORGE SOUZA ALVES FILHO E OUTROS, MARIA DA PURIFICAÇÃO OLIVEIRA SANTOS

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. PRELIMINARES DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E DE EFEITO

**SUSPENSIVO AO RECURSO DE APELO AFAS-
TADAS. TERCEIRIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE
SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. INCONSTITUCIO-
NALIDADE E ILEGALIDADE. INOBSERVÂNCIA
DA NORMA CONSTITUCIONAL RELATIVA A
OBRIGATORIEDADE DE CONCURSO PÚBLICO.**

- Quanto ao pedido formulado pela apelante VIANA DE ASSIS ADVOCACIA consistente na atribuição de efeito suspensivo ao seu recurso, não merece ser acolhido, pois de acordo com o art. 19 da Lei 4. 717/65, a apelação somente será recebida em tal efeito quando a sentença julgar procedente a ação, e no caso a sentença julgou parcialmente procedente a ação.

- Quanto a preliminar de imprestabilidade da via eleita, há de se reconhecer que a ação popular é meio hábil para revisar, anular ou proibir a avença entre o Poder Público e particulares quando o contrato possa ensejar vícios que impliquem em lesão ao patrimônio público, aos interesses da coletividade e a violação da ordem jurídica vigente.

- Como bem observou o MM. Juiz a quo “o simples fato de terceiros serem beneficiados com o desate da ação popular é mero efeito colateral desta, não convertendo o processo coletivo em individual. Beneficiários da ação são todos os cidadãos brasileiros, na busca por um governo honesto, não sendo possível amesquinhar o alcance da citada ação constitucional”.

- É verdade que na hipótese dos autos é preciso se analisar a questão dos vícios da relação jurídica firmada. No entanto, em tese, naquilo que foi objeto de pleito na presente ação, é perfeitamente possível se vislumbrar que através deste remédio jurídico é possível a análise do negócio realizado.

- Conquanto o princípio da eficiência reja a Administração Pública, sua aplicação deve estar em

consonância com os demais princípios e preceitos constitucionais, especialmente no que tange à obrigatoriedade de concurso público, que se aplica, também, às empresas pública, no caso à Caixa Econômica Federal.

- A terceirização somente pode ser usada para atividades de apoio, e não para atividade-fim, sob pena de violação à regra constitucional de obrigatoriedade de concurso público. Enunciado 331 do TST. Precedentes do TCU.

- Deste modo, as atribuições de advogado da Caixa, por integrarem o quadro de funcionários, não podem ser incumbidas a terceiros, sob pena de violação ao Decreto nº 2.271/97, art. 1º, § 2º.

- Verificado a Identidade de atribuições entre o advogado concursado e a sociedade de advogados contratados com subordinação destes a Caixa, se revela então inadequado a pratica da terceirização.

- É certo que o Poder Público, seja da administração direta ou indireta, como é o caso da Caixa Econômica em relação a esta última, pode se valer do contrato provisório excepcional de prestação de serviços. No entanto, essa possibilidade só pode ser utilizada de forma comedida, devidamente justificada e mesmo assim não deve se furtar ao uso do instrumento adequado da licitação.

- No caso presente, não há nenhuma excepcionalidade nos serviços advocatícios, quanto a uma especialização que justificasse o contrato por longo tempo e sem os meios adequados da licitação. Ao contrário, a própria Caixa reconhece ser serviço apenas em maior volume do que o normal, porém rotineiro, ordinário e de comum conhecimento de qualquer profissional do direito ou pelo menos de muitos profissionais do direito.

- Não há que falar em inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços jurídicos gerais, o qual se aplica apenas para serviços inéditos, incomuns, excepcionais, de notória especialização, sempre, com justificativa plausível da Administração. Súmula 39 do TCU. Precedentes do STJ e do TRF da 5ª Região.

- Reconhece-se a nulidade dos contratos, mas sem a obrigação de devolução dos valores pagos, já que houve a prestação do serviço, sob pena de enriquecimento sem causa da empresa pública.

- A jurisprudência vem reconhecendo o direito à nomeação se o candidato é aprovado dentre as vagas oferecidas pela Administração. Precedentes do STJ. Ausência de direito à nomeação por falta de vaga disponível.

- Quanto ao pedido constante da apelação da parte autora de majoração dos honorários advocatícios, merece ser acolhido, razão pela qual passa-se a fixá-lo em R\$ 1.500,00, com base no art. 20, § 4º, do CPC.

- Quanto a sucumbência mínima da CAIXA, não se visualiza, pois a mesma foi a responsável pela celebração dos contratos de prestação de serviços advocatícios.

- Em relação a insatisfação da apelante VIANA DE ASSIS ADVOCACIA S/C quanto à sua condenação no pagamento das despesas da apelada, informando que a sentença condenou ao pagamento de todas as despesas, de forma genérica não merece prosperar. A sentença, na verdade, condenou os réus a, solidariamente indenizar as despesas diretas do autor com a demanda, fazendo referência ao art. 12 da Lei 4.717/65.

- A redação do aludido artigo é clara no sentido de que as despesas são as diretamente relacionadas com a ação e comprovadas, não havendo razão para se interpretar de outra forma, como

parece que fez a recorrente.

- Apenas há de se considerar que o cumprimento do presente julgado deve se dar com um certo lapso de tempo que possa levar a uma adaptação da situação de fato da Caixa Econômica Federal. Assim, entende-se que deve ser cumprida a decisão no prazo de 90 (noventa) dias após o término do prazo de recursos excepcionais, exista ou não recurso especial ou extraordinário.

- A hipótese é de se negar provimento às apelações dos réus e dar parcial provimento à apelação da autora para majorar os honorários advocatícios, fixando-os em R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais).

- Apelação da autora parcialmente provida e apelações dos réus improvidas.

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, rejeitar as preliminares, e por maioria, negar provimento à apelação da ré VIANA DE ASSIS ADVOCACIA S/C e dar parcial provimento à apelação da autora, e por unanimidade negar provimento às demais apelações, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 14 de setembro 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 ISABELLA DE SANTANA TAVARES, VIANA DE ASSIS ADVOCACIA S/C E OUTROS, CAMPOS ADVOGADOS ASSOCIADOS, CAIXA ECONÔMICA

FEDERAL E MPO ADVOCACIA - MARIA DA PURIFICAÇÃO OLIVEIRA e ASSOCIADOS contra sentença, que em ação popular, julgou parcialmente procedente o pedido.

A r. sentença reconheceu, assim, a nulidade de todos os contratos, convênios e assemelhados firmados pela CAIXA ECONOMICA FEDERAL que tenham por objeto a terceirização de serviços de advocacia no Estado de Sergipe, independentemente da nomenclatura adotada, salvo para a excepcional contratação de profissionais de notória especialização para casos singulares (art. 25, § 1º, da Lei 8.666/91) vedando-se a adoção de semelhante sistemática no futuro, sob pena de multa de R\$ 50.000,00, sem prejuízo de outras medidas, nos termos do art. 461 do CPC.

Ressalvou, ainda, a manutenção dos pagamentos já realizados e concedeu o prazo de noventa dias para a rescisão dos contratos convênios e assemelhados, a contar do trânsito em julgado, salientando a possibilidade de decisão diferente quanto à eficácia imediata desta, segundo recurso pendente de apreciação neste Tribunal.

Condenou, ainda, os réus a, solidariamente, indenizarem as despesas diretas do autor com a demanda, nos termos do art. 12 da Lei 4.717/65, bem como no pagamento dos honorários advocatícios, no valor de R\$ 1.000,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

A apelante ISABELLA DE SANTANA TAVARES defendeu a necessidade de nomeação dos candidatos aprovados no certame em número correspondente aos profissionais terceirizados, cujos contratos foram declarados nulos em face da presunção absoluta de existência de vagas na Procuradoria Jurídica da CEF.

Preconizou, ainda, a majoração dos honorários advocatícios num patamar mais equânime, em homenagem aos princípios da equidade, proporcionalidade, razoabilidade e moralidade, considerando as peculiaridades da causa em questão e o diligente trabalho desempenhado pelo advogado.

Por sua vez, a apelante VIANA DE ASSIS ADVOCACIA arguiu, preliminarmente, a concessão de efeito suspensivo, nos termos do art. 19 da Lei 4.717/65 para que a declaração de nulidade do

contrato firmado com a CEF permaneça válida até a decisão final deste recurso, pois, caso o referido apelo seja julgado procedente, não será possível reverter os prejuízos decorrentes do período em que o aludido negócio jurídico esteve anulado.

Ventilou, ainda, a preliminar de carência de ação em face do não cabimento da ação popular para pleitear o direito defendido por não se vislumbrar a existência de qualquer lesividade ao patrimônio público no ato que se pretendeu ver anulado, além de não preencher os requisitos de que trata o art. 2º da Lei nº 4.717/65.

No mérito, defendeu: a) a legalidade da terceirização de serviços/ato de gestão do Poder Público;b) a legalidade da contratação do apelante, nos termos do art. 25, da Lei nº. 8.633/90;c) irrelevância da identidade de atribuições entre o cargo de advogado júnior e contratos firmados, em face da anterioridade em relação concurso público; d) inexistência de direito líquido e certo à nomeação dos aprovados tendo em vista que o concurso público destinava a cadastro de reserva e além disso, o candidato aprovado teria apenas mera expectativa de direito a nomeação;e) demanda de trabalho justificadora da terceirização pela CEF e inexistência de prejuízos para os aprovados no concurso, na medida em que vários candidatos aprovados já foram contratados em todo o país, vários para o cargo de Advogado Junior, sendo dois para o Estado de Sergipe, sem contar com que foi contratado para este Estado no ano de 2004; f) condenação no pagamento das despesas da recorrida, quando a Lei nº 4.717/65 estabelece no seu art. 12 que as despesas realizadas se referem apenas aos atos processuais.

O apelante CAMPOS ADVOGADOS ASSOCIADOS - AINDA MASCARENHAS CAMPOS e LISES ALVES CAMPOS - ADVOCACIA, ASSESSORIA E CONSULTORIA JURÍDICA, arguiu a preliminar de carência de ação por inadequação da via eleita.

No mérito, defendeu a legalidade na contratação de serviços terceirizados para as atividades-meio da CEF ao argumento de ter sido realizada mediante prévio procedimento licitatório, não havendo assim que se falar em violação aos princípios que regem a Administração Pública.

Aduziu, também, que a identidade de atribuições entre o cargo de advogado concursado e os contratados de forma terceirizada não configura em inconstitucionalidade ou ilegalidade na medida em que o art. 37, IX, da Constituição Federal e a Lei nº 8.745/93 assegura a contratação de pessoas sem a exigência do concurso público para a prestação de serviços temporários e de excepcional interesse público.

Sustentou, ainda, que não existindo ilegalidade, não cabe ao Judiciário, substituindo-se o Administrador, para dizer se é ou não necessária a contratação de pessoas, seja ou não através da terceirização, porquanto estaria adentrando no mérito do ato administrativo, o que lhe é vedado.

A CEF, ora apelante, arguiu a preliminar de carência de ação por inadequação da via eleita. No mérito, defendeu a legalidade da contratação com fundamento no art. 173, da Constituição Federal, art. 10, § 7º, do Decreto-Lei nº. 200/67 e nos arts. 2º, 6º, 13, 25 e 114 da Lei nº 8.666/93.

Quanto aos honorários advocatícios, pugna pela aplicação do art. 21, parágrafo único, do CPC, por ter decaído da parte mínima.

A MPO ADVOCACIA - MARIA DA PURIFICAÇÃO OLIVEIRA E ASSOCIADOS defendeu a legalidade da terceirização de atividades-meio da Administração, por se encontrar respaldada no art. 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/67 e nos arts. 2º, 6º, 13, 25 e 114 da Lei nº 8.666/93.

Embargos de declaração apresentados pela MPO ADVOCACIA - MARIA DA PURIFICAÇÃO OLIVEIRA E ASSOCIADOS, às fls. 671/672, e pela CEF, às fls. 674, e pela VIANA DE SASSIS ADVOCACIA S/C, às fls. 685/687.

Decisão proferida à fl. 726, rejeitando os embargos de declaração.

Contrarrazões apresentadas.

Agravos de instrumento retido interpostos da decisão que recebeu as apelações somente no efeito devolutivo.

Parecer do Ministério Público Federal ofertado às fls. 843/845 opinando pela reforma da sentença no que concerne a obrigação de restituir o que foi pago por conta dos contratos de prestação de serviços bem como para determinar que se proceda as nomeações na forma requerida pela autora.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Discute-se na presente demanda a i(legalidade) da contratação de serviços terceirizados de advocacia pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL e a existência ou não de nulidade dos referidos contratos e ainda, o direito ou não à nomeação dos candidatos aprovados no certame em numero correspondente aos serviços terceirizados contratados que acaso forem reconhecidos nulos.

Inicialmente, quanto ao pedido formulado pela apelante VIANA DE ASSIS ADVOCACIA consistente na atribuição de efeito suspensivo ao seu recurso, não merece ser acolhido, pois de acordo com o art. 19 da Lei 4.717/65, a apelação somente será recebida em tal efeito quando a sentença julgar procedente a ação, e no caso a sentença julgou parcialmente procedente a ação.

Iniciemos a análise da matéria pela preliminar sobre a imprestabilidade da via eleita.

Nesse peculiar aspecto, há de se reconhecer que a ação popular é meio hábil para revisar, anular ou proibir a avença entre o Poder Público e particulares quando o contrato possa ensejar vícios que impliquem em lesão ao patrimônio público, aos interesses da coletividade e a violação da ordem jurídica vigente.

Como disse o Juiz de primeiro grau, “a ação popular representa uma das primeiras manifestações do processo civil coletivo no Brasil. Trata-se de singelo instrumento de **democracia direta**, em que o eleitor interfere, via judicial, nos atos da Administração. Longe de tutelar direito individual, o particular atua como **substituto processual** na busca pela probidade administrativa, no sentido lato. No ensinamento de Hely Lopes Meirelles, “o beneficiário dire-

to e imediato desta ação não é o autor; é o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto. O cidadão a promove em nome da coletividade, no uso de uma prerrogativa cívica que a Constituição da República lhe outorga”¹. Nessa toada, o simples fato de, eventualmente, terceiros serem beneficiados com o desate da causa em nada afeta a legitimidade ativa, pois tal efeito colateral não converte o feito de natureza coletiva em individual.

Beneficiários da ação são todos os cidadãos brasileiros, conforme o próprio conceito de ação popular, não sendo possível amesquinhar o alcance da citada ação constitucional, como querem os demandados.

Quanto ao binômio ilegalidade + lesividade, esta não se restringe à seara pecuniária. Novamente, nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

Embora os casos mais frequentes de lesão se refiram ao dano pecuniário, a lesividade a que alude o texto constitucional tanto abrange o patrimônio material quanto o moral, o estético, o espiritual, o histórico. Na verdade, tanto é lesiva ao patrimônio público a alienação de um imóvel por preço vil, realizada por favoritismo, quanto a destruição de um recanto ou de objetos sem valor econômico, mas de alto valor histórico, cultural, ecológico ou artístico para a coletividade local. Por igual, tanto lesa o patrimônio público o ato de uma autoridade que abre mão de um privilégio do Estado, ou deixa perecer um direito por incúria administrativa, como o daquela que, sem vantagem para a Administração, contrai empréstimos ilegais e onerosos para a Fazenda Pública. Tais exemplos estão a evidenciar que a ação popular é o meio idôneo para o cidadão pleitear a invalidação desses atos, em defesa do patrimônio público, desde que ilegais e lesivos de bens corpóreos ou dos valores éticos das entidades estatais, autárquicas e paraestatais, ou a ela equiparadas.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 126.

Desse entender não dissente Bielsa, ao sustentar, em, em substancioso estudo, que a ação popular protege interesses não só de ordem patrimonial como, também, de ordem moral e cívica.

[...]

Entender, restritamente, que a ação popular só protege o patrimônio público material é relegar os valores espirituais a plano secundário e admitir que a nossa Constituição os desconhece ou os julga indignos da tutela jurídica, quando, na realidade, ela própria os coloca sob sua égide (CF, arts. 23, VI, 24, VI, 170, VI e 225)².

Sobre o tema, eis precedente do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: AÇÃO POPULAR. ABERTURA DE CONTA EM NOME DE PARTICULAR PARA MOVIMENTAR RECURSOS PÚBLICOS. PATRIMÔNIO MATERIAL DO PODER PÚBLICO. MORALIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 5º, INC. LXXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

O entendimento sufragado pelo acórdão recorrido no sentido de que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios que norteiam a Administração Pública, dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inc. LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, **norma esta que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico**. As premissas fáticas assentadas pelo acórdão recorrido não cabem ser apreciadas nesta instância extraordinária à vista dos limites do apelo, que não admite o exame de fatos e provas e nem, tampouco, o de legislação infraconstitucional. Recurso não conhecido.

[RE 170768, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 26/03/1999, DJ 13-08-1999 PP-00016 EMENT VOL-01958-03 PP-00445].

De toda a sorte, faz-se presente a lesividade presumida, vez que a contratação, sem concurso, de sociedades de advogados

² Op. cit., p. 123-130.

para realizar atribuições de cargos do quadro efetivo da CAIXA tem um objeto ilícito, que viola a exigência constitucional do concurso público, além de possuir uma justificativa [motivo] juridicamente inadequada³, nos termos do art. 2º da Lei 4.717/65:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

[...]

- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

[...]

- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

[...]

Não se pode ignorar, também, o disposto no art. 4º, I, da Lei 4.717/65:

Art. 4º São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º.

I - A admissão ao serviço público remunerado, com desobediência, quanto às condições de habilitação, das normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais.

Advirto que a “admissão ao serviço público, sem observância dos preceitos legais de habilitação, corresponde à presunção legal de ilegitimidade e lesividade, de acordo com o art. 4º da Lei 4.717/65” [RE 105520, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/05/1986, DJ01-08-1986 PP-12891

³ Pontos abordados adiante.

EMENT VOL-01426-02 PP-00311]⁴ e, num precedente mais atual também da Suprema Corte, que além de tocar no mérito, avalia a adequação da ação popular para tal fim:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. SERVIDOR PÚBLICO. CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO: NULIDADE. CF, ART. 37, II E IX.

I - A investidura no serviço público, seja como estatutário, seja como celetista, depende de aprovação em concurso público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. CF, art. 37, II. A contratação por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, tem como pressuposto lei que estabeleça os casos de contratação. CF, art. 37, IX. Inexistindo essa lei, não há falar em tal contratação.

II - RE conhecido e provido.

[Supremo Tribunal Federal RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 168566/RS].

E com isso concluiu pela adequação da via eleita. É verdade que na hipótese dos autos é preciso se analisar a questão dos vícios da relação jurídica firmada. No entanto, em tese, naquilo que foi objeto de pleito na presente ação, é perfeitamente possível se vislumbrar que através deste remédio jurídico é possível a análise do negócio realizado.

Assim, rejeito a preliminar de defeito do remédio jurídico buscado.

⁴ Em igual sentido: “O entendimento de que, para o cabimento da ação popular, basta a demonstração da nulidade do ato administrativo não viola o disposto no artigo 153, parágrafo 31, da Constituição, nem nega vigência aos arts. 1. e 2 da Lei 4717/65, como já decidiu esta corte ao julgar caso análogo (RE 105520). - dissídio de jurisprudência não demonstrado. Recursos extraordinários não conhecidos”. [RE 113729, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/03/1989, DJ 25-08-1989 PP-13558 EMENT VOL-01552-02 PP-00272].

- DO MÉRITO

A TERCEIRIZAÇÃO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No que tange ao mérito, as razões de decidir do juízo de primeiro grau foram bem adequadas ao caso em apreciação. Assim, vamos utilizá-las como fundamento desta decisão também:

Problematizando, poderia a Administração terceirizar suas funções primordiais, na incessante busca da eficiência administrativa e melhor qualidade do gasto público?

A questão comporta inúmeros fundamentos, mas a resposta, à luz da Constituição é uma só: **NÃO**. A eficiência é um princípio e objetivo, mas sua leitura há de ser feita em consonância com os demais valores preconizados na Constituição. A Administração Pública pode até se submeter ao regime jurídico privado, mas tal submissão é sempre parcial, como na hipótese das sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica.⁵

Cito a Carta de Outubro:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

⁵ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

[...]

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

[...]

Como notório, tal exigência alcança as empresas públicas. Cito a Súmula 231 do Tribunal de Contas da União e seus precedentes:

SÚMULA Nº 231

A exigência de concurso público para admissão de pessoal se estende a toda a Administração Indireta, nela compreendidas as Autarquias, as Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, as Sociedades de Economia Mista, as Empresas Públicas e, ainda, as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, mesmo que visem a objetivos estritamente econômicos, em regime de competitividade com a iniciativa privada.

Fundamento Legal

- Constituição Federal, arts. 37, incs. II, VIII e IX e 71, inc. III;

- Lei nº 8.443, de 16-07-1992, art. 39, inc. I;

- Decisão do STF *in Mandado de Segurança* nº 21.322-1-DF *in DJ* de 23-04-1993, página 6921/22.

Se de um lado há o princípio da eficiência, de outro, há regras mínimas cuja existência contrabalança a busca desproporcional da eficiência administrativa, “a todo custo”. Trago à lembrança **o direito de acesso aos cargos públicos**. A democracia exerce-se diretamente – como pela ação popular – e indiretamente, por meio de representantes eleitos. Há, também, a integração do cidadão ao Estado através da ocupação dos cargos públicos, seja por concurso, seja por cargos comissionados, esta última, sempre excepcional. O acesso ao cargo público, como

se vê, é um direito primário, como deflui da leitura do art. 37, incisos I e II, da Constituição. Mais explícito é o PAC-TO SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, em vigor no Brasil, por força do DECRETO N° 592/92:

ARTIGO 25

Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2° e sem restrições infundadas:

[...]

c) de ter acesso em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

Vinte anos após o advento da Constituição dita “Cidadã”, ainda há contratação irregular de pessoal e burla à exigência constitucional do concurso público por meio de terceirizações e assemelhados. Isso é crônico na Administração Direta e Indireta. O assunto é comum no Tribunal de Contas da União. Num caso paradigmático, assentou a Corte de Contas:⁶

[...]

2. A prática de transmitir a terceiros, estranhos aos quadros do serviço público, funções finalísticas do aparelho estatal grassou por quase toda a Administração Federal Direta e Indireta e hoje tem proporções tão extensas que nem o próprio Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, incumbido da política de recrutamento de pessoal, consegue determinar seus números com a precisão necessária.

3. Além de esvaziar a qualidade e o comprometimento no serviço prestado, em áreas consideradas prioritárias, a terceirização, quando fora dos casos regulamentados,

⁶ GRUPO I - CLASSE VII - PLENÁRIO. TC-020.784/2005-7. Natureza: Representação. Órgão: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Responsável: Paulo Bernardo Silva (Ministro). Interessada: Segecex.

Sumário: REPRESENTAÇÃO. PROPOSTA APRESENTADA PELO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO PARA SUBSTITUIÇÃO DE TERCEIRIZADOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL DIRETA AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL POR SERVIDORES CONCURSADOS. CONHECIMENTO. PRORROGAÇÃO DOS PRAZOS ANTERIORMENTE CONCEDIDOS PELO TRIBUNAL SOBRE A QUESTÃO. DETERMINAÇÕES.

todos referentes apenas a atividades de apoio, frustra a regra constitucional do concurso público e, frequentemente, estando vinculada a empresas fornecedoras de mão-de-obra, representa uma meia privatização.

[...]

5. Segundo as informações de que o Ministério dispõe, sabidamente incompletas, admite-se que haja no mínimo 33.125 trabalhadores terceirizados de maneira irregular na Administração Pública, excluídas as empresas e sociedades de economia mista. E isto após a autorização para o preenchimento de 24.306 vagas, nos três anos anteriores, destinadas à substituição de terceirizados. Na estimativa da 2ª Secex, hoje poderia haver, de fato, 55 mil postos ocupados mediante terceirização indevida.

Há dois principais argumentos contra o proceder da CAIXA: a inviabilidade de terceirização da atividade-fim e a identidade de atribuições entre as sociedades contratadas e dos cargos da CAIXA, no caso, de advogado.

TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM

A terceirização da atividade-fim é incompatível com a Administração Pública. Ao afirmar isto, não estou dizendo que atribuições como de manutenção de veículos, funções de suporte, como limpeza, segurança patrimonial, etc., não sejam passíveis deste tipo de contratação. Elas são. Apenas as atribuições finalísticas obrigatoriamente devem ficar nas mãos do pessoa próprio da entidade. Exemplifico. É inconcebível contratar-se, via licitação, empresa para exercer “prestação de serviços jurisdicionais”. Entretantes, nada obsta que o serviço de limpeza da unidade jurisdicional seja atribuído à iniciativa privada, posto que esta é uma atividade-meio, meramente auxiliar, secundária.

O pessoal da CAIXA sempre foi submetido à regra de admissão via concurso público⁷. Afora os técnicos ban-

⁷ DECRETO-LEI Nº 759/69:

Art 5º O pessoal da CEF será obrigatoriamente admitido mediante concurso público de provas ou de provas e títulos.

§ 1º O regime legal do pessoal da CEF será o da Consolidação das Leis Trabalhistas.

[...]

cários, há pessoal ligado à engenharia, arquitetos e, finalmente advogados. Todos integram a estrutura fixa da empresa pública e trabalham diretamente na consecução de seus fins institucionais. Um advogado, por exemplo, elabora pareceres, participa da feitura dos contratos e da execução destes, na defesa da CAIXA, em juízo e fora dele. É, pois, atividade-fim, própria dos fins institucionais da CEF e, pois, não passível de terceirização.

A Justiça do Trabalho possui entendimento pacífico pela licitude de terceirização de atividades secundárias, **o que jamais atinge serviços próprios da entidade principal, algo válido tanto para a Administração como entre particulares.** Veja-se trecho do Enunciado nº 331 do TST:

III) - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102, de 20.06.83), de conservação e limpeza, bem como a dos serviços especializados ligados à atividade meio do tomador, **desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta;**

Há mais. O Tribunal de Contas da União entende que “a terceirização é legítima desde que não implique a execução de atividades inerentes aos quadros próprios dessas entidades” [1465-40/02-P e 1471-40/02-P]. **Como há advogados no quadro de empregados da CAIXA, evidente a proibição de socorrer-se de terceiros para tanto.** No tocante aos técnicos bancários da CAIXA há precedentes específicos. Cito o seguinte:

Representação formulada pelo Ministério Público Federal. Possíveis irregularidades praticadas no âmbito da CEF. Contratação de mão-de-obra terceirizada para execução de atividades consideradas de atividade-fim. Realização de inspeção. Constatação do cumprimento, pela CEF, do termo de conciliação firmado perante o juiz do trabalho. Conhecimento. Informação. Determinação. Acórdão 17/2004 - Plenário.

Consta do voto do relator:

[...]

14. As contratações realizadas pela Caixa Econômica Federal ao nosso ver, são ilegais, vez que ferem princí-

pios legais e constitucionais (Art. 37, inciso II). Sobre o tema esta Corte de Contas firmou entendimento de que “a terceirização é legítima desde que não implique a execução de atividades inerentes aos quadros próprios dessas entidades” (1465-40/02-P e 1471-40/02-P).

15. Abaixo estão elencadas as atribuições do cargo de Técnico Bancário, nível médio da Caixa Econômica Federal, conforme Plano de Cargos e Salários aprovado em Resolução de Diretoria, em 31/10/2000 (fls. 01/120 do Anexo 2, TC 008.906/2002-6), para efeito de comparação com as tarefas descritas no Contrato (item 4.2.) celebrado entre a Caixa e as empresas prestadoras de serviços.

[...]

16. Vê-se que grande parte das atividades descritas, embora estejam com redação diferente, são semelhantes, contrariando o entendimento constante do Enunciado 331, inciso III, do TST, bem como a orientação do próprio TCU.

17. Esta Corte, em casos semelhantes, tem determinado:

17.1. a cessação da utilização de mão-de-obra terceirizada para os cargos inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo Plano de Cargos, face a inobservância do disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal: e

17.2. a substituição dos funcionários contratados por empresas terceirizadas por empregados devidamente selecionado por certame público (DC-1465-40/02-P e 1471-40/02-P).

18. Nos casos aqui tratados (TCs. 014.100/2001-6 e 008.906/2002-6), percebe-se que a contratação das prestadoras de serviços foi irregular, vez que não foram observadas as orientações emanadas deste Tribunal nem o Enunciado 331, inciso III, do TST, *verbis*:

(...)

III) - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102, de 20.06.83), de conservação e limpeza, bem como a

dos serviços especializados ligados à atividade meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta”;

19. Compreende-se que a terceirização só é legal se ausentes a personalidade, a subordinação direta e se se tratar de serviços ligados à atividade meio do tomador. Ora, no caso em exame as tarefas são da atividade fim; a personalidade se verifica à medida em que os serviços são prestados sempre pelos mesmos trabalhadores, cada um, com sua rotina específica e, por fim, a subordinação em que os contratados estão sujeitos a uma jornada de trabalho e às determinações dos funcionários da Caixa que são responsáveis pelos postos de serviços.

20. Tanto é irregular a contratação que a Justiça do Trabalho, por meio da E. 4ª Turma do TRT-15ª Região, em votação unânime, reconheceu a ilicitude da referida contratação e a Caixa Econômica, em audiência, preferiu abrir mão do direito de Recurso para fazer acordo com a Justiça do Trabalho. Reconhecimento claro do caráter ilegal da contratação.

[...]

Como se observa, é inviável a terceirização dos serviços jurídicos por [i] integrarem a atividade fim, além de [ii] serem idênticas às atribuições de cargo da estrutura da CAIXA, a serem providos via concurso.

IDENTIDADE DE ATRIBUIÇÕES ENTRE O CARGO DE ADVOGADO [CONCURSADO] E OS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS [TERCEIRIZADOS]

Cito a descrição sumária das atribuições do cargo de advogado júnior – fl. 24:

2.1 ADVOGADO JÚNIOR

REQUISITOS: diploma, devidamente registrado, de conclusão de curso de graduação em Direito, fornecido por instituição de ensino reconhecida pelo Ministério da Educação (MEC) ou certificado de conclusão do curso de Direito, emitido por instituição de ensino reconhecida pelo MEC e registro na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) até sua admissão.

MISSÃO DO CARGO: exercer atividade profissional destinada à defesa dos interesses da CAIXA, atuando em

juízo ou fora dele, propondo alternativas jurídico-legais para a consecução de resultados desejados, preservando os interesses e a imagem da Empresa.

JORNADA DE TRABALHO: 40 horas semanais.

REMUNERAÇÃO: R\$ 3.881,00 (referência inicial - 1301)

[...]

Já o objeto da terceirização, segundo própria CAIXA, consiste em: “contratação de sociedades de advogados para prestação de serviços jurídicos generalizados no âmbito dos Jurídicos Regionais nas áreas consultivas e contenciosa” [fl. 108]

(...)

Discriminando as obrigações das Sociedades de Advogados, cito os seguintes itens do Anexo I do Edital de pré-qualificação [fls. 121/125]:

2.4 Os processos em tramitação judicial, acompanhados pelo Jurídico Regional ou por terceiros, poderão ser repassados às Sociedades Contratadas, respeitadas as condições estabelecidas neste Edital.

2.14 As sociedades Contratadas deverão informar mensalmente à CAIXA, até o 1º dia útil do mês subsequente, as movimentações processuais ocorridas no mês, no tocante aos processos que estão sob o seu acompanhamento, utilizando Tabelas e Códigos específicos que lhe serão fornecidos.

3.2 Consideradas a conveniência, a oportunidade, a necessidade de serviço, as condições de mercado e a legislação pertinente, a CAIXA poderá, a seu exclusivo critério, revisar, alterar ou adaptar as Tabelas de Remuneração até a vigência do contrato.

3.9 A CAIXA poderá, a seu exclusivo critério e a qualquer tempo, retomar o acompanhamento de processos confiados à Sociedade Contratada, com trânsito em julgado ou não, e a Sociedade fará jus apenas à remuneração dos atos efetivamente realizados, se ainda não recebida. Nessa hipótese, se no momento da retomada já houver decisão judicial atribuindo honorários a favor da CAIXA, a Contratada participará do respectivo rateio na forma prevista no subitem 3.5.

3.13 A critério da CAIXA, a atuação da Sociedade de Advogados poderá limitar-se a apenas um ato, alguns atos ou todos os atos do processo ou procedimento,

inclusive diligências, reuniões, depoimentos, defesas prévias, inquéritos, audiências, recursos e outros.

4.1 Independentemente da autonomia e liberdade técnicas, a CAIXA se reserva o direito de proceder verificações nos processos judiciais, solicitar cópias de peças processuais e outros documentos pertinentes, sugerir ou indicar linhas de defesa a serem seguidas, bem como requerer peças para efeito de supervisionamento técnico.

4.2 A qualquer tempo, a CAIXA, através de seus advogados empregados, pode atuar nos feitos acompanhados pela Contratada, bem como solicitar a devolução de qualquer processo que lhe tenha sido distribuído.

De tais dispositivos, podem-se extrair as seguintes conclusões: i) as sociedades de advogado **são subordinadas à CAIXA**, de modo que esta pode exercer verdadeiro poder de direção quanto à quantidade, organização, meio de execução e qualidade do trabalho; ii) a sociedade de advogados representa a CAIXA **de igual para igual em juízo** quando se comparam as atividades do corpo concursado de advogados da CAIXA; iii) os serviços terceirizados são amplos e absolutamente genéricos, **e não para causas especiais**, nas quais seria de se exigir especial qualificação para tanto; iv) **há personalidade** na execução dos mesmos.

Pelo tipo de contratação levada a efeito, não seria um devaneio imaginar que a citada avença, eventualmente, camufle relação de ordem trabalhista, dada a tremenda subordinação e personalidade a ele inerentes⁸, algo vedado pelo Decreto 2.271/97 que, ao tratar das terceirizações, veda expressamente a subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante, o que, na prática, está a acontecer.⁹ Há, ainda, o multicitado Enuncia-

⁸ Muito embora não gere vínculo trabalhista [Enunciado 331 do TST], o ente público não escapa do dever de indenizar o obreiro, sob pena de enriquecimento sem causa.

⁹ Art. 4º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam:

[...]

IV - subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante;

do 331 do TST.¹⁰

A consulta à jurisprudência do Tribunal de Contas da União revela **entendimento unânime** no sentido de que a terceirização somente pode ocorrer nos limites definidos legalmente, não se admitindo seu uso para serviços finalísticos, **ainda mais quando tais atribuições são da alçada de servidores da própria entidade**. Trago excerto do basilar voto do Ministro Marcos Vileça, que acompanhou o Acórdão 2.085/2005-Plenário:

A terceirização de serviços na Administração Pública vem merecendo a atenção desta Corte de Contas já há algum tempo. A preocupação maior é a possibilidade de violação à exigência constitucional de concurso público para a contratação de servidores. Assim é que o Decreto nº 2.271/97, aplicável à administração direta, autárquica e fundacional, veda a execução indireta das atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, ressalvada expressa disposição legal em contrário (art. 1º, § 2º). **Com relação às empresas estatais e sociedades de economia mista, tem prevalecido nesta Corte entendi-**

¹⁰ “Enunciado do TST Nº 331: Contrato de prestação de serviços. Legalidade - (Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

mento coincidente com o expresso naquele Decreto, no sentido de que a terceirização é legítima, desde que não implique a execução de atividades inerentes aos quadros próprios dessas entidades.

Um simples passar de olhos nas justificações da terceirização e do termo de referência [fls. 108/110 e 121/126] denotam **a identidade de atribuições do cargo em questão e das atividades terceirizadas**, algo impossível, como já exposto à saciedade. Muito embora o Decreto-Lei nº 200/67, preveja a terceirização como algo a ser fomentado¹¹, a ordem constitucional hoje é outra. Ademais, o decreto regulamentador hoje em vigor é bem restritivo: DECRETO Nº 2.271/97:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade. § 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

¹¹ Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

[...]

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Como se constata, em parte alguma há margem de manobra apta a permitir a terceirização dos serviços jurídicos da ré, posto que tais atividades [i] integram a atividade-fim da CAIXA, [ii] cuja responsabilidade recai sob os ombros do quadro de pessoal próprio da empresa pública.

A vingar o – equivocado – entendimento dos réus, a CAIXA poderia simplesmente terceirizar tudo, sem limites, desviando-se de sua figuração na ADMINISTRAÇÃO FEDERAL INDIRETA, o que se afigura absurdo, à luz do art. 37 da CRFB e do próprio ESTATUTO DA CAIXA¹²:

Concluo pela nulidade dos contratos de prestação de serviços advocatícios, por importarem em burla à exigência constitucional do concurso público.

QUANTO À “IMENSA DEMANDA” INCAPAZ DE DISPENSAR A TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS

A tradicional justificativa para terceirização dos serviços advocatícios, a partir de 1996¹³, reside na imensa – e repentina – demanda envolvendo a CAIXA, com milhares e milhares de processos. Doze anos após, a política de terceirizações segue firme e forte, muito embora o número de processos tenha caído drasticamente. Em 28.06.05, quando foi solicitada a contratação de novas sociedades de advogados em Sergipe, previa-se um gasto anual de R\$ 400.000,00 [quatrocentos mil reais] para a administração de quatro mil processos terceirizados [fl. 105/106]. Hoje, menos de quatro anos após, o número de feitos caiu vertiginosamente. São 6.670 ações para os nove advogados concursados da CAIXA, enquanto as quatro sociedades de advogados administram apenas 1.497 feitos.

Pela quantidade de processos de hoje, certamente o custo de meio milhão de reais por ano deve ter caído, mas, tendo-se em conta a generosa tabela de remuneração¹⁴, o

¹² DECRETO Nº 6.473, DE 5 DE JUNHO DE 2008. Aprova o Estatuto da Caixa Econômica Federal - CEF e dá outras providências. Art. 46. O pessoal da CEF é admitido, obrigatoriamente, mediante concurso público, de provas ou de provas e títulos, sob regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT e legislação complementar.

¹³ Fl. 108.

¹⁴ Vide fls. 221/224.

ônus da terceirização ainda deve ser superior ao custo de contratação de advogados concursados, o que afirmo ante a remuneração do cargo – R\$ 3.881,00¹⁵. Em autêntico abuso de direito, em que pese o custo de contratação ser elevado, de haver necessidade de mais pessoal, solução esta sabidamente mais econômica, no Estado de Sergipe, **a CAIXA, de 2004 até o presente momento, contratou apenas três advogados**¹⁶.

Logo, se há necessidade de serviço, o que justifica a não contratação de novos empregados públicos? E, por outro lado, sob o ponto de vista da tutela da boa-fé objetiva, o que justifica abrir certames e mais certames para contratação de advogados para, ao final, não se contratar ninguém, ou melhor, apenas três profissionais?

Tal proceder, além de sua discutível regularidade, enfraquece a carreira dos advogados concursados, **desvalorizando seu esforço pessoal e qualidade técnica, equiparando-os a outros profissionais que não participaram dos rigores do concurso público**. Entender que simplesmente a “grande demanda” vai justificar – eternamente – o desrespeito à obrigação constitucional de concursos públicos é cômodo demais e beira a improbidade administrativa.

A saída para falta de pessoal, em demandas temporárias, é a **requisição e não a terceirização**, isso, por expressa disposição legal. Eis o art. 5º do Decreto-Lei nº 759/69:

Art. 5º. O pessoal da CEF será obrigatoriamente admitido mediante concurso público de provas ou de provas e títulos.

§ 1º O regime legal do pessoal da CEF será o da Consolidação das Leis Trabalhistas.

§ 2º **Poderão eventualmente ser requisitados pela CEF servidores dos quadros do serviço público federal**, das autarquias federais ou das empresas públicas e sociedades de economia mista, exclusivamente para o exercício de funções técnicas, mediante o ressarcimento, pela CEF, aos órgãos de origem ou entida-

¹⁵ Fl. 24.

¹⁶ Fl. 233.

des de origem, dos proventos globais a que fizeram jus os servidores requisitados.

A rigor, os contratos são nulos por contrariedade ao art. 37, I e II, da CRFB, configurando, em tese, ato de improbidade administrativa [art. 11 da Lei 8.429/92].

VÍCIOS NA SELEÇÃO DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS: SOBRE A SUPOSTA INVIABILIDADE DE COMPE-TIÇÃO E USO DA PRÉ-QUALIFICAÇÃO

A CAIXA considera inexigível a competição no caso de serviços advocatícios [fl. 106, item 1.6]. Então, optou por fazer uma pré-qualificação dos interessados [art. 114 da Lei 8.666/93]¹⁷. O serviço técnico profissional pode ser especializado ou generalizado. Aquele, corresponde ao profissional que “[...] aprofundou-se nos estudos, no exercício da profissão, na pesquisa científica, ou através de cursos de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento”¹⁸. Já o generalizado corresponde aquele profissional que, muito embora domine os conhecimentos de seu ramo do saber, não detém o “algo mais” exigido para ser tido como de notória especialização.

A Lei 8.666/93 faz a distinção, como se vê a seguir:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

[...]

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

[...]

¹⁷ Art. 114. O sistema instituído nesta Lei não impede a pré-qualificação de licitantes nas concorrências, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados.

§ 1º A adoção do procedimento de pré-qualificação será feita mediante proposta da autoridade competente, aprovada pela imediatamente superior.

§ 2º Na pré-qualificação serão observadas as exigências desta Lei relativas à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 13ª ed., 2002, p. 114.

§ 1º **Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação**, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

[...]

§ 3º A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato.

Nem todo serviço especializado é hipótese de inexigibilidade licitatória. Se assim não o fosse, seria despidianda a referência na primeira parte do § 1º do art. 13 da Lei 8.666/93. No caso dos autos, como a própria CAIXA é categórica no sentido de a contratação dizer respeito a serviços gerais¹⁹, de modo algum pode-se concluir pela inviabilidade de competição.

A inviabilidade de competição apta a sustentar a inexigibilidade licitatória, em serviços jurídicos, tem lugar, por exemplo, na contratação de um renomado doutrinador para feitura de um parecer, ou para promover uma sustentação oral ou uma defesa num específico caso, por meio de um advogado com excepcional – e notório – conhecimento no tema. Há diversos precedentes neste sentido. Entretanto, não há como comparar um caso especial desta natureza com o que foi contratado nestes autos: **uma defesa massificada da CAIXA em feitos ordinários, sem sequer se ter descrito qualquer hipótese de excepcional complexidade apta a exigir um profissional técnico especializado**. O art. 25, § 1º, da Lei 8.666/93, ao definir notória especialização, é bastante exigente:

Art. 25. [...]

[...]

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua es-

¹⁹ No contexto de leitura técnica do termo.

pecialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Sem desmerecer qualquer profissional, é óbvio que nenhuma deles enquadra-se nas exigências do citado dispositivo legal, algo confirmado pelo próprio edital de seleção, que muito sucintamente tratou do tema “experiência e aptidão”, o que foi aferido com meras cópias de peças processuais e pareceres – fls. 115/116:

5.5) [...]

XVIII) prova da experiência e de aptidão do(s) advogado(s) da Sociedade para desempenho das atividades pertinentes ao objeto da contratação, na(s) modalidade(s) de prestação de serviços pretendida(s), consubstanciada em:

- a) para as Modalidades 1, 2 e 3²⁰: cópias autenticadas de 10 (dez) peças judiciais elaboradas pelos advogados da Sociedade, protocolizadas até a data de publicação até a data de publicação do presente Edital, relativas às respectivas Modalidades em que a sociedade pretende atuar, que poderão ser objeto de avaliação por parte da CAIXA, quanto ao seu conteúdo e precisão técnica;
- b) para a Modalidade 4: cópias autenticadas de 5 (cinco) pareceres ou contratos, cujos instrumentos ou minutas foram elaborados pelos advogados da Sociedade até a data de publicação do presente Edital, contendo a assinatura do advogado, sendo, no mínimo, 3 (três) deles relacionados ao Direito Imobiliário, habitação, direitos reais de garantia, saneamento básico ou setor público, que poderão ser objeto de avaliação por parte da CAIXA, quanto ao seu conteúdo e precisão técnica;
- c) para todas as Modalidades: atestado(s) ou declaração(ões) de capacidade técnica, emitidos por, no mínimo, 01 (uma) empresa cliente da Sociedade, em papel timbrado da empresa e assinada por seu represen-

²⁰ Fl. 127.

tante legal, com a respectiva firma reconhecida em cartório, fazendo menção expressa à especialidade ou ramo do Direito em que atuou a Sociedade e descrevendo os serviços prestados ao cliente. Os atestados e declarações deverão consignar expressamente o exercício de atividades pertinentes e compatíveis com as Modalidades escolhidas pela Sociedade, no que serão avaliados pela CAIXA.

É o magistério do Tribunal de Contas da União especificamente sobre a prestação de serviços advocatícios:

[...] sobre a contratação de advogado, por entidade com órgãos públicos que contem com quadro próprio de profissionais do Direito:

1º. A circunstância de entidade pública ou órgão governamental contar com quadro próprio de advogados não constitui impedimento legal para contratar advogado particular para prestar-lhe serviços específicos, **desde que a natureza e as características de singularidade e de complexidade desses serviços sejam de tal ordem que se evidencie que não poderão ser normalmente executadas pelos profissionais de seus próprios queres, justificando-se portanto a contratação de pessoa cujo nível de especialização a recomende para a causa;**

2º. O exame da oportunidade e da conveniência de efetuar tal contratação compete ao administrador, a quem cabe analisar e decidir, diante da situação concreta de cada caso, se deve promover a confrontação de profissional cujos conhecimentos, renome ou grau de especialização sejam essenciais para a defesa do interesse público que se lhe cabe resguardar, **e que não encontrem paralelo entre os advogados do quadro de pessoal da entidade sob sua responsabilidade;**

3º. A contratação deve ser feita entre advogados pré-qualificados como os mais aptos a prestar os serviços especializados que se pretende obter;

4º. **A contratação deve ser celebrada estritamente para prestação de serviço específico e singular, não se justificando portanto firmar contratos de espécie visando a prestação de tais serviços de forma continuada** – grifei

E mais. Num caso questionando a contratação de advogados para serviços não singulares, **como no caso destes autos**, julgou-se pela obrigatoriedade de procedimento competitivo. Veja-se o seguinte fragmento:

Percebe-se, das considerações acima aduzidas, que a jurisprudência do Tribunal vem consolidar a tese já consignada no Estatuto das Licitações e Contratos de que serviços profissionais podem ser contratados, sem prévio procedimento licitatório, **se o forem com profissionais de notória especialização e desde que se qualifiquem como de natureza singular e não serviços rotineiros**, requisitos aqueles não comprovados no caso sub exame.²¹

Em sentido semelhante, envolvendo o Banco do Brasil e contratação de serviços advocatícios: TC-022.225/92-7, julgado em 02.06.93. Há mais. No processo nº 275.035/94-8, 1ª Câmara, reafirmou-se a necessidade de licitação para contratação de advogado, salvo para execução de objetos singulares. No âmbito do Judiciário, encontram-se julgados contra a contratação de advogados, para **serviços gerais**, sem licitação. Vejamos:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. SUPERINTENDÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO DOS PORTOS DE PARANAGUÁ E ANTONINA (APPA). CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO SEM LICITAÇÃO. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO GOVERNAMENTAL. INEXISTÊNCIA.

1. Direito líquido e certo é o que se manifesta de plano, através de prova pré-constituída repelindo a dilação probatória.

2. Ato governamental posterior não constitui prévia autorização à contratação de advogado sem a necessária licitação.

3. Por outro lado, não convencem os argumentos expendidos pelo recorrente quanto à singularidade dos serviços profissionais a serem executados, nem que não

²¹ Tribunal de Contas da União. TC. 005.852/94-3. No mesmo sentido: TCU, decisão nº 161/95 - 1ª Câmara, 11 jul. 1995. Relator: Ministro Carlos Átila Álvares da Silva, *DOU* 24.07.95.

pudessem ser atendidos pelos integrantes do serviço jurídico da APPA.

4. Recurso ordinário improvido.

[RMS 5532/PR, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/12/2000, DJ 23/04/2001, p. 123]

E no TRF da 5ª Região:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECEBIMENTO DE AÇÃO DE IMPROBIDADE. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ESPECIALIDADE DO SERVIÇO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 25, INCISO II DA LEI Nº 8.666/93. INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PELO AGRAVANTE. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. PRECEDENTES DESTA CORTE REGIONAL.

- É cabível a dispensa de licitação para contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização quando se tratar de serviço inédito ou incomum, capaz de exigir, na seleção do executor da confiança, um grau de subjetividade insusceptível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo licitatório.

- *In casu*, os serviços contratados não se diferenciariam, conforme os fatos narrados pelo MPF na exordial da ação de improbidade, daqueles objeto de contratos já existentes no Banco, nos quais os contratados não contam com o adiantamento de honorários, atuando pela simples sucumbência.

- A participação do agravante nos fatos descritos pelo MPF será obviamente elucidada na instrução da ação originária, havendo, entretanto, indícios da prática de conduta ilícita, desde que na qualidade de sócio majoritário do aludido escritório de advocacia seria beneficiado indevidamente, em detrimento do patrimônio público (artigos 5º e 6º da Lei nº 8.429/92).

[...]

- Agravo de instrumento provido em parte.

AGTR - Agravo de Instrumento

Número do Processo: 2005.05.00.034924-0

Órgão Julgador: Quarta Turma. Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro. Data Julgamento: 25/07/2006. Documento nº: 121878.

No mesmo sentido: TRF da 5ª Região, AG 64023. Processo nº 200505000301711/CE. 4ª Turma. Data da decisão: 20/06/2006.

De mais a mais, **a justificativa da inexigibilidade licitatória deve ser provada concretamente**, consoante entendimento antigo do TCU, anterior à própria Lei 8.666/93. Eis o texto da Súmula 39 daquela Corte de Contas:

Súmula 39. A dispensa de licitação para a contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização, de acordo com alínea *d* do art. 126, § 2º, do Decreto-Lei 200, de 25/02/67, só tem lugar quando se trate de serviço inédito ou incomum, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, um grau de subjetividade, insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.

In casu, a justificativa da CAIXA para não realizar competição entre os interessados é de uma pobreza franciscana – fl. 109:

4.2. Os serviços jurídicos objeto da presente análise são os serviços técnicos profissionais generalizados.

5. As formas previstas na Lei 8.666/93, convite, tomada de preços, concorrência pública, leilão, concurso e na Lei 10.520/2002, pregão, por si só não atendem as necessidades da CAIXA e podem infringir dispositivos da Lei 8.906/94 (art. 34, inc. IV).

Ao lado de uma justificativa arbitrária – “não atendem as necessidades da CAIXA” – há a menção a dispositivo legal que nada tem com o caso concreto²², posto ser impensável enquadrar uma competição licitatória como captação ilícita de clientela ou algo que o valha.

Concluo que se não bastasse a inconstitucionalidade con-

²² Eis a redação do art. 34, IV da Lei 8.906/94:

Art. 34. Constitui infração disciplinar:

[...]

IV - angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros;

ceitual de se terceirizar a atividade-fim da CAIXA, faz-se presente **grave vício procedimental** consistente na não realização de certame licitatório efetivo, elegendo-se, equivocadamente, a via da inexigibilidade de licitação e da pré-qualificação, quando inexistentes as hipóteses autorizadas a tanto.

É certo que o Poder Público, seja da administração direta ou indireta, como é o caso da Caixa Econômica em relação a esta última, pode se valer do contrato provisório, excepcional de prestação de serviços. No entanto, essa possibilidade só pode ser utilizada de forma comedida, devidamente justificada e mesmo assim não deve se furtar ao uso do instrumento adequado da licitação.

No caso presente, não há nenhuma excepcionalidade nos serviços advocatícios, quanto a uma especialização que justificasse o contrato por longo tempo e sem os meios adequados da licitação. Ao contrário, a própria Caixa reconhece ser serviço apenas em maior volume do que o normal, porém rotineiro, ordinário e de comum conhecimento de qualquer profissional do direito ou pelo menos de muitos profissionais do direito.

As razões aqui demonstradas não deixam dúvida de que as terceirizações dos serviços advocatícios ou jurídicos da Caixa Econômica Federal do Estado de Sergipe (afirma-se com relação a este Estado por ser o que está incluído no objeto da presente Demanda), extrapolam em muito os ditames da Constituição Federal e das leis regulamentadoras, da razoabilidade e da ponderação de valores para que perpetue tão demorada inércia em se procurar adequar o quadro dos advogados concursados a nova demanda dos serviços exigidos.

Portanto, a invalidade do negócio jurídico resta patente e o seu reconhecimento é uma imposição do direito pátrio.

Como afirmado na sentença, “trata-se de nulidade absoluta, que acompanha os contratos desde o nascedouro. Todavia, como os serviços advocatícios foram prestados, não se pode cogitar pela devolução dos valores pagos às sociedades contratadas, sob pena de se cancelar o enriquecimento sem causa da CAIXA”.

Também acerca do direito à nomeação, andou bem o julgador de primeiro grau quando afirmou “a jurisprudência tem evoluído no sentido de simples expectativa de direito, passar a reconhecer o direito à nomeação se o particular é aprovado dentre as vagas oferecidas pela Administração”. Nesse sentido, vejam-se duas ementas recentes do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À NOMEAÇÃO. DUAS RECORRENTES. CANDIDATA APROVADA ENTRE AS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL TEM DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. RECORRENTE APROVADA NAS VAGAS REMANESCENTES. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A aprovação do candidato no limite do número de vagas definido no Edital do concurso gera em seu favor o direito subjetivo à nomeação para o cargo. Entretanto, se aprovado nas vagas remanescentes, além daqueles previstas para o cargo, gera-se, apenas, mera expectativa de direito.

2. As disposições contidas no Edital vinculam as atividades da Administração, que está obrigada a prover os aprovados no limite das vagas previstas. A discricionariedade na nomeação de candidatos só incide em relação aos classificados nas vagas remanescentes.

3. Não é lícito à Administração, no prazo de validade do concurso público, simplesmente omitir-se na prática dos atos de nomeação dos aprovados no limite das vagas ofertadas, em respeito aos investimentos realizados pelos concursantes, em termos financeiros, de tempo e emocionais, bem com às suas legítimas expectativas quanto à assunção do cargo público. Precedentes: RMS 15.034/RS e RMS 10.817/MG.

4. No caso, uma recorrente foi aprovada dentro do número de vagas disposto no Edital e detém direito subjetivo ao provimento no cargo; a outra candidata foi aprovada nas vagas remanescentes e não comprovou a violação da ordem de convocação dos classificados ou a contratação irregular de servidores, detendo, tão somente, mera expectativa de direito à nomeação.

5. Recurso Ordinário parcialmente provido, para determi-

nar a nomeação, exclusivamente, da candidata aprovada dentro do número de vagas previstas no Edital.

[RMS 25.957/MS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 29.05.2008, *DJe* 23.06.2008]

Servidor público. Concurso para o cargo de oficial de justiça do Estado de São Paulo. Candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital. Direito líquido e certo à nomeação.

1. O concurso representa uma promessa do Estado, mas promessa que o obriga – o Estado se obriga ao aproveitamento de acordo com o número de vagas.

2. O candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, como na hipótese, possui não simples expectativa, e sim direito mesmo e completo, a saber, direito à nomeação.

3. Precedentes: RMS-15.034, RMS-15.420, RMS-15.945 e RMS-20.718.

4. Recurso ordinário provido.

[RMS 19.478/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 06.05.2008, *DJe* 25.08.2008]

No mesmo sentido: RMS 13.963/PB, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17.04.2008, *DJe* 12.05.2008.

O caso é que o Edital nº 01/06 é um cadastro de reserva e há a informação indicando a ausência de vagas no momento. Assim, o pedido de nomeação dos aprovados não pode ser acolhido, não por impossibilidade jurídica do pedido e sim, por ausência de vaga.

Quanto aos honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00 para cada réu, penso que não merece reforma, porquanto foi fixado em consonância com o que dispõe o art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, levando assim em consideração a complexidade da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo necessário para realização, razão pela qual há de se negar provimento ao apelo da parte autora.

Quanto a sucumbência mínima da CAIXA, não a visualizo, pois a mesma foi a responsável pela celebração dos contratos de prestação de serviços advocatícios.

Em relação às despesas a que foram condenadas as partes rés, cumpre esclarecer que se referem às despesas processuais, ou seja, o ressarcimento das custas pagas pela autora e os honorários advocatícios, razão pela qual há de se dar parcial provimento à apelação da VIANA ASSIS ADVOCACIA.

A hipótese é de se dar parcial provimento à apelação da VIANA ASSIS ADVOCACIA tão somente para condenar as partes rés no ressarcimento das custas processuais pagas pela autora e nos honorários advocatícios.

Apenas considero que o cumprimento do presente julgado deve se dar com um certo lapso de tempo que possa levar a uma adaptação da situação de fato da Caixa Econômica Federal. Assim, entendo ser cumprida a decisão no prazo de 90 (noventa) dias após o término do prazo de recursos excepcionais, exista ou não recurso especial ou extraordinário.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 504.830-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EMILIANO ZAPATA LEITÃO (CONVOCADADO)

Apelante: ELIZA ASSUNÇÃO MEDEIROS CLÁUDIO DE ARAUJO

Advs./Procs.: DRS. PAULO FERNANDO NERY LAMARÃO E OUTRO (APTE.), JOÃO REGIS NOGUEIRA MATIAS (4º APDO.), FRANCISCO EDONIZETE TAVARES (5º APDO.) E JOÃO EVANGELISTA CUNHA PIRES (6º APDO.)

Apelados: UNIÃO, ELISA ANTÔNIA DIOGO DE SIQUEIRA, COMPANHIA IMOBILIÁRIA ANTÔNIO DIOGO E OUTROS, ESTADO DO CEARÁ, MUNICÍPIO DE FORTALEZA-CE E JOÃO EVANGELISTA CUNHA PIRES

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. USUCAPIÃO DE DOMÍNIO ÚTIL. JUNTADA DE DOCUMENTOS NA FASE RECURSAL. PRECLUSÃO. PROVAS PRECÁRIAS PRO-

DUZIDAS EM OUTRA AÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO. ATO ADMINISTRATIVO QUE CLASSIFICOU O TERRENO COMO ÁREA DE PRAIA. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. BEM DE USO COMUM DO POVO. IMPOSSIBILIDADE DE USUCAPIR.

- Trata-se de ação de usucapião que tem por objeto o domínio útil de imóvel localizado no Loteamento da Praia Antônio Diogo, atual Praia do Futuro, Fortaleza/CE.

- Argumentam os autores que ocupam o imóvel usucapiendo há mais de vinte anos, possuindo-o, ininterruptamente, de maneira mansa e pacífica, sem qualquer tipo de oposição, com ânimo de enfiteutas, utilizando-o para fins comerciais (“Barraca de Praia”).

- Quanto à possibilidade de consideração do extenso acervo de documentos colacionados pelos autores depois de apresentada a apelação, há de se ressaltar que, ainda que tais documentos tenham sido produzidos em outro processo (Ação Civil Pública nº 2005.17654-5, 4ª Vara Federal/CE), nem todos se tratavam de conteúdo novo à época da prolação da sentença. Observa-se que, no momento oportuno para a apresentação de todo o conjunto probatório apto à satisfação de sua demanda, os autores cingiram-se à apresentação destes documentos, crendo suficientes para o convencimento do juízo sobre seu direito. No caso, havendo outros documentos, àquela época, a indicar a plausibilidade jurídica do pleito autoral, encontra-se preclusa a oportunidade de apresentá-los no presente feito.

- A ação civil pública supramencionada fora proposta pelo Ministério Público Federal, pela União e pelo Município de Fortaleza contra barraqueiros e ocupantes da Praia do Futuro, para suprimir supostas irregularidades na ocupação das barracas, bem como o impacto ambiental existente na exploração de atividade econômica no

local. Transcorridos quase cinco anos entre sua propositura e o presente momento, ainda não se concluiu a perícia técnica. Desta feita, também entendo por inaplicável a utilização de provas precárias, sem caráter conclusivo, ainda que sobre elas não tenha se operado a preclusão.

- Consta nos autos manifestação da Secretaria do Patrimônio da União, datada de 1976 (fl. 64), afirmando que “as terras que ficam entre a Avenida Zezé Diogo e o mar são de marinha, estando situadas em faixa de praia e começam a 200m do antigo Farol de Mucuripe findando na Barra do rio Codó (...) foram aforadas à Companhia Imobiliária Antônio Diogo e seus antecessores, porém estão situadas em faixa de praia (...) não podem atualmente ser alienadas pois constituem faixa de praia e portanto é [sic] de domínio público”.

- Não trazendo os apelantes quaisquer documentos aptos a ilidir a presunção de veracidade do ato administrativo, considera-se que o imóvel está edificado em área classificada como praia, para efeito das Leis nºs 7.661/88 e 9.636/98.

- Em sendo a área objeto da ação situada em área de praia, bem de uso comum do povo, não seria possível sua ocupação individual por particular.

- Não merece prosperar a pretensão aquisitiva dos autores, ainda que estes aleguem a ocorrência de aforamento prévio do imóvel em questão, datado de 1944, visto que, ainda que não se considerasse o imóvel em questão como situado em área de praia, seria impossível a transferência do direito real sem a licença da Secretaria do Patrimônio da União.

- Não trazendo os autores documentos hábeis a comprovar qualquer vínculo mais estável com o imóvel, presume-se a ocorrência de mera ocupação sobre bem público, relação jurídica de natureza precária que não importa em qualquer

reconhecimento de direito para os recorrentes.
- Precedentes desta Corte: AC 200281000037234,
Desembargador Federal Francisco Barros Dias,
TRF5 - Segunda Turma, 08/09/2009; AC 492856/
CE, TRF-5ª Região, Segunda Turma, Rel. Des.
Francisco Barros Dias, 15.06.2010.
- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível, em que são partes as acima mencionadas, acordam os desembargadores federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL EMILIANO ZAPATA LEITÃO -
Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EMILIANO ZAPATA LEITÃO (Convocado):

ELIZA ASSUNÇÃO MEDEIROS CLÁUDIO DE ARAÚJO e MIGUEL CLÁUDIO DE ARAÚJO propuseram Ação de Usucapião do Domínio Útil contra a União Federal, o estado do Ceará, o município de Fortaleza, Elisa Antônia Diogo de Siqueira, seus herdeiros e sucessores - Cia. Imobiliária Antônio Diogo, em liquidação, objetivando usucapir o domínio útil do imóvel localizado no Loteamento da Praia Antônio Diogo, atual Praia do Futuro, Fortaleza/CE.

Argumentam os autores que ocupam o imóvel usucapiendo há mais de vinte anos, possuindo-o, ininterruptamente, de maneira mansa e pacífica, sem qualquer tipo de oposição, com ânimo de enfiteutas, utilizando-o para fins comerciais (“Barraca de Praia”).

Ao final, o MM. Juiz monocrático julgou improcedente o pedido veiculado na inicial, por não entender possível a usucapião do domínio útil de imóvel caracterizado como bem de uso comum do povo.

Apelam os autores, aduzindo que os possuidores de barracas na referida praia são invasores de propriedade particular aforada em 1944, tendo direito a usucapir o domínio útil deste aforamento, haja vista ocuparem tal área por longo período sem qualquer objeção. Alegam ainda que o imóvel não se encontraria em faixa de praia, não sendo possível se fazer tal alegação sem a demarcação da Linha de Preamar Médio de 1831. Reafirmam a validade do título de aforamento do imóvel, sobre o qual não teria se operado a caducidade. Ao final, apresentam prova pericial produzida em Ação Civil Pública (ACP nº 2005.17654-5, 4ª Vara Federal/CE) em que se questiona a localização dos imóveis mencionados.

A União apresenta contrarrazões (fls. 817/1000), reiterando o argumento de que a área usucapienda se encontra em área de praia, restando, portanto, imprescritível. Discorda, ainda, da alegação trazida na perícia colacionada pelos apelantes, que coloca o local em que se encontra edificada a barraca como área de “berma”, zona subsequente à praia. Alega que esta área do “berma” pertenceria à zona de varrido, integrante da praia oceânica. Aduz também a completa impossibilidade de ocupação da área objeto da ação, em virtude de seu caráter (bem público de uso comum do povo), colacionando um extenso acervo de precedentes judiciais. Como adendo à tese da impossibilidade de usucapião do domínio útil do imóvel, alega que deveria ser cancelada qualquer inscrição registrada sobre este, por ser considerado área de preservação permanente (art. 2º do Decreto-Lei nº 1.561/77 c/c o art. 3º, VIII, da Resolução 303/2002 do Conselho Nacional do Meio Ambiente). Sobre o aforamento realizado em 1944, afirma que a gleba contida neste não coincide com a área objeto desta ação. Ademais, restaria esta enfiteuse caduca desde 1995, visto que o enfiteuta, devidamente notificado, encontrava-se inadimplente com a obrigação do pagamento dos foros desde 1989.

Quanto à demarcação da Linha de Preamar de 1831, afirma que foi realizada e aprovada pelo Delegado do Patrimônio da União no estado do Ceará, em 18.10.94, não tendo sido ofertada qualquer impugnação pela parte interessada, que teve ciência do processo administrativo. Assevera que, em 26.09.1976, a Secretaria do Patrimônio da União já havia declarado como área de praia as terras localizadas entre a Avenida Zezé Diogo e o mar, e que hou-

ve acréscimo dessa área em virtude de uma série de aterramentos artificiais realizados pelo poder público.

Por fim, ataca a prova pericial colacionada pela apelante, alegando: a) o não oferecimento de oportunidade para a União acompanhar o procedimento de perícia; b) a não observância da legislação vigente, em específico a Lei nº 7.661/88, que define as áreas de praia, bem como a Lei Municipal de Uso e Ocupação do Solo (Lei nº 7.987/96), que define como área de praia, *non aedificandi*, o trecho entre o mar e o primeiro logradouro público; c) não ter sido considerada a topografia da época para a localização da Linha de Preamar de 1831; d) a parcialidade do perito, que por diversos momentos, teria manifestado juízo de valor sobre questões fora de sua alçada.

Subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

É o relatório.

Inclua-se o feito em pauta para julgamento.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EMILIANO ZAPATA LEITÃO (Relator Convocado):

Trata-se de Ação de Usucapião que tem por objeto o domínio útil de imóvel localizado no Loteamento da Praia Antônio Diogo, atual Praia do Futuro, Fortaleza/CE.

Argumentam os autores que ocupam o imóvel usucapiendo há mais de vinte anos, possuindo-o, ininterruptamente, de maneira mansa e pacífica, sem qualquer tipo de oposição, com ânimo de enfiteutas, utilizando-o para fins comerciais (“Barraca de Praia”).

Cumpra observar, preliminarmente, a possibilidade de consideração do extenso acervo de documentos colacionados pelos autores depois de apresentada a apelação. Há de se ressaltar que, ainda que tais documentos tenham sido produzidos em outro processo (Ação Civil Pública nº 2005.17654-5, 4ª Vara Federal/CE), nem todos se tratavam de conteúdo novo à época da prolação da sentença. À fl. 300 dos autos consta certidão de publicação de ato ordinatório, em 10.09.2007, determinando às partes que especifi-

cassem “as provas que ainda pretendem produzir, esclarecendo sua finalidade no prazo de 05 (cinco) dias”. Em 15.10.2008, fizeram os autores juntada de pareceres da GRPU-CE, acerca da legitimidade da demarcação da Linha de Preamar Média de 1831 da Praia do Futuro e da validade do título de aforamento expedido em 1944. Para os autores, seriam documentos oficiais inquestionáveis, que permitiriam uma decisão favorável aos requerentes. Observa-se que, no momento oportuno para a apresentação de todo o conjunto probatório apto à satisfação de sua demanda, os autores cingiram-se à apresentação destes documentos, crendo suficientes para o convencimento do juízo sobre seu direito. No caso, havendo outros documentos, àquela época, a indicar a plausibilidade jurídica do pleito autoral, encontra-se preclusa a oportunidade de apresentá-los no presente feito. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. BARRACA DE PRAIA EM TERRENO DE MARINHA. OCUPAÇÃO IRREGULAR DE BEM DE USO COMUM DO POVO. USUCAPIÃO DE DOMÍNIO ÚTIL. RECONHECIMENTO IMPOSSÍVEL. BEM OCUPADO POR LONGOS ANOS. BOA-FÉ DA RECORRENTE. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. MINORAÇÃO. APELO PROVIDO EM PARTE.

1. Trata-se de Apelação Cível em Ação Ordinária, interposta contra a sentença *a quo*, que afastou qualquer possibilidade de reconhecimento de domínio útil em favor da ora Apelante, por entender que “não se afigura possível o pedido de usucapião do domínio útil do imóvel descrito na inicial, porquanto não há que se falar em domínio útil ou aforamento de bem de uso comum do povo”.

2. Sobre a juntada de documentos relativos a conclusão de perícia ultimada em outro processo (ACP nº 2005.17654-5, 4ª Vara Federal), acerca de ser a área em litígio classificada ou não como terreno de marinha, esclarece-se que “fazer juntada, àquela altura do *iter* processual, daquela farta documentação de fls. 484-1.026, implica desconhecer o caráter preclusivo de não ter feito prova, à época, de ser a área não só digna de identificação como terreno (ou acrescido) de marinha, como igualmente dos demais critérios que animam toda e qualquer ação de usucapião: posse *ad usucapionem*, de forma mansa e pacífica, com determinado tempo de duração. Portanto,

não basta dizer, por exemplo, que aquela perícia judicial (cf. fls. 493 e segs.), enquanto originária de feito outro que não o presente, constitui-se em documento novo, a que faz menção o art. 397 do CPC, quando o seu teor, embora não possa deixar de ser reconhecido, em importância, em nenhum momento aborda os requisitos específicos de toda e qualquer ação de usucapião”. Assim, desconsidera-se os documentos juntados aos autos relativos à perícia ultimada na ACP nº 2005.17654-5, 4ª Vara Federal-CE, por não serem documentos novos, estando preclusa a oportunidade para se coligi-los a este processo.

3. A União, por seu turno, classificou a área onde a barraca da Recorrente está encravada, quer como uma área de praia, consoante parecer de fls. 100-110, quer como uma mera ocupação de natureza precária, consoante informação de fl. 252 dos autos. Dito parecer demonstra que as barracas da Praia do Futuro, inclusive a da apelante, ocupam um bem público de uso comum do povo.

4. Não se afigura possível o pleito formulado pela recorrente, no sentido de usucapir o domínio útil do imóvel descrito na inicial, vez que não há falar em domínio útil ou aforamento de bem de uso comum do povo.

5. A autorização municipal, aliada à inércia da União durante longos anos, firmam fortemente a presunção de boa-fé no uso do terreno e na exploração do negócio.

6. Precedente da 2ª Turma desta Corte: AC327794/AL, Relator: Des. Federal FRANCISCO BARROS DIAS, julg. 14/09/2009, publ. DJ: 13/05/2009, pág. 108, decisão unânime.

7. Não obstante a sucumbência recíproca, a parcela da qual decaiu a União corresponde ao mínimo, aplicando-se o parágrafo único do artigo 21 do Código de Processo Civil que estabelece a não inversão ou divisão proporcional da sucumbência nestas hipóteses. Desse modo, a apelante deve responder, por inteiro, pelas despesas e honorários. Entretanto, os honorários fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais) são excessivamente onerosos para serem suportados por uma barreira de praia, razão pela qual reduz-se os mesmos para R\$ 300,00 (trezentos reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

8. Apelo conhecido e provido em parte.

(AC 492856/CE, TRF-5ª Região, Segunda Turma, Rel. Des. Francisco Barros Dias, 15.06.2010)

Ademais, a ação civil pública supramencionada fora proposta pelo Ministério Público Federal, pela União e pelo Município de Fortaleza contra barraqueiros e ocupantes da Praia do Futuro, para suprimir supostas irregularidades na ocupação das barracas, bem como o impacto ambiental existente na exploração de atividade econômica no local. Transcorridos quase cinco anos entre sua propositura e o presente momento, ainda não se concluiu a perícia técnica. Desta feita, também entendo por inaplicável a utilização de provas precárias, sem caráter conclusivo, ainda que sobre elas não tenha se operado a preclusão.

Quando da propositura da ação, os autores juntaram aos autos o Parecer nº 024/2003 AGU/NAJ/FOR-FF (fls. 132/142), emitido pela Advocacia Geral da União diante de consulta apresentada pela Secretaria do Patrimônio da União sobre a cobrança de taxa de ocupação por parte da União nos terrenos das barracas. Neste documento é mencionada manifestação da SPU datada de 1976, também colacionada aos autos pelos autores (fl. 64), afirmando que “as terras que ficam entre a Avenida Zezé Diogo e o mar são de marinha, estando situadas em faixa de praia e começam a 200 m do antigo Farol de Mucuripe findando na Barra do rio Codó (...) foram aforadas à Companhia Imobiliária Antônio Diogo e seus antecessores, porém estão situadas em faixa de praia (...) não podem atualmente ser alienadas pois constituem faixa de praia e portanto é *[sic]* de domínio público”.

Sobre o tema, dispõem as Leis nºs 7.661/88 (art. 10) e 9.636/98 (arts. 9º e 10), da seguinte forma:

Lei nº 7.661/88:

Art. 10. As praias são bens públicos de uso comum do povo, sendo assegurado, sempre, livre e franco acesso a elas e ao mar, em qualquer direção e sentido, ressalvados os trechos considerados de interesse de segurança nacional ou incluídos em áreas protegidas por legislação específica.

§ 1º - Não será permitida a urbanização ou qualquer forma de utilização do solo na Zona Costeira que impeça ou dificulte o acesso assegurado no caput deste artigo.

§ 2º - A regulamentação desta Lei determinará as características e as modalidades de acesso que garantam o uso público das praias e do mar.

§ 3º - Entende-se por praia a área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, acrescida da faixa subseqüente de material detrítico, tal como areias, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural, ou, em sua ausência, onde começa um outro ecossistema.

Lei nº 9636/98:

Art 9º. É vedada a inscrição de ocupações que:

I - ocorrerem após 15 de fevereiro de 1997;

II - estejam concorrendo ou tenham concorrido para comprometer a integridade das áreas de uso comum do povo, de segurança nacional, de preservação ambiental, das necessárias à proteção dos ecossistemas naturais, das reservas indígenas, das ocupadas por comunidades remanescentes de quilombos, das vias federais de comunicação, das reservadas para construção de hidrelétricas, ou congêneres, ressalvados os casos especiais autorizados na forma da lei.

Art. 10. Constatada a existência de posses ou ocupações em desacordo com o disposto nesta lei, a união deverá emitir-se sumariamente na posse do imóvel, cancelando-se as inscrições eventualmente realizadas.

Desse modo, não trazendo os apelantes quaisquer documentos aptos a ilidir a presunção de veracidade destes atos da Administração, há que se considerar que o imóvel denominado “Barraça Água na Boca” está edificado em área classificada como praia, para efeito das Leis nºs 7.661/88 e 9.636/98, não merecendo prosperar a pretensão aquisitiva dos autores, ainda que estes aleguem a ocorrência de aforamento prévio do imóvel em questão, datado de 1944, visto que, ainda que não se considerasse o imóvel em questão como situado em área de praia, seria impossível a transferência do direito real sem a licença da Secretaria do Patrimônio da União.

Não trazendo os autores documentos hábeis a comprovar qualquer vínculo mais estável com o imóvel, presume-se a ocorrência de mera ocupação sobre bem público, relação jurídica de natureza precária que não importa em qualquer reconhecimento de direito para os recorrentes.

Nesse sentido, trago à colação julgados desta Corte que versam sobre situação idêntica:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA COLETIVA. BENS PÚBLICOS. PRAIA OU TERRENOS DE MARINHA. IMPERTINÊNCIA DE TÍTULO DE AFORAMENTO EM FAVOR DE TERCEIROS QUE NÃO OS SUBSTITUÍDOS DO AUTOR COLETIVO.

1. A hipótese é de apelação interposta pela ASSOCIAÇÃO DOS EMPRESÁRIOS DA PRAIA DO FUTURO (AEPF) contra a sentença proferida pelo Juízo *a quo*, que, em ação ordinária, julgou improcedente o pedido formulado pela parte ora apelante, decidindo no sentido de afastar qualquer possibilidade de reconhecimento de domínio útil de bem público em favor dos substituídos da autora.

2. É de se considerar tempestivo o recurso de apelação interposto pela Associação, tendo em vista que os embargos declaratórios interpostos às fls. 1098, em 05 de abril de 2005, interrompeu o prazo para interposição do recurso apelatório. Saliente-se que a ausência de registro nos autos da data de publicação da decisão que apreciou os embargos declaratórios, cujo julgamento foi exarado em 09 de novembro de 2005 (fl. 1107), não pode ensejar a presunção, em prejuízo da parte, da intempestividade do recurso de apelação interposto em 01 de dezembro de 2005.

3. No caso dos autos, é de examinar a demanda sobre os seguintes aspectos: ou a área disputada é praia, e, nesse caso, não há como transigir com qualquer possibilidade de aproveitamento de uma antiga carta de aforamento em favor de terceiros, pela própria impossibilidade jurídica do objeto (um bem fora do comércio); ou, por outro lado, seria um terreno de marinha, por desafetação ocasionada pelo recuo urbanizado da área, naquilo que descaracterizou a antiga faixa de praia, sendo essa a tese do apelante, o que, em qualquer caso, não teria o condão de reaproveitamento daquele antigo título em nome de terceiros em face de um bem que, enquanto aforado, jamais tratou de outra área, que não a que poderia ser aforada (onde aí não se incluem as praias).

4. Ao se analisar a matéria sob o primeiro aspecto – ou seja, como área de praia –, basta dizer que, já à época da carta de aforamento, na década de 1940, a esse tipo de bem já se reportava o vetusto Código Civil, em seu art. 66, no que o classificava como “de uso comum do povo”, e como tal insuscetível de qualquer tolerância ocupacional,

muito menos de apropriação privada. É o caso de lembrar que desde a Ordem Régia de 19 de dezembro de 1726 era proibido “edificar nas praias ou avançar sequer um palmo para o mar, por assim exigir o bem público”, o que foi reforçado pela Ordem Régia de 10 de janeiro de 1732, naquilo que não consentia “se aproprie pessoa alguma das praias e mar por ser comum para todos os moradores” (Caio Tácito, *in Temas de Direito Público – Estudos e Pareceres*, Ed. Renovar, 1997, 2º vol., p. 1.740).

5. Desponta no novo Código Civil (art. 99) a mesma natureza jurídica que sempre se emprestou a esse tipo de bem, isso para não falar da Lei nº 7.661, de 16 de maio de 1988, naquilo que deu nítidos contornos a esse tipo de espaço ambiental, conforme o seu art. 10, parágrafo 3º, ao conceituar praias como uma “área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, acrescida da faixa subsequente de material detritico, tais como areias, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural, ou, em sua ausência, onde comece outro ecossistema”. Praia não pode ser conceituada tão-somente como uma área onde se desenvolve o movimento de fluxo e refluxo das marés, porquanto seu conceito extrapola esse sentido, abrangendo até mesmo a faixa seguinte de aglomeração de areia ou assemelhado, pelo menos até onde se manifesta acentuada diferença fisiográfica e sedimentar ou onde começa uma vegetação permanente. Sobre a imperitância que seria a ocupação de área de praia, nada melhor do que se valer da lição de Paulo Affonso Leme Machado, em sua obra sob título “Direito Ambiental Brasileiro”, 11ª ed., Ed. Malheiros, 2003, p. 855, no sentido de que “contraria a finalidade de utilização comum pela população a concessão de parte da praia para clubes construir áreas esportivas, a ocupação por guarda-sóis de edifícios fronteiriços ou a autorização para a construção de bares, restaurantes ou hotéis nas praias”.

6. Embora não se deva confundir área de praia com terrenos de marinha, haja vista as peculiaridades dos regimes aplicados às espécies em cotejo, sabe-se que ambos convivem numa relação de continente para conteúdo, dada a maior abrangência conceitual inerente a esse último tipo de espaço ambiental, situação essa que, não raras vezes, provoca confusões terminológicas ao sabor de inconfessáveis conveniências e desregradas pretensões. De qual-

quer forma, não se pode perder de vista que o Supremo Tribunal Federal, em acórdão que remonta a 28 de agosto de 1936, quando da Apelação Cível nº 4.518, desde então firmou uma distinção entre as praias, “bens de uso comum de que o Estado é mero administrador e, por isso, inalienáveis, imprescritíveis e não suscetíveis de propriedade, posse ou uso exclusivo” e os terrenos de marinha, “bens patrimoniais do Estado” (ob. cit., Caio Tácito). Assim, a se lançar o pressuposto de ser uma faixa de praia, pouco importa a alegação da apelante de que detêm seus substituídos a posse mansa, pacífica e de boa fé da área, considerando-se que, se existem ocupações, em maior ou menor grau, autorizadas pelo poder público, nenhuma delas, em qualquer caso, seria digna de prosperar, mesmo que sob o color de um título, de resto, precário, porquanto não pertencente aos bens patrimoniais disponíveis ou dominiais da União – para usar a feliz classificação de Hely Lopes Meirelles, em sua famosa obra “Direito Administrativo Brasileiro”, Ed. Malheiros, 18ª ed., atualizada por Eurico Andrade Azevedo e Outros, 1993, p. 431. Em suma, se é área de praia, a ninguém pode pertencer, por título particular, senão ao domínio público, entendido em seu sentido de coletividade, tão bem evidenciado por Celso Antônio Bandeira de Mello, ao acentuar que os bens de uso comum do povo devem ser usados “indistintamente por quaisquer sujeitos, em concorrência igualitária e harmoniosa com os demais, de acordo com o destino do bem e em condições que lhe causem uma sobrecarga invulgar” (*apud* José dos Santos Carvalho Filho, *in Manual de Direito Administrativo*, Ed. Freitas Bastos, 1997, p. 638).

7. Por outro lado, a se compreender – sob o segundo enfoque da apelante – que a área ficou descaracterizada como praia, dado o recuo ocasionado pela urbanização do local, no que daí gerou uma predestinação para terrenos de marinha, nem por isso teria o condão de permitir o reaproveitamento daquele título de aforamento dado a terceiros, sabendo-se que, mesmo que o seu conteúdo levasse a entender que estaria a afetar aquele ecossistema praieiro, isso de nada valeria perante o poder público. Ademais, uma coisa é o aforamento, que, de resto, sendo de natureza administrativa, e não civil, não está sujeito à sucessão inter partes sem que lhe autorize o titular do domínio direto - *In casu*, a União. Nesse sentido, Diógenes Gasparini (*in*

Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 72, p. 420), ao assim pontificar: “os direitos do enfiteuta não são transferíveis a terceiros mediante simples aviso ao senhorio para que exerça sua preferência, como sucede no direito privado. A transferência só pode ter lugar mediante prévia licença do SPU”. Outra coisa, bem distinta, é o regime de mera ocupação, como parece ser a situação dos substituídos da apelante, sabendo-se que, nesse caso, a inscrição “terá sempre caráter precário, não gerando, para o ocupante, quaisquer direitos sobre o terreno ou a indenização por benfeitorias realizadas”, a teor do art. 2º, parágrafo 1º, do Decreto-Lei nº 1.561/77.

8. Não há como querer equiparar a ocupação a um verdadeiro aforamento, ainda mais quando esse eg. TRF/5ª Região já decidiu no sentido de que o aforamento deve ser comprovado, não podendo ser presumido. Precedente: (AC 332031/PE. DJ: 25/05/2004 - Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti).

9. Esta Corte Regional em situações muito mais delicadas, que diziam respeito a suposto titular de propriedade com registro imobiliário, ainda assim entendeu como insubsistente essa titulação, o que, a rigor, atende ao art. 198 do Decreto-Lei nº 9.760/46, nos seguintes termos: “A União tem por insubsistentes e nulas quaisquer pretensões sobre o domínio pleno de terrenos de marinha e seus acrescidos, salvo quando originados em títulos por ela outorgados na forma do presente Decreto-Lei”.

10. É de se concluir que: se a área em litígio é praia, daí resulta dizer que seu regime é de indisponibilidade; se é para compreendê-la como terrenos de marinha, sob a perspectiva, não de um aforamento, mas sim de uma precária concessão, não há como em qualquer caso emprestar validade a um título sob um bem aforado que em nada diz respeito aos substituídos da apelante, senão a terceiros que com eles não mantém nenhuma relação negocial, até porque, se o fizessem, sujeitar-se-iam à prévia autorização do titular do domínio direto, a União, o que não ocorreu.

11. Apelação não provida.

(AC 200281000037234, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Segunda Turma, 08/09/2009)

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.505-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Apelantes: TEREZA GIOVANNAADDOBBATI FERNANDES CAVENDISH BARBOSA E PAULO JOSÉ CAVENDISH BARBOSA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Adv./Proc.: DR. NARRIMANN WAKED MCDERMOT (APTES.)

EMENTA: PROCESSO PENAL. PENAL. LEI DE LICITAÇÕES. ART. 96, II, L. 8.666/93. FRAUDE À LICITAÇÃO. VENDA DE MERCADORIA FALSIFICADA. COMPROVAÇÃO. LAUDO. DOLO. EXISTÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO DE ATENUANTE DE SUBSTITUIÇÃO DA MERCADORIA FALSIFICADA. IMPOSIÇÃO DA PENA DE MULTA COM BASE NO ART. 99, § 1º, DA LEI 8.666/91. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. MANUTENÇÃO. ADEQUAÇÃO DA PENA. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. REDUÇÃO. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

- Apelação interposta em face de sentença prolatada que os condenou à pena de 3 (três) anos de detenção e multa de 10 dias-multa, no valor de 2 (dois) salários mínimos vigentes ao tempo do fato, cada um, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento, em razão de infração no disposto no art. 96, II, da Lei 8.666/93.

- A denúncia descreve e restou comprovado que os réus na condição de sócios da empresa que participou no dia 20.03.2003 de procedimento licitatório, na modalidade pregão do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, cujo objetivo era a aquisição de 12 unidades de cartuchos de tinta preta para impressora e copiadora HP

OFFICE JET G55, após o fornecimento dos mesmos, suspeitou-se de sua não originalidade e, por tal razão foi encaminhada amostra à Central de Inteligência da HP do Brasil, para realização de perícia técnica, a qual constatou que o cartucho não era original novo HP e possuía embalagem falsificada.

- Não prosperam as razões recursais relativas à inépcia da denúncia, em face da ausência de individualização da conduta dos apelantes, não comprovando o concurso de pessoas, tendo em vista o teor probatório dos autos. Os recorrentes, pai e filha, faziam parte da empresa que fraudou a licitação. O primeiro, na condição de gerente e procurador, responsável pelo setor de compras, com poderes para assinar cheques e representá-la em suas atividades. A segunda denunciada, por sua vez, na condição de sócia-gerente desde 2001 há de ser responsabilizada nos moldes mencionados na sentença, que comprovou a responsabilidade no crime em questão. Materialidade e autoria comprovadas.

- O verbo do tipo – fraudar – refere-se à finalidade da licitação- selecionar proposta mais vantajosa para contratação com a Administração. O procedimento deve ser realizado com obediência aos princípios da moralidade, impessoalidade e isonomia entre os concorrentes. A utilização de meio ardiloso que impede a apresentação de proposta idônea e em igualdade de competição com os demais licitantes, frustra o direito da Administração e dos concorrentes.

- As circunstâncias atenuantes e relevantes dos arts. 65, III, b, e 66, do Código Penal não podem ser utilizadas porque segundo a jurisprudência e doutrina, a existência de atenuantes não permite a fixação da pena abaixo do mínimo legal, não podendo servir de transposição dos limites máximo e mínimo da pena abstratamente cominada.

- **No que tange à imposição da pena de multa, sendo a Lei 8.666/91 regramento especial em relação ao Código Penal e tendo dispositivo expresso no que tange à aplicação da pena de multa, de se aplicá-lo, no mínimo estabelecido no art. 99, § 1º, da Lei 8.666/91: 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado.**
- **De ser mantido o decisório singular, no que tange ao estabelecimento da conversão da pena privativa de liberdade, por ter evidenciado proporcionalidade e razoabilidade na fixação delimitada na sentença. A prestação de serviços à comunidade é medida que sempre se apresenta proveitosa para reeducação do condenado.**
- **Quanto à pena de prestação pecuniária, deve ser reduzido o quantum de 40 salários mínimos vigentes ao tempo do pagamento, por cada um dos agentes.**
- **Apelação parcialmente provida.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 14 de setembro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de apelação interposta por TEREZA GIOVANNA ADDOBBATI FERNANDES CAVENDISH BARBOSA e PAULO JOSÉ CAVENDISH BARBOSA em face de sentença prolatada pelo juízo da 4ª Vara Federal-PE, Dr. Gustavo Pontes Mazzocchi, que

os condenou à pena de 3 (três) anos de detenção e multa de 10 dias-multa, no valor de 2 (dois) salários mínimos vigentes ao tempo do fato, cada um, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento, em razão de infração no disposto no art. 96, II, da Lei 8.666/93.

Narra a denúncia que os réus são sócios da COMERCIAL SIRACUSE LTDA., que participou no dia 20.03.2003 de procedimento licitatório, na modalidade pregão do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, cujo objetivo era a aquisição de 12 unidades de cartuchos de tinta preta para impressora e copiadora HP OFFICE JET G55. Após o fornecimento dos mesmos, suspeitou-se de sua não originalidade e, por tal razão foi encaminhada amostra à Central de Inteligência da HP do Brasil, para realização de perícia técnica, a qual constatou que o cartucho não era original novo HP e possuía embalagem falsificada. Foram encaminhados cartuchos ao STEC/PE, para fins de exame pericial a partir do confronto com a amostra original encaminhada pela HP Brasil, restando confirmado que os 11 (onze) cartuchos fornecidos pela COMERCIAL SIRACUSE LTDA. estavam contidos em embalagens não autênticas e não possuíam selo de segurança original, tratando-se de produtos falsificados. Aduz que não foram apresentadas notas fiscais pela Empresa. E, tentando-se obter informações sobre reincidência no fornecimento de cartuchos falsificados, algumas pessoas jurídicas foram intimadas para prestar informações e confirmaram o fornecimento de amostra cuja autenticidade foi questionada. Assim, afirmou que os denunciados, sócios da empresa, infringiram o disposto no art. 96, II, da Lei 8.666/93.

Nas razões de seu apelo criminal, aduzem os recorrentes que: a) inépcia da denúncia em face da ausência de individualização da conduta dos apelantes, não comprovando o concurso de pessoas; b) as provas dos autos não apontam que o recorrente PAULO JOSÉ CAVENDISH BARBOSA tenha feito parte do quadro social da empresa COMERCIAL SIRACUSE LTDA., até porque é mero gerente e responsável pelas compras da mesma, não participou da licitação, não fez venda, nem entrega da mercadoria. Portanto, inepta a denúncia quanto ao réu; c) não restou esclarecido de que forma a outra recorrente, TEREZA CAVENDISH BARBOSA tenha concorrido ou cometido o crime, sendo condenada apenas por fazer parte do quadro societário da empresa;

Alegam, ainda, atipicidade da conduta, tendo em vista que: 1) os cartuchos poderiam ter sido trocados pela empresa fornecedora ou qualquer empregado; 2) tanto o pregoeiro quanto a testemunha não puderam identificar nenhum indício de fraude, somente após a assistência de representante da NAGEM (revendedor autorizado) é que se pôde constatar irregularidade no cartucho, ou seja, a falsificação não era detectável por leigo; 3) nenhuma das testemunhas arroladas pelo MPF afirmou que os preços praticados pela COMERCIAL SIRACUSE eram “francamente abaixo dos de mercado”, consoante se prova pelos preços ofertados pelas concorrentes; 4) foram juntadas notas fiscais; 5) os cartuchos fornecidos à CHESF foram defeituosos, e não falsificados, e quanto aos da justiça federal não há prova de falsificação; 6) não é viável que os comerciantes atacadistas e varejistas procedam à verificação de autenticidade de todos os cartuchos de tinta de impressora por técnico ou laboratório para disponibilizá-las ao mercado; 7) a mercadoria foi adquirida de modo regular, através de documentos hábeis, identificando origem e preço; 8) não houve dolo nem culpa porque os recorrentes não tinham conhecimento da irregularidade dos cartuchos, mas boa-fé; 9) a conduta é atípica porque não houve prejuízo para Fazenda Pública, consoante consta da certidão do TRF.

Defendem, em seguida, a inoccorrência de crime consumado, mas mera tentativa, tendo em vista que o crime aperfeiçoa-se com a verificação do prejuízo, que se apresenta ao ensejo do pagamento da respectiva fatura. Assim, se a mercadoria foi alterada, mas for recusada no instante da entrega, o crime será tentado. Aduz que o crime se consuma com a verificação do prejuízo.

Sustentam a existência de circunstâncias atenuantes e relevantes dos arts. 65, III, *b*, e art. 66, ambos do Código Penal, tendo em vista que os documentos de fls. 341, 351 e 352 comprovam que imediatamente após tomar conhecimento da irregularidade dos cartuchos, a empresa solicitou e realizou a substituição. Impugnaram a multa aplicada, aduzindo que é a Lei 8.666/93 quem regula a matéria, sendo mais benéfica aos recorrentes. Assim, defenderam a existência de excesso na condenação, inclusive quanto à pena restritiva de direitos, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, por oito horas semanais e a prestação pecuniária.

Ao fim, requereram o reconhecimento da inépcia da denúncia. E ultrapassada esta preliminar, o acolhimento das razões para reconhecer o crime tentado, levar em conta as atenuantes, a aplicação da pena de multa prevista na Lei 8.666/93 e excesso da condenação. E, assim, dar provimento à apelação para reformar a sentença.

Foi ofertada contraminuta pelo Ministério Público Federal, que pugnou pelo provimento parcial do apelo para fixar a multa nos termos do art. 99 da referida lei.

O Procurador Regional da República opinou pelo provimento do recurso apenas no que tange à fixação da pena de multa.

É o relatório.

Ao douto Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

A hipótese é de apelação interposta por TEREZA GIOVANNA ADDOBBATI FERNANDES CAVENDISH BARBOSA e PAULO JOSÉ CAVENDISH BARBOSA em face de sentença prolatada pelo juízo da 4ª Vara Federal-PE, Dr. Gustavo Pontes Mazzocchi, que os condenou à pena de 3 (três) anos de detenção e multa de 10 dias-multa, no valor de 2 (dois) salários mínimos vigentes ao tempo do fato, cada, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento, em razão de infração no disposto no art. 96, II, da Lei 8.666/93.

A denúncia foi apresentada com base no art. 96, inciso II, da Lei 8.666/93, que tem a seguinte dicção:

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

III - entregando uma mercadoria por outra;

IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato.
Pena - detenção de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Narra a denúncia que os réus são sócios da COMERCIAL SIRACUSE LTDA., que participou no dia 20.03.2003 de procedimento licitatório, na modalidade pregão do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, cujo objetivo era aquisição de 12 unidades de cartuchos de tinta preta para impressora e copiadora HP OFFICE JET G55. Após o fornecimento dos mesmos, suspeitou-se de sua não originalidade e, por tal razão foi encaminhada amostra à Central de Inteligência da HP do Brasil, para realização de perícia técnica, a qual constatou que o cartucho não era original novo HP e possuía embalagem falsificada. Foram encaminhados cartuchos ao STEC/PE, para fins de exame pericial a partir do confronto com a amostra original encaminhada pela HP Brasil, restando confirmado que os 11 (onze) cartuchos fornecidos pela COMERCIAL SIRACUSE LTDA. estavam contidos em embalagens não autênticas e não possuíam selo de segurança original, tratando-se de produtos falsificados. Aduz que não foram apresentadas notas fiscais pela Empresa. E, tentando-se obter informações sobre reincidência no fornecimento de cartuchos falsificados, algumas pessoas jurídicas foram intimadas para prestar informações e confirmaram o fornecimento de amostra cuja autenticidade foi questionada. Assim, afirmou que os denunciados, sócios da empresa, infringiram o disposto no art. 96, II, da Lei 8.666/93.

Compulsando os autos e analisando o arcabouço probatório nele constante, verifico que a sentença submetida a esta corte por força de recurso apelatório, apreciou devidamente a questão quanto à materialidade e autoria do crime tipificado no art. 96, II, da Lei 8.666/93, bem como quanto à inexistência de causas de exclusão de culpabilidade, devendo, neste sentido ser mantida. Eis o teor (excertos):

A materialidade do fato descrito na denúncia vem comprovada pela fotocópia do laudo técnico de fl. 21, pelas notas de empenho de fls. 22/23, auto de apreensão de fl. 48, laudo de exame em material de fls. 71/75, ofício de fl. 111, noticiando prática de comercialização irregular de cartuchos por parte da Comercial Siracuse Ltda., notas de empenho de fls. 196/197, notas fiscais de fls. 198/201,

ofício de fls. 232/233, bem como por documentos outros e depoimentos colhidos tanto na fase inquisitorial quanto em juízo, sob o crivo do contraditório.

Quanto à autoria, o réu Paulo José Cavendish Barbosa (fls. 323/324) confirmou sua condição de sócio-gerente do empreendimento e alegou não lhe ser possível o exame das mercadorias em questão sem danificá-las. Acrescentou não ter condições de verificar visualmente se um cartucho de impressão é contrafeito ou não, o que só poderia ser constatado com o uso. Alegou que as notas fiscais de compra foram entregues à Polícia Federal e que os suprimentos foram adquiridos de uma distribuidora do fabricante HP.

Teresa Giovanna Addobbati Fernandes Cavendish Barbosa (fls. 325/326) expôs que a empresa é administrada por seu pai, o corréu Paulo José, sendo ela sócia e também laborando no local. Noticiou que os 12 (doze) cartuchos apontados como falsos pelo Tribunal Regional do Trabalho foram substituídos, de sorte que nenhum prejuízo resultou ao órgão público. Ponderou que de um total de 112 (cento e doze), apenas 12 (doze) foram considerados ilegítimos. Repisou o argumento de impossibilidade de se verificar se a mercadoria é ou não perfeita. Asseverou não ter condições de detectar a falsidade do produto. Expôs não saber identificar qual a distribuidora onde foram eles comprados, já que adquire mercadoria de diversas delas.

Helen Melo Tavares Verçosa (fls. 416/417), então supervisora da Seção de Material e Patrimônio da Justiça Federal de 1º Grau em Pernambuco, narrou que por ocasião de licitação procedida no órgão foi advertida para que verificasse amostra do produto exibida pela Comercial Siracuse, pois apresentava sinais de falsificação. Essa advertência proveio do representante da Nagem Informática, que também comunicou que a CHESF havia rejeitado idêntico produto. Essa mesma pessoa aconselhou que fosse ele enviado à perícia no escritório central do fabricante. Relatou que assim procedido, retornou laudo atestando a falsificação. A HP, contudo, recusou-se a restituir o cartucho para a comissão de licitação, o que inviabilizou sua remessa à polícia federal e defesa administrativa da Siracuse. Complementou noticiando que a referida empresa, tendo sido cientificada da falsificação, apresentou uma nova amostra, porém agora sem os antes detectados sinais de

adulteração. A falsificação já era perceptível pela própria embalagem, segundo explicou.

Ivaldo Severino da Silva (fls. 418/419), pregoeiro da licitação ocorrida na Justiça Federal de 1º Grau em Pernambuco, esclareceu que o edital solicitava apresentação de amostra do produto. A Comercial Siracuse ofereceu uma amostra. Durante a sessão de apresentação, o representante da Nagem Informática propôs que todas as amostras fossem examinadas, esclarecendo ao depoente, ao final da sessão, que aquela entregue pela Siracuse era falsa e já havia sido empregada em outra licitação. Narrou que, em face disso, entrou em contato com o representante local do fabricante, que sugeriu fosse a cartucho remetido para perícia. O laudo da Central de Inteligência da HP regressou positivo para a falsidade. A Siracuse sagrou-se vencedora da licitação e não houve reclamações acerca do produto por parte dos usuários. Ponderou que pôde perceber a falsidade quando o representante da Nagem apontou as diferenças entre o artigo autêntico e o espúrio. Murilo Gomes Leal Júnior (fls. 420/421), Diretor do Serviço de Material do TRT da 6ª Região, narrou ter sido advertido pela concorrência sobre a possibilidade de falsificação, ante a diferença de preços que se verificava. Decantou que com o recebimento de 12 (doze) cartuchos, um deles foi submetido à perícia do fabricante, que detectou a falsificação. Os 11 (onze) remanescentes foram encaminhados ao Departamento de Polícia Federal. Adscreeveu que o lacre da embalagem daqueles suprimentos tinha coloração diferente da dos originais.

Orlando Enedino da Silva (fls. 422/423), ex-chefe de gabinete da Reitoria da Universidade Federal de Pernambuco, relatou a aquisição de cartuchos de impressão da Comercial Siracuse por meio de pregão eletrônico. Esses cartuchos foram distribuídos entre os vários departamentos da universidade. Verificou-se, todavia, que vários deles apresentaram defeitos, borrando papéis e mostrando-se impréstáveis ao uso. De igual modo, a Universidade também encaminhou um exemplar ao fabricante, que atestou a falsidade. O assunto foi remetido à Polícia Federal.

Roberto Pinfildi (fl. 424), vendedor corporativo da Nagem Informática, distribuidora de produtos HP para as regiões Norte e Nordeste, reportando-se à licitação procedida para aquisição de cartuchos para a Seção Judiciária de Per-

nambuco da Justiça Federal, informou ter percebido que em um dos apresentados a título de amostra havia sido aposto o carimbo da Siracuse, empresa que já tivera outros devolvidos por apresentarem irregularidades. Alertou, então, o pregoeiro. Expôs que a falsificação não era facilmente detectável por pessoa leiga ou não acostumada a lidar com a mercadoria em questão.

Maria Lúcia de Melo (fl. 430), funcionária da Comercial Siracuse, informou não ter como saber se os cartuchos recebidos eram defeituosos ou não. Disse lembrar-se de reclamação alusiva aos do Tribunal Regional do Trabalho, que foram substituídos. Pontuou que esse tipo de mercadoria é adquirida de diversos distribuidores e que a empresa procura sempre aqueles que têm a mercadoria mais barata. Expôs não se recordar do destino dado àqueles devolvidos pelo TRT e tampouco de que tenha havido reclamação por parte da CHESF ou da UFPE.

Ewerton Cerqueira de Oliveira (fl. 431), também funcionário da Comercial Siracuse, nada de relevante acrescentou, limitando-se a narrar a substituição dos cartuchos vendidos ao TRT por outros.

Samuel Cavalcanti Varela (fl. 432) nada de útil somou para o desfecho da causa.

Esse o acervo probatório que se tem.

Pois bem, a administração conjunta da Comercial Siracuse Ltda. pelos acusados é fato incontroverso e que não merece maiores considerações, frente ao que se tem nos autos e o labor conjunto na empresa, circunstância essa não impugnada em fase alguma do procedimento.

No mais, prospera a acusação. Com efeito, a empresa em questão sagrou-se vencedora em diversas licitações, oferecendo preços francamente abaixo dos de mercado para os cartuchos de impressão HP, fato sintomático de que não poderiam suas vendas atender aos padrões de qualidade e especificação da mercadoria disponibilizada.

A comercialização desses bens por valores abaixo dos de mercado, inclusive em patamar inferior aos cobrados pelos próprios distribuidores da marca, qualidade essa que não ostentava, já que mera revendedora, mas não distribuidora, e que não foram capazes de bater suas propostas, já é suficiente para afastar as alegações da defesa no sentido de que os réus não tivessem condições de detectar a fraude. Ora, se estavam vendendo produto que, so-

mado ao seu lucro, ainda assim continuava ostentando preços inferiores aos praticados pelos distribuidores, tinham eles plenas condições de concluir que algo não estava certo.

Mesmo que viessem adquirindo esses suprimentos no mercado, e não providenciando a sua falsificação, poderiam ter, tivessem atuado com mínima diligência, percebido que não provinham de fornecedores em quem se pudesse confiar. Mas, ainda que isso tenha acontecido, preferiram a cômoda posição da inércia, de onde desponta, no mínimo, dolo eventual.

Tampouco se mostra crível que, depois de terem os réus procedido à reposição desse tipo de mercadoria a diversos adquirentes que reclamaram de sua qualidade, não tivessem tido o cuidado de procurar o distribuidor de quem a adquiriram para providenciar a reposição. Não é razoável crer que fosse a empresa arcar com esse prejuízo, quando poderia dele se ver ressarcida, mediante a troca da mercadoria defeituosa junto a quem a forneceu.

E, se houvesse, mesmo, devolvido o produto aos fornecedores, por certo saberia indicá-los, o que não ocorreu, já que informaram os réus não terem condições de apontá-los. Evidente que nem poderiam ter assim agido, pois se o tivessem, teriam tido a falsificação desvendada e, quiçá, delatada. Não restituiriam eles ao fabricante para fins de troca aquilo que sabiam ser falso.

Assim, no caso dos autos, se os agentes não foram os que providenciaram a mercadoria adulterada, ao menos a adquiriram de fornecedores clandestinos, cientes da origem do produto, e a venderam à administração pública em processo licitatório.

É de se enfatizar que não foram casos isolados. Em relação à CHESF, foram nada menos do que 200 (duzentos) cartuchos devolvidos. Em relação à Justiça Federal de 1º Grau, a própria amostra foi recusada e o resultado da perícia formalmente comunicado à Comercial Siracuse Ltda. Quanto ao TRT da 6ª Região, todos os 12 (doze) cartuchos que entregou foram recusados, ou seja, a integralidade do lote. Aliás, aqui cabe fazer uma observação: alegou a ré Teresa Giovanna Addobbati Fernandes Cavendish Barbosa (fls. 325/326) que o TRT invocou vício de qualidade em apenas 12 (doze) cartuchos de um total de 112 (cento e doze). Olvidou de acrescentar em sua colocação,

todavia, que os outros 100 (cem) a que se refere são de modelo, preço e fabricante diverso daqueles de que aqui se cuida. Os da marca HP foram, sim, integralmente contestados. E, conforme aponta o laudo pericial de fls. 71/75, eram todos falsificados.

Não se pode deixar de destacar, também, que, não por acaso, ao ser cientificada de que a Comissão de Licitação da Justiça Federal de 1º Grau havia detectado a falsidade do cartucho remetido a título de amostra, apressou-se em substituí-lo por outro, agora autêntico. No caso do Tribunal Regional do Trabalho da 6.ª Região, também foram entregues outros 12 (doze) cartuchos, todos autênticos, depois de questionada a legitimidade dos primeiros.

Esses fatos já são mais do que suficientes para comprovar que a Comercial Siracuse Ltda. bem sabia distinguir a mercadoria autêntica da falsificada. Não é crível que, de um enorme lote contrafeito que eventualmente pudesse ter recebido de algum fornecedor, por mero acaso tivesse conseguido, agora, ocasionalmente, selecionar um cartucho autêntico para remeter à Comissão de Licitação da Justiça Federal de 1º Grau e 12 (doze) também verdadeiros, que encaminhou ao Tribunal Regional do Trabalho em reposição dos anteriores, falsos. Isso sem deslembrar que todos os episódios de que aqui se cuida ocorreram entre abril e maio de 2003.

É válido registrar que a empresa em questão apresenta histórico de fraude em licitações. Afora os episódios aqui invocados, o segundo acusado responde a processo por idêntica espécie de conduta na Justiça do Estado. Ainda há o registro do emprego de documento falsificado empregado perante a CHESF, que supostamente teria sido obtido junto à Prefeitura do Município de Bonito, conforme indicam os documentos de fls. 297/302.

Era ônus da defesa a prova dos fatos negativos, impeditivos ou modificativos da pretensão acusatória, ônus do qual não se desincumbiu. Dessa forma, se a todo instante insistem os réus que compraram regularmente essa mercadoria e que não tinham conhecimento da falsificação, cabia-lhes ter apontado de quem e quando o fizeram, providência da qual se demitiram, mediante a simplória alegativa de que não podem precisar quem são seus fornecedores, porque são muitos.

Em um universo finito e restrito de fornecedores de mate-

rial de informática, e considerando-se que esses dados constam dos livros e registros de qualquer empresa regular, eram eles de facilíma obtenção. Se a Comercial Siracuse Ltda. não teve interesse em apontar quem era o responsável pelas vendas de todos os seus artigos, o que bem poderia ter procedido exibindo em juízo o total de suas vendas, o seu controle de estoque e o quanto e de quem comprou cartuchos HP, não pode invocar essa justificativa como álibi. A simples juntada dos documentos de fls. 332/333 não se presta a esse desiderato, pois não é suficiente para comprovar o total de mercadoria adquirida e o total vendido.

À luz desse panorama, tenho que a autoria resultou satisfatoriamente delineada.

Então, porque presentes os elementos do fato típico, tanto o subjetivo dolo, quanto os objetivos – descritivos e normativos – contidos na norma penal incriminadora, e tendo em conta que não agiu o réu sob qualquer excludente de ilicitude e, ainda, considerando-se que é culpável, porquanto maior de 18 anos, com maturidade mental, que, com consciência da ilicitude do fato, sendo livre e moralmente responsável, reunia aptidão e capacidade de autodeterminação para decidir-se pelo direito e contra o crime, a condenação é medida que se impõe.

Os fatos narrados, as provas colhidas e análise percuciente levada a efeito pelo Juízo de primeiro grau não deixa dúvida quanto a fato da empresa contratante ter entregue produto falsificado e que restou devidamente comprovada essa circunstância.

Por outro lado, não há hipóteses de exclusão da culpabilidade ou da antijuridicidade, motivo pelo qual se torna obrigatória a confirmação da sentença recorrida.

Não merecem prosperar as razões recursais, relativas à inépcia da denúncia, em face da ausência de individualização da conduta dos apelantes, não comprovando o concurso de pessoas, tendo em vista o teor probatório dos autos. Os recorrentes, pai e filha, faziam parte da empresa que fraudou a licitação. O primeiro, na condição de gerente e procurador, responsável pelo setor de compras, com poderes para assinar cheques e representá-la em suas atividades, como afirmou o primeiro denunciado em seu interrogatório (fl. 88). A segunda denunciada, por sua vez, na condi-

ção de sócia-gerente desde 2001 há de ser responsabilizada nos moldes mencionados na sentença, que comprovou a responsabilidade no crime em questão.

Observe-se que os recorrentes atuaram por meio da pessoa jurídica – Empresa Siracuse Ltda., no entanto, foram responsáveis pela conduta ilícita e fraudadora à licitação no TRT da 6ª Região.

As razões acostadas na sentença espargem quaisquer dúvidas quanto à existência de atipicidade da conduta. Acreditar que os cartuchos poderiam ter sido trocados pela empresa fornecedora ou qualquer empregado é dar azo ao inverossímil, ainda mais quando restou consignado que a Empresa em outras oportunidades tentou repassar cartuchos de impressora falsificados. A ideia de que a falsificação não era detectável por leigo também, não tendo os recorrentes condições de saber que o produto adquirido era falsificado não merece prevalecer. Quando questionada que o produto poderia ser falsificado, cuidou de substituí-los por originais, que satisfizeram os requisitos da licitação, não incorrendo em nova fraude. Ademais, com as reiteradas impugnações de outros órgãos, relativos a cartuchos de impressora e a inércia em indicar o fornecedor/distribuidor do bem, ou até mesmo de inquire-lo, exigindo explicações e necessidade de reposição da mercadoria.

Apesar de corroborar o entendimento de que não é viável que os comerciantes atacadistas e varejistas procedam a verificação de autenticidade de todos os cartuchos de tinta de impressora por técnico ou laboratório para disponibilizá-las ao mercado, empresa séria, que se preocupa com os bens que são adquiridos e comercializados tem interesse na compra de mercadorias em distribuidores autênticos e, quando reiteradamente questionada a comercialização, sob indicativo de fraude, tem a obrigação de diligenciar na busca de fornecedores legítimos, passando a questionar os anteriores vendedores. De tal forma não procedeu a Empresa Siracuse, por meio de seus representantes, ora recorrentes.

Da mesma forma, não há de ser acolhida a tese de que a conduta é atípica porque não houve prejuízo para Fazenda Pública, consoante consta da certidão do TRF, tendo em vista que os cartuchos falsificados de impressora foram substituídos.

O verbo do tipo – fraudar – refere-se à finalidade da licitação-selecionar proposta mais vantajosa para contratação com a Administração. Ocorre que tal procedimento é realizado com obediência a princípios da moralidade, impessoalidade e isonomia entre os concorrentes. Assim, a utilização de meio ardiloso que impede a apresentação de proposta idônea e em igualdade de competição com os demais licitantes, frustra o direito da Administração e dos concorrentes.

A conduta ilícita constante do inciso II do art. 96 sugere descompasso entre a proposta efetivada e a mercadoria entregue. A Administração seleciona proposta para obtenção de mercadoria verdadeira ou perfeita e recebe, ao invés, mercadoria falsificada ou deteriorada.

Assim, consoante a conduta que restou estabelecida nos autos, não se pode acatar a tese de que o crime foi tentado e não consumado. O prejuízo restou consubstanciado na contratação de Empresa que laborou em irregularidade, em detrimento dos demais licitantes.

No tocante à dosimetria da pena, o magistrado singular manifestou-se nos seguintes termos:

Quanto a Tereza Giovanna Addobbati Fernandes Cavendish Barbosa, da análise das circunstâncias judiciais – art. 59 do Código Penal –, tenho que a acusada obrou com culpabilidade normal para delitos da espécie, isso dentro da respectiva moldura de imputação subjetiva. Quanto aos antecedentes, até então não denegridos, não desabonam. A conduta social, desconhecida do Juízo, não é fator negativo na valoração. Em relação à personalidade, não aparenta transtornos antissociais. Motivos, a vontade de lucro fácil. Circunstâncias normais para delitos da espécie e consequências ínsitas ao próprio tipo. O comportamento da vítima não contribuiu.

Sendo assim, e sopesando essas várias operacionais, tenho por bem fixar a pena-base em 3 (três) anos de detenção. Não incidem atenuantes ou agravantes, pelo que remanesce inalterada a pena provisória. Tampouco incidem causas especiais de diminuição ou aumento de pena, pelo que torno definitiva a pena antes fixada.

A multa, atentando aos vetores do art. 59 do Código Pe-

nal, bem como à condição econômica da ré, boa, vai fixada em 10 (dez) dias-multa, ao valor de 2 (dois) salários mínimos vigentes ao tempo do fato, cada, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento.

No que toca a Paulo José Cavendish Barbosa, da análise das circunstâncias judiciais – art. 59 do Código Penal –, tenho que atuou com culpabilidade normal para delitos da espécie, isso dentro da respectiva moldura de imputação subjetiva. Quanto aos antecedentes, até então não deneigrados, não desabonam. A conduta social, desconhecida do juízo, não é fator negativo na valoração. Em relação à personalidade, não aparenta transtornos antissociais. motivos, a vontade de lucro fácil. Circunstâncias normais para delitos da espécie e conseqüências ínsitas ao próprio tipo. o comportamento da vítima não contribuiu.

Sendo assim, e sopesando essas várias operacionais, tenho por bem fixar a pena-base em 3 (três) anos de detenção. Não incidem atenuantes ou agravantes, pelo que remanesce inalterada a pena provisória. Tampouco incidem causas especiais de diminuição ou aumento de pena, pelo que torno definitiva a pena antes fixada.

A multa, atentando aos vetores do art. 59 do Código Penal, bem como à condição econômica do réu, boa, vai fixada em 10 (dez) dias-multa, ao valor de 2 (dois) salários mínimos vigentes ao tempo do fato, cada, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento.

Quanto à dosimetria, os recorrentes defenderam a existência de circunstâncias atenuantes e relevantes dos arts. 65, III, *b*, e art. 66, ambos do Código Penal, tendo em vista que os documentos de fls. 341, 351 e 352 comprovam que imediatamente após tomar conhecimento da irregularidade dos cartuchos a empresa solicitou e realizou a substituição. Da mesma forma, insurgiram-se em relação à multa aplicada, aduzindo que é a Lei 8.666/93, que regula a matéria, sendo esta mais benéfica aos recorrentes. Assim, defenderam a existência de excesso da condenação, inclusive quanto à pena restritiva de direitos, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, por oito horas semanais e a prestação pecuniária.

Inicialmente, constato que, realmente, como aduziram os recorrentes, após a entrega dos cartuchos falsificados, e o questio-

namento a respeito da autenticidade dos mesmos, procederam à substituição por originais. O juiz fixou a pena base, para cada um dos denunciados, em 3 (três) anos de detenção e multa de 10 dias-multa, no valor de 2 (dois) salários mínimos vigentes ao tempo do fato. Contudo, as circunstâncias atenuantes e relevantes dos arts. 65, III, *b*, e 66, do Código Penal não podem ser utilizadas porque segundo a jurisprudência e doutrina, a existência de atenuantes não permite a fixação da pena abaixo do mínimo legal, não podendo servir de transposição dos limites máximo e mínimo da pena abstratamente cominada.

No que tange à imposição da pena de multa, sendo a Lei 8.666/93 regramento especial em relação ao Código Penal e tendo dispositivo expresso no que tange à aplicação da pena de multa, de se aplicá-lo, havendo necessidade, portanto de reformar a aplicação da pena de multa fixada.

Dispõe o art. 99 da Lei 8.666/93:

Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.

§ 1º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2 (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação.

§ 2º O produto de arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.

Desta feita, tomando por base a análise das circunstâncias judiciais estabelecidas na sentença singular, e o fato de que os réus procederam à entrega dos cartuchos originais objetos da licitação, fixo a pena de multa no mínimo estabelecido no art. 99, § 1º, da Lei 8.666/93: 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado.

Por fim, defenderam os apelantes a existência de excesso da condenação, quanto à conversão da pena privativa de liberdade para pena restritiva de direitos, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, por oito horas semanais e prestação pecuniária consistente no pagamento em dinheiro a entidade pública ou

privada com destinação social, da importância de 60 salários-mínimos vigentes ao tempo do pagamento por cada um dos agentes, na forma do art. 45, § 1º, do CPB.

Entendo que inexistiu omissão no tocante à fundamentação da referida conversão. Primeiro porque as razões declinadas nas circunstâncias judiciais e cálculo da pena definitiva foram suficientes para dar subsídio à condenação e conversão da pena privativa de liberdade, não necessitando de nova fundamentação e acréscimos. Depois, porque, verificadas as condições do agente e prática do crime, é do arbítrio do magistrado sopesar os aspectos favoráveis e desfavoráveis e, fixar a pena-base e, em seguida, a definitiva, realizando, se for o caso a conversão.

Assim, mantenho o decisório singular, no que tange ao estabelecimento da conversão da pena privativa de liberdade, por ter evidenciado proporcionalidade e razoabilidade na fixação delineada na sentença. Ademais, tenho que a prestação de serviços à comunidade é medida que sempre se apresenta proveitosa para reeducação do condenado.

Quanto à pena de prestação pecuniária, entendo que deve ser reduzido o *quantum* de 60 salários mínimos, vigentes ao pagamento por cada um dos agentes, estabelecido pelo julgador singular. A quantia se mostra excessiva, especialmente levando em consideração documentos acostados no Inquérito Policial, consistente em boletim de vida pregressa do indiciado, dando conta de que os recorrentes, pai e filha, percebem, mensalmente, rendimentos em valores de R\$ 5.000,00 e R\$ 1.000,00, respectivamente.

Contudo, verifica-se que não foram anexados comprovantes de declaração de IRPF, para ratificar tais valores. Não sendo os documentos provas *juris et juris* de veracidade, entendo que o valor da pena pecuniária deve ser reduzido para o importe de 40 salários-mínimos, vigentes ao pagamento, por cada um dos agentes.

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação, para fixar a pena de multa, consoante o disposto no art. 99, § 1º, da Lei 8.666/93: 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado e reduzir a pena pecuniária para fixá-la no importe de 40 salários-mínimos, vigentes ao pagamento, por cada um dos agentes.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.904-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelante: TARCIANA DO NASCIMENTO VIANA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Adv./Proc.: DR. MARCELO DA SILVA VIEIRA (APTE.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. PECULATO (ART. 312, § 1º, C/C ART. 327, § 1º, TODOS DO CP). TRANSFERÊNCIAS FRAUDULENTAS ENTRE CONTAS, PRATICADA POR ESTAGIÁRIA DA CEF. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. MUDANÇA NA CAPITULAÇÃO LEGAL HAVIDA NA SENTENÇA (DE ESTELIONATO, COMO QUIS O MP, PARA PECULATO, COMO RESOLVIDO PELO JUIZ). POSSIBILIDADE. AJUSTE NECESSÁRIO, APENAS, NA DOSIMETRIA DA PENA. PARCIAL PROVIMENTO DO APELO.

- Restando robustamente comprovadas a autoria, bem como a materialidade do delito em questão, notadamente pelas provas testemunhais produzidas, que apresentam harmonia e consonância entre si e com as provas documentais produzidas, é de se manter a condenação da ré, nas sanções do art. 312, § 1º, do CP.

- Aliás, impende registrar que não há como enquadrar os fatos delituosos apurados nos autos como capituláveis no art. 171, § 3º, do CP (a ré, valendo-se da condição de estagiária da CEF, obteve a senha de um correntista e realizou transferência fraudulenta desta conta, no valor de mil reais, para a conta de um amigo, ao qual solicitara que recebesse os referidos valores, repassando-lhe em seguida); para a configuração do delito de estelionato é necessário que o agente induza ou mantenha em erro a vítima por meio de fraude ou outro artifício – além, é claro, da

obtenção da vantagem e do prejuízo alheio; aqui, a vítima (seja o correntista, seja instituição bancária) não foi enganada no sentido jurídico da expressão (e tanto que não realizou, de sua própria mão, a tradição da quantia subtraída).

- A hipótese, é portanto, de peculato-furto (trazida no parágrafo primeiro do art. 312 do CP), que ocorre quando o agente não tem propriamente a posse do bem, dinheiro ou valor, mas o subtrai (ou concorre para a subtração), valendo-se da facilidade que a função de funcionário público lhe proporciona.

- Contrariamente ao que se sustenta, o caso não é de mutatio libelli, mas (apenas) de emendatio libelli, conforme previsto no art. 383 (em sua redação original, vigente à época da sentença), para quem “O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”.

- Na qualidade de estagiária da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, instituição bancária sob forma de empresa pública, a ré está inserida nas funções transitórias exercidas no serviço público, ou seja, ela ostentava a condição de funcionária pública por equiparação, o que enseja a aplicação do art. 327 do CP.

- Mantida a condenação, merece reparos a sentença quanto à dosimetria aplicada: primeiro, no que concerne à pena-base, pois nada há que justifique sua exasperação nos moldes como feito na sentença (o comportamento da ré não revela culpabilidade ou mesmo grau de reprovabilidade elevados e nada há nos autos que justifique sua fixação acima do patamar mínimo), daí por que tenho por fixar a pena-base no mínimo legal; depois, deve-se afastar a agravante genérica trazida no CP, art. 61, II, g (violação do dever funcional), à vista de ser, esta, idêntica à elementar

do tipo no crime de peculato, o que implicaria dupla punição pelo mesmo motivo; por fim, não se pode aplicar continuidade delitiva, porquanto o suposto segundo saque fraudulento (de quinhentos reais) não foi provado nos autos (“provavelmente” teria vindo de uma conta na CEF, mas certeza não se tem).

- Na primeira fase da dosimetria, então, fixa-se a pena-base no mínimo legal, qual seja, em 02 (dois) anos de reclusão; na segunda fase, incorrem, na hipótese, circunstâncias agravantes/atenúantes; deixo de aplicar a atenuante de confissão (art. 65, III, d, do CP), como feito na sentença, visto que as circunstâncias dessa categoria não podem reduzir a pena abaixo do mínimo legal; na terceira e última fase, nada há que implique o aumento/redução da pena, resultando a pena privativa de liberdade em 02 (dois) anos de reclusão.

- Raciocínio análogo para a pena de multa: pena inicial no mínimo, ou seja, 10 (dez) dias-multa, mantendo-se certo paralelismo com a pena-base da sanção privativa de liberdade; em segunda-fase, fixação do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, porquanto a apelante não possui condições financeiras portentosas.

- Apelação criminal parcialmente provida.

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 apelação criminal, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 14 de outubro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Cuidam os autos de apelação criminal interposta por TARCIANA DO NASCIMENTO VIANA contra sentença da lavra do MM. Juiz Federal 3ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas que, julgando procedente a denúncia, restou por condenar a referida acusada pela prática da conduta tipificada no art. 312, § 1º c/c art. 327, § 1º, todos do CP, aplicando-lhe as penas de 3 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão (em regime semiaberto), substituída por uma pena restritiva de direitos, mais 40 (quarenta) dias-multa, calculados ao valor unitário de 1/6 (um sexto) do salário mínimo.

Em suas razões de apelo, pleiteia a recorrente a anulação da sentença ao argumento de que não fora denunciada pelo delito de peculato, sustentando a ocorrência de *mutatio libelli*. Aduz, ainda, que não é servidora pública, mas somente estagiária, o que, segundo entende, ensejaria a não incidência da elementar normativa do tipo do art. 312 do CP. Alternativamente, pede a reforma da sentença no tocante à dosimetria aplicada.

Foram apresentadas contra-razões (fls. 205/210).

Já nesta instância, foram os autos enviados à Procuradoria Regional da República, retornando com opinativo pelo provimento parcial da apelação, apenas para afastar a agravante prevista no art. 61, II, *g*, do CP.

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):

Consta dos autos que TARCIANA DO NASCIMENTO VIANA, valendo-se da facilidade que lhe proporcionava a condição de estagiária da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF (agência Graciliano Ramos, em Maceió/AL), obteve a senha do correntista Ma-

noel Gonçalo da Silva e, no dia 17.01.2006, realizou transferência irregular da conta deste, no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais), para a conta em nome de Ailkson Farias de Lima, amigo da acusada.

Em 18.01.2006, houve outra transferência nos mesmos moldes (de uma conta não informada e também com destino à conta de Ailkson) desta vez no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais)¹.

Ao apelar, a defesa sustenta a nulidade da sentença, argumentando que: a) a ré fora denunciada por estelionato, mas condenada pelo crime de peculato, em pretensão *mutatio libelli* proscrito; b) a acusada não seria funcionária pública, mas somente estagiária, o que, segundo entende, não ensejaria a incidência da elementar normativa do tipo do art. 312 do CP.

Alega, ainda, excesso nas penas aplicadas, aduzindo que os valores envolvidos na questão foram de pequena monta e que houve devolução de parte do valor a um dos correntistas, pelo que pede sua absolvição ou, alternativamente, a redução das penas aplicadas.

De início, entendo fartamente comprovadas a materialidade (Of. 004/2006 à fl. 03; Of. 31/2006 - 01 e docs. às fls. 29/32; cópia de extrato bancário, à fl. 52), bem como a autoria do delito em tela.

Ao ser ouvida na esfera policial, bem assim em Juízo (fls. 50/51 e 156), a testemunha Ailkson Farias de Lima informou que a ré havia lhe solicitado os dados da conta dele (na CEF), com o objetivo de receber valores que seriam transferidos por um primo (dela); disse-lhe que não poderia receber a aludida quantia em sua própria conta corrente, uma vez que, tratando-se de conta-salário, o ato geraria descontos.

Atendendo ao pedido da amiga (acusada/apelante), Ailkson Farias de Lima forneceu os dados bancários solicitados e, após a

¹ Of. nº 043/2007/RESEG - EXT. MACEIÓ, da CEF, datado de 02/04/2007 (fl. 77), informando a Autoridade Policial da impossibilidade de identificação do titular da conta objeto da conta lesada, uma vez que o sistema cooperativo guarda tais registros apenas durante 12 meses.

efetivação da transferência, sacou o respectivo numerário entregando-o a TARCIANA na própria agência em que esta trabalhava. Ailkson declarou, também, não ter recebido nenhuma quantia para isto.

As informações prestadas por Ailkson de Lima foram confirmadas pelo testemunho de Anderson Bernardo de Lima Rodrigues, ouvido na esfera policial (fls. 54/55), ocasião em que este declarou, também: que recebera um telefonema de TARCIANA VIANA com o pedido idêntico àquele feito a Ailkson, e que não forneceu tais dados, pois não portava naquele momento o cartão e não sabia o número da conta; que estava na companhia de Ailkson de Lima em uma das vezes que este entregou a TARCIANA VIANA o valor sacado, presenciando, inclusive, o momento em que ela pediu que o dinheiro fosse colocado em um envelope, sob a alegação de que não poderia manusear dinheiro no recinto bancário; que Ailkson procedeu da forma solicitada por TARCIANA; viu o momento em que ela ofereceu a Ailkson quantia de R\$ 10,00 (dez reais) para o almoço, mas este recusou dizendo que “favor se paga com favor”.

Ao ser ouvida perante a Autoridade Policial (fls. 59/63), a acusada deu uma primeira versão aos fatos, afirmando, dentre outras coisas:

... QUE salvo engano, em dezembro do ano passado, conheceu o indivíduo que se identificou como RICHARD na praia da Pajuçara; QUE tal indivíduo disse que era natural da Holanda; QUE a partir de então, passou a ter um relacionamento amoroso como o mesmo; QUE RICHARD não falava bem o idioma nacional; QUE durante o período do relacionamento, ou seja, três meses, informa que RICHARD estava hospedado no HOTEL SOL E MAR, localizado no bairro da Pajuçara, próximo a uma pracinha e uma locadora de carro - RENT A CAR; ... manteve contatos pessoais com RICHARD, durante 15 dias, e depois só realizaram contatos via telefone; QUE RICHARD nunca lhe passou seu telefone pessoal, ligando sempre de orelhões e de um número que só apareciam zeros; QUE manteve contatos telefônicos com RICHARD até pouco antes do carnaval; QUE RICHARD lhe disse que iria embora do Brasil antes do carnaval; QUE na oportunidade em que manteve conta-

to pessoal com RICHARD, este lhe pediu uma conta de um amigo da interrogada para transferir um dinheiro para ela (interrogada); QUE na época, a interrogada perguntou se não serviria a sua conta, e RICHARD alegou que não poderia, pois a interrogada tinha informado que recebia o salário na conta; ... acredita que RICHARD queria ajudar, pois sabia que a interrogada tinha algumas dívidas; QUE em momento algum, pediu dinheiro a RICHARD; ... QUE RICHARD telefonou e pediu o número da conta; QUE a interrogada chegou a inquiri-lo se isto seria um problema, tendo RICHARD respondido que não era trambiqueiro; ... QUE depois de aproximadamente sete dias, RICHARD telefonou para a interrogada e comunicou que tinha transferido um dinheiro, mas não mencionou o valor; ... QUE salvo engano, com uma semana ou quinze dias, a interrogada recebeu um novo telefonema de RICHARD, este que tinha depositado mais R\$ 500,00 (quinhentos reais); ... QUE não conhece MONOEL GONÇALO DA SILVA e WILMA DE VASCONCELOS BEZERRA; QUE RICHARD não sabia que a interrogada trabalhava na Caixa Econômica Federal; QUE não repassou a RICHARD qualquer dinheiro dos R\$ 1.500,00 transferidos ...; ... QUE RICHARD possui os seguintes dados físicos: idade aproximada de 38 anos, moreno, altura entre 1,65m e 1,70m, cabelos curtos, lisos e castanhos, olhos castanhos claros, imberbe, sem cicatrizes ou tatuagens aparente, sotaque estrangeiro; QUE depois do período próximo ao carnaval do presente ano, RICHARD não realizou mais contato com interrogada.

Consta, nos autos, informação (fl. 74) de que, durante as investigações policiais, diligências foram realizadas por agentes com o objetivo de localizar o hotel ou pousada com denominação “SOL E MAR”, supostamente localizado na Pajuçara (conforme descreveu a própria TARCIANA), sem que nenhum estabelecimento foi encontrado naquela região com o referido nome.

Através de entrevistas com funcionários de hotéis, pousadas e agências de turismo na área foi identificado o “HOTEL POUSSADA SOL E MAR”, situado na Praia da Avenida - Centro (Maceió / AL), e por contato telefônico foi solicitado a um dos funcionários que averiguasse junto as fichas dos hóspedes o registro de al-

guém com o nome de RICHARD, no período de novembro/2005 a janeiro/2006, mas nenhum registro assim foi encontrado.

Em Juízo, a acusada TARCIANA mudou completamente seu depoimento (fl. 122), afirmando (entre outras coisas):

... que confirma ter tido acesso a senha do correntista Manoel Gonçalo da Silva; que esse acesso foi obtido através do próprio correntista que entregou para a denunciada a sua senha e o seu cartão, que dias antes desse fato, tinha pedido emprestado para o Sr. Manoel Gonçalo a quantia de R\$ 1.000,00 para pagar algumas dívidas e que o mesmo não respondeu nem que sim, nem que não, mas que posteriormente, como já dito, entregou para a interrogada a sua senha e o seu cartão. Assim, a denunciada fez a transferência do valor para a conta de Ailkson Farias de Lima; que mentiu em seu interrogatório na Polícia Federal porque ficou muito nervosa e com medo de ficar presa.

As explicações dadas pela acusada durante a fase investigatória foram desmentidas pela própria em Juízo. E não há como prevalecer a alegação da ré de que esta recebera autorização do próprio titular da conta corrente, Sr. Manoel Gonçalo da Silva, para transferir e sacar a quantia de R\$ 1.000,00 (um mil reais) e que este não se recorda de tal fato por ter idade avançada. Não restou consignada nos autos (nem pela a Autoridade Policial nem pelo julgador monocrático) qualquer percepção quanto a uma possível debilidade na saúde ou discernimento do mencionado correntista.

Os testemunhos de Ailkson Fariam de Lima (repita-se, titular da conta que recebera por transferência os valores indevidos, amigo da acusada, por esta chamado de “MARQUINHO” no depoimento desta durante o Inquérito) é coerente, retrata com riqueza de detalhes os fatos que antecederam as condutas delituosas que motivaram a denúncia e apresenta consonância e harmonia com as demais provas produzidas, notadamente os depoimentos prestados pelo correntista lesado, Sr. Manoel Gonçalo da Silva, e por Anderson Bernardo de Lima Rodrigues, também amigo da acusada.

Também não merece prosperar a alegação de ser inadequada a desclassificação da conduta pelo julgador monocrático ao prolatar a sentença, caracterizando (segundo entende a defesa) a chamada *mutatio libelli*.

O caso aqui é de *emendatio libelli*, trazida no CPP, em seu art. 383, que, em sua redação original (vigente à época da prolação da sentença) previa:

Art. 383. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. (Redação original)

A hipótese não se refere à matéria fática (quando os fatos narrados na inicial são dissonantes daqueles apurados durante a instrução - CPP, art. 384), mas apenas de um equívoco na tipificação feita na peça vestibular. O devido enquadramento legal pode, perfeitamente, ser efetivado quando da prolação da sentença. O réu se defende dos fatos e não há prejuízos para este, ainda que o novo enquadramento importe a aplicação de pena mais severa.

De igual modo, não merecem guarida os argumentos de que a conduta narrada na denúncia se trata de estelionato e, por não ostentar a condição de funcionária pública, a ré (estagiária da CEF à época do crime) não poderia responder pelo delito ínsito no art. 312 do CP.

O delito de peculato apresenta quatro modalidades: duas no *caput* do art. 312 do CP, quais sejam, peculato-apropriação (na 1ª parte – consuma-se quando o agente que tem a posse atua como se fosse seu o objeto material) e o peculato-desvio (na 2ª parte – quando o agente, também detendo a posse, efetiva o desvio propriamente dito em proveito material ou moral próprio ou alheio, sendo suficiente para a caracterização do delito que o funcionário dê ao objeto material destinação diversa da prevista, independente de que o fim almejado seja efetivamente alcançado); as outras duas modalidades estão previstas nos parágrafos do referido dispositivo, no primeiro, o peculato-furto, e no segundo, o peculato culposo.

O peculato-furto ocorre quando o agente não tem propriamente a posse do bem, dinheiro ou valor, mas o subtrai (ou concorre para a subtração), valendo-se da facilidade que a função de funcionário público lhe proporciona. E é justamente esta a hipótese dos autos.

No caso do delito de estelionato, no entanto, é necessário que o agente induza ou mantenha em erro a vítima por meio de fraude ou outro artifício (além, é claro, da obtenção da vantagem e do prejuízo alheio). No caso em tela, a vítima (seja o correntista, seja instituição bancária) não foi enganada no sentido jurídico da expressão (e tanto que não realizou, de sua própria mão, a tradição da quantia subtraída).

E não socorre a apelante o fato de ser estagiária e não funcionária da CEF. É que o art. 327 do CP dispõe, *in verbis*:

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

Assim, na qualidade de estagiária da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, instituição bancária sob forma de empresa pública, a ré se encontra inserida nas funções transitórias exercidas no serviço público, ou seja, ela ostentava a condição de funcionária pública por equiparação.

Mantida a condenação, entendo, porém, merecer reparos a decisão fustigada apenas quanto à dosimetria aplicada.

Primeiro, no que concerne à pena-base, pois nada há que justifique sua exasperação nos moldes como feito na sentença (o comportamento da ré não revela culpabilidade ou mesmo grau de reprovabilidade elevados e nada há nos autos que justifique sua fixação acima do patamar mínimo), daí por que tenho por fixar a pena-base no mínimo legal.

Depois, deve-se afastar a agravante genérica trazida no CP, art. 61, II, *g* (violação do dever funcional), à vista de ser, esta, idêntica à elementar do tipo no crime de peculato, o que implicaria dupla punição pelo mesmo motivo.

Por fim, entendo que não se pode aplicar continuidade delitiva, porquanto o suposto segundo saque fraudulento (de quinhentos reais) não foi provado nos autos (“provavelmente” teria vindo de uma conta na CEF, mas certeza não se tem, como visto na nota de rodapé nº 1).

Na primeira fase da dosimetria, então, fixa-se a pena-base no mínimo legal, qual seja, em 2 (dois) anos de reclusão; na segunda

fase, incorrem, na hipótese, circunstâncias agravantes/atenuantes; deixo de aplicar a atenuante de confissão (art. 65, III, d, do CP), como feito na sentença, visto que as circunstâncias dessa categoria não podem reduzir a pena abaixo do mínimo legal; na terceira e última fase, nada há que implique o aumento/redução da pena, resultando a pena privativa de liberdade em 02 (dois) anos de reclusão.

Deixo para o juízo da execução deliberações sobre substituição da pena por restritivas de direito.

Raciocínio análogo, enfim, vale para a pena de multa: pena inicial no mínimo, ou seja, 10 (dez) dias-multa, mantendo-se certo paralelismo com a pena-base da sanção privativa de liberdade; em segunda-fase, fixação do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, porquanto a apelante não possui condições financeiras portentosas.

Assim, nestes estritos, termos, dou parcial provimento à apelação criminal.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.333-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR
Apelantes: EGIDIO GRESIA, SILVANA MARIA STAGLIANO CARNEIRO DA SILVA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Adv./Proc.: DR. ELIOMAR DE CARVALHO TEIXEIRA (APTES.)

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME PREVISTO NO ART. 22 DA LEI Nº 7.492/86, C/C O ART. 14, II, DO CP. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA DEMONSTRADAS. APLICAÇÃO DA LEI 9.069/95. PERDA DE VALORES EM FAVOR DO TESOURO NACIONAL. RECURSOS NÃO PROVIDOS.

- Sentença condenatória pela prática do crime previsto no art. 22 da Lei nº 7.492/86, c/c o art. 14,

II, do Código Penal.

- A conduta incriminada no parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492, de 16/06/1986, é a de “promover” a saída de divisas sem autorização legal para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

- Ocorrência do delito na forma tentada, art. 14, II, do CP.

- Materialidade e autoria delitiva demonstradas.

- Existência de dolo na conduta dos apelantes comprovada, não faz sentido considerar que saindo do país com uma quantia razoável de dinheiro desconhecessem o caráter ilícito de sua conduta. Isso porque, se acreditassem agir conforme a lei, achando as suas condutas permitidas, certamente não necessitariam promover a saída do numerário de forma furtiva, acondicionado em suas vestes e nas bagagens de mão.

- Os valores apreendidos excedentes a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) devem ser perdidos em favor do Tesouro Nacional, conforme dispõe o § 3º do art. 65 da Lei nº 9.069/95, após procedimento administrativo próprio, o que impede o deferimento do pedido de sua liberação.

- Apelações improvidas.

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 às apelações, nos termos do voto do Relator.

Recife, 14 de setembro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE
JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PE-REIRA NOBRE JÚNIOR:

Egídio Gresia e Silvana Maria Stagliano Carneiro da Silva apela-ram da sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco que, nos autos da Ação Penal nº 2005.83.00.015665-4, condenou-os às penas de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, pelo cometimento do delito previsto no art. 22 da Lei nº 7.492/86, c/c o art. 14, II, do CP.

Segundo consta na denúncia, os acusados, em 13 de outubro de 2005, foram presos em flagrante quando estavam prestes a embarcar em vôo internacional com destino à cidade de Zurique, Suíça, em virtude de estarem portando moedas estrangeiras, sem as haver declarado à Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Pedem, em suas razões (fls. 270/272), as suas absolvições, alegando ausência de dolo em relação aos atos praticados, afirmando que não houve má-fé ou pretensão de benefício financeiro em suas condutas, mas, apenas, o desconhecimento da lei. Requerem, ainda, a restituição integral do valor excedente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em razão de o dinheiro apreendido ter origem na venda de imóvel.

O Ministério Público Federal, às fls. 274/277, requer o improvi-mento dos recursos ajuizados, asseverando que estão compro- vadas, nos autos, a materialidade e a autoria delitiva.

O Procurador Regional da República opina pelo não provimento dos recursos para que seja mantida integralmente a decisão de 1ª Instância.

É o relatório.

Submeto os autos ao eminente Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PE-REIRA NOBRE JÚNIOR (Relator):

Os apelantes recorrem da sentença que os condenou pela

prática do crime previsto no art. 22 da Lei nº 7.492/86, c/c o art. 14, II, do Código Penal.

A conduta incriminada no parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492, de 16/06/1986, é a de “promover” a saída de divisas sem autorização legal para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

Havendo necessidade de um resultado externo à ação, descrito na lei, é possível vislumbrar a forma tentada, como, de fato, ocorreu.

A autoria do delito está devidamente comprovada, seja pela prisão em flagrante dos apelantes, seja pelos depoimentos testemunhais contidos nos autos (fls. 12/19 e 125/127), senão vejamos:

QUE é verdade que no dia e hora de que fala a denúncia foi preso no Aeroporto dos Guararapes quando se preparava para viajar para a Europa levando dinheiro em moeda estrangeira; que ele depoente tinha um apartamento no Recife que estava pretendendo vender pois precisava de dinheiro na Europa; que uma pessoa da família da acusada Silvana Maria telefonou para o depoente dizendo que conseguira um comprador para o apartamento pelo valor de quarenta mil dólares americanos, embora o recibo que assinou e que lhe foi entregue pelo advogado de Armando estivesse escrito em moeda corrente nacional, isto é real. (apelante Egidio – fls. 108/109)

que após terminar o companheirismo Egidio procurou ela depoente propondo que vendesse o apartamento em Recife pois o mesmo era apenas fonte de despesa, com tributos e condomínio; que a exigência dela depoente e de Egidio que a transação fosse em moeda americana se devia ao fato de que na Suíça a moeda estrangeira não tem nenhuma cotação; que o negócio foi acertado com o senhor Armando pelo valor de quarenta mil dólares; (...) que o recibo que foi apresentado para que Egidio assinasse estava com o valor em moeda brasileira, foi quando ela estranhou o fato, o Sr. Armando e seu advogado explicaram que no Brasil não era legal transação em moeda estrangeira e por isso Egidio e a depoente aceitaram o negócio. (Apelante Silvana Maria – fls. 111/112)

que ela, depoente, trabalha no aeroporto dos Guararapes na função de revista de bagagens levadas nas mãos pelos passageiros; (...) que na sala reservada à polícia federal, no aeroporto dos Guararapes, estavam os dois acusados portando grande quantidade em moeda estrangeira, cujo valor integral ela depoente desconhece; (...) que o dinheiro se encontrava na bolsa de Silvana e na roupa de Gresia. (Testemunha de acusação Fabiana Damasceno Teixeira Leite – fl. 125);

que é verdade que comprou o apartamento dos acusados, tendo pago o valor na moeda nacional, desconhecendo a origem do dinheiro estrangeiro encontrado em poder dos acusados; (...) que a compra do apartamento foi feita em duas parcelas no valor de quarenta e cinco mil reais, pagas; que o pagamento foi feito em moeda corrente; (...) que do valor total de noventa mil reais não fez desconto ou retenção para pagamento de despesas, mas foi o valor líquido pago; que o referido valor ele depoente tinha em espécie guardando com sua genitora conforme declaração de imposto de renda. (Testemunha de acusação Armando da Costa Brito Neto – fl. 126)

Por sua vez, a materialidade delitiva resta demonstrada através do auto de apreensão de fls. 20/21.

Quanto à existência de dolo na conduta dos apelantes, não faz sentido considerar que saindo do país com uma quantia razoável de dinheiro desconhecessem o caráter ilícito de sua conduta. Isso porque, se acreditassem agir conforme a lei, achando as suas condutas permitidas, certamente não necessitariam promover a saída do numerário de forma furtiva, acondicionado em suas vestes e nas bagagens de mão.

Portanto, ainda que demonstrada a origem lícita do dinheiro, é indiscutível que a conduta dos apelantes se amolda ao delito previsto no art. 22 da Lei nº 7.492/86, na forma tentada (art. 14, II, do CP).

No tocante à devolução do valor excedente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), tenho que não há como acolher, tendo em vista a previsão na Lei nº 9.069/95 que estabelece:

Art. 65. O ingresso no País e a saída do País, de moeda nacional e estrangeira serão processados exclusivamente através de transferência bancária, cabendo ao estabelecimento bancário a perfeita identificação do cliente ou do beneficiário.

(...)

§ 3º. A não observância do contido neste artigo, além das sanções penais previstas na legislação específica, e após o devido processo legal, acarretará a perda do valor excedente dos limites referidos no § 1º deste artigo, em favor do Tesouro Nacional.

Neste sentido, trago à colação julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. LEI 7.492/86. TENTATIVA DE EVASÃO DE DIVISAS. PERDA DA QUANTIA APREENHIDA EM FAVOR DA UNIÃO. DINHEIRO OBJETO DO CRIME. CÓDIGO PENAL. ART. 91; II, B, DA LEI 9.069/95.

Os instrumentos que podem ser confiscados são aqueles decorrentes de fato ilícito. Dinheiro que não consta dos autos ser de origem ilegítima, mas, sim, o objeto do crime em que se discute a perda em favor da União, não constitui fato ilícito e, por consequência, não pode o juiz decretar a saída da esfera do patrimônio do recorrente em favor da União. Dinheiro colocado à disposição do Banco Central para que sejam obedecidas as formalidades previstas na Lei 9.069/95, qual seja, após o devido processo legal, perda do valor excedente aos R\$ 10.000,00 previstos como possíveis de sair do país sem atender aos critérios estabelecidos em lei. Recurso parcialmente provido.

(RESp-571007-PR, 5ª T., Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julg. por unan. em 07/04/2005 e publ. em 09/05/2005 no *DJ*, p. 456).

Ademais, a legislação em referência tem por objetivo garantir a regularidade do sistema financeiro nacional, como forma de impedir a lavagem de bens, dentre outros delitos.

Diante do exposto, nego provimento às apelações.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.763-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E EDVALDO DA SILVA REGO
Apelados: OS MESMOS
Adv./Proc.: DRA. ÂNGELA MARIA ALVES DO AMARAL

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. DANO A PATRIMÔNIO DA UNIÃO. ART. 163, III, DO CÓDIGO PENAL. DESTRUÇÃO DE TRECHO DA RODOVIA PARA ESCOAMENTO DE ÁGUA DE ENCHENTE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ESTADO DE NECESSIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. REDUÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. ATENUANTE GENÉRICA DE RELEVANTE VALOR SOCIAL. ART. 65, III, A DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA DE MULTA. ART. 44, I, II, III, § 2º, DO CÓDIGO PENAL.

- A autoria e a materialidade do delito restaram comprovadas pelo material probatório, fotos do trecho da rodovia danificada (fls. 57/68), que instruem estes autos, analisados em cotejo com os depoimentos de fls. 12/17, 19, 33/34, 39/40 e 45/46 a indicarem que o acusado, EDVALDO DA SILVA REGO, em 26 de janeiro de 2004, junto com José Evandro da Silva, Fábio Barbosa Ribeiro Domingos e Francisco Santana, participou do crime de dano contra a rodovia BR-428, no ponto em que corta a cidade de Lagoa Grande-PE, com a finalidade de escoar as águas das chuvas, que se encontravam represadas ao lado de referida rodovia, conduta prevista, em tese, no art. 163, III, do Código Penal.

- Malgrado os respeitáveis argumentos lançados pelo Ministério Público Federal em suas razões

*recursais (fls. 660/664), sendo inclusive parcialmente acompanhados pelo entendimento do Procurador Regional da República que aqui ofi-
cia, penso não serem suficientes, à vista do exa-
me dos autos, as razões de decidir que embasam
o édito condenatório.*

*- Objetivamente, figura a conduta do acusado como partícipe do crime previsto no art. 163 do Código Penal, único remanescente que restou processado, haja vista que os demais envolvi-
dos foram beneficiados pela suspensão condi-
cional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, entretanto sob o aspecto subjetivo,
entendo que a sua conduta apesar de se revestir
do elemento volitivo, vontade livre e consciente
de causar dano ao patrimônio da União, a culpa-
bilidade não se lhe afigura de todo negativa dian-
te do diminuto grau de reprovabilidade da con-
duta, motivada por relevante valor social, reque-
rendo, portanto, atenuação da sanção penal.*

- Ao caso é perfeitamente cabível a aplicação da atenuante genérica prevista no art. 65, III, a, do CP, pois, o acusado agiu na forma típica por um interesse maior de proteger aquele local, centro comercial que margeia a rodovia, que por ser mal projetada, represava a água da chuva e causava constantes alagamentos no local, gerando enormes prejuízos à comunidade. Tal não foi observado na sentença recorrida.

*- O fato do acusado responder a ação penal não deve ser usado em seu prejuízo quando da apre-
ciação das circunstâncias judiciais, diante da não ocorrência do trânsito em julgado. Precedentes do STJ (HC 147767/SP, Relatora Ministra LAU-
RITA VAZ, QUINTA TURMA, HC 141169/SP, Re-
lator Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA)*

*- Igualmente sem sucesso alguns tópicos do ape-
lo do acusado, inicialmente devendo ser rejeita-
da a alegação de ausência de provas de sua par-*

tipificação no fato diante do depoimento prestados do apelante e das testemunhas do processo, tanto no inquérito policial quanto na fase judicial.

- Não ocorre também a excludente de antijuridicidade do estado de necessidade, à míngua da demonstração dos seus requisitos, perigo atual e inevitabilidade do dano, mantendo-se intacta a sentença neste tópico.

- Não há que se falar em ausência do elemento volitivo do crime de dano, no caso, está presente o elemento subjetivo consistente na conduta livre e consciente de danificar o patrimônio da União, ocorre que, aqui deve incidir a consequência penal de forma privilegiada, como acima discorrido, havendo espaço para aplicação da repressão mais favorável insculpida no art. 65, III, a, do CP.

- Verificação da presença da atenuante genérica do art. 65, III, a, do CP, ter sido o crime cometido em virtude de relevante valor social, diminuo a pena em um terço restando a pena de seis meses de detenção, que torno definitiva em razão da ausência de circunstâncias majorantes e minorantes. Multa fixada com base nas circunstâncias observadas na fixação da pena privativa de liberdade e a situação econômica do réu em sessenta dias multa, sendo o dia-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Substituo a pena privativa de liberdade por uma multa no valor de dois salários mínimos, conforme prescrição do art. 44, I, II, III, § 2º, do CP.

- Apelação do acusado parcialmente provida e improvida a apelação do MPF.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional

Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação criminal do acusado e negar provimento à apelação criminal do MPF, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 23 de setembro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo Ministério Público Federal, subscritas pelo Procurador da República, Dr. FÁBIO CONRADO LOULA, e por EDVALDO DA SILVA REGO, assinadas pela Advogada Dra. ANGELA MARIA ALVES DO AMARAL, contra sentença do MM. Juiz Federal da 17ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, Dr. JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO NETO (fls. 646/653), que julgou procedente a Ação Penal nº 2008.83.08.000825-1, condenando o acusado, qualificado nos autos, pela prática do crime previsto no art. 163, III, do Código Penal, a uma pena de um ano e nove meses de detenção, substituída por duas penas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade ou à entidade pública e prestação pecuniária.

Verifica-se dos autos que o apelado foi denunciado por danificar transversalmente, junto com José Evandro da Silva, Fábio Barbosa Ribeiro Domingos e Francisco Santana, um trecho da rodovia BR-428, localizado no Município de Lagoa Grande/PE, em 26 de janeiro de 2004, com a finalidade de escoar as águas das chuvas, que se encontravam represadas ao lado de referida rodovia.

Os demais acusados foram beneficiados por proposta de suspensão condicional do processo, referido benefício foi concedido ao acusado, porém depois, revogado por requerimento do MPF em virtude da existência de ação penal em seu desfavor.

Entendeu o eminente Juiz que no caso não ocorreu o alegado estado de necessidade, diante da ausência da demonstração do

perigo atual e da inevitabilidade do dano, afastando a hipótese do art. 24 do Código Penal, e que a conduta do réu amolda-se à prevista pelo art. 163, III, estando configurada a conduta dolosa do acusado de acordo com os elementos de prova colhidos.

Em suas razões de apelação (fls. 660/664), o Ministério Público Federal argumenta a necessidade de correção da dosimetria da pena, requerendo a majoração da pena-base diante da valoração, em desfavor do acusado, da circunstância judicial da personalidade, cujo magistrado entendeu “boa”, apesar de existir ação penal na Justiça Estadual sem sentença transitada em julgado, devendo ser considerada para mensurar a sua personalidade.

Por seu turno EDVALDO DA SILVA REGO apresentou apelação criminal alegando (fls. 670/673): a) ausência de provas da participação do recorrente na destruição do trecho da rodovia, tendo apenas orientado o operador da máquina motoniveladora com o escopo de evitar um dano maior; b) estado de necessidade, uma vez que as margens da rodovia estavam totalmente tomadas pelas águas da chuva, causando prejuízos incalculáveis há mais de quinze dias; c) ausência do elemento volitivo do crime de dano, uma vez que o ato foi praticado apenas para evitar prejuízos ainda maiores; d) alternativamente, ausência de justificação no tópico sentencial da dosimetria da pena, cuja pena-base ficou além do mínimo legal.

Foram apresentadas contrarrazões, fls. 683/685 e 687/695.

O Procurador Regional da República, Dr. UAIRANDY TENÓRIO DE OLIVEIRA, apresentou parecer assim ementado (fls. 218/219):

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME DE DANO. AUSÊNCIA DE ESTADO DE NECESSIDADE. DOLO EVIDENCIADO. DOSIMETRIA. ALTERAÇÃO. AGRAVANTE DE PERIGO COMUM.

1. O Estado de necessidade somente está presente quando o agente age para livrar de perigo atual direito próprio ou alheio, cujo sacrifício não era razoável exigir-se.
2. Estando presente a vontade livre e consciente de provocar dano em patrimônio alheio, ocorre o crime de dano.
3. A jurisprudência adotada pelos tribunais superiores não considera que a existência de ação penal em curso seja cir-

circunstância reveladora de personalidade tendente ao crime.

4. A existência de circunstância que, muito embora provoque consequências mais gravosas que a média daquelas esperadas para o tipo, configure elementar de agravante específica, provoca a incidência da agravante.

5. Parecer pelo não provimento da apelação do réu e do provimento parcial do recurso do ministério público, somente para que incida sobre a pena-base a agravante descrita no art. 61, II, *d*, do CP.

Relatei.

Dispensada a revisão nos termos do art. 197, parágrafo único, segunda parte, do RITRF5.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

A autoria e a materialidade do delito restaram comprovadas pelo material probatório, fotos do trecho da rodovia danificada (fls. 57/68), que instruem estes autos, analisados em cotejo com os depoimentos de fls. 12/17, 19, 33/34, 39/40 e 45/46 a indicarem que o acusado, EDVALDO DA SILVA REGO, em 26 de janeiro de 2004, junto com José Evandro da Silva, Fábio Barbosa Ribeiro Domingos e Francisco Santana, participou do crime de dano contra a rodovia BR-428, no ponto em que corta a cidade de Lagoa Grande-PE, com a finalidade de escoar as águas das chuvas, que se encontravam represadas ao lado de referida rodovia, conduta prevista, em tese, no art. 163, III, do Código Penal¹.

¹ Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:

(...)

Dano qualificado

Parágrafo único - Se o crime é cometido:

(...)

III - contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista; (Redação dada pela Lei nº 5.346, de 3.11.1967)

(...)

Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Entretanto, malgrado os respeitáveis argumentos lançados pelo Ministério Público Federal em suas razões recursais (fls. 660/664), sendo inclusive parcialmente acompanhados pelo entendimento do Procurador Regional da República que aqui oficia, penso não serem suficientes, à vista do exame dos autos, as razões de decidir que embasam o édito condenatório.

Objetivamente, figura a conduta do acusado como participe do crime previsto no art. 163 do Código Penal, único remanescente que restou processado, haja vista que os demais envolvidos foram beneficiados pela suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Entretanto sob o aspecto subjetivo, entendo que a sua conduta, apesar de se revestir do elemento volitivo, vontade livre e consciente de causar dano ao patrimônio da União, a culpabilidade não se lhe afigura de todo negativa diante do diminuto grau de reprovabilidade da conduta, motivada por relevante valor social, requerendo, portanto, atenuação da sanção penal.

Ao caso é perfeitamente cabível a aplicação da atenuante genérica prevista no art. 65, III, a, do CP², pois o acusado agiu na forma típica por um interesse maior de proteger aquele local, centro comercial que margeia a rodovia, que por ser mal projetada, represava a água da chuva e causava constantes alagamentos no local, gerando enormes prejuízos à comunidade. Tal não foi observado na sentença recorrida.

Prosseguindo, adentrando com mais profundidade no que revelam os autos, fica bem definida a atuação do acusado no ato executório. O acusado funcionário da Compesa, esposo e sócio de uma comerciante de área próxima, proprietária do Hotel Lagoa Center, atuou junto com os outros, representando vários comerciantes da margem esquerda da rodovia, orientando o operador da

² Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

(...)

III - ter o agente:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

motoniveladora para evitar o rompimento das tubulações de água e esgoto, em suma, para evitar um mal maior. Tal é visível nos depoimentos na Polícia Federal:

Do acusado (fls. 45/46):

QUE o interrogado e demais pessoas que residem ou têm lojas situadas no lado esquerdo da BR-428, no município de Lagoa Brande/PE, não estavam mais suportando os transtornos provocados pela água da chuva represada, sendo que a prefeitura não tomava quaisquer providências para solucionar tal situação; QUE diante dos fatos diversos populares, entre eles o interrogado, FÁBIO BARBOSA RIBEIRO e DOMINGOS, resolveram contratar uma motoniveladora para “cortar” a BR-428 com a finalidade de escoar a água represada, sendo que a despesa pelo serviço seria dividida entre os populares ao final dos trabalhos; QUE FÁBIO saiu da sede do município em seu veículo, uma Siverado azul, com destino ao povoado próximo de Izacolândia, onde contratou um operador com uma motoniveladora para “cortar” a rodovia, com a finalidade de escoar a água represada, não sabendo informar qual o valor/hora de utilização da máquina; QUE não formalizou nenhum pedido de providências juntos à prefeitura, porém o interrogado procurou o Secretário de Obras VANELSON, solicitando providências para os constantes alagamentos dos bairros situados do lado esquerdo da BR-428, tendo o mesmo afirmado que providências seriam tomadas, porém nada foi feito; QUE é proprietário do Hotel Lagoa Center; QUE igualmente não pediu providências ao DINIT e à PRF; QUE desde o dia catorze do corrente mês, os bairros do lado esquerdo da rodovia federal encontram-se alagados, conforme constam das fotografias constantes dos autos; QUE já respondeu processo por crime no ano de 1991, por acusação de homicídio, na Comarca de Santa Maria da Boa Vista, porém foi absolvido.

De FÁBIO BARBOSA RIBEIRO (fls. 33/34):

QUE a população da margem esquerda da BR-428, no sentido Petrolina-Santa Maria da Boa Vista, no trecho que corta a sede do município de Lagoa Grande/PE, estava sendo muito prejudicada com os constantes alagamentos que vem ocorrendo todas as vezes que chove com mais

intensidade na cidade, fato que vem se repetido há cerca de seis ou sete anos, sendo que a administração municipal não tomava qualquer providência para solucionar a questão, apesar das diversas reclamações realizadas pela população; QUE a situação antes narrada está demonstrada nas doze fotografias que apresenta nesta ocasião, solicitando que sejam juntadas aos autos; QUE diante destes fatos, diversas pessoas que residem ou têm comércios estabelecidos na margem esquerda da BR-428 decidiram cortar a rodovia federal antes mencionada, com a finalidade de dar vazão à água represada, sendo que tal adesão popular pode ser comprovada pela lista de assinaturas que apresenta nesta ocasião, composta de nove laudas em fotocópias autenticadas; QUE o interrogado e DOMINGOS, proprietário da Mercantil São Domingos, procuraram, na manhã do dia 26, JOSÉ EVANDRO DA SILVA, o qual possui uma motoniveladora tipo PATROL, para que ele “cortasse” a BR-428, na altura do quilômetro 143, possibilitando o escoamento da água represada; QUE o interrogado e DOMINGOS acertaram com EVANDRO que pagariam R\$ 100,00 pela hora de utilização da máquina; QUE o interrogado, preocupado com o fluxo do trânsito na rodovia, mandou que EVANDRO não passasse a máquina na via marginal esquerda da mencionada rodovia, possibilitando que os veículos passassem nos dois sentidos por aquele caminho; QUE assim como diversos outros populares, EDVALDO DA SILVA REGO, proprietário do Hotel Lagoa Center, também participou da ação ...

DOMINGOS FRANCISCO SANTANA (fls. 39/40):

... QUE desconhecia que o ato que praticaram é crime, qual seja, “cortar” uma rodovia federal, mesmo para o escoamento da água de chuva represada, constituía crime, senão não teria feito o que fez; QUE o interrogado e demais pessoas que residem ou têm lojas à margem esquerda da BR-428 no município de Lagoa Grande/PE, não estavam mais suportando os transtornos provocados pela água represada, sendo que a prefeitura não tomava quaisquer providências para solucionar tal solução; QUE diante dos fatos, diversos populares, entre eles o interrogado, FÁBIO BARBOSA RIBEIRO e EDVALDO DA SILVA REGO, resolveram contratar uma motoniveladora para “cortar” a BR-428 com a finalidade de escoar a água represada, sen-

do que a despesa pelo serviço seria dividida entre os populares ao final dos trabalhos, QUE FÁBIO e o interrogado saíram da sede do município no veículo do primeiro, uma Silverado azul, com destino ao povoado próximo de Izacolândia, onde conversaram com JOSÉ EVANDRO DA SILVA, onde foi contratado o “corte” da rodovia, sendo que o serviço da máquina iria custar R\$ 100,00 a hora; QUE não formalizaram nenhum pedido de providências junto à prefeitura, mesmo porque a situação era de conhecimento público; QUE igualmente não pediu providências ao DNIT e à PRF; QUE normalmente a água escoava em oito horas, caso a chuva não volte a cair ...

Também na fase judicial nos seguintes depoimentos:

Do réu (fl. 528):

... que o interrogando se arrepende de ter participado da destruição da BR 428. **2ª PARTE:** que o interrogando conhece os demais réus; que o depoente conheceu o réu JOSÉ EVANDRO no dia em que a BR 428 foi destruída; que foi o réu José Evandro quem destruiu a BR 428 com a máquina motoniveladora; que o interrogando não sabe esclarecer a quem pertencia a referida máquina; que o interrogando não sabe dizer de quem partiu a idéia para destruir o trecho da BR 428; que o interrogando é empregado da COMPESA e na época do fato narrado na denúncia, ele era o chefe da COMPESA no município de Lagoa Grande/PE; que quando o interrogando viu a destruição da BR 428 ele foi orientar o réu José Evandro para não quebrar a rede d'água que passava sob o asfalto da BR 428; que o interrogando não sabe dizer qual a participação dos réus Fabio Barbosa Ribeiro e Domingos Francisco Santana no fato narrado na denúncia; que não é verdade que o interrogando, juntamente com os réus Fabio Ribeiro e Domingos Santana, tenham contratado o réu José Evandro para destruir a BR 428; que não sabe informar se o réu José Evandro recebeu algum dinheiro para destruir a BR 428. **DADA** a palavra à advogada do interrogando para algum esclarecimento respondeu: que o interrogando não teve participação direta ou indireta na destruição da BR 428, apenas orientou o réu José Evandro a não destruir a canalização da COMPESA existente no local. **DADA** a palavra ao Ministério Público Federal para o esclarecimento respondeu:

que o interrogando tem um comércio em nome da esposa, mas tal estabelecimento fica distante da área inundada pela água; que a residência do interrogando não fica próxima do local onde ocorreu a inundação.

Das testemunhas arroladas pela acusação:

ALEX SIDNEY FREIRE DE SIQUEIRA (fl. 546):

... que o depoente soube através das pessoas que estavam no local que a destruição da BR 428 ocorreu para escoamento das águas das chuvas; que o depoente se lembra que parte das pessoas presentes no local estavam descontentes pois a água escoou de um lado da pista e foi para outro, local onde os descontentes eram residentes; que o depoente soube que o tratorista que destruiu a rodovia foi contratado por comerciantes locais.

MARCÍLIO FÁBIO SANTOS MARTINS (fl. 548):

... que ao chegarem ao local os moradores informaram ao depoente e seus colegas que a estrada havia sido danificada para que a água empoçada da chuva fosse escoada; que no momento que o depoente e seus colegas chegaram ao local, o operador da máquina que destruiu a rodovia ainda se encontrava no local e depois ele foi conduzido ao departamento da Polícia Federal de Juazeiro/BA; que o operador da máquina disse que foi contratado por comerciantes locais; que o depoente não se lembra quanto tempo o trânsito na rodovia destruída ficou paralisado, mas a referida interrupção não durou mais que um dia; que apesar da destruição da rodovia uma via secundária desta não foi destruída, razão pela qual o trânsito não foi totalmente paralisado.

Das testemunhas arroladas pela defesa:

VALDOMIRO DA CONCEIÇÃO ALVES (fl. 597)

... conheceu o réu quando trabalhava na COMPESA junto com este; que o depoente conhece o réu há 21 anos; que no momento em que estavam quebrando um trecho da BR 428 o depoente não estava no local, mas foi chamado pelo réu para orientar o operador de uma escavadeira a não quebrar a rede de água e esgoto que passa pelo local; que o depoente conhece de vista a pessoa que operava a es-

cavadeira; que o depoente não sabe quem mandou quebrar o trecho da BR 428; que o trecho da BR 428 foi quebrado para escoar uma água empoçada da chuva; que o depoente desconhece o fato do réu responder a um processo por homicídio, bem com se o réu já respondeu a outros processos criminais.

FRANCISCO DE ASSIS DA SILVA (fl. 598):

... respondeu que conhece o réu há aproximadamente 15 anos; que conheceu o réu através de um tio; que o depoente estava no local onde danificaram um trecho da BR 428; que o réu estava no local para evitar que a máquina quebrasse a rede de água e esgoto que passava na área; que quando o depoente chegou ao local, o réu lá estava; que o depoente trabalha na COMPESA e por isso foi chamado pelo réu para orientar o operador da máquina a não quebrar a rede de água e esgoto; que o depoente não sabe quem mandou quebrar o trecho da BR 428; que o depoente sabe que o réu responde a um processo pelo crime de homicídio; que desconhece se o réu responde a algum outro processo criminal; que o depoente não viu o réu mandar o operador da máquina quebrar o trecho da BR 428; que o réu possui um comércio próximo ao local da BR 428 que foi quebrado.

CÍCERO AULÓCIO DA SILVA (fl. 599):

... conhece o réu há aproximadamente 20 anos, quando este trabalhava na COMPESA; que no dia em que quebraram o trecho da BR 428, quando o depoente chegou ao local a fim de orientar o operador da máquina a não quebrar a rede de água e esgoto que passa na área da BR 428; que não sabe dizer quem mandou quebrar o trecho da BR 428 ...

Respondendo à insurgência do MPF, entendo, *data venia*, que o fato do acusado responder a ação penal não deve ser usado em seu prejuízo quando da apreciação das circunstâncias judiciais, diante da não ocorrência do trânsito em julgado como já foi decidido nos seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO

APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME. DOSIMETRIA. PARCIAL REFORMA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME PRISIONAL.

(...)

5. A menção genérica e desprovida de fundamentação quanto aos maus antecedentes não se presta a majorar a pena-base, notadamente se o magistrado não demonstra a existência de sentença condenatória com trânsito em julgado, única hipótese que enseja a incidência da referida circunstância judicial. Precedentes.

6. A aferição da personalidade do criminoso somente é possível se existirem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão.

(...)

8. Ordem parcialmente concedida para, reformando a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, na parte relativa à dosimetria da pena, reduzir a reprimenda do Paciente para 6 (seis) anos de reclusão, mantido o regime inicial fechado.

(Acórdão unânime no HC 147767/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ (1120), Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA, Data do Julgamento 15/06/2010 Data da Publicação/ Fonte *DJe* 28/06/2010)

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ART. 59 DO CP. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA. CONSIDERAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES COM BASE EM PROCESSOS EM ANDAMENTO E CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. REDUÇÃO DA PENA AO MÍNIMO LEGAL.

1. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte, a existência de inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados na majoração da pena-base, notadamente para valorar negativamente a personalidade do agente, em respeito ao princípio da presunção de inocência.

2. Tendo em vista o disposto no art. 59 do Código Penal e não havendo circunstâncias desfavoráveis – maus antece-

dentes –, uma vez que, conforme consignado no acórdão, não há notícia de processo contra o paciente com condenação transitada em julgado, deve-se proceder ao redimensionamento da pena, reduzindo-a ao seu mínimo legal.

3. Ordem concedida para reduzir a pena imposta ao paciente de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa para 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, mantendo no mais a sentença condenatória.

(Acórdão unânime no HC 141169/SP, Relator(a) Ministro OG FERNANDES (1139), Órgão Julgador: T6 - SEXTATURMA. Data do Julgamento: 27/10/2009. Data da Publicação/Fonte: *DJe* 16/11/2009)

Igualmente sem sucesso alguns tópicos do apelo do acusado, inicialmente devendo ser rejeitada a alegação de ausência de provas de sua participação no fato diante do depoimento prestados do apelante e das testemunhas do processo, tanto no inquérito policial quanto na fase judicial.

Não ocorre também a excludente de antijuridicidade do estado de necessidade, à míngua da demonstração dos seus requisitos, perigo atual e inevitabilidade do dano, mantendo-se intacta a sentença neste tópico.

Também, não que se falar em ausência do elemento volitivo do crime de dano, no caso, está presente o elemento subjetivo consistente na conduta livre e consciente de danificar o patrimônio da União, ocorre que, aqui deve incidir a consequência penal de forma privilegiada, como acima discorrido havendo espaço para aplicação da repressão mais favorável inculpada no art. 65, III, a, do CP.

Dessas considerações, entendo ser possível a redução da pena do acusado conforme se segue.

O fato do acusado ter danificado a rodovia como forma de defesa dos interesses daquela comunidade, diante constantes prejuízos sofridos com inundações, em consequência da inércia do Poder Público em atender a população autoriza a alçar a sua culpabilidade num grau um pouco acima do mínimo, mesmo a despeito da diminuta reprovabilidade de sua conduta, uma vez que não há prova nos autos que tenha provocado a Administração Pública para tentar a resolução do problema.

Prosseguindo, não pode ser valorado negativamente em seu desfavor o fato de responder a ação penal ainda sem trânsito em julgado, conforme a jurisprudência acima colacionada.

Ademais, as demais circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis pelo MM. Juiz, o que autoriza fixar a pena-base um pouco acima do mínimo legal de seis meses de detenção, devendo ser fixada em nove meses.

Prosseguindo, verificando a presença da atenuante genérica do art. 65, III, *a*, do CP, ter sido o crime cometido em virtude de relevante valor social, diminuo a pena em um terço, restando a pena de seis meses de detenção, que torno definitiva em razão da ausência de circunstâncias majorantes e minorantes.

Tendo em vista as circunstâncias observadas na fixação da pena privativa de liberdade e a situação econômica do réu, condeno-o a pena cumulativa de multa no montante de sessenta dias multa, sendo o dia-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Substituo a pena privativa de liberdade por uma multa no valor de dois salários mínimos conforme prescrição do art. 44, I, II, III, § 2º,³ do CP.

Assim voto.

³ Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II - o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 1º (VETADO) (Incluído e vetado pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.525-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelada: JULIANA BARROS BRAGA
Adv./Proc.: DR. GUILLERMO MEDEIROS HOMET MIR (APDA.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. REFORMA DA SENTENÇA. DOSIMETRIA DA PENA-BASE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO DE CUMPRIMENTO DA PENA. IMPOSIBILIDADE DE RECORRER EM LIBERDADE.

- *Apelação do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra a sentença que condenou a apelada pela prática do crime tipificado no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, às penas de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicialmente aberto, sendo a pena privativa de liberdade substituída por 2 restritivas de direitos, além de multa. Em suas razões, insurge-se o representante ministerial pela revisão da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base aplicada na sentença, contra a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos e a fixação do regime inicialmente aberto para cumprimento da pena e o direito de a ré apelar em liberdade.*

- *A materialidade e a autoria delitiva se afiguram demonstradas nos autos, a partir dos resultados dos exames técnicos realizados (laudo preliminar de constatação, laudo de exame de substância e laudo de exame de equipamento computacional), bem como das provas testemunhais e do próprio interrogatório da apelada, restando comprovado tratar-se de cocaína a substância apreendida em sua posse, no momento da prisão em flagrante.*

- **Reforma da pena-base de 6 para 7 anos, um tanto mais próxima do termo médio da sanção cominada ao tipo do ilícito, mantendo-se, por ser justo, todas as outras etapas do sistema trifásico de fixação da pena estabelecidas na sentença, mesmo porque não houve pedido em contrário. Pena definitiva aplicada em 4 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, sem prejuízo da progressão de regime aplicável.**
- **Impende que o regime para o cumprimento inicial da pena, no crime de tráfico ilícito de entorpecentes, seja o fechado (artigo 2º, § 3º, da Lei nº 8.072/90), no que não há, outrossim, qualquer inconstitucionalidade.**
- **É defesa a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, consoante previsão legal contida no artigo 33, § 4º, e no artigo 44, ambos da Lei nº 11.343/06. Não há que se falar em inconstitucionalidade da mencionada vedação legal. Precedentes.**
- **Impossibilidade de a apelada recorrer em liberdade, uma vez que a mesma permaneceu presa durante toda a instrução processual, não possui ocupação lícita, nem residência fixa no distrito da culpa, o que denota clara possibilidade de reiteração delituosa ou mesmo que a apelada empreenda fuga, a comprometer a ordem pública e a aplicação da lei penal.**
- **Apelação provida.**

ACÓRDÃO

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

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

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADE-LHA:

Cuida-se de apelação do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra a sentença de folhas 29/46, da lavra do juiz federal substituído da 5ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, Vinícius Costa Vidor.

Dos fatos, consta que a apelada foi denunciada por tráfico internacional de entorpecentes, em razão de haver sido presa em flagrante no dia 3 de novembro de 2009, no Aeroporto Internacional Augusto Severo, em Parnamirim-RN, ao tentar embarcar em voo da TAP - Transportes Aéreos Portugueses com destino à Europa, transportando em sua bagagem 3,240 Kg de substância posteriormente identificada como cocaína.

Ao julgar parcialmente procedente a pretensão da denúncia, o magistrado condenou JULIANA BARROS BRAGA, pela prática do crime tipificado no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicialmente aberto, além de impor pena de multa, restando por absolvê-la, todavia, da imputação da prática do crime previsto no artigo 35 do mesmo diploma legal, na forma do artigo 386, II, do Código de Processo Penal. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direito, uma prestação de serviço à entidade pública voltada para o tratamento e recuperação de dependentes de drogas e a outra consubstanciada na prestação de serviço à entidade pública ou privada voltada para a prestação de assistência a pessoas carentes.

Nas suas razões recursais, às folhas 50/64 coligidas, pugna o representante ministerial pela revisão da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base aplicada, na sentença, no patamar de 6 anos. Insurge-se contra a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, ao argumento de não ser ela possível, no caso, a considerar a elevação da pena, e por sua incompatibilidade com o regime inicial fechado para cumprimento da pena; nesse tom, sustenta a legalidade e constitucionalidade dos artigos 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/06. Por fim, o apelante demonstra acen-

tuada irresignação quanto a fixação do regime inicialmente aberto para cumprimento da pena e o direito de apelar a ré em liberdade.

Contrarrazões apresentadas, às folhas 81/90.

No parecer de folhas 100/105, o procurador regional da República Rogério Tadeu Romão opina pelo parcial provimento da apelação, para que se determine o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado, sendo aplicada pena privativa de liberdade, ficando a apelada sujeita à prisão cautelar.

Nesta oportunidade, cumpre-me registrar que, em 22 de abril do corrente ano, deferi a medida liminar pleiteada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL nos autos do MSTR102556-RN, conferindo efeito suspensivo à sentença ora recorrida, inclusive, para a manutenção da custódia preventiva da apelada JULIANA BARBOSA BRAGA. A teor da Súmula 701 do Supremo Tribunal Federal, determinei a sua citação para integrar a lide como litisconsorte passivo. Cumprida a citação por carta de ordem, conforme a certidão de folha 182 dos autos do *mandamus*, não houve manifestação da defesa da apelada. Os autos do mandado de segurança seguiram à douta Procuradoria Regional da República, para parecer opinativo.

É o relatório.

Seguiram os autos ao douto revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Noticia-se dos autos que a ora apelada acabou sendo presa em flagrante delito, no dia 3 de novembro de 2009, ao tentar embarcar em voo rumo à Europa, portando consigo quantidade superior a 3 kg de cocaína, tendo sido posteriormente condenada pela prática do crime tipificado no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, às penas de 3 anos e 4 meses de reclusão, e multa.

A substância entorpecente foi devidamente identificada através dos laudos periciais, que evidenciaram a materialidade do crime. A autoria delitiva também restou patente, a partir das provas carregadas aos autos, como o auto de prisão em flagrante, o depoimento de testemunhas e o interrogatório da própria ré-apelada.

Ante a ausência de questões preliminares e voltando a atenção para as alegações de apelo, passo a analisar o mérito recursal.

O inconformismo do órgão ministerial, ora apelante, tem início com a fixação da pena-base, estabelecida pelo magistrado de origem no *quantum* de 6 anos. Pugna pela sua exasperação.

Razão assiste ao apelante.

Ora, a natureza e a quantidade da substância apreendida pesam contra a apelada, pois foi encontrada em seu poder quantidade superior a 3 kg de cocaína, entorpecente com alto grau de periculosidade para seus usuários e para a sociedade de um modo geral. É certo, por outro lado, que a ré não apresenta personalidade agressiva ou alguma tendência à habitualidade criminosa, e que sua conduta social não é indicativa de uma maior reprovação. A teor do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, essas são as considerações que devem ser feitas, com preponderância em relação ao artigo 59 do Código Penal.

Passando à análise das circunstâncias deste último artigo, observo que a culpabilidade foi considerada levemente exacerbada pelo fato de a ré-apelada ser bacharelada em Direito, o que denota uma maior reprovabilidade em sua conduta. Além disso, os motivos e as circunstâncias do crime também pesam em seu desfavor, pois, ao que consta dos autos, ela morava com sua família e teve oportunidade de estudar e de trilhar um outro caminho que não o do crime, ao revés do que ocorre com a maioria das “mulas” do tráfico que, comumente, são pessoas bastante pobres, sem estrutura familiar, e que, por isso, são mais facilmente seduzidas pela proposta criminosa de seus aliciadores.

Acredito que a pena-base deva, portanto, se aproximar um tanto mais do termo médio da sanção cominada a este tipo de delito. Reformo-a, então, para 7 anos, mantendo todas as outras etapas do sistema trifásico de fixação da pena estabelecidas na sentença, mesmo porque não houve pedido em contrário.

Dessa forma, na segunda fase de dosimetria da pena, mantenho a redução de 1 ano em virtude do concurso da agravante de cometimento do crime em razão de promessa de recompensa

(artigo 62, IV, do Código Penal), com as atenuantes de menoridade e de confissão, previstas no artigo 65, I e III, alínea “d”, do Código Penal, o que resulta numa pena provisória de 6 anos de reclusão.

A causa de aumento prevista no artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06 (transnacionalidade do delito), foi fixada em 1/3 (um terço). Mantido o aumento, chega-se a uma pena de 8 anos. Constatada a incidência de causa especial de diminuição da pena, inscrita no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, visto que a ré é primária, de bons antecedentes, não se dedica à atividade criminosa e nem integra organização criminosa, diminuiu-se a sanção prevista em 1/2 (metade), resultando numa pena definitiva de 4 anos de reclusão.

Mantenho a pena de multa aplicada nos exatos termos da sentença.

Pois bem, ultrapassada essa fase, debruço-me sobre o segundo ponto alegado pelo *parquet*, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Data venia, mostra-se equivocada a decisão tomada pelo magistrado de primeiro grau, no sentido de proceder à substituição. Com efeito, trata-se de conversão legalmente proscrita, a teor dos artigos 33, § 4º, e 44, da Lei nº 11.343/06, cuja declaração de inconstitucionalidade não deve prosperar.

Tal entendimento encontra-se consubstanciado na recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, da qual colaciono ilustrativo precedente:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INCONVERSIBILIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 33, § 4º E ART. 44, *CAPUT*, DA LEI Nº 11.343, DE 2006.

Se a lei deve assegurar indiscriminadamente ao juiz o arbítrio para, no caso do tráfico ilícito de entorpecentes, substituir a pena privativa da liberdade pela pena restritiva de direitos, o próprio art. 44 do Código Penal seria inconstitucional ao excluir desse regime os crimes cometidos à base da violência ou de grave ameaça à pessoa – e com maior

razão. Com efeito, as hipóteses excludentes do regime de substituição de penas, contempladas no art. 44 do Código Penal, tem como suporte unicamente o critério do legislador ordinário; já a inconversibilidade das penas quando a condenação decorre do tráfico ilícito de entorpecentes têm por si a vontade do constituinte, que em dois momentos destacou a importância da repressão a esse crime, a saber: - primeiro, no art. 5º, XLIII, já citado, a cujo teor a lei considerará inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, dentre outros, o tráfico ilícito de entorpecentes; - segundo, no art. 5º, LI, que autoriza a extradição do brasileiro naturalizado comprovadamente envolvido no tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Arguição de inconstitucionalidade rejeitada.

(ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO *HABEAS CORPUS* Nº 120353. RELATOR MINISTRO OG FERNANDES. *DJE* - DATA: 18/12/2009).

Nessa esteira, deve a ré-apelada cumprir a pena privativa de liberdade em regime inicialmente fechado, sem prejuízo da progressão de pena a que fizer jus no decorrer de seu cumprimento.

Com isso, resolve-se também o terceiro pedido do órgão ministerial, na condição de apelante, em que se insurgia contra a fixação do regime inicialmente aberto. Conforme já mencionado, tem razão o apelante, posto que, por previsão legal, cumprirá a sentenciada a pena em regime inicialmente fechado.

Por derradeiro, não se resignou o Ministério Público Federal com a sentença ora vergastada, na parte em que concedeu à apelada o direito de recorrer em liberdade.

Mais uma vez milita a razão em seu favor.

Vale ressaltar que a ré-apelada, além de ter sido presa em flagrante, permaneceu em cárcere durante toda a instrução processual. Também é de se observar que a apelada não possui trabalho lícito, bem como não tem residência fixa no distrito da culpa, de modo que a sua liberdade provisória constituiria decisão temerária, a ponto de comprometer a ordem pública e embaraçar a aplicação da lei penal.

Deste modo, revelam-se atendidos os requisitos autorizados da prisão preventiva, inscritos no artigo 312 do Código de Pro-

cesso Penal. Há, outrossim, previsão expressa a esse respeito no artigo 2º, § 3º, da Lei nº 8.072/90.

Da mesma maneira se mostra o entendimento esposado pelos precedentes desta Segunda Turma:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO EM LIBERDADE. VEDAÇÃO. PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A TRAMITAÇÃO DO PROCESSO. LIBERDADE PROVISÓRIA. PROIBIÇÃO. PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DA PRESENÇA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM DENEGADA.

1. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de paciente preso em flagrante delito no dia 07.09.2009 e recolhido no COTEL, pela suposta prática do delito capitulada no art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

2. A sentença condenatória, prolatada após a impetração deste *writ*, manteve expressamente a prisão preventiva do ora paciente, não lhe permitindo apelar em liberdade. Se o mesmo respondeu preso a todo o processo, seria um contra-senso que, exatamente quando sua responsabilidade restou delineada, fosse autorizada sua liberdade provisória. Precedente do STJ: HC 116.361 - (2008/0211260-8) - 5ª T - Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho - *DJe* 13.10.2009 - p. 1102. 3. A Lei nº 11.464/2007, ao dar nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), deixou incólume o art. 44 da Lei nº 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos), a qual veda a concessão de liberdade provisória aos acusados de tráfico ilícito de entorpecentes, delito que está tipificado no art. 33 desta última norma. Precedentes do STJ: Rec.-MS 26.080 - (2009/0090376-4) - 5ª T - Rel. Min. Jorge Mussi - *DJe* 15.12.2009 - p. 1164; Precedente do TRF-5ª Região: HC 2009.05.00.023641-4 - (3554/CE) - 2ª T. - Rel. Des. Fed. Francisco Barros Dias - *DJe* 20.05.2009 - p. 192.

4. Não apresenta relevância o fato de o ora paciente ser primário, não possuir antecedentes e alegar possuir residência fixa, já que verificada a presença dos requisitos para a decretação e manutenção de sua prisão preventiva. Precedente do STJ: HC 136.276 - (2009/0092243-2) - 5ª T - Rel. Min. Felix Fischer - *DJe* 28.09.2009 - p. 820.

5. Ordem denegada.

(TRF5. HC3791-PE. RELATOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS. DJE - DATA: 29/01/2010).

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. LEGALIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA APÓS IMPETRAÇÃO DO *WRIT*. PACIENTE PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. PRISÃO PREVENTIVA. MANUTENÇÃO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. No caso dos autos, o paciente foi preso em flagrante, no Aeroporto Internacional dos Guararapes, ao dia 07.09.2009, nos termos do art. 33 c/c art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006, por transportar substâncias entorpecentes no interior de sua cavidade intestinal.

2. Após a impetração do presente *habeas corpus*, foi prolatada sentença na qual se condenou o paciente ora designado a 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte dias) de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006. Em que pese a prolação de nova decisão, no caso, sentença condenatória, mister é a continuação do presente *writ*, embora agora tendo como ato coator a decisão do magistrado singular que no teor da sentença manteve a prisão preventiva.

3. Inicialmente, vale registrar que as circunstâncias de o paciente ter bons antecedentes, residência fixa e serem primários, por si sós, não impedem a segregação cautelar. Precedente do STJ: HC 83.334 - (2007/0116121-5) - 6ª T. - Rel. Paulo Gallotti - DJe 10.11.2008 - p. 1402

4. No caso vertente, o Paciente permaneceu preso durante toda a instrução criminal, sendo-lhe negada a liberdade provisória, tendo em vista a violação ao art. 44, *caput*, da Novel Lei de Tóxicos, a concessão de liberdade provisória ao réu preso em flagrante pelo cometimento, em tese, do crime de tráfico de drogas, uma vez que aludido dispositivo legal veda a concessão do benefício aos delitos praticados na vigência da Lei nº 11.343/2006, sendo certo que o fundamento legal é, por si só, motivo suficiente para a negativa do benefício, mesmo após a edição e entrada em vigor da Lei nº 11.464/2007.

5. Considerando a gravidade dos fatos em questão, que envolvem ameaça concreta à sociedade e a ausência de

residência nesta capital do condenado verifica-se que permanecem os motivos que levaram à prisão cautelar do ora condenado, quais sejam: garantia da ordem pública e aplicação da Lei Penal. Acrescente-se que o condenado aguardou preso a instrução criminal e ainda que lhe foi aplicado o regime fechado como o regime inicial de cumprimento da pena.

6. Parecer do Ministério Público Federal: “E não se diga que a conduta do paciente não revela periculosidade e nem ameaça à paz social, ao fundamento de que ele foi usado para o tráfico internacional, na condição de mula. É que, não bastasse tratar-se de uma quadrilha que, como se viu, opera entre o Brasil e a Europa, é, como se sabe, graças às ‘mulas’, cotidianamente presas nos aeroportos do mundo inteiro, e tal como até mesmo retratado algumas vezes no cinema, que o tráfico internacional de drogas se estende cada vez mais, possui uma grande mobilidade e extensão, já que intermediários das operações ilícitas e, sobretudo, os grandes chefes da droga, jamais executam essa tarefa de fazê-la circular mundo afora, até chegar às mãos do consumidor final. Por outro lado, admitir a pouca importância do papel dessas ‘mulas’ no comércio das drogas ilícitas é, datíssima *venia*, além de um equívoco, o mesmo que desconsiderar como penalmente relevantes algumas das condutas incriminadas no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, sob a desarrazoada alegação de que os praticantes de algumas das referidas condutas seriam simples ‘vítimas’ do sistema. (...) resta caracterizada a presença de uma organização criminoso, da qual o paciente faz parte, ainda que na condição de ‘mula’, valendo destacar, inclusive, o *modus operandi* da quadrilha, que, ao transportar drogas dentro do próprio corpo, dificulta a persecução penal, tanto que poderia ter chegado ao destino final, se não fosse o seu nervosismo, que, aliás, chamou a atenção das autoridades, tal como se observa do auto de prisão em flagrante (...)”.

7. Ordem de *habeas corpus* denegada.

(TRF5. HC3771-PE. RELATOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS. DJE - DATA: 14/01/2010).

Ante o exposto, dou provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.567-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Apelantes: RAFAEL DA SILVA SANTOS E ELISEU FRANCISCO DOS SANTOS
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 157, § 2º, I E II, DO CP. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POUCA VALIA DO BEM SUBTRAÍDO. INAPLICABILIDADE AO CRIME DE ROUBO. PRECEDENTES DO STF E STJ. DOSAGEM DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 DO CP. MOTIVOS DO CRIME. CIRCUNSTÂNCIAS DE TEMPO E NÚMERO DE PESSOAS PRESENTES. PERSONALIDADE DOS AGENTES. REAVALIAÇÃO. AGRAVANTE GENÉRICA DO ART. 62, I, DO CP. AFASTAMENTO. MAJORAÇÃO DA PENA, EM METADE, EM FACE DAS CAUSAS DE AUMENTO PREVISTAS NOS INCISOS I E II DO § 2º DO ART. 157 DO CP. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PENA DEFINITIVA FIXADA EM CINCO ANOS E QUATRO MESES DE RECLUSÃO, PARA AMBOS OS APELANTES.

- A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou algumas circunstâncias que devem orientar a aferição do relevo material da tipicidade penal, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

- Os delitos praticados com violência ou grave ameaça contra pessoa não podem ser considerados comportamentos de reduzidíssimo grau de reprovabilidade. Na mesma esteira, a utilização de arma de fogo municada, apta a efetivar

disparos, atesta a periculosidade da ação desenvolvida pelos apelantes.

- A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal rejeita a aplicação do princípio da insignificância ao crime de roubo, por entender que o tipo não protege apenas o patrimônio, mas também a integridade da pessoa que sofre a violência ou a grave ameaça. Precedentes.

- O “intuito de lucro” é o móvel característico daquele que pratica crime contra o patrimônio, vale dizer, é elemento subjetivo inerente a esse tipo de delito, de sorte que o sopesamento negativo dos motivos do crime realizado na sentença de primeiro grau esbarra no princípio do non bis in idem.

- O simples fato de ter sido o delito praticado à luz do dia, na presença de várias pessoas, não conduz à elevação da pena fixada na primeira fase da dosimetria, mormente quando tais circunstâncias agiram em desfavor dos apelantes, determinando o encurtamento da ação e o insucesso da fuga empreendida.

- Hipótese em que inexistem elementos suficientes que autorizem juízo conclusivo – positivo ou negativo – acerca da personalidade dos agentes.

- Pena-base reduzida.

- Do exame das provas dos autos resta clarificado que ambos planejaram conjuntamente o crime que veio a ser perpetrado, pelo que deve ser afastada a agravante prevista no artigo 62, I, do Código Penal.

- “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” – Súmula 231 do STJ.

- A opção pelo patamar máximo de aumento de pena deve ser fundamentada em elementos concretos da conduta delitativa, e não na quantidade de causas especiais de aumento verificadas. Precedentes.

- Apelação da defesa parcialmente provida, para, reformando-se a dosagem da pena realizada pelo magistrado a quo, fixar a pena definitiva de cinco anos e quatro meses de reclusão, para ambos os réus.

ACÓRDÃO

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

Recife, 28 de setembro de 2010 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Cuida-se de apelação criminal interposta por Rafael da Silva Santos e Elizeu Francisco dos Santos em face de sentença prolatada pelo Juízo da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco (fls. 195-203), que julgou procedente o pedido deduzido na denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal, condenando-os pela prática do crime tipificado no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Sustentam os apelantes, em apertada síntese:

i) ser aplicável à espécie o princípio da insignificância, uma vez que não deram causa à lesão social significativa, tendo subtraído a irrisória quantia de R\$ 300,29 (trezentos reais e vinte e nove centavos), incapaz de lesar o bem jurídico tutelado pela norma penal; e

ii) subsidiariamente, que suas penas foram fixadas em excesso pelo magistrado *a quo*.

Assim, em face da aplicação do princípio da insignificância, pugnam por sua absolvição, e, no caso de manutenção da decisão condenatória, pela reforma do *decisum*, para que a eles seja fixada a pena mínima cominada ao tipo.

Contrarrrazões apresentadas às fls. 234-249, onde o Ministério Público Federal refuta os argumentos invocados na apelação, concordando, todavia, com o afastamento da incidência da agravante prevista no artigo 62, I, do Código Penal, no que tange ao apelante Elizeu Francisco dos Santos.

Instada a se manifestar, opinou a douta Procuradoria Regional da República pelo provimento parcial do apelo do réu Elizeu Francisco dos Santos, apenas, e tão somente, para que seja afastada a agravante prevista no artigo 62, I, do Código Penal, mantendo-se a sentença condenatória em todos os seus demais termos.

É o relatório.

Ao eminente Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

De início, registro ser incontroversa a materialidade delitiva, bem assim a sua autoria. Os apelantes foram presos em estado de flagrância, na posse de parte da quantia subtraída da agência dos Correios de Itapissuma-PE e da arma de fogo empregada no roubo. Confessaram a autoria em audiência de interrogatório designada pelo juízo de primeiro grau, prova essa que, diante do coitejo com outras que foram carreadas aos autos, revelou-se mais que suficiente ao embasamento da condenação pela prática do crime tipificado no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Pretendem ver-se absolvidos das imputações que lhes foram feitas na denúncia, aduzindo, em síntese, que, lesado de modo desprezível o bem jurídico protegido, impõe-se seja aplicado à espécie o princípio da insignificância.

Da análise do Processo Administrativo nº 3200092.09 – cujos autos se encontram em apenso –, resta clarificado que o prejuízo causado pelos apelantes à Empresa Brasileira de Correios e Telé-

grafos (EBCT) correspondeu à quantia de R\$ 300,29 (trezentos reais e vinte e nove centavos). Com efeito, é de se reconhecer que o montante subtraído, inferior ao salário mínimo vigente à época do fato, não foi, de fato, de grande vulto, mormente quando considerado o patrimônio da empresa pública em questão.

Definindo o princípio da insignificância, esclarece Cezar Roberto Bitencourt¹, que a tipicidade penal exige ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico.

Todavia, não será só o valor subtraído que determinará a aplicação, ou não, do princípio da insignificância. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou algumas circunstâncias que devem orientar a aferição do relevo material da tipicidade penal, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC 94439-RS - HC 96813-RJ - HC93482-PR - HC 84412-SP).

Cumpra, nesse contexto, definir se a conduta dos apelantes, apesar de formalmente típica, chegou a lesionar suficientemente o bem jurídico tutelado na norma, a ponto de justificar a intervenção do Estado-juiz. Nessa tarefa, há que se considerar não só a quantia subtraída, mas o grau de reprovabilidade da conduta e a periculosidade social da ação.

Nesse ponto, é de se registrar que o crime foi cometido com o auxílio de arma de fogo municada e apta a efetuar disparos², adquirida com a finalidade de realizar assaltos, a qual foi exibida aos empregados e clientes presentes na agência dos Correios de Itapissuma-PE, a fim de atemorizá-los para que não obstaculizassem a ação delituosa.

¹ Bitencourt, Cezar Roberto. Código penal comentado – 6ª ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2010 - p. 93.

² Confira-se laudo de exame em arma de fogo (Laudo n° 647/2009 - SE-TEC/SR/DPF/PE), às fls. 71-75.

No meu sentir, os delitos praticados com violência ou grave ameaça contra pessoa não podem ser considerados comportamentos de reduzidíssimo grau de reprovabilidade. Na mesma esteira, a utilização de arma de fogo municada, apta a efetivar disparos, atesta a periculosidade da ação desenvolvida pelos apelandes.

Não é por outro motivo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal rejeita a aplicação do princípio da insignificância ao crime de roubo, por entender que o tipo não protege apenas o patrimônio, mas também a integridade da pessoa que sofre a violência ou a grave ameaça.

Nesse sentido, confira-se precedente unânime da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. LESÃO AO PATRIMÔNIO E À INTEGRIDADE FÍSICA DA VÍTIMA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

1. A questão tratada no presente *writ* diz respeito à possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao crime de roubo.
2. Como é cediço, o crime de roubo visa proteger não só o patrimônio, mas, também, a integridade física e a liberdade do indivíduo.
3. Deste modo, ainda que a quantia subtraída tenha sido de pequena monta, não há como se aplicar o princípio da insignificância diante da evidente e significativa lesão à integridade física da vítima do roubo.
4. Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*. (STF - HC96671-MG - Segunda Turma - DJE 24/04/2009 - Rel. Ministra Ellen Gracie).

Não é outra a orientação adotada no Superior Tribunal de Justiça, como se depreende dos precedentes abaixo colacionados:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E STJ. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Em crimes praticados mediante violência ou grave ameaça à vítima, como ocorre no roubo, não há falar em aplicação do princípio da insignificância, não obstante o ínfimo

valor da coisa subtraída. Precedentes do STF e do STJ.
2. Recurso especial provido para restabelecer a sentença. (STJ - REsp1159735 - Quinta Turma - DJE 02/08/2010 - Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO. 1. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE ROUBO. GRAVE AMEAÇA. INAPLICABILIDADE. 2. INOCÊNCIA. FALTA DE ELEMENTOS PARA A CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO. ANÁLISE INCOMPATÍVEL COM A VIA ELEITA. 3. PROVA EMPRESTADA. USO DE DEPOIMENTO DE CORRÉU MENOR DE IDADE PARA A CONDENAÇÃO. FALTA DE ELEMENTOS PARA VERIFICAR A OCORRÊNCIA DA ILEGALIDADE. SENTENÇA QUE SE FUNDA EM OUTROS ELEMENTOS PARA A CONDENAÇÃO. PREJUÍZO NÃO EVIDENCIADO. 4. ORDEM DENEGADA.

1. Inaplicável o princípio da insignificância, apesar do diminuto valor da *res*, em se tratando do delito de roubo, em que houve intimidação e grave ameaça à integridade da vítima. Precedentes.

2. Análise da inocência do paciente incompatível com a via eleita do *habeas corpus*, por demandar análise pormenorizada do conjunto probatório.

3. Não é de ser reconhecida nulidade em razão do uso de depoimento de corréu menor de idade se este não foi o único elemento no qual se embasou a sentença para a condenação do paciente, pois, nesse caso não se mostra evidente qual tenha sido o prejuízo suportado pelo paciente, já condenado definitivamente.

4. Ordem denegada.

(STJ - HC58033 - Sexta Turma - DJE 03/08/2009 - Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura).

Em assim sendo, não há como se acolher a tese defensiva de que aplicável à espécie o princípio da insignificância.

Resta-nos, então, averiguar se exacerbada a reprimenda aplicada aos apelantes.

Assim ponderou o julgador *a quo*, ao dosar a pena:

Quanto às circunstâncias judiciais – art. 59 do CP –, tenho que Elizeu Francisco dos Santos obrou com culpabilidade discretamente acentuada se comparada àquela encontrada na conduta de Rafael da Silva Santos, já que foi

quem promoveu a ideação do crime, adquiriu a arma e exerceu pessoalmente a grave ameaça, exibindo artefato às vítimas. Os antecedentes, ante a ausência nos autos de certidão indicativa de condenação com trânsito em julgado – e da qual conste a data do trânsito em julgado –, não desfavorecem a análise. A conduta social, desconhecida do Juízo, tampouco prejudica a valoração. Em relação à personalidade, denota transtornos antissociais, constatáveis pela dificuldade em se amoldar às regras de convivência social e trabalho honesto. Motivos, a vontade de lucro fácil. Circunstâncias agravadas pelo elevado grau de ousadia da conduta, praticada em local onde se faziam presentes várias pessoas e à luz do dia. Consequências ínsitas ao próprio tipo. O comportamento da vítima não contribuiu.

Sendo assim, e sopesando essas várias operacionais, tenho por bem fixar a pena-base em **04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão**.

Incidem as atenuantes da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do Código Penal) e da menoridade de 21 (vinte e um) anos ao tempo dos fatos (art. 65, I, do Código Penal), pelo que reduz a pena a **04 (quatro) anos de reclusão** – observado o verbete da **Súmula 231 do STJ**.

Em seguida, incide a agravante contida no art. 62, I, do Código Penal, em face de ter Elizeu promovido, organizado e dirigido a conduta de Rafael da Silva, pelo que elevo essa pena a **04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão**.

A seguir, ainda na fase das circunstâncias legais, incide a causa especial de aumento advinda do emprego de arma e do concurso de pessoas (incisos I e II do § 2º do art. 157 do CP), pelo que, considerando o número de majorantes incidentes na espécie, duas, elevo a pena provisória de 1/2 (metade), do que resulta **7 (sete) anos de reclusão**. Sem outras causas especiais de diminuição ou aumento de pena, torno definitiva a antes indicada.

A multa, atentando aos vetores do art. 59 do Código Penal, bem como à condição econômica do réu, pobre, vai fixada em **15 (quinze) dias-multa, ao valor de 1/30 (um trigésimo) de salário mínimo vigente ao tempo do fato, cada, devidamente corrigido até o efetivo pagamento**.

Já quanto a Rafael da Silva Santos, no que toca às cir-

cunstâncias judiciais – art. 59 do CP –, tenho que obrou com culpabilidade normal para delitos da espécie. Os antecedentes, ante a ausência nos autos de certidão indicativa de condenação com trânsito em julgado – e da qual conste a data do trânsito em julgado –, não desfavorecem a análise. A conduta social, desconhecida do Juízo, tampouco prejudica a valoração. Em relação à personalidade, denota transtornos antissociais, constatáveis pela dificuldade em se amoldar às regras de convivência social e trabalho honesto. Motivos, a vontade de lucro fácil. Circunstâncias agravadas pelo elevado grau de ousadia da conduta, praticada em local onde se faziam presentes várias pessoas e à luz do dia. Consequências ínsitas ao próprio tipo. O comportamento da vítima não contribuiu.

Sendo assim, e sopesando essas várias operacionais, tenho por bem fixar a pena-base em **04 (quatro) anos e 03 (três) meses de reclusão**.

Incidem as atenuantes da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do Código Penal) e da menoridade de 21 (vinte e um) anos ao tempo dos fatos (art. 65, I, do Código Penal), pelo que reduzo essa pena a 04 (quatro) anos de reclusão – observado o verbete da **Súmula 231 do STJ**.

Não incidem agravantes.

A seguir, ainda na fase das circunstâncias legais, incide a causa especial de aumento advinda do emprego de arma e do concurso de pessoas (incisos I e II do § 2º do art. 157 do CP), pelo que, considerando o número de majorantes incidentes na espécie, duas, elevo a pena provisória de 1/2 (metade), do que resulta **6 (seis) anos de reclusão**. Sem outras causas especiais de diminuição ou aumento de pena, torno definitiva a antes indicada.

A multa, atentando aos vetores do art. 59 do Código Penal, bem como à condição econômica do réu, pobre, vai fixada em **12 (doze) dias-multa, ao valor de 1/30 (um trigésimo) de salário mínimo vigente ao tempo do fato, cada, devidamente corrigido até o efetivo pagamento**.

No que toca à fixação da pena base, com a devida vênia, equivocou-se o MM. Juiz *a quo* ao avaliar desfavoravelmente a motivação do delito de roubo, pois o “intuito de lucro” é o móvel característico daquele que pratica crime contra o patrimônio, vale dizer, é elemento subjetivo inerente a esse tipo de delito. O sopesamento

negativo dos motivos do crime realizado na sentença de primeiro grau, portanto, esbarra no princípio do *non bis in idem*, devendo, por essa razão, ser afastado.

Também as circunstâncias que cercaram a prática delituosa não têm o condão de elevar a pena base acima do mínimo legal. Com efeito, não enxergo como o simples fato de ter sido o delito praticado à luz do dia, na presença de várias pessoas, possa conduzir à elevação da pena fixada na primeira fase da dosimetria. Na espécie, tais circunstâncias agiram em desfavor dos apelantes, na medida em que foram determinantes para o encurtamento da ação e, até mesmo, para o insucesso da fuga empreendida. Em verdade, o número de pessoas presentes à cena do crime não permitiu aos apelantes o completo controle da situação, facilitando a evasão de algumas dessas pessoas e o acionamento da Polícia Militar. Nesse sentido, confira-se trecho do depoimento judicial de Marcos dos Santos Cabral, atendente comercial da agência dos Correios assaltada (fl. 156):

(...) que Mazinho estava em um compartimento interno da agência, tendo conseguido sair sem ser visto pelos assaltantes; que Mazinho acionou os PM's que estavam no núcleo de segurança; que durante o assalto, a cliente Rosa entrou na agência e foi levada para uma outra sala da agência pelo assaltante que estava desarmado; que em dado momento Rosa gritou; que nesse momento o depoente aproveitou para correr; que quando pulou o balcão de atendimento, bateu na balança; que a balança ao cair no chão se quebrou e fez um barulho supondo o depoente que esse barulho se tratasse de tiro; que quando saiu da agência viu um policial se dirigindo ao local do assalto; que antes que a polícia chegasse, os assaltantes correram no sentido da ponte que liga Itapissuma a Itamaracá; que pouco tempo depois os assaltantes foram presos; (...).

Quanto à personalidade dos agentes, concordo com a irresignação defensiva, por não divisar elementos suficientes que autorizem juízo conclusivo – positivo ou negativo – acerca da operativa.

Não merecem reparos as demais circunstâncias judiciais, uma vez que aquilatadas com correção pelo magistrado *a quo*. Nesse ponto, de se anotar que a própria defesa reconheceu o acerto da

distinção entre o grau de reprovabilidade das condutas de Rafael e Elizeu – culpabilidade –, o que justifica a atribuição de pena um pouco acima do mínimo para este último.

Assim, ante as considerações feitas, impende sejam redimensionadas as penas base aplicadas aos réus em razão do delito descrito no artigo 157 do Código Penal.

Acerca da possibilidade de correção, no segundo grau de jurisdição, de erro evidenciado na dosimetria da pena, confirmam-se o seguinte precedente do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA. ERRO NA DOSIMETRIA DA PENA. CORREÇÃO EM GRAU DE APELAÇÃO. POSSIBILIDADE, EM FACE DA AMPLA DEVOLUTIVIDADE DO RECURSO.

Sendo a apelação um recurso de natureza ampla, que possibilita devolver ao Tribunal *ad quem* o pleno conhecimento de toda a matéria decidida em primeiro grau, não atrita com o ordenamento jurídico-processual vigente decisão de Tribunal que, julgando o apelo defensivo, corrige erro na dosimetria da pena e fixa outra pena ao réu, mantendo no mais o édito condenatório singular.

Ordem denegada.

(STJ - HC9633/MG - 5ª Turma - DJ 22.11.1999 - p. 169 - Relator: José Arnaldo da Fonseca).

Em assim sendo, promovo as devidas correções na dosimetria da pena base, deixando de valorar negativamente a motivação do crime, as circunstâncias de ter sido praticado à luz do dia e na presença de várias pessoas e a personalidade dos agentes, mantendo, nos outros aspectos, a análise feita pelo magistrado *a quo*.

Por conseguinte, é de ser fixada a pena base ao apelante Rafael da Silva Santos em **quatro anos de reclusão**, mínimo permitido em lei.

No que toca ao apelante Elizeu Francisco dos Santos, considerada a maior reprovabilidade de sua conduta, e, ainda, a pena abstratamente prevista para o tipo do artigo 157 do Código Penal – de quatro a dez anos de reclusão –, mantenho a pena base em **quatro anos e seis meses de reclusão**, por entender que a circunstância negativamente sopesada merece aumento no limite indicado (seis meses).

Equívocou-se o MM Juiz *a quo*, ainda, ao aplicar a agravante do artigo 62, I, do Código Penal ao réu Elizeu Francisco dos Santos.

Como bem assentou a douta Procuradora Regional da República, no parecer ancorado às fls. 276-290, “*na segunda fase da dosimetria da pena, entendemos que incorreu em erro o magistrado a quo, quando do reconhecimento, em desfavor de ELISEU FRANCISCO DOS SANTOS, da presença da agravante prevista no artigo 62, I, do Código Penal. E isso porque, concordando, inclusive, com o Representante do Parquet que contrarrazoou a apelação, achamos que “... não houve por parte dele o direcionamento da conduta do sentenciado RAFAEL DA SILVA SANTOS” (fl. 247) a ensejar a aplicação dessa agravante. Ou seja, do exame das provas dos autos, concluímos que ambos planejaram conjuntamente o crime que veio a ser perpetrado, pelo que aquela mesma agravante deve ser afastada (...)*”.

Todavia, a redução de pena advinda da incidência das atenuantes reconhecidas aos apelantes, dispostas no artigo 65, incisos I e III, alínea *d*, do Código Penal – menoridade dos agentes e confissão espontânea –, foi corretamente limitada ao patamar mínimo previsto no preceito secundário da norma penal, a teor do que disposto na súmula 231 do STJ.

STJ - Súmula 231. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Não é outro o entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal, que em julgamento no qual reconhecida a existência de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência que impede a fixação da pena abaixo do mínimo legal, *verbis*:

AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

(Recurso Extraordinário n. 597270/RS, Pleno, julgado em 26/03/2009, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009, Relator: Ministro CEZAR PELUSO).

Assim, é de se manter a pena provisoriamente fixada ao apelante Rafael da Silva Santos, em **quatro anos de reclusão**, o mínimo legalmente previsto para o crime descrito no artigo 157 do Código Penal, porque incabível, na segunda fase da dosimetria, reduzir-se a pena abaixo deste patamar.

No que toca ao recorrente Elizeu Francisco dos Santos, de se reconhecer as atenuantes dispostas no artigo 65, incisos I e III, alínea *d*, do Código Penal – menoridade do agente e confissão espontânea – e **atenuar a pena em seis meses**, por não ser possível, nessa fase, fixar-se pena inferior à sanção mínima legalmente cominada, estabelecendo-a, também, em **quatro anos de reclusão**.

Por fim, insurgem-se os recorrentes contra o acréscimo de metade da pena, resultante da aplicação das causas especiais de aumento advindas do emprego da arma e do concurso de pessoas. Sustentam que o magistrado não analisou a intensidade da incidência dessas circunstâncias, e que o simples critério matemático de quantificação das circunstâncias majorantes não serve de fundamento para justificar o aumento no patamar máximo.

Penso assistir razão aos apelantes. Com efeito, a opção pelo patamar máximo de aumento de pena deve ser fundamentada em elementos concretos da conduta delitiva, e não na quantidade de causas especiais de aumento verificadas.

Não fosse assim, a conduta praticada pelos apelantes, que, em dupla, portando um único revólver calibre .38 Special, utilizaram-se de grave ameaça para intimidar as pessoas presentes e possibilitar a ação delituosa, mereceria o mesmo aumento de pena conferido àquela conduta praticada por um grande número de agentes, que atuassem com excessiva violência e na posse de armas de uso militar.

Acerca do tema, confira-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça, ilustrativo da orientação ora adotada:

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL (4 ANOS). PENA FIXADA: 5 ANOS, 7 MESES E 6 DIAS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. MAJORAÇÃO, EM 2/5, DA FRAÇÃO RELATIVA ÀS CAUSAS DE AUMENTO SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ILEGALIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. PRECEDENTES DO STF E STJ. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. PARECER DO MPF PELA PARCIAL CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA PARA FIXAR NO MÍNIMO (1/3) A FRAÇÃO RELATIVA ÀS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA, BEM COMO PARA ESTABELECEM O REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE IMPOSTA AO PACIENTE.

1. Segundo iterativa jurisprudência deste STJ, a presença de mais de uma circunstância de aumento da pena no crime de roubo não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que sejam constatadas particularidades que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreu no caso concreto.

2. No caso concreto, o Tribunal *a quo* aplicou a fração de 2/5 em razão, tão-só, da existência de duas causas de aumento de pena, quais sejam, emprego de arma e concurso de pessoas, sem registrar qualquer excepcionalidade, o que contraria o entendimento desta Corte sobre a questão. Precedentes.

3. As duntas Cortes Superiores do País (STF e STJ) já assentaram, em inúmeros precedentes, que, fixada a pena-base no mínimo legal e reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, é incabível o regime prisional mais gravoso (Súmulas 718 e 719 do STF, e 440 do STJ). Ressalva do entendimento pessoal do Relator.

4. Ordem concedida para fixar no mínimo (1/3) a fração referente às causas de aumento de pena do art. 157, § 2º, do CPB, bem como para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao paciente. - **destaquei**.

(STJ - HC146683-RJ - Quinta Turma - DJE 9/8/2010 - Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho - unânime).

Assim, penso deva ser reformada a dosimetria, ainda, em sua terceira etapa, a fim de que seja aplicado o aumento de pena relativo ao emprego de arma e concurso de pessoas (incisos I e II do § 2º do artigo 157 do Código Penal), de forma proporcional, no patamar mínimo de um terço (1/3).

Considerando, portanto, a presença das causas de aumento de pena prescritas nos incisos I e II do § 2º do artigo 157 do Código Penal, majoro as penas de ambos dos réus em um terço (1/3), fixando-as, definitivamente, em **cinco anos e quatro meses de reclusão**.

Ante o exposto, dou provimento, em parte, aos recursos interpostos pelos sentenciados Rafael da Silva Santos e Elizeu Francisco dos Santos, tão somente, para reformar a dosimetria feita pelo magistrado de primeiro grau, fixando a pena definitiva de **cinco anos e quatro meses de reclusão**, para ambos os réus.

É como voto.

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 5.786-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Embargante: ITÁLIA PEREIRA DE ANDRADE
Embargado: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. OTAVIANO HENRIQUE SILVA BARBOSA E OUTROS (EMBTE.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. PENSÃO POR MORTE. FILHA EX-SERVIDORA PÚBLICA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DA MÃE. PERCEPÇÃO CUMULATIVA DE APOSENTADORIA E PENSÃO POR MORTE DO EX-MARIDO. POSSIBILIDADE. ART. 225 DA LEI

8.112/90. ART. 198 DO MESMO DIPLOMA, INAPLICABILIDADE. COABITAÇÃO. PROVA TESTEMUNHAL. PESSOA OCTOGENÁRIA. PORTADORA DE HIPERTENSÃO E DIABETES. USO REGULAR DE MEDICAÇÃO. DEPENDÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO.

- O fato de a postulante já receber pensão por morte, instituída pelo seu ex-marido, no valor de R\$ 565,62, além de proventos de aposentadoria de R\$ 1.135,97, ambos pagos pela União (Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento), não constitui, por si só, impedimento à percepção de pensão por morte instituída pela filha, ex-servidora do IBAMA, a teor do art. 225 da Lei nº 8.112/90, que veda apenas a cumulação de mais de duas pensões, ressalvando o direito de opção.

- É inaplicável ao caso dos autos as disposições do art. 198 da Lei nº 8.112/90, inserto na Seção III, Capítulo II, daquela lei, intitulada “Do Salário-Família” – a dispor que “não se configura a dependência econômica quando o beneficiário do salário-família perceber rendimento do trabalho ou de qualquer outra fonte, inclusive pensão ou provento da aposentadoria, em valor igual ou superior ao salário-mínimo” – pois o direito à pensão por morte de servidor público federal encontra-se disciplinado pelos preceitos da Seção VII, daquele mesmo capítulo, onde não se encontra qualquer limitação ao conceito de dependência econômica, não cabendo ao intérprete distinguir onde a lei não o faz.

- Voto vencido, a reconhecer demonstrada a dependência econômica da mãe em relação à filha, no mesmo sentido da decisão proferida no AGTR nº 72226-PB, impetrado pela ora recorrente contra a decisão que lhe negou a antecipação de tutela, relatada pelo Desembargador Federal Rivalvo Costa.

- Depoimentos de dois servidores do IBAMA,

conhecedores da autora e da falecida filha, de longa data, a atestarem com segurança a coabitação entre mãe e filha e a dependência econômica da autora. Testemunhos harmoniosos com as provas dos autos, como sendo: a) a inclusão da mãe como dependente na declaração de imposto de renda da filha (fl. 32); b) as contas de luz (fl. 37) em nome da filha, no mesmo endereço constante da aludida declaração de imposto de renda e dos boletos para pagamento do plano de saúde da mãe (fl. 38); c) comprovantes de que as despesas com o plano de saúde da mãe eram pagas pela filha (fls. 38/53); d) cópia do contrato, em nome da filha, de compra e venda do imóvel onde ambas residiam.

- A autora, hoje com cerca de 81 (oitenta e um) anos, fez juntar aos autos, também, declaração médica (fl. 65) de que é portadora de “hipertensão severa” e “diabetes”, necessitando do uso constante de vasta medicação (comprovantes de pagamento de fls. 433/456).

- A afirmação do Relator do acórdão embargado, de que a herança deixada pela filha teria o condão de afastar a dependência verificada, não impressiona. A morte é o fato gerador do direito à pensão. Antes dessa ocorrência é que se aquilatará a satisfação dos requisitos ensejadores do benefício, inclusive a dependência econômica. A autora se constituir em única herdeira da falecida é evento posterior ao fato gerador da pensão, exibindo-se então irrelevante. E até demonstra que a falecida, em vida, dedicava-se exclusivamente à mãe, constituindo ela, de fato, seu núcleo familiar, mais uma razão a confirmar a dependência.

- Embargos infringentes providos. Honorários advocatícios de sucumbência, a serem arcados pela autarquia federal, fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Pleno do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, dar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto e relatório constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 29 de setembro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de embargos infringentes interpostos por ITÁLIA PEREIRA DE ANDRADE contra acórdão da Terceira Turma deste Tribunal em que, por maioria, proveu-se a apelação do IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, e a remessa necessária para reformar sentença que havia acolhido a pretensão da autora, determinando ao IBAMA procedesse à implantação da pensão por morte, instituída pela filha da ora recorrente.

A decisão majoritária do órgão fracionário perfilhou a tese de ser indevido o pagamento de pensão por morte à postulante, por não ocorrer, no caso, a dependência econômica necessária, nos termos do art. 217, I, *d*, da Lei nº 8.112/90.

Restou assim ementado o acórdão da lavra do Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, o Relator (fl. 431):

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL.

1. Para fins de pensão por morte, os genitores somente são considerados beneficiários dos filhos quando deles dependerem economicamente;
2. Caso em que a autora percebe benefícios próprios, que giram em torno de R\$ 1.700,00, além de ter herdado de sua falecida filha bens e aplicações financeiras que, jun-

tos, correspondem a, aproximadamente, R\$ 340.000,00, não havendo que se cogitar de dependência econômica; 3. Apelação e remessa oficial providas.

O posicionamento em epígrafe foi acompanhado, por ocasião do julgamento, pelo eminente Desembargador Federal Vladimir Carvalho. Restou vencido o Desembargador Augustino Lima Chaves (convocado).

Irresignada, a embargante almeja a predominância do posicionamento vencido, a reconhecer demonstrada a dependência econômica dela em relação à filha, ex-servidora do IBAMA, ocupante do cargo de Analista Ambiental, em face dos documentos colacionados aos autos, a comprovarem a residência em comum e a necessidade de amparo da falecida filha para dar conta dos gastos decorrentes da idade avançada e precárias condições de saúde exibidas pela autora.

Contrarrazões às fls. 542/545 em que o IBAMA defende o acerto da decisão recorrida, ao fundamento de estar comprovada a inexistência de qualquer dependência econômica, a teor do art. 198 da Lei nº 8.112/90, pois a recorrente percebe renda superior a um salário mínimo.

Relatei.

À revisão, na forma regimental.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Embora as conclusões do acórdão embargado e do voto vencido sejam totalmente antagônicas, colhe-se do cotejo entre ambos que a divergência se resume à interpretação das provas dos autos, à luz do art. 198 da Lei nº 8.112/90.

Para o Relator do feito, o Desembargador Paulo Roberto de Oliveira Lima, o aludido preceptivo estabelecerá um critério objetivo – percepção de renda até um salário mínimo por parte do economicamente dependente – com amparo no qual se poderia tomar por inexistente, no caso dos autos, a relação de subordinação

econômica exigida pelo art. 217, I, *d*, da Lei nº 8.112/90¹ para se qualificar a genitora como beneficiária da pensão por morte.

No caso dos autos, a autora já recebe pensão instituída pelo seu falecido marido, no valor de R\$ 565,62, além de proventos de aposentadoria, de R\$ 1.135,97, conforme comprovantes de fls. 35/36, ambos pagos pela União (Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento), exibindo renda em torno de R\$ 1.700,00.

A esse impedimento, segundo a visão do Relator, somou-se o fato de a postulante haver herdado os bens da filha, avaliados, segundo afirmou, em cerca de R\$ 340.000,00 (trezentos e quarenta mil reais), situação a afastar por completo a alegada sujeição econômica. Na realidade, o valor da herança é de R\$ 270.000,00 (duzentos e setenta mil reais), pois, na declaração para o IR da extinta servidora (fl. 32), donde se extraiu aquela informação, figura por duas vezes um mesmo imóvel, no valor de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais).

Pois bem, em primeiro lugar, convém transcrever o art. 198 da Lei nº 8.112/90, a erigir, segundo a posição majoritária, critério objetivo, a dizer, renda mínima, com suporte no qual se deveria presumir a independência econômica da autora:

Art. 198. Não se configura a dependência econômica quando **o beneficiário do salário-família** perceber rendimento do trabalho ou de qualquer outra fonte, inclusive pensão ou provento da aposentadoria, em valor igual ou superior ao salário-mínimo.

Com todo o respeito ao acórdão embargado, o preceptivo mencionado, inserto na Seção III do Capítulo II da Lei nº 8.112/90, intitulada “Do Salário-Família”, nada diz com relação à dependência econômica para fins de pensão por morte.

O salário-família, como se sabe, é um acréscimo aos rendimentos, devido, por cada dependente, ao servidor ativo ou inativo.

¹ Art. 217. São beneficiários das pensões:

I - vitalícia:

(...)

d) a mãe e o pai que comprovem dependência econômica do servidor;

Tal acréscimo incrementa a renda a fim de auxiliar nos custos, somando-se ao salário ou aos proventos de aposentadoria.

É claro que, a teor daquele já transcrito art. 198, não pode perceber salário-família quem dispõe de rendimentos de valor superior ao salário mínimo, pois, para esse fim exclusivo, a dependência econômica não estará configurada.

As disposições da aludida seção do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, a exemplo do art. 198, não se prestam a disciplinar o direito à pensão, cujas previsões legais estão dispostas na Seção VII, daquele mesmo capítulo.

Na seção própria, portanto, a lei não desce aos pormenores no que se refere à dependência econômica para fins de recebimento da pensão por morte. Naturalmente porque, nessas hipóteses, há ser considerado – de forma consentânea com os fins sociais a que se destina – o direito de o segurado, na morte, amparar os seus familiares, dependentes diretos, protegendo-os de uma abrupta perda do padrão econômico que lhes vinha proporcionando com seu trabalho em vida.

Em casos tais, a interpretação legal, no que tange à dependência, deve ser ampla, pois, conforme antiga lição de exegese, disposta em forma de brocado, citada por Carlos Maximiliano: *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, ou seja, onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir.

Nesse sentido caminhou o Desembargador Ridalvo Costa, ao examinar o pedido de liminar no Agravo de Instrumento nº 72226-PB, manejado justamente pela ora recorrente contra a decisão que – adotada nesta ação quando tramitava no primeiro grau – lhe negara a antecipação de tutela. A decisão do Desembargador Ridalvo Costa, outorgando a liminar, foi seguida à unanimidade pela 3.ª Turma, por ocasião do julgamento do recurso.

Destaco o seguinte trecho do voto daquele Relator:

O fato de a agravante auferir proventos de aposentadoria, à primeira vista, não exclui a dependência econômica dela em relação à filha, até porque a Súmula 229 do ex-TFR consolidou o entendimento dispensando a exclusividade da dependência econômica, nos seguintes termos:

A mãe do segurado tem direito à pensão previdenciária, em caso de morte do filho, se provada a dependência econômica, mesmo que não exclusiva. Nesse sentido, já decidiu a egrégia 3ª Turma deste Tribunal:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. GENITORA DE SEGURADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. COMPROVAÇÃO DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. DIREITO AO BENEFÍCIO.

1. Conforme a Súmula nº 229 do extinto Tribunal Federal de Recursos, a mãe do falecido segurado faz jus à pensão por morte, desde que demonstrada a dependência econômica, ainda que esta não seja exclusiva.

2. Os documentos colacionados aos autos demonstraram, de forma convincente, a dependência econômica da autora do seu falecido filho, que era solteiro e morava em São Paulo, mas contribuía efetivamente para o sustento da mãe, depositando, mensalmente, na Caixa Econômica Federal, a quantia de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais).

3. Parcelas vencidas são devidas desde o requerimento administrativo do benefício, e não, desde o óbito do instituidor, nos termos do art. 74, II, da Lei nº 8.213/91.

4. Quanto aos juros de mora. Os Tribunais vêm se posicionando no sentido de que, se cuidando de verba alimentar, deve ser adotado o percentual de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação (Súmula 204 do STJ), tal como determinado na sentença, e não, 0,5% (meio por cento), conforme requerido pela apelante.

5. Os honorários advocatícios devem ser mantidos no percentual de 10% (dez por cento), porque remuneraram com razoabilidade o trabalho do causídico, devendo, incidir, contudo, apenas sobre as prestações vencidas até a prolação da sentença, a teor da Súmula 111 do colendo STJ, merecendo reforma a sentença nesse particular.

6. Apelação e Remessa Oficial providas, em parte. (AC Nº 292.171-AL, 3ª Turma, Relator Des. Federal Ivan Lira de Carvalho, julgado em 30.09.2004, *DJ* de 21.10.2004)

Finalmente, o art. 198 da Lei nº 8.112/90, por ser norma que restringe a definição de dependente para efeito de sa-

lário-família, não incide em pensão por morte, cuja legislação de regência deve ser interpretada para assegurar a proteção social.

Portanto, a agravante, apenas com seus rendimentos não terá condições de prover seu sustento, ainda que considere ser ela herdeira universal dos bens deixados pela servidora.

Por tais razões, dou provimento ao agravo de instrumento para, antecipando os efeitos da tutela, deferir a pensão por morte de servidora pública à agravante.

As provas trazidas aos presentes autos corroboram a premissa acolhida pela decisão transcrita, a exemplo dos depoimentos das testemunhas constantes do CD-ROM de fl. 356, em que ambos os depoentes, José Maria Castro de Lima e Rosil de Lima Lacerda Júnior, servidores do IBAMA e conhecedores da autora e da falecida filha, de longa data, atestam com segurança a coabitação entre mãe e filha e a dependência econômica da autora, evidenciada por provas documentais, como sendo:

a) a inclusão da mãe como dependente na declaração de imposto de renda da filha (fl. 32);

b) as contas de luz (fl. 37) em nome da filha, no mesmo endereço declarado no imposto de renda e constante dos boletos para pagamento do plano de saúde da mãe (fl. 38);

c) os comprovantes de que as despesas com o plano de saúde da mãe eram pagas pela filha (fls. 38/53);

d) cópia do contrato, em nome da filha, de compra e venda do imóvel onde ambas residiam.

De fato, além das provas citadas, a autora, hoje com cerca de 81 (oitenta e um) anos, faz juntar aos autos declaração médica (fl. 65) de que é portadora de “hipertensão severa” e “diabetes”, fazendo uso constante de vasta medicação (comprovantes de pagamento de fls. 433/456). Afirma necessitar, ademais, de auxílio de empregada nos afazeres domésticos, cujos recibos de pagamentos foram juntados (fls. 458/496).

Tais provas, ao meu ver, demonstram a dependência econômica da autora em relação à falecida filha, no momento do óbito da instituidora da pensão pleiteada.

Não me impressiona, ademais, a afirmação do Relator do acórdão embargado de que a herança deixada pela filha teria o condão de afastar a dependência verificada.

Ora, a morte é que é o fato gerador do direito à pensão. Antes dessa ocorrência é que se aquilatará a satisfação dos requisitos ensejadores do benefício, inclusive a dependência econômica. A autora se constituir em única herdeira da falecida é evento posterior ao fato gerador da pensão, exibindo-se então irrelevante. E até demonstra que a falecida, em vida, dedicava-se exclusivamente à mãe, constituindo ela, de fato, seu núcleo familiar, mais uma razão a confirmar a dependência.

Por outro lado, e ainda que não tenha sido objeto de divergência na e. Terceira Turma, observo que a percepção da pensão por morte perseguida pela autora – a despeito de já auferir pensão por morte do ex-marido –, não encontra óbice na Lei nº 8.112/90, cujo art. 225² veda apenas a cumulação de mais de duas pensões, ressalvado o direito de opção. A mesma coisa se diga em relação à aposentadoria que usufrui, também acumulável e não objeto de divergência.

Os rendimentos somados da embargante quase nada representarão se levada em consideração a totalidade dos gastos que precisa enfrentar, sejam os extraordinários, em face da idade avançada e da saúde precária – sendo eles remédios, consultas e exames não cobertos pelo plano de saúde ou não ofertados pelo SUS –, sejam os ordinários, tais como condomínio, luz, auxílio doméstico, transporte, alimentação, etc.

Por todo o exposto, dou provimento aos embargos infringentes opostos por Itália Pereira de Almeida para, fazendo prevalecer o voto vencido, reconhecer o direito da autora à pensão por morte deixada pela falecida filha, ex-servidora do IBAMA, Ana Maria Pereira de Andrade, fixando em R\$ 3.000,00 (três mil reais) os honorários de sucumbência, a serem arcados pela autarquia federal.

Assim voto.

² Art. 225. Ressalvado o direito de opção, é vedada a percepção cumulativa de mais de duas pensões.

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 451.971-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Embargado: ISAAC KLEIMER DANTAS DE OLIVEIRA
Reptes.: PROCURADORIA DO INSS E ANA KILMA DANTAS DE OLIVEIRA (EMBDO.)
Advs/Procs.: DR. NIELI NASCIMENTO ARAÚJO E OUTROS (EMBDO.)

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR DESIGNADO NA VIGÊNCIA DO ART. 16, IV, DA LEI Nº 8.213/91. ÓBITO DO SEGURADO OCORRIDO APÓS ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 9.032/95. PENSÃO INDEVIDA. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA JURISPRUDÊNCIA. PROVIMENTO DO RECURSO.

- A concessão dos benefícios previdenciários rege-se pelas normas vigentes ao tempo em que os beneficiários preenchem as condições exigidas pela norma disciplinadora da situação fática. Assim, o direito à percepção da pensão por morte está subordinado ao atendimento dos requisitos previsto na legislação vigente ao tempo do óbito.

- No caso dos autos, verifica-se que o óbito do ex-segurado, fato gerador do benefício pretendido, ocorreu em 30/04/1999, na vigência da Lei nº 9.032/95, que revogou o dispositivo contido no inciso IV do art. 16 da Lei nº 8.213/91.

- A jurisprudência firmou-se no sentido de que a designação de menor, feita por ex-segurado, como seu dependente, na forma como prescrevia o art. 16, IV, da Lei nº 8.213/91, não confere ao designado o direito à percepção de pensão previdenciária, se o óbito do segurado ocorre na vi-

gência da Lei nº 9.032/95, que extinguiu a referida modalidade de dependência.

- Precedentes: STJ, REsp 604.814-SC, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJU 02.08.2004, p. 606; STJ, REsp. 257.339-RN, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJU 18.03.2002; TRF5, AC 271.678-PE, Rel. Des. Fed. MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS, DJU 05.11.2004, p. 953; TRF5, AC 341.830-CE, Rel. Des. Fed. PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, DJU 12.11.2004, p. 751.

- Embargos Infringentes providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de EINFAC 451.971-RN, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Pleno do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em dar provimento aos Embargos Infringentes, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Cuida-se de embargos infringentes interpostos pelo INSS contra acórdão da egrégia Segunda Turma que, por maioria, deu provimento à apelação do particular, garantindo o direito do menor ISAAC KLEYMER DANTAS DE OLIVEIRA de perceber a pensão por morte de segurada da Previdência Social, falecida em 30/04/1999, que o designara seu dependente econômico.

2. A autarquia embargante pretende fazer prevalecer o teor do voto vencido, da lavra do Eminentíssimo Desembargador Federal Convocado RUBENS CANUTO, segundo o qual, havendo o falecimento da ex-segurada ocorrido em data posterior à Lei nº 9.032/95, o

embargado, designado dependente em 29/04/1994 por escritura pública, não faria jus à pensão por morte, a menos que fosse tutelado (fl. 101).

3. Sem contrarrazões.

4. É este o relatório.

VOTO

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

1. O instituto da dependência por designação, previsto na redação original da Lei 8.213/91, em seu art. 16, inciso IV, permitia a designação de pessoa menor de 21 (vinte e um) anos de idade como dependente designado do segurado para fins de benefício previdenciário, necessitando, para isto, apenas de comprovação da dependência econômica e/ou simples anotação em Carteira de Trabalho e Previdência Social, junto ao órgão previdenciário.

2. O inciso 4º do mencionado art. 16 equiparava em condições de igualdade, com os filhos do segurado falecido, a pessoa designada menor de 21 (vinte e um) anos de idade. Com a edição da Lei nº 9.032/95, o instituto sofreu modificação, sendo abolida de nosso sistema jurídico a figura do dependente designado.

3. É certo que, durante algum tempo, persistiu na jurisprudência do país, o entendimento estampado em alguns julgados segundo o qual, ainda que revogado o inciso IV do artigo 16 da Lei 8.213/91, não teria sido extinto o direito de perceber a pensão, pois, segundo a Constituição Federal, a proteção especial do Estado abrange a garantia de direitos previdenciários do menor; portanto, a inscrição do menor designado, anterior à Lei 9.032/95, constituiria ato jurídico perfeito.

4. Todavia, tal orientação foi totalmente superada pelos diversos precedentes jurisprudenciais em sentido contrário, emanados do colendo STJ, Corte Superior responsável pela uniformização na interpretação das leis federais.

5. Com efeito, o óbito da instituidora da pensão se deu em 30/04/1999 (fl. 22), na vigência da Lei 9.032/95, que revogou o dispositivo contido no inciso IV do art. 16 da Lei nº 8.213/91, sendo exa-

tamente este o fato gerador da pensão que está sendo perseguida nesta demanda.

6. Sobre a matéria, firmou-se, no repertório jurisprudencial do Tribunal da Cidadania, o entendimento de que, em se tratando de benefícios previdenciários, sua concessão rege-se pelas normas vigentes ao tempo em que os beneficiários preenchem as condições exigidas pela norma disciplinadora da situação fática.

7. Portanto, os dependentes do segurado falecido têm direito à percepção da pensão por morte, e sua concessão está subordinada ao atendimento dos requisitos previsto na legislação vigente ao tempo do óbito.

8. No caso *sub examine*, o falecimento do segurado que designava o autor na condição de dependente com direito à percepção da pensão por morte, ocorreu na vigência da Lei 9.032/95, que excluiu a pensão por morte ao menor designado prevista no dispositivo anterior, inciso IV do art. 16 da Lei nº 8.213/91, isto é, a outorga do benefício previdenciário deve observar os requisitos previstos na legislação vigente à época da circunstância fática autorizadora do pagamento, qual seja, o óbito do segurado.

9. Nesse sentido, permito-me transcrever os seguintes precedentes:

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR DESIGNADO. ÓBITO OCORRIDO EM DATA ANTERIOR À EDIÇÃO DA LEI 9.032/95. EXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO.

1. A Egrégia 3ª Seção firmou já entendimento no sentido de que o fato gerador para a concessão do benefício de pensão por morte é o óbito do segurado, devendo ser aplicada a Lei vigente à época de sua ocorrência (CF. EREsp 190.193/RN, Relator Ministro Jorge Scartezini, *in DJ* 7/8/2000).

2. Em se tratando de segurado falecido em data anterior à edição da Lei 9.032/95, que excluiu o menor designado do rol de dependentes de segurado da Previdência Social, é de se reconhecer o direito adquirido do beneficiário – neto do segurado – à concessão do benefício de pensão por morte. Precedente.

3. Inteligência do enunciado nº 359 da Súmula do Supre-

mo Tribunal Federal.

4. Recurso Especial improvido.

(STJ, REsp 604.814-SC, Rel. Min. HAMILTON CARVALHI-
DO, *DJU* 02.08.2004, p. 606).

PREVIDENCIÁRIO. DEPENDENTE DESIGNADO. PENSÃO POR MORTE. ÓBITO POSTERIOR À REVOGAÇÃO DO ART. 16, IV, DA LEI 8.213/91. EXPECTATIVA DE DIREITO. EXCLUSÃO. LEI DE REGÊNCIA.

1. O menor designado como dependente pelo segurado, na forma do art. 16, IV, da Lei 8.213/91, não tem direito a perceber pensão por morte se a condição fática necessária à concessão do benefício, qual seja, o óbito do segurado, sobreveio à vigência da Lei nº 9.032/95, já se encontrando a pessoa do menor designado excluída do rol dos dependentes da Previdência Social. Em regra, os benefícios previdenciários são regidos pela lei vigente à época da concessão. Precedentes. Recurso provido.

(STJ, REsp 257.339-RN, Rel. Min. FELIX FISCHER, *DJU* 18.03.2002).

PREVIDENCIÁRIO. MENOR DESIGNADO. PENSÃO POR MORTE. ÓBITO DO SEGURADO OCORRIDO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.032/95, QUE EXTINGUIU A FIGURA DA PESSOA DESIGNADA. IMPROVIMENTO DO RECURSO.

1. Esta Corte, ao julgar o Incidente de Uniformização de Jurisprudência nos autos da AC nº 174.531-PE, firmou o entendimento de que o menor designado não faz jus ao benefício de pensão por morte, quando o óbito do instituidor ocorrer na vigência da Lei nº 9.032/95, que extinguiu a figura da pessoa designada.

2. No caso presente, o passamento do segurado se deu em data posterior à vigência da Lei revogadora.

3. Apelação improvida.

(TRF5, AC 271.678-PE, Rel. Des. Fed. MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS, *DJU* 05.11.2004, p. 953).

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR DESIGNADO. CONDIÇÃO DE DEPENDENTE NÃO COMPROVADA. INSCRIÇÃO DO MENOR E ÓBITO DO EX-SEGURADO POSTERIORES À LEI Nº 9.032/95. DIREITO AO BENEFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A designação de menor como dependente é insuficiente aos fins de dizer-se adquirido o direito à pensão por morte,

isso se o óbito do segurado, condição última para a concessão do benefício, é posterior à vigência da Lei nº 9.032/95, ainda mais quando a inscrição do menor também foi efetivada após o advento da referida Lei.

2. Apelação e remessa oficial providas.

(TRF5, AC 341.830-CE, Rel. Des. Fed. PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, *DJU* 12.11.2004, p. 751).

10. Reportando-me, assim, aos fundamentos dos precedentes retro transcritos, *conheço e dou provimento aos embargos infringentes interpostos pelo INSS.*

11. É como voto, **pedindo todas as vênias aos posicionamentos divergentes.**

HABEAS CORPUS Nº 3.301-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO

Impetrante: JOSÉ BENEDITO NEVES

Impetrado: JUÍZO DA 11ª VARA FEDERAL DO CEARÁ

Paciente: CHRISTOPHER GEOFFREY DOUGLAS HOOPER

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRELIMINARES. PETIÇÃO PROTOCOLIZADA ANTES DA SESSÃO DE JULGAMENTO PORÉM JUNTADA UM MÊS APÓS A SESSÃO. DESCONHECIMENTO PELO RELATOR. RITO CÉLERE DO WRIT. NÃO INCLUSÃO EM PAUTA DE JULGAMENTO. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO ADVOGADO PARA A SESSÃO. ESPECIALIZAÇÃO DA 11ª VARA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO CERÁ. RESOLUÇÃO Nº 10-A DO TRF 5ª REGIÃO. CONSTITUCIONALIDADE. CRIMES SOCIETÁRIOS PRATICADOS CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. EVASÃO DE DIVISAS. DESCRIÇÃO DA CONDUTA CRIMINOSA DOS SÓCIOS E DE PROVA DO DOLO ES-

PECÍFICO. CRIMES DE QUADRILHA E DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. PRESCRIÇÃO EM ABSTRATO CONFIGURADA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA, EM PARTE.

- Petição dos impetrantes requerendo a sustentação oral na sessão do julgamento do writ, protocolizada neste Tribunal em 06.08.2008. Junta da petição aos autos, no dia 09.09.2008, mais de um mês após o julgamento. Desconhecimento desses fatos, pela Relatora, o que a impediu de examinar e, eventualmente, deferir o pedido.

- Os habeas corpus prescindem de pauta de julgamento, a teor do art. 64 do Regimento Interno deste Tribunal, em face do seu caráter de urgência, podendo ser julgados na primeira sessão disponível. Por isso seria despicienda a intimação dos advogados da pauta de julgamento, porque os processos deste tipo não a integram. Circunstâncias fáticas já referidas nos itens antecedentes, que levaram a que a decisão anteriormente proferida fosse anulada na V. Instância ad quem.

- Paciente que foi denunciado pela suposta prática dos delitos previstos nos artigos 22 da Lei nº 7.492/86 (evasão de divisas), 1º da Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro), art. 288 (quadrilha ou bando) e 299 (falsidade ideológica), do vigente Código Penal.

- A Resolução nº 10-A/2003, do TRF da 5ª Região, que fixou a especialização da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará para processar e julgar os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, e os de lavagem de dinheiro, foi considerada constitucional pela colenda Corte Maior, no julgamento do HC nº 88.660/CE, na sessão do dia 15.05.2008, da relatoria da Min. Carmem Lúcia, por não ofender os princípios do juiz natural e da reserva legal, porque não fora criada uma

nova vara federal, mas sim, especializada uma já existente, a fim de racionalizar os trabalhos, e possibilitar uma melhor entrega da prestação jurisdicional.

- A exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, afora ser uma exigência posta no art. 41 da vigente Lei Penal básica, integra a garantia do devido processo, máxime no tocante ao exercício do direito ao contraditório e da ampla defesa, por aquele em face de quem se imputar uma infração penal.

- A denúncia traçou os limites objetivos da ação penal, afirmando que a circunstância de alguém ser sócio de uma firma ou sociedade comercial é só um prius a recomendar a investigação sobre a possível autoria de um ilícito, demonstrando a existência de um liame entre o fato tido por delituoso e a conduta do ora paciente, que figura nos atos constitutivos da firma ou sociedade.

- Laudo pericial que atestou a intensa movimentação nas contas da empresa, da qual o paciente era sócio-diretor, com o repasse de grande volume de dinheiro – de mais de 132 (cento e trinta e duas) contas bancárias – para as Ilhas Antíguas, notório paraíso fiscal, durante os anos de 1997/1999.

- A transferência de milhões de dólares para o Exterior sem a declaração do Imposto de Renda e de outros tributos, na conta da empresa no ex-Banco do Estado do Paraná - Banestado, em New York/EUA, e o posterior ingresso no território nacional, nas 123 agências bancárias que a empresa possuía no País, desde o ano de 1995, até o mês de março de 1999, podem configurar, ao menos em tese, as condutas incriminadas pela Lei nº 9.613/98, promulgada em 3 de março de 1998.

- Extinção da punibilidade, pela prescrição em abstrato, quanto aos ilícitos previstos nos arts.

288 (quadrilha ou bando) e 299 (falsidade ideológica), ambos do Código Penal.

- Os delitos previstos no art. 288 e 299 do CP, têm a pena máxima fixada em 3 (três) anos de reclusão, prescrevendo em 8 (oito) anos, nos termos do art. 109, I, do Código Penal. Os fatos delituosos teriam se consumado em 1997. A denúncia foi recebida em 11.06.2007. Decurso do lapso temporal necessário para a consumação da prescrição em abstrato. Extinção da punibilidade, quanto aos crimes de quadrilha e de falsidade ideológica.

- Paciente que não demonstrou, de plano, a alegada não autoria do ilícito penal-tributário. Porque o habeas corpus não comporta dilação probatória, é incabível o trancamento da ação penal, à míngua de prova pré-constituída hábil para descaracterizar a conduta havida por ilícita.

- Ordem concedida, em parte, somente para trancar a ação penal quanto aos crimes previstos nos arts. 288 e 299 do CP, em face da extinção da punibilidade pela consumação da prescrição, em abstrato.

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, conceder, em parte, a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 19 de agosto de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO:

Habeas corpus impetrado por José Benedito Neves e outros, com pedido liminar, em favor de Christopher Geoffrey Douglas Hooper, objetivando o trancamento da Ação Penal nº 2007.81.00.015145-4, na qual o Ministério Público Federal o denunciou pela suposta prática dos delitos previstos nos arts. 22 da Lei nº 7.492/86 (evasão de divisas), 1º da Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro), art. 288 (quadrilha ou bando) e 299 (falsidade ideológica) do vigente Código Penal Brasileiro - CPB. Apontou-se como autoridade coatora o MM. Juiz da 11ª Vara Federal do Ceará.

Sustentou o impetrante não haver justa causa para o prosseguimento da ação penal; e alegou a nulidade da ação, em face da afronta ao princípio do juiz natural, porque a ação não fora livremente distribuída, de acordo com as normas de organização judiciária, mas sim, encaminhada para a Vara Especializada em crimes contra o sistema financeiro, em face do disposto na Resolução nº 10-A/2003, deste TRF 5ª Região, o que importaria em desrespeito ao disposto no artigo art. 564, I, do Código de Processo Penal - CPP em vigor.

No mérito, requereu o trancamento da ação penal, inicialmente, porque em tese, a denúncia seria inepta, pois não indicaria de forma clara e/ou individualizada, qual ou quais seriam as condutas típicas atribuídas ao ora paciente que indicassem que no período de 28.11.95 a 02.01.1996, as operações financeiras realizadas pelo BANQUE DE CRÉDIT COMERCIAL LIMITED, afirmando que o fato de ele (o paciente) ser sócio da empresa, figurar nos cartões de autógrafos perante a instituição financeira, e exercer cargo de diretor da empresa *off shore* não o tornaria (*ipso facto*) sujeito ativo de qualquer delito, especialmente quando inexistiriam, mesmo em tese, provas que o vinculassem a quaisquer operações financeiras.

Alegou, ainda, que os fatos imputados ao paciente e que, em tese, configurariam o suposto crime de lavagem de dinheiro, teriam ocorrido antes da vigência da Lei nº 9.613/98, de forma que a lei não poderia retroagir para prejudicá-lo. Afirmou que teria ocorri-

do a prescrição punitiva em abstrato referente aos ilícitos previstos no art. 288 e 299 do vigente CPB.

Requeru, ainda, (e alternativamente), a anulação do r. ato de recebimento da denúncia, reconhecendo-se a ocorrência de afronta ao princípio constitucional do juiz natural, determinando-se a “redistribuição livre” dos autos a qualquer das Varas Federais Criminais da Seção Judiciária do Ceará; ou o trancamento, em parte, da ação penal quanto ao delito tipificado no artigo 1º da Lei 9.613/98, quer pela ausência de indicação do inciso supostamente violado, quer pela afronta ao princípio da anterioridade da lei penal; ou, ainda, o trancamento, em parte, da ação penal quanto aos crimes de quadrilha ou bando (art. 288 do CP) e falsidade ideológica (art. 299 do CPP), e do artigo 22 da Lei nº 7.492/86 e art. 1º da Lei 9.613/98, com o consequente reconhecimento da extinção da punibilidade, em face da prescrição da pretensão punitiva – (fl. 1176).

Solicitei ao MM. Juiz processante, o oferecimento das “informações” – fl. 1176.

Nas que foram ofertadas, a digna autoridade dita coatora esclareceu que o paciente fora denunciado, juntamente com outras pessoas, como incurso nas penas dos delitos previstos nos arts. 22 da Lei nº 7.492/86 (evasão de divisas), 1º da Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro), art. 288 (quadrilha ou bando) e 299 (falsidade ideológica) do Código Penal, tendo a denúncia sido recebida no dia 11.06.2007, posto que estaria lastreada em vastos elementos probatórios (um inquérito com três volumes, um apenso e vasta documentação).

Afirmou-se, ainda, que o ora paciente, residente na República Oriental do Uruguai, fora interrogado, mediante carta rogatória, recebida e acostada aos autos em 19.06.2008, aguardando-se, tão-somente, a tradução do interrogatório do paciente.

Sustentou-se a inexistência de ofensa ao princípio do Juiz Natural, porque o col. Supremo Tribunal Federal - STF, no julgamento do HC nº 88.660/CE, decidiu, especificamente, pela competência da 11ª Vara Federal do Ceará, em face da atribuição que tem o Poder Judiciário para a dispor sobre a especialização de varas.

No que tange à inépcia da denúncia, foi dito que os réus se defendem dos fatos narrados na denúncia, sendo indiferente a capitulação jurídica posta na peça acusatória, nada impedindo que a ação penal se desenvolvesse regularmente, porque ao juiz competiria a correta adequação jurídica dos fatos narrados na denúncia.

Sustentou-se: a) que a inicial seria suficientemente clara ao descrever os fatos atribuídos aos réus e, especificamente, ao ora Paciente, afirmando-se que figurariam nos autos as descrições das condutas dos réus que, em tese, se enquadrariam no crime de evasão de divisas; b) que a denúncia tratou de crimes econômicos, praticados invariavelmente às ocultas para burlar os órgãos de fiscalização; ademais a peça acusatória indicou, de forma clara e específica, os possíveis sujeitos ativos do crime, os meios empregados para sua prática, a conduta delituosa, o tempo dos fatos criminosos e o dano causado (prejuízo de mais de US\$ 78,8 milhões de dólares norte-americanos em detrimento do Sistema Financeiro Nacional);

Quanto ao crime de lavagem de dinheiro, foi dito que: c) não se vislumbraria a suposta “atipicidade” da conduta do paciente, porque “não constituiria óbice o aspecto temporal consignado na impetração”, uma vez que a denúncia menciona a remessa de divisas para uma conta da Agência do Banestado em Nova York/EUA, sendo os valores nela mantidos até 1999, quando já estava em vigor a Lei nº 9.613/1998, ressaltando-se que o referido crime seria permanente, porque envolveria a ocultação e a dissimulação dos bens, direitos e valores – fl. 1184;

Alfim, afirmou que: d) “a lavagem de dinheiro pode ocorrer em relação aos crimes antecedentes praticados antes da vigência da Lei 9.613/1998 desde que a “ocultação” ou a “dissimulação” tenha ocorrido já na vigência da mencionada lei” – fl. 1185.

A Des. Federal Convocada Joana Carolina Lins Pereira indeferiu a medida liminar – fls. 1208/1211.

Foi o parecer do douto representante do *Parquet* Federal, pela concessão (em parte) da ordem de *habeas corpus*, apenas para extinguir a punibilidade do crime previsto no art. 299 do CPB, argumentando, em preliminar, que a especialização de Vara Federal

para o processamento e o julgamento dos crimes praticados contra o Sistema Financeiro Nacional não ofenderia aos princípios da reserva legal, da Separação dos Poderes, e do Juiz Natural.

Com relação ao mérito, afirmou-se que o trancamento da ação penal constituiria medida excepcional, e o impetrante não teria acostado aos autos elementos de prova que testificassem: a atipicidade da conduta; a incidência de causa de extinção da punibilidade; e a ausência de indícios de materialidade e de autoria do delito.

Foi sublinhado também que, em se tratando de crimes societários, seria dispensável a descrição minuciosa e individualizada da conduta de cada acusado, ressaltando que, em se tratando do crime de lavagem de dinheiro, bastaria (para a aptidão da denúncia) haver indícios de que o paciente teria “branqueado” o capital proveniente de atividades ilícitas.

Por fim, argumentou-se ser possível apurar o crime de lavagem de dinheiro se, após o “branqueamento inicial”, realizado antes da edição da Lei nº 9.613/98, outras negociações são realizadas pelo paciente, já sob a incidência da prefalada lei, destinadas (as “outras negociações”) a disfarçar a origem criminoso do patrimônio, advertindo-se que o sistema processual penal não adotou a prescrição antecipada, devendo prosseguir a ação quanto aos outros ilícitos – fls. 1246/1264.

A Terceira Turma desta egrégia Corte Regional decidiu, por unanimidade, conceder, em parte, a ordem de *habeas corpus*, apenas para trancar a ação penal quanto ao crime previsto no art. 299 do CP, por inépcia da denúncia, nos termos do voto condutor proferido pela Des. Federal Convocada Joana Carolina Lins Pereira, em julgamento realizado no dia 7 de agosto de 2008, sendo publicado o acórdão (expediente ACO/2008.000019) no *DJU* em 22.08.2008.

Em 11 de setembro de 2008, o Des. Federal Convocado Frederico Azevedo considerou prejudicados os requerimentos formulados pelos Impetrantes, no sentido de serem “(...) formalmente intimados, antecipadamente, da data do julgamento da presente Ação Constitucional, para que (pudessem) produzir sustentação oral (...)”, em face do julgamento do presente *writ*, tendo a decisão passado em julgado em 13.03.2009 – fl. 1295.

Irresignados, os Impetrantes ingressaram com *habeas corpus* perante o eg. Superior Tribunal de Justiça - STJ, sob o fundamento de ter havido cerceamento de defesa, em face da inapreciação do pedido de sustentação oral (por eles protocolizado no dia 06.08.2008) véspera do julgamento, esclarecendo que “absurdamente” a petição só foi juntada aos autos em 09.09.2008, mais de um mês após a formulação do pedido – fls. 1302/1303.

Em face do prejuízo à ampla defesa do paciente, que se viu impossibilitado de repelir, perante a egrégia Terceira Turma deste Tribunal a imputação que lhes fora irrogada, requereram os Impetrantes a anulação do julgamento, para que pudessem proferir a sustentação oral que lhes foi impossibilitada quando do julgamento originário deste *habeas corpus* – fls. 1300/1328.

Na sessão do dia 1º de dezembro de 2009, o Superior julgou o HC nº 121.700/CE, e, por unanimidade, declarou a nulidade do julgamento do HC nº 3.301/CE, fundamentando-se nos seus precedentes que afirmam haver “nulidade, por cerceamento de defesa, se o advogado constituído não foi intimado da pauta da sessão de julgamento, para a qual manifestou, expressamente, o desejo de proferir sustentação oral”.

Comunicado, por telegrama, da referida decisão (fl. 1330), determinei o desarquivamento dos autos, e a intimação pessoal dos advogados do paciente, a fim de que pudesse ser exercido o direito de defesa, com a sustentação oral, na sessão de julgamento.

É o relatório.

Dispensada a revisão. Em Mesa para julgamento.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Inicialmente, sublinho dois pontos que possibilitaram o julgamento do processo na sessão de 7 de agosto de 2008.

Primeiramente, com relação ao pedido de sustentação oral formulado pelos Impetrantes, observo que a inapreciação do mesmo pela então Relatora ocorreu em face de total desconhecimento da existência do próprio pedido.

A petição na qual foi feito o pedido de sustentação oral dos impetrantes foi protocolizada neste Tribunal em 06.08.2008, véspera da sessão de julgamento – fls. 1289/1290.

No entanto, a juntada da referida petição somente ocorreu no dia 09.09.2008, mais de um mês após o julgamento, e uma semana após a publicação – fl. 1288-v.

Portanto, não havia como a então Relatora apreciar uma petição da qual não tinha conhecimento.

Em segundo lugar, ressalvo o meu posicionamento no sentido de considerar incabível a alegação de nulidade do julgamento do *habeas corpus* por ausência de intimação pessoal dos advogados do paciente para virem efetuar a sustentação oral.

Assim dispõe o art. 69 do Regimento Interno deste Tribunal, *verbis*:

Art. 64. Independem de pauta:

I - o julgamento de *habeas corpus* e recursos de *habeas corpus*, conflitos de competência, embargos declaratórios, agravos internos e exceções de suspeição e impedimento;

Da leitura deste artigo depreende-se que os *habeas corpus* prescindem de pauta de julgamento, em face do seu caráter de urgência, podendo ser apreciados na primeira sessão de julgamento disponível, de forma que caberia aos causídicos do paciente estarem atentos ao julgamento, em face da celeridade do rito do *habeas corpus*, sendo despicienda, no meu entender, a intimação pessoal para a sustentação oral em julgamento, mesmo em havendo petição nos autos.

Nesse sentido, já decidiu esta Turma no julgamento do HC nº 3.824/CE, da minha Relatoria:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. AUSÊNCIA DOS NOMES DOS ADVOGADOS NA PAUTA DE JULGAMENTO. DESNECESSIDADE DE PAUTA PARA *HABEAS CORPUS*. AUSÊNCIA DE NULIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE AMBIGUIDADE, OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. REEXAME DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os *habeas corpus* prescindem de pauta de julgamento, de acordo com o art. 64 do Regimento Interno deste Tribunal, em face de seu caráter de urgência, podendo ser julgados na primeira sessão de julgamento disponível, de forma que despienda a publicação dos nomes dos advogados na pauta de julgamento, porque os processos deste tipo não a integram. Ausência de nulidade.

2. As afirmações, constante do relatório, de que a liminar foi indeferida, quando, na realidade, foi deferida, e que o paciente era Conselheiro do BNB, quando o era do BNDES, não constituem contradição e sim erros materiais, possíveis de ser sanado a qualquer tempo, e mesmo de ofício, nos termos do artigo 463, inciso I, do Código de Processo Civil - CPC, não causando prejuízo à defesa do Embargante.

3. Inocorrência de omissão no julgado que, expressamente, manifesta-se a legalidade do indiciamento do paciente, ao considerar que a autoridade policial, a quem cabe presidir o Inquérito e que tem acesso a provas ainda não apreciadas por este Tribunal, tem melhores condições de verificar a existência de indícios de participação do paciente/embargante nos delitos investigados, sendo, portanto, dispensável a perícia em documentos referentes à quebra de sigilo bancário dele, especialmente quando há no inquérito outros indícios comprobatórios de sua participação nos fatos investigados.

4. O Juiz não está obrigado a julgar a questão posta, de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento; para tanto, vale-se do exame dos fatos e dos aspectos pertinentes ao tema, das provas produzidas, e da doutrina e da jurisprudência que reputar aplicáveis ao caso concreto.

5. O reexame da matéria não é permitido nas vias estreitas dos embargos de declaração, mas, apenas, por meio dos recursos ordinário e/ou extraordinário. Embargos de declaração improvidos. (Grifo nosso)
(Julg. 29.04.2010, publ. DJU 07.05.2010)

Averbando acendrada vênia aos que perfilham entendimentos dissonantes, penso que o *habeas corpus* deve ser, ao menos em parte, denegado. Justifico.

O paciente foi denunciado pela suposta prática dos delitos previstos nos arts. 22 da Lei nº 7.492/86 (evasão de divisas), 1º da Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro), art. 288 (quadrilha ou bando) e 299 (falsidade ideológica) do vigente Código Penal.

A distribuição ou redistribuição dos autos para a Vara especializada não afronta o princípio do juiz natural.

A Resolução nº 10-A deste TRF da 5ª Região (editada em 2003) estatuiu a especialização, em matéria criminal, da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, para processar e julgar, com privatividade, os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.

A legalidade da referida Resolução foi objeto de análise pelo col. Supremo Tribunal Federal - STF, no julgamento do HC nº 88.660/CE, relatado pela Min. Carmem Lúcia, na sessão do dia 15.05.2008, que julgou constitucional a transferência dos processos penais (referentes aos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) para a Vara Especializada da Seção Judiciária do Ceará, no caso, a 11ª Vara Federal, em face da Resolução 10-A deste colendo Tribunal Federal da Quinta Região.

No ensejo, o Pretório Excelso decidiu que o Poder Judiciário pode dispor sobre a especialização de varas, e que a Resolução 10-A do TRF5, apenas redistribuiu a competência entre órgãos já criados por lei, reorganizando internamente as varas; foi afirmado, ademais, que a especialização de Vara Federal para o julgamento de crimes contra o Sistema Financeiro, por meio de Resolução, não afrontaria os princípios do juiz natural, e da reserva legal, porque não fora criada uma nova vara federal, mas sim, **especializada uma já existente**, com o fito de racionalizar os trabalhos, e permitir uma prestação mais célere da jurisdição, de forma que não haveria violação ao princípio do juiz natural.

Este Tribunal, inclusive, já se manifestou neste mesmo sentido, no julgamento do Conflito de Competência nº 891/CE, *verbis*:

PROCESSUAL PENAL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR, NO ESTADO DO CEARÁ, OS CRIMES PRATICADOS CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E OS DE "LAVAGEM" OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES. VARA ESPECIALIZADA.

1. Em consonância com a Resolução nº 314, de 12 de maio de 2003, do Conselho da Justiça Federal (CJF) e a Resolução nº 10-A, de 11 de junho de 2003, deste Tribunal Regional Federal da 5ª Região, a competência exclusiva para processar e julgar os crimes praticados contra o Sistema Financeiro Nacional e os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, no Estado do Ceará, é da 11ª Vara daquela Seccional.
2. Precedente deste Tribunal (CC nº 900-CE, Pleno, Rel. Des. Federal Convocado Ivan Lira de Carvalho, julg. 29.09.2004, publ. *DJU* 09.11.2004)
3. Conflito julgado procedente, para declarar competente o Juízo da 11ª Vara da Seção judiciária do Ceará. (CC nº 891-CE, Pleno, Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti, julg. 20.10.2004, publ. 03.01.2005, pág. 113)

No cenário contemporâneo, os chamados “crimes societários” são, em análise última, ilícitos praticados (ou possíveis de serem praticados) pelos sócios, no exercício das funções que exerçam dentro da(s) empresa(s).

A partir dessa premissa, e sem perder de vista o fato de que o ordenamento jurídico em vigor não reconhece a sujeição ativa das pessoas jurídicas (não, ao menos, nos delitos econômicos), o Superior Tribunal de Justiça - STJ, tem prestigiado (pacificando, inclusive) o entendimento de que seria prescindível a pormenorização da conduta dos que, na condição de sócios, tivessem de responder pelos atos da empresa.

As disposições do artigo 41 do Código Processual Penal Brasileiro - CPP, não de ser observadas em relação a qualquer delito, pois constituem garantia constitucional do devido processo legal, máxime no tocante ao exercício do contraditório e da ampla defesa, o que é válido inclusive (e nem poderia ser diferente), para os chamados crimes societários, nos quais a aplicação da lei penal se dá em face dos sócios, levando-se em consideração a divisão do trabalho no âmbito da corporação, e não, sobre a pessoa jurídica, como alguns autores sustentam, para os quais o ente seria o próprio sujeito ativo do ilícito penal em virtude da chamada “responsabilidade social”.

Em face disso, o fato de alguém ser sócio de um empreendimento comercial, industrial, ou de serviços, é apenas um *prius*

que pode concorrer para que se dê início a uma investigação acerca da autoria de um eventual ilícito penal, sendo que a prova da autoria exigirá a constatação da existência de um liame entre o fato havido por delituoso e a conduta daquele que figure no estatuto ou no contrato social, como responsável pela prática dos atos eventualmente írritos, sob o aspecto estritamente penal.

No caso concreto, a despeito dos aparentes senões da denúncia, dois fatos afiguram-se relevantes: o primeiro é o de que o paciente, a teor do contido à fl. 997, figurava nos cartões de autógrafos da Empresa BANQUE DE CREDIT COMERCIAL LTDA., com sede nas Ilhas Antíguas, notório paraíso fiscal, sendo indicados como diretor no contrato da empresa, detendo, por isso, poderes para realizar as movimentações bancárias da empresa e, de acordo com o ofício do Banco Central trazido para os autos pela autoridade dita coatora, o chamado “Banque de Credit Commercial Ltda.” não consta nem constou entre as instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central – fl. 1186.

O segundo fato é que, não obstante ser o paciente sócio-diretor da instituição sempre se valia do nome de terceiro (Jorge Balbino) para a efetivação dos negócios, indivíduo este que, segundo a denúncia, era usado sem a sua própria ciência, para a formação de empresas fantasmas, e para a realização de operações financeiras, motivo pelo qual não fora denunciado – fl. 997.

Portanto, em uma visão preliminar, há indícios suficientes da materialidade e da autoria dos ilícitos, e da participação do paciente nos fatos listados na denúncia, de forma que afastou a preliminar de inépcia da peça de acusação, pela alegada “ausência de descrição fática típica”.

Tampouco me parece fértil, a alegada atipicidade do ilícito de evasão de divisas.

O art. 22 da Lei nº 7.492/86 assim dispôs:

Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:
Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.
Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

Segundo a denúncia, “o Laudo nº 675/02, elaborado pela Polícia Federal do Paraná, identificou intensa movimentação de várias contas, incluindo a Conta nº 391-0, e o fluxo dos recursos das 132 contas, conforme as fls. 116/474 - Apenso I, no ano de 1997, observando o laudo que a mega investigação ainda podia se estender aos exercícios de 1998 e 1999, visto que a agência do BANESTADO/NY só encerrou suas atividades em 03/1999 – fl. 477. A investigação contou com a cooperação internacional - MILAT (Tratado de Assistência Legal Mútua) – fl. 994.

Embora a denúncia não descreva detalhadamente a atividade do paciente, há indícios de que ele, como diretor da empresa e, portanto, habilitado para realizar operações financeiras, tenha participado do delito, especialmente quando constam no BANESTADO os seus cartões de autógrafos nas contas da empresa fictícia para a realização de operações. Ressalte-se que os crimes econômicos, sobretudo os praticados via meios eletrônicos, e no âmbito internacional, são praticados de forma acentuadamente discreta (oculta, poder-se-ia dizer) com grande sofisticação, e aparência de legalidade, a fim de burlar a fiscalização fazendária.

Portanto, afigurasse-me haver justa causa para o prosseguimento da ação penal, em face da existência concreta de indícios que apontam para a perspectiva de que o ato ilícito, de fato, ocorreu, e de que o paciente possa ser o seu autor ou, ao menos participado dele, junto com os outros denunciados, não tendo ficado provada, de plano, a cogitada ‘atipicidade’ do crime previsto no art. 22 da Lei nº 7.492/86.

Disse o impetrante, com relação ao crime de lavagem de dinheiro, que os fatos a si imputados, e havidos por delituosos, teriam ocorrido antes da vigência da Lei nº 9.613/98, de forma que a lei não poderia retroagir para prejudicá-lo.

A Lei nº 9.613/98, promulgada em 03 de março de 1998, entrou em vigor da data de sua publicação.

De acordo com a denúncia, os valores decorrentes da evasão de divisas, oriundos da lavagem de dinheiro relativo à prática de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, especialmente quanto à transferência de milhões de dólares para o Exterior, sem a declaração do Imposto sobre a Renda - IR, e outros tributos, ficaram

na conta da empresa, mantida no ex-Banco do Estado do Paraná - Banestado, em New York/EUA, desde a sua abertura, em 1995, até o mês de março de 1999, sendo que nos anos de 1997 e 1998 foram constatadas intensas movimentações bancárias, quando, então a referida instituição bancária fora extinta – fls. 994/955.

Portanto, pelo menos durante um razoável período, a conduta do ora paciente pode incidir nas condutas típicas incriminadas na Lei nº 9.613/98, promulgada em 3 de março de 1998.

Não assiste razão ao paciente quanto à suposta prescrição antecipada dos delitos do art. 22 da Lei nº 7.492/86 e do art. 1º da Lei nº 9.613/98, afirmando ele que, caso sobrevenha condenação, a pena não seria superior a 2 (dois) anos e (oito) meses, e, tendo-se passado quase dez anos entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia, extinta estaria a punibilidade pela prescrição da pena em concreto.

É que não há como afirmar que a pena a ser aplicada ao agente seja a mínima prevista em lei, uma vez que não se pode excluir da apreciação do juízo de primeiro grau o processo criminal que ali se acha em andamento. Sequer há, neste autos, elementos que indiquem que o paciente é primário e de bons antecedentes, tal como ele próprio, continuamente alega.

Além disso, a chamada “prescrição em perspectiva”, ou prescrição virtual, não tem acolhida no nosso Direito. Por isso não pode tal possibilidade teórica (não acolhida, repito uma vez mais, no ordenamento jurídico-positivo em vigor no Brasil) ser utilizada como fundamento para a extinção da punibilidade do paciente.

Nesse sentido, inclina-se a jurisprudência deste Tribunal, *verbis*:

PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ESTELIONATO. RECEBIMENTO INDEVIDO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PROVIMENTO DO RECURSO.

- Em se tratando do agente que recebe indevidamente benefício previdenciário, têm-se que o marco inicial para a contagem do prazo prescricional é a data do último recebi-

mento indevido.

- A prescrição em perspectiva, também chamada de prescrição antecipada, não tem previsão legal, não podendo ser usada como fundamento para extinguir a punibilidade ao agente.

- Recurso provido.

(Quinta Turma, RSE nº 1048/CE, Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães, julg. 01.04.2008, publ. *DJU* 27.05.2008, pág. 99)

Assiste razão ao paciente, contudo, quanto à prescrição dos crimes previstos nos arts. 288 (quadrilha ou bando) e 299 (falsidade ideológica) ambos do Código Penal.

Embora, ao menos em tese, o BANQUE DE CRÉDIT COMMERCIAL LIMITED, ainda funcione nas Antígua, não há indícios de que a organização criminosa siga, efetivamente atuando, em face de seu desbaratamento, cessando a atividade delituosa em 1997. Como a pena máxima cominada pelo cometimento do delito é de 3 (três) anos de reclusão, prescrevendo, portanto, em 8 (oito) anos, nos termos do art. 109, I, do vigente Código Penal, e tendo a denúncia sido recebida em 11.06.2007, já transcorreu o lapso temporal necessário para a extinção da punibilidade pela prescrição em abstrato.

Também o delito de falsidade ideológica, referido no art. 299 do Código Penal, está prescrito, porque a falsificação a que se refere a denúncia diz respeito a documento particular, ocorrida entre os anos de 1995 a 1997, e como a pena máxima cominada pelo delito é de 3 (três) anos de reclusão, prescrevendo em 8 (oito) anos, nos termos do art. 109, I, do Código Penal e recebida a denúncia em 11.06.2007, restou consumada a prescrição em abstrato, devendo ser também declarada a extinção da punibilidade quanto ao referido crime.

Ao meu ver, os fatos restantes narrados na denúncia constituem, ao menos em tese, crime; e, sendo assim, a cabal apuração da ocorrência desse ilícito, deverá ser objeto da instrução criminal e a punibilidade não se mostra extinta, pela prescrição ou por outra causa.

Existindo indícios da autoria e da materialidade delitiva, e figurando na pela acusatória a descrição básica da conduta do denun-

ciado, ora paciente, de forma a permitir a sua defesa dos fatos, tem-se como correto o recebimento da denúncia e, consequentemente, o prosseguimento da persecução penal.

Quanto à justa causa para a persecução penal, percebe-se que, pelo menos em tese, os delitos podem ter ocorrido. Consoante iterativa jurisprudência, inclusive dos Tribunais Superiores, o ato judicial de recebimento de denúncia não carece de extensa e detalhada fundamentação. Basta que a petição inicial da ação penal de iniciativa pública atenda aos requisitos do artigo 41 do vigente Código de Processo Penal, e que não se mostrem presentes quaisquer das causas de rejeição do artigo 43 do mesmo diploma normativo, para que ela deva ser recebida pelo Órgão Jurisdicional.

Os argumentos apresentados neste *habeas corpus* não se revelam aptos, nesta via processual, para obstar o prosseguimento da ação penal.

Corroborando todo o exposto, trago à baila entendimento esposado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INQUÉRITO POLICIAL. PRESCINDIBILIDADE. EXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. INDÍCIOS SUFICIENTES. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA.

1. Não é compatível com a via estreita do *habeas corpus* o exame de alegações que demandem necessariamente o exame aprofundado das provas.

2. Pacífico o entendimento jurisprudencial desta Corte de que o ajuizamento de ação penal prescinde da prévia instauração de inquérito policial, bastando que haja outros elementos de prova suficientes para embasá-la.

3. Havendo indícios de que se exigia a realização de licitação para a prática do ato objeto do convênio firmado pelo recorrente, revela-se prematuro o trancamento da ação penal na via eleita.

4. Não é inepta a denúncia que narra a prática de conduta que se subsume ao delito previsto no art. 89 da Lei nº

8.666/93, em conformidade com o art. 41 do Código de Processo Penal, revelando-se suficiente ao exercício do direito de defesa.

5. Recurso ordinário a que se nega provimento. Destaquei. (STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, RHC - 19585/DF, SEXTA TURMA, Decisão: 24/05/2007, DJ DATA: 06/08/2007 PÁGINA: 693. Relator PAULO GALLOTTI).

Por fim, destaque-se que a análise mais aprofundada das demais alegações veiculadas pelo impetrante, dependem da apreciação de questões de fato e de elementos de prova.

Do aresto adrede transcrito e da vasta jurisprudência dos Tribunais pátrios, infere-se que, na via estreita do *habeas corpus*, não é possível qualquer aprofundamento no tocante ao exame das provas, máxime quando os fatos, em tese, figuram ser típicos e haja indício, tal como ocorre aqui, de que o paciente possa mesmo ser deles o autor.

Esforçado nestas razões concedo, em parte, a ordem de *habeas corpus*, somente para excluir os crimes previstos nos arts. 288 e 299 do vigente CP, em face da extinção da punibilidade, pela ocorrência da prescrição em abstrato.

É como voto.

INQUÉRITO Nº 1.792-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Autor: DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL
Indiciado: SEM INDICIADO
Investigados: ROMERO RODRIGUES VEIGA, RUBENS RODRIGUES DA SILVEIRA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRELIMINARES REJEITADAS. DENÚNCIA. USO DE DOCUMENTO FALSO. ART. 299 E 304 DO CÓDIGO PENAL. SONEGAÇÃO FISCAL ART. 1º, I E IV, DA LEI 8.137/90. CONFLITO APARENTE DE

NORMAS. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO.

- O uso dos recibos objeto de contrafação perante a Receita Federal, visaram a fins exclusivamente fiscais, uma vez que seu intento era o de reduzir o valor do recolhimento do tributo a ser pago (IR de pessoa física), não havendo potencialidade lesiva para além do intuito de lesar a ordem tributária.

- As condutas de prestar declaração falsa e utilizar documento falso quando fazem parte da mesma relação causal e são praticadas com o intuito de suprimir ou reduzir tributo, caracterizam crime contra a ordem tributária.

- Extinta a punibilidade do crime-fim pelo pagamento, nos termos do art. 9º, parág. 2º, da Lei 10.684/03, não há que se falar no crime-meio em sua forma autônoma.

- Precedentes desta Corte Regional: RSE 1166, Relator Des. Federal PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, DJ 25.03.09; RSE 981-PE, Relator Des. Federal JOSÉ MARIA LUCENA, DJ 19.04.07.

- Denúncia rejeitada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de INQ 1.792-PB, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Pleno do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em rejeitar a denúncia, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 13 de outubro de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Cuida-se de denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal em desfavor de ROMERO RODRIGUES VEIGA, atual Deputado Estadual da Paraíba, e seu Contador, RUBENS RODRIGUES DA SILVEIRA, imputando-lhes a prática do delito descrito no art. 304 do CPB (*fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os art. 297 a 302*), no que faz remissão ao art. 299 (*omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante*), sob a acusação de que apresentaram, perante à Receita Federal, vários recibos de despesa não assinados pelos profissionais de saúde indicados, o que demonstra a falsidade que acompanha a documentação.

2. O denunciado ROMERO RODRIGUES VEIGA apresentou defesa às fls. 515/527 dos autos, alegando, preliminarmente, ausência de Proposta de Suspensão Processual e extinção da punibilidade pelo pagamento e ausência de justa causa para a ação penal, haja vista o pagamento integral da dívida tributária. No mérito requer seja rejeitada a denúncia contra ele proposta.

3. RUBENS RODRIGUES DA SILVEIRA, na sua defesa preliminar, requer a rejeição da denúncia por ausência de justa causa para a ação penal, ou, subsidiariamente, a absolvição sumária.

4. O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, ofereceu a Promoção 0339/2010 (fls. 627/633), da lavra do insigne Procurador da República FRANCISCO CHAVES DOS ANJOS NETO, punhando pelo recebimento da denúncia.

5. É o relatório.

VOTO

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

1. O Ministério Público Federal, em sua peça acusatória inau-

gural, denunciou ROMERO RODRIGUES VEIGA, atual Deputado Estadual da Paraíba, e seu Contador, RUBENS RODRIGUES DA SILVEIRA, imputando-lhes a prática dos delitos de falsificação e uso de documentos falsos; em concurso formal, previstos nos arts. 299 e 304, ambos do CPB.

2. *A priori*, cabe analisar a preliminar aventada pelo acusado ROMERO RODRIGUES VEIGA, no que concerne à nulidade relativa, uma vez que a peça acusatória não propôs suspensão condicional do processo.

3. O *Parquet* Federal instado a se manifestar ofereceu a Promoção 0339/2010, em complemento à promoção anterior, aduzindo que não há como admitir a proposta de suspensão do processo em relação ao acusado RUBENS RODRIGUES DA SILVEIRA, embora não aventada pela defesa técnica, tendo em vista que o ora acusado não preenche os requisitos elencados no art. 77 do CP, conforme faz prova a documentação acostada às fls 618 e 622/623 dos autos.

4. No que tange a ROMERO RODRIGUES VEIGA, infere o MPF, que embora pese em seu favor bons antecedentes criminais (fls 617/621), requisito subjetivo, faz-se necessária a superação do requisito objetivo, qual seja, a pena mínima abstratamente cominada à espécie, não deve ultrapassar 1 ano.

5. No caso dos autos, afirma o *Parquet* que incide, sobre a pena mínima abstratamente cominada ao delito, o concurso formal (art. 304 c/c o art. 299, ambos do Código Penal), que traz como consequência, uma reprimenda superior a um ano de reclusão, o que afasta a hipótese do requisito objetivo exigido no art. 89 da Lei 9.099/95.

6. De fato, assiste razão ao douto MPF, pois não se afigura juridicamente possível a concessão do *sursis* processual (art. 89 da Lei 9.099/95), haja vista que não se aplica esse benefício aos delitos perpetrados em concurso material ou formal, ou ainda em continuidade delitiva, mesmo quando aplicada a pena mínima cominada, se ultrapassado o limite de um ano, seja pelo somatório ou pela incidência de eventual majorante. Súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça.

7. Quanto à extinção da punibilidade pelo pagamento, segundo preliminar, tal tese confunde-se com o mérito, razão pela qual deixo para analisá-la juntamente com o exame deste.

8. A inicial acusatória relata que, em novembro de 2004, ROMERO RODRIGUES VEIGA, na condição de contribuinte, foi intimado pela Receita Federal para justificar a utilização de despesas de saúde das quais se fez credor nos exercícios fiscais 2001/2002/2003 e 2004, para deduzir do seu imposto de renda o montante tributável. Continua narrando que, na ocasião, o acusado, juntamente com o seu contador RUBENS RODRIGUES DA SILVEIRA, fizeram uso de documentação falsa (recibos fraudulentos de prestação de serviços odontológicos, psicológicos e fisioterapêuticos), para justificar as deduções, no que ficou comprovado pelo laudo pericial de fls. 27/29.

9. O *Parquet* Federal afirma que a liquidação do débito tributário, no que diz respeito às declarações de Imposto de Renda dos exercícios fiscais de 2001 a 2004 do acusado, não impede a imputação de condutas criminosas à parte do crime tributário originário, portanto, não estando sujeito à regra do instituto da prescrição. Dessa forma, refuta a relação de crime-meio para crime-fim, asseverando que o delito objeto da denúncia apresentada (art. 304 c/c art. 299 do CP) é crime autônomo e não teve correlação com o delito de sonegação fiscal.

10. Realmente, entendo que as condutas perpetradas pelos denunciados amoldam-se ao tipo previsto no art. 1º, IV, da Lei 8.137/90, configurando meios para a realização de crime contra a ordem tributária:

Art. 1º - Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

(...);

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

(...).

11. Pela leitura do dispositivo acima transcrito vê-se claramente que *utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato*

integra o próprio tipo do delito de sonegação fiscal, sendo meio empregado para se obter a supressão ou redução do tributo prevista no *caput* do artigo.

12. Com efeito, se, nos crimes contra a ordem tributária, a **contrafação ou o uso do *falsum*** foram erigidos, pela Lei 8.137/90, em elementos constitutivos de outro ilícito, tem-se, na espécie, delito único, que é o de suprimir ou reduzir tributo, mediante aquelas ações referidas no art. 1º, IV, da mencionada Lei, afastando-se, na espécie, pelo princípio da especialidade, o crime previsto no art. 304 do Código Penal.

13. Os indiciados, ao fazerem uso dos recibos objeto de contrafação perante a Receita Federal, visaram a fins exclusivamente fiscais, uma vez que seu pretense intento era o de reduzir o valor do recolhimento do tributo a ser pago por Romero Veiga (IR de pessoa física), não havendo potencialidade lesiva para além do intuito de lesar a ordem tributária.

14. Quanto ao ponto, trago à colação decisões análogas que bem examinam a autonomia (ou não), do crime de uso de documento falso, apresentado posteriormente à Receita Federal, para comprovar deduções constantes da declaração de rendimentos já apresentada ao Fisco:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECLARAÇÃO DE IRPF. APRESENTAÇÃO DE RECIBOS ALEGADAMENTE FALSOS, QUE TERIAM SIDO EMITIDOS POR PROFISSIONAL LIBERAL. DENÚNCIA QUE ATRIBUIU À CONTRIBUINTE A PRÁTICA DO DELITO DO ART. 304 C/C ARTS. 299 E 70 DO CP (FALSIFICAÇÃO E USO DE DOCUMENTO IDEOLOGICAMENTE FALSO EM CONCURSO FORMAL). DELITO-MEIO PARA A CONSECUÇÃO DE CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SUPOSTA PRÁTICA DE SONEGAÇÃO FISCAL (ART. 1º, IV, DA LEI Nº 8.137/90). EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA LIQUIDAÇÃO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. DECISÃO QUE SE CONFIRMA.

1. A conduta da contribuinte, consubstanciada no fornecer, ao fisco, documentos supostamente ilegítimos (atendendo despesas médicas para fins de reduzir o pagamento de IR), demonstra o possível intento de reduzir o valor do

- recolhimento do tributo a ser por ela pago, amoldando-se tal fato ao tipo previsto no Art. 1º, IV, da Lei nº 8.137/90;
2. Os ilícitos do Art. 299 c/c Arts. 304 e 70 do CP (falsificar e usar documento particular ideologicamente falso em concurso formal), constituem, tão somente, crimes-meio praticados visando à efetivação do delito-fim, o que implica dizer que este último absorve os primeiros;
3. O pagamento do débito tributário que originou a ação penal (*in casu*, noticiado nos autos pelo próprio fisco), extingue a punibilidade do delito previsto no art. 1º, IV, da Lei nº 8.137/90, a teor do que dispõe o art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003;
4. Recurso em sentido estrito improvido.
(TRF5, SER 1166, Rel. Des. Federal PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, DJ25.03.09, p. 484).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. SONEGAÇÃO FISCAL. ESTELIONATO. ABSORÇÃO. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PARCELAMENTO DA DÍVIDA FISCAL. SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. INVIABILIZAÇÃO. DEFERIMENTO DO PARCELAMENTO. CONCURSO DE AGENTES. EXTENSÃO DOS EFEITOS. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Ao fazer uso dos recibos objeto de contrafação perante a Receita Federal, a indiciada visou a fins exclusivamente fiscais, não havendo potencialidade lesiva para além do intuito de lesar a ordem tributária. Não existe razão, portanto, para não dar aplicação ao princípio da especialidade na hipótese, quanto mais tenha restado evidente que os fatos narrados orientam-se para a consecução do fim visado pela agente, qual seja, a redução do tributo. Os recibos falsos também foram objeto de preocupação do legislador quando da elaboração da Lei 8.137/1990, sendo intuitivo que a supressão ou redução de tributo – fato atribuído à recorrida – pode manifestar-se materialmente de diversas formas, arroladas nos incisos no art. 1º da referida norma penal, dentre elas a falsidade ideológica praticada na declaração feita ao Fisco, falsificação de documentos e o uso dos mesmos, e o estelionato, dentre outras.

2. O art. 9º da Lei 10.684/2003 deixa expresso que a pretensão punitiva estatal fica suspensa com o deferimento

do parcelamento do débito fiscal em favor do suposto agente do crime previsto no art. 1º da Lei 8.137/1990. Sob esse prisma, o ato de recebimento da denúncia configura violação a dispositivo de lei, maiormente porque se traduz em prosseguimento da pretensão punitiva, vedado que é.

3. O parcelamento da dívida tributária não consubstancia circunstância de caráter exclusivamente pessoal, devendo os efeitos decorrentes do deferimento do parcelamento pela Receita Federal ser estendidos ao coindiciado, considerando-se que a conduta que lhe foi imputada não extravasa a pretensa contribuição para a suposta consumação do crime atribuído à recorrida.

4. Recurso em sentido estrito a que se nega provimento. Concessão, de ofício, de *habeas corpus* para cassar a decisão recorrida no ponto em que recebe a denúncia em relação a coindiciado.

(TRF/1ª R, RCCR 2007.38.15.000463-2/MG, Rel. Juiz Federal Convocado CÉSAR FONSECA, DJF1 07.03.08, p. 123).

5. Importante registrar, ainda, que a legislação do imposto de renda determina que o contribuinte que lançar deduções em sua declaração deverá estar de posse dos respectivos comprovantes para apresentação posterior à autoridade administrativa, quando solicitado. O momento da produção e apresentação dos recibos, se posterior ou simultânea ao ato de declaração, mostra-se irrelevante para os fins de adequação típica da conduta.

6. Importante consignar que o crédito tributário constituído encontra-se encerrado por pagamento, conforme informação prestada pelo Ministério da Fazenda (fls. 108, 138 e seguintes), estando, dessa forma, extinta a punibilidade da conduta objeto da inicial acusatória, de acordo com a moldura normativa prevista no § 2º do art. 9º da Lei 10.684/03, que assim preceitua:

Art. 9º - (...);

§ 2º - Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

7. Diante do expandido, rejeito a denúncia, com esteio no art. 395, III, do Código de Processo Penal.

8. É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 102.604-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Impetrante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Impetrado: JUÍZO DA 2ª VARA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. PRETENSÃO DE SE ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO À DECISÃO QUE CONCEDEU AO RÉU O DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE, MEDIANTE O PRÉVIO ATENDIMENTO DAS CONDIÇÕES GARANTIDORAS DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. INOCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE. NÃO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA CONDENATÓRIA EM AÇÃO PENAL POR TRÁFICO INTERNACIONAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. RÉU ESTRANGEIRO. ALEGAÇÃO DE PERIGO DE FUGA, ILAÇÕES PURAMENTE HIPOTÉTICAS. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, DA NÃO CULPABILIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. DENEGAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA.

- Não há violação a direito líquido e certo no ato que concede ao réu o direito de apelar em liberdade – mediante o prévio atendimento das condições garantidoras da aplicação da lei penal – sendo, portanto, incabível o manejo do mandado de segurança nessa hipótese.

- Em que pese ser o réu estrangeiro e sem vínculos com o país, a observância do princípio da individualização da pena afasta a generalização de que todo agente nesta condição tenha que recolher-se à prisão.

- Presunção de culpa que não se coaduna com os princípios da não culpabilidade e do devido processo legal.

- Mandado de segurança denegado.

ACÓRDÃO

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

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

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pelo Ministério Público Federal, contra ato do Dr. Mário Azevedo Jambo, MM. Juiz Federal Substituto da 2ª Vara da Seção Judiciária de Rio Grande do Norte que, ao proferir sentença condenatória em desfavor de Mamadou Diallo, cidadão guineense, pela prática do tipo definido nos arts. 33 e 40, I, da Lei nº 11.343/2006, fixou o regime inicial aberto para cumprimento da pena; substituiu a pena de reclusão por penas restritivas de direitos e concedeu ao réu o direito de apelar em liberdade, mediante o atendimento de condições que fixou.

Requer o impetrante, inicialmente, que se determine a manutenção do réu preso, visto que, apesar de ter interposta apelação, o recurso não tem efeito suspensivo, nesses casos.

Quanto ao mérito, sustenta que o réu foi preso em flagrante transportando para Portugal, no interior de seu estômago, quarenta e duas cápsulas de cocaína, permanecendo preso durante toda a instrução. Assim, considerando que o mesmo não tem residência fixa ou ocupação lícita no Brasil, sustenta que a sua soltura comprometeria a ordem pública e a aplicação da lei penal, em face da nítida possibilidade de fuga.

Por considerar que no ato impugnado, em princípio, não há ilegalidade, por observar o disposto no art. 59 da Lei nº 11.343/2006, indeferi o pedido de concessão de liminar.

Nas informações de estilo, o impetrado informa que permitiu ao réu recorrer em liberdade, desde que cumpridas as seguintes condições:

1. Apresentar endereço onde residirá provisoriamente no Estado do Rio Grande do Norte enquanto durar o processo;
2. apresentar fonte de recursos que permita a sua subsistência no país enquanto perdurar o processo;
3. Não consumir álcool ou drogas ilícitas;
4. Acompanhar todos os atos processuais e atender aos chamamentos judiciais;
5. Recolher-se a sua residência no horário máximo das 19:00 h, ficando proibido de se ausentar de sua residência nos finais de semanas e feriados;
6. Comparecer e permanecer, diariamente, nos dias úteis, no horário entre 14 e 17 horas, na Justiça Federal do Rio Grande do Norte, no Projeto Sol Redondo, para participar de atividades de convivência que forem indicadas pela 2ª Vara Federal/RN;
7. Não mudar de endereço sem comunicar ao Juízo;
8. Não se ausentar da cidade de Natal nem do país;
9. Ocupar-se lícitamente.

Sustenta que é inadequada a via eleita por não ter ocorrido qualquer ilegalidade e, quanto ao mérito, afirma que a prisão antes do trânsito em julgado da sentença é medida excepcional, não se justificando no caso concreto.

Em Parecer da lavra do Dr. Rogério Tadeu Romano, a douta Procuradoria Regional da República opinou pela concessão do *writ*, em peça assim ementada:

PROCESSO PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ILEGALIDADE E GRAVE RISCO DE DANO IRREPARÁVEL NA DECISÃO QUE CONCEDEU LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITO. LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A proibição de liberdade provisória nos crimes hediondos ou equiparados decorre da própria inafiançabilidade imposta pelo artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal à legislação ordinária.

2. O direito de apelar em liberdade de sentença condenatória não se aplica ao réu já preso, desde o início da instrução criminal, em decorrência de prisão em flagrante ou de prisão preventiva.

3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 97.843/SP (Relatora Ellen Gracie, *DJe* 7 de agosto de 2009), entendeu que a norma contida no artigo 44, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, ao expressamente estabelecer a proibição da conversão, apenas explicita regra que era implícita no sistema jurídico brasileiro quanto à incompatibilidade do regime legal de tratamento em matéria de crimes hediondos e a eles equiparados com o regime pertinente aos outros crimes.

4. Sendo assim, o artigo 44 da Lei nº 11.343, de 2006, veda a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.

5. Sendo ilegal e caracterizador de grave risco de dano irreparável, cabe o ajuizamento de mandado de segurança por conta de sentença penal que determina a concessão de liberdade provisória ao réu e a conversão de pena privativa de liberdade em penas restritivas de direito para quem cometeu crime de tráfico internacional de entorpecentes.

6. Parecer pela concessão do *writ*.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

O Ministério Público impugna o posicionamento do magistrado que, ao prolatar sentença condenatória por tráfico ilícito internacional de entorpecentes, concedeu ao réu o direito de apelar em liberdade mediante o cumprimento de diversas condições, algumas com cumprimento prévio, outras, *a posteriori*.

Sustenta o impetrante que apesar de ter interposto recurso de apelação, este não tem efeito suspensivo em relação à decisão de concede ao réu o direito de apelar em liberdade, apresentando-se como cabível o mandado de segurança.

A Lei que rege o instituto do mandado de segurança não prevê o seu cabimento em situações genéricas, toda vez que não hou-

ver recurso próprio para a impugnação de decisão judicial. Para o seu cabimento, a Lei disciplina que se deve estar a proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, e sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguma pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la.

Este não é o caso dos autos.

Em primeiro lugar, tem-se que não há abuso de poder na decisão impugnada, visto que está dentro das atribuições do magistrado conceder o direito de o réu apelar em liberdade.

Em segundo lugar, a liberdade do réu foi condicionada ao cumprimento prévio de “apresentar endereço onde residirá provisoriamente no Estado do Rio Grande do Norte enquanto durar o processo” e “apresentar fonte de recursos que permita a sua subsistência no país enquanto perdurar o processo”, de modo que resguardada está a garantia da aplicação da lei penal, não existindo direito líquido e certo a proteger pela via mandamental.

Em respeito aos princípios da individualização da pena, da não culpabilidade e do devido processo legal, não deve haver a segregação antecipada do agente apenas pelo tipo de crime, em tese, cometido, bem como a negativa da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, tendo já ocorrido a evolução legislativa para se permitir a liberdade provisória nos crimes hediondos ou equiparados. (Lei nº 11.464/2007)

Este também é o posicionamento de nossas Cortes superiores. Leia-se:

(STF; HC 97500 / MG; Relator: Min. EROS GRAU; Julgamento: 25/05/2010; Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação: DJe-116 DIVULG 24-06-2010 PUBLIC 25-06-2010; EMENT VOL-02407-02 PP-00389; RB v. 22, nº 561, 2010, p. 38-39)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA, RESTRITIVA DE DIREITOS. PROGRESSÃO DE REGIME. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR.

1. A jurisprudência desta Corte está alinhada no sentido do cabimento da substituição da pena privativa de liberda-

de por outra, restritiva de direitos, nos crimes de tráfico de entorpecentes. Nesse sentido, o HC n. 93.857, Cezar Peluso, *DJ* de 16.10.09 e o HC n° 99.888, de que fui relator, *DJ* de 12.12.10. 2. Progressão de regime assegurada na sentença. Ausência de interesse de agir. Ordem concedida para determinar a substituição da pena privativa de liberdade por outra, restritiva de direitos.

(STJ; HC 137880 / SP; Relator: Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (8175); Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA; Data do Julgamento: 05/08/2010; Data da Publicação/Fonte: DJe 23/08/2010)

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E CORRUPÇÃO ATIVA. LIBERDADE PROVISÓRIA. GRAVIDADE DO DELITO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. O acórdão não pode suprir eventual ausência de fundamentação do despacho que indefere a liberdade provisória.

2. A vedação legal de concessão de liberdade provisória aos acusados de tráfico de entorpecentes não afasta a obrigatoriedade de demonstrar a necessidade da segregação cautelar do agente, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

3. A superveniência de sentença não afasta o constrangimento ilegal decorrente da prisão preventiva carente de fundamentação, se não forem apontados dados concretos que justifiquem a prisão cautelar.

4. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, concedida a ordem, para outorgar ao paciente o benefício de recorrer em liberdade e assim permanecer, até o trânsito em julgado da decisão.

Com essas considerações, denego a segurança.

É como voto.

MEDIDA CAUTELAR Nº 2.504-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO RESENDE MARTINS (CONVOCADO)
Requerente: FRANCISCO JONAS PRUDENTE BARROS
Requerida: UNIÃO
Adv./Proc.: DR. THALYS ANDERSON MALTA BITAR (REQTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO NÃO CLASSIFICADO NA PROVA OBJETIVA. PRETENSÃO DE ANULAR QUESTÕES. PARTICIPAÇÃO ASSEGURADA NAS FASES SUBSEQUENTES POR FORÇA DE LIMINAR. AUSÊNCIA DO CANDIDATO AO LOCAL DOS TESTES SUPERVENIENTES. COMUNICAÇÃO REGULAR. LOCAL DAS PROVAS. OBSERVÂNCIA DO EDITAL. EXTINÇÃO DA AÇÃO. REPROVAÇÃO SUPERVENIENTE NO EXAME FÍSICO. TESTE DE NATAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DO CRITÉRIO ELEITO PELO ADMINISTRADOR. IMPOSSIBILIDADE.

- Autorizado liminarmente a prosseguir no concurso, a despeito de não ter obtido nota suficiente para tanto na prova objetiva, o requerente teve sua prova discursiva corrigida, sendo, logo em seguida, convocado para submeter-se a avaliação psicológica, a prova de capacidade física e a exames médicos, mediante telegrama, que ocorreriam na cidade de Belém/PA, local escolhido para realização das provas quando da inscrição no certame.

- Entretanto, o requerente não compareceu ao local onde seriam realizados os testes. Afirma ele que não foi comunicado devidamente, alegando ainda que, em vez de Belém/PA, tais provas deveriam ocorrer em Brasília.

- Restou comprovado nos autos que o CESPE/UnB enviou comunicação, via telegrama, ao en-

dereço informado pelo requerente no momento da inscrição no concurso. O comprovante de recebimento demonstra que o telegrama foi efetivamente entregue no endereço residencial informado pelo requerente, com suficiente antecedência, tendo sido recebido por seu genitor.

- Nesse contexto, se o requerente não se encontrava à época em sua residência, por qualquer que fosse o motivo, não se pode imputar à Administração falha no envio da comunicação, porquanto o item 17.10 do edital do certame preconiza que “o candidato deverá manter atualizado seu endereço no CESPE, enquanto estiver participando do concurso, e na Coordenação de Recrutamento e Seleção/DGP, se aprovado”.

- Ademais, não há falar em irrazoabilidade ou desproporcionalidade no fato de os exames terem sido designados para ocorrer em Belém/PA, e não em Brasília, onde queria o requerente. A bem da verdade, irrazoável é a pretensão do requerente de forçar a organização do concurso a ajustar-se a seus interesses particulares, com clara afronta às normas editalícias e, reflexivamente, ao próprio princípio da isonomia.

- Não existindo mácula alguma na comunicação dirigida ao requerente para submeter-se a avaliação psicológica, a prova de capacidade física e a exames médicos, e tendo o requerente faltado a esses compromissos, evidencia-se a superveniente perda do objeto da ação, tal como decretado pelo juízo a quo.

- Além disso, a jurisprudência deste Tribunal, em especial desta Terceira Turma, é bastante refratária ao controle judicial dos concursos públicos, particularmente no que tange ao conteúdo das perguntas e respostas e aos critérios eleitos pelo administrador e estabelecidos no edital do certame.

- No caso, restou patente que o requerente não alcançou o tempo mínimo de 56 segundos para percorrer a nado os 50 metros em piscina, conforme previsto na Instrução Normativa nº 003/2004 - DGP/DPF. Sua marca foi de 57,82 segundo, tendo sido, por isso, eliminado.

- Não cabe ao juiz investigar se o tempo exigido pela banca é o adequado, se o modo de mensuração do tempo é ou não o mais preciso tecnologicamente ou se o fato de o requerente ter superado tal marca em somente pouco mais de um segundo justificaria a permanência dele no concurso, considerados seus outros predicados físicos e sua experiência prévia na Polícia Federal. O critério utilizado pela Administração é objetivo – não se pode negar – e é isonômico. Substituir o critério eleito validamente pelo Administrador equivaleria a ingressar no âmago do mérito administrativo, o que representaria indevida afronta à separação e ao equilíbrio entre os Poderes estatais.

- Por último, rejeita-se a alegação de fato consumado, já que as medidas liminares anteriormente concedidas tinham – por sua própria natureza – caráter precário, de maneira de que a produção de efeitos jurídicos permanentes dependeria do êxito do requerente na ação principal, o que não ocorreu.

- Ausência do fumus boni juris, requisito necessário ao deferimento da medida cautelar postulada.

- Pedido cautelar julgado improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, julgar improcedente o pedido cautelar, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 29 de julho de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO RESENDE MARTINS - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO RESENDE MARTINS (Convocado):

Trata-se de medida cautelar incidental ajuizada por FRANCISCO JONAS PRUDENTE BARROS visando assegurar sua manutenção em curso de formação para o cargo de Delegado de Polícia Federal, suspendendo a portaria que o excluiu.

Autorizado a realizar exames físicos, médicos e psicológicos em Brasília e, se aprovado, a participar de curso de formação para o cargo de Delegado de Polícia Federal, o requerente foi reprovado no exame físico, precisamente na prova de natação, por ter superado o tempo máximo permitido para percorrer a distância estabelecida.

Suscita o requerente, em síntese: a) a falibilidade humana na aferição manual do tempo; b) a diferença ínfima no tempo obtido em comparação com o exigido; c) fato superveniente, consistente na obtenção do tempo exigido por ocasião da realização do curso de formação; d) a possibilidade de o Judiciário examinar o ato administrativo em questão.

Que não foi devidamente comunicado para a realização dos exames médicos e de capacidade física. Diz ainda que, pelo provimento liminar antecipatório, uma vez aprovado na prova discursiva, deveria ser convocado de pronto para o Curso de Formação na Academia Nacional, onde deveriam ser realizados os exames faltantes, sendo irrazoável e desproporcional seu deslocamento para Belém-PA.

A liminar, inicialmente negada pelo Exmo. Sr. Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho (fl. 126), foi deferida posteriormente pelo Exmo. Sr. Desembargador Federal Convocado Carlos Rebelo Júnior (fls. 191-193).

Contestação da UNIÃO às fls. 196-204.

Às fls. 213-217, o requerente juntou cópia do certificado de conclusão do curso de formação, suscitando o fato consumado.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO RESENDE MARTINS (Relator Convocado):

Autorizado liminarmente a prosseguir no concurso, a despeito de não ter obtido nota suficiente para tanto na prova objetiva, o requerente teve sua prova discursiva corrigida, sendo, logo em seguida, convocado para submeter-se a avaliação psicológica, a prova de capacidade física e a exames médicos, mediante telegrama (fl. 275 dos autos principais), que ocorreriam na cidade de Belém/PA, local escolhido para realização das provas quando da inscrição no certame.

Entretanto, o requerente não compareceu ao local onde seriam realizados os testes. Afirma ele que não foi comunicado devidamente, alegando ainda que, em vez de Belém/PA, tais provas deveriam ocorrer em Brasília.

Tais argumentos não se sustentam à luz da prova dos autos.

Restou comprovado nos autos que o CESPE/UnB enviou comunicação, via telegrama, ao endereço informado pelo requerente no momento da inscrição no concurso.

O comprovante de recebimento (fl. 276 dos autos principais) demonstra que o telegrama foi efetivamente entregue no endereço residencial informado pelo requerente, com suficiente antecedência, tendo sido recebido por seu genitor.

Nesse contexto, se o requerente não se encontrava à época em sua residência, por qualquer que fosse o motivo, não se pode imputar à Administração falha no envio da comunicação, porquanto o item 17.10 do edital do certame preconiza que “*o candidato deverá manter atualizado seu endereço no CESPE, enquanto estiver participando do concurso, e na Coordenação de Recrutamento e Seleção/DGP, se aprovado*” (fl. 79 dos autos principais).

No mais, não há falar em irrazoabilidade ou desproporcionali-

dade no fato de os exames terem sido designados para ocorrer em Belém/PA, e não em Brasília, onde queria o requerente.

O item 1.3.1. do edital é claro ao afirmar que a primeira etapa do concurso, que compreende as provas objetivas e a discursiva, a avaliação psicológica, a prova de capacidade física, os exames médicos e a prova prática de digitação (esta última apenas para o cargo de Escrivão de Polícia Federal), seria toda realizada *“nas capitais das unidades da Federação da Região Norte, do Mato Grosso e do Mato Grosso do Sul e nas cidades de Santarém/PA e de Imperatriz/MA”*. Consoante o item seguinte (1.3.2.), somente a segunda etapa, consistente no Curso de Formação Profissional, é que seria realizado na Academia Nacional de Polícia, em Brasília/DF (fl. 64 dos autos principais).

Por sua vez, o item 4.2.1. do edital estabelece que *“no momento da inscrição, o candidato deverá optar pelo cargo/área e pela localidade de vaga, que corresponderá ao seu local de provas”* (fl. 68 dos autos principais), sendo certo que *“não será aceitos pedidos de alteração de localidade de vaga/provas”* (item 4.2.1.2).

A bem da verdade, irrazoável é a pretensão do requerente de forçar a organização do concurso a ajustar-se a seus interesses particulares, com clara afronta às normas editalícias e, reflexivamente, ao próprio princípio da isonomia.

Ademais, de modo algum o provimento antecipatório assegurava ao requerente tratamento mais vantajoso que o dispensado aos demais candidatos. A leitura feita pelo requerente do comando liminar – apegada exclusiva e excessivamente no elemento literal – é absolutamente equivocada, não se podendo dali extrair a conclusão de que o juiz alterara o lugar de realização dos exames e testes subsequentes, até porque em nenhum momento o magistrado discutiu esse ponto.

Nesse contexto, não enxergando mácula alguma na comunicação dirigida ao requerente para submeter-se a avaliação psicológica, a prova de capacidade física e a exames médicos, e tendo o requerente faltado a esses compromissos, evidencia-se a superveniente perda do objeto da ação, tal como decretado pelo juízo *a quo*.

Isso, por si só, já seria suficiente para afastar o *fumus boni juris*, requisito necessário ao deferimento da medida cautelar postulada.

Além disso, voltando os olhos especificamente aos fatos e argumentos narrados nesta ação cautelar, observo igualmente desprovida de plausibilidade a tese do requerente.

A jurisprudência deste Tribunal, em especial desta Terceira Turma, é bastante refratária ao controle judicial dos concursos públicos, particularmente no que tange ao conteúdo das perguntas e respostas e aos critérios eleitos pelo administrador e estabelecidos no edital do certame. Dentre vários, confira-se o seguinte precedente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. ANULAÇÃO DE QUESTÃO PELO JUDICIÁRIO. MÉRITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE.

01. Agravo de instrumento contra decisão que, em ação cautelar, deferiu parcialmente pedido para reconhecer a nulidade de questão relativa a prova objetiva de Raciocínio Lógico do concurso público para o cargo de Policial Rodoviário Federal.

02. Em verdade, não há ensanchas ao Judiciário substituir as respectivas comissões organizadoras de concursos públicos, salvo flagrante ilegalidade cometida no seu processamento, o que não diz respeito ao mérito da correção da prova. Esse tem sido o entendimento majoritário da jurisprudência, mormente dos tribunais superiores.

03. Agravo de instrumento provido.

(AG 200905001209686, Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, TRF5 - Terceira Turma, 11/05/2010)

O próprio Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência mansa no sentido de que “*não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, substituir-se à banca examinadora do concurso público para reexaminar os critérios de correção das provas e o conteúdo das questões formuladas*” (RE 268.244, Relator o Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 30.6.2000; MS 21.176, Relator o Ministro Aldir Passarinho, Plenário, DJ 20.3.1992; RE 434.708, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 9.9.2005).

O mesmo se dá no âmbito do STJ:

ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO. PRETENSÃO DE ANULAR QUESTÃO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. INCURSÃO NO MÉRITO ADMINISTRATIVO.

1. A *quaestio* posta em debate cinge-se à verificação do direito líquido e certo do recorrente de ver anulada uma questão da prova objetiva do Concurso Público para admissão nas Atividades Notariais de Registro do Estado do Rio Grande do Sul, a pretexto de a mesma não possuir alternativa correta.

2. Segundo o entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, bem como no do Supremo Tribunal Tribunal, é vedado ao Poder Judiciário o reexame dos critérios usados pela banca examinadora na elaboração, correção e atribuição de notas em provas de concursos públicos, devendo limitar-se ao exame da legalidade do procedimento administrativo e da observância das regras contidas no respectivo edital. Precedentes.

3. No caso dos autos, a pretensão do recorrente, muito embora esteja amparada na alegação de que a administração incorreu em ilegalidade, aplicando prova objetiva contendo questão sem resposta correta, tem como objetivo principal, em verdade, refutar o mérito administrativo, o que, indubitavelmente, não encontra amparo neste Superior Tribunal.

4. Assim, tendo em vista que a pretensão é revisar o mérito da questão, ou seja, modificar os critérios de elaboração e avaliação de questões, já reexaminadas em recurso administrativo, não pode obter êxito o impetrante, visto que a atuação do judiciário cinge-se ao controle jurisdicional da legalidade do concurso público.

5. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

(ROMS 200501929390, BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, 12/11/2009)

No caso, restou patente que o requerente não alcançou o tempo mínimo de 56 segundos para percorrer a nado os 50 metros em piscina, conforme previsto na Instrução Normativa nº 003/2004 - DGP/DPF. Sua marca foi de 57,82 segundos, tendo sido, por isso, eliminado.

Não cabe ao juiz – repito – investigar se o tempo exigido pela banca é o adequado, se o modo de mensuração do tempo é ou não o mais preciso tecnologicamente ou se o fato de o requerente ter superado tal marca em somente pouco mais de um segundo justificaria a permanência dele no concurso, considerados seus outros predicados físicos e sua experiência prévia na Polícia Federal. O critério utilizado pela Administração é objetivo – não se pode negar – e é isonômico. Substituir o critério eleito validamente pelo Administrador equivaleria a ingressar no âmago do mérito administrativo, o que representaria indevida afronta à separação e ao equilíbrio entre os Poderes estatais.

Insubsistente também o argumento de que, posteriormente, o candidato demonstrou sua aptidão física no decorrer do curso de formação.

Em primeiro lugar, porque a aferição dessa aptidão tinha momento próprio: o exame físico. Aliás, sequer deveria ter sido autorizada a participação do requerente no curso de formação antes de sua submissão ao exame físico, pois o edital é claro que somente os aprovados na primeira etapa do concurso é que estariam habilitados a seguir para o curso de formação. Essa foi mais uma das anomalias verificadas na trajetória do requerente ao longo desse certame.

Em segundo lugar, porque nem mesmo no curso de formação o requerente obteve o tempo necessário de 56 segundos na prova de natação, de modo que seria mais uma vez reprovado nesse específico teste.

Por último, rejeito a alegação de fato consumado, já que as medidas liminares anteriormente concedidas tinham – por sua própria natureza – caráter precário, de maneira de que a produção de efeitos jurídicos permanentes dependeria do êxito do requerente na ação principal, o que não ocorreu.

Por tal razão, julgo improcedente o pedido cautelar, condenando o requerente ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), segundo critério de equidade (art. 20, § 4º, do CPC). Fica expressamente revogada a liminar anteriormente concedida.

É como voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO

94243-AL	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.	13
108340-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	20

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA

6331-PE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	24
---------	---	----

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

4244-CE	Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior ...	31
---------	--	----

APELAÇÃO CÍVEL

379128-RN	Rel. Des. Federal Leonardo Resende (Convocado)	40
406004-RN	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho	53
411284-RN	Rel. Des. Federal Francisco Wildo	64
423441-PB	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	79
426557-SE	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	98
451995-CE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	113
477024-RN	Rel. ^a . Des. ^a . Federal Margarida Cantarelli	121
478631-SE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias	128
504830-CE	Rel. Des. Federal Emiliano Zapata Leitão (Convocado)	164

APELAÇÃO CRIMINAL

5505-PE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias	178
5904-AL	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.	196
6333-PE	Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior...	206
6763-PE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena... ..	212
7525-RN	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	227
7567-PE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo	237

**EMBARGOS INFRINGENTES
NA APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO**

5786-PB Rel. Des. Federal José Maria Lucena 251

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL

451971-RN Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt 261

HABEAS CORPUS

3301-CE Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano 266

INQUÉRITO

1792-PB Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt 284

MANDADO DE SEGURANÇA

102604-RN Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães 292

MEDIDA CAUTELAR

2504-CE Rel. Des. Federal Leonardo Resende
(Convocado) 298

ÍNDICE ANALÍTICO

A

- Adm e Cv Ação de indenização por danos materiais e morais. Levantamento indevido de valores em reclamação trabalhista. Responsabilidade civil objetiva da União. Culpa concorrente da corré, esposa do falecido, que levantou a totalidade dos valores, em detrimento de filha menor dele. Danos materiais devidos. Pedido de redução do *quantum* indenizatório. Inovação em sede recursal. Impossibilidade. AC 379128-RN 40
- Ct e Adm Ação ordinária. Edificação nas proximidades de aeródromo. Restrições especiais. Prédio situado fora do traçado do cone de voo, de acordo com a planta fornecida pelo aeroclube à Prefeitura. Ausência de plano básico de zona de proteção de aeródromo referente ao Aeroclube da Paraíba anterior à licença. Legalidade do alvará de construção. Prova pericial. Dissonância entre a planta do cone de voo do aeroclube e a Portaria 1.141/GM5/87 do então Ministério da Aeronáutica. Constatação de que a edificação excede o gabarito em dois pavimentos. Obra concluída e habitada desde março/2004. Particularidades do caso concreto. Ausência de razoabilidade e de proporcionalidade na demolição parcial do prédio. AC 423441-PB 79
- Ct e PrCv Ação popular. Caixa Econômica Federal. Terceirização da prestação de serviços advocatícios. Inconstitucionalidade e ilegalidade. Inobservância da norma constitucional relativa à obrigatoriedade do concurso público. AC 478631-SE 128

Ct, Adm e PrCv Acidente com aeronave militar. Falecimento de militar da Aeronáutica. Responsabilidade. Teoria do risco administrativo. Caracterização. Cumulação de pensão previdenciária com pensão civil em decorrência da morte. Possibilidade. AC 411284-RN 64

Prev Aposentadoria por tempo de contribuição. Exercício de atividade especial. Exposição, de modo habitual e permanente, a agentes nocivos. Tempo de serviço insuficiente para a concessão do benefício em virtude da não comprovação da especialidade em certo período. Direito à concessão de aposentadoria proporcional ao tempo de serviço a partir do ajuizamento da ação, quando cumprido também o requisito etário. APEL-REEX 4244-CE 31

C

Cv Contrato de prestação de serviços celebrado entre a empresa autora e a Caixa Econômica Federal (*Internet Caixa*) para movimentação de conta-corrente, inclusive por via da *Internet*. Ocorrência de fraude nas transferências de numerário da conta-corrente da autora efetuada por terceiros estranhos à empresa. Responsabilidade objetiva da Caixa no relacionamento com seus clientes. Direito da autora a indenização por danos materiais e morais. AC 406004-RN 53

Trbt Contribuição previdenciária. Horas extras. Não incidência, visto não integrarem o salário. Auxílio-creche e auxílio-funeral. Não incidência por terem caráter indenizatório. Aviso prévio indenizado e participação nos lucros. Não incidência. Salário-maternidade. Incidência. AgTr 108340-PE 20

PrCv e Trbt	Contribuições incidentes sobre a produção rural de pessoas físicas (empregadores e trabalhadores em economia familiar) em favor do FUNRURAL (2,1%) e do SENAR (0,2%). Constitucionalidade. AgTr 94243-AL 13
Adm	CREA/SE. Egresso de curso superior de formação específica em Design de Interiores. Profissão não regulamentada e não fiscalizada pelo sistema CONFEA/CREA. Determinação judicial de expedição de registro profissional indevida. Ausência de direito a indenização por danos morais. AC 426557-SE 98
PrPen	Crime de promover a saída de divisas sem autorização legal para o exterior ou nele manter depósitos não declarados à repartição federal competente. Materialidade e autoria delitiva demonstradas. Aplicação da Lei nº 9.069/95. Perda de valores em favor do Tesouro Nacional. ACR 6333-PE PrPen 206

D

Pen e PrPen	Dano a patrimônio da União. Destruição de trecho de rodovia para escoamento de água de enchente. Autoria e materialidade comprovadas. Estado de necessidade. Não ocorrência. Redução da pena. Possibilidade. Atenuante genérica de relevante valor social. Redução e substituição da pena privativa de liberdade por pena de multa. ACr 6763-PE 212
Pen e PrPen	Denúncia. Uso de documento falso. Sonegação fiscal. Conflito aparente de normas. Princípio da consunção. Extinção da punibilidade pelo pagamento. INQ 1792-PB 284

E

- Prev Embargos infringentes. Pensão por morte. Filha ex-servidora pública. Dependência econômica da mãe. Percepção cumulativa de aposentadoria e de pensão por morte do ex-marido. Possibilidade. Coabitação. Prova testemunhal. Embargante com mais de 80 anos, portadora de hipertensão e diabetes. Uso regular de medicação. Demonstrada a dependência econômica da autora em relação à filha. EI na APELREEX 5786-PB 251
- Prev Embargos infringentes. Pensão por morte. Menor designado na vigência da Lei nº 8.213/91, art. 16, IV. Óbito do segurado ocorrido após a entrada em vigor da Lei nº 9.032/95. Pensão indevida. EINFAC 451971-RN 261

H

- Pen e PrPen *Habeas corpus*. Preliminares. Petição protocolizada antes da sessão de julgamento, porém juntada um mês após a sessão. Desconhecimento pelo relator. Rito célere do *writ*. Não inclusão em pauta de julgamento. Desnecessidade de intimação do advogado para a sessão. Crimes societários praticados contra o Sistema Financeiro Nacional. Lavagem de dinheiro. Evasão de divisas. Descrição da conduta criminosa dos sócios e prova do dolo específico. Crimes de quadrilha e de falsidade ideológica. Prescrição em abstrato configurada. Extinção da punibilidade. Trancamento da ação penal. Ordem concedida, em parte. HC 3301-CE 266

I

Trbt	Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN. Inclusão na base de cálculo do SIMPLES. Possibilidade. AC 477024-RN .. 121
------	---

L

PrPen e Pen	Lei de Licitações. Fraude à licitação. Venda de mercadoria falsificada. Comprovação. Dolo. Existência. Materialidade e autoria comprovadas. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Pena-base no mínimo legal. Impossibilidade de consideração de atenuante de substituição da mercadoria falsificada. Imposição de pena de multa. Prestação de serviços à comunidade. Manutenção. Adequação da pena. Prestação pecuniária. Redução. ACr 5505-PE 178
-------------	---

M

Adm e PrCv	Medida cautelar. Concurso público. Candidato não classificado na prova objetiva. Pretensão de anular questões. Participação assegurada nas fases subsequentes por força de liminar. Não comparecimento do candidato ao local dos testes supervenientes. Comunicação regular do local das provas. Observância do edital. Extinção da ação. Reprovação superveniente no exame físico. Teste de natação. Substituição do critério eleito pelo administrador. Impossibilidade. MCTR 2504-CE 298
------------	---

P

- Pen e PrPen Peculato. Transferências fraudulentas entre contas praticadas por estagiária da CEF. Materialidade e autoria comprovadas. Mudança na capitulação legal havida na sentença de estelionato para peculato. Possibilidade. ACr 5904-AL 196
- Ct e PrPen Pretensão de se atribuir efeito suspensivo à decisão que concedeu ao réu o direito de apelar em liberdade, mediante o prévio atendimento das condições garantidoras da aplicação da lei penal. Inocorrência de ilegalidade. Não cabimento de mandado de segurança. Sentença condenatória em ação penal por tráfico ilícito internacional de entorpecentes. Réu estrangeiro. Alegação de perigo de fuga. Ilações puramente hipotéticas. Observância dos princípios da individualização da pena, da não culpabilidade e do devido processo legal. Denegação do mandado de segurança. MS(TR) 102604-RN 292
- Pen e PrPen Princípio da insignificância. Pouca valia do bem subtraído. Inaplicabilidade ao crime de roubo. Precedentes do STF e STJ. Dosagem da pena. Circunstâncias do art. 59 do CP. Motivos do crime. Circunstâncias de tempo e número de pessoas presentes. Personalidade dos agentes. Reavaliação. Agravante genérica do CP, art. 62, I. Afastamento. Majoração da pena em metade, em face das causas de aumento previstas no CP, art. 157, I e II. Ausência de fundamentação concreta. ACr 7567-PE 237

R

- Cv Responsabilidade civil. Extravio de encomenda enviada pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Danos materiais. Valor declarado. Manutenção do valor da indenização. Danos morais. Conteúdo não declarado no ato da postagem. Não configuração. AC 451995-CE 113
- PrCv Restabelecimento de pensão por morte. Rejeição. Suspensão da cobrança dos valores havidos no processo originário a título precário. Deferimento. AgRg na AR 6331-PE 24

T

- Pen e PrPen Tráfico internacional de entorpecentes. Materialidade e autoria comprovadas. Reforma da sentença. Dosimetria da pena-base. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Vedação legal. Regime inicial fechado de cumprimento da pena. Impossibilidade de recorrer em liberdade. ACR 7525-RN 227

U

- Adm, Cv e PrCv Usucapião de domínio útil. Juntada de documentos na fase recursal. Preclusão. Provas precárias produzidas em outra ação. Desconsideração. Ato administrativo que classificou o terreno como área de praia. Presunção de legitimidade. Bem de uso comum do povo. Impossibilidade de usucapir. AC 504830-CE 164