

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

JURISDIÇÃO

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

Número 91 - Maio/Junho - 2011

R. TRF 5ª Região, nº 91, p. 1-395, Maio/Junho - 2011

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

Diretor da Revista
DESEMBARGADOR FEDERAL
FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS

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 FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS

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
ARIVALDO FERREIRA SIEBRA JÚNIOR
ELIZABETH LINS MOURA ALVES DE CARVALHO

Diagramação
GABINETE DA REVISTA

Endereço eletrônico: www.trf5.jus.br
Correio eletrônico: revista.dir@trf5.jus.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

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - 17.05.01

Presidente

Desembargador Federal

ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA - 05.05.08

Vice-Presidente

Desembargador Federal

VLADIMIR SOUZA CARVALHO - 27.02.08

Corregedor

Desembargador Federal

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES - 30.03.89

Desembargador Federal

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA - 29.04.92

Desembargador Federal

FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS - 13.03.96

Coordenador dos Juizados Especiais Federais

Desembargadora Federal

MARGARIDA CANTARELLI - 09.12.99

Desembargador Federal

FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI - 03.07.00

Desembargador Federal

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - 03.07.00

Desembargador Federal

PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA - 19.09.01

Desembargador Federal
FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - 15.08.03
Diretor da Revista

Desembargador Federal
MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS - 03.12.03

Desembargador Federal
MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - 08.08.07
Diretor da Escola de Magistratura Federal

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 PAULO ROBERTO DE O. LIMA
Vice-Presidente: Desembargador Federal ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Corregedor: Desembargador Federal VLADIMIR DE SOUZA CARVALHO

PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal JOSÉ MARIA LUCENA - Presidente
Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI
Desembargador Federal MANOEL ERHARDT

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 GERALDO APOLIANO - Presidente
Desembargador Federal LUIZ ALBERTO GURGEL
Desembargador Federal MARCELO NAVARRO

QUARTA TURMA (terças-feiras)

Desembargador Federal EDILSON NOBRE - Presidente
Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES
Desembargadora Federal MARGARIDA CANTARELLI

SUMÁRIO

I - Jurisprudência 13

II - Índice Sistemático 383

III - Índice Analítico 387

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 6.340-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Réu: ARLINDA DA SILVA SEABRA
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. DEMANDA BUSCAN-DO RESCINDIR JULGADO QUE ASSEGUROU A DEMANDADA A APLICAÇÃO DO PERCENTUAL DE CEM POR CENTO, TRAZIDO PELA LEI 9.032, DE 1995, AO BENEFÍCIO DE PENSÃO PREVIDENCIÁRIA DECORRENTE DE MORTE DE FERROVIÁRIO ANISTIADO POR IMPÉRIO DA LEI 6.683, DE 1979.

- Presença de erro de fato, à medida que a inicial da ação primeva encara a pensão previdenciária de anistiado, com a complementação pela União, na forma da Lei 8.186, de 1991, como se fosse um benefício comum, não trazendo a lume a circunstância de a viúva, titular da pensão aludida, ser também beneficiária de outra pensão, decorrente da morte do marido, de origem estatutária, paga pelo Ministério dos Transportes.

- No caso, o empeco reside no parágrafo único do art. 5º da Lei 8.186, de 1991, a proibir, no caso de pensão, o recebimento de pensão previdenciária, complementada pela União, com quaisquer outros benefícios pagos pelo Tesouro Nacional. A pensão estatutária é paga pelo Ministério dos Transportes, que se encaixa na expressão Tesouro Nacional.

- Procedência da ação, com a rescisão do julgado condenado, que resta improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Egrégio Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, julgar procedente a ação rescisória, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 27 de abril de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Ação rescisória ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social, com fulcro no art. 485, incisos V e IX, do Código de Processo Civil, contra Arlinda da Silva Seabra, em face do acórdão, fls. 66-72, AC 409382-PE, da Quarta Turma, tendo como relator o des. Marcelo Navarro, acompanhado da Des. Margarida Cantarelli e do Des. Lázaro Guimarães, cuja ementa transcrevo:

Previdenciário. Pensão por morte. Elevação da RMI. Benefício concedido após a edição da Lei 9.032/95. Viabilidade do pedido administrativamente. Carência de ação. Inexistência.

I - Não vislumbrada carência de ação, com base no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88.

II - A UNIÃO é parte ilegítima para figurar no polo passivo de ação que objetiva a revisão de pensão por morte do instituidor, ex-funcionário da RFFSA, pois o benefício previdenciário é da exclusiva responsabilidade do INSS, ainda que decorrente do repasse de verbas da UNIÃO para fins de complementação salarial. Se o óbito do segurado e a concessão do benefício à demandante ocorreu após a edição da Lei nº 9.032/95, tem direito a pensionista à elevação da RMI - Renda Mensal Inicial para que a pensão por morte seja paga no índice de 100% do salário de benefício.

- Apelação provida, fl. 72.

O instituto-autor alega que o acórdão rescindendo ignorou o fato novo apresentado, qual seja, o de que a demandada (então demandante) já percebia benefício de pensão estatutária paga pelo Ministério dos Transportes, o que ensejou o indeferimento administrativo da complementação requerida, com base no parágrafo único do art. 5º da Lei 8.186/91. Atroa ainda, com base nessas alegações, que o decisório rescindendo foi fundado em erro de fato e também violou aquele dispositivo legal, que proíbe a concessão da complementação quando o requerente já recebe outro benefício pago pelo Tesouro Nacional.

Ao fim, requer a antecipação dos efeitos da tutela e a desconstituição da decisão rescindenda e o novo julgamento da causa, com a improcedência de todos os pedidos formulados na ação primeva.

Pedido de antecipação dos efeitos da tutela deferido, fls. 115-117.

Contestação apresentada intempestivamente, fl. 163v.

Parecer do Ministério Público Federal, fls. 165-172, opinando pela procedência da ação rescisória.

É o Relatório.

Ao Revisor, para nova inclusão em pauta, devido às manifestações ocorridas após o r. despacho de fl. 175.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

O falecido, marido da ora demandada, detinha dois benefícios de aposentadoria. Um, estatutário, pago pelo Ministério dos Transportes, com fulcro na Lei 8.112, de 1990, fls. 35 e 59. Outro, previdenciário, complementado pela União, com fulcro na Lei 8.168, de 1991, por ter sido anistiado pela Lei 6.683, de 1979.

Com o seu falecimento, a viúva passou também a perceber dois benefícios de pensão: um, pela Previdência Social, constando da concessão a anotação de se cuidar de benefício oriundo de anistiado, fls. 28 e 29, e outro, de cunho estatutário, pelo Ministério dos Transportes, fl. 61.

Pois bem.

Na demanda primeva, cuja decisão se busca, agora, rescindir, a ora demandada persegue a aplicação do percentual de cem por cento, estipulado pela Lei 9.032, de 1995, como se o benefício previdenciário em pauta fosse o comum, isto é, não decorrente da condição de anistiado.

Nessa condição, com a negativa da r. sentença de primeiro grau, que vislumbrou correr a ora demandada atrás do direito de receber *o mesmo valor que o finado recebia a título de aposentadoria*, fl. 49, a douta Quarta Turma, com a relatoria do Des. Marcelo Navarro, acompanhado dos Desembargadores Lázaro Guimarães e Margarida Cantarelli, decidiu pela aplicação do percentual de cem por cento, fl. 72.

Ocorre que há um empeco, a recair justamente na pensão previdenciária, objeto do percentual aludido, colocado pela Lei 8.186, a conferir a mencionado benefício um colorido especial, visto que garante a complementação por parte da União, e, neste passo, o parágrafo único do art. 5º traz regra de proibição a atingir a pensão aludida, que, desta forma, não poderá ser paga cumulativamente com quaisquer outros benefícios pelo Tesouro Nacional. No caso, como a demandada já recebe a pensão estatutária, sob a tutela do Ministério dos Transportes, não há como tal norma proibitiva ser superada pela decisão rescindenda.

Onde, então repousa, o erro de fato?

A resposta é simples: a condição de titular de duas pensões, uma previdenciária, e outra estatutária, não foi declinada na ação primeva. A inicial, fls. 14-22, trata da pensão previdenciária da ré como se fosse uma pensão previdenciária comum, quando, em verdade, traz o ranço de se cuidar de pensão previdenciária de anistiado, que, apesar da regência da Lei 6.883, de 1979, é efetuada com o complemento da União, na forma da Lei 8.186, e, desta forma, sujeita à proibição de cumulação com quaisquer outros benefícios pagos pelo Tesouro Nacional.

O erro de fato se revela na circunstância de a lide coeva não ter trazido a lume o recebimento das duas pensões, encarando a pensão previdenciária de anistiado como se fosse uma pensão

previdenciária comum, de maneira que a omissão, na narração dos fatos, fecha as portas para uma realidade que terminou escondida. E, ademais, para completar a caracterização, não ocorreu nenhuma discussão acerca do fato, que, assim, passou ileso a qualquer pronunciamento judicial.

Como não é possível o titular da pensão previdenciária, atinente a anistiado, paga com o complemento da União, receber, cumulativamente, o benefício de pensão oriundo do Tesouro Nacional, por se cuidar de pensão cujo pagamento é feito pelo Ministério dos Transportes, a solução, com fulcro no inc. IX do art. 485 do Código de Processo Civil, é o acolhimento da pretensão rescisória, para desconstituir o douto julgado atacado.

Por este entender, julgo procedente a presente rescisória, deixando de condenar a vencida em ônus sucumbenciais em respeito a sua condição de viúva de ferroviário.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 90.170-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO
Agravante: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
Agravada: USINA PUMATY S/A
Repte.: PROCURADORIA REPRESENTANTE DO IBAMA

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IBAMA. DANOS AMBIENTAIS. LICENÇA DE OPERAÇÃO EXPEDIDA PELO CPRH. RESPALDO LEGAL PARA A USINA EXERCER SUAS ATIVIDADES. CANA-DE-ÁÇUCAR PLANTADA SOBRE ÁREA DE PRESERVAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA. QUEIMADAS. OBEDIÊNCIA AOS LIMITES PERMITIDOS.

- Agravo de instrumento manejado em face da decisão que concedeu, em parte, a liminar reque-

rida, apenas para determinar ao Delegado do Ministério da Agricultura neste Estado que apresentasse, em dez dias, a produtividade anual da ora agravada nos últimos cinco anos.

- A Licença de Operação expedida pelo CPRH constitui o respaldo adequado para a usina no tocante à questão ambiental. Desse modo, em princípio – e a menos que venha o CPRH a afirmar diversamente – a Licença de Operação pelo mesmo expedida constituiria o respaldo adequado para a usina no tocante à questão ambiental.

- Quanto à imediata retirada da cana que estivesse plantada na área considerada de preservação permanente, a autarquia deixou de fornecer ao juízo subsídios que permitissem identificar quais seriam as áreas atingidas e, sobretudo, se haveria áreas atingidas. Neste tocante, e considerando, ainda, tratar-se de medida drástica, bem poderá aguardar o trâmite processual.

- No que respeita à suspensão integral das queimadas, a despeito de não se poder, neste exame, asseverar se a agravada estaria, efetivamente, a queimar cana acima dos limites permitidos, penso não haver óbice em que se determine a obediência a tais limites, máxime se considerados os efeitos maléficos das queimadas à saúde e à segurança, efeitos estes que, certamente, terão sido bem sopesados pelo órgão ambiental na fixação dos limites em que seria permitido o uso do fogo. Trata-se, portanto, de medida recomendada pela cautela, devendo a agravada obedecer aos limites permitidos para as queimadas, sob pena de multa de R\$ 100,00 (cem reais) por dia de descumprimento.

- No que tange à pretendida inversão do ônus da prova, penso não ser dado a este Tribunal interferir na livre apreciação da prova pelo Juiz a quo, que, se quiser e reputar necessário, irá determi-

nar as provas que julgar imprescindíveis à formação do seu convencimento. Os fatos, ele irá considerar provados como lhe convier, porquanto não compete a este órgão ad quem determinar a quem ele deverá ordenar a respectiva demonstração, quanto aos fatos trazidos ao conhecimento do Primeiro Grau de Jurisdição.
- Agravo de instrumento provido, em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento, em parte, ao agravo de instrumento, 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, 7 de abril de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Agravo de instrumento manejado em face da decisão da lavra do MM. Juiz Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 2008.83.00.012468-0, que concedeu, em parte, a liminar requerida, apenas para determinar ao Delegado do Ministério da Agricultura, neste Estado, que apresentasse, em dez dias, a produtividade anual da ora agravada nos últimos cinco anos.

Sustentou o agravante, em síntese, que:

a) através de denúncias, levantamentos técnicos, informações cadastrais e fiscalização por meio de sobrevoo, observou que a atividade de cultivo da cana pela agravada vem sendo reali-

zada sem o devido licenciamento, bem como vem causando graves danos ao meio ambiente;

b) atualmente, podem ser encontrados, a caracterizar dano ao meio ambiente provocado pela usina agravada, (I) ocupação de Área de Preservação Permanente (APP) pela cultura de cana-de-açúcar; (II) inexistência de reserva legal, ou desrespeito às mesmas; (III) queima ilegal, ou desautorizada, com o intuito de facilitar a colheita de cana-de-açúcar; e (IV) poluição de recursos hídricos, solo e atmosfera;

c) a propositura da presente ação judicial decorreu da falta de resposta, pela agravada, à notificação para apresentação do licenciamento ambiental do cultivo da cana;

d) o pedido da ação civil pública é mais amplo do que obter documentos que deveriam ser apresentados no licenciamento; todavia, este último se afigura necessário para que haja a completa recuperação dos danos ambientais causados;

e) deve ser afastado o entendimento de que falta interesse processual por parte do IBAMA, devendo ser resguardado o interesse da coletividade;

f) apenas a própria empresa sabe quais as limitações de suas áreas de cultivo, bem como onde estão as APP's e a Reserva Legal. Somente a própria usina tem como providenciar a retirada da cana, sendo sua obrigação legal manter as áreas de especial preservação com mata nativa;

g) não se poderia considerar configurada a ausência de interesse de agir, uma vez que a agravada, notificada para apresentação da licença ambiental, permaneceu inerte;

h) no que respeita à utilização do fogo, faz-se necessário ordem de sua suspensão, eis que, em que pese existir autorização para queimar apenas 594 hectares, constata-se, a partir dos dados de produtividade apresentados pelo Ministério da Agricultura, que a agravada queimou mais de 16.000 hectares;

i) a inversão do ônus da prova se impõe, *ex vi* dos artigos 21 da Lei nº 7.347/85, c/c 90 da Lei nº 8.078/90, bem assim por força do princípio da precaução e poluidor-pagador.

Ao final, requereu que fosse determinado à ré, sob pena de multa diária:

- a) a apresentação à CPRH, no prazo de sessenta dias, do requerimento de licenciamento ambiental para cultivo agrícola;
- b) a comprovação, em trinta dias, da retirada de toda e qualquer plantação de cana-de-açúcar das áreas de preservação permanente previstas no artigo 2º da Lei nº 4.771/65;
- c) a abstenção do uso do fogo na preparação, plantio ou colheita da cana-de-açúcar, até o final da lide.

A despeito de não haver, ainda, sido intimada para contra-arrazoar o presente recurso, a agravada atravessou a petição de fls. 175 *usque* 197, na qual assevera que:

- a) a manifestação não substitui as contrarrazões que irá oferecer oportunamente, estando a se adiantar em virtude de supor tratar-se de ação civil pública com idêntico conteúdo ao da já existente (em trâmite) na 6ª Vara da mesma Seção Judiciária;
- b) a agravada se encontra devidamente licenciada pelo órgão estadual competente – o CPRH – de sorte que não se lhe poderia exigir outro licenciamento, sem qualquer previsão legal;
- c) o artigo 1º da Lei nº 4.771/65, dispõe que a proteção ali disciplinada se aplica apenas às florestas existentes, não alcançando, portanto, a agravada, cuja ocupação é muito anterior a 1965;
- d) o agravante não indicou sequer quais áreas estariam em desacordo com a legislação incidente, o que, inclusive, somente poderia ser identificado com o auxílio de uma perícia;
- e) a remoção açodada da cana nas áreas, como requerido pelo Agravante, findaria por acarretar resultado adverso para o meio ambiente, porquanto ficaria o solo desnudo, aguardando a recuperação das terras, até o final da lide;
- f) o uso do fogo é autorizado por lei; e sua utilização somente é realizada mediante autorização prévia do próprio IBAMA;

g) a afirmação de que a área cultivada teria sido superior à área declarada para autorização da queima, caracterizando uso irregular das queimadas, espelha desconhecimento da atividade da agravada, pois não se poderia olvidar que a mesma se utiliza de cana fornecida por terceiros e de cana cortada crua;

h) as providências requeridas liminarmente pelo agravante são todas de possível efetivação pelo próprio órgão ambiental, mediante utilização do seu poder de polícia, o que expressa sua falta de interesse de agir;

i) agravante que deixou de apresentar ou mencionar a defesa e a documentação oferecidas no procedimento administrativo, em curso na agravada;

j) defesa administrativa não foi sequer analisada;

l) a autuação sofrida pela agravada, em verdade, seria consequência de o IBAMA discordar do licenciamento ambiental conduzido pelo CPRH (diz-se que o IBAMA, diferentemente deste último, estaria a exigir uma licença específica para o cultivo da cana-de-açúcar);

m) a Licença de Operação, única e abrangente, concedida pelo órgão estadual, é válida tanto para o parque industrial como para a área de cultivo agrícola;

n) a proteção à vegetação das APP's passou da competência do IBAMA para a competência exclusiva do Estado, por força do disposto no artigo 83 da Lei nº 11.284, de 2006.

Foi deferido, em parte, o pedido de atribuição do efeito suspensivo ativo ao agravo de instrumento às fls. 372/378, tão somente para determinar à agravada a obediência aos limites permitidos para as queimadas, sob pena de multa diária.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Como se pode inferir da leitura dos argumentos listados, são vários os pontos de discussão. O primeiro, que ora me proponho a

enfrentar, diz respeito ao licenciamento que o agravante requer que seja efetuado pela agravada.

Neste ponto, há duas questões controvertidas: uma delas diz respeito à existência do interesse de agir, por parte do IBAMA, tendo em vista que já detém o poder de polícia para exigir a obtenção de licenciamentos; outra questão, esta de fundo, diz respeito à alegação da agravada de que já possuiria dito licenciamento ambiental.

Devo consignar, primacialmente, que o exame que me é dado empreender nesta sede tem caráter meramente perfunctório e está a ser efetuado à míngua de qualquer dilação probatória. Já se observa que muitas são as questões a serem destramadas, destamar este que terá no rito do Primeiro Grau, a sede própria para sua realização.

Feitas estas ressalvas, penso, ao menos neste exame, possuir a Autarquia Federal, em tese, interesse de agir no que concerne à obtenção de um provimento judicial que venha a obrigar a agravada ao licenciamento cabível na espécie. Segundo se afirma na petição recursal, o IBAMA já teria, administrativamente, notificado a agravada para que exibisse o licenciamento referente ao cultivo da cana, sem sucesso, malgrado este que teria motivado o ajuizamento da presente ação judicial.

Vem a agravada, de outra banda, a invocar a tese de que já teria o licenciamento ambiental exigido pelo IBAMA, trazendo, ao intuito de comprovar tal asserção, os docs. de fls. 363, 365, 367 e 369 – Licenças de Operação (“LO”) – expedidas pela Agência Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos - CPRH. O último de tais documentos, inclusive, teria como data de validade, 26.03.2009.

Há que se observar, entretanto, a abrangência de tais documentos. A propósito, no campo “Caracterização do empreendimento” se informa que “A empresa enquadra-se na Tipologia de Fabricação e Refino de Açúcar e produção de Álcool, Códigos 3.1.1.3.3 e 7.5, do Decreto Estadual nº 28.787/05, cuja atividade principal consiste na fabricação de açúcar e álcool”. Não há referência, em tal “Caracterização”, à atividade de cultivo da cana. Ademais, ao ser consultada a tabela anexa ao Decreto Estadual acima aludido,

verifica-se que o código 3.1.1.3.3 se enquadra no grupo das “Indústrias em geral”¹.

Nada obstante, conquanto se possa inferir, a partir das aludidas informações, que a “LO” se resumiria às atividades industriais da agravada, convém ressaltar que a mesma licença menciona, dentre as “Exigências” a serem cumpridas pela licenciada, as condições que a seguir se reproduzem:

7. [A empresa] Deverá comunicar o encerramento da safra 2008/2009;

8. A empresa deverá dar continuidade na apresentação dos Relatórios de Monitoramento de Recuperação da Mata Ciliar.

É autorizado concluir-se, destarte, que a “LO” também compreenderia a atividade agrícola.

Não é despidiendo anotar, ainda, que, a teor da Instrução Normativa nº 6/2006, do Diretor Presidente do CPRH, carreada aos autos às fls. 269/270, é obrigatória a exibição, por parte das usinas, para fins de obtenção da licença ambiental, do “Plano de Controle Ambiental - PCA”, que deve incluir (cf. fls. 271/274 - “Anexo Único” à IN) a área agrícola do empreendimento, a cana própria e de fornecedores, dentre outras informações. Destaque-se que do PCA deve constar o “Programa Ambiental”, o qual, por seu turno, deve incluir, entre outras informações, a identificação das áreas de proteção ambiental, a identificação da reserva legal e a identificação da faixa de mata ciliar.

Desse modo, em princípio – e a menos que venha o CPRH a afirmar diversamente –, a Licença de Operação pelo mesmo expedida constituiria o respaldo adequado para a Usina no tocante à questão ambiental.

Nada obsta, entretanto, que o IBAMA, a partir de normas específicas, venha a exigir de tais empreendimentos a licença específica para o cultivo da cana-de-açúcar, em apartado da licença destinada à atividade industrial.

¹ O código 7.5 se refere à “Renovação de Licença de Operação - RLO”, o que não interessa ao deslinde da controvérsia.

Postulou o IBAMA, na sequência, a imediata retirada da cana que estivesse plantada sobre área considerada de preservação permanente. Não obstante, deixou a autarquia de fornecer ao juízo, subsídios que permitissem identificar quais seriam as áreas atingidas e, sobretudo, se haveria áreas atingidas. Neste tocante, e considerando, ainda, tratar-se de drástica medida que poderá bem aguardar o trâmite processual; penso ser, portanto, o caso de indeferimento, no concernente à pretensão sob exame.

No que respeita às queimadas, postulou o agravante que fosse determinada a sua integral suspensão. Argumentou que, embora existisse autorização para queimar apenas 594 (quinhentos e noventa e quatro) hectares, constatar-se-ia, a partir dos dados de produtividade apresentados pelo Ministério da Agricultura, que a agravada queimou mais de 16.000 hectares (dezesesseis mil hectares).

A agravada, por seu turno, sustentou que o argumento do agravante “espelha desconhecimento da atividade da agravada, pois não se poderia olvidar que a mesma se utiliza de cana fornecida por terceiros, e cana cortada crua”.

A despeito de não se poder, neste exame, asseverar se a agravada estaria, efetivamente, a queimar cana acima dos limites permitidos, penso não haver óbice em que se determine a obediência a tais limites, máxime se considerados os efeitos maléficos das queimadas à saúde e à segurança, efeitos estes que, certamente, terão sido bem sopesados pelo órgão ambiental na fixação dos limites em que é permitido o uso do fogo. Trata-se, portanto, de medida recomendada pela cautela.

No que tange, por fim, à pretendida inversão do ônus da prova, penso não ser dado a este Tribunal interferir na livre apreciação da prova pelo Juiz *a quo*, que, se quiser e reputar necessário, irá determinar as provas que julgar imprescindíveis à formação de seu convencimento. Os fatos, ele irá considerar provados como lhe convier, porquanto não compete a este órgão *ad quem* determinar a quem ele deverá ordenar a respectiva demonstração.

Com essas considerações, dou provimento, em parte, ao agravo de instrumento, tão somente para determinar à agravada a obe-

diência aos limites permitidos para as queimadas, sob pena de multa de R\$ 100,00 (cem reais) por dia de descumprimento.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 95.021-CE

Relator p/ Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravados: ARTUR ELIAS RABELO E OUTROS

Repte: PROCURADORIA REPRESENTANTE DO INSS

Advs./Procs.: DRS. NICASIO DAMO E OUTRO (AGRDOS.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PAGAMENTO DO PRECATÓRIO NO PRAZO CONSTITUCIONAL. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. JUROS DE MORA. ÓBITO DA EXEQUENTE. SUSPENSÃO DO PROCESSO ATÉ A HABILITAÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INEXISTÊNCIA.

- Decisão agravada que deferiu habilitação de sucessora de autora falecida e determinou a remessa dos autos à Contadoria do Foro para apuração do valor que ainda é devido aos exequentes, tendo em vista o pagamento do precatório ter sido efetivado fora do prazo constitucional.

- Para comprovar que o depósito do valor requisitado foi efetuado dentro do prazo constitucional para pagamento do precatório, autuado em 01/07/1998, o INSS acostou as cópias das autorizações de pagamento referentes àquele requisitório emitidas em 26/11/1999 e com carimbos de dezembro de 1999. Instada, porém, a informar a data do depósito pelo INSS, a Divisão de Precatórios desta Corte respondeu “não ser possível identificar em virtude dos referidos autos já te-

rem sido incinerados”, mas que “consta em nosso sistema processual, a transferência dos recursos financeiros para a Instituição Financeira em 29/12/2000”.

- “Para fins de isenção da responsabilidade do pagamento a destempo, cumpriria ao INSS [...] demonstrar que o depósito foi efetuado dentro da ordem cronológica de sua apresentação. A não ser deste modo, este TRF 5ª Região se obriga a aguardar os depósitos correspondentes àqueles precatórios mais antigos, a fim de que fosse cumprida a estrita ordem exigida pelo art. 100 da Constituição Federal”. (AG 200905000422015, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, TRF5 - Primeira Turma, 04/03/2010).

- Não demonstrado que o depósito foi efetuado na data em que autorizado o pagamento e na ordem cronológica de apresentação do requerimento, não se pode dizer, na hipótese, que o precatório foi pago dentro do prazo constitucional. No caso, deve-se considerar, para efeito de efetivo pagamento, a data da transferência dos recursos financeiros para o banco, em 29/12/2000, sendo, desse modo, devidos os juros moratórios desde janeiro de 2000.

- A prescrição é instituto que visa à punição do exequente desidioso. Contudo, deve-se interpretar as regras que versam sobre prazos prescricionais de forma restritiva, além de ser pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, e das 1ª e 4ª Turmas deste Tribunal no sentido de que não corre prazo prescricional entre a data do óbito do autor da ação e a data de habilitação dos herdeiros. Assim, com a suspensão do processo prevista no art. 265, I, do CPC, inexistindo dispositivo legal que fixe prazo para habilitação dos sucessores, será suspenso também o prazo da prescrição intercorrente.

- Ressalte-se que a contagem do prazo prescri-

cional para os sucessores se inicia com a sua intimação para fins de habilitação, ou ainda com a própria habilitação nos autos.

- No caso em tela, a autora faleceu em 27/09/1998, e sua neta requereu a habilitação em 02/08/2004, inexistindo comprovação de anterior intimação dos sucessores para fins de habilitação, inexistente também prescrição intercorrente.

- Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGTR 95021-CE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por maioria, em negar provimento ao agravo, nos termos do voto condutor constantes dos autos, que fica fazendo parte do presente julgado.

Recife, 5 de maio de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator p/ Acórdão

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO CAVALCANTI:

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará, que deferiu “a habilitação da sucessora (Eliene Pereira da Silva) da falecida autora Raimunda Ferreira Gomes” e determinou a remessa dos “autos à Contadoria do Foro para apuração do valor que ainda é devido aos exequentes, tendo em vista o pagamento do precatório ter sido efetivado fora do prazo constitucional”.

Em suas razões de recurso, sustenta o INSS que “o juiz singular entendeu que a data efetiva do pagamento dos créditos dos agravados se deu em 12/2000, embora o agravante tenha feito o depósito em 04/12/99, dentro do prazo constitucional, conforme

cópias anexas da Autorização de Pagamento de nº 3060/99”. Defende que a decisão deve “ser reformada parcialmente para considerar como data efetiva do pagamento a data consignada na AP”. Alega, ainda, que, “quanto ao pedido de habilitação da sucessora da autora Raimunda Ferreira Gomes, deve se observar que ocorreu a prescrição intercorrente”, devendo, portanto, ser “declarada extinta a execução em relação à sucessora Eliene Pereira da Silva, nos termos do art. 269, IV, do CPC”.

Instada a informar a data do depósito pelo INSS (fl. 45), a Divisão de Precatórios desta Corte respondeu “não ser possível identificar em virtude dos referidos autos já terem sido incinerados”, mas que “consta em nosso sistema processual, a transferência dos recursos financeiros para a Instituição Financeira em 29/12/2000” (fl. 47).

Não foram apresentadas contrarrazões (*vide* certidão de fl. 52).

É o relatório.

Dispensada a revisão. Peça dia para julgamento.

VOTO VISTA CONDUTOR

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

1. Após o voto do eminente Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, pedi vista do presente feito para melhor analisar a questão da habilitação da sucessora de uma das exequentes, o termo inicial e a ocorrência (ou não) da prescrição intercorrente.

2. Inicialmente, ressalto que em relação à extrapolação do prazo constitucional para pagamento do precatório, caracterização da ocorrência da mora e a consequente necessidade de expedição de precatório complementar para pagamento de juros de mora, acompanho em tudo o voto lançado pelo eminente Relator, fazendo meus os seus fundamentos judiciosos.

3. Quanto ao atingimento da pretensão executória dos herdeiros do exequente falecido pela prescrição intercorrente, ousou divergir do posicionamento adotado pelo ilustre Relator, que, ao fir-

mar seu entendimento pela ocorrência da prescrição, fundamentou que *a suspensão do processo prevista no art. 265, I, do CPC, não implica a suspensão do prazo da prescrição intercorrente, devendo a parte arcar com as consequências de sua inércia, pois não se mostra consentâneo com o espírito da segurança jurídica prorrogar a suspensão do processo pela morte das partes até o momento em que os seus herdeiros houverem por bem se habilitar e que, falecido(a) o(a) autor(a) que originariamente promoveu a execução, os seus eventuais herdeiros teriam, a partir do óbito, um prazo de cinco anos para se habilitarem nos autos como sucessores do de cujus, sob pena de, não o fazendo, terem a sua pretensão executória atingida pela prescrição intercorrente. E assim resumiu o caso dos autos: a autora Raimunda Ferreira Gomes faleceu em 27/09/1998 (fl. 41) e a neta dela, Eliene Pereira da Silva, somente requereu a sua habilitação em 02/08/2004 (fl. 35), mais de cinco anos depois do óbito da exequente originária.*

4. Divirjo essencialmente quanto ao entendimento de que a suspensão processual ocasionada pela morte de uma das partes, prevista no art. 265, I do CPC, não implicaria também na suspensão do prazo da prescrição intercorrente, primeiro por não haver dispositivo legal que estabeleça prazo para habilitação dos sucessores e, segundo, por entender que, ao interpretarmos as regras que tratam de prazos prescricionais, devemos fazê-lo de forma restritiva, por serem igualmente restritivos seus feitos sobre o direito das partes. Isso não importa dizer que a execução permaneceria suspensa indefinidamente até que os sucessores do exequente falecido providenciassem a sua habilitação, pois, havendo notícia nos autos do falecimento do exequente, deverá o magistrado condutor do feito determinar a intimação dos sucessores do *de cujus* para que promovam a sua habilitação, iniciando-se, a partir de então, a contagem do prazo prescricional.

5. Neste sentido tem decidido o colendo Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL. EXECUÇÃO. CODEVEDOR NÃO CITADO. ÓBITO DO EXEQUENTE. O ÓBITO DO EXEQUENTE DETERMINA A SUSPENSÃO DO PROCESSO, PARA AS DEVIDAS HABILITAÇÕES, NÃO TENDO CURSO, PARA EFEITO DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE, O RESPECTIVO PRA-

ZO DURANTE O PERÍODO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO, QUANDO NENHUMATO PROCESSUAL PODE SER PRATICADO. (REsp. 11614, Rel. Min. Dias Trindade, Terceira Turma, *DJ* 16.9.1991).

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. MORTE DOS AUTORES. HABILITAÇÃO DOS SUCESSORES. SUSPENSÃO DO PRAZO PROCESSUAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTE DO STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Tendo o Tribunal de origem se pronunciado de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, não há falar em afronta ao art. 535, II, do CPC.

2. Nos termos do art. 265, I, do CPC, a morte de uma das partes importa na suspensão do processo, razão pela qual, na ausência de previsão legal impondo prazo para a habilitação dos respectivos sucessores, não há falar em prescrição intercorrente. Precedente do STJ.

3. Recurso especial conhecido e improvido. (REsp. 849863, Rel. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, *DJe* 18.5.2009).

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MORTE DO AUTOR. HABILITAÇÃO DOS SUCESSORES. SUSPENSÃO DO PRAZO PROCESSUAL. ARTS. 265, I E 791, II, DO CPC. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INEXISTÊNCIA. INTERPRETAÇÃO RESTRICTIVA. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO IMPROVIDO.

1. Nos termos dos arts. 265, I, e 791, II, do CPC, a morte de uma das partes importa na suspensão do processo, razão pela qual, na ausência de previsão legal impondo prazo para a habilitação dos respectivos sucessores, não há falar em prescrição intercorrente.

2. Deve ser dispensada interpretação restritiva às regras que versem prazos prescricionais.

3. Recurso especial improvido. (AgREsp 891588, Rel. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, *DJe* 19.10.2009).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER DAS HIPÓTESES DO ART. 535 DO CPC. SUSPENSÃO DO FEITO POR MORTE DA

PARTE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INEXISTÊNCIA.

1. Inexistente qualquer hipótese do art. 535 do CPC, não merecem acolhida embargos de declaração.

2. Nos termos do art. 265, I, do CPC, a morte de uma das partes importa na suspensão do processo, razão pela qual, na ausência de previsão legal impondo prazo para a habilitação dos respectivos sucessores, não há falar em prescrição intercorrente. Precedente do STJ.

3. Hipótese em que a comunicação em juízo da morte da parte ocorreu de forma tardia, mas não a habilitação dos sucessores, o que também torna absolutamente despropositado o pedido de decretação de prescrição intercorrente. (EDREsp 883652, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 23.11.2009).

E, também, as egrégias 1ª e 4ª Turmas deste Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. ÓBITO. SUSPENSÃO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Estabelece o parágrafo 1º, alíneas *a* e *b*, do art. 265 do CPC que o processo será suspenso em caso de morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, ou de seu representante legal, a partir da comprovação nos autos do falecimento ou da incapacidade. Pela dicção dos aludidos dispositivos legais, ainda se verifica que, mesmo depois da comprovação do óbito, se já houver sido iniciada a audiência de instrução e julgamento, o advogado continuará no processo até seu encerramento. A suspensão do feito, nesse caso, somente ocorrerá após a publicação da sentença. A partir dessas observações, conclui-se pela existência disposição expressa no Código de Processo Civil admitindo, ainda que excepcionalmente, a prática de atos processuais válidos após a morte ou a incapacidade superveniente de qualquer das partes.

2. Por outro lado, importa observar que a suspensão do processo visa não somente a evitar a prática de atos processuais nulos, mas também a resguardar os interesses do incapaz superveniente e dos sucessores do falecido, assegurando que o processo não tenha curso sem a observância do contraditório e da ampla defesa. O reconhe-

cimento da validade dos atos processuais praticados em nome do falecido, antes de noticiado o óbito deste, atende, a um só tempo, aos princípios da instrumentalidade das formas, do contraditório e da ampla defesa, além de encontrar amparo no princípio segundo o qual nenhuma nulidade será decretada sem a comprovação concreta do prejuízo (CPC, art. 250, parágrafo único).

3. No que tange à alegação de prescrição, destaco que, segundo a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e deste TRF - 5ª Região, não se inicia o transcurso do prazo prescricional, no caso de morte de qualquer das partes, até que se proceda à intimação dos sucessores para fins de habilitação.

4. No caso dos autos, não me parece que os atos processuais praticados depois do falecimento da parte autora e da habilitação dos sucessores tenha provocado qualquer prejuízo à defesa da União, hipótese em que nenhuma nulidade deverá ser decretada. Além disso, a documentação acostada aos autos demonstra que não houve intimação dos sucessores para fins de habilitação, não havendo, pois, que se falar em ocorrência de prescrição.

5. Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento. (AGTR 109262-CE, Rel. Emiliano Zapata Leitão, Primeira Turma, *DJe* 24.2.2011, p. 420).

1. Nos termos do art. 265, I, do CPC, suspende-se o processo pela morte de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador, possibilitando-se a habilitação dos sucessores do *de cujus*, na forma dos arts. 1.055 a 1.062 do CPC, para continuidade do processo.

2. Somente após a intimação dos sucessores para promover as suas habilitações é que tem início o prazo prescricional. Não tendo havido tal intimação, deve-se afastar a ocorrência de prescrição.

3. Na hipótese, o óbito se deu antes do ajuizamento do processo de execução e foi posterior ao ajuizamento do processo de conhecimento. Além disso, o pedido de habilitação foi requerido na execução da sentença pelos agravados, os quais anexaram os documentos que comprovam o parentesco com a falecida, não se vislumbrando, assim, possibilidade de que tal habilitação possa trazer qualquer prejuízo à marcha processual, de modo a ensejar a anulação do processo de execução.

4. Agravo de instrumento improvido. (AGTR 106537-CE, Rel. Frederico Pinto de Azevedo, *DJe* 31.8.2010, p. 12).

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. FALECIMENTO DA AUTORA. SUSPENSÃO DO CURSO PRESCRICIONAL ATÉ HABILITAÇÃO DOS HERDEIROS. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO.

I. Pretende a apelante a reforma da sentença que extinguiu a execução pela ocorrência da prescrição da pretensão executória, ao argumento de que entre a data do óbito do autor até a habilitação dos herdeiros, o curso do prazo prescricional fica suspenso.

II. No caso dos autos, a decisão exequenda transitou em julgado em 20/03/1995, sendo promovida sua execução em 04/09/1995.

III. Conquanto a prescrição da pretensão executória ocorra no mesmo prazo da prescrição da ação, ou seja, 05 anos, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/32 e Súmula 150 do STF, deve-se registrar que a morte da parte suspende o curso do prazo prescricional, o qual somente recomeça a correr a partir da habilitação dos herdeiros.

IV. Como a autora Maria Vidal Santos faleceu em 25/09/1997, conforme notícia a certidão de óbito acostada à fl. 238 e a habilitação foi requerida em 01/09/2010, não há que se falar em prescrição da pretensão executória já que durante este período o curso do prazo prescricional encontrou-se suspenso.

V. Apelação provida. (AC 517095-CE, Rel. Nilcéa Maria Barbosa Maggi, Quarta Turma, *DJe* 31.3.2011, p. 556).

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. ÓBITO DE AUTOR. EXECUÇÃO SUSPENSAA ATÉ A HABILITAÇÃO DOS SUCESSORES. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO.

I - O falecimento do autor dá ensejo à suspensão da execução, nos termos do inciso I do art. 265 do CPC. No caso de suspensão pela morte da parte, os prazos processuais serão restituídos por tempo igual ao que faltava para a sua complementação, consoante disposto no artigo 180 também do CPC, a partir da habilitação dos sucessores.

II - Tendo sido a pretensão autoral reconhecida no título executivo judicial correspondente, vindo a falecer um dos autores, não há, portanto, que se falar em prescrição da pretensão executória, mas da suspensão da execução,

até ulterior habilitação dos herdeiros.

III - Apelação provida. (AC 507501-CE, Rel. Margarida Cantarelli, Quarta Turma, DJe 4.11.2010, p. 448).

6. Analisando o caso dos autos, considerando que a autora Raimunda Ferreira Gomes faleceu em 27/09/1998 (fl. 41) e que sua neta, Eliene Pereira da Silva, requereu habilitação em 02/08/2004 (fl. 35), e ainda inexistindo registro nos autos de prévia intimação dos sucessores para fins de habilitação, entendo que não ocorreu a prescrição intercorrente.

7. Ante as razões declinadas, e com a máxima vênia ao relator, nego provimento ao agravo.

8. É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 112.290-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Agravante: MUNICÍPIO DE CURRAIS NOVOS - RN
Agravado: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
Advs./Procs.: DRS. OBERDAN VIEIRA PINTO LIMA E OUTROS (AGRTE.)
Repte: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

EMENTA: AMBIENTAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATADOURO PÚBLICO MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE LICENÇA AMBIENTAL. EMBARGO PELO IBAMA. DESCUMPRIMENTO DO EMBARGO. MULTA. MEDIDA LIMINAR. SUSPENSÃO DO EMBARGO. NÃO PROVIMENTO.

- Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Currais Novos/RN contra decisão interlocutória que indeferiu medida liminar requerida para reabertura de abatedouro público municipal, que se encontra interditado por ato

administrativo do IBAMA.

- O matadouro em questão foi alvo de uma primeira fiscalização pelo IBAMA, em junho de 2010, decorrendo de tal ato as sanções administrativas contra o município de multa e embargo, por fazer funcionar atividade sem a devida licença ambiental. Posteriormente, em setembro de 2010, o município foi novamente multado, desta vez por descumprimento do embargo do abatedouro.

- O município não poderia ter posto em funcionamento o abatedouro antes das indispensáveis licenças ambientais, motivo pelo qual estão corretas as sanções administrativas de multa e embargo aplicadas pelo IBAMA (art. 10, Lei 6.938/81; art. 70 e art. 72, Lei 9.605/98; art. 66 e art. 79, Decreto 6.514/08; art. 2º, § 1º, Resolução do CONAMA 237/97).

- O IBAMA apresentou a este juízo, junto com suas contrarrazões, fotos que mostram as péssimas condições de higiene em que se encontra o matadouro objeto deste recurso, a exemplo de vísceras e ossos dispostos no chão, carnes cortadas em estrutura rudimentar de madeira porosa, equipamentos em péssimas condições de conservação e higiene, contaminação da área externa com descarte irregular de resíduos orgânicos sólidos e líquidos.

- É sabido que as atividades de matadouros ou abatedouros devem ser realizadas com rigorosos cuidados sanitários, vez que o abate de animais sem as condições higiênicas e ambientais adequadas coloca em risco a saúde dos cidadãos, consumidores das carnes, e do meio ambiente, devido aos resíduos sólidos (vísceras, por exemplo) e líquidos (sangue) que são frequentemente lançados em cursos de água.

- Não é razoável a alegação do município agravante de que necessita manter em funcionamen-

to o antigo abatedouro até que o novo esteja em perfeitas condições, pois não se pode preterir a preservação ambiental e da saúde dos munícipes em detrimento do abastecimento de carne à cidade, o qual poderá ser realizado através da aquisição deste alimento em cidades vizinhas que disponham de matadouros regulares.

- Precedente do TRF 1ª Região (TRF 1ª Região. 6ª Turma. Rel. Des. Souza Prudente. AG 20050 1000640200. 28/05/07).

- Agravo de instrumento não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento do Município de Currais Novos/RN, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 12 de abril de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo município de Currais Novos/RN contra decisão que indeferiu o pedido de antecipação de tutela, por entender que agiu corretamente o IBA-MA ao embargar o abatedouro público municipal, pois estava funcionando sem a devida licença ambiental, fato este que colocaria em risco a saúde dos munícipes.

Em suas razões recursais, o município agravante alega, em resumo: 1. que o novo abatedouro ainda não se encontra em condições de funcionamento, motivo pelo qual o antigo matadouro teve que voltar a funcionar provisoriamente; 2. que ainda não conseguiu a licença devida por circunstâncias alheias a sua vontade; 3. que já havia solicitado ao IDEMA a licença de regularização de ope-

ração do matadouro; 4. que a decisão prejudica criadores, marchantes, ajudantes, açougueiros, comerciantes e a população em geral; 5. que agiu de boa-fé, posto que o novo abatedouro não tem condições de funcionamento; 6. que não pode ficar com o abatedouro fechado; 7. que se corre o risco da população abater os animais na zona rural; 8. que o atual matadouro possui perfeitas condições de higiene e sanitárias; 9. que pode ocorrer desabastecimento de carne no município.

Requer, por fim, em caráter liminar, a reabertura provisória do abatedouro até a conclusão das obras do novo matadouro. No mérito, requer, o provimento do agravo de instrumento.

Decisão proferida por este Relator indeferindo medida liminar requerida.

Contrarrazões apresentadas pelo IBAMA.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não provimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo município de Currais Novos/RN contra decisão interlocutória que indeferiu medida liminar requerida para reabertura de abatedouro público municipal, que se encontra interdito por ato administrativo do IBAMA.

O município agravante alega que o matadouro atual – objeto do embargo ora contestado – seria substituído por outro cuja construção foi realizada na gestão municipal anterior. No entanto, este novo abatedouro, denominado Unidade Didática de Processamento de Carne de Currais Novos/SE – foi desativado por não ter condições de funcionamento.

Por isso, clama o município que o “antigo” matadouro municipal seja mantido em funcionamento para que a população da cidade não seja privada do consumo de carne.

Contudo, entendo ser infundado o requerimento do município.

O matadouro em questão foi alvo de uma primeira fiscalização pelo IBAMA, em junho de 2010, decorrendo de tal ato as sanções administrativas contra o município de multa e embargo, por fazer funcionar atividade sem a devida licença ambiental. Posteriormente, em setembro de 2010, o município foi novamente multado, desta vez por descumprimento do embargo do abatedouro.

Não há que se considerar o fato de que o município obteve do IDEMA licença de instalação em 2008 (vencida em 2009), vez que somente após a concessão de licença de operação é que o matadouro poderia ter iniciado suas atividades.

Portanto, o município não poderia ter posto em funcionamento o abatedouro antes das indispensáveis licenças ambientais, motivo pelo qual estão corretas as sanções administrativas de multa e embargo aplicadas pelo IBAMA, com base nos seguintes ditames legais:

Lei 6.938/81 (Política Nacional de Meio Ambiente):

Art. 10 - A construção, instalação, ampliação e **funcionamento de estabelecimentos e atividades** utilizadoras de recursos ambientais, **considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente**, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

Lei nº 9.605/98

Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

Art. 72. **As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º:**

I - advertência;

II - multa simples;

- III - multa diária;
- IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;
- V - destruição ou inutilização do produto;
- VI - suspensão de venda e fabricação do produto;
- VII - **embargo de obra ou atividade**;
- VIII - demolição de obra;
- IX - suspensão parcial ou total de atividades;
- X - (VETADO)
- XI - restritiva de direitos.

Decreto nº 6.514/08

Art. 66. Construir, reformar, ampliar, instalar ou **fazer funcionar estabelecimentos, atividades**, obras ou serviços utilizadores de recursos ambientais, **considerados efetiva ou potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes**, em desacordo com a licença obtida ou contrariando as normas legais e regulamentos pertinentes: (Redação dada pelo Decreto nº 6.686, de 2008).

Multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).

Art. 79. **Descumprir embargo de obra ou atividade e suas respectivas áreas:**

Multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Resolução do CONAMA nº 237/97

Art. 2º A localização, **construção**, instalação, ampliação, modificação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, **bem como os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão ambiental competente**, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis.

§ 1º **Estão sujeitos ao licenciamento ambiental os empreendimentos e as atividades relacionadas no anexo 1, parte integrante desta Resolução.**

ANEXO I: Atividades ou Empreendimentos Sujeitos ao Licenciamento Ambiental

Indústria de material de transporte:

* matadouros, abatedouros, frigoríficos, charqueadas e derivados de origem animal.

O IBAMA apresentou a este juízo, junto com suas contrarrazões, fotos que mostram as péssimas condições de higiene em que se encontra o matadouro objeto deste recurso, a exemplo de vísceras e ossos dispostos no chão, carnes cortadas em estrutura rudimentar de madeira porosa, equipamentos em péssimas condições de conservação e higiene, contaminação da área externa com descarte irregular de resíduos orgânicos sólidos e líquidos.

É sabido que as atividades de matadouros ou abatedouros devem ser realizadas com rigorosos cuidados sanitários, vez que o abate de animais sem as condições higiênicas e ambientais adequadas coloca em risco a saúde dos cidadãos, consumidores das carnes, e do meio ambiente, devido aos resíduos sólidos (vísceras, por exemplo) e líquidos (sangue) que são frequentemente lançados em cursos de água.

Não é razoável a alegação do município agravante de que necessita manter em funcionamento o antigo abatedouro até que o novo esteja em perfeitas condições, pois não se pode preterir a preservação ambiental e da saúde dos munícipes em detrimento do abastecimento de carne à cidade, o qual poderá ser realizado através da aquisição deste alimento em cidades vizinhas que disponham de matadouros regulares.

No mesmo sentido, é o seguinte julgado proferido pelo TRF 1ª Região:

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. FUNCIONAMENTO DE MATADOURO SEM A DEVIDA AUTORIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. TUTELA PROCESSUAL-CAUTELAR DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225, CAPUT). PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

I - A pretensão do autor agravante no sentido de obter desta Corte revisora antecipação de tutela cautelar, para funcionamento do matadouro público, sem a devida autorização, encontra óbice na tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e

preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, *caput*), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, torna-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação), e a consequente prevenção (pois uma vez que possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada), exigindo-se, inclusive, na forma da lei, a implementação de políticas públicas voltadas para a prevenção de potencial desequilíbrio ambiental.

II - Se a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, no Brasil (Lei nº 6.938, de 31.08.81) inseriu como objetivos essenciais dessa política pública “a compatibilização do desenvolvimento econômico e social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico” e “a preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida” (art. 4º, incisos I e VI).

III - Agravo de instrumento desprovido. (TRF 1ª Região. 6ª Turma. Rel. Des. Souza Prudente. AG 200501000640200. 28/05/07).

Diante do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 113.989-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO WIL-
DSON DA SILVA DANTAS (CONVOCADO)
Agravante: MODESTO INCORPORAÇÃO E CONSTRUÇÃO
LTDA.
Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Partes R: INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍS-
TICO NACIONAL - IPHAN E MUNICÍPIO DO RECI-
FE-PE
Advs./Procs.: DRS. LÍTIO TADEU COSTA RODRIGUES DOS
SANTOS E OUTROS (AGRTE.)

**EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONS-
TRUÇÃO DE EDIFÍCIO NO ENTORNO DE BEM
SUPOSTAMENTE TOMBADO. LIMITE MÁXIMO
DEFINIDO PELO IPHAN DE 40,85 METROS. INE-
XISTÊNCIA DE TOMBAMENTO QUANDO DA
APROVAÇÃO DO PROJETO PELA PREFEITU-
RA. AUTORIZAÇÃO PARA EDIFICAÇÃO SEM A
IMPOSIÇÃO DO LIMITE PREVISTO PELO IPHAN.
- Inexistência de tombamento, bem como de ga-
barito máximo para edificação, à época da libe-
ração da obra pelo órgão competente da Prefei-
tura, para fins de limitar a construção de obras
no entorno da Praça Euclides da Cunha.
- Legítima a autorização para o recorrente conti-
nuar as obras de construção do edifício, bem
como a sua comercialização, sem a observância
do limite estabelecido pelo IPHAN.
- Agravo de instrumento provido e agravo regi-
mental prejudicado.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo tombado sob o número em epígrafe, em que são partes as acima identifica-
das, 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 maioria, vencido em parte o relator, dar provimento ao agravo de instrumento e julgar prejudicado o agravo regimental.

Recife, 3 de maio de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO WILDSON DA SILVA DANTAS - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO WILDSON DA SILVA DANTAS (Convocado):

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Modesto Incorporação e Construção Ltda. contra decisão, cuja cópia se encontra às fls. 56-65, proferida pelo MM. Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, na Ação Civil Pública de nº 0002385-85.2011.4.05.8300, a qual deferiu a liminar requerida para determinar a paralisação imediata da comercialização de apartamentos e da construção do edifício Nobbile's Village, situado na Rua Bráulio Gonçalves, 115, onde existiam os imóveis nºs 87, 103 e 113, bairro da Madalena, Recife-PE, fixando multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para o caso de desrespeito ao provimento jurisdicional atinente à paralisação da obra, e, em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por cada apartamento novo comercializado após a intimação da decisão liminar.

Em suas razões, sustenta a agravante preliminarmente a) a impossibilidade jurídica do pedido ao argumento de que o Ministério Público Federal pretende substituir-se ao IPHAN, porém não possui atribuições para autorizar ou proibir quaisquer construções que se pretenda edificar no entorno de bem tombado, alegando ainda que não poderia o Poder Judiciário imiscuir-se em atividade tipicamente administrativa; b) a falta de interesse de agir.

No mérito recursal, assevera a recorrente que: a) recebeu autorização de construção legítima e regular do órgão que detém a titularidade, capacidade e competência para fornecê-la; b) o controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário não pode substituir os órgãos técnicos responsáveis pela aprovação do projeto; c) a Prefeitura do Recife aprovou a construção do edifício antes de

qualquer providência inicial referente ao tombamento; d) até o momento em que requereu a licença de construção, a Modesto não teria sido notificada do início do procedimento de tombamento; e) estaria ausente o perigo da demora, pois não se pode afirmar que a continuidade das obras geraria prejuízo às pretensões do *Parquet* Federal, ao menos até o 13º andar, que segundo o MPF seria o patamar aceitável.

Ante os fundamentos mencionados, requer a concessão de efeito suspensivo para que sejam sustados os efeitos da decisão liminar atacada, até que se ultime o julgamento de final de mérito do agravo, e subsidiariamente pugna pela autorização para que se prossiga com as obras, ao menos até o 13º andar, bem como se afaste a proibição de comercializar unidades situadas até o 13º andar.

Embargos de declaração fls. 78-81.

Decisão dos embargos fls. 83-84.

Agravo regimental fls. 89-96.

Contrarrazões fls. 98-104v.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO WILDSON DA SILVA DANTAS (Relator Convocado):

Ao desatar a controvérsia, S. Exa. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior lançou as seguintes considerações:

Na hipótese em testilha, a decisão objurgada deferiu a liminar requerida para determinar a paralisação imediata da comercialização de apartamentos e da construção do edifício Nobile's Village, situado na Rua Bráulio Gonçalves, 115, onde existiam os imóveis nºs 87, 103 e 113, bairro da Madalena, Recife-PE, fixando multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para o caso de desrespeito ao provimento jurisdicional atinente à paralisação da obra, e, em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por cada apartamento novo comercializado após a intimação da decisão liminar.

A empresa agravante suscita preliminarmente a impossi-

bilidade jurídica do pedido e a falta de interesse de agir. Em síntese, as preliminares aventadas fundamentam-se no juízo de que o Ministério Público Federal não poderia invadir a esfera de competência do IPHAN com a finalidade de desconstituir atos praticados pelo referido instituto e que seriam de sua competência exclusiva.

Inferre-se dos autos que o *Parquet* Federal ingressou com Ação civil pública (petição inicial às fls. 3-18, apenso 1) contra a MODESTO INCORPORAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA., o IPHAN - INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL e o MUNICÍPIO DO RECIFE - PE, com a finalidade precípua de anular o termo de ajustamento de compromisso firmado entre o IPHAN e a Construtora Modesto, assim como anular o alvará de construção concedido pelo Município do Recife à Construtora Modesto, em virtude de ter-se iniciado processo de tombamento da Praça Euclides da Cunha, situada nas proximidades do imóvel cuja construção foi obstada através da decisão liminar ora impugnada pelo presente agravo de instrumento.

A Carta Magna, em seu art. 215, dispõe que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

Com o objetivo de garantir a plenitude da atividade protetiva ao patrimônio cultural, a Lei Maior, em seu art. 23, incisos III a V, previu a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na proteção dos documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, para impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural, bem como proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência.

Dito isto, cumpre assinalar que a Constituição Federal (art. 129, III) atribui ao *Parquet* a função institucional de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. De outro lado, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LOMP), Lei 8.625/93, em seu art. 25, inciso IV, expressa a obrigação institu-

cional do Ministério Público em instaurar o inquérito civil e manejar a ação civil pública para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos. Na hoste federal, a Lei Complementar do Ministério Público Federal de nº 75/93, em seu art. 5º, inciso III, alínea c, expressamente dispôs que ao Ministério Público cabe a defesa do patrimônio cultural.

Neste conseqüente, cumpre esclarecer que a ação civil pública poderá ser manejada até mesmo em defesa de bem que ainda não possui o seu valor cultural reconhecido pelo Poder Público, isto porque o dever constitucional de proteção a patrimônio cultural imposto ao *Parquet* não se submete a eventual falta de iniciativa da Administração Pública.

Em assim sendo, ainda que sequer existisse um procedimento de tombamento iniciado pela Administração Pública – o que não é o caso dos autos –, é nítida a legitimidade do órgão ministerial, assim como a possibilidade jurídica do pedido, não podendo o julgador afastar-se do dever legal de proteção, máxime ante o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, que traz em si a obrigação do órgão judiciário de dar efetividade aos direitos constitucionalmente garantidos.

De logo, tenho como não portadores de relevo para justificar a suspensão da decisão atacada as preliminares de impossibilidade jurídica do pedido e de falta de interesse de agir, pois na hipótese a intervenção ministerial além de legítima, deve ser compreendida como atuação constitucionalmente imposta na defesa do patrimônio cultural. Passo ao exame dos demais argumentos.

O tombamento é o modo pelo qual o Poder Público grava a propriedade particular pelo reconhecimento de sua preservação por fator histórico, paisagístico, turístico, cultural, ou científico, desenvolvendo-se mediante procedimento administrativo vinculado.

Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, biblio-

gráfico ou artístico (art. 1º, *caput*, do DL 25/37).

Nos termos do art. 18 do Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, tem-se o seguinte:

Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.

Nesta seara, por expressa previsão legal, segue não ser possível a realização de obra ou edificação, na vizinhança do bem a ser tombado, que lhe impeça ou reduza a visibilidade, sob pena inclusive de ser determinada a demolição do imóvel.

No que concerne ao alcance da restrição, assim explana Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no livro *Direito Administrativo*, p. 145, 1998: “não basta que a construção esteja na vizinhança da coisa tombada, é necessário que a mesma impeça ou reduza a sua visibilidade”.

Penso que, num primeiro exame, próprio das decisões liminares, um ponto se afigura indiscutível: a possibilidade de construção do edifício até que atinja a altura “h” = 40,85m (quarenta metros e oitenta e cinco centímetros), situação em que restaria observado o gabarito máximo para construção no setor 2 da área de entorno do bem tombado.

Neste conseqüente, verifico que a parte agravante formulou pedido subsidiário para que “seja suspensa a medida liminar concedida no juízo *a quo*, ao menos até que a construção atinja o 13º andar, o mesmo se dizendo em relação à proibição de comercializar unidades situadas até o 13º andar, onde a proibição não atingiria, tudo isso até o trânsito em julgado da decisão de mérito da demanda principal”.

Em assim sendo, não se me afigura razoável determinar-se a paralisação total da construção do empreendimento imobiliário, quando inexistente litígio no que concerne à possibilidade de construção do edifício, desde que respeitado o novo gabarito previsto para a área.

Alerte-se que a continuidade da construção do edifício até que se atinja a altura de 40,85m implicará a concordância da recorrente em assumir todo e qualquer risco (inclusive de cunho financeiro), bem como a ciência de que deverá

realizar a readequação técnica do projeto, observando as novas limitações urbanísticas surgidas em virtude do processo de tombamento da Praça Euclides da Cunha.

Ressalvo, em virtude da complexidade fática da matéria, que se cuida de decisão provisória, susceptível de modificação quando da apreciação do recurso pela 4ª Turma deste Sodalício.

Autorizada a continuidade das obras, impõe-se seja afastada a proibição de comercializar unidades habitacionais que se situem até a altura de 40,85m, gabarito máximo previsto para o local.

Ao julgamento dos embargos de declaração foi retificada a parte dispositiva do voto para assim concluir:

Firme neste sentido, defiro parcialmente o efeito suspensivo postulado, para autorizar o recorrente a continuar as obras de construção do edifício Nobile's Village, situado na Rua Bráulio Gonçalves, 115, até que atinja a altura de 40,85m, gabarito máximo previsto para a área, em virtude do processo de tombamento da Praça Euclides da Cunha, assim como para afastar a proibição de comercialização das unidades habitacionais que se situem até a altura de 40,85m.

Não verifico o que possa ser acrescido à decisão hostilizada, cujas razões adoto na íntegra como fundamento para decidir.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos acima estabelecido, e julgo prejudicado o agravo regimental.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL
NA SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 4.207-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

Requerente: UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - UFPE

Requerido: JUÍZO DA 2ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO

Parte A: ASSOCIAÇÃO DOS DOCENTES DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - ADUFEPE

Parte R: UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - UFPE

Agravante: UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - UFPE

Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Advs./Procs.: DRS. JOSÉ CARLOS ALMEIDA JÚNIOR E OUTROS (PARTE A)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. AÇÃO COLETIVA QUE VISA À CONCESSÃO DE AUMENTO A APOSENTADOS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO, A PARTIR DE ÍNDICES APLICADOS AO RGPS. ELEVADO NÚMERO DE SUBSTITUÍDOS (815). RISCO DE LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA. CARACTERIZAÇÃO. PROVIMENTO DO AGRAVO INOMINADO COM A CONSEQUENTE OBTENÇÃO DA CONTRACAUTELA. - Cuida-se de hipótese alusiva à antecipação de tutela dada no bojo de sentença que julgou ação coletiva, movida pela Associação dos Docentes da Universidade Federal de Pernambuco - ADUFEPE, em que se assegurou a imediata implantação de reajustes nos proventos dos 815 substituídos, “no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária a ser oportunamente fixada” (fl. 51); os índices a ser manejados, na execução da medida referida, são de 6,355%, 5,010%,

3,300% e 5,0% (justamente os utilizados nos anos de 2005 a 2008 nos benefícios do RGPS, tomados como paradigmáticos).

- Independentemente da correção jurídica da sentença (temática alheia ao âmbito estreito da cognição desenvolvida no expediente de que se cuida no momento), o fato é que a implantação imediata dos reajustes referidos, à vista no grande número de substituídos (815), ameaça – sim – a economia pública.

- A meu juízo, tal constatação não depende exatamente de um quantitativo financeiro que a requerente já tivesse trazido com o expediente dirigido à Presidência da Casa, mas da constatação – feita a olho desarmado – a) de quantos são os beneficiários da decisão; b) do tamanho dos reajustes que lhes foram concedidos; c) do prazo exíguo dado para implantá-los; e d) e da sabida ausência de orçamento já vigente para ampará-los (a resvalar para possível agressão à lei de responsabilidade fiscal – LC nº 101/2000).

- Com fundamento nas disposições encartadas na Lei nº 9.494/97, art. 1º; Lei nº 8.437/92, art. 4º; Lei nº 7347/85, art. 12, § 1º; e art. 228 do Regimento Interno desta Casa, tenho a hipótese como sendo justificadora da contracautela.

- Agravo inominado provido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 6 de abril de 2011 (data do julgamento).

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator Presidente

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Trata-se de agravo inominado interposto com arrimo nas disposições encartadas no art. 4º, § 3º, da Lei nº 8.437/92; o comando combatido restou adotado nos seguintes termos:

“Cuida-se de pedido de suspensão de execução de tutela antecipada pelo Juízo Federal da 2ª Vara/PE nos autos da ação ordinária (0001782-46.2010.4.05.8300), com vistas a assegurar, em 30 (trinta dias) e sob pena de multa, aos substituídos, servidores públicos federais inativos e pensionistas, o reajuste dos benefícios respectivos com os índices fixados para o RGPS (Regime Geral da Previdência Social), desde que tenham adquirido as vantagens sem observância da regra de paridade entre servidores ativos e inativos, nos termos fixados no *decisum*.

O requerente sustenta, em síntese, o elevado prejuízo financeiro a ser suportado pelos cofres públicos, advindo dos 815 (oitocentos e quinze) substituídos contemplados na presente ação. Aduz também que o cumprimento imediato da decisão causará grave lesão à economia pública, na medida em que, à mingua de previsão orçamentária e de autorização na Lei de Diretrizes Orçamentárias, impõe aumento de despesa sem mensurar o impacto orçamentário-financeiro, contrariando disposições da LC nº 101/2000. Ressalta que o reajuste do RGPS corresponderia a 6,355%; 5,010%; 3,300% e 5,0% nos anos de 2005 a 2008. Por fim, acrescenta não ser possível calcular ainda o impacto financeiro mensal decorrente do reajuste em epígrafe. Passo a decidir.

A análise da questão a ser dirimida deve ser feita em perfeita sintonia com o objetivo da suspensão de liminar, que consiste em subtrair a eficácia de decisão desfavorável à Fazenda Pública, quando presentes os seguintes requisitos: manifesto interesse público/flagrante ilegitimidade do provimento de urgência deferido e grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, nos termos do art. 4º da Lei nº 8.437/92, c/c o art. 1º da Lei nº 9.494/97. Destaque-se, outrossim, que o referido incidente processual não comporta o exame do mérito da controvérsia principal, o qual deverá ser promovido nos autos do feito origi-

nário ou mesmo em sede do recurso adequado. A medida excepcional, repita-se, deve ser manejada exclusivamente para se afastar a ameaça iminente de profunda lesão a um dos valores públicos tutelados por lei.

In casu, não vislumbro a presença dos pressupostos legais. Com efeito, limitou-se o requerente a sustentar a possibilidade de grave dano à ordem pública e econômica sem trazer aos autos quaisquer elementos que demonstrem o potencial ofensivo ao bem legalmente protegido, sendo certo que a mera presunção de que o prejuízo poderá ocorrer não se coaduna com o escopo maior da suspensão de liminar, sendo, portanto, insuficiente para o seu acolhimento. Nesse contexto, é importante destacar, inclusive, que a promovente sequer apontou o valor a ser despendido para o reajuste pretendido pelos substituídos, limitando-se a indicar os índices referentes ao reajuste (RGPS), no tocante aos anos de 2005 a 2008.

Ademais, como já mencionado, esta via, em face da sua excepcionalidade, não se presta ao exame de questões relacionadas ao mérito da lide, sob pena de ser-lhe impingida descabida feição recursal, o que, aliás, deflui da própria fundamentação expendida na peça inicial, na qual a Universidade Federal de Pernambuco esmera-se em defender a ilegalidade do *decisum* que pretende sustar.

Assim, resta evidente que o pedido extremo foi formulado desacompanhado da efetiva demonstração da potencial lesão aos valores juridicamente protegidos. Tal como sustentado pelo Min. Humberto Gomes de Barros (SS 001852-AP, DJ 26.06.08):

“As normas que regem os incidentes de suspensão são suficientemente claras: não é qualquer prejuízo decorrente de decisão judicial que autoriza o deferimento do pedido de suspensão. Exige-se prejuízo qualificado: nas palavras da lei, grave lesão a um dos bens jurídicos tutelados pelas normas de regência. O Estado requerente não trouxe aos autos qualquer documento destinado a demonstrar que a execução imediata da sentença que concedeu a Segurança ao impetrante provocará sério abalo nas finanças públicas. Houve, em verdade, simples alegação de prejuízo, o que não basta. O mesmo ocorre com o alegado efeito multiplicador: embora tenha listado cinco outras demandas que supostamente teriam o mesmo objeto do Pedido de Segurança que deu origem a este incidente de suspen-

são, o Estado requerente não comprovou a alegação. A instrução deficiente impede, portanto, o acolhimento do pedido.”

Conferir, ainda, os seguintes julgados da Corte Especial do Eg. STJ: AgRg na SLS 827/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJe* 07.08.08 e AgRg na SL 69/MA, Rel. Min. Edson Vidigal, *DJ* 04.10.04, p. 186.

À vista do exposto, indeferido o pedido de suspensão.

Fala-se, no recurso, que a decisão não teria feito adequada aplicação das normas de regência, mormente porque teria deixado de reconhecer presentes duas das hipóteses de aplicação do instituto da suspensão dos efeitos de antecipação da tutela.

É que a UFPE, a prevalecer vigente a decisão combatida até o esgotamento da ação ordinária onde aconteceu, experimentaria a necessidade de reajustar os proventos dos substituídos (815 servidores aposentados seus¹) em diversos índices (6,355%, 5,010%, 3,300% e 5,0%) à míngua de previsão orçamentária e de autorização na lei de diretrizes orçamentária, contrariando, ainda mais, o disposto na LC nº 101/2000; e daí que a majoração causaria grave lesão à economia e à ordem públicas.

A via encaminhada por *e-mail* foi secundada pela chegada dos originais (fls. 69 e ss.).

A resposta ao recurso veio às fls. 79 e ss., defendendo a suposta ausência de impugnação específica aos fundamentos da decisão agravada, bem assim o acerto do ato combatido.

A douta Procuradoria Regional da República, pronunciando-se nos autos, pugnou pelo improvimento do recurso, com a consequente manutenção do indeferimento do pedido de suspensão.

Pus em mesa para julgamento.

É o relatório.

VOTO

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

¹ Havendo, ainda mais, segundo se disse, a possibilidade de efeito multiplicador.

Penso, com todas as vênias possíveis, que a decisão monocrática não resolveu adequadamente a questão.

Consoante se viu do relatório lançado aos autos, cuida-se de hipótese alusiva à antecipação de tutela dada no bojo de sentença que julgou ação coletiva, movida pela Associação dos Docentes da Universidade Federal de Pernambuco - ADUFEPE, em que se assegurou a imediata implantação de reajustes nos proventos dos 815 substituídos, “no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária a ser oportunamente fixada” (fl. 51).

Os índices a ser manejados, na execução da medida referida, são de 6,355%, 5,010%, 3,300% e 5,0% (justamente os utilizados nos anos de 2005 a 2008 nos benefícios do RGPS, tomados como paradigmáticos).

Independentemente da correção jurídica da sentença (temática alheia ao âmbito estreito da cognição desenvolvida no expediente de que se cuida no momento²), o fato é que a implantação imediata dos reajustes referidos, à vista no grande número de substituídos (815), ameaça – sim – a economia pública.

A meu juízo, tal constatação não depende exatamente de um quantitativo financeiro que a requerente já tivesse trazido com o expediente dirigido à Presidência da Casa³, mas da constatação – feita a olho desarmado – a) de quantos são os beneficiários da decisão; b) do tamanho dos reajustes que lhes foram concedidos; c) do prazo exíguo dado para implantá-los; e d) e da sabida ausên-

² É sabido e consabido que não se faz, no exíguo espaço deliberativo do Pedido de Suspensão, uma análise da causa a partir de seus elementos jurídico-normativos. Tal cotejo, digamos, “técnico” é próprio dos recursos, sendo certo que ambos os meios de impugnação não se confundem entre si, senão que ocupam espaços cognitivos bastante díspares. Deixa-se, para o expediente presente, a aferição da conveniência da manutenção dos efeitos da decisão impugnada mesmo antes de seu trânsito em julgado; trata-se de medida extrema, que somente pode ser adotada em casos raros nos quais a contracautela político-administrativa efetivamente se justifique – como na hipótese dos autos.

³ Ao contrário do sustentado na decisão impugnada (fl. 55), bem assim nas contrarrazões colacionadas (fls. 81 e 82).

cia de orçamento já vigente para ampará-los (a resvalar para possível agressão à lei de responsabilidade fiscal – LC nº 101/2000).

Com fundamento nas disposições encartadas na Lei nº 9.494/97, art. 1º⁽⁴⁾; Lei 8437/92, art. 4º⁽⁵⁾; Lei nº 7347/85, art. 12, § 1º⁽⁶⁾; e art. 228 do Regimento Interno desta Casa⁷, tenho a hipótese como sendo justificadora da contracautela por, repito, por em risco a economia pública.

Assim, nestes termos, dou provimento ao agravo interno, deferindo o pedido de suspensão da decisão até ulterior deliberação desta Casa, a ser dada – se é que vai – na apreciação dos recursos de praxe.

É como voto.

⁴ “Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.”

⁵ “Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

⁶ “Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

§ 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.”

⁷ Art. 228. Poderá o Presidente do Tribunal, suspender, em decisão fundamentada, a execução de liminar deferida nas ações de natureza cautelar, nas ações populares e nas ações civis públicas, movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público Federal, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (art. 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992).

AGRAVO REGIMENTAL NO
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 114.413-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT

Agravante: HAPVIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA.

Agravados: POLLYANA GUERRA SEIXAS BARBOSA, NAYLLÊ KARENINE RODRIGUES DE SIQUEIRA, SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA (DEPARTAMENTO REGIONAL DE PERNAMBUCO) - SESI/PE, SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL - SENAI, FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE PERNAMBUCO - FIEPE E INSTITUTO EUVALDO LODI - IEL

Lit. Pass.: AMIL SAÚDE S/A

Advs./Procs.: DRS. RICARDO DE CASTRO E SILVA DALLE E OUTROS (AGTRE.) E NELSON JOSÉ ALMEIDA DE BRITO E OUTROS (AGRDOS.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO PRATICADO EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO POR DIRIGENTES DO “SISTEMA S” (SENAI, SESI, IEL, FIEPE). AUTORIDADE FEDERAL. RECONHECIMENTO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

- Os chamados Serviços Sociais Autônomos, embora oficializados pelo Estado, não integram a Administração Pública. Todavia, exercem atividades de interesse público, sendo incentivadas, de várias formas, pelo Poder Público. Tais entidades gozam de uma gama de privilégios próprios dos entes públicos, estando sujeitas a normas semelhantes as da Administração Pública, em especial no que pertine à obrigatoriedade de lei para sua criação, à observância dos princípios da licitação, à prestação de contas, à equiparação dos seus empregados aos servidores pú-

blicos para fins criminais e para fins de improbidade administrativa.

- As ditas entidades do “Sistema S” são criadas mediante autorização legislativa federal, recebendo atribuições para o desenvolvimento de atividades de interesse público.

- Os valores que custeiam as atividades de tais entidades derivam, principalmente, das contribuições patronais compulsórias, sendo notória a natureza federal da verba. Tanto é assim que as referidas entidades devem prestar contas junto ao Tribunal de Contas da União.

- Registre-se que, embora as mencionadas entidades não se subordinem à lei licitatória (Lei 8.666/93), deverão obediência às normas gerais daquele diploma, bem como aos preceitos constitucionais gerais sobre a matéria. Dessa forma, quando da efetivação de um procedimento licitatório, não há como se negar que o gestor das mencionadas entidades se reveste do status de autoridade. Isto porque, a condução de uma licitação não pode ser considerada ato de mera gestão, e sim atividade obrigatória (tendo em vista decisões do TCU nesse sentido), subordinada (deve obedecer aos princípios gerais da lei de licitação) e fiscalizada (a prestação de contas deve ser feita ao TCU).

- A irregular condução do processo licitatório pelos dirigentes das entidades em apreço, importa em prejuízo aos interesses da União, possuindo tais gestores o status de autoridade federal, posto que gerenciam dinheiro público federal, devendo, portanto, a Justiça Federal apreciar e julgar tal matéria.

- Assim, não há como negar que os gestores das referidas entidades são autoridades federais e não estaduais. Destarte, foram criadas mediante autorização legislativa federal (e não estadual); prestam contas ao Tribunal de Contas da União

(e não do Estado); gerenciam dinheiro público federal (e não estadual); os atos de improbidade administrativa cometidos por seus gestores são investigados pelo MPF (e não estadual); as ações civis públicas de improbidade administrativa são ajuizadas no foro federal (e não estadual).
- Agravo regimental provido, para reconhecer a competência da Justiça Federal para processar e julgar o presente mandado de segurança, nos termos do art. 109, VIII.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGTR 114.413-PE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em dar provimento ao agravo regimental, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 5 de maio de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de agravo regimental (fls. 557/564) interposto por Hapvida Assistência Médica Ltda. contra decisão de fls. 551/554, da lavra do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, que negou seguimento ao agravo de instrumento para, nos termos do art. 109, VIII, da CF/88, reconhecer a incompetência da Justiça Federal para o julgamento do mandado de segurança contra atos de autoridades que integram o SENAI, SESI, IEL, FIEPE e Amil Saúde S/A.

2. A decisão vergastada afirmou que as entidades integrantes do “Sistema S” são pessoas de direito privado, *compreendidas como entes de cooperação da Administração Pública que, embo-*

ra dela não façam parte, atuam ao seu lado no exercício de atividades que, conquanto de interesse público, são atribuições propriamente suas, ligadas, obviamente, às suas finalidades institucionais (aprendizado profissionalizante, prestação de serviços assistenciais ou de utilidade pública, etc.), não sendo tais atividades delegadas do Poder Público. Nesse passo, afastou a competência da Justiça Federal para julgar o mandado de segurança impetrado contra atos dos gestores das referidas entidades.

3. Por outro lado, o agravante assevera que a competência para julgamento do mandado de segurança em apreço é da Justiça Federal, posto que as autoridades coatoras, quais sejam, os gestores das referidas entidades, estão praticando atos de autoridade, em decorrência de atribuição outorgada por legislação federal, incidindo assim a competência fixada pelo artigo 109, VIII, da CF/88.

4. É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

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

1. Cuida-se de agravo regimental (fls. 557/564) interposto por Hapvida Assistência Médica Ltda. contra decisão de fls. 551/554, da lavra do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, que negou seguimento ao agravo de instrumento para, nos termos do art. 109, VIII, da CF/88, reconhecer a incompetência da Justiça Federal para o julgamento do mandado de segurança contra ato de autoridades que integram o SENAI, SESI, IEL, FIEPE e Amil Saúde S/A.

2. O cerne da controvérsia cinge-se à fixação da competência, se Federal ou Estadual, para julgar mandado de segurança em que as autoridades coatoras são gestores das entidades do “Sistema S”.

3. Apesar da clareza dos argumentos firmados na decisão proferida pelo ilustre Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, peço vênia para discordar da tese ali esposada.

4. Não se pode negar que os chamados Serviços Sociais Autônomos, embora oficializados pelo Estado, não integram a Admi-

nistração Pública. Todavia, exercem atividades de interesse público, sendo incentivadas, de várias formas, pelo Poder Público.

5. Tais entidades gozam de uma gama de privilégios próprios dos entes públicos, estando sujeitas a normas semelhantes às da Administração Pública, em vários aspectos, em especial no que pertine à obrigatoriedade de lei para sua criação, à observância dos princípios da licitação, à prestação de contas, à equiparação dos seus empregados aos servidores públicos para fins criminais e para fins de improbidade administrativa.

6. Registre-se que os serviços Sociais Autônomos são criados mediante autorização legislativa federal, recebendo atribuições para o desenvolvimento de atividades de interesse público.

7. Os valores que custeiam as atividades das entidades do “Sistema S” derivam, principalmente, das contribuições patronais compulsórias, sendo notória a natureza federal da verba. Tanto é assim que tais entidades devem prestar contas junto ao Tribunal de Contas da União.

8. Anote-se que, embora as mencionadas entidades não se subordinem à lei licitatória (Lei 8.666/93), deverão obediência às normas gerais daquele diploma, bem como aos preceitos constitucionais gerais sobre a matéria. Dessa forma, quando da efetivação de um procedimento licitatório, não há como se negar que o gestor das mencionadas entidades se reveste do *status* de autoridade. Isto porque, a condução de uma licitação, não pode ser considerada ato de mera gestão, e sim atividade obrigatória (tendo em vista decisões do TCU) subordinada (deve obedecer aos princípios gerais da lei de licitação) e fiscalizada (a prestação de contas deve ser feita ao TCU).

9. Nesse ponto, trago à baila ementa do Tribunal de Contas da União:

PRESTAÇÃO DE CONTAS. EXERCÍCIO DE 2004. DIRECIONAMENTO DE LICITAÇÃO. ADMISSÃO DE PESSOAL SEM OBSERVAR OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS. CONTAS IRREGULARES. MULTA.

1. É reconhecido que as entidades do Sistema “S” não estão obrigadas a seguir rigorosamente os termos do Estatuto de Licitações (Lei nº 8.666/1993), devendo, contu-

do, observar os princípios constitucionais gerais relativos à Administração Pública, entre eles o de licitar.

2. Nas admissões de pessoal, as entidades do Sistema “S” devem observar os princípios constitucionais constantes do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, principalmente os da impessoalidade, moralidade, legalidade e publicidade.

3. Veda-se a inexigibilidade de licitação quando não comprovados os requisitos da inviabilidade de competição, especialmente, quanto à singularidade do objeto e à notória especialização. (Acórdão 1508/2007 - Primeira Câmara, AC-1508-16/07-1, Processo 016.560/2005-8, Ministro Relator Marcos Bemquerer, *DOU* 01/06/2007).

10. Nesse diapasão, penso que a irregular condução do processo licitatório pelos dirigentes das entidades em apreço, importa em prejuízo aos interesses da União, possuindo tais gestores o *status* de autoridade federal, posto que gerenciam dinheiro público federal, devendo, portanto, a Justiça Federal apreciar e julgar tal matéria.

11. Corroborando o entendimento acima explanado, trago à baila jurisprudências pátrias, colhidas de Tribunais Federais, que embora tratem de atos de improbidade administrativa cometidos pelos dirigentes dos Serviços Sociais Autônomos, afirmam (de maneira implícita) a competência da Justiça Federal, bem como a legitimidade do MPF para atuar em tais situações, veja-se:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SENAC. LEGITIMIDADE DO MPF. DISCUSSÃO ACERCA DA GESTÃO FINANCEIRA. DANO AO ERÁRIO NÃO DEMONSTRADO. NÃO COMPROVADO DOLO NO DECORRER DO PROCESSO LICITATÓRIO.

1. Os valores que custeiam as atividades do SENAC e demais entidades paraestatais de cooperação do Poder Público, tem como principal fonte as contribuições patronais compulsórias arrecadadas pelo INSS, sendo nítida a origem federal da verba, que após recolhimento e repasse é administrada pela iniciativa privada. Em síntese, a má gestão financeira pelo SENAC implica lesão a interesse da União no exercício de atividade por esta atribuída àquele, de maneira que entendo ser o Ministério Público Federal legítimo para o ajuizamento desta ação civil pública.

2. Não demonstrado dano ao erário nem dolo no descumprimento dos princípios que regem a administração pública, improcedente ação civil pública para reconhecimento de improbidade administrativa. (TRF4, AC 200571000 219905, Rel. Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, *DE* 03.02.2010).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA, IMPROBIDADE. AGRAVO REGIMENTAL. SENAC. LESÃO A INTERESSE DA UNIÃO FEDERAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N° 516 DO STF. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Agravos regimentais desprovidos. (TRF4, AGRAC 20057 1000211694, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, *DE* 10.10.2007).

12. Ora, não há como negar que os gestores das referidas entidades são autoridades federais e não estaduais. Destarte, foram criadas mediante autorização legislativa federal (e não estadual); prestam contas ao Tribunal de Contas da União (e não do Estado); gerenciam dinheiro público federal (e não estadual); os atos de improbidade administrativa cometidos por seus gestores são investigados pelo MPF (e não estadual); as ações civis públicas de improbidade administrativa são ajuizadas no foro federal (e não estadual).

13. Do exposto, dou provimento ao agravo regimental para reconhecer a competência da Justiça Federal para processar e julgar o presente mandado de segurança, nos termos do art. 109, VIII.

14. É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 15.081-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: JOSÉ CORDEIRO DE OLIVEIRA E OUTROS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs/Procs.: DRS. VLADIMIR GALDINO DE QUEIROZ E OUTROS (APDOS.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO/SERVIÇO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DE CONCESSÃO. RECONHECIMENTO E AVERBAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM ATIVIDADE RELIGIOSA. POSSIBILIDADE. JUROS DE MORA. LEI Nº 9.494/97. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA Nº 111/STJ. APELAÇÃO DO INSS IMPROVIDA E REMESSA OFICIAL PROVIDA EM PARTE.

- Trata-se de pedido de revisão de aposentadoria por idade, concedida em 06.09.2005, para transformá-la em aposentadoria por tempo de contribuição/serviço com proventos integrais, com a utilização de tempo de serviço/contribuição já reconhecido anteriormente pela Previdência (20 anos, 8 meses e 15 dias) com o tempo de serviço prestado em atividade religiosa, no período de 01.01.63 a 30.01.73.

- Para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição/serviço com proventos integrais, é necessário o preenchimento de 02 (dois) requisitos, quais sejam: a) o tempo de contribuição (35 anos, se homem e 30 anos, se mulher); b) e o período de carência de 180 contribuições mensais (15 anos), observada a regra de transição do art. 142, da Lei nº 8.213/91 (Lei de Benefícios), para o segurado inscrito na Previdência Social Urbana até 24.07.91, bem como para o trabalhador e o empregador rural cobertos pela

Previdência Social Rural.

- A controvérsia se limita à possibilidade de cômputo do tempo de serviço prestado em atividade religiosa, no período de 01.01.63 a 30.01.73, na condição de Ministro de Confissão Religiosa, junto à Arquidiocese de Fortaleza, vez que resta incontroverso o exercício de atividade laborativa vinculada ao RGPS (Regime Geral da Previdência Social) pela parte autora, nos períodos de 01.02.73 a 30.10.81, 01.08.81 a 31.01.84, 01.02.82 a 01.10.82, 01.05.84 a 30.09.86, 02.04.87 a 15.07.94, conforme anotação na CTPS e CNIS, perfazendo estes últimos períodos um total de mais de 20 (vinte) anos de tempo de serviço/contribuição, mesmo subtraindo o tempo em duplicidade, conforme simulação efetuada pelo próprio INSS.

- Na espécie, houve a comprovação do tempo de atividade religiosa (01.01.63 a 30.01.73), tendo em vista que o documento de fl. 34, datado de 17.05.1966, e as fotografias colacionadas aos autos, onde se constata a atividade missionária da parte autora junto à Arquidiocese de Fortaleza, estão corroborados por depoimentos testemunhais não contraditados que guardam coerência com os fatos alegados na peça vestibular. Depoimentos que foram colhidos de pessoas das quais não foram suscitadas quaisquer dúvidas quanto à integridade e que mostraram ser conhecedoras da causa e contemporâneas aos fatos narrados.

- Comprovado um total de mais de 30 (trinta) anos de atividade laborativa exercida até 15.07.1994, possui a parte autora direito à concessão de aposentadoria por tempo de contribuição/serviço de acordo com as regras vigentes à época que implementou as condições para obtenção do benefício previdenciário.

- Os juros de mora são de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, até o mês de junho de

2009, devendo, a partir do mês seguinte, incidir na forma prevista no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009. Remessa oficial provida neste ponto.

- Os honorários advocatícios são de 10% (dez por cento) do valor da condenação, nos termos da Súmula nº 111/STJ. Remessa oficial provida neste ponto para aplicar a supracitada Súmula.

- Precedentes desta egrégia Corte e do colendo STJ.

- Apelação do INSS improvida e remessa oficial provida em parte.

ACÓRDÃO

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

Recife, 26 de abril de 2011 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de apelação contra sentença que, antecipando os efeitos da tutela, reconheceu o tempo de serviço religioso prestado pela demandante (01.01.63 a 30.01.73), na condição de Ministro de Confissão Religiosa, condenando o INSS a revisar o benefício de aposentadoria por idade para aposentadoria integral por tempo de contribuição, com vigência a partir de 15.07.94 (DIB) e efeitos financeiros a partir de 06.09.2005, bem como a pagar as parcelas vencidas, com juros de mora, correção monetária e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor da condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

No seu recurso, sustenta o INSS, em preliminar, a incompetência da Justiça Federal Comum para processar e julgar o presente feito. No mérito, afirma que a natureza do direito pleiteado pela recorrida deverá encontrar respaldo legal e efeito prático do que se pretende, ou seja, deverá a recorrida obter proveito (vantagem) na revisão. Alega que o tempo indicado na inicial se encontra apurado parcialmente em duplicidade. Argumenta que, embora podendo se aproveitar o tempo de atividade religiosa, é quase certo que não trará vantagens para a recorrida, ocasionando uma execução vazia. Aduz, ainda, que o recolhimento de contribuições fora da época própria enfrenta óbice normativo. Requer, alfin, que o recurso seja conhecido e provido.

Apresentadas as contrarrazões, subiram os autos, sendo-me distribuídos.

A r. sentença está sujeita ao reexame necessário.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Quanto à preliminar de incompetência absoluta da Justiça Federal Comum, entendo que ela não tem como prosperar. É que, de acordo com o que foi demonstrado pelo promovente, na réplica de fls. 79/88, mais precisamente nas tabelas de fls. 80/81, reiterado nas contrarrazões de fls. 173/182, notadamente nas tabelas de fls. 176/177, o valor da ação corresponderá à soma da diferença entre as parcelas pagas e as devidas pelo Órgão Previdenciário, no período de 06.09.2005 (DIP - Data do Início do Pagamento = Data Requerimento Administrativo, fl. 67) até a data da citação (14.11.2008, fl. 60v), com juros e correção monetária, montante muito superior (aproximadamente R\$ 57.000,00) do que o valor de alçada dos Juizados Especiais Federais na época do ajuizamento da ação (29.10.2008, fl. 02, R\$ 24.900,00 = 60 X 415,00).

Preliminar rejeitada. Passo ao mérito.

Trata-se a presente de demanda de pedido de revisão de aposentadoria por idade, concedida em 06.09.2005 (fl. 67), para transformá-la em aposentadoria por tempo de contribuição/serviço com

proventos integrais, com a utilização de tempo de serviço/contribuição já reconhecido anteriormente pela Previdência (20 anos, 8 meses e 15 dias, fl. 74) com o tempo de serviço prestado em atividade religiosa, no período de 01.01.63 a 30.01.73.

Para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição/serviço com proventos integrais, é necessário o preenchimento de 02 (dois) requisitos, quais sejam: a) o tempo de contribuição (35 anos, se homem e 30 anos, se mulher); b) e o período de carência de 180 contribuições mensais (15 anos), observada a regra de transição do art. 142, da Lei nº 8.213/91 (Lei de Benefícios), para o segurado inscrito na Previdência Social Urbana até 24.07.91, bem como para o trabalhador e o empregador rural cobertos pela Previdência Social Rural.

Inicialmente, cumpre destacar que resta incontroverso, na presente demanda, o exercício de atividade laborativa vinculada ao RGPS (Regime Geral da Previdência Social) pela parte autora, nos períodos de 01.02.73 a 30.10.81, 01.08.81 a 31.01.84, 01.02.82 a 01.10.82, 01.05.84 a 30.09.86, 02.04.87 a 15.07.94, conforme anotação na CTPS (fls. 40 e 47) e CNIS (fl. 54), perfazendo um total de mais de 20 (vinte) anos de tempo de serviço/contribuição, mesmo subtraindo o tempo em duplicidade, conforme foi efetuado na simulação de fl. 74.

Destarte, verifica-se que a questão controvertida está em torno apenas da possibilidade de cômputo do tempo de serviço prestado em atividade religiosa, no período de 01.01.63 a 30.01.73, na condição de Ministro de Confissão Religiosa, junto à Arquidiocese de Fortaleza.

Quanto à comprovação de tempo de serviço, o art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91 assim dispõe:

Art. 55 (*omissis*)

§ 3º. A comprovação do tempo de serviço para efeitos desta lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto em regulamento.

Na espécie, constata-se que houve a comprovação do tempo de serviço (01.01.63 a 30.01.73), tendo em vista que o documento de fl. 34, datado de 17.05.1966, e as fotografias de fls. 115/120, onde se constata a atividade missionária da parte autora junto à Arquidiocese de Fortaleza, estão corroborados por depoimentos testemunhais (fls. 112/114) não contraditados que guardam coerência com os fatos alegados na peça vestibular. Destaco que os depoimentos foram colhidos de pessoas das quais não foram suscitadas quaisquer dúvidas quanto à integridade e que mostraram ser conhecedoras da causa e contemporâneas aos fatos narrados.

Nesta senda, deve ser reconhecido o tempo de serviço prestado em atividade religiosa pela parte demandante, no período de 01.01.63 a 31.01.73. Todavia, é necessário o pagamento de indenização ao Órgão Previdenciário referente ao tempo averbado e sobre o qual não houve contribuição, nos termos do art. 7º da Lei nº 6.696/76.

Como bem salientou a ilustre Juíza sentenciante, *“note-se que não se está falando de contribuição previdenciária de caráter tributário, mas de indenização legal para que a averbação feita pelo INSS possa gerir efeitos de natureza previdenciária”*. (fl. 127). De outra banda, a parte autora somente estará obrigada ao pagamento das contribuições, a partir do momento em que for reconhecido o tempo de atividade religiosa, não cabendo a cobrança por parte do INSS de juros de mora de 1% (um por cento) e de multa 10% (dez por cento) sobre os valores a serem recolhidos a título de indenização aqui tratada.

Sobre o reconhecimento e averbação de tempo de serviço religioso, bem como a questão da cobrança de juros de mora e multa sobre os valores a serem recolhidos a título de indenização, colaciono os seguintes precedentes:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO E PAGAMENTO. TEMPO DE SERVIÇO RELIGIOSO. RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES.

- Resta superado, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento segundo o qual a ação de consignação em pagamento seria uma “execução às avessas” e que, portanto, exigiria fosse a dívida discutida líquida e certa.

- A consignatória é ação de conhecimento e nela cabe a discussão sobre a relação jurídica de direito material e o valor efetivamente devido.

- O tempo de serviço religioso pode ser computado para efeitos previdenciários, desde que acompanhado da respectiva contribuição.

- A teor do parágrafo 4º do artigo 45 da Lei nº 8.213/91 incidem sobre o valor devido 0,5% ao mês, capitalizados anualmente, e multa de dez por cento, contados a partir do requerimento administrativo e se houver atraso no seu pagamento, uma vez que a mora exige a inadimplência.

- Correção monetária, nos termos do dispositivo da sentença.

- Apelação e recurso adesivo improvidos. (TRF-5ªR, AC nº 392.724, Rel. Des. Fed. Paulo Machado Cordeiro, 1ª Turma, DJ 27.10.06, pág. 1.040, nº 207).

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PADRE DA IGREJA CATÓLICA. RECONHECIMENTO DO TEMPO DE ATIVIDADE RELIGIOSA NOS MOLDES DA LEI 6.696/79. PEDIDO ADMINISTRATIVO EFETUADO AINDA SOB A VIGÊNCIA DESTE DIPLOMA LEGAL. DIREITO À ASCENSÃO AUTOMÁTICA. APOSENTADORIA CALCULADA COM BASE NA CLASSE 09. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. O autor/apelante requereu ao antigo INPS, atual INSS, a averbação do exercício de atividade religiosa, para fins previdenciários, referente ao período de agosto de 1964 a outubro de 1979, em 05 de junho de 1991, conforme comprovante do protocolo de acompanhamento do processo administrativo tombado sob o nº 35043/008036, que se encontra anexado à fl. 14, ou seja, ainda na vigência da Lei 6.696/79 e da Portaria 1984/80.

2. A comprovação pelo autor/apelado do exercício do direito que lhe fora conferido pela Lei 6.696/79, na qualidade de religioso, ainda sob a vigência desta, conforme protocolo do processo administrativo respectivo (fl. 14) datado de 05 de junho de 1991, conduz à inequívoca conclusão da obtenção do benefício da ascensão automática, não obstante a data em que o reconhecimento de tal direito tenha sido dado, na espécie, em novembro de 1991.

3. Irrefutável o reconhecimento do direito postulado, consistente na revisão da RMI de sua aposentadoria por tempo de serviço, que deve ser calculada com base no salá-

rio-de-contribuição correspondente à classe 09, ficando o Instituto Previdenciário obrigado ao pagamento das parcelas vencidas e vincendas daí decorrentes.

4. Apelação provida. (TRF-5ªR, AC nº 329.851, Rel. Des. Fed. Frederico Pinto de Azevedo, 1ª Turma, *DJ* 30.11.2004, pág. 502, nº 229).

PREVIDENCIÁRIO E ADMINISTRATIVO. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO RELIGIOSO. PROVAS DA ATIVIDADE RELIGIOSA E RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA. (TRF-5ªR, REO nº 80.836, Rel. Des. Fed. Lázaro Guimarães, 4ª Turma, *DJ* 30.06.2004, pág. 1.080, nº 124).

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA. RELIGIOSO. TEMPO DE SERVIÇO. AVERBAÇÃO. RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES. CRITÉRIO DE CÁLCULO. NATUREZA DA ATIVIDADE. FILIAÇÃO NÃO OBRIGATÓRIA. DECRETOS NºS 611/92 E 2.173/97. LEIS NºS 8.213/91 E 9.032/95. ORDENS DE SERVIÇO CONJUNTAS INSS/DSS/DAF NºS 048 E 050.

1. O tempo de serviço prestado pelo impetrante, como religioso, deve ser averbado, para fins previdenciários, impondo-se, outrossim, no caso concreto, por se cuidar de atividade que não exigia filiação obrigatória, o recolhimento das contribuições em atraso, no percentual de 10% (dez por cento) do salário-mínimo, multiplicado pelo número de meses trabalhados, nos termos do Decreto nº 611/92, em vigor quando da postulação, e dos artigos 21, I, e 28, II, da Lei nº 8.213/91.

2. Não se pode exigir o recolhimento com base na média dos últimos 36 (trinta e seis) salários-de-contribuição, prevista nas ordens de serviço conjuntas INSS/DSS/DAF nºs 048 e 050, e no artigo 45, parágrafo 2º, da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.032/95, se não se demonstrou que, quando a atividade foi prestada, o segurado recebia remuneração correspondente à classe tomada como parâmetro quanto aos aludidos 36 (trinta e seis) meses. É impertinente a alusão ao Decreto nº 2.173/97, editado posteriormente à apresentação do requerimento administrativo.

3. Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF-5ªR, AMS nº 74.537, Rel. Des. Fed. Élio Wanderley de Siqueira Filho, 3ª Turma, *DJ* 30.12.2002, pág. 75).

PREVIDENCIÁRIO. AVERBAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO COMO AUTÔNOMO (ATIVIDADE RELIGIOSA). CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. OBRIGATORIEDADE DE INDENIZAÇÃO AO INSS. LEIS Nº 3.807/60 E 8.212/91. JUROS DE MORA E MULTA INDEVIDOS. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS.

1. O aproveitamento do tempo de serviço trabalhado como autônomo, para fins de aposentadoria, está condicionado ao pagamento da respectiva contribuição, conforme previsto nas Leis nºs 3.807/60 e 8.212/91.
2. Considerando que o autor não recolheu a contribuição para fins de averbação do tempo de serviço, no momento devido, está obrigado ao pagamento da indenização das contribuições não recolhidas, calculada de acordo com a legislação vigente no momento que pleiteou a habilitação junto à previdência social.
3. Não cabe a cobrança de juros de mora de 1% e da multa de 10% sobre os valores recolhidos a título de indenização, porquanto o segurado somente passou a ser obrigado ao recolhimento da contribuição no momento que requereu o benefício, não estando configurada a mora.
4. Apelação e remessa oficial improvidas. Tutela antecipada indeferida.

Quanto ao pedido de revisão da aposentadoria por idade, concedida em 06.09.2005 (fl. 67), para transformá-la em aposentadoria por tempo de contribuição/serviço com proventos integrais, nota-se que restou comprovado mais de 30 (trinta) anos de atividade laborativa até 15.07.94 (fls. 34, 40, 47, 54, 74, 112/114 e 115/120), tempo superior à exigência legal para a concessão da aposentadoria pleiteada.

Sendo assim, verifica-se que, desde a supracitada data (15.07.94), a parte autora já havia adquirido o direito à aposentadoria por tempo de contribuição/serviço com proventos integrais, devendo o mencionado benefício ser calculado de acordo com a legislação vigente em 15.07.94 (art. 202 da CF/88 e 29 da Lei nº 8.213/91, ambos com redação original), época que a promovente implementou todas as condições necessárias para a obtenção do benefício requerido.

Neste sentido:

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO. APOSENTADORIA PROPORCIONAL. LEI Nº 6.950/1981 E DECRETO Nº 89.312/1984. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. OBSERVÂNCIA. SÚMULA N. 359/STF. COMBINAÇÃO DE LEIS NO TEMPO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Reconhecida a aplicação do regramento vigente no tempo em que o segurado incorporou ao seu patrimônio o direito à aposentadoria, deve a revisão obedecê-lo, inclusive, na forma de apuração do salário-de-benefício.

2. O entendimento assente nesta Corte é de que a renda mensal inicial de benefício deve ser calculada conforme a legislação em vigor ao tempo do preenchimento dos requisitos para a sua concessão. Súmula nº 359/STF.

3. Não há falar em aplicação conjugada das regras previstas pela Lei nº 6.950/1981 (teto de vinte salários) com a Lei nº 8.213/1991 (atualização dos 36 salários-de-contribuição).

4. Agravo regimental improvido. (STJ, ADREsp nº 1137341, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, DJE 13.12.2010).

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE RMI. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. IMPLEMENTO DAS CONDIÇÕES DO BENEFÍCIO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 7.789/89. RECÁLCULO DO BENEFÍCIO DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO VIGENTE NA DATA EM QUE FORAM PREENCHIDOS OS REQUISITOS NECESSÁRIOS. DIREITO ADQUIRIDO. PRECEDENTES. REAJUSTAMENTO DO BENEFÍCIO. ÍNDICES PREVISTOS NA POLÍTICA PREVIDENCIÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 111 DO STJ.

- É entendimento pacífico de que o direito à aposentadoria se rege de acordo com a lei em vigor na data em que satisfeitas as condições necessárias à sua concessão.

- *In casu*, constata-se que o particular implementou os requisitos para a obtenção do benefício de aposentadoria por tempo de serviço em competência anterior à vigência da Lei nº 7.789/89. Assim, o teto limite a ser aplicado ao salário-de-benefício deve ser o previsto nas Leis nº 5.890/73 e 6.950/81 e nos Decretos nº 89.312/84 e 83.080/79. Precedentes: STJ, Quinta Turma, REsp nº 1.055.247/SC, Relator Des. Fed. Napoleão Nunes Maia Filho, Julg. em 16/10/2008; TRF 5ª, Segunda Turma, APELREEX 4001/PE, Relator Des. Fed. Francisco Barros Dias, Julg. em

13/04/2010, *DJ* em 22/04/2010, p. 137.

- Devem ser observados, na apuração da renda revisada, os critérios de cálculo do benefício vigentes à época em que o segurado preencheu os requisitos necessários para a concessão de sua aposentadoria.

- É descabida a pretensão do recorrente de aplicação de reajustes por índices diversos, em vista de os benefícios previdenciários serem reajustados pelos critérios estabelecidos pela política previdenciária.

- É devida a condenação do INSS na verba honorária em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, parágrafo 3º, do CPC, pois o particular decaiu da parte mínima do pedido.

- Apelação parcialmente provida. (TRF-5ªR, AC nº 309.035, Rel. Des. Fed. Francisco Wildo, 2ª Turma, *DJE* 02.09.2010, pág. 438).

No que concerne aos efeitos financeiros da condenação, ou seja, o início de pagamento da aposentadoria por tempo de contribuição/serviço com proventos integrais deve ser a data da concessão da aposentadoria por idade (06.09.2005, fl. 67), conforme foi determinado pela r. sentença.

Quanto aos juros de mora, observe-se que a redação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, dada pela MP nº 2.180-35/2001, apenas impunha a limitação dos juros de mora a 0,5 % (meio por cento) ao mês às verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos. Todavia, o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 sofreu alteração em junho de 2009, quando foi fixado novo critério de reajuste e incidência de juros de mora, o qual deve ser aplicado na elaboração da conta, a partir do mês de julho de 2009, como preceitua o art. 5º da Lei nº 11.960/2009.

Sendo assim, os juros de mora devem ser de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, até o mês de junho de 2009, devendo, a partir do mês seguinte, incidir na forma prevista no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009. Remessa oficial provida neste ponto.

Por fim, quanto à correção monetária deve ser aplicada de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. Neste sentido: TRF-5ªR, AC nº 409.392/PB, Rel. Des. Fed. Manuel Maia, 2ª Turma, j. 31.03.2009, *DJ*

13.05.2009, pág. 108, nº 89 e AC nº 451.293/SE, Rel. Des. Fed. Barros Dias, 2ª Turma, j. 07.04.2009, *DJ* 29.04.2009, pág. 244, nº 80 e AC nº 403.193/RN, Rel. Des. Fed. Paulo Gadelha, 3ª Turma, j. 18.01.2007, *DJ* 13.03.2007, pág. 536, nº 49. Todavia, tal entendimento deve prevalecer até o mês de junho de 2009, devendo, a partir do mês seguinte, incidir na forma prevista no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009. Remessa oficial provida neste ponto.

De acordo com o disposto no art. 8º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.620/93 e da Lei nº 9.289/96, o INSS, como autarquia federal, goza do privilégio da isenção do pagamento de custas nos feitos em que atue como autor, réu, assistente ou oponente, o que não o desobriga do encargo de reembolsar as despesas antecipadas pela parte autora, contudo, sendo esta beneficiária da Justiça Gratuita (fl. 59), não há despesas a serem reembolsadas pelo INSS, estando isento de tal condenação. Neste sentido: TRF-5ªR, AC nº 451.083/CE, Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti, 1ª Turma, j. 11.09.2008, *DJ* 14.11.2008, pág. 251, nº 222. Remessa oficial provida neste ponto.

Em relação à verba advocatícia, destaco que, a despeito do comando contido no art. 20, § 4º, do CPC, vem esta Turma entendendo razoável que, nas causas previdenciárias, os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% (dez por cento) do valor total da condenação, devendo ser respeitado o que está inserido na Súmula nº 111/STJ. Neste sentido: TRF-5ªR, AC nº 433.236/CE, Rel. Des. Fed. Francisco Barros Dias, 2ª Turma, j. 07.04.2009, *DJ* 06.05.2009, pág. 268, nº 84; APELREEX nº 4.021/PB, Rel. Des. Fed. Manuel Maia, 2ª Turma, j. 17.03.2009, *DJ* 22.04.2009, pág. 308, nº 75 e AC nº 387.838/CE, Rel. Des. Fed. Paulo Gadelha, 3ª Turma, j. 06.07.2006, *DJ* 21.08.2006, pág. 594, nº 160. Remessa oficial provida neste ponto para aplicar a supracitada Súmula.

Posto isso, nego provimento à apelação do INSS e dou provimento, em parte, à remessa oficial, para determinar que os juros de mora, a correção monetária, as custas e os honorários advocatícios sejam aplicados de acordo com o que foi decidido acima, mantendo a r. sentença quanto ao mais.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 428.977-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Apelada: MARINA MATOS CÔRTEZ OLIVEIRA
Adv./Proc.: DR. SIDNEY AMARAL CARDOSO (APDA.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MÉDICO PERITO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. EDITAL. EXIGÊNCIA NÃO PREVISTA EM LEI. RESIDÊNCIA MÉDICA E/OU TÍTULO DE ESPECIALIZAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. POSSE ASSSEGURADA. PRECEDENTES DESTA CORTE.

- Apelação em que se discute a legalidade da exigência do requisito de residência médica na área/especialidade e/ou título de especialista conferido por sociedade específica para o cargo de perito médico da Previdência Social.

- A Constituição Federal, em seus artigos 37 e 39, reserva à lei em sentido estrito a competência para estabelecer requisitos à investidura em cargos da Administração Pública, entre os quais se inclui o de perito médico.

- A Lei nº 10.876/2004 ao regulamentar a carreira de perícia médica da Previdência Social, exige apenas a habilitação em medicina, qualquer outra exigência prevista em norma infralegal, como edital de concurso, reputa-se ilegítima, excedendo os limites do poder regulamentar, dificultando a acessibilidade ao cargo em disputa.

- Precedentes desta Corte: (TRF-5ª R. - AMS 94659 - 2ª T. - Rel. Des. Fed. Manoel Erhardt - Julg. em 08/01/2008. Publ. DJ de 11/02/2008 - p. 723); (TRF-5ª R. - A C437698 - 3ª T. - Rel. Des. Fed. Augustino Chaves - Julg. em 08/10/2009. Publ. DJE de 05/11/2009 - p. 420).

- O candidato aprovado em concurso público e

nomeado tardiamente em razão de erro da Administração Pública, reconhecido judicialmente, faz jus à indenização por dano patrimonial, consistente no somatório de todos os vencimentos e vantagens que deixou de receber no período que lhe era legítima a nomeação, à luz da Teoria da Responsabilidade Civil do Estado, com supedâneo no art. 37, § 6ª, da Constituição Federal.

- Honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, conforme o § 4º do art. 20 do CPC.

***- Apelação do INSS e remessa oficial improvidas.
- Apelação adesiva provida.***

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, e dar provimento à apelação adesiva, 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, 28 de abril de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Trata-se de apelação e recurso adesivo interpostos pelo INSS e por Marina Matos Côrtes Oliveira, respectivamente, contra sentença da lavra da MMª. Juíza Federal Substituta da 1ª Vara de Sergipe, que, nos autos da ação ordinária, julgou procedente o pedido formulado na inicial, no sentido de assegurar a posse da autora no cargo de médico perito da Previdência Social, independentemente da comprovação dos requisitos de residência médica na área/especialidade e/ou título de especialista conferido por sociedade específica.

Em razões de apelação, aduz o INSS que a Administração pode, através do edital do certame, estabelecer os requisitos e critérios para o acesso aos cargos públicos, desde que não crie restrições ou discriminações entre os candidatos.

Alega ainda que a Lei nº 10.876/2004, a qual regula a carreira de médico perito da Previdência Social, em seu artigo 9º, § 2º, estabelece a possibilidade de dispor o regulamento do concurso acerca de outros requisitos para o ingresso, além de curso superior em medicina, de forma a dar respaldo à exigência do edital do concurso para perito médico.

Ademais, conforme o apelante, a exigência de residência e/ou especialização visa a uma melhora qualitativa na prestação do serviço de perícia médica, posto que a Administração deve primar pela eficiência na prestação dos serviços que lhe incumbem.

Requer, Marina Matos Côrtes Oliveira, no seu apelo adesivo, seja a sentença integrada para julgar procedente o pedido: *“condenação do requerido na indenização da requerente em danos materiais decorrentes da resistência ilegal ao ato de posse e exercício no cargo de médico perito da previdência, consistentes no que deixou de perceber caso tivesse tomado posse regularmente (percepção de remuneração inicial, contagem de tempo para fins de promoção e evolução remuneratória, gozo e indenização de férias, de licenças e todos os outros benefícios legais), verificados no decorrer do presente feito e apurados em liquidação de sentença”* e ainda, a condenação do requerido em despesas processuais e honorários advocatícios.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

O cerne da questão em apreço consiste em verificar a legalidade da exigência dos requisitos de residência médica na área/especialidade e/ou título de especialista conferido por sociedade específica para o cargo de perito médico da Previdência Social.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso I, consagra explicitamente o princípio da ampla acessibilidade aos cargos e empregos públicos, conforme se observa a seguir:

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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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.

Art. 39 - (...)

Parágrafo 3º - Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

Do exposto, depreende-se que os requisitos para a investidura em cargos da Administração Pública, nos quais se inclui o cargo de perito médico, devem ser previamente estabelecidos na lei que regulamente a profissão, não podendo ser fixados por normas infralegais, como editais de concurso ou quaisquer outros atos normativos editados pelo Poder Executivo, sob pena de se violar os princípios da legalidade e da ampla acessibilidade aos cargos públicos.

No caso, a Lei nº 10.876/2004, ao regulamentar a carreira de perícia médica da Previdência Social, assim dispõe:

Art. 9º - O ingresso nos cargos de que trata esta Lei dar-se-á sempre no primeiro padrão da classe inicial, mediante habilitação em concurso público, de provas ou de provas e títulos, conforme dispuser o regulamento, exigindo-se como pré-requisito a habilitação em medicina.

Parágrafo 1º - O concurso referido no *caput* deste artigo poderá ser realizado em uma ou mais fases, incluindo curso de formação quando julgado pertinente, conforme dispuser o edital de abertura do certame e observada a legis-

lação pertinente.

Parágrafo 2º - O regulamento a que se refere o *caput* deste artigo poderá dispor sobre outros requisitos para ingresso, além do curso superior em Medicina concluído.

Da leitura do artigo percebe-se que a lei exige, como requisito para a investidura no cargo de perito médico, tão somente a habilitação em medicina, de forma que, não havendo estipulação em lei exigindo certificado de conclusão de residência médica na área/especialidade e/ou título de especialista para esse cargo, tal exigência se reputa ilegítima, tendo o edital do concurso em questão excedido os limites do poder regulamentar.

Não sendo lei em sentido estrito, o edital serve apenas de regulamento para o concurso, não tendo o poder de limitar o acesso de candidatos. Ademais, ao legislador ordinário não é permitido transferir ao Poder Executivo a faculdade de estabelecer, a seu critério, requisitos para tal investidura.

Embora a Lei nº 10.876/2004, em seu artigo 9º, § 2º, permita a implementação de outras condições infralegais para a investidura no cargo de médico perito, tal disciplinamento deve observar critérios de razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de afrontar ao permissivo legal para acessibilidade ao cargo em tela.

Em casos como o analisado, a jurisprudência desta Corte tem se mostrado pacífica no sentido de afirmar a inexigibilidade do requisito de residência médica na área/especialidade e/ou título de especialista conferido por sociedade específica, havendo precedentes relativos ao mesmo concurso a que se refere à hipótese em exame.

Seguindo este entendimento, destaco os seguintes arestos:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO. MOMENTO DA CIÊNCIA DO ATO OU DO INÍCIO DA PERCEPÇÃO DE SEUS EFEITOS. CONCURSO PÚBLICO. MÉDICO PERITO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. EDITAL. RESIDÊNCIA MÉDICA E/OU TÍTULO DE ESPECIALIZAÇÃO. EXIGÊNCIA NÃO PREVISTA EM LEI. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (ART. 37, I E II, DA CF/88).

(...) 2. De acordo com o art. 37, I e II, da Carta Magna, somente por disposição legal é possível estabelecer exigências para o ingresso no funcionalismo público.

3. A Lei 10.876/2004, que regula a carreira de Perícia Médica da Previdência Social apenas prevê, como pré-requisito ao ingresso no cargo de Perito Médico, a “habilitação em Medicina”, exigência devidamente atendida pelo apelado. Embora a aludida lei tenha permitido, no parágrafo 2º do art. 9º, a implementação de outras condições infralegis para investidura no cargo de Médico Perito, tal disciplinamento afronta, violentamente, o art. 37, I e II, da CF/88.

4. O apelado, conforme restou demonstrado nos autos, já se submeteu e foi aprovado em todas as etapas previstas pelo Edital 001/2004 para o provimento do cargo de Médico Perito. Logo, não é razoável exigir-se uma determinada especialidade médica, seja de um Curso de Residência Médica, seja de um Curso de Especialização, como condição para a posse no cargo pelo qual disputou e obteve aprovação, nos termos do item 8.2.4 do Edital de abertura do certame.

5. Apelação do INSS improvida. (TRF-5ª R. - AMS 94659 - 2ª T. - Rel. Des. Fed. Manoel Erhardt - Julg. em 08/01/2008. Publ. DJ de 11/02/2008 - p. 723).

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PERITO MÉDICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. EXIGÊNCIA DE RESIDÊNCIA MÉDICA E/OU ESPECIALIDADE NA ÁREA/ESPECIALIDADE. INEXIGIBILIDADE. DIREITO A TOMAR POSSE.

1 - Autor, candidato aprovado no concurso para o cargo de Perito Médico da Previdência Social, que se insurgiu contra o INSS, buscando a nomeação para o cargo em tela, sem a exigência da residência médica e/ou especialização na área/especialidade, contida no edital.

2 - O edital não é lei em sentido estrito, servindo apenas de regulamento para o concurso, não podendo o mesmo, limitar o acesso de candidatos através de atos manifestamente contrários ao que determina a Carta Magna.

3 - A Lei 10.876/2004 apenas prevê, como pré-requisito ao ingresso no cargo de perito médico da Previdência Social a “habilitação em Medicina”. É verdade que a lei acima transcrita, permite a implementação de outras condições

infralegais para investidura no cargo de médico perito. No entanto, é importante ressaltar que tais atos disciplinadores, não podem afrontar ao disposto na Carta Magna, o que de fato aconteceu, quando o INSS disciplinou o concurso ora em tela.

4 - Sentença mantida. Apelação e Remessa Necessária improvidas. (TRF- 5ª R. - AC 437698 - 3ª T. - Rel. Des. Fed. Augustino Chaves - Julg. em 08/10/2009. Publ. *DJE* de 05/11/2009 - p. 420).

No que tange à apelação adesiva, cabe ressaltar que o candidato aprovado em concurso público e nomeado tardiamente em razão de erro da Administração Pública, reconhecido judicialmente, faz jus à indenização por dano patrimonial, consistente no somatório de todos os vencimentos e vantagens que deixou de receber no período que lhe era legítima a nomeação, à luz da Teoria da Responsabilidade Civil do Estado, com supedâneo no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

À guisa de exemplo, colacionamos julgados que retratam a jurisprudência do STJ sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO IMPEDIDO DE TOMAR POSSE POR ATO DA ADMINISTRAÇÃO RECONHECIDO COMO ILEGAL POR SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

1. A falta de questionamento das normas insertas nos dispositivos indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. Da mesma forma, não pode ser conhecido pela alínea a o especial em que os dispositivos de lei apontados como ofendidos não contêm comando suficiente para infirmar os fundamentos do acórdão recorrido.

2. A ausência de indicação do dispositivo de lei a que teriam dado interpretação divergente os acórdãos recorridos e paradigma obsta o conhecimento do recurso especial interposto com base na alínea c.

3. Não se conhece do recurso quanto às questões que envolvam controvérsia a respeito de fato, negado pelo acórdão e tido como existente pelo recorrente (Súmula 7/STJ).

4. Não viola o art. 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional o acórdão que, mesmo sem ter

examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

5. O surgimento da responsabilidade civil do Estado decorre da conjugação de três elementos: o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade entre ambos. No caso em exame, o autor, em função de ato da Administração reconhecido como ilegítimo por sentença judicial transitada em julgado, foi impedido de assumir o cargo para o qual fora aprovado em concurso público. Configurada, portanto, a responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes.

6. Por força do princípio da *restitutio in integrum*, a indenização deve ser equivalente aos vencimentos e demais vantagens inerentes ao cargo que teria percebido não fosse o ilegítimo óbice à sua posse, bem assim a determinação para o cômputo do tempo de serviço respectivo.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido. (REsp 506808/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 29/06/2006, DJ 03/08/2006, p. 206).

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO IMPEDIDO DE TOMAR POSSE. ATO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGALIDADE RECONHECIDA POR SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO.

1. O candidato aprovado em concurso público e nomeado tardiamente em razão de erro da Administração Pública, reconhecido judicialmente, faz jus à indenização por dano patrimonial, consistente no somatório de todos os vencimentos e vantagens que deixou de receber no período que lhe era legítima a nomeação, à luz da Teoria da Responsabilidade Civil do Estado, com supedâneo no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Precedentes do STF: RE 188093/RS, Relator Min. Maurício Corrêa, DJ 08-10-1999; e do STJ: REsp 971.870/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 18/12/2008; REsp 1032653/DF, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ de 01/08/2008; REsp 642008/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 01.08.2005; REsp 825.037/DF, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 29/11/2007; e REsp 506808/MG, Relator Ministro Teori Zavascki, Primeira Turma, DJ 03.08.2006.

2. A hipótese *sub examine* configura, à saciedade, evento lesivo ao interesse da parte, ora recorrente, sendo manifesto o nexo de causalidade entre a conduta do Estado e o resultado indesejado experimentado pela candidata, privada do direito à posse e exercício do cargo de Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul.

3. É que, não fosse a ilegalidade perpetrada pela Administração Pública, consubstanciada no indevido cancelamento da inscrição da candidata, ora recorrente, no Concurso Público, para provimento do cargo de Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul (Edital 02/99), em razão da ausência de comprovação da prática jurídica, a candidata, ora recorrente, classificada em 56º lugar, teria tomado posse em 30.08.2001, ou seja, na mesma data em que os candidatos classificados entre o 53º e 63º lugares foram nomeados.

4. O contexto encartado nos autos faz depreender que: (a) a Administração Pública cancelou a inscrição da candidata, ora recorrente, no Concurso Público, para provimento do cargo de Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul (Edital 02/99), em razão da ausência de comprovação da prática jurídica; (b) a candidata, ora Recorrente, com supedâneo em liminar, deferida em mandado de segurança, realizou as etapas posteriores do certame, logrando, inclusive, a aprovação, classificando-se em 56º lugar, sendo nomeada para o cargo de Defensor Público, Classe Inicial, em 12.12.2002, pelo Ato Governamental publicado na mesma data, e empossada em 23.12.2002, com exercício a contar de 19.12.2002 (Boletim 145/02).

5. Recurso Especial provido. (REsp 1117974/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 19/11/2009, DJe 02/02/2010).

Em relação à verba honorária, de acordo com o art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil e inúmeros precedentes desse egrégio Tribunal e considerando que o presente feito trata de matéria de fácil deslinde, entendo que deve ser fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Ante o exposto, nego provimento à apelação do INSS e à remessa oficial e dou provimento à apelação adesiva de Marina Matos Cortês Oliveira.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 446.572-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Apelantes: MIGUEL HELIO DE CARVALHO E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Repte: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs: JOSÉ MARIA GAMA DA CÂMARA E OUTROS

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE REVISÃO AFASTADA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. REQUISITOS PREENCHIDOS ANTES DO ADVENTO DA LEI Nº 7.787/89. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. TETO. LIMITE 20 (VINTE SALÁRIOS MÍNIMOS). LEI Nº 6.950/81. RMI CALCULADA DE ACORDO COM OS CRITÉRIOS DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. RETROAÇÃO DA DIB. JUROS, CORREÇÃO MONETÁRIA E HONORÁRIOS. CRITÉRIOS.

- O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de só aplicar a decadência do artigo 103 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela MP nº 1.523-9/97, aos benefícios concedidos após a sua vigência.

- O benefício foi concedido em 1992, antes da vigência da inovação mencionada, não havendo que se falar em decadência do direito de revisão, mas, tão somente, em prescrição das parcelas anteriores ao quinquênio antecedente à propositura da ação.

- O autor obteve a sua aposentadoria por tempo de serviço no dia 18 de fevereiro de 1992, portanto, sob a égide da Lei nº 8.213/91, correspondente a 100% do salário-de-benefício, com tempo de serviço equivalente a 35 anos e 18 dias de atividade.

- Pretende a aplicação de legislação pretérita (Lei nº 6.950/81), para utilizar no cálculo de sua renda mensal inicial o teto de 20 salários mínimos, ainda vigente no momento em que implementou todos os requisitos necessários para a aposentação proporcional.

- O suplicante, antes da vigência da Lei nº 7.787/89, que reduziu o teto do salário-de-contribuição de 20 (vinte) – Lei nº 6.950/81 – para o equivalente a 10 (dez) salários mínimos, já havia completado 30 anos de tempo de serviço, emergindo, pois, à época, direito adquirido à aplicação da lei mais benéfica.

- O entendimento firmado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, acompanhado por este Egrégio Tribunal, é no sentido de que, uma vez preenchidos os requisitos para a aposentadoria antes do advento da Lei nº 7.789/89, que minorou o teto do salário de contribuição para 10 (dez) salários-mínimos, deve prevalecer no seu cálculo o teto de 20 (vinte) salários mínimos consoante disposição da Lei nº 6.950/81, ainda que concedido o benefício após a vigência da Lei nº 7.789/89.

- Reconhecendo-se o direito à aposentação ao tempo em que implementou todos os requisitos necessários à obtenção do benefício, e deferindo-lhe o direito à aplicação da legislação vigente à época, é de se retroagir a DIB da aposentadoria do autor para jun/1989, devendo-se utilizar no período básico de cálculo, portanto, os 36 salários-de-contribuição anteriores àquela data, a ser apurada em fase de execução, ante a inexistência de elementos conclusivos nos autos.

- Deve ser feito o pagamento das diferenças financeiras a serem apuradas entre o que foi recebido e o que é devido, com exclusão daquelas que antecedem aos cinco anos da data do ajuizamento da ação.

- *Os honorários advocatícios devem ser majorados para 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, observada a Súmula 111 do STJ.*
- *Os juros moratórios serão devidos no percentual de 1% (um por cento) ao mês até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/09 que deu nova redação ao artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, sendo a partir de sua vigência conforme os seus termos.*
- *Apelação do particular provida para majorar os honorários advocatícios, apelação do INSS improvida e remessa oficial parcialmente provida apenas para adequar os juros de mora.*

ACÓRDÃO

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

Recife, 24 de março de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de remessa oficial e de apelação cível interposta pelo particular (fls. 46/48) e pelo INSS (fls. 54/64) contra a sentença (fls. 35/44), que julgou procedente o pedido, condenando a autarquia previdenciária a recalcular o valor do benefício do autor, levando a efeito o tempo de serviço prestado até junho de 1989, utilizando-se no período básico de cálculo os 36 salários-de-contribuição anteriores àquela data, corrigidos mês a mês, observando-se o limite de vinte salários-mínimos. Ao final, condenou no pagamento dos valores atrasados com juros e correção monetária, além dos honorários advocatícios.

Em razões de recurso, o particular requer a reforma parcial da sentença para majorar a condenação em honorários advocatícios.

O INSS, em suas razões, aduz em síntese, preliminarmente, a prescrição do fundo de direito e, no mérito, que é indevida a retroação da data inicial do benefício, devendo o cálculo do salário-de-benefício ser feito com base nos trinta e seis salários-de-contribuição imediatamente anteriores ao mês da entrada do requerimento. Requer, também, a aplicação de 0,5% (meio por cento) ao mês a título de juros de mora.

Contrarrazões apresentadas às fls. 66/71.

É o havia de relevante a relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

De uma simples leitura do artigo 103 da Lei nº 8.213/91, percebe-se que a norma extraída do texto legal é de ordem pública (cogente), aplicável, portanto, a todos os benefícios a partir de sua vigência.

Faz-se necessário, entretanto, uma explanação acerca do histórico da implementação do instituto da decadência no Direito Previdenciário, já que inexistente na redação originária da Lei 8.213/91.

Quanto à inserção da decadência nas relações jurídico-previdenciárias, a redação original da Lei de Benefícios (8.213/91) não trazia prazo decadencial para que os segurados pleiteassem a revisão do ato de concessão de seus benefícios, de modo que, a qualquer instante, poderiam proceder a tal requerimento, fazendo ressurgir discussões sobre atos que, na maioria das vezes, tinham se aperfeiçoado há muito tempo.

Tal “lacuna”, entretanto, foi suprida por meio da MP 1.523-9/97, com início de vigência em 28.06.1997, posteriormente convertida na Lei 9.528/97, que inseriu o instituto da decadência nas relações jurídico-previdenciárias, através da modificação do texto do artigo 103 da Lei 8.213/91.

O prazo de decadência inicial de 10 (dez) anos foi diminuído, através da MP 1.663-15 de 22.10.1998, posteriormente convertida na Lei 9.711/98, para 5 (cinco) anos, sendo, posteriormente, restabelecido o prazo anterior, de 10 (dez) anos, através da MP 138 de 19.11.2003, convertida na Lei 10.839/2004.

Andou bem o legislador ao instituir no campo previdenciário o instituto da decadência, pois afastou deste ramo jurídico a insegurança então existente, iniciando-se a correr o prazo decadencial a partir da vigência da MP 1.523-9 em 28.06.1997.

Nesse sentido também é o entendimento do STJ:

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA. PERÍODO ANTERIOR À MEDIDA PROVISÓRIA 1.523/97. PRECEDENTES.

1. É firme neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o prazo decadencial previsto no *caput* do artigo 103 da Lei de Benefícios, introduzido pela Medida Provisória nº 1.523-9, de 27.6.1997, posteriormente convertida na Lei nº 9.528/1997, por se tratar de instituto de direito material, surte efeitos apenas sobre as relações jurídicas constituídas a partir de sua entrada em vigor.

2. Agravo interno ao qual se nega provimento. (AgRg no Ag 870.872/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 29/09/2009, *DJe* 19/10/2009).

Na hipótese dos autos, o benefício foi concedido antes da vigência da inovação mencionada e, portanto, não há falar em decadência do direito de revisão, mas, tão somente, da prescrição das parcelas anteriores ao quinquênio antecedente à propositura da ação.

Superada a questão prejudicial, passo à análise do mérito.

O autor obteve a sua aposentadoria por tempo de serviço no dia 18/02/1992, portanto, sob a égide da Lei nº 8.213/91, correspondente a 100% do salário-de-benefício, com tempo de serviço equivalente a 35 anos e 18 dias de atividade.

Pretende, então, a aplicação de legislação pretérita (Lei nº 6.950/81), para utilizar no cálculo de sua renda mensal inicial o

teto de 20 salários-mínimos, ainda vigente no momento em que implementou todos os requisitos necessários para a aposentação.

O cerne da controvérsia cinge-se em saber se o segurado, antes do advento da Lei nº 7.787, de 30.06.1989, que reduziu o teto de contribuição de 20 (vinte) para 10 (dez) salários mínimos, já tinha direito adquirido ao cálculo de sua aposentadoria, segundo as regras anteriores que previam o teto máximo de 20 (vinte) salários-mínimos para o salário-de-contribuição.

É que o suplicante, antes da vigência da Lei nº 7.787/89, que reduziu o teto do salário-de-contribuição de 20 (vinte) – Lei nº 6.950/81 – para o equivalente a 10 (dez) salários mínimos, já havia completado, pelo menos, 30 anos de tempo de serviço, emergindo, pois, à época, direito adquirido à aplicação da lei mais benéfica, cujo exercício, embora não efetivado, nem por isso lhe retira a legitimidade de pleitear a materialização desse direito, mesmo que tenha passado à inativação sob a égide de Lei posterior (8.213/91).

Esse é o entendimento firmado no Colendo Superior Tribunal de Justiça, acompanhado por este Egrégio Tribunal, no sentido de que, uma vez preenchidos os requisitos para a aposentadoria antes do advento da Lei nº 7.789/89, que minorou o teto do salário de contribuição para 10 (dez) salários-mínimos, deve prevalecer no seu cálculo o teto de 20 (vinte) salários mínimos, consoante disposição da Lei nº 6.950/81, ainda que concedido o benefício após a vigência da Lei nº 7.789/89, senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO CONCEDIDA NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 8.213/91. REQUISITOS PREENCHIDOS ANTES DO ADVENTO DA LEI Nº 7.787/89. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. TETO-LIMITE VINTE SALÁRIOS-MÍNIMOS. LEIS NºS 5.890/73 E 6.950/81. APLICABILIDADE.

1. É firme o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça de que, preenchidos os requisitos para a aposentadoria antes do advento da Lei nº 7.787/89, deve prevalecer no seu cálculo o teto de 20 (vinte) salários-mínimos previsto na Lei nº 6.950/81, ainda que concedida na vigência da Lei nº 8.213/91.

2. Precedentes.

3. Recurso especial improvido. (STJ, SEXTA TURMA, Rel. Min. Paulo Galotti, REsp nº 554369-RJ, Processo: 2003 01156430, julgado em 03.02.2004, *DJU* de 25.02.2004, p. 225).

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIAS POR TEMPO DE SERVIÇO. REQUISITOS PREENCHIDOS ANTES DO ADVENTO DA LEI Nº 7.787/89. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. TETO. LIMITE 20 (VINTE SALÁRIOS-MÍNIMOS). LEIS NºS 5.890/73, 6.950/81 E DECRETOS 89.312/84 E 83.080/79. BENEFÍCIOS CONCEDIDOS APÓS A VIGÊNCIA DA LEI Nº 7.787/89.

1. Encontra-se firmado no Colendo Superior Tribunal de Justiça, acompanhado por este Egrégio Tribunal, o entendimento de que, preenchidos os requisitos para a aposentadoria antes do advento da Lei nº 7.789/89, que minorou o teto do salário-de-contribuição para 10 (dez) salários-mínimos, deve prevalecer no seu cálculo o teto de 20 (vinte) salários mínimos consoante disposição da Lei nº 6.950/81, ainda que concedido o benefício após a vigência da Lei nº 7.789/89. Entendimento perfilhado por esta eg. Turma em julgamento recente, à unanimidade, em caso semelhante. Precedente: (TRF 5ª R. - AC 270228 - (2001.05.00.041618-1) - PE - 1ª T. - Rel. Des. Fed. Francisco Wildo Lacerda Dantas - *DJU* 19.03.2004 - p. 591) - “Se a norma vigente à época em que foram preenchidas as condições para a obtenção do respectivo benefício previa o teto de limite de 20 salários-mínimos para o salário de contribuição, não cabe a sua redução para 10 salários-mínimos, ainda que a norma aplicável à época da concessão preveja novo percentual, sob pena de infração ao princípio do direito adquirido e do ato jurídico perfeito”.

2. No caso dos autos, verifica-se que os apelados preenchem os requisitos para a aposentadoria (tempo de serviço e idade) antes do advento da Lei 7.787/89, que reduziu o teto máximo de contribuição de 20 para 10 salários-mínimos. Dessa forma, a renda mensal inicial dos benefícios dos autores devem ser calculadas de acordo com a lei vigente à época do preenchimento das condições para aposentação.

3. Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF-5ª Região, Primeira Turma, unânime, Relator Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, AC nº 387917/PE, data da decisão: 21/09/2006, *DJ* de 17/11/2006, p. 1244).

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. REVISÃO DA RMI. REQUISITOS NECESSÁRIOS À OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO ANTES DA LEI Nº 7.787/89. TETO-LIMITE. LEI Nº 6.950/81. VINTE SALÁRIOS-MÍNIMOS. INATIVAÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 8.213/91. DIREITO ADQUIRIDO. APLICABILIDADE. PRELIMINAR REJEITADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUROS MORATÓRIOS. SÚMULAS NºS 85 E 204-STJ. PRECEDENTES.

1. Em se tratando de prestações de trato sucessivo, somente estão sujeitas à prescrição as vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação. (Súmula nº 85-STJ).

2. Atendidos os requisitos para a aposentadoria antes do advento da Lei nº 7.787/89, deve prevalecer no seu cálculo o teto de 20 (vinte) salários-mínimos previsto na Lei nº 6.950/81, ainda que obtida na vigência da Lei nº 8.213/91, em respeito ao direito adquirido.

3. Precedente do Superior Tribunal de Justiça (REsp - Recurso Especial nº 554369-RJ, Sexta Turma, unânime, Rel. Min. Paulo Galotti, j. 03.02.2004, *DJU*, 25.02.2004, pág. 225).

4. Precedente desta Turma (AC 340.762-RN, unânime, j. 14.12.2004, *DJU*, 07.03.2005, baixa em definitivo a 05.07.2005).

5. Mantido o percentual de 1% ao mês, a título de juros moratórios, a partir da citação válida, dada a natureza alimentar da dívida, com base em precedentes desta Turma e Súmula nº 204-STJ.

6. Honorários advocatícios mantidos no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, com fundamento no parágrafo 3º do art. 20 do CPC e precedentes desta Turma, excluídas as parcelas vincendas, assim entendidas as posteriores à prolação da sentença, nos termos insertos na Súmula nº 111-STJ.

7. Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF-5ª Região, Quarta Turma, unânime, Relator Desembargador Federal Marcelo Navarro, AC nº 365245/ RN, data da decisão: 08/08/2006, *DJ* de 06/09/2006, p. 1223)

Assim sendo, reconhecendo-se o direito adquirido à aposentação ao tempo em que implementou todos os requisitos necessários à obtenção do benefício, e deferindo-lhe o direito à aplicação da legislação vigente à época, é de se retroagir a DIB da apo-

sentadoria do autor para julho/89, devendo-se utilizar no período básico de cálculo, portanto, os 36 salários-de-contribuição anteriores àquela data, a ser apurada em fase de execução, ante a inexistência de elementos conclusivos nos autos.

Deve ser feito o pagamento das diferenças financeiras, a serem apuradas entre o que foi recebido e o que é devido, com exclusão daquelas que antecedem aos cinco anos da data do ajuizamento da ação.

É certo que o art. 20, § 4º, do CPC autoriza, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários mediante a apreciação equitativa do Juiz.

Contudo, tendo em vista o conteúdo econômico da lide, penso que foram desproporcionais os honorários fixados pelo Magistrado de 1º Grau e entendo pela majoração para o percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, observando-se a Súmula 111 do STJ.

Os juros moratórios e a correção monetária serão devidos, respectivamente, no percentual de 1% ao mês e pelos índices da legislação previdenciária, sendo os primeiros até a entrada em vigor do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, sendo a partir daí nos seguintes termos: “as condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança”.

Pelo exposto, nego provimento à apelação do INSS, dou provimento à apelação do particular para majorar a condenação em honorários advocatícios para 10% sobre o valor da condenação e dou parcial provimento à remessa oficial apenas para adequar os juros de mora.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 447.900-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelantes: EMPRESA GESTORA DE ATIVOS E OUTRO - EMGEA
Recte. Ades.: PITÁGORAS DE MACEDO COSTA E CÔNJUGE
Apelados: PITÁGORAS DE MACEDO COSTA E CÔNJUGE
Advs./Procs.: DRS. CARLOS ROBERTO DE ARAÚJO E OUTROS (APTES.) E FLÁVIO JOSÉ PIPOLO DE AMORIM (APDOS.)

EMENTA: CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE SALDO REMANESCENTE, NA HIPÓTESE DE QUITAÇÃO DE TODAS AS PRESTAÇÕES PACTUADAS. ONEROSIDADE EXCESSIVA.

- Não há ilegalidade na utilização da Tabela Price, devendo apenas ser expurgada a capitalização de juros nos meses em que há amortização negativa, haja vista a ausência de lei específica que autorize a capitalização de juros.

- Inexistência de comando, na sentença, acerca de repetição de indébito, na forma dobrada.

- Honorários advocatícios fixados dentro dos limites legais.

- Apelação e recurso adesivo improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e ao recurso adesivo, 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 abril de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Trata-se de apelações contra sentença que julgou procedente o pedido para condenar a ré a proceder à revisão da dívida decorrente do contrato discutido no feito.

Apela a Caixa Econômica Federal, sustentando os seguintes fundamentos:

- que não há cobertura do contrato pelo FCVS e que, no caso, houve inequívoca concordância dos recorridos sobre todas as cláusulas e condições em que se operou o mútuo concedido, tornando-as obrigatórias e perfeitas.
- que deve ser reconhecida a força vinculante do contrato.
- que não há, no presente contrato, prática de anatocismo.
- que não deve ser acolhido o pedido de repetição de indébito de valores, na sua forma dobrada.

Recorrem, adesivamente, os autores contra a parte da sentença que fixou os honorários advocatícios em 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, com fulcro no § 4º do art. 20 do CPC.

Com contrarrazões pela confirmação da sentença, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

No tocante ao pedido de exclusão da cláusula quadragésima do contrato, reputo incensurável a r. sentença monocrática. Adimplidas todas as prestações, o mutuário faz jus à liquidação do imóvel. Não são poucos os casos em que o mutuário, após cumprir as suas obrigações contratuais, se vê ainda mais endividado com um saldo devedor remanescente que, por vezes, supera até o valor de mercado do imóvel. Entendo que a instituição financeira deve arcar com a responsabilidade de seus cálculos, não se podendo

onerar excessivamente o contratante, inclusive pelo cunho social de que se revestem as transações com base nas regras do Sistema Financeiro de Habitação.

Neste mesmo sentido, cito precedentes:

Acórdão

Origem: TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO

Classe: AG - Agravo de Instrumento - 54105

Processo: 200405000042506. UF: CE. Órgão Julgador: Segunda Turma.

Data da decisão: 09/11/2004. Documento: TRF500090287.

Fonte

DJ - Data: 15/02/2005. Página: 792. Nº: 30.

Relator(a)

Desembargador Federal Francisco Cavalcanti

Decisão

POR MAIORIA

Ementa

CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SFH. SALDO RESIDUAL.

- Decisão agravada que indeferiu pleito para que a CEF se abstivesse da cobrança do saldo residual do contrato de financiamento de imóvel pelo SFH.

- Hipótese em que o contrato (com reajuste pelo PES/CP, amortização pela Tabela Price e prazo para pagamento de cento e oitenta meses) teve a última prestação paga pela mutuária em 30/12/2002, no valor de R\$ 172,97, mas a CEF ainda lhe cobra um saldo residual de quase duzentos e cinquenta mil reais, a ser quitado em oitenta e quatro meses e cuja primeira prestação importou em R\$ 5.557,02!

- A utilização da Tabela Price, adotada em cláusula contratual, implicaria na inexistência de resíduo ao final do prazo ajustado. Desvios significativos no cumprimento, pelas instituições financeiras, da regra Price. Não obstante o sistema Price imponha a utilização das prestações mensais no pagamento de juros e na amortização do principal, a realidade dos fatos tem demonstrado que as prestações têm sido direcionadas apenas ao pagamento dos juros contratados, sem qualquer abatimento na dívida principal.

- Tem-se verificado os efeitos resultantes da previsão de distintas formas de correção das prestações e do saldo devedor, de modo que, enquanto a evolução das presta-

ções, como as do caso concreto, é contida pela regra da equivalência salarial, o saldo devedor alcança patamares acerbos por ser guiado pelos índices de reajustamento das cadernetas de poupança. É público e notório que há grande diferença em relação aos percentuais de reajuste dos saldos devedores de empréstimos e os reajustes de remuneração dos mutuários empregados. Cotejando-se qualquer índice financeiro com os reajustes salariais (quando ocorrentes) nos últimos anos, ver-se-á gritante disparidade. Até mesmo o modesto índice da caderneta de poupança torna-se elevado quando cotejado com os reajustes salariais. A unificação dos indexadores que corrigem as prestações e o saldo devedor permitiria uma evolução do débito de forma mais consentânea com a situação fática vivenciada pelos mutuários, fazendo desaparecer ou amenizar a figura do resíduo.

- É patente que a garantia contratual da equivalência salarial não se realiza, restando a correspondente previsão normativa esvaziada quando, a despeito da correção das prestações se verificar pela variação salarial, o saldo devedor avança por critérios financeiros díspares e de acentuada oscilação, sobretudo em condições inflacionárias.

- Os Tribunais têm reconhecido certas situações em que, por motivo de onerosidade excessiva para uma das partes contratantes, não se mostra razoável insistir na execução de contrato em sua feição originária. Analogia com as ações revisionais de contratos de aquisição de veículos fundadas nas crises cambiais de 1999. Atenção ao nível de relevância social dos bens envolvidos.

- Onerosidade excessiva do contrato de mútuo, diante da irrealizabilidade da liquidação do débito, com a consequente perda do imóvel.

- Laconismo contratual que não se coaduna com o direito à informação do mutuário. Insuficiência que se coliga à expectativa de aquisição da casa própria, esperança fundada na certeza de que o aumento das prestações apenas acontecerá em caso de acréscimo dos salários; na convicção de que a correção do débito acompanhará a realidade vivenciada pelo mutuário (equilíbrio contratual); na idéia de que, com o adimplemento periódico e contínuo das obrigações, não haverá saldo devedor ou será ele de menor monta ("saldo devedor eventual").

- O mutuário não pode ser penalizado por equívocos cometidos pela instituição financeira no planejamento do sistema habitacional, nem a ele podem ser imputados todos os riscos do negócio jurídico, enquanto a instituição financeira fica salvaguardada.

- Dada a natureza jurídica do contrato de mútuo, o mutuário possui o direito subjetivo de ver extinta a sua dívida, uma vez adimplidas as prestações periódicas e contínuas ajustadas. Desvirtuamento do contrato de mútuo, convertido em ajuste de aluguel, pela insolvabilidade crescente imputada ao prestamista, resultando na perda do imóvel.

- Em face da responsabilidade social do Estado, saldos remanescentes ao final do contrato deverão ser por ele absorvidos.

- Agravo ao qual se dá provimento.

Data Publicação

15/02/2005

Acórdão

Origem: TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO

Classe: AC - Apelação Cível - 361633

Processo: 200383000072711. UF: PE. Órgão Julgador: Segunda Turma.

Data da decisão: 04/10/2005. Documento: TRF500104486.

Fonte

DJ – Data: 27/10/2005 - Página: 890 - Nº: 207

Relator(a)

Desembargador Federal Petrucio Ferreira

Decisão

À unanimidade, NEGAR provimento à apelação da CEF, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso adesivo do particular para fixar os honorários advocatícios em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do voto do Relator.

Ementa

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE NULIDADE. CONTRATO DE MÚTUO. SFH. MAJORAÇÃO NO PREÇO. CLÁUSULA ABUSIVA. CDC. APLICABILIDADE IMEDIATA. POSSIBILIDADE. SALDO RESIDUAL EXISTENTE APÓS O PAGAMENTO DAS 180 PARCELAS ORIUNDAS DO CONTRATO DE MÚTUO. PAGAMENTO EXIGIDO POR CLÁUSULA CONTRATUAL ABUSIVA. NULIDADE COM FUNDAMENTO NO CDC. POSSIBILIDADE.

1. A Decisão recorrida julgou procedente o pedido deduzido, anulando a cláusula 39ª do contrato de financiamento de SFH, considerando que o mutuário já pagou todas as 180 parcelas oriundas do contrato, entendendo, ainda, pela aplicação ao caso *sub judice*, do art. 6º, V, do CDC, que prevê como direito básico do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou a sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”, declarando então, a nulidade da referida cláusula contratual.
2. É remansosa no STJ a aplicação imediata das normas de ordem pública, a exemplo do CDC, alcançando, assim, os contratos em curso, notadamente os chamados “de trato sucessivo” ou de “execução continuada”.
3. A Cláusula Trigésima Nona do contrato de mútuo em alusão, prevê o resgate, pelo mutuário, no prazo de prorrogação (90 meses), do saldo residual existente ao término do prazo de amortização normal ajustado (180 meses), em prestações mensais e sucessivas, sendo a primeira recalculada a partir do referido saldo. Findo o prazo de prorrogação e ainda remanescendo saldo, de acordo com o Parágrafo Terceiro, o mutuário é obrigado a quitá-lo, integralmente, no prazo de 48 horas, sendo o pagamento integral do resíduo condição indispensável para a liberação da hipoteca que grava o imóvel.
4. Inquestionável, no caso presente, a abusividade da cláusula em comento ao admitir que em um contrato de financiamento de imóvel pactuado em 180 meses possa, após a satisfação das parcelas devidas, por força da mencionada cláusula, resultar num saldo devedor de R\$ 269.230,40, com uma prestação mensal de R\$ 6.007,26, como pretende a CEF ora apelante, em um imóvel avaliado pela mesma em R\$ 170.365,50.
5. Imperioso se impõe aplicar-se ao caso presente o CDC que em seu art. 51, IV, estabelece serem nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.
6. Quanto ao aumento da verba honorária pleiteada pelo particular no recurso adesivo, tem-se que o valor de R\$

300,00 arbitrados na decisão recorrida, na verdade, se apresenta aquém do quanto devido pelo trabalho realizado na presente causa, que, em sendo de natureza condenatória não poderia incidir sobre o valor da causa, como pretende o recorrente, cabendo sua fixação entre 10% a 20% sobre o valor da condenação, ou ainda, como assim procedeu o julgador singular, no arbitramento com base em valor fixo, razão pela qual, majora-se a verba honorária para R\$ 10.000,00.

7. Apelação da CEF improvida.

8. Recurso adesivo do autor provido.

Data Publicação

27/10/2005

Doutrina

AUTOR: JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO. OBRA: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Referência Legislativa

CDC-90 Código de Defesa do Consumidor LEG-FED LEI-8078 ANO-1990 ART-6 INC-5 ART-51 PAR-1 INC-2 INC-4 ART-2 PAR-ÚNICO ART-17 ART-29 ART-1 (ART. 2º, *CAPUT*) - - - CPC-73 Código de Processo Civil LEG-FED LEI-5869 ANO-1973 ART-269 INC-1 ART-20 PAR-4 PAR-3 PAR-4 ART-469 INC-3 - - - LEG-FED LEI-9032 ANO-1995 - - - LEG-FED LEI-8078 ANO-1990 ART-93 INC-1 - - - CC-02 Código Civil LEG-FED LEI-10406 ANO-2002 ART-166 INC-7 ART-168 PAR-ÚNICO.

Quanto ao princípio da força vinculante do contrato, é certo que incide, no caso, pois a avença foi livremente celebrada pelas partes. Todavia, esta relação contratual não autoriza a instituição financeira a se utilizar de práticas abusivas, tais como a que resulta na onerosidade excessiva do financiamento pactuado. Sendo assim, torna-se indispensável a revisão dessas práticas, como única forma de se alcançar o equilíbrio contratual, uma vez que nos termos em que o contrato está sendo executado, o financiamento restaria impagável.

No que se refere ao anatocismo, cumpre destacar que não existe qualquer ilegalidade na instituição do Sistema de Amortização (Tabela Price), previsto contratualmente, não devendo ser desrespeitado. Todavia, na ocorrência de amortização negativa cabem as considerações feitas pelo eminente Desembargador Fe-

deral Marcelo Navarro, quando do julgamento da AC 309656/AL, proferido em 26 de abril de 2005:

Insurge-se esta instituição financeira contra a determinação contida na sentença, para que efetue o recálculo do valor da prestação mensal observando-se o índice de reajustamento da categoria profissional do mutuário e afaste a capitalização de juros no cálculo do saldo devedor nos momentos em que há resíduo negativo, ou seja, nos momentos em que houve amortização negativa.

Em regra, a adoção do Sistema Francês de Amortização-SFA, que utiliza a chamada Tabela Price, implica o pagamento do valor financiado em prestações periódicas, iguais e sucessivas, constituídas por duas parcelas – amortização e juros –, sendo que a taxa de juros aplicada ao contrato sofre um fracionamento, passando a ser deduzida mensalmente, por ocasião do pagamento da prestação. Assim, a amortização mensal de cada prestação do mútuo abate uma parcela de capital e uma parcela de juros. A legislação ordinária do SFH – Leis nº 4.380/64 e nº 8.692/93 –, que define os critérios de reajustamento dos encargos mensais e dos saldos devedores dos contratos habitacionais, dispõe que o encargo mensal pago pelo mutuário deve compreender uma parcela de amortização e outra de juros, acrescidas dos demais encargos, cujo pagamento implica o resgate de parte do financiamento. A observância desta equação, contida no encargo mensal, garante matematicamente o equilíbrio financeiro do contrato, sendo procedimento absolutamente válido, porque respaldado pelos referidos diplomas legais.

Somente na hipótese de ocorrer amortização negativa, que se apresenta quando o valor pago a título de prestação for insuficiente para abater uma parcela mínima de capital, impedindo a amortização real da dívida, pode-se questionar a legalidade da fórmula empregada, haja vista que, ao final do prazo convencionado, a quitação do contrato não será viável.

As provas produzidas nos autos, confirmam que houve amortização negativa no período da contratualidade, o que justifica seja acatado o pedido do autor de que seja expurgada a incidência dos juros contratados sobre o valor dos juros não pagos.

Ademais, nos financiamentos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação não há lei específica que autorize a cobrança de juros capitalizados, o que já foi reiteradamente decidido pelo Supremo Tribunal Federal, entendimento que culminou com a elaboração da Súmula 121, *in verbis*:

É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.

Transcrevo neste sentido a jurisprudência emanada do Superior Tribunal de Justiça:

Acórdão

Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Classe: AGREsp - AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 622550

Processo: 200400130471. UF: RN. Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA.

Data da decisão: 22/06/2004. Documento: STJ000554213.

Fonte

DJ DATA: 01/07/2004. PÁGINA: 194.

Relator(a)

NANCY ANDRIGHI

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Ementa

DIREITO CIVIL. AGRADO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE CONHECIMENTO SOB O RITO ORDINÁRIO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. PES. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS.

- O contrato de empréstimo bancário vinculado ao SFH não admite pacto de capitalização de juros, em qualquer periodicidade.

Agravo no recurso especial desprovido.

Acórdão

Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Classe: AGREsp - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 543841

Processo: 200300918432. UF: RN. Órgão Julgador: QUARTA TURMA.

Data da decisão: 04/05/2004. Documento: STJ000553027.

Fonte: DJ DATA: 28/06/2004. PÁGINA: 330.

Relator(a)

ALDIR PASSARINHO JUNIOR

Decisão

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Fernando Gonçalves.

Ementa

CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. MÚTUO HIPOTECÁRIO. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. VEDAÇÃO. SÚMULA N° 121-STF.

I. Nos contratos de mútuo hipotecário é vedada a capitalização mensal dos juros, somente admitida nos casos previstos em lei, hipótese diversa dos autos. Incidência do art. 4º do Decreto n° 22.626/33 e da Súmula n° 121-STF.

II. Agravo desprovido.

Registre-se, por oportuno, que é exatamente este o entendimento do MM. Juiz sentenciante que ressaltou: "... reconhecimento, de início, a prática de anatocismo no contrato de mútuo hipotecário objeto desta *actio*, em razão das várias amortizações negativas que podem ser facilmente constatadas nas planilhas de evolução do financiamento acostadas às fls. 29/44".

Em relação à repetição do indébito, na sua forma dobrada, tal pedido apresenta-se inconsistente, porquanto em nenhum momento, a decisão monocrática se refere à devolução, em dobro, dos valores pagos a maior. É de se ressaltar que, apenas após a liquidação de sentença, se apurado saldo em favor da parte demandante, deve ser restituído o indébito, nos termos dos artigos 876 do CC e 23 da Lei 8.004/90.

No que se refere ao recurso adesivo, o MM. Juiz de primeiro grau fixou a verba honorária em 5% sobre o valor da causa, o que corresponde aproximadamente a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), já que à causa foi atribuído o valor de R\$ 500.956,02 (quinhentos mil, novecentos e cinquenta e seis reais e dois centavos), com fulcro no art. 20 parágrafo 4º do CPC, o qual explicita que nas causas em que não houver condenação, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do Juiz, atendidos o grau e zelo profissional, o lugar da prestação do serviço e a natureza e importância da causa, bem como o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para seu serviço. *In casu*, não houve nenhuma condenação, visto que se trata de uma obrigação de fazer, o que determina o acerto na fixação da verba honorária estabelecida na sentença. Sobre a matéria, de há muito firmada a orientação deste Tribunal, conforme decisão assim ementada:

Acórdão AC 363283/CE

Origem

Tribunal Regional Federal - 5ª Região

Classe

AC - Apelação Cível

Número do Processo:2005.05.00.022019-0

Órgão Julgador: Terceira Turma

Relator

Desembargador Federal ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO (Substituto)

Data Julgamento: 29/09/2005

Documento nº: 105347

Publicações

FONTE: DIÁRIO DA JUSTIÇA - DATA: 18/11/2005 - PÁGINA: 997 - Nº: 221 - ANO: 2005

Ementa

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA. PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO. UNIÃO ESTÁVEL. PROVA. DIREITO DA COMPANHEIRA AO BENEFÍCIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO. MANUTENÇÃO.

- Ação de companheira para recebimento da pensão por morte de ex-servidor público aposentado.

- A união estável pode ser demonstrada por qualquer meio, sem restrições à natureza das provas produzidas.

- Provada a existência de união estável, é devida a pensão por morte à companheira. Aplicação do art. 217 da Lei nº 8.112/90.

- Honorários advocatícios adequadamente fixados nos termos do art. 20, parágrafo 4º, do CPC. Ação declaratória, sem valor de condenação. Manutenção.

Por tais razões, nego provimento à apelação e ao recurso adesivo, mantendo a sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 449.394-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR
Apelante: COMÉRCIO DE MATERIAIS ELÉTRICOS E CONSTRUÇÃO LTDA. ME
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Advs./Procs.: DRS. ALEXANDRE CARVALHO DE MENEZES (APTE.) E CONCEIÇÃO KEANE GOMES CHAVES E OUTROS (APDA.)

EMENTA: CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. RESCISÃO UNILATERAL DE CONTRATO. FINANCIAMENTO CONSTRUCARD. ALEGAÇÃO DE LUCROS CESSANTES E DANOS MORAIS. NÃO COMPROVAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. INDÍCIOS DE ILICITUDE POR PARTE DA EMPRESA AUTORA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

- O instituto da responsabilidade civil traduz-se na idéia de reparação do dano, consubstanciada no dever de assumir ações ou omissões que tenham lesado a esfera jurídica de um terceiro, causando-lhe dano, no campo moral ou material.

- O ponto controvertido da questão consiste em saber se, de fato, a empresa autora deve receber indenização por danos morais e materiais, a serem suportados pela Caixa Econômica Federal, em face de rescisão contratual do contrato de financiamento Cartão Construcard e financiamentos (convênios) com a apelante, de forma unilateral, fato este que teria gerado à ora recorrente elevados prejuízos e lucros cessantes.

- Não ocorreu na hipótese o aventado cerceamento de defesa, a parte autora por diversas vezes manifestou-se nos autos, e em nenhuma delas, ratificou a necessidade de oitiva da testemunha Chiara Pollyana de Carvalho Gomes; ao revés, expressamente dispensou toda e qualquer produção de provas.

- Dos documentos coligidos aos autos, não se verifica indícios de má-fé na conduta perpetrada pela instituição financeira demandada, a qual não pode ser compelida a manter-se numa relação contratual que não lhe seja vantajosa, principalmente diante dos sinais de conduta fraudulenta da empresa autora, merecendo relevo nesse particular o contrato firmado para com a ex-sócia, já falecida, da empresa autora, a Sra. Maria Olívia. Várias são as condutas suspeitas, como bem noticia o diligente juízo de origem, ao afirmar que “a recusa da autora em apresentar a assinatura original da Sra. Maria Olívia nas notas fiscais nºs 831, 832 e 838 para a realização de perícia, somada às outras irregularidades apontadas (venda de material de construção através do cartão da sócia falecida após o óbito desta; apresentação de notas fiscais pela autora com valores divergentes das informações repassadas para crediamento no financiamento da sócia; emissão das notas dois anos após a data limite para emissão; diferença de apenas 8 números entre as três notas fiscais, incompatível com o volume de ven-

das da autora no interregno dos 60 dias que teria mediado a emissão da primeira e da última nota) somente permite concluir que, de fato, se trata de documentos ideologicamente falsos”.

- Extrai-se do princípio do livre convencimento motivado, que juiz é livre para valorar as provas contidas nos autos, é soberano na análise das provas e na formação do seu convencimento. O argumento de que a Caixa não instaurou o incidente de falsidade documental da forma processualmente correta, não é, de per si, hábil a desconstituir as conclusões do juízo de origem.

- À míngua dos requisitos caracterizadores da responsabilidade civil, exsurge antijurídica toda e qualquer pretensão de reparação com conteúdo indenizatório, seja ela oriunda de supostos danos morais ou mesmo patrimoniais.

- Apelação não provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 19 de abril de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE
JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR:

Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo Comércio de Materiais Elétricos e Construção Ltda. ME contra sentença de fls. 1572-1588, a qual julgou improcedente o pedido de indenização

por danos morais e materiais formulado em detrimento da CEF, assim como condenou o ora recorrente em honorários de sucumbência fixados no patamar de 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa.

O ponto controvertido da questão consiste em saber se, de fato, o autor deve receber indenização por danos morais e materiais, a serem suportados pela Caixa Econômica Federal, em face de rescisão contratual do contrato de financiamento Cartão Construcard e financiamentos (convênios) para com a apelante, de forma unilateral, fato este que teria gerado à recorrente elevados prejuízos e lucros cessantes.

Às suas razões recursais, a empresa apelante assevera que: a) é inverídica a afirmação da CEF no sentido de que procedeu ao rompimento de todos os contratos Construcard no Estado de Pernambuco; b) a boa-fé e a probidade são princípios que devem ser observados entre os contraentes, *ex vi* art. 422, CC; c) após insistência da parte autora, o juízo de origem deferiu a oitiva da testemunha Chiara Pollyana de Carvalho Gomes, sob pena de condução coercitiva, ainda assim encerrou precipitadamente a instrução probatória sem a oitiva da mencionada testemunha; d) a testemunha Reulli Figueiredo afirma que foi induzido pela CEF para que buscasse outro estabelecimento comercial (intermediário) para fins de obtenção de financiamento, conforme faz prova o contrato de fls. 248/256; e) não é lícito à CEF a modificação de sua tese de defesa no curso do processo; f) apenas com a devida instauração do incidente de falsidade, o que na hipótese não ocorreu, poderia o juízo sentenciante ter declarado a falsidade de documentos apresentados pela autora.

Requer seja reconhecida a nulidade da sentença proferida na origem, por cerceamento de defesa, ou alternativamente seja julgada procedente a ação proposta em todos os seus termos.

Contrarrazões da CEF defende o acerto da sentença impugnada em todos os seus termos.

É o relatório.

VOTO

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

O ponto controvertido da questão consiste em saber se, de fato, o autor deve receber indenização por danos morais e materiais, a serem suportados pela Caixa Econômica Federal, em face de rescisão contratual do contrato de financiamento Cartão Construcard e financiamentos (convênios) para com a apelante, de forma unilateral, fato este que teria gerado à recorrente elevados prejuízos e lucros cessantes.

Ao desatar a controvérsia, S. Exa., Dr. André Carvalho Monteiro, lançou as seguintes considerações, *in verbis*:

[...]

O cerne do litígio consiste em saber se houve ato ilícito por parte da ré, no rompimento do convênio celebrado com a empresa autora, e, em caso positivo, se há obrigação por parte da ré de indenizar a autora.

Alega peça vestibular que a autora celebrou convênio com a ré para a venda de material de construção, através de uma linha de financiamento oferecida pela ré, e que tal avença foi interrompida por esta de forma ilegal. Sustenta que a motivo da interrupção do ajuste foi o fato de a ré pretender que a empresa autora satisfaça obrigação contraída pela pessoa de sua ex-sócia, que veio a falecer. Como a autora não concordou em atender à pretensão da ré, esta teria encerrado o convênio e deflagrado um “processo de marcação” com a autora, encaminhando os clientes desta para outros estabelecimentos.

A ré, por seu turno, alega que o motivo da rescisão do ajuste não possui nenhuma relação com a dívida contraída pela ex-sócia da autora, mas sim com a inviabilidade financeira da linha de crédito objeto do convênio. Aduz que a modalidade de financiamento “Construcard” foi suspensa em todo o Estado de Pernambuco, e não apenas em relação à empresa autora. Acrescenta que a rescisão é direito assegurado de forma expressa pelo parágrafo único da cláusula décima do convênio, sendo tal mera expressão do princípio da liberdade contratual, segundo o qual ninguém é obrigado a manter ajuste eternamente com outrem. Assim, sustenta que, mesmo que houvesse continu-

ado a operar com a modalidade de financiamento referida, tal fato não implicaria necessariamente a existência de direito por parte da autora à manutenção do convênio. Paralelamente a isso, salienta que foram detectados vários indícios de fraude na utilização do cartão de financiamento da ex-sócia da autora, como, *v.g.*, a realização de compra na empresa autora após a morte da sócia titular do financiamento, divergência de assinaturas nas notas fiscais relativas às compras de material supostamente feitas pela ex-sócia etc.

A solução da lide envolve o manuseio de vários conceitos e princípios.

Em primeiro lugar, assiste razão à ré quando sustenta que não há direito subjetivo à manutenção indefinida do ajuste celebrado com o autor. Como se sabe, os negócios jurídicos com prazo indeterminado podem ser denunciados (denúncia vazia) pelos partícipes a qualquer tempo.

Não há norma jurídica ou disposição contratual que obrigue a empresa ré a se manter indefinidamente vinculada à autora, não havendo necessidade de qualquer motivação específica para o término do ajuste. Daí ser irrelevante saber se a ré rescindiu o convênio somente em relação à empresa autora ou se o fez em relação a todas as empresas no Estado de Pernambuco. Poderia fazê-lo somente em relação à autora, e não precisaria de nenhum motivo específico. Bastaria a avaliação de conveniência do negócio.

Dessa forma, é desinfluyente para a solução do litígio a comprovação de que a ré suspendeu a linha de financiamento Construcard em todo Estado de Pernambuco. Mesmo que não o tenha feito, ainda assim não haveria direito subjetivo de a empresa autora manter-se credenciada para a venda de material mediante financiamento pela ré.

Não obstante, ainda que se entendesse haver necessidade de uma motivação específica, a prova colhida nos autos dá conta de que a ré teve motivos de sobra para a rescisão do ajuste.

A prova produzida demonstrou a prática de diversos atos fraudulentos, com o intuito de lesar a demandada, atos que envolvem não apenas a sócia falecida da empresa autora, mas também a própria empresa autora.

Conforme demonstrou a demandada, há indícios robustos de fraude na utilização do financiamento através do uso do cartão e senha pessoais da ex-sócia após o seu

falecimento, inclusive com pagamento de duas prestações após o óbito.

Se a conduta ilícita houvesse se limitado à pessoa da sócia falecida, não poderia haver qualquer repercussão de tais atos em relação à pessoa jurídica autora, vez que a personalidade jurídica da sociedade não se confunde com a dos sócios.

Mas não foi assim.

Embora a autora alegue, em sua petição inicial e nas diversas vezes que se manifestou em juízo, que não tinha conhecimento dos negócios pessoais realizados por sua ex-sócia e de quem utilizou fraudulentamente o seu cartão e senha pessoais, tal versão é absolutamente inverossímil.

É que as compras feitas pela ex-sócia Maria Olívia, e que deram origem à dívida do financiamento, foram feitas na própria empresa autora, uma delas, inclusive, em 30/10/2004, após o falecimento da Sra. Maria Olívia (!), ocorrido em 15/10/2004 (fl. 149).

É absolutamente impensável que alguém, menos de quinze dias após o falecimento da ex-sócia majoritária da autora, que se desligara da empresa há menos de dois meses, lograsse realizar uma compra de material na empresa autora passando-se pela sócia falecida e nenhum funcionário da empresa estranhasse este fato. Dessa forma, é inescusável que a empresa autora tenha celebrado negócio jurídico com pessoa morta. Não há dúvidas de que a venda realizada pela empresa autora à sua ex-sócia falecida consistiu em ato simulado, visto ser impossível que a empresa autora ou seus funcionários não tivessem conhecimento do óbito da titular do cartão.

Mas não foi apenas isso. Ao ser comunicada do óbito da ex-sócia da empresa autora, pela própria gerente da empresa (o que demonstra que o óbito da Sra. Maria Olívia era de conhecimento da administração da empresa), a ré solicitou à autora o envio das notas fiscais das vendas efetuadas pela empresa autora à sua ex-sócia falecida. Em resposta, a empresa autora enviou as notas fiscais nºs 831, 832 e 838 (fls. 150/152).

Conforme demonstrou a demandada, os valores discriminados em tais notas não correspondem aos valores das compras informadas pela empresa autora para liberação dos valores financiados e creditamento em favor da empre-

sa. Verificou ainda a demandada que as notas fiscais enviadas pela empresa autora apresentam divergências nas assinaturas da ex-sócia, as quais diferem da assinatura aposta por esta no contrato de financiamento, sugerindo tais notas foram emitidas por outra pessoa na empresa, após o óbito da ex-sócia. Tal conclusão seria reforçada pelo fato de que as notas fiscais registram como data de emissão 30/07/2004 e 01/10/2004, embora a data limite para a sua emissão fosse 25/01/2002. Por fim, questionou a proximidade da numeração entre as notas fiscais apresentadas pela empresa (831, 832 e 838), afirmando que a realização de apenas 08 (oito) vendas entre a data de emissão da primeira e da última nota (60 dias) é incompatível com a quantidade de clientes que a autora enumera em sua peça vestibular e o seu faturamento, tudo reforçando a conclusão de que as vendas efetuadas pela empresa autora e que deram origem à dívida de financiamento da ex-sócia Maria Olívia não existiram, tendo as notas sido preenchidas pela empresa após o óbito de sua ex-sócia, quando solicitadas pela ré.

Em virtude disso, a parte ré suscitou incidente de falsidade das notas fiscais apresentadas pela autora, requerendo que a empresa autora apresentasse as notas fiscais originais para a realização de perícia grafotécnica, tendo este juízo determinado à autora que apresentasse os originais das notas fiscais relativas às compras efetuadas pela então sócia gerente, com o fim de serem periciadas (fl. 231).

A parte autora peticionou às fls. 243/247, apresentando a 2ª via das notas referidas, preenchidas em carbono, argumentando que as notas fiscais cujas cópias foram juntadas aos autos foram obtidas a partir da 2ª via – cor rosa, destinada ao fisco e que foram requisitadas à Fazenda Estadual, e que a 1ª via – branca (preenchida à caneta) é destinada aos clientes, não ficando com a empresa.

Este juízo reiterou a determinação para apresentação da 1ª via das notas fiscais, para realização de perícia, salientando que o comprador, nas operações em comento, foi a própria sócia-gerente da empresa na época, e determinou também a apresentação do talão de notas fiscais subsequente (nº 0851 a 0900), a fim de apreciar a regularidade cronológica das operações discriminadas nas notas fiscais nºs 831, 832 e 838, em face da alegação da

demandada de que estas haveriam sido emitidas após a data limite.

Mais uma vez, a autora peticionou informando a impossibilidade de juntada da 1ª via das notas referidas, informando que a via em questão foi entregue à cliente (sócia Maria Olívia dos Santos) e que tal documento foi por esta entregue à Caixa Econômica Federal, pois disso dependeria a aprovação do financiamento (fls. 262/266).

A explicação da autora para a recusa na apresentação dos documentos não se justifica.

Em primeiro lugar porque a ré não detém as vias originais das compras efetuadas através da linha de financiamento Construcard, como alegou a autora. Conforme se pode verificar da leitura do contrato de abertura de crédito e financiamento celebrado entre a empresa ré e a Sra. Maria Olívia dos Santos (fls. 56/60), nenhuma cláusula prevê a necessidade de apresentação da via da nota fiscal pelo mutuário como condição para a liberação do financiamento. Muito pelo contrário, a liberação dos recursos do financiamento se dá mediante simples comunicação da empresa vendedora, podendo esta ser feita inclusive por telefone, conforme se depreende do convênio firmado entre a autora e a ré (fls. 116/117). Aliás, se a ré exigisse a apresentação da nota fiscal do cliente como condição para a liberação do financiamento, não faria nenhum sentido que a cláusula oitava do convênio firmado com a empresa autora estabelecesse o compromisso de a empresa fornecer, quando solicitada, a segunda via das notas fiscais das vendas efetuadas através do cartão Construcard.

Em segundo lugar, embora seja verdade que a 1ª via das notas fiscais de venda seja destinada ao cliente, é sabido que o canhoto do talão de nota fiscal contém campo próprio para a assinatura do cliente confirmando o recebimento da mercadoria, de modo que, após o destaque da 1ª via da nota fiscal e sua entrega ao cliente, o estabelecimento fica com a assinatura original (preenchida à caneta) do cliente no canhoto do talão.

Assim, a recusa da autora em apresentar a assinatura original da Sra. Maria Olívia nas notas fiscais nºs 831, 832 e 838 para a realização de perícia, somada às outras irregularidades apontadas (venda de material de construção através do cartão da sócia falecida após o óbito desta; apresentação de notas fiscais pela autora com valores di-

vergentes das informações repassadas para creditamento no financiamento da sócia; emissão das notas dois anos após a data limite para emissão; diferença de apenas 8 números entre as três notas fiscais, incompatível com o volume de vendas da autora no interregno dos 60 dias que teria mediado a emissão da primeira e da última nota) somente permite concluir que, de fato, se trata de documentos ideologicamente falsos.

E, por último, há ainda provas contundentes da prática de fraude contra credores realizada pela Sra. Maria Olívia dos Santos, na condição de sócia majoritária e gerente da empresa autora.

Conforme demonstrou a demandada, menos de 20 dias depois de contrair dívida de financiamento junto à ré para a compra de material de construção de sua residência, a sócia da empresa autora Maria Olívia dos Santos transferiu todas as suas cotas na empresa autora para a outra sócia e uma terceira pessoa. Pelo valor das cotas, correspondentes a 80% (oitenta por cento) do capital social da empresa, a sócia retirante recebeu o valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) (fls. 29/32).

Tal valor, porém, é claramente incompatível com o valor da participação societária da ex-sócia, segundo demonstrou a ré. A própria demandante afirma em sua petição inicial que, apenas em vendas financiadas pela Caixa Econômica Federal no ano de 2005, a autora faturou R\$ 341.385,00 (trezentos e quarenta e um mil, trezentos e oitenta e cinco reais – fl. 13), sem contar as vendas não financiadas pela ré. Ao alienar bens por valor infinitamente inferior ao que possuem, através de atos societários, a sócia falecida da empresa autora tornou-se insolvente.

Qualquer pessoa de bom senso e imparcial aos interesses em litígio percebe que o valor declarado como recebido pela ex-sócia pela cessão de sua participação societária é irreal e fictício. Ninguém de sã consciência cederia a quase totalidade das cotas de uma empresa que fatura mais de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) em um ano por apenas R\$ 4.000,00 (quatro mil reais). Trata-se de negócio jurídico simulado, e também de fraude contra credores.

A esse respeito, estabelece o Código Civil:

Seção VI

Da Fraude Contra Credores

Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.

Art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

(...)

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

(...)

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de porção, lesão ou fraude contra credores.

Em suma, a prova produzida nos autos fornece fundados indícios de que a empresa autora não é vítima, mas partícipe de atos fraudulentos. Nessa condição, não lhe assiste qualquer direito à indenização postulada.

Registre-se, por último, que a alegação de fraudes foi feita oportunamente pela demandada, com a exposição de todos os fatos referidos nesta sentença por ocasião da contestação. Embora a demandada tenha sustentado em primeiro lugar que a rescisão do convênio com a autora se deu por motivos de conveniência (sem relação com os débitos contraídos pela ex-sócia da autora), e que não tinha qualquer obrigação de manter o convênio firmado com a empresa, a demandada alegou também subsidiariamente, em sua contestação, a existência de fraude, em obediência ao princípio da eventualidade. Logo, é inteiramente inaplicável à espécie a norma do art. 128 do Código de Processo Civil, como defendeu a autora, vez que as questões foram efetivamente suscitadas pela parte ré, e no momento adequado, qual seja, na contestação.

Por todo o exposto, julgo improcedente o pedido, condenando a autora em honorários de sucumbência que fixo em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, bem como ao pagamento das custas.

Incensurável a linha de argumentação tecida pelo douto magistrado de origem, cujas ponderações, por serem bastante elucidativas, adoto desde já como fundamentos para decidir.

Acresceria, ademais, que não ocorreu na hipótese o aventado cerceamento de defesa. Com efeito, infere-se dos autos que a testemunha Chiara Pollyana de Carvalho Gomes, apesar de devidamente intimada, não compareceu a audiência de instrução e julgamento, sendo requerido pelo autor e deferido pelo juízo de origem a designação de nova data para a oitiva da mencionada testemunha.

De toda sorte, verifico que a parte autora por diversas vezes manifestou-se nos autos, e em nenhuma delas, nem mesmo em sede de alegações finais ratificou a necessidade de oitiva da testemunha supra; ao revés, o autor expressamente dispensa toda e qualquer produção de provas, afirmando textualmente: “Ex positis, espera e requer a V. Exa. que julgue totalmente procedente a demanda, em face da confissão da Caixa, dispensando toda e qualquer sorte de prova, porque a confissão da Caixa encerra a busca de provas”¹.

Em sendo assim, descabida a alegação de cerceamento de defesa.

Por outro lado, tampouco merece acolhida o argumento de mudança superveniente na tese de defesa apresentada pela Caixa. Ao contrário do que afirma a recorrente, a CEF não asseverou ter cancelado os financiamentos de materiais de construção na modalidade Construcard, mas, sim, optou por suspender tais financiamentos, haja vista os inúmeros e reiterados prejuízos envolvendo operações de tal natureza em todo o Estado de Pernambuco.

Em virtude da cláusula geral de boa-fé, a qual pode ser extraída a partir do art. 422 do Código Civil de 2002, as partes têm obrigação genérica de atuar segundo a boa-fé. No mesmo sentido, o art. 187 do Código Civil, ao proclamar: “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”.

¹ Fl. 278.

Dos documentos coligidos aos autos, não se verifica indícios de má-fé na conduta perpetrada pela Instituição Financeira demandada, que não pode ser compelida a manter-se numa relação contratual que não lhe é vantajosa, principalmente diante dos vários sinais de conduta fraudulenta da empresa autora, merecendo relevo nesse particular o contrato firmado para com a ex-sócia, já falecida, a Sra. Maria Olívia.

Várias são as condutas suspeitas, como bem noticia o diligente juízo de origem, ao afirmar que *“a recusa da autora em apresentar a assinatura original da Sra. Maria Olívia nas notas fiscais nºs 831, 832 e 838 para a realização de perícia, somada às outras irregularidades apontadas (venda de material de construção através do cartão da sócia falecida após o óbito desta; apresentação de notas fiscais pela autora com valores divergentes das informações repassadas para creditamento no financiamento da sócia; emissão das notas dois anos após a data limite para emissão; diferença de apenas 8 números entre as três notas fiscais, incompatível com o volume de vendas da autora no interregno dos 60 dias que teria mediado a emissão da primeira e da última nota) somente permite concluir que, de fato, se trata de documentos ideologicamente falsos”*.

Por fim, penso que o argumento da apelante no sentido de que a CEF não instaurou o incidente de falsidade documental da forma processualmente correta, razão pela qual não poderia o juízo de origem reconhecer a falsidade documental das notas fiscais, lhe depõe de forma contrária, apenas reforçando a veracidade das conclusões apontadas pelo juiz sentenciante.

Ora, o juiz é livre para valorar as provas contidas nos autos, é soberano na análise das provas, na formação do seu convencimento. É o que apregoa o princípio do livre convencimento motivado.

O instituto da responsabilidade civil traduz-se na ideia de reparação do dano, consubstanciada no dever de assumir ações ou omissões que tenham lesado a esfera jurídica de um terceiro, causando-lhe dano, no campo moral ou material.

Com efeito, no exato instante em que o dever genérico de não lesar o próximo acontece, surge para o ofensor um outro dever que se traduz na obrigação de indenizar o terceiro atingido.

O responsável, por fato próprio ou de outrem, é obrigado a restabelecer o equilíbrio rompido, e a obrigação de reparar o dano, seja ele de ordem patrimonial ou extrapatrimonial, tem assento tanto na Carta Magna (art. 5º, inc. X) quanto na legislação infraconstitucional (CC, art. 927; CDC, art. 12 e segs.), traduzindo, assim, uma garantia fundamental do indivíduo.

São pressupostos da responsabilidade civil: a) a prática de uma ação ou omissão ilícita por parte do agente; b) a lesão a um bem jurídico; c) o nexo de causalidade entre o ato praticado – comissivo ou omissivo – e o dano.

À míngua dos requisitos caracterizadores da responsabilidade civil, exsurge antijurídica toda e qualquer pretensão de reparação com conteúdo indenizatório, seja ela oriunda de supostos danos morais ou mesmo patrimoniais.

Em assim sendo, à luz dos documentos carreados aos autos não antevejo conduta ilícita perpetrada pela CEF que justifique o dever de indenizar reclamado pela empresa-apelante.

Por tais fundamentos, nego provimento ao recurso de apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 507.532-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS

Apelantes: ANGELA GIL BORSOI E OUTROS E CARMEM ROBERTA GIL BORSOI E OUTROS

Apelados: INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL - IPHAN E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Advs./Procs.: DRS. CARLOS ALBERTO LEAL DE BARROS JÚNIOR E OUTROS (1º APTE.) E BÁRBARA CRISTINA SILVA CARVALHO E OUTROS (2º APTE.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. IMPUGNAÇÃO. NOMEAÇÃO DE PERITOS A DESTEMPO. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. JULGAMENTO EXTRA PETITA. PRELIMINARES REJEITADAS. BEM TOMBADO. PATRIMÔNIO HISTÓRICO DA CIDADE DE OLINDA. MODIFICAÇÃO DE IMÓVEL. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO IPHAN. MANUTENÇÃO DA REFORMA EXTERNA DO IMÓVEL. ALTERAÇÃO INTERNA. APLICAÇÃO DE MULTA. REGISTRO DAS REFORMAS INTERNAS NO IPHAN E NA PREFEITURA MUNICIPAL.

- O cerne da questão posta a julgamento refere-se à análise da regularidade ou não da reforma perpetrada pelos apelantes em imóvel tombado pelo patrimônio histórico e cultural, localizado no bairro do Carmo, Olinda/PE, sem prévia autorização do IPHAN.

- O momento adequado para impugnar a nomeação dos peritos, por suposta falta de qualificação técnica, é o momento de sua nomeação e não após a conclusão do laudo pericial, circunstância que se revela como verdadeiro inconformismo com a opinião dos experts. (STJ - AGREsp

517425 - CE - 1ª T. - Rel. Min. Francisco Falcão - DJU 22.03.2004 - p. 00222)

- A jurisprudência tem atestado qualificação técnica dos engenheiros civis para análise de obras em imóveis tombados (TRF-2ª R. - AMS 2004.51.01.024312-7 - RJ - Rel. Juiz Sergio Schwaitzer - DJU 22.03.2006 - p. 216).

- “A jurisprudência pátria, capitaneada pelo colendo STJ, vem se posicionado pela relativização do princípio da identidade física do juiz em alguns casos, tais como em decorrência do regime de mutirão, que tem por escopo a agilização da tramitação dos processos, bem como nas situações em que o efetivo prejuízo sofrido pelo interessado não é devidamente provado. Precedente: REsp 2001 01645933, Ministro: Benedito Gonçalves, STJ. Primeira Turma, 22/10/2009”. (TRF-5ª R. - AC 2004.81.00.000956-9 - (420451/CE) - 1ª T. - Rel. Des. Fed. José Maria de Oliveira Lucena - DJe 18.08.2010 - p. 220).

- Ausência de julgamento extra petita. Extrai-se da petição inicial que o Ministério Público Federal, ao formular o pedido de indenização pela reforma perpetrada no interior do imóvel, fez com base em parecer prévio do IPHAN no sentido de que as intervenções naquele ambiente seriam irreversíveis. Por isso, essa matéria deve ser versada na análise do mérito do presente feito, em razão de não se tratar de vício que leve a nulidade do julgado.

- O instituto do tombamento, nos termos do art. 216 da Constituição Federal, visa tutelar o patrimônio histórico e artístico nacional, através da intervenção do Estado na propriedade privada de interesse público, quer seja por sua vinculação a fatos da história do Brasil, quer pelo seu valor arqueológico, etnológico, bibliográfico ou artístico (art. 1º, Decreto-Lei nº 25/37). O proprietário de bem tombado não pode repará-lo ou

restaurá-lo sem prévia autorização do IPHAN. Neste sentido, os arts. 17 e 18 do Decreto-Lei nº 25/37.

- Pelo que consta dos laudos, é perfeitamente possível se afirmar que as alterações internas são possíveis de permanecer sem qualquer prejuízo ao sítio histórico e com isso deixar definido que o que resta a fazer é apenas determinar os registros das alterações nesses órgãos para ali ficar definido o atual estágio dos bens imóveis. Assim, quanto às reformas internas dos imóveis, devem as mesmas permanecer, determinando-se o seu registro nos dois órgãos competentes e fixando-se multa nesse ponto, por se tratar de reforma que não recebeu o beneplácito antecipado do IPHAN e da Prefeitura de Olinda.

- Multa no valor de cinquenta por cento da quantia despendida com as obras internas, a qual deve ser apurada em liquidação.

- Quanto à reforma externa, deve-se verificar que a ausência de questões técnicas não implica em afirmar que a obra realizada ofendeu a arquitetura do Patrimônio Histórico de Olinda. Deve-se preservar a memória arquitetônica de Pernambuco, e isso significa preservar a homenagem que os apelantes fizeram ao Estado, pela sua cultura, pelos seus valores patrimoniais, pelo acervo de patrimônio afetivo que deixaram em Pernambuco. Vencido o Relator, neste ponto, o qual determinava o desfazimento da reforma externa.

- Multa no valor de cinquenta por cento sobre o valor das obras externas realizadas, a ser apurada em sede de liquidação de sentença.

- Preliminares rejeitadas. Dar parcial provimento às apelações, para preservar as obras realizadas, fixando multa de cinquenta por cento sobre o valor das referidas obras, apuráveis em sede de liquidação de sentença. Agravo retido não provido.

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 negar provimento ao agravo retido e, no mérito, por maioria, dar parcial provimento às apelações para preservar as obras realizadas, aplicando multa de cinquenta por cento sobre o valor das obras apuráveis em sede de liquidação de sentença, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Vencido o Relator no que tange às obras externas e vencido o Desembargador Federal Paulo Gadelha no que diz respeito à multa.

Recife, 15 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de apelações interpostas por Ângela Gil Borsoi e outros e Carmem Roberta Gil Borsoi e outros, na qualidade de sucessores dos réus falecidos Acácio Gil Borsoi e Janete Ferreira Costa, contra sentença, prolatada pelo Exmo. Juiz Federal Substituto da 6ª Vara/PE, Dr. Gabriel José Queiroz Neto, que julgou procedente em parte os pedidos, nos termos do art. 269, I, do CPC, para condenar os réus, à obrigação de fazer, consistente:

- a) no retorno da fachada do imóvel situado na Rua do Amparo, nº 60/46, Carmo, Olinda, neste Estado, à situação anterior à reforma, recolocando a porta original do imóvel;
- b) no retorno da fachada posterior do imóvel acima descrito à situação que se encontrava, de acordo com o projeto aprovado pela Prefeitura do Município de Olinda em 1995;
- c) no retorno da cobertura do imóvel em suas feições originais, ou seja, complementando a cobertura em suas extremidades frontal e posterior;
- d) na recuperação do interior dos imóveis, conforme estabelecido pelo Perito do Juízo às fls. 415/416.

41. Acaso seja demonstrada, em fase de cumprimento de sentença, a impossibilidade de se retornar a fachada, a coberta e o interior do imóvel ao estado anterior (Projeto aprovado pelo Município de Olinda em 30.01.1995), devem ser condenados os réus na obrigação de fazer consistente na reparação do imóvel, conforme critérios técnicos estabelecidos pelo IPHAN, de forma a minimizar o impacto negativo causado ao patrimônio histórico e cultural de Olinda.

42. Condenar os réus à obrigação de não fazer consistente na proibição de realização de obra no imóvel referido no parágrafo anterior, sem a regular autorização do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN.

43. As especificações mais detalhadas sobre a obrigação de fazer e não fazer, com os respectivos cronogramas, ficam para a fase de cumprimento de sentença, quando, então, serão fixados os prazos e as cominações em caso de descumprimento das determinações a serem estabelecidas.

Nas razões, Acacio Gil Borsoi, representado por seus sucessores Angela Gil Borsoi e outros, aduz, preliminarmente: a) conhecimento do agravo retido a fim de ser reconhecida a nulidade da perícia, e determinação de sua realização por um técnico em arquitetura que detenha conhecimento em restauração de patrimônios públicos; b) nulidade da sentença por ofensa ao princípio da identidade física do juiz (art. 132, CPC e art. 5º, XXXVII, LIII, LIV e LV, da CF), uma vez que a sentença não teria sido proferida pelo juiz que colheu todas as provas dos autos, nem haver justificativa para a substituição; c) nulidade da decisão por ter o juiz julgado a lide além dos seus limites, uma vez que quanto à reforma interna do imóvel, o autor da ação teria formulado pedido específico de fixação de indenização, sem conferir ao julgador opção pelo desfazimento das reformas internas, a qual foi acolhida na sentença.

No mérito, aduz que o julgamento se deu em desacordo com as provas produzidas no processo, ao fundamento de que: a) o patrimônio público reconhecidamente está sendo preservado, assim a exigência de licença formal não pode se colocar acima do verdadeiro objetivo da norma, que a preservação do patrimônio; b) as perícias realizadas não trazem qualquer informação técnica específica de que tenha havido burla aos princípios que devem

nortear a preservação do patrimônio; c) o art. 17 do Decreto-Lei nº 25/37 prevê apenas multa para o caso de restauração sem prévia autorização do IPHAN e não o desfazimento das obras conforme determinado na decisão; d) o art. 18 do Decreto-Lei nº 25/37, prevê a destruição apenas nas construções vizinhas à coisa tombada; e) o Termo de Rerratificação nº 1155/79 permite modificações no interior do imóvel para maior conforto e habitabilidade dos moradores, não se podendo concluir que as reformas agrediram o patrimônio pelo simples fato de terem sido feitas sem prévia chancela do IPHAN; f) são arquitetos do mais alto gabarito e reconhecimento público em restauração, que tinham pleno conhecimento do que estavam realizando.

Por sua vez, Carmem Roberta Gil Borsoi e outros, sucessores de Janete Ferreira da Costa apelaram da sentença, alegando: a) “o notório saber que difere os réus das jovens arquitetas que representam o IPHAN nesta demanda”, bem assim a “habilitação dos demandados para executarem obras desse quilate”; b) “as obras não alcançadas pela licença prévia do IPHAN obedeceram, rigorosamente, os padrões mundiais aceitos na preservação dos patrimônios históricos, inclusive no tocante às reformas necessárias para melhor habitabilidade de seus ocupantes”, concluindo que “a falta de uma exigência legal não deve se sobrepor ao verdadeiro objetivo da norma, *in casu*: a preservação – que foi respeitada pelos demandados”.

Contrarrazões fls. 782/789 e 834/847.

Parecer do Ministério Público Federal opinando, preliminarmente, pelo reconhecimento da nulidade da sentença por violação ao princípio da identidade física do juiz, e, no mérito, caso ultrapassada a preliminar, pelo não provimento das apelações com a manutenção da decisão em todos os seus termos, fls. 855/868.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Versam os autos de apelações interpostas por Angela Gil Borsoi e outros e Carmem Roberta Gil Borsoi e outros, na qualidade

de sucessores dos réus falecidos Acácio Gil Borsoi e Janete Ferreira Costa, contra sentença que julgou procedente em parte os pedidos, nos termos do art. 269, I, do CPC, para condenar os réus, à obrigação de fazer, consistente:

a) no retorno da fachada do imóvel situado na Rua do Amparo, nº 60/46, Carmo, Olinda, neste Estado, à situação anterior à reforma, recolocando a porta original do imóvel; b) no retorno da fachada posterior do imóvel acima descrito à situação que se encontrava, de acordo com o projeto aprovado pela Prefeitura do Município de Olinda em 1995; c) no retorno da coberta do imóvel em suas feições originais, ou seja, complementando a coberta em suas extremidades frontal e posterior; d) na recuperação do interior dos imóveis, conforme estabelecido pelo Perito do Juízo às fls. 415/416.

41. Acaso seja demonstrada, em fase de cumprimento de sentença, a impossibilidade de se retornar a fachada, a coberta e o interior do imóvel ao estado anterior (Projeto aprovado pelo Município de Olinda em 30.01.1995), devem ser condenados os réus na obrigação de fazer consistente na reparação do imóvel, conforme critérios técnicos estabelecidos pelo IPHAN, de forma a minimizar o impacto negativo causado ao patrimônio histórico e cultural de Olinda.

42. Condenar os réus à obrigação de não fazer consistente na proibição de realização de obra no imóvel referido no parágrafo anterior, sem a regular autorização do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN.

43. As especificações mais detalhadas sobre a obrigação de fazer e não fazer, com os respectivos cronogramas, ficam para a fase de cumprimento de sentença, quando, então, serão fixados os prazos e as cominações em caso de descumprimento das determinações a serem estabelecidas.

Passo à análise das preliminares arguidas pelo apelante Acácio Gil Borsoi, representado por seus sucessores.

1. PRELIMINAR. AGRAVO RETIDO. SUBSTITUIÇÃO PERITO. AUSÊNCIA DE CONHECIMENTO TÉCNICO ESPECÍFICO.

Pugna o apelante pelo conhecimento do agravo retido a fim de ser reconhecida a nulidade da perícia e designação de um técnico

em arquitetura que detenha conhecimento em restauração de patrimônios públicos.

Nos termos do art. 145, §§ 1º e 2º, do CPC, a escolha do perito deve ser feita por profissionais de nível superior, inscrito em órgão de classe, além da comprovação da especialidade.

In casu, os apelantes tomaram ciência da nomeação dos peritos, momento em que foi registrada a formação acadêmica dos mesmos (engenheiros civis regularmente inscritos no conselho respectivo), contudo não impugnaram em nenhum momento a referida nomeação. Apenas após a elaboração dos laudos, em conteúdo contrário ao interesse das partes, é que os apelantes alegaram a inabilitação técnica dos referidos peritos.

O momento adequado para impugnar a nomeação dos peritos, por suposta falta de qualificação técnica, é o momento de sua nomeação e não após a conclusão do laudo pericial, circunstância que se revela como verdadeiro inconformismo com a opinião dos *experts*.

Neste sentido, precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PERÍCIA REALIZADA POR ENGENHEIRO CIVIL QUANDO DEVERIA SER REALIZADA POR ENGENHEIRO AGRÔNOMO. VÍCIO QUE SOMENTE FOI ALEGADO APÓS A CONCLUSÃO DO LAUDO. FALTA DE IMPUGNAÇÃO OPORTUNA – PRECLUSÃO.

I - Intimado da nomeação do perito, deveria o INCRA ter impugnado tal ato neste momento, ao invés de esperar a conclusão do laudo para verificar se foi favorável ou não e, então, após tal observação, alegar o vício, consistente na subscrição do laudo por engenheiro civil, ao invés de engenheiro agrônomo. Ademais, na equipe de técnicos contratada pelo perito aludido encontrava-se um engenheiro agrônomo.

II - Agravo regimental improvido. (STJ - AGREsp 517425 - CE - 1ª T. - Rel. Min. Francisco Falcão - DJU 22.03.2004 - p. 00222).

Ademais, quanto à qualificação técnica dos engenheiros civis para análise de obras em imóveis tombados, a jurisprudência tem atestado sua capacidade, conforme precedente abaixo:

ADMINISTRATIVO . LICITAÇÃO. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA. AVERBAÇÃO DE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA. RESOLUÇÃO CREA-NF-08/96. EXECUÇÃO DE OBRA EM PRÉDIO TOMBADO PELO PATRIMÔNIO HISTÓRICO. RESPONSABILIDADE TÉCNICA A CARGO DE ENGENHEIRO CIVIL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL.

I. A Resolução CREA-NF-08/96, ao deferir somente aos arquitetos o monopólio de obras em prédios tombados, retirando dos engenheiros civis a possibilidade de desempenho do aludido mister, desbordou dos ditames da Lei nº 5.194/66, responsável pela regulamentação do exercício das profissões de Engenheiro, Arquiteto e Engenheiro-Agrônomo, criando, de modo indevido, distinção não feita pelo legislador ordinário.

II. Limitar o exercício da profissão de engenheiro civil sem previsão legal, e sem justificativa fática minimamente razoável, afronta o disposto no inciso XIII do art. 5º da Carta da Cidadania da Constituição da República de 1988, que versa que é livre o exercício de qualquer profissão, atendidas as qualificações que a Lei estabelecer.

III. Recurso e remessa oficial, tida como feita, desprovidos. (TRF-2ª R. - AMS 2004.51.01.024312-7 - RJ - Rel. Juiz Sergio Schwaitzer - DJU 22.03.2006 - p. 216).

Dessa forma, nego provimento ao agravo retido.

2. PRELIMINAR. NULIDADE DA SENTENÇA. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

O art. 312 do Código de Processo Civil prevê expressamente o princípio da identidade física do juiz, ao dispor que o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.

Contudo, a observância do referido princípio não deve se dar de forma absoluta a ponto de engessar a marcha processual, ofendendo a garantia constitucional de duração razoável do processo, devendo para tanto ser observado a situação concreta dos autos.

A jurisprudência dos nossos Tribunais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, tem relativizado o referido princípio a fim de evitar prejuízos maiores para as partes do processo. Assim, verificando, *in casu*, que não restou configurado situações de efetivo

prejuízo sofrido pelo interessado, não há que se reconhecer a violação ao referido princípio.

No caso dos autos, verifica-se que o juiz analisou todas as provas colhidas no processo, seja a prova documental, pericial e testemunhal, avaliando-as em sua plenitude e proferindo decisão coerente com o acervo probatório.

Assim, não se vislumbra nenhuma nulidade em face da sentença ter sido proferida por juiz estranho àquele presente no momento da instrução processual, mesmo que não comprovado uma das situações previstas no CPC, inclusive em face da própria jurisprudência ter entendido pela não violação ao referido princípio em casos de mutirão processual. Ademais, as insurgências do apelante quanto à valoração das provas serão analisadas no presente recurso, quando da análise do seu mérito, o que enseja respeito ao princípio do devido processo legal.

Corroborando com o entendimento aqui esposado, transcrevo o seguinte precedente deste egrégio Tribunal:

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

1. A jurisprudência pátria, capitaneada pelo colendo STJ, vem se posicionado pela relativização do princípio da identidade física do juiz em alguns casos, tais como em decorrência do regime de mutirão, que tem por escopo a agilização da tramitação dos processos, bem como nas situações em que o efetivo prejuízo sofrido pelo interessado não é devidamente provado. Precedente: REsp 2001 01645933, Ministro: Benedito Gonçalves, STJ. Primeira Turma, 22/10/2009.

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

nulidade da sentença.

3. (...). (TRF-5ª R. - AC 2004.81.00.000956-9 - (420451/CE) - 1ª T. - Rel. Des. Fed. José Maria de Oliveira Lucena - *DJe* 18.08.2010 - p. 220).

Dessa forma, afastado a preliminar de nulidade da sentença por entender não violado o princípio da identidade física do juízo.

3. NULIDADE DA SENTENÇA. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*.

Aduz o apelante a nulidade da decisão por ter o juiz julgado a lide além dos seus limites, uma vez que quanto à reforma interna do imóvel, o autor da ação teria formulado pedido específico de fixação de indenização, sem conferir ao julgador opção pelo desfazimento das reformas internas, a qual foi acolhida na sentença.

Contudo, extrai-se da petição inicial que o Ministério Público Federal ao formular o pedido de indenização pela reforma perpetrada no interior do imóvel fez com base em parecer prévio do IPHAN no sentido de que as intervenções naquele ambiente seriam irreversíveis.

O defeito apontado não implica em se chegar ao ponto de anular a sentença. Analisando o mérito da demanda é possível confirmar o julgado, caso haja entendimento de acerto do julgador de primeiro grau, ou adaptar o resultado da decisão ao que foi pedido, sem contudo implicar em reconhecer a imprestabilidade da sentença.

Por isso essa matéria deve ser versada na análise do mérito do presente feito, em razão de não se tratar de vício que leve a nulidade do julgado.

Rejeito assim a preliminar suscitada, tratando a matéria na parte do mérito.

4. MÉRITO

O cerne da questão posta a julgamento refere-se à análise da regularidade ou não da reforma perpetrada pelos apelantes em imóvel tombado pelo patrimônio histórico e cultural, localizado na Rua do Amparo, nº 60, bairro do Carmo, Olinda/PE, sem prévia autorização do IPHAN.

O instituto do tombamento, nos termos do art. 216 da Constituição Federal, visa tutelar o patrimônio histórico e artístico nacio-

nal, através da intervenção do Estado na propriedade privada de interesse público, quer seja por sua vinculação a fatos da história do Brasil, quer pelo seu valor arqueológico, etnológico, bibliográfico ou artístico (art. 1º, Decreto-Lei nº 25/37).

O proprietário de bem tombado não pode repará-lo ou restaurá-lo sem prévia autorização do IPHAN. Neste sentido, os arts. 17 e 18 do Decreto-Lei nº 25/37, *in verbis*:

Art. 17. As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, **sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas**, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.

Parágrafo único. Tratando-se de bens pertencentes à União, aos Estados ou aos municípios, a autoridade responsável pela infração do presente artigo incorrerá pessoalmente na multa.

Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.

In casu, conforme restou demonstrado e reconhecido pelos próprios apelantes as alterações procedidas no imóvel tombado foram efetivadas sem prévia autorização do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN.

De fato, os documentos que instruíra o feito, inclusive o laudo pericial, constaram que o imóvel encontra-se localizado no Setor A, subsetor-A1, da área urbana de preservação rigorosa da cidade de Olinda/PE, tombada pelo IPHAN, conforme Termo de Rerratificação da Notificação nº 1155/79, da Autarquia Federal (fls. 171/192).

Restou afirmado na perícia que os apelantes efetuaram algumas obras e com isso restaram caracterizadas várias alterações nos imóveis em descompasso com o que foi autorizado pelo Município de Olinda/PE, tanto na fachada, como na coberta, no interi-

or das casas, comprometendo a autenticidade dos bens tombados e descaracterizando o Patrimônio Histórico e Cultural de Olinda/PE.

Transcrevo trecho dos ensinamentos de Sonia Rabello de Castro em, “O Estado na Preservação de Bens Culturais”, Ed. Renovar, 1991, p. 112/113, referido pelo Ministério Público em seu parecer, *in verbis*:

Quando o bem tombado é totalmente destruído ou demolido, torna-se fácil caracterizar a ação danosa. No entanto, é menos objetiva a compreensão da expressão “mutilar”, contida no art. 17 do Decreto-Lei 25/37. O que é mutilar? A mutilação ao bem tombado deve ser compreendida junto com o disposto no final do art. 17, que determina a audiência do órgão competente para autorizar reparos, pinturas ou restaurações no bem. Caberá, portanto, ao órgão ao qual a lei conferiu o poder de polícia específico determinar, em cada caso, o que poderá ser feito no bem tombado, de modo que a alteração pretendida não o descaracterize, mutilando-o. Será, portanto, o órgão do patrimônio que determinará que será, ou não, mutilação ao bem tombado, dentro dos limites de seu poder discricionário.

Se existe a proibição de alterar o bem tombado sem a autorização da autoridade competente, aquele que viola esta determinação está cometendo infração à norma legal, ainda que sua alteração venha, posteriormente, a ser considerada admissível. (...).

A mutilação, portanto, está ligada à questão da forma de interferência e alteração no bem tombado, cujos critérios são da competência do órgão do patrimônio estabelecer.

Através dos laudos periciais de fls. 348/362 e 412/427, verifica-se que o perito designado judicialmente confirmou a possibilidade de retorno do imóvel à situação prevista no projeto aprovado pelo Município de Olinda, em 31/01/1995.

Vejamos algumas respostas dadas pelos peritos oficiais e pelos assistentes técnicos que atuaram no processo:

Laudo Técnico realizado por ROSEANE MACHADO DE MELO, fls. 348/362:

Além de todas as intervenções acima descritas, também se observou a integração do imóvel de nº 46 ao de nº 60,

situação não prevista no projeto aprovado pelo Município de Olinda em 31/01/1995. Todas estas intervenções comprometem sim a autenticidade do imóvel.

Sim, há possibilidade de retorno do imóvel à situação representada no projeto. As medidas necessárias são (...).

Sim, as modificações descaracterizam o Sítio Arquitetônico de Olinda.

O imóvel em questão (Amparo, nº 46) foi integrado ao vizinho de nº 60, não ficando claro o limite entre eles;

A esquadria da porta central da fachada principal, antes com folhas inteiras e bandeira, foi substituída por outra com treliça vazada e sem bandeira, totalmente diferente;

A cobertura teve suas águas recuadas, inclusive com modificação da inclinação, fugindo ao padrão que seguem as demais edificações;

O pé-direito alto foi anulado com a construção de mais dois pavimentos;

Paredes foram derrubadas no andar térreo (acesso pela ladeira da Misericórdia) para criação de espaço livre;

O tipo de revestimento utilizado, por exemplo, piso em granito polido (brilhante), vai de encontro ao tipo de material (mais rústico e sem brilho) utilizado no período de construção do imóvel.

Lauda Técnico de esclarecimentos realizado por FRANCISCO DE ASSIS NUNES, em face da renúncia do encargo pela perita anterior, fls. 412/427:

Sim, houve alterações na fachada, na cobertura e no interior dos imóveis situados na Rua do Amparo, nºs 60 e 64, Carmo, Olinda, neste estado, comparando-se a situação atual e a prevista no projeto aprovado pelo município de Olinda, em 31/01/1995.

Apesar de um grande poder de criatividade em arquitetura, as referidas alterações não poderiam jamais ter sido executadas de modo diferente do que fora aprovado pelo município de Olinda, anteriormente. (...) Destarte, consideramos que as alterações não autorizadas pela Municipalidade de Olinda, nem pelo IPHAN comprometem, em parte, a autenticidade do imóvel.

No que pertine às alterações feitas no interior do imóvel (escadas, construção de dois banheiros e suítes) por não constarem do projeto original o perito sugeriu que fossem submetidas através de um novo projeto à apreciação da prefeitura de Olinda e ao IPHAN, contudo aduziu que “uma nova análise não invalida a infração cometida pela construção dos itens sem a licença da Prefeitura e do IPHAN”.

Parte das modificações realizadas comprometem as características culturais do polígono do sítio histórico de Olinda, pois as características culturais se referem tanto ao valor histórico de cada imóvel como à forma arquitetônica como o mesmo se apresenta isoladamente e também como ele é visto com relação à paisagem e ao meio ambiente. O recuo da cobertura e a retirada do muro de ligação entre os imóveis, por exemplo, apesar de mostrar a grande criatividade do projetista, além de não terem sido aprovados pelo município nem pelo IPHAN, estão em desacordo com a cultura daquela paisagem, devido ao local onde o imóvel está situado.

Segundo laudo técnico de esclarecimentos realizado por FRANCISCO DE ASSIS NUNES, em face da renúncia do encargo pela perita anterior, fls. 455/459:

Levando em consideração tratar-se de imóvel situado no Setor A - Área de preservação rigorosa, sub-setor A1, é necessário que sejam preservados alguns aspectos, tais como tamanho e inclinação do telhado, porta da fachada, como também o muro divisório, podendo a comunicação dos imóveis ser feita através de uma abertura, desde que seja concordado com o IPHAN e aprovado pela Prefeitura de Olinda. As alterações nas escadas e pisos estão em desacordo com o imóvel original, entretanto objetivaram dar maior conforto e habitabilidade e se restringiram exclusivamente à parte interna do imóvel, não afetando seu exterior. Quanto às outras construções internas, como quartos e banheiros, necessários à moradia, devem ser submetidos à nova análise do IPHAN e prefeitura de Olinda. Lembramos, conforme legislação em vigor, ser passível de penalidade nesta área, reformas ou construções sem a devida aprovação prévia da prefeitura de Olinda e do IPHAN.

Laudo do assistente técnico JOSÉ LUIZ MOTA MENEZES, fls. 371/376:

Ora a intervenção proposta em 1995 estava baseada em um programa diferente do atual e a questão seria se o atual compromete a autenticidade do imóvel ou fere a legislação que regula a matéria. O fato de não ter materializado presentemente aquele projeto não é causa senão para uma nova análise da situação existente e não a de um retorno a um projeto que de maneira igual ao que ora se fez no imóvel também o alterou, ao ser aprovado, a forma antes existente do imóvel. (...) A questão, reafirmamos, é se ocorreu na atual intervenção resultados que comprometam o Patrimônio de Olinda enquanto Cidade Monumento. As intervenções foram realizadas por profissional que o IPHAN sempre credenciou respeitou e que de forma nenhuma se encontra alienado do compromisso com a Cidade Monumento ora considerada. (...) Concluímos não ter havido alterações que materializem o não comprometimento com a autenticidade do imóvel e assim prejudiquem a fruição estética da Cidade Monumento e seus valores históricos.

Pelo que se infere dos laudos há inicialmente uma controvérsia quanto à posição de cada profissional a respeito de possível agressão ao sítio histórico de Olinda, mas nos parece ser uma questão de visão entre profissionais da arquitetura e da engenharia, pelas concepções que cada um tem do tema.

Mesmo assim, é possível se constatar um fato comum aos pareceres técnicos. As obras constantes da parte interna, mesmo que tenham sido diferentes de projeto definido pela Prefeitura de Olinda, foi sugerido pelos peritos do Juízo que se submetesse o mesmo ao IPHAN e à Prefeitura Municipal de Olinda para nova análise.

Apenas não deve ser descartada – segundo o *expert* –, a hipótese de reconhecimento de penalidade, em razão das normas em vigor e por ter havido construção nos imóveis sem autorização dos órgãos competentes. Devendo apenas, como afirmado serem submetidas essas alterações ao IPHAN e a prefeitura de Olinda, como já afirmado.

Dessa forma, as conclusões a que chegaram os peritos do próprio juízo se adequam ao que foi pedido na inicial, quanto à questão de incidência de multa na parte das obras internas, por

entenderem que não houve nenhuma repercussão dessas obras na parte externa dos imóveis.

Apesar dessa afirmativa, os peritos propuseram que na hipótese de não acolhimento da sugestão e assim restou posto na sentença que, não sendo possível aceitar a reforma como está, que seja feita nova modificação do imóvel de acordo com restauração que vier a ser definida pelo IPHAN e pela prefeitura de Olinda.

Entendo que essa parte da sentença deixa uma incógnita ao ponto de se tratar de decisão condicional, o que é vedado em lei. Pelo que consta dos laudos é perfeitamente possível se afirmar desde logo que as alterações internas são possíveis de permanecer sem qualquer prejuízo ao sítio histórico e com isso deixar definido que o que resta a fazer é apenas determinar os registros das alterações nesses órgãos para ali ficar definido o atual estágio dos bens imóveis.

Assim, entendo ser o caso de dar provimento, em parte, ao apelo quanto às reformas internas dos imóveis, fazendo permanecer as mesmas, determinando-se o seu registro nos dois órgãos competentes antes referidos e fixando-se multa nesse ponto, por se tratar de reforma que não recebeu o beneplácito antecipado do IPHAN e da Prefeitura de Olinda.

Com isso fica também adaptado o julgado ao que foi pedido na inaugural, sem que tais providências implicassem em nulidade da sentença como já afirmado anteriormente.

Dessa forma reconheço que tendo havido descumprimento das disposições legais antes referidas, é o caso de aplicação da multa no valor de cinquenta por cento da quantia despendida com as obras internas, a qual deve ser apurada em liquidação.

Quanto à parte externa entendo que as providências determinadas na sentença estão de pleno acordo com o que restou apurado nos autos, pois alterações ocorreram que modificam de qualquer forma o imóvel e essas não tiveram a aprovação da Prefeitura de Olinda, nem do IPHAN e repercutem na estética externa dos bens.

Assim, é salutar que seja reposta a situação anterior à reforma: a) recolocando a porta na forma original do imóvel; b) procedendo ao retorno da fachada posterior do imóvel acima descrito à

situação que se encontrava, de acordo com o projeto aprovado pela prefeitura do município de Olinda em 1995; c) retorno da cobertura do imóvel em suas feições originais, ou seja, complementando a cobertura em suas extremidades frontal e posterior.

Essa parte externa, sob minha ótica, assiste razão aos peritos que afirmaram mais de uma vez ter havido modificação do imóvel. E ainda por cima, sem autorização dos órgãos competentes. Depois, são esses próprios órgãos que buscam restaurar o *status quo* anterior.

É importante frisar que a legislação sobre a matéria impõe a prévia ouvida e aprovação de projeto do IPHAN e do município, até para fazer uma simples pintura em imóvel de sítio histórico. Imagine alterar fachada, portas e outras modificações na parte externa de um imóvel dessa natureza.

Não vejo porque modificar a sentença nesse ponto.

Dessa forma, com base nos fundamentos acima referidos, dou parcial provimento às apelações e nego provimento ao agravo retido.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 509.357-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelante: FAZENDANACIONAL
Apelados: CARLOS ANTÔNIO GOMES DA ROCHA E OUTROS
Advs./Procs.: DRS. RENATA TRIGUEIRO FREITAS E OUTRO (APDOS.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. VERBAS RECEBIDAS NO ÂMBITO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. IMPOSTO DE RENDA SOBRE JUROS DE MORA E A MULTA PREVISTA NO ART. 729 DA CLT. NÃO-INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE.

- A sentença julgou procedente pedido para que a autoridade coatora se abstenha de cobrar o imposto de renda sobre os juros de mora e a multa prevista no art. 729 da CLT, assim como devolver os valores descontados dos vencimentos a título de imposto de renda sobre as referidas verbas no âmbito de Reclamação Trabalhista.

- A jurisprudência do colendo STJ é pacífica na esteira de que “não incide imposto de renda sobre rendimentos derivados de juros em reclamação trabalhista porque possuem nítido caráter indenizatório pela não disponibilidade do credor do *quantum debeatur*, bem como por não representarem proventos de qualquer natureza não refletem acréscimo patrimonial, consoante exige o disposto do art. 43 do CTN” (REsp 1163490/SC, Rel. Min. Castro Meira, DJe 02/06/2010).

- Na mesma esteira o posicionamento desta Corte Regional: “Os juros de mora incidentes no pagamento, pela via do precatório judicial, de reajuste de vencimentos, têm natureza indenizatória, estando fora do campo de incidência do imposto de renda” (AC 515840/PE, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Vladimir Carvalho, DJe 21/03/2011).

- Idem: AC 513749/RN, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Leonardo Resende Martins (Substituto); AC 509096/RN, 1ª Turma, Rel. Des. Federal José Maria Lucena; AC 502402/RN, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Leonardo Resende Martins (Substituto); AC 466242/AL, 1ª Turma, Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira; APELREEX 9842/SE, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Maximiliano Cavalcanti (Substituto); AC 514984/RN, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Vladimir Carvalho; AC 385717/RN e AC 441874/PE, 1ª Turma, ambas Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira.

- Apelação e remessa oficial não providas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 5 de maio de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Cuida-se de apelação interposta contra sentença que julgou procedente pedido para que a autoridade coatora se abstenha de cobrar o imposto de renda sobre os juros de mora e a multa prevista no art. 729 da CLT, assim como devolver os valores descontados dos vencimentos a título de imposto de renda – IR – sobre as referidas verbas no âmbito de reclamação trabalhista.

Na apelação, a recorrente alega que é devida a incidência do IR sobre as verbas recebidas a título de juros moratórios e multa do citado artigo laboral. Por fim, postula o provimento do apelo, a fim de que seja julgado improcedente o pleito formulado na exordial.

Contrarrazões apresentadas pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

A recorrente alega que é devida a incidência do IR sobre as verbas recebidas a título de juros moratórios e multa do citado artigo laboral. Por fim, postula o provimento do apelo, a fim de que seja julgado improcedente o pleito formulado na exordial.

A matéria discutida no apelo já passou pelo crivo tanto do colendo STJ, como por esta egrégia Corte Regional, cujas ementas dispõem:

No STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ARTIGO 535, II, DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. AUSÊNCIA DE DEBATE DE TESES RECURSAIS. SÚMULA 211/STJ. RENDIMENTOS DECORRENTES DE JUROS EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. NATUREZA INDENIZATÓRIA. IMPOSTO SOBRE A RENDA. NÃO INCIDÊNCIA.

1. (...)

3. Não incide imposto de renda sobre rendimentos derivados de juros em reclamação trabalhista porque possuem nítido caráter indenizatório pela não disponibilidade do credor do *quantum debeatur*, bem como por não representarem proventos de qualquer natureza não refletem acréscimo patrimonial, consoante exige o disposto do art. 43 do CTN. Precedentes.

4. Recurso especial não provido. (REsp 1163490/SC, Rel. Min. Castro Meira, *DJe* 02/06/2010).

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IMPOSTO DE RENDA. VERBAS INDENIZATÓRIAS. CONDENAÇÃO EM RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE OS JUROS MORATÓRIOS. NATUREZA INDENIZATÓRIA.

- “Os valores recebidos pelo contribuinte a título de juros de mora, na vigência do Código Civil de 2002, têm natureza jurídica indenizatória. Nessa condição, portanto, sobre eles não incide imposto de renda, consoante a jurisprudência sedimentada no STJ”. (REsp 1037452/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20.5.2008, *DJ* 10.6.2008).

- Recurso especial improvido. (REsp 1090283/SC, Rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 12/12/2008).

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA SOBRE JUROS MORATÓRIOS. VERBAS REMUNERATÓRIAS DECORRENTES DE CONDENAÇÃO EM RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. NÃO INCIDÊNCIA.

1. (...)

2. Os valores recebidos pelo contribuinte a título de juros de mora, na vigência do Código Civil de 2002, têm nature-

za jurídica indenizatória. Nessa condição, portanto, sobre eles não incide imposto de renda, consoante a jurisprudência sedimentada no STJ.

3. Recente mudança de orientação jurisprudencial. Precedente no REsp nº 1.037.452 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 15.5.2008.

4. Recurso especial não-provido. (REsp 1050642/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 01/12/2008).

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE A RENDA. RENDIMENTOS DECORRENTES DE JUROS EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. ACÓRDÃO. OMISÃO: NÃO OCORRÊNCIA. NORMAS SOBRE ISENÇÃO DE IR. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA.

1. (...)

2. Fixada a premissa da não-incidência do tributo sobre os juros de mora percebidos em reclamatória trabalhista, os dispositivos da legislação federal que cuidam de isenção de imposto sobre a renda não foram prequestionados na origem, impossibilitando o conhecimento do recurso no ponto.

3. Os valores recebidos pelo contribuinte a título de juros de mora, na vigência do Código Civil de 2002, têm natureza jurídica indenizatória. Nessa condição, portanto, sobre eles não incide imposto de renda, consoante a jurisprudência sedimentada no STJ. Precedentes.

4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido. (REsp 1086544/SC, Rel^a. Min^a. Eliana Calmon, *DJe* 25/11/2008).

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IMPOSTO DE RENDA. VERBAS INDENIZATÓRIAS. CONDENAÇÃO EM RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE OS JUROS MORATÓRIOS. NATUREZA INDENIZATÓRIA.

- "Os valores recebidos pelo contribuinte a título de juros de mora, na vigência do Código Civil de 2002, têm natureza jurídica indenizatória. Nessa condição, portanto, sobre eles não incide imposto de renda, consoante a jurisprudência sedimentada no STJ". (REsp 1037452/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20.5.2008, *DJ* 10.6.2008).

- Recurso especial improvido. (REsp 1066949/PR, Rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 04/11/2008).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. VERBAS INDENIZATÓRIAS ISENTAS DO IMPOSTO DE RENDA. NÃO INCIDÊNCIA DO TRIBUTO SOBRE OS JUROS DE MORA CORRESPONDENTES. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento a recurso especial.
2. O acórdão *a quo* entendeu pela não-incidência do imposto de renda sobre juros de mora calculados sobre parcela de quitação de verbas indenizatórias trabalhistas, por seguirem a natureza da verba principal que acompanham.
3. O imposto sobre a renda tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda (produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos) e de proventos de qualquer natureza (art. 43 do CTN).
4. Os juros moratórios possuem caráter acessório e seguem o montante principal. Estando o valor principal na hipótese da não-incidência do tributo, evidenciada a natureza igualmente indenizatória dos juros. Nesse caso, os juros não configuram acréscimo patrimonial de qualquer natureza ou renda e, portanto, não são fatos imponíveis à hipótese de incidência do IR, tipificada pelo art. 43 do CTN. A referida indenização não é renda nem proventos.
5. Precedentes desta Corte Superior.
6. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1037731/PR, Rel. Min. José Delgado, *DJe* 01/08/2008).

No TRF da 5ª Região:

TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IMPOSTO DE RENDA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. PRECATÓRIO JUDICIAL. JUROS DE MORA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

1. Tratando-se de verba paga via precatório judicial, decorrente da relação trabalhista anterior à aposentadoria da autora por acidente de trabalho, não pode ser invocada a isenção do imposto de renda, prevista no art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88, pois antes da aposentadoria a demandante não estava acometida de nenhuma moléstia grave que motivasse a isenção.
2. O fato de ter havido um pagamento de reajuste de proventos concedido judicialmente não retira dele o caráter remuneratório, sujeito à incidência do imposto de renda.

3. Tratando-se de rendimentos pagos acumuladamente, via precatório judicial, impõe-se observar as alíquotas e os limites de isenção do imposto de renda que seriam aplicáveis, se o reajuste salarial tivesse sido pago pela Administração na época devida.

4. Os juros de mora incidentes no pagamento, pela via do precatório judicial, de reajuste de vencimentos, têm natureza indenizatória, estando fora do campo de incidência do imposto de renda.

5. Natureza indenizatória dos juros de mora calcada no art. 404, parágrafo único, do Código Civil. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta eg. 3ª Turma (AC 502402/RN, Des. Leonardo Resende Martins, convocado, em 29 de julho de 2010; ED na APELREEX 8479/CE, Des. Geraldo Apoliano, julgado em 13 de maio de 2010, AC 449531/CE, Des. Carlos Rebêlo Junior, convocado, em 04 de dezembro de 2008).

6. A autora decaiu em parte mínima do pedido, razão pela qual os honorários advocatícios devem ser fixados em dez por cento sobre o valor do indébito a ser restituído, conforme entendimento reiterado neste Tribunal, nos termos do art. 20, § 3º, c/c art. 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

7. Provimento, em parte, da apelação para que sejam observados os limites de isenção do imposto de renda que seriam aplicáveis, se as obrigações salariais tivessem sido pagas na época oportuna, e para afastar os juros de mora da base de cálculo do imposto de renda, incidente sobre verbas salariais pagas através de precatório judicial, garantindo a restituição do indébito, e condenando a ré em honorários advocatícios que fixo em dez por cento sobre o valor da condenação. (AC 515840/PE, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Vladimir Carvalho, DJe 21/03/2011).

TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IMPOSTO DE RENDA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. PRECATÓRIO JUDICIAL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

1. A sistemática de contagem do prazo prescricional instituída pela Lei Complementar 118/2005 somente se aplica aos fatos geradores ocorridos após o início de sua vigência (08.06.2005). O Plenário deste Tribunal, no julgamento do AI na AC 419228/PB, acolheu a inconstitucionalidade do art. 4º do referido diploma legal, que permitia sua apli-

cação retroativa. Inconstitucionalidade também declarada pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AI no EREsp 644736-PE. Inocorrência da prescrição.

2. O fato de ter havido um pagamento de reajuste de proventos concedido judicialmente não retira dele o caráter remuneratório, sujeito à incidência do imposto de renda.

3. Tratando-se de rendimentos pagos acumuladamente, via precatório judicial, impõe-se observar as alíquotas e os limites de isenção do imposto de renda que seriam aplicáveis, se o reajuste salarial tivesse sido pago pela Administração na época devida.

4. Os juros de mora incidentes no pagamento, pela via do precatório judicial, de reajuste de vencimentos, têm natureza indenizatória, estando fora do campo de incidência do imposto de renda.

5. Natureza indenizatória dos juros de mora calcada no art. 404, parágrafo único, do Código Civil. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta eg. 3ª Turma (AC 502402/RN, Des. Leonardo Resende Martins, convocado, em 29 de julho de 2010; ED na APELREEX 8479/CE, Des. Geraldo Apoliano, julgado em 13 de maio de 2010, AC 449531/CE, Des. Carlos Rebêlo Junior, convocado, em 04 de dezembro de 2008).

6. A autora decaiu em parte mínima do pedido, não havendo o que se falar em sucumbência recíproca. Honorários advocatícios fixados em dez por cento sobre o valor do indébito a ser restituído, conforme entendimento reiterado neste Tribunal, nos termos do art. 20, § 3º, c/c art. 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

7. Improvimento da apelação da Fazenda Nacional e provimento da apelação da autora para condenar a ré em honorários advocatícios fixados em dez por cento sobre o valor da condenação. (AC 513749/RN, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Leonardo Resende Martins (Substituto), *DJe* 08/02/2011).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. VALORES RECEBIDOS EM FACE DE DECISÃO JUDICIAL. PLANO DE CLASSIFICAÇÃO DE CARGOS E SALÁRIOS - PCCS. NATUREZA REMUNERATÓRIA. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. CÁLCULO A SER REALIZADO CONSIDERANDO, MÊS A MÊS, AS ALÍQUOTAS E FAIXAS DE ISENÇÃO VIGENTES À ÉPOCA EM QUE OS

VALORES DEVERIAM TER SIDO PAGOS. JUROS DE MORA. NATUREZA INDENIZATÓRIA. REPETIÇÃO DO INDEBÍTO. TAXA SELIC. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. ART. 21 DO CPC.

1. Os valores recebidos em face de decisão judicial, decorrentes de reenquadramento por força de Plano de Classificação de Cargos e Salários - PCCS, ou de reajuste salarial não implantado no momento próprio, têm natureza salarial, constituindo, portanto, acréscimo patrimonial e devem sofrer a incidência do imposto de renda, observando-se a tabela de alíquota e faixa de isenção vigente à época em que tais valores atrasados deveriam ter sido pagos, aplicando-a mês a mês.

2. O mesmo não ocorre em relação ao montante recebido a título de juros moratórios, ante a sua natureza indenizatória. Precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça: REsp 200801581750, Min. Eliana Calmon, *DJ*: 17/12/2008; REsp 200801993494, Min. Humberto Martins, *DJ*: 12/12/2008; REsp 200800859520, Min. Mauro Campbell Marques, *DJ*: 01/12/2008.

3. Correção monetária, desde o recolhimento indevido do tributo, ocorrido após a edição da Lei nº 9.250/1995, com base na Taxa Selic, que tem caráter dúplice, englobando critério de atualização monetária e de juros moratórios, afastando-se a aplicação do art. 1-F da Lei 9.494/97, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11960/2009, porquanto existir legislação específica a regular a matéria atinente à restituição de tributos – art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95 – fixando a adoção da taxa Selic.

4. No que diz respeito à apelação do autor, concernente à condenação na verba sucumbencial, irretocável é a decisão de Primeiro Grau ao reconhecer a ocorrência da sucumbência recíproca.

5. A decisão proferida, e confirmada no presente julgamento, foi no sentido de: a) determinar a incidência do IRPF sobre as verbas salariais reconhecidas judicialmente, com a aplicação da alíquota vigente no mês em que teria o autor percebido a parcela, caso o empregador tivesse cumprido a obrigação na época devida, b) excluir da incidência do referido tributo os valores referentes aos juros moratórios; c) restituir os valores indevidamente recolhidos, devendo ser aplicada a atualização monetária com base na taxa Selic e d) reconhecer a sucumbência recíproca.

6. Parte substancial do pedido efetuado pelo autor, qual seja, a declaração de não incidência do imposto de renda sobre os valores percebidos por força da Reclamação Trabalhista, foi rejeitada, restando acatada, apenas, a aplicação da alíquota vigente à época em que a parcela salarial deveria ter sido paga e afastando-se a incidência do tributo sobre os valores relativos aos juros moratórios.

7. Trata-se de evidente caso de sucumbência recíproca, hipótese em que os litigantes foram, em parte, vencido e vencedor, cabendo, portanto, a repartição dos ônus processuais nos termos fixados no art. 21 do Código de Processo Civil.

Apelação do autor e remessa obrigatória, tida por interposta, não providas. (AC 509096/RN, 1ª Turma, Rel. Des. Federal José Maria Lucena, *DJe* 13/01/2011).

TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IMPOSTO DE RENDA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. PRECATÓRIO JUDICIAL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

1. A sistemática de contagem do prazo prescricional instituída pela Lei Complementar 118/2005 somente se aplica aos fatos geradores ocorridos após o início de sua vigência (08.06.2005). O Plenário deste Tribunal, no julgamento do AI na AC 419228/PB, acolheu a inconstitucionalidade do art. 4º do referido diploma legal, que permitia sua aplicação retroativa. Inconstitucionalidade também declarada pelo eg. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AI no EREsp 644736-PE. Inocorrência da prescrição.

2. Tratando-se de rendimentos pagos acumuladamente, via precatório judicial, impõe-se observar as alíquotas e os limites de isenção do imposto de renda que seriam aplicáveis, se o reajuste salarial tivesse sido pago pela Administração na época devida.

3. “Os juros de mora incidentes no pagamento, pela via judicial, de reajuste de benefício previdenciário têm natureza indenizatória, conforme a interpretação conferida pelo art. 404, parágrafo único, do Código Civil, razão pela qual não ocorre tributação de imposto de renda sobre esses valores”. (AC 449531/CE, Des. convocado Carlos Rebêlo Júnior julgado em 04 de dezembro de 2008).

4. Provimento, em parte, da apelação para que sejam observados os limites de isenção do imposto de renda que seriam aplicáveis, se as obrigações salariais tivessem sido

pagas pela Administração na época oportuna, e para afastar da base de cálculo do imposto de renda os juros de mora incidente sobre o reajuste salarial pago via precatório. (AC 502402/RN, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Leonardo Resende Martins (Substituto), *DJe* 05/08/2010).

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA SOBRE JUROS MORATÓRIOS E MULTA DECORRENTES DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. NÃO INCIDÊNCIA. VERBAS DE NATUREZA INDENIZATÓRIA. *ACCESSORIUM SEQUIUR SUUM PRINCIPALE*. INAPLICABILIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. MODIFICAÇÃO DA SENTENÇA.

1. Os juros moratórios, cuja natureza se busca especificar com o presente julgamento, não representam aumento (como os juros remuneratórios) nem recomposição (como a correção monetária) do capital. Constituem mesmo uma penalidade imposta ao sujeito passivo que não cumpriu a sua obrigação no prazo que fora acertado ou previsto em lei, razão pela qual não deve incidir imposto de renda, dada sua natureza eminentemente indenizatória, ainda que incidam sobre verbas remuneratórias, pois visam unicamente compensar a parte pela demora no pagamento. Precedentes do STJ.

2. Multa de mora tem relação sempre com a inexecução da obrigação e diz respeito à punição pelo atraso no cumprimento na obrigação. Não incidência de imposto de renda.

3. Não aplicação da regra geral *accessorium sequitur suum principale*, pois, no caso concreto, a natureza jurídica do acessório pode ser distinta da do principal.

4. Inversão do ônus da sucumbência.

5. Recurso provido. Sentença modificada. (AC 466242/AL, 1ª Turma, Rel. Des. Federal Rogério Filahô Moreira, *DJe* 21/05/2010).

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. VERBAS DECORRENTES DE AÇÃO TRABALHISTA. NATUREZA SALARIAL. INCIDÊNCIA. JUROS DE MORA. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA.

1. As diferenças salariais pagas a destempo pelo empregador ao empregado, em decorrência de decisão proferida em reclamação trabalhista, possuem natureza remuneratória, sendo passíveis, portanto, de incidência do Imposto sobre a Renda.

2. As verbas resultantes da aplicação dos juros de mora

não representam acréscimo ou recomposição de capital. Constituem, na verdade, uma penalidade imposta em razão do descumprimento da obrigação no prazo previsto, o que evidencia a sua natureza indenizatória, e, como tal, afasta a possibilidade de incidência do Imposto de Renda - IR. Precedentes do STJ.

Apelação e remessa necessária improvidas. (APELREEX 9842/SE, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Maximiliano Cavalcanti (Substituto), *DJe* 27/04/2010).

Idem: AC 514984/RN, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Vladimir Carvalho, *DJe* 21/03/2011; AC 385717/RN, 1ª Turma, Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira, *DJe* 28/10/2009; AC 441874/PE, 1ª Turma, Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira, *DJ* de 16/06/2009.

Assim, restou evidente que não é devida a incidência do IR sobre as verbas recebidas a título de juros moratórios e multa prevista no art. 729 da CLT no âmbito de Reclamação Trabalhista.

Diante disso, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 510.452-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: BRAYNER ROGERIO TAVARES ARAUJO
Apelada: UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. RENAN DO VALLE MELO MARQUES E OUTROS (APTE.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MILITAR. ATO DE MOVIMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. POSSIBILIDADE DE SUJEIÇÃO AO CONTROLE JUDICIAL. REGULAMENTO DE MOVIMENTAÇÃO PARA OFICIAIS E PRAÇAS DO EXÉRCITO. ART. 13 DO DECRETO Nº 2.040/96. MÁXIMA PROTEÇÃO À EDUCAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO ART. 205 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

- Suspensão do ato administrativo que determinou a movimentação do autor de João Pessoa/PB para a cidade de Santana do Livramento/RG. Faculdade da Administração de movimentar o militar para qualquer outra repartição militar que se encontre sediada em local que disponha do mesmo curso e que seja mantido por universidade pública.

- Honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

- Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 5 de abril de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedente o pedido visando a suspensão de movimentação do requerente para o 7º Regimento de Cavalaria Mecanizado, localizado em Santana do Livramento/RS, com a permanência no 15º Batalhão de Infantaria Motorizado, situado em João Pessoa/PB, até o julgamento definitivo da ação principal. O requerente foi condenado ao pagamento em favor da União da verba honorária à base de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, ficando sobrestado o cumprimento da obrigação de pagamento dos honorários sucumbenciais, enquanto perdurar, por cinco anos, o estado de hipossuficiência da parte (art. 12 da Lei nº 1.060/50).

Alega, em resumo, o requerente, ora apelante, que está matriculado no Curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba e a cidade de Santana do Livramento (ou outra próxima a ela) não tem Universidade Pública que ofereça o Curso referido. Sustenta que, caso não haja suspensão da movimentação, não terá condições de gozar de um direito assegurado constitucionalmente, que é o direito à educação. Acrescenta que a unidade de Santana do Livramento possui um excesso de sargento de comunicações. Pretende a permanência no 15º Batalhão de Infantaria Motorizado ou, alternativamente, movimentação para unidades militares situadas em cidades que possuam universidades públicas que ofereçam o curso de Direito.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Pretende o apelante a suspensão do ato de movimentação para o 7º Regimento de Cavalaria Mecanizado, localizado em Santana do Livramento (RS), com a permanência no 15º Batalhão de Infantaria Motorizado, situado em João Pessoa (PB).

Entendo que a questão em análise foi muito bem fundamentada quando da apreciação do pedido de antecipação de tutela formulado pelo apelante, nos autos do Agravo de Instrumento nº 108.039-PB, pela Desembargadora Federal substituta Dra. Cristina Garcez.

Oportuno colacionar os fundamentos da r. decisão, os quais adoto como razões de decidir:

É cediço que dentro do juízo de conveniência e necessidade do serviço, pode o Exército Brasileiro deslocar seus militares para qualquer ponto do território nacional.

Essa movimentação, inclusive, faz parte da própria natureza do serviço militar, que utiliza a mobilidade como veículo de manutenção do caráter nacional da Instituição, da homogeneidade da doutrina militar e da integração nacional.

Igualmente não se desconhece que, a princípio, não cabe ao Poder Judiciário se imiscuir nessa questão, sob pena de ofensa à separação das funções estatais.

Ocorre que o ato de movimentação em questão, como todo ato administrativo, ressaltando-se as vedações contidas na Constituição Federal de 1988, pode ser sindicado pelo Judiciário, no que atine a sua legalidade, em razão do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, também de matriz constitucional.

Pois bem. A autoridade militar, ao enfrentar o pedido de reconsideração do ato de movimentação, determinou o não seguimento ao pedido, aduzindo os seguintes motivos determinantes:

“Deixo de encaminhar o requerimento do militar ao Escalão Superior, por contrariar Normas Técnicas 03 (NT DCEM - 023), publicado no BE Nr 26, de 03 Jul 09”. (fl. 94).

Objetivando aferir os motivos determinantes do ato discricionário, não encontrei a referida nota técnica na rede mundial de computadores, mas apenas as de nº 01 e 02, que tratam respectivamente, da movimentação a pedido e por motivo de saúde do militar ou seu familiar; de sorte que não pude aferir se tal fundamentação atende ou se mostra violadora da legislação e regulamentos militares que regulam a espécie.

Não obstante, chego à conclusão de que a despeito do ato, formalmente, não poder ser considerado imotivado, tenho que a motivação genérica apresentada pela Autoridade Militar, que apenas remete a normas técnicas internas, não fundamenta, materialmente, a negativa do pedido, por não enfrentá-lo concretamente; daí porque se sujeita ao controle judicial, uma vez que a validade do ato está vinculada à existência e validade dos motivos apontados como fundamento para sua adoção, o que, ao meu visio, não se dá no caso de que se cuida. Esse entendimento encontra apoio na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em casos semelhantes, como se extrai, entre outros, do precedente assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MILITAR. REMOÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. TRANSFERÊNCIA DE LOCAL DE SERVIÇO. DEFERIMENTO. MORA IMOTIVADA PARA EFETIVAÇÃO DA MOVIMENTAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. STF. ACÓRDÃO CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. ENUNCIADO 83 DA SÚMULA DO STJ.

1. A Administração, ao autorizar a transferência ou a remoção de agente público, vincula-se aos termos do próprio ato, portanto, submete-se ao controle judicial a morosidade imotivada para a concretização da movimentação (Teoria dos Motivos Determinantes).
2. Pela Teoria dos Motivos Determinantes, a validade do ato administrativo está vinculada à existência e à veracidade dos motivos apontados como fundamentos para a sua adoção, a sujeitar o ente público aos seus termos.
3. No caso, em harmonia com a jurisprudência do STJ, o acórdão recorrido entendeu indevida a desvinculação do procedimento administrativo ao Princípio da Razoabilidade, portanto considerou o ato passível ao crivo do Poder Judiciário, *verbis*: “a discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade, devendo, assim, todo ato administrativo, mesmo que discricionário, ser devidamente motivado, conforme os preceitos da Teoria dos Motivos Determinantes, obedecendo ao Princípio da Razoabilidade”. (Fl. 153).
4. Pretensão e acórdão *a quo*, na via especial, firmados em preceito constitucional elidem o exame do STJ.
5. Acórdão *a quo* em consonância com a jurisprudência deste Tribunal (Enunciado 83 da Súmula do STJ).
6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 670453/RJ, Rel. Min. Celso Limongi - Desembargador Convocado do TJ/SP, Sexta Turma, julgado em 18/02/2010, publicado no DJE de 08/03/2010).

Passo, portanto, a enfrentar o pedido, nos seguintes termos: não vejo como possa o pedido de reconsideração do agravante contrariar normas internas da Instituição, considerando que este encontra respaldo no Decreto nº 2.040, de 21 de outubro de 1996 que, ao aprovar o Regulamento de Movimentação para Oficiais e Praças do Exército, adotou como princípios fundantes: **o aprimoramento constante da eficiência da Instituição; a prioridade na formação e aperfeiçoamento dos Quadros; a operacionalidade da Força Terrestre em termos de pronto emprego e a continuidade no desempenho das funções, a par da necessária renovação** (art. 1º, incs. II, III, IV, VI).

Para tanto, ao estabelecer normas comuns para movimentação de Oficiais e Praças, restringiu o campo da movimentação ao atendimento dos seguintes objetivos:

Art. 13. **A movimentação tem por objetivos:**

I - permitir a matrícula em escolas, cursos e estágios;

II - permitir a oportuna aplicação de conhecimentos e experiências adquiridos em cursos ou cargos desempenhados no País ou no exterior;

III - possibilitar o exercício de cargos compatíveis com o grau hierárquico, a apreciação de seu desempenho e a aquisição de experiência em diferentes situações;

IV - desenvolver potencialidades, tendências e capacidades, de forma a permitir maior rendimento pessoal e aumento da eficiência do Exército;

V - atender à necessidade de afastar o militar de OM ou localidade em que sua permanência seja julgada incompatível ou inconveniente;

VI - atender à solicitação de órgãos da administração pública estranhos ao Ministério do Exército, se considerada de interesse nacional;

VII - atender às disposições constantes de leis e de outros regulamentos;

VIII - atender aos problemas de saúde do militar ou do seus dependentes;

IX - atender, respeitada a conveniência do serviço, aos interesses próprios do militar. (Realcei).

Como se pode extrair da teleologia da norma, busca o Exército Brasileiro um padrão de excelência, o que não pode obter sem uma preocupação institucional de fomento à educação, aliada à adoção de medidas concretas para a sua máxima concreção.

O Brasil é um País pujante em sua geografia e recursos naturais. Precisa também o ser em recursos humanos. Caso contrário, sempre estará em posição de sujeição a interesses outros que não os da Pátria.

Essa visão está estampada no regulamento parcialmente transcrito acima e guarda perfeita simetria com o art. 205 da CF/88, que traduz a máxima proteção à educação, um dos alicerces principais para o desenvolvimento social e profissional do cidadão.

Nesse aspecto, pontuo que, em que pese o brilho com que sempre se há o MM. Juiz Federal Rogério Roberto Gonçalves de Abreu em suas decisões, não foi feliz ao sustentar como fundamento para negativa da liminar requerida que: “o

fato de o requerente ter sido aprovado em vestibular para o curso de Direito da UFPB, estando atualmente matriculado no primeiro período letivo 2010.1 (fl. 71), não constitui empecilho à sua movimentação de ofício, determinada desde outubro de 2009 (cf. Boletim do DGP nº 061, de 28.10.2009), à míngua de previsão regulamentar, até porque a transferência de curso superior de servidor militar poderia ser feita com base na Lei 9.536/1997, seja para instituição pública ou privada de ensino”. (Fl. 15).

A uma, porque o pedido se insere dentre as hipóteses regulamentares autorizadoras da movimentação.

A duas, porque a unidade de destino – Santana do Livramento – não possui nenhuma instituição de ensino superior, pública ou privada, que ofereça o curso de Direito.

A três, porque o Supremo Tribunal Federal decidiu, em sede de ADIn, dar ao art. 1º da Lei 9.536/97 interpretação conforme a CF/88, de modo a autorizar a transferência obrigatória desde que a instituição de destino seja congênere à de origem, ou seja, de pública para pública ou de privada para privada. Considerou-se, assim, que a transferência de militar de universidade particular para pública é inconstitucional.

A quatro, porque a cidade-polo mais próxima de Santana do Livramento é Rosário do Sul, que dista 105 Km (percurso de 1h29min) ii, e não dispõe de nenhuma instituição de ensino superior, para qualquer que seja o curso de 3º grau, como pude constatar em pesquisa ao site: http://pt.wikipedia.org/wiki/Ros%C3%A1rio_do_Sul#Educa.C3.A7.C3.A3.

Por fim, ressalto que a preponderância do interesse público sobre o particular não constitui um dogma, mas um princípio que como os demais, pode e deve ser harmonizado a outros, de molde a não suprimi-los, máxime em se considerando que o balanceamento envolve o direito fundamental à educação, e que nos encontramos em tempo de paz.

Pelo exposto, defiro a antecipação da tutela recursal pretendida, para garantir ao agravante o direito de permanecer no Batalhão de origem até a conclusão do curso, no prazo regulamentar; ou, caso não seja conveniente à Instituição sua permanência na unidade atual, que o movimento para qualquer outra que se encontre sediada em local que disponha do curso de Direito mantido por universidade pública.

Assim sendo, seguindo o mesmo raciocínio, determino a suspensão do ato de movimentação para o 7º Regimento de Cavala-

ria Mecanizado, localizado em Santana do Livramento (RS), com a permanência no 15º Batalhão de Infantaria Motorizado, situado em João Pessoa (PB), até a conclusão do curso de Direito, no prazo regulamentar, ressalvada à Administração a faculdade de movimentá-lo para qualquer outra repartição militar que se encontre sediada em local que disponha do mesmo curso e que seja mantido por universidade pública.

Por fim, condeno a União ao pagamento de honorários advocatícios na ordem de R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 513.513-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Apelantes: USINA SANTA CLARA LTDA. E ARIIVALDO BARRETO (ESPÓLIO)
Apeladas: FFB PARTICIPAÇÕES E CONSTRUÇÕES LTDA. E FAZENDA NACIONAL
Inv./Sind.: GILZA DE CAMPOS BARRETO
Advs./Procs.: DRS. CRISTIANO MELO BARRETO FILHO (INV./SIND.) E SANDRO MEZZARANO FONSECA (2ª APDA.)

EMENTA: PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA DE ANULAÇÃO DA ARREMATACÃO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR QUANTO À ALEGADA IDENTIDADE DE ADVOGADO DAS PARTES COM INTERESSES CONFLITANTES. MATÉRIA OBJETO DE JULGAMENTO EM SEDE DE INCIDENTE NA EXECUÇÃO FISCAL. COISA JULGADA QUANTO À ALEGADA INTEMPESTIVIDADE DO PAGAMENTO DO SALDO DO PREÇO DA ARREMATACÃO. TEMA TRAZIDO À

APRECIÇÃO QUE JÁ FOI RECHAÇADO NOS AUTOS DA EXECUÇÃO FISCAL. INADMISSIBILIDADE DE SUA REDISSCUSSÃO. MATÉRIA COGNOSCÍVEL DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

- Não se configura o interesse processual, quanto ao aspecto necessidade, a justificar o prosseguimento da marcha processual no tocante ao pleito de anulação da arrematação ante a alegação de identidade de advogado a patrocinar interesses das partes conflitantes, eis que já foi alvo de pronunciamento judicial em sede de incidente processual na execução fiscal.

- A repetição dos argumentos já rechaçados nos autos da execução fiscal esbarra no óbice intransponível da coisa julgada, uma vez que já existiu expresso pronunciamento quanto ao direito, ao decidir que não houve intempestividade no pagamento do saldo do preço da arrematação pelo arrematante capaz de gerar a anulação da arrematação.

- A ocorrência da coisa julgada é matéria cognoscível de ofício pelo Magistrado, a qualquer tempo e grau de jurisdição.

- Portanto, trata-se de coisa julgada material, não cabendo mais discussão sobre o assunto.

- Mantém-se a sentença recorrida de extinção do processo sem resolução, uma vez que não deixou a sentença lacuna para interpretação diversa da apresentada.

- No tocante aos honorários advocatícios, utilizo os mesmos critérios adotados pelo Juiz singular contidos no art. 20, § 4º, do CPC, notadamente a natureza, a importância e o elevado valor da causa que foi atribuído em R\$ 638.000,00 (seiscentos e trinta e oito mil reais) (fl. 53), reduzo a verba honorária para R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

- 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, 22 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de apelação interposta pela Usina Santa Clara Ltda. e Ariovaldo Barrerto (espólio) contra a sentença proferida pela Juíza Federal da 4ª Vara de Sergipe – Drª Lidiane Vieira Bomfim Piniheiro de Meneses – que julgou sem resolução do mérito, a teor do art. 267, V e VI e § 3º, do Código de Processo Civil, a Ação Anulatória de Arrematação de Bem Imóvel ajuizada em face da União Federal e da sociedade empresária FFB Participações e Construções Ltda.

O Julgador *a quo* condenou cada uma das autoras no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) (*pro rata*), em atenção aos critérios do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, notadamente a natureza, a importância e o elevado valor da causa; a quantia será atualizada a contar da presente data consoante as disposições do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal (Resolução n.º 561/2007 do Conselho da Justiça Federal), desconsiderando-se eventuais períodos de deflação.

A ação declaratória da nulidade da arrematação do imóvel penhorado na execução fiscal nº 94.0019243-6 veio a ser ajuizada tendo em vista o advogado **Marcos André Peres de Oliveira ter sido contratado pelo Espólio de Ariovaldo Barreto nos autos**

de seu processo de inventário e também atuou como advogado das empresas Pontal Turismo Ltda., locatária do imóvel arrematado, e da FFB - Participações e Construções Ltda., arrematante do mesmo imóvel penhorado nos autos da execução fiscal nº 94.0019243-6, esta movida pela Fazenda Nacional.

Na ação principal fez-se comentários a respeito dos preceitos do art. 18 e 19 do Código de Ética da OAB; violação do sigilo profissional – nulidade do certame em vista da prática de patrocínio simultâneo e patrocínio infiel; nulidade do certame e da arrematação por conta da violação ao sigilo das propostas – utilização de informações privilegiadas – aplicação subsidiária das regras de licitação pública contidas na Lei nº 8.666/93; impossibilidade de se auferir um benefício em virtude da prática de atos ilícitos; ausência do depósito do valor lançado; necessidade da suspensão do feito executivo por prejudicialidade.

Nas razões de sua apelação, os apelantes rebatem o entendimento do Juiz singular sobre a ausência de interesse de agir dos mesmos com relação à alegada fraude promovida nos autos da execução fiscal nº 94.0019243-6, e, conseqüentemente, na arrematação do imóvel.

Nesse aspecto, os apelantes sustentam que a discussão nos autos da presente demanda não fora objeto de decisão anterior, ainda que forma incidental, no feito executivo nº 0019243-72.1994.4.05.8500.

Segundo os apelantes, na ação anulatória tenta-se esclarecer a fraude praticada pelo Advogado Marcos André Peres de Oliveira, pois ele foi contratado como advogado da Pontal Turismo Ltda. e da FFB - Participações e Construções Ltda., nos autos da execução fiscal nº 94.0019243-6, ambas com interesse conflitantes, e, também, é advogado do Espólio de Arioaldo Barreto.

Sustenta os apelantes que no processo de inventário, onde o Advogado Marcos André ainda é patrono do Espólio de Arioaldo Barreto, a FFB - Participações e Construções Ltda. constituiu o mesmo Sr. Marcos como advogado para atuar na defesa dos seus interesses, especialmente, por ter arrematado bem constante do acervo patrimonial dos espólios.

Portanto, o advogado Marcos André atuou em um outro feito onde funcionou como advogado de duas partes distintas – Espólio de Ariovaldo Barreto e FFB - Participações e Construções Ltda. (inventário nº 199810603621 – onde se inventaria o bem levado à hasta pública.).

Dessa forma, diz os apelantes que o Advogado Marcos André se utilizou das informações que possuía do Espólio de Ariovaldo Barreto, na qualidade de seu advogado, e também das informações que possuía da Pontal Turismo, para beneficiar a FFB - Participações e Construções Ltda. na hasta pública do imóvel de propriedade do referido espólio, em prejuízo daquelas outras duas interessadas. Isto sem renunciar ou substabelecer a qualquer instrumento procuratório.

Viola, assim, Marcos André a norma contida no art. 18 do Código de Ética da OAB. Estando sua conduta estampada no preceito contido no art. 154 do Código Penal Brasileiro que define o crime de violação do sigilo profissional.

Por fim, pedem os apelantes que a sentença seja anulada tendo em vista a existência do interesse processual dos apelantes eis que a matéria posta a análise judicial não foi objeto de questionamento em feitos anteriores, devendo os autos retornarem ao juízo de origem a fim de realizar a instrução processual e serem os fatos devidamente analisados.

Como pedido alternativo, em caso da lide se encontrar madura, requerem os recorrentes que seja julgada a presente ação, reformando a sentença para determinar a anulação da hasta pública realizada por conta das nulidades e fraudes cometidas apontadas neste recurso.

Requer, também, a reforma da sentença no que diz respeito à fixação dos honorários de sucumbência em patamar elevado que em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

A parte apelada apresentou resposta às fls. 247/297.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

A Usina Santa Clara Ltda. e espólio de Ariovaldo Barreto propôs ação ordinária em face da União (Fazenda Nacional) e da FFB Participações e Construções Ltda., objetivando a declaração da nulidade da arrematação do imóvel penhorado na execução fiscal nº 94.0019243-6 (0019243-72.1994.4.05.8500), tendo em vista o advogado Dr. Marcos André Peres de Oliveira foi contratado pelo espólio de Ariovaldo Barreto nos autos de seu processo de inventário e também atuou como advogado das empresas Pontal Turismo Ltda., locatária do imóvel arrematado, e da FFB - Participações e Construções Ltda., arrematante do imóvel penhorado, nos autos da execução fiscal em epígrafe.

A sentença impugnada está assim escrita:

ACÇÃO ORDINÁRIA. ANULAÇÃO DA ARREMATAÇÃO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR QUANTO À ALEGADA IDENTIDADE DE ADVOGADO DAS PARTES COM INTERESSES CONFLITANTES. MATÉRIA OBJETO DE JULGAMENTO EM SEDE DE INCIDENTE NA EXECUÇÃO FISCAL. COISA JULGADA QUANTO À ALEGADA INTEMPERIDADE DO PAGAMENTO DO SALDO DO PREÇO DA ARREMATAÇÃO. TEMA TRAZIDO À APRECIÇÃO QUE JÁ FOI RECHAÇADO NOS AUTOS DA EXECUÇÃO FISCAL. INADMISSIBILIDADE DE SUA REDISSCUSSÃO. MATÉRIA COGNOSCÍVEL DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

1. Não se configura o interesse processual, quanto ao aspecto necessidade, a justificar o prosseguimento da marcha processual no tocante ao pleito de anulação da arrematação ante a **alegação de identidade de advogado a patrocinar interesses das partes conflitantes, eis que já foi alvo de pronunciamento judicial em sede de incidente processual na execução fiscal.**

2. A repetição dos argumentos já rechaçados nos autos da execução fiscal esbarra no óbice intransponível da coisa julgada, uma vez que já existiu expresso pronunciamento quanto ao direito, ao decidir que não houve intem-

pestividade no pagamento do saldo do preço da arrematação pelo arrematante capaz de gerar a anulação da arrematação.

3. A ocorrência da coisa julgada é matéria cognoscível de ofício pelo magistrado, a qualquer tempo e grau de jurisdição.

4. Extinção do feito sem resolução do mérito.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Falta de interesse de agir quanto à alegada nulidade da arrematação pela identidade do patrono das partes conflitantes.

Asseveram os autores que Dr. Marcos André Peres de Oliveira é advogado das partes conflitantes, eis que funcionou como causídico no processo de inventário do Espólio de Ariovaldo Barreto, titular do bem penhorado na execução fiscal epigrafada, como também das empresas FFB - Participações e Construções Ltda., arrematante do bem penhorado, e da Pontal Turismo Ltda., locatária do bem penhorado, na execução fiscal correlata.

Aduzem ter havido, em suma, quebra do sigilo profissional, violação do sigilo da estratégia jurídica e patrocínio infiel e simultâneo que contaminaram o certame, dando ensejo ao requerimento de anulação da arrematação.

Pois bem, observo que essa questão já foi suscitada no bojo da execução fiscal em que houve a arrematação, onde foi proferida decisão indeferindo o pedido e afastando todos os argumentos dispostos na petição inicial desta ação ordinária no tocante à anulação da arrematação devido ao patrocínio pelo mesmo advogado dos interesses das partes conflitantes.

Na presente sede processual são suscitados argumentos idênticos àqueles arguidos e já repelidos na própria execução fiscal, não se verificando qualquer fato ou argumento novo, que mereça análise por este juízo.

Verifica-se, por conseguinte, a ausência de interesse de agir, quanto ao aspecto necessidade, a justificar o posse-

guimento da presente marcha processual, quanto que já foram objeto de julgamento nesta seara judicial.

Ora, dentre as condições da ação, o interesse processual pode ser traduzido no binômio necessidade-utilidade, sendo o critério de utilidade entendido como o resultado prático que pode advir da tutela jurisdicional, o que é intimamente ligado à adequação procedimental para a consecução dos fins almejados.

Leciona o processualista Nelson Nery Junior:

Existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático. Movendo a ação errada ou utilizando-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não lhe será útil, razão pela qual a inadequação procedimental acarreta a inexistência de interesse processual.

Com efeito, adentrar no exame desta questão implicaria necessariamente em proceder à revisão de ato jurisdicional, em flagrante subtração da competência outorgada à instância superior, infringindo os ditames constitucionais e legais que regem o sistema recursal brasileiro. Nesse sentido, o art. 471 do Código de Processo Civil é peremptório ao afirmar que nenhum juiz decidirá de novo questões já decididas.

Evidenciada a configuração da ausência de interesse processual, quanto ao aspecto necessidade, devem os autos, quanto a este pleito, serem extintos sem apreciação meritória.

2.2. Eficácia preclusiva da coisa julgada quanto à alegada nulidade da arrematação pelo pagamento intempestivo do saldo do valor da arrematação.

De igual forma, quanto à alegação de que o pagamento do saldo do preço da arrematação foi intempestivo, verifico também a existência de óbice intransponível ao trânsito da demanda, a saber, a incidência dos efeitos preclusivos da coisa julgada a impedir a rediscussão de matéria já decidida.

Essa questão foi completamente analisada e decidida pelo

TRF da 5ª Região por meio do Agravo de Instrumento nº 104807/SE interposto pela Usina Santa Clara Ltda. contra a decisão proferida na execução fiscal em epígrafe que determinou o prosseguimento da execução com a expedição de Carta de Arrematação do bem levado a leilão e deferiu a imissão de posse do arrematante. O acórdão proferido pelo TRF da 5ª Região encontra-se transitado em julgado.

Destarte, tenho como afastados todos os argumentos relativos a este ponto dispostos na petição inicial desta ação ordinária, eis que consubstanciam-se mera reiteração daqueles já analisados no bojo da execução fiscal, sendo curial, portanto, a proclamação da ocorrência da coisa julgada, matéria passível de cognição de ofício pelo Magistrado.

3. DISPOSITIVO

3.1. Do exposto, extingo o feito sem resolução de mérito, a teor do art. 267, V e VI e § 3º, do Código de Processo Civil.

3.2. Condeno cada uma das autoras no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) (*pro rata*), em atenção aos critérios do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, notadamente a natureza, a importância e o elevado valor da causa; a quantia será atualizada a contar da presente data consoante as disposições do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal (Resolução n.º 561/2007 do Conselho da Justiça Federal), desconsiderando-se eventuais períodos de deflação.

3.3. Traslade-se cópia desta sentença para a execução fiscal e desansem-se os autos.

Os apelantes afirmam que na ação anulatória tenta-se esclarecer a fraude praticada pelo advogado Marcos André Peres de Oliveira, em virtude de o mesmo possuir informações sigilosas por ser advogado da Pontal Turismo Ltda. e da FFB - Participações e Construções Ltda., nos autos da execução fiscal nº 94.0019243-6, ambas com interesse conflitantes, e, também, advogado do Espólio de Ariovaldo Barreto. E, que o *advogado Marcos André se utilizou das informações que possuía do espólio de Ario-*

valdo Barreto, na qualidade de seu advogado, e também das informações que possuía da Pontal Turismo, para beneficiar a FFB - Participações e Construções Ltda., no processo de hasta pública do imóvel de propriedade do referido espólio, em prejuízo daquelas outras duas interessadas. Isto sem renunciar ou substabelecer qualquer um dos instrumento procuratório que lhe foi outorgado.

Portanto, procuram os apelantes provarem que houve violação da norma contida no art. 18 do Código de Ética da OAB. Estando a conduta do requerido estampada no preceito contido no art. 154 do Código Penal Brasileiro que define o crime de violação do sigilo profissional. Insistindo ele que houve por parte do requerido quebra do sigilo profissional, violação do sigilo da estratégia jurídica e patrocínio infiel e simultâneo que contaminaram o certame, dando ensejo ao requerimento de anulação da arrematação.

Ora, sobre esse assunto, o Magistrado *a quo* afirmou que ***foi suscitada no bojo da execução fiscal em que houve a arrematação, onde foi proferida decisão indeferindo o pedido e afastando todos os argumentos dispostos na petição inicial desta ação ordinária no tocante à anulação da arrematação, devido ao patrocínio pelo mesmo advogado nos interesses das partes conflitantes.***

Assim, trata-se de coisa julgada material, não cabendo mais discussão sobre o assunto.

Dessarte, é de se manter a sentença, uma vez que não deixou ela lacuna para interpretação diversa da apresentada.

No tocante aos honorários advocatícios, utilizo os mesmos critérios adotados pelo juiz singular contidos no art. 20, § 4º, do CPC, notadamente a natureza, a importância e o elevado valor da causa que foi atribuído em R\$ 638.000,00 (seiscentos e trinta e oito mil reais) (fl. 53), reduzo a verba honorária para R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 514.515-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO AZEVEDO (CONVOCADO)
Apelante: FUNDAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR - FUNESO
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. THAMINNE NATHÁLIA CABRAL MORAES E SILVA E OUTROS (APTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. ARTS. 150, VI, C, E 195, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ART. 55, II, DA LEI Nº 8.212/91. CERTIFICADO DE ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - CEBAS. AUSÊNCIA.

- Nos termos do art. 150, VI, c, da Constituição Federal, sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei. A teor do que dispõe o art. 195, § 7º, da CF/88, são isentas (que, em verdade, é imunidade) de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

- O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE-AgR 428815/AM decidiu que “sendo o Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos mero reconhecimento, pelo Poder Público, do preenchimento das condições de constituição e funcionamento, que devem ser atendidas para que a entidade receba o benefício constitucional, não ofende os arts. 146, II, e 195, § 7º, da Constituição Federal a exigência de emissão e renovação periódica prevista no art. 55, II, da Lei 8.212/91” (RE-AgR 428815/AM, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, publicado no DJ de 24.06.2005).

- No caso dos autos, a recorrente não demonstrou ter atendido os requisitos estabelecidos no art. 55 da Lei nº 8.212/91, porquanto não juntou aos autos o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social - CEBAS, expedido pelo Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS, requisito imperioso para obter o benefício constitucional.

- Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: MS 11.394/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14.02.2007, DJ 02.04.2007 p. 208, entre outros. Julgado desta eg. Primeira Turma: AGTR 49137/SE, DJ - Data: 17/02/2004, Relator Desembargador Federal Francisco Wildo, Decisão UNÂNIME.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 14 de abril de 2011 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO AZEVEDO -
Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO AZEVEDO (Convocado):

Cuida-se de apelação interposta pela FUNESO contra sentença que julgou improcedente o pedido inicial, formulado com vistas à restituição de valores indevidamente recolhidos a título de COFINS, em razão de ser entidade beneficente de assistência social e gozar da imunidade prevista no art. 150, VI, c, e no art. 195, § 7º, todos da CF/88.

A parte autora, em seu recurso, alega, em síntese, que, por ser entidade de educação e assistência social sem fins lucrativos, goza da isenção da COFINS, conferida pela MP 2158-35/2001. Aduz, ainda, que é entidade beneficente, constituída sob a forma de fundação de direito privado, devendo ser beneficiada pela imunidade prevista no art. 150, VI, c, e no art. 195, § 7º, todos da CF/88; que comprovou preencher todos os requisitos do art. 55 da Lei nº 8.212/91; que, no Parecer nº GQ-169, a Previdência Social dispensa as entidades criadas por lei de possuir o CEBAS-Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social.

Contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO AZEVEDO (Relator Convocado):

A matéria desenvolvida para exame deste Colegiado diz respeito à restituição de valores indevidamente recolhidos a título de COFINS, em razão de a autora se considerar entidade beneficente de assistência social e gozar da imunidade prevista no art. 150, VI, c, e no art. 195, § 7º, todos da CF/88.

Acerca da imunidade das instituições de educação e de assistência social dispõe o art. 150, VI, c, da Constituição Federal, com destaques acrescidos:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

- a) **patrimônio, renda ou serviços**, uns dos outros;
- b) templos de qualquer culto;
- c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, **das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei**;

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei,

mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

(...)

§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

No que tange à lei definidora dos requisitos necessários ao gozo do benefício constitucional, o Supremo Tribunal Federal, entendimento perfilhado por este Relator, decidiu no julgamento da ADI 1.802-3/DF que “a Constituição remete à lei ordinária, no tocante à imunidade tributária considerada, é a fixação de normas sobre a constituição e o funcionamento da entidade educacional ou assistencial imune; não, o que diga respeito aos lindes da imunidade, que, quando susceptíveis de disciplina infraconstitucional, ficou reservado à lei complementar”.

Destarte, o preenchimento apenas dos pressupostos estabelecidos pelo art. 14 do CTN não assegura à recorrente a qualidade de instituição de assistência social, a que se refere o art. 150, VI, c, da CF/88, nem o de entidade beneficente, aludida no art. 195, § 7º, da Constituição de 1988.

Demais disso, o Pretório Excelso ao apreciar o RE-AgR 428815/AM concluiu que os requisitos traçados pelo art. 55 da Lei nº 8.212/91, a exemplo da exigência de emissão e renovação periódica prevista no art. 55, II, da Lei 8.212/91, encontram amparo no texto constitucional e não ofendem os arts. 146, II e 195, § 7º, da Constituição Federal de 1988.

Realçou, ainda, o STF, que para a entidade receber o benefício constitucional previsto no art. 150, VI, c, é necessário o preenchimento das condições de constituição e funcionamento, e o Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos é mero reconhecimento, pelo Poder Público do atendimento a tais requisitos. A propósito, confira-se o teor da ementa do referido julgado:

EMENTA: I. Imunidade tributária: entidade filantrópica: CF, arts. 146, II e 195, § 7º: delimitação dos âmbitos da matéria reservada, no ponto, à intermediação da lei complementar e da lei ordinária (ADI-MC 1802, 27.8.1998, Perence, *DJ* 13.2.2004; RE 93.770, 17.3.81, Soares Muñoz, RTJ 102/304). A Constituição reduz a reserva de lei complementar da regra constitucional ao que diga respeito “aos lindes da imunidade”, à demarcação do objeto material da vedação constitucional de tributar; mas remete à lei ordinária “as normas sobre a constituição e o funcionamento da entidade educacional ou assistencial imune”.

II. Imunidade tributária: entidade declarada de fins filantrópicos e de utilidade pública: Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos: exigência de renovação periódica (L. 8.212, de 1991, art. 55). **Sendo o Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos mero reconhecimento, pelo Poder Público, do preenchimento das condições de constituição e funcionamento, que devem ser atendidas para que a entidade receba o benefício constitucional, não ofende os arts. 146, II, e 195, § 7º, da Constituição Federal a exigência de emissão e renovação periódica prevista no art. 55, II, da Lei 8.212/91.**
Decisão

A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime. Não participou deste julgamento o Ministro Eros Grau. 1ª Turma, 07.06.2005. (RE-AgR 428815/AM. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 07/06/2005. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação *DJ* 24-06-2005. PP-00040). Negritos que não constam no original.

No caso dos autos, a demandante não demonstrou ter atendido os requisitos estabelecidos no art. 55 da Lei nº 8.212/91, porquanto não juntou aos autos o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social - CEBAS, expedido pelo Conselho Nacional de assistência Social - CNAS, exigência imperiosa para obtenção do benefício constitucional, de modo que se impõe a manutenção da sentença.

Abraçando a tese ora sufragada, confira-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, com destaques nossos:

MANDADO DE SEGURANÇA. CERTIFICADO DE ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - CEBAS. INSTITUIÇÃO PORTADORA DE CERTIFICADO PROVISÓRIO DE ENTIDADE DE FINS FILANTRÓPICOS À ÉPOCA DA PUBLICAÇÃO DO DECRETO-LEI 1.572/77. DIREITO ADQUIRIDO À MANUTENÇÃO DE REGIME JURÍDICO. INEXISTÊNCIA. COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS DA NOVEL LEGISLAÇÃO. NECESSIDADE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NECESSIDADE.

1. A declaração de intributabilidade pertinente a relações jurídicas que se sucedem no tempo não ostenta o caráter de imutabilidade e de normatividade de forma a abranger eventos futuros (RTJ 106/1189).

2. A assertiva opera-se *pro et* contra o contribuinte, por isso que, se por um lado não há direito adquirido a regime jurídico tributário, por outro a declaração de que indevida a exação fiscal em determinado exercício, não se reveste do manto da coisa julgada em relação aos posteriores (*ratio essendi* da Súmula 239 do CPC).

3. A obtenção do certificado de entidade beneficente, posto ostentarem os estatutos finalidades filantrópicas na forma do Decreto-Lei 1.572/77, não exonera a pessoa jurídica, findo o prazo da isenção, da satisfação dos requisitos da *lege superveniens, in casu*, a Lei 8.212/91, no seu artigo 55, no afã de persistir no gozo do benefício fiscal, exatamente por força da não imutabilidade do regime fiscal.

4. Deveras, apreciando a questão do cognominado CEBAS, decidiu o egrégio STF que “sendo o Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos mero reconhecimento, pelo Poder Público, do preenchimento das condições de constituição e funcionamento, que devem ser atendidas para

que a entidade receba o benefício constitucional, não ofende os arts. 146, II, e 195, § 7º, da Constituição Federal a exigência de emissão e renovação periódica prevista no art. 55, II, da Lei 8.212/91". (RE-AgR 428815/AM, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, publicado no *DJ* de 24.06.2005).

5. O mandado de segurança é servil à comprovação desses requisitos, restando inviável extingui-lo em razão da oposição da entidade fiscal ou da necessidade de análise da documentação acostada, porquanto nenhuma dessas circunstâncias retira a liquidez e certeza do direito. Na primeira hipótese, porque a complexidade jurídica da causa não desqualifica a incontestabilidade do direito *in foco*, mercê de a entidade, nas informações, ter o dever de provar as objeções ao pedido formulado no *writ*. Na segunda hipótese, porque a documentação acostada pelo impetrante representa a denominada prova pré-constituída exigível para o *mandamus*.

6. É cediço que, para obter o favor fiscal (isenção da quota patronal da contribuição previdenciária), a entidade beneficente de assistência social carece comprovar, entre outros requisitos cumulativos, ser portadora do Certificado e do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecido pelo Conselho Nacional de Assistência Social, renovado a cada três anos (artigo 55, inciso II, da Lei 8.212/91).

7. A concessão do Certificado e do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, pelo Conselho Nacional de Assistência Social, *ex vi* dos artigos 9º e 18, IV, da Lei 8.742/93 (LOAS) *c/c* o artigo 3º do Decreto 2.536/98, reclama a demonstração cumulativa: (a) de estar legalmente constituída no País e em efetivo funcionamento nos três anos anteriores à solicitação do Certificado; (b) de estar previamente inscrita no Conselho Municipal de Assistência Social do município de sua sede se houver, ou no Conselho Estadual de Assistência Social, ou Conselho de Assistência Social do Distrito Federal; (c) de estar previamente registrada no CNAS; (d) da aplicação de suas rendas, seus recursos e eventual resultado operacional integralmente no território nacional e manutenção e no desenvolvimento de seus objetivos institucionais; (e) da aplicação das subvenções e doações recebidas nas finalidades a que estejam vinculadas; (f) da aplicação anual, em gratuidade, de

pelo menos vinte por cento da receita bruta proveniente da venda de serviços, acrescida da receita decorrente de aplicações financeiras, de locação de bens, de venda de bens não integrantes do ativo imobilizado e de doações particulares, cujo montante nunca será inferior à isenção de contribuições sociais usufruída; (f) da não distribuição de resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, sob nenhuma forma ou pretexto; (g) da não percepção, por seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores, benfeitores ou equivalente, de remuneração, vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título, em razão das competências, funções ou atividades que lhes sejam atribuídas pelos respectivos atos constitutivos; (h) da destinação, em seus atos constitutivos, em caso de dissolução ou extinção, do eventual patrimônio remanescente a entidades congêneres registradas no CNAS ou a entidade pública; (i) da não constituição de patrimônio de indivíduo ou de sociedade sem caráter beneficente de assistência social; (j) de ser declarada de utilidade pública federal.

8. *In casu*, a autoridade impetrada indeferiu o CEBAS, sob o fundamento de que a entidade, dita beneficente, teria deixado de demonstrar a aplicação anual, em gratuidade, de pelo menos vinte por cento da receita bruta proveniente da venda de serviços, acrescida da receita decorrente de aplicações financeiras, de locação de bens, de venda de bens não integrantes do ativo imobilizado e de doações particulares (artigo 3º, VI, do Decreto 2.536/98).

9. Deveras, não obstante a vastidão de documentos e contas apresentadas pela impetrante, não se vislumbra o direito líquido e certo alegado, em virtude da imprescindibilidade de produção de prova pericial contábil a fim de demonstrar o cumprimento da exigência de aplicação de percentual mínimo em gratuidade, *ex vi* dos Decretos 752/93 e 2.536/98, o que revela a inadequação da via eleita, ressaltando-se o direito do impetrante discutir a *quaestio* em demanda de cognição exauriente.

10. Mandado de segurança denegado.

(MS 11.394/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 14.02.2007, DJ 02.04.2007 p. 208).

Por todo o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 517.168-PB

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelante: JACKSON ALDAIR BEZERRA TELES (INCAPAZ)
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Reptes.: MARIA DE LOURDES TELES (APTE. INCAPAZ) E PROCURADORIA DO INSS (APDO.)
Adv./Proc.: DR. ALEXANDRE DA SILVA OLIVEIRA (APTE.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AMPARO SOCIAL. ARTIGO 203 DA CF/88. LEI Nº 8.742/93 E DECRETO Nº 6.214/2007. DEFICIENTE. INTERESSE DE MENOR. FALTA DE CHAMAMENTO DO MP. NÃO ANULAÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. COMPROVAÇÃO DA RENDA MÍNIMA. DESNECESSIDADE EM RAZÃO DA FALTA DE IMPUGNAÇÃO. ÓBITO ANTERIOR À REALIZAÇÃO DA PERÍCIA JUDICIAL. COMPROVAÇÃO DA DEFICIÊNCIA E DA INCAPACIDADE LABORAL. LIVRE CONVICÇÃO DO MAGISTRADO. TERMO INICIAL. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- A Lei nº 8.742/93 assegura à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que não possuem meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, a concessão de um salário mínimo de benefício mensal. Demonstrados os requisitos de incapacidade física para o labor, previstos na Lei nº 8.742/93, tem-se por devido o benefício assistencial disposto no art. 203 da CF/88.

- Em razão do princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988) e por se tratar de causa madura (art. 515, § 3º, do CPC), julga-se pela não anulação da sentença em razão do não chamamento do MP ao processo.

- A comprovação da renda mínima, por esta não

ter sido objeto de contestação do INSS, mostrou-se despicienda.

- A comprovação da deficiência da falecida ocorreu com a apresentação, pelo sucessor, de atestados médicos, anteriores ao requerimento administrativo, que confirmam a doença cardíaca da mesma, e o seu óbito, ocorrido antes da realização da perícia judicial, confirma a sua incapacidade para o trabalho, tendo em vista que a causa mortis refere-se à doença apresentada.

- “Vigora no processo civil brasileiro o princípio do livre convencimento motivado: de acordo com o artigo 131 do CPC, o magistrado apreciará livremente a prova, indicando na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento. Consolidando este entendimento, o artigo 436 do CPC estabelece que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos” (Precedente: AC 200703990274036, Desembargadora Federal Marianina Galante, TRF3 - Oitava Turma, 03/03/2011).

- O termo inicial da obrigação deve ser considerado como a data do requerimento administrativo, realizado em 27/05/2004.

- Os juros de mora foram fixados em 1% (um por cento) ao mês, até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, quando haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

- Honorários advocatícios fixados no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

- Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível, em que são partes as acima mencionadas, acordam os desem-

bargadores federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em dar provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 26 de abril de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
- Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de ação proposta por Valdirene Bezerra Ferreira, sucedida, em razão de óbito, por seu filho Jackson Al-Dair Bezerra Teles, incapaz, representado por sua avó Maria de Lourdes da Silva contra o INSS, objetivando a concessão do benefício de amparo social ao portador de deficiência, em virtude do indeferimento da autarquia quando do requerimento administrativo (ocorrido em 27/05/2004).

Ao final, o MM. Juiz de primeiro grau julgou improcedente o pedido da parte autora, em razão da não comprovação dos requisitos para concessão do benefício, posto que o óbito da autora ocorreu antes da realização da perícia judicial que comprovaria a capacidade ou não desta para o trabalho.

O sucessor da autora, representado por sua avó, apelou, alegando, preliminarmente, a nulidade da sentença, em razão da ausência de intervenção do Ministério Público em causa com interesse de menor e, no mérito, que o fato do óbito comprova a incapacidade da autora para o trabalho, e que o requisito da renda mínima não foi objeto de controvérsia.

Após contrarrazões e parecer do Ministério Público, sustentando os mesmos argumentos do apelante, subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

É o relatório.

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Trata-se de apelação interposta pelo sucessor da parte autora, alegando, preliminarmente, a nulidade da sentença, em razão da ausência de intervenção do Ministério Público em causa com interesse de menor e, no mérito, que o fato do óbito comprova a incapacidade da autora para o trabalho, e que o requisito da renda mínima não foi objeto de controvérsia.

O benefício em questão foi introduzido em nosso ordenamento pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 203, cujo teor segue transcrito abaixo:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I a IV - *Omissis*

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A matéria foi regulamentada com a edição da Lei nº 8.742/93, que assegura o benefício de prestação continuada aos deficientes e aos idosos, e do Decreto nº 6.214/07, que, além de prever o direito à obtenção deste, regulamenta-o de maneira minuciosa, discriminando, inclusive, as exigências para sua concessão.

Estabelecem os arts. 1º e 4º do anexo do Decreto nº 6.214/2007:

Art. 1º O Benefício de Prestação Continuada previsto no art. 20 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso, com idade de sessenta e cinco anos ou mais, que comprovem não possuir meios para prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

Art. 4º Para os fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se:

(...)

II - pessoa com deficiência: aquela cuja deficiência a inca-

pacita para a vida independente e para o trabalho;
III - incapacidade: fenômeno multidimensional que abrange limitação do desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social;
IV - família incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou do idoso: aquela cuja renda mensal bruta familiar dividida pelo número de seus integrantes seja inferior a um quarto do salário mínimo;
(...)

Dispõem os §§ 2º, 3º e 6º do art. 20 da Lei nº 8.742/93:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

(...)

§ 6º A concessão do benefício ficará sujeita a exame médico pericial e laudo realizado pelos serviços de perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

No processo em questão, o INSS alegou em contestação que o indeferimento do benefício se deu em virtude da perícia médica concluir pela inexistência de incapacidade para os atos da vida independente e para o trabalho. Por esta razão, despicienda se mostra a análise da satisfação da renda mínima, citada nos artigos supra, já que este requisito não foi objeto de contestação.

Pela análise dos autos, observa-se que a autora, antes do óbito, juntou aos autos atestados médicos que confirmam a condição de deficiência da falecida, portadora das doenças Hemibloqueio Anterior Esquerdo, Bloqueio ou Ramo Esquerdo ao feixe, sobrecarga ventricular esquerda (CID I06.0 e CID I50.0), caracterizando, ain-

da, disfunção Sistólica de grau importante, Estenose Aórtica Moderada e Sinais de Hipertensão Pulmonar (fls. 20/25). O médico que realizou os exames da falecida atestou pela sua incapacidade para o trabalho.

A perícia judicial, solicitada pela parte autora e deferida pelo magistrado de 1º grau, não pôde ser realizada, em razão do óbito desta. O juiz julgou improcedente o pedido, em razão da ausência de comprovação da incapacidade, que seria feita pela referida perícia. Desta forma, o interesse do menor, filho da *de cujus* e habilitado no processo, restou prejudicado. Entretanto, em razão do princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII da CF/1988) e por se tratar de causa madura (art. 515, § 3º, do CPC), julgo pela não anulação da sentença em razão do não chamamento do MP ao processo.

Apesar da ausência da perícia judicial, em face do óbito da autora antes que esta fosse realizada, verifica-se que a *causa mortis* presente no atestado de óbito (fl. 114) foi identificada pelo médico como sendo “choque cardiogênico”. Ora, se a autora sofria de doenças cardíacas, e veio a falecer em virtude destas, resta claro a gravidade destas enfermidades e, em consequência, a sua incapacidade para o trabalho. Neste sentido, veja-se o seguinte julgado deste egrégio Tribunal:

PREVIDENCIÁRIO E PROC. CIVIL. CONCESSÃO DE AMPARO SOCIAL. PREENCHIMENTO DE REQUISITOS. LEI Nº 8.742/93. ÓBITO NO CURSO DO PROCESSO. HABILITAÇÃO DE SUCESSOR. PRESTAÇÕES VENCIDAS. JURÓS MORATÓRIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA Nº 111-STJ.

- O benefício de prestação continuada, previsto no art. 20 da Lei nº 8.742/93, é devido a pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 65 anos ou mais (art. 34 da Lei 10.741/2003) que não possam prover sua própria subsistência por si mesmos ou por sua família.

- Apesar de não ter sido possível a realização da perícia médica judicial em face do óbito da parte autora, antes da data designada, restou suficientemente comprovada, nos autos, a gravidade da doença por ela apresentada. Segundo os documentos colacionados, a moléstia incapacitante foi diagnosticada como SIDA/AIDS, através de atestados

médicos de hospitais públicos anteriores a data do requerimento na via administrativa. Ademais, a demandante se sujeitou a tratamento médico durante o agravamento da doença que a levou a óbito no curso da demanda.

- O INSS não logrou desconstituir a alegação de hipossuficiência econômica da parte autora e de sua família para prover sua subsistência. Uma vez desempregada e sendo portadora da referida moléstia incapacitante, marcada por todo o tipo de preconceito, restou patente a impossibilidade de vir a ingressar no mercado de trabalho e promover seu próprio sustento.

- Há de se reconhecer à genitora da parte peticionária, devidamente habilitada nos autos como sua sucessora, o direito às parcelas do benefício a ela devidas desde a data do requerimento na esfera administrativa até a data do seu óbito, com juros e correção monetária.

- Juros de mora mantidos à razão de 1% ao mês, a contar da citação, mesmo que o ajuizamento da ação tenha se dado na vigência da MP nº 2.180-35, haja vista a inexistência de remessa obrigatória e de irrisignação do INSS no tocante a este aspecto da r. sentença.

- Correção monetária nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

- Uma vez deferida a antecipação da tutela em data anterior ao óbito, não de ser suspensos os seus efeitos desde seu deferimento.

- Honorários advocatícios mantidos em 10% sobre o valor da condenação e adequados aos termos da Súmula nº 111-STJ. Apelação e remessa obrigatória improvidas.

(AC 200181000230625, Desembargador Federal Maximiliano Cavalcanti, TRF5 - Primeira Turma, 08/10/2009).

Segundo o art. 436 do CPC, o juiz não está obrigado a decidir com base na perícia realizada. Este mandamento consagra o princípio do livre convencimento do magistrado, que informa que este pode valorar livremente as provas apresentadas, não estando vinculado a nenhum juízo preestabelecido.

Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

Neste mesmo sentido, veja-se o seguinte julgado do TRF/3ª Região:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DE AGRAVO LEGAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO-DOENÇA. PREENCHIDOS OS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. OBSCURIDADE. CONTRADIÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. INTUITO DE PREQUESTIONAMENTO.

I - O INSS opõe embargos de declaração do v. acórdão que negou provimento ao agravo legal por ele interposto.

II - Inexistência de obscuridade, contradição ou omissão no Julgado.

III - A autora portadora de insuficiência coronariana crônica, com pregresso de infarto do miocárdio. Também apresenta osteoartrose, com sintomas manifestos em joelhos e quadris. Conclui o perito médico judicial pela incapacidade total e permanente para exercer atividade profissional formal remunerada, com finalidade de manutenção do sustento.

IV - Demanda ajuizada em 06.09.2005, e o último recolhimento se deu em 02/1987. Voltou a recolher contribuições previdenciárias, de 04/2004 a 09/2004, retomando a qualidade de segurada, nos termos do artigo 24, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91.

V - Não que se falar em preexistência à nova filiação à Previdência, tendo em vista que, embora o perito médico tenha afirmado a incapacidade desde 1999, a autora é portadora de outras doenças degenerativas, de caráter progressivo, que provavelmente contribuíram para o estado de agravamento das enfermidades, aplicando-se, ao caso, a parte final do § 2º do artigo 42 da Lei nº 8.213/91.

VI - Vigora no processo civil brasileiro o princípio do livre convencimento motivado: de acordo com o artigo 131 do CPC, o magistrado apreciará livremente a prova, indicando na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento. Consolidando este entendimento, o artigo 436 do CPC estabelece que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

VII - Esta egrégia 8ª Turma, por unanimidade, entendeu que foram preenchidos os requisitos necessários à concessão da aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença.

VIII - A explanação de matérias com finalidade única de estabelecer prequestionamento a justificar cabimento de

eventual recurso não elide a inadmissibilidade dos embargos declaratórios quando ausentes os requisitos do artigo 535 do CPC.

IX - Embargos de declaração improvidos.

(AC 200703990274036, Desembargadora Federal Mariani-na Galante, TRF3 - Oitava Turma, 03/03/2011).

Desta forma, entendo pela incapacidade laboral da autora, em virtude das doenças cardíacas (que resultaram no óbito da autora) descritas em atestado médico apresentado pela própria, quando da petição inicial, sendo estes exames anteriores ao requerimento administrativo, sendo equivocada, *data vênia*, o entendimento do magistrado de 1º grau.

Sobre o termo inicial da obrigação, entendo que deve ser considerada a data do requerimento administrativo, ocorrido em 27/05/2004, conforme fl. 26, respeitada a prescrição quinquenal:

PREVIDENCIÁRIO. AMPARO SOCIAL. ARTIGO 203 DA CF/88. LEI Nº 8.742/93 E DECRETO Nº 1.744/93. DEFICIENTE VISUAL. COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE. SUPERAÇÃO DO LIMITE DA RENDA FAMILIAR. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA Nº 211 DO STJ.

I. A Lei nº 8.742/93 assegura à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que não possuem meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, a concessão de um salário mínimo de benefício mensal.

II. Esta Corte e o Superior Tribunal de Justiça já se posicionaram no sentido de que a condição de miserabilidade do requerente pode ser auferida por outros critérios objetivos além da renda familiar *per capita* inferior a um salário mínimo. (Precedentes: AC 333885/03-AL, Des. Federal Manoel Ehrardt, Pleno, TRF5, 11/03/2010; AGREsp 201000409445, Og Fernandes, STJ - Sexta Turma, 02/08/2010).

III. Preenchendo a parte autora os requisitos de incapacidade física para o labor, previstos na Lei nº 8.742/93, tem-se por devido o benefício assistencial disposto no art. 203 da CF/88.

IV. O termo inicial da obrigação deve ser considerado como a data do requerimento administrativo do benefício ou, na sua ausência, o da citação válida do INSS. No caso em

exame, tem-se como termo inicial da obrigação a data do requerimento administrativo.

V. Mantidos os juros de mora fixados na sentença, fixados na razão de 1% ao mês, a partir da citação.

VI. Honorários advocatícios fixados no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos da sentença, devendo ser observado disposto na Súmula nº 111 do STJ.

VII. Apelação improvida.

(AC 00037765620104059999, Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, TRF5 - Quarta Turma, 03/12/2010).

Quanto aos juros de mora, devem os mesmos incidir à razão de 1% (um por cento) ao mês, até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, quando haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Nesse sentido, transcrevo o seguinte precedente do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. VERBAS DE CARÁTER ALIMENTAR. JUROS DE MORA. 1% AO MÊS. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO.

1. De acordo com a iterativa jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, nas demandas previdenciárias, por envolverem verbas de natureza alimentar, deve incidir juros de mora de 1% ao mês, nos termos do art. 3º do Decreto-Lei 2.322/87.

2. Agravo regimental improvido.

(AAREsp 200700414784, Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, 22/11/2010)

Com relação aos honorários advocatícios determina o art. 20, § 3º e § 4º, do CPC, *in verbis*:

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável

vel, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante aplicação equitativa do juiz, atendidas as alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior.

O parágrafo terceiro do referido artigo estipula que os honorários advocatícios devem ser arbitrados em, no mínimo, 10%. A regra inserta no § 4º não significa que, vencida a Fazenda Pública, os honorários de advogados devam ser arbitrados, necessariamente em montante inferior a 10%.

Com isso, fixo os honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento) sobre valor da condenação, observando-se o disposto na Súmula nº 111 do STJ.

Diante do exposto, dou provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.492-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO
Apelantes: FABIANA SANTOS DE MENDONÇA, OLIVER FRANK GÜNTHER E FRANCISCA CRISTIANE LIMA DE OLIVEIRA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. GESSINEY NOBRE DA FONSECA (1º APTE.) E ANGEL ALBERTO DE OLIVEIRA COUTO NAPOLI (3º APTE.)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA OS COSTUMES PRATICADOS NO BRASIL. APLICAÇÃO DA LEI BRASILEIRA A ESTRANGEIRO. FAVORECIMENTO À PROSTITUIÇÃO, RUFIANISMO, TRÁFICO DE MULHERES, E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ARTS. 228, 230, 231 § 3º, E 288 DO CÓDIGO PENAL. ART. 241 DA LEI Nº 8.069/90. FOTOGRAFIAS DE CRIANÇAS EM POSES ERÓ-

TICAS. TURISMO SEXUAL. AGENTES QUE ALICIAVAM E ENVIAM MULHERES PARA EXERCEREM A PROSTITUIÇÃO NA EUROPA ATRAVÉS DE SÍTIO NA INTERNET, DE BOATE QUE MANTINHAM NO BRASIL. AGENTE QUE FOTOGRAFOU CRIANÇAS EM POSES ERÓTICAS PARA COLOCAR NO SÍTIO DA BOATE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. REDUÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL QUE PERMITEM A FIXAÇÃO DA PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PENA APLICADA SUPERIOR A NOVE ANOS DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO COMO O INICIAL DO CUMPRIMENTO DA PENA. APELAÇÕES IMPROVIDAS.

- A lei brasileira é aplicável ao estrangeiro que comete crimes no território nacional (art. 5º do Código Penal). Inexistentes tratados e convenções internacionais que reduzam a aplicação da lei brasileira, deve a lei nacional ser aplicada em sua integralidade.

- Agentes que, no Brasil, através de uma casa noturna (boate) situada no País, e de sítio da boate mantido na rede mundial de computadores, participavam de quadrilha internacional destinada a aliciar mulheres para a prostituição, para estrangeiros vindos da Europa, enviando-as, também, ao exterior (Alemanha) para exercerem, também, a prostituição, mediante a paga de uma “comissão”, por programa realizado pelas mulheres.

- Agente que tirava fotografias de mulheres para alimentar o site, tendo inclusive fotografado a filha de quatro anos em poses eróticas.

- Prova da participação de agentes que mantinham contato direto com o chefe da quadrilha, que enviava os estrangeiros para a exploração sexual, sendo recepcionados pelos agentes, para contato com as moças, mediante pagamento em

dinheiro, além de enviar(em) mulheres para exercer a prostituição na Alemanha, por períodos de cerca de três meses.

- Autoria e materialidade do ilícito comprovadas, em face do conjunto probatório constante dos autos.

- A valoração desfavorável das circunstâncias judiciais, por parte do julgador, permite a aplicação da “pena base” acima do mínimo legal.

- Cumprimento da pena em regime inicialmente fechado, em face das penas terem sido arbitradas em patamar superior a 09 (nove) anos de reclusão, nos termos do art. 33, § 2º, a, do Código Penal.

- Apelações improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações, 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, 14 de abril de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO AZEVEDO (Convocado):

Apelação interposta por Fabiana Santos de Mendonça, Oliver Frank Günther e Francisca Cristiane Lima de Oliveira, de sentença que os condenou pelos crimes previstos nos arts. 228, 230, 231, § 3º, e 288, do Código Penal, (favorecimento à prostituição, rufianismo, tráfico de internacional de pessoas e formação de quadrilha), sendo a última também condenada nas penas do art. 241

da Lei nº 8.069/90 (fotografar criança em pose pornográfica) da seguinte forma:

- a) Fabiana Santos de Mendonça à pena de 11 (onze) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e multa de 200 (duzentos) dias-multa, calculado cada dia-multa em 1/2 (meio) salário mínimo vigente à época dos fatos;
- b) Oliver Frank Günther à pena de 10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e multa de 180 (cento e oitenta) dias-multa, calculado cada dia-multa em 1/2 (meio) salário mínimo vigente à época dos fatos;
- c) Francisca Cristiane Lima de Oliveira à pena de 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e multa de 135 (cento e trinta e cinco) dias-multa, calculado cada dia-multa em 1/2 (meio) salário mínimo vigente à época dos fatos;

De acordo com a denúncia, a Embaixada Brasileira em Berlim -Alemanha, enviou telegrama ao Ministério das Relações Exteriores do Brasil, comunicando o suposto envolvimento do paciente em serviços voltados ao turismo sexual internacional, concentrados no sítio www.Brasil-club.de, hospedado na República Federal da Alemanha. Esses fatos foram relatados pelas autoridades da Chancelaria Brasileira ao Ministério da Justiça, tendo-se iniciado, então, o procedimento investigatório criminal em desfavor dos ora apelantes, presos no dia 25-10-2004 na Operação Mucuripe, realizada no Ceará, pela Polícia Federal.

Foram denunciados Siegmund Stille, Oliver Frank Günther, Francisca Cristiane Lima de Oliveira, Fabiana Santos de Mendonça, Mariza Santos de Santana e Rosilene Maria da Silva Ramos por se associarem para, visando aos lucros decorrentes da prostituição, enviarem mulheres, algumas delas menores de idade, para o exterior, em especial para a Alemanha, ou trazerem os estrangeiros para o Brasil a fim de explorarem o turismo sexual.

Na divisão de tarefas, os denunciados se dividiam da seguinte forma:

a) Siegmund Stille, considerado o chefe da organização, era sócio de Bernd Reichel (não denunciado), era responsável por uma agência de viagens que, através de sítios da Internet, disponibilizava pacotes de viagens para estrangeiros destinados ao encontro com jovens mulheres previamente escolhidas nos *sites*, onde constavam fotografias das moças nuas e em poses eróticas, sendo que, ocasionalmente, remetia as moças para o país de origem do cliente (réu em outro processo);

b) Oliver Frank Günther era o representante em Fortaleza de Siegmundo Stille, enviando a este, na Alemanha, material fotográfico para que ele alimentasse os sites e recepcionando os turistas estrangeiros no País através da boate Brasil Club, com o agenciamento de prostitutas para eles e a cooptação de mulheres para o exercício da prostituição na Alemanha;

c) Francisca Cristiane Lima de Oliveira agenciava as moças para serem fotografadas para o sítio e posteriormente enviadas para o Exterior, chegando a fotografar a filha, menor de 04 (quatro) anos de idade, em poses eróticas,

d) Fabiana Santos de Mendonça ciente das atividades criminosas da quadrilha e garota de programa no Brasil e no Exterior aliciava e tirava fotos das moças em estado de nudez, chegando a tirar fotos da filha de quatro anos de idade nua em poses eróticas;

Apela Fabiana Santos de Mendonça, sustentando a ausência de provas de sua participação nos fatos delituosos, afirmando que os depoimentos das testemunhas a teriam inocentado, requerendo a sua absolvição.

Pede, também, a redução da pena, que teria desconsiderado a sua primariedade e, ao fim, o direito de recorrer em liberdade ou de iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto ou aberto, por ser primária e de bons antecedentes – fls. 1125/1128.

Em suas contrarrazões, afirma o MPF quanto ao recurso de Fabiana que o corrêu Oliver Frank Günther esclarece que lhe teria emprestado uma máquina fotográfica para que ela tirasse fotografias das moças a serem colocadas no sítio da internet “brasil club”, e a corrê Rosilene Maria da Silva Ramos afirma que fora contratada por ela e Oliver como garota de programa, tendo a apelante

intermediado a sua viagem para a Alemanha para atender clientes, além de ter fotografado nua a sua filha de quatro anos de idade em poses pornográficas com a máquina emprestada por Oliver destinada a pôr as fotos das moças no *site*, restando provada a materialidade e a autoria dos delitos (fls. 1130/1136).

Em seu parecer, a douta Procuradoria Regional da República opina pelo improvimento da apelação de Fabiana Santos de Mendonça, esclarecendo que ela participava conscientemente da organização criminosa destinada à exploração sexual de mulheres tanto no Brasil como no Exterior, tirando fotos para alimentar o *site* criado por Oliver Frank Günther, tendo inclusive fotografado a filha de quatro anos de idade em posições pornográficas (embora afirme que não ia disponibilizar tais fotos) e selecionando moças para trabalhar como garotas de programa no Exterior, recebendo remuneração para isso.

No que tange à aplicação da pena, argumenta que a primariedade não é causa suficiente para que a pena seja aplicada no mínimo legal, especialmente quando presentes outras circunstâncias que sejam desfavoráveis ao réu. Além disso, ressalta que a apelante tem antecedentes que militam em seu desfavor, tendo a pena sido corretamente fixada – fls. 1146/1168.

Em seus recursos, Oliver Frank Günther e Francisca Cristiane Lima de Oliveira sustentam a inexistência de crimes contra eles em face da ausência de um tratado internacional entre o Brasil e a Alemanha no tocante ao crime consistente na manutenção do *site* “www.brasilclub.de”, através dos quais os crimes teriam sido cometidos, esclarecendo que eles apenas divulgam através do *site* fotos e depoimentos de pessoas que querem fugir da solidão, esclarecendo que o *site* apenas reforça a imagem do Brasil no Exterior no referente a mulatas, futebol e Carnaval; não havendo rufianismo, tráfico de mulheres e muito menos formação de quadrilha, e sim um serviço de acompanhantes através de um sítio na internet como vários existentes no Brasil.

Afirma ainda que a alteração do art. 231 do Código Penal, trazida pela Lei nº 11.106, de 29.03.2005, que criou o Tráfico Internacional de Pessoas, não pode ser aplicada às suas condutas, porque as suas prisões datam de 25.10.2004.

Por fim, ressaltam a inaplicabilidade dos arts. 288, § 3º, 230 e 288, todos do Código Penal, afirmando que não favoreceram a prostituição, não tiraram proveito da prostituição alheia e nem receberam recompensa financeira para tanto ou, sequer, associaram-se para cometer crimes, afirmando que a prisão, indiciamento e final condenação deles foram equivocados, porque não teriam cometido nenhum ilícito.

Sustentam a inexistência de provas, ressaltando que todos negaram veementemente a prática dos fatos delituosos em seus interrogatórios, e que os depoimentos das testemunhas de acusação foram vagos e imprecisos quanto à participação deles nos supostos delitos, havendo apenas conjecturas da acusação, requerendo, ao fim, as suas absolvições.

Contrarrazões do MPF às apelações de Oliver Frank Günther e Francisca Cristiane Lima de Oliveira, requerendo a manutenção da sentença condenatória, ressaltando que todo o acervo probatório dos autos atesta a participação deles nos fatos, esclarecendo, quanto à impossibilidade de enquadramento no art. 321 do Código Penal, existia à época dos fatos, tendo apenas sua redação alterada pela Lei nº 11.106/2005 – fls. 1192/1198.

Opinativo do ilustre representante do *Parquet* Regional, no sentido de negar provimento aos recursos, fundamentando-se na prova da autoria e da materialidade do delito, na inexistência de quaisquer causas de excludente da ilicitude – fls. 1204/1220.

É o relatório.

Ao eminente Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Nas apelações interpostas por Fabiana Santos de Mendonça, Oliver Frank Günther e Francisca Cristiane Lima de Oliveira, pretende-se a reforma da sentença que os condenou, respectivamente, às penas de 11 (onze) anos e 10 (dez) meses de reclusão, 10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 08 (oito) anos e 09

(nove) meses de reclusão, pela prática dos crimes previstos nos arts. 228, 230, 231 e 288 do Código Penal:

Transcrevo os dispositivos legais, tal como se encontravam em vigor, ao tempo dos ilícitos:

Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição, facilitá-la ou impedir que alguém a abandone.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

Art. 230 - Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha a exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena: reclusão, de três a oito anos.

Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena - reclusão, de um a três anos.

Art. 241 da Lei nº 8.069/90:

Art. 241. Apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores ou internet, fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente:

Pena: reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa.

Oliver sustentou, inicialmente, a inexistência de crimes contra si próprio (e em face dos demais listados na denúncia) em face da inexistência de um tratado internacional entre o Brasil e a Alemanha, no tocante ao delito de informática, consistente na manutenção do *site* “www.brasilclub.de”.

Com todas as vênias, equivocou-se o apelante no concernente à condenação. O presente feito não se vincula ao fato da manutenção de um *sítio* eletrônico na rede mundial de computadores, *sítio* no qual se veicularia, supostamente, propaganda de boate. O objeto da condenação de Oliver e das duas cúmplices vincula-se aos fatos relacionados ao **“favorecimento à prostituição” e ao “tráfico de pessoas”** (mais especificamente mulheres).

Incorre também em erro ao alegar que apenas poderia ser condenado pelos crimes em comento se houvesse algum tratado ou convenção internacional acerca dos delitos contra os costumes entre o Brasil e a Alemanha, País do qual é súdito.

O vigente Código Penal Brasileiro - CPB estatuiu, no art. 5º, a aplicação da "... lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional".

Depreende-se da pré-falada disposição que a lei brasileira é aplicável ao estrangeiro que cometa ilícitos no território nacional; e que as Convenções, os Tratados, e as regras do Direito Internacional, quando existentes, podem mitigar a aplicação da lei penal brasileira, no que se convencionou chamar de "princípio da territorialidade mitigada".

Inexistentes tratados e convenções internacionais que afastem a aplicação da lei brasileira, **esta última deverá ser aplicada em sua integralidade, e não excluída**, como requer o apelante.

Foi afirmado, ainda, que o art. 231 do Código Penal, com a modificação trazida pela Lei nº 11.106, de 29.03.2005, que criou o Tráfico Internacional de Pessoas, não pode ser aplicada às suas condutas, porque o fato delituoso e as suas prisões datam de 25.10.2004.

Contrariamente ao alegado pelo apelante, o art. 231 do Código Penal já vigia à época dos fatos (2004), com a seguinte redação:

Tráfico de mulheres:

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha a exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena: reclusão, de três a oito anos.

Posteriormente, a Lei nº 11.106, de 2005, alterou o art. 231, do CP, de modo a configurar o crime tráfico internacional de pessoas, alterando a capitulação do crime, mantendo a pena no *caput*, e acrescentando parágrafos com majorantes, vindo a ser alterado novamente pela lei nº 12.015/2009, que novamente manteve a pena do *caput*, porém alterando os parágrafos, sendo esta a nova redação:

Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

O apelante foi condenado pelo crime previsto no art. 231 do CP, por tráfico de mulheres, uma vez que estas eram os seus “alvos”, sendo-lhe imposta a pena conforme o disposto no *caput* do referido artigo, na definição e com a pena vigente à época dos fatos (2004), inexistindo, portanto, qualquer nulidade.

Estão indubitavelmente comprovadas nos autos, a autoria e a materialidade dos crimes.

No tocante a Oliver, observa-se que ele era sócio de Siegmund Stille, sendo o representante, no Brasil, da empresa/boate “Brasil Club”, fornecendo a Siegmund, na Alemanha, material fotográfico erótico de mulheres brasileiras, incluído no *site* da boate, além de aliciá-las e prepará-las não apenas para a recepção aos turistas estrangeiros que vinham ao Brasil, mas também para levá-las à Alemanha para o exercício da prostituição.

Embora no interrogatório Oliver tenha afirmado que recepcio-

nava os turistas na boate “Brasil Clube”, negou que o local era usado para a prostituição, ou que alimentava o *site* da boate com fotos de mulheres em poses eróticas, esclarecendo que teria emprestado sua máquina fotográfica a Fabiana, porém desconhecia que ela tirava as fotos de mulheres, algumas menores de idade para o *site* – fls. 61/65.

A tradução da documentação em meio magnético obtida no computador do apelante confirma que ele **sabia** – e participava ativamente – do esquema criminoso, conforme se observa da transcrição de *e-mails* enviados para Siegmund:

De Oliver
Para Sigg
Assunto: RW Reisen nach Brasilien

OLIVER diz que entende as considerações dos clientes, mas que no momento está meio difícil tirar fotos das garotas, especialmente fotos “sem roupa”, pois elas estão achando que estas fotos serão vendidas na Internet.

OLIVER comenta que os turistas estão muito satisfeitos com as garotas e que se sentem no “sétimo céu na sua companhia” – fl. 768.

7. De Oliver
Para Kerstin, ULRich
Assunto: Club.doc

Oliver diz que bateu um papo com o Silvester sobre o Brasil e gostaria que antes de sua partida, em fins de março, que viessem visitar o clube. Em seguida ele descreve a oferta de pacote turístico (voo, hospedagem, festas, etc...) a ser feita para os clientes que virão a Fortaleza, ressaltando que tal pacote inclui as acompanhantes brasileiras, destinado a clientes do sexo masculino.

Diz também que, naturalmente, serão discutidos os valores das comissões. Ele conclui dizendo que estão sendo enviadas, em anexo, fotos para “abrir o apetite” – fl. 769.

De: Sigg
Para: Oliver
Assunto: Re. Fortaleza

SIGGI começa relatando algum problema que teve com garotas no serviço, e então começa a dizer que eles (Bra-

sil-Club) precisam se organizar para dividir as meninas/mulheres em dois grupos: um grupo de meninas que ficaria à disposição dos serviços do clube por três meses (geralmente, “trabalhando” na Europa) e o grupo que “prestaria serviços” no Brasil, acompanhando os clientes pelo tempo que eles ficassem no Brasil.

SIGGI então detalha a operação dizendo que as meninas, voluntárias a irem para a Europa, somente receberiam dinheiro para as despesas pequenas, como passaporte e compra de mala, nada mais.

Além disso seria dada a elas a passagem aérea. SIGGI então sugere uma comissão, pelo agenciamento, na ordem de 250 a 350. Se a garota que agenciarem para a Europa tiver um desempenho positivo, pode ser aumentada essa comissão.

SIGGI diz que precisa, com urgência, se a MONICA quer vir para a Itália. Ele tem um cliente alemão, que mora lá, e gostou muito dela, e quer que ela venha passar três meses com ele. SIGGI diz que as meninas podem pegar os números de telefone dele e de sua esposa, para qualquer necessidade.

SIGGI diz que OLIVER tem que incentivar as meninas dizendo que quando elas estiverem na Alemanha e desempenharem bem o seu papel elas acabarão ganhando dinheiro dos clientes para ajudar suas famílias, por exemplo.

SIGGI diz que até hoje isso funcionou muito bem; mas que não devem adiantar nenhum dinheiro para as meninas. E continua dizendo que eles têm que ir ganhando a confiança das meninas.

Pede, então, mais fotos OLIVER, fotos de mulheres bonitas (“top”, como diz ele), e também de mulheres negras de peitos grandes” – fl. 771.

De: Oliver

Para SEGGI

Assunto: Re. Fortaleza:

OLIVER aborda aqui o problema da acomodação dos clientes. Diz que entrou em contato com um suíço que é dono de uma pousada em Iracema, a 200 metros da região dos bares e tal, que se chama POUSADA DO SUÍÇO, que segundo o seu dono, recebem praticamente só turistas sexuais da Europa.

A referida pousada oferece um pacote muito bom, com apartamentos de luxo, e demais facilidades por um bom preço – fl. 772.

Das transcrições acima observa-se que Oliver participava do esquema ativamente e tinha conhecimento da ilicitude, atraindo mulheres de Fortaleza/CE para a prostituição, recepcionando europeus para o chamado “turismo sexual” e também aliciando as moças para seguirem para o Exterior, a fim de passarem meses com os clientes como “acompanhantes”.

Ademais (e ainda de acordo com a sentença) foram encontradas na residência de Oliver várias fotos de mulheres nuas – fls. 1028.

Com relação a Francisca Cristiane Lima de Oliveira, que vivia com Oliver desde o ano de 2003, também está provada sua participação nos delitos.

Apesar de no respectivo interrogatório Francisca haver afirmado que desconhecia as atividades do companheiro e que não participava delas, tinha conhecimento de que ele recepcionava os turistas alemães e que os enviava a hotéis, bares e boates com garotas, sendo estes turistas encaminhados por Siegmund Stille – fls. 495/497.

Em reinterrogatório, e ao ser confrontada com as gravações de suas conversas com as garotas gravadas em Operação da Polícia Federal, Francisca veiculou respostas confusas acerca do motivo sobre o qual garotas ligavam para ela para contar quanto dinheiro recebiam de turistas estrangeiros, afirmando que eram mera confidências de namorados e que Oliver, como europeu, ajudava seus companheiros de continente interessados em conhecer garotas para um futuro matrimônio, não sabendo precisar a razão pela qual perguntava às garotas se elas conheciam moças bonitas para tirar fotos e com disponibilidade para viajar – fls. 495/497.

Além das gravações da Polícia Federal, as testemunhas são claras em confirmar a participação de Francisca Cristiane; confira-se:

“... que quem tirava fotos para o site BRASILCLUB eram os réus OLIVER FRANK GÜNTHER e FABIANA SANTOS DE MENDONÇA, fato este apurado durante os trabalhos de inteligência” – depoimento de Marcelo Andrei da Silva, fls. 233/238.

“que prendeu os Réus OLIVER FRANK GÜNTHER e FRANCISCA CRISITIANE LIMA DE OLIVEIRA, na própria casa deles; que quando de sua prisão em flagrante, os mencionados réus mostraram-se surpresos; que, durante as diligências, os mencionados réus permaneceram calados, mesmo quando encontrado o material” – depoimento de Carlos Alberto Ferreira Dias, fls. 242/244.

Com as gravações e o depoimento das testemunhas, bem como em face das fotos das garotas apreendidas na residência que ela dividia com Oliver, ficou provada a sua participação nos fatos delituosos.

Também ficou provada a participação nos fatos de Fabiana Santos de Mendonça, que retirava fotos das garotas em Recife/PE e em Fortaleza/CE, para abastecer o *site* da Brasil Club e enviar as fotos para os clientes estrangeiros via *e-mail*, a fim de que eles viessem ao País para turismo sexual.

Oliver confirmou que entregou a ela (Fabiana) sua máquina fotográfica, por três semanas, malgrado haja afirmado que desconhecia que ela (Fabiana) tirava fotos de mulheres nuas – fl. 62.

Contudo, Fabiana declarou, em seu interrogatório, que “... *Oliver chegou a cobrar as fotos encomendadas por ‘Sig’, tendo recolhido a máquina fotográfica digital que anteriormente tinha fornecido à depoente para tais fotos*” – fl. 54.

Quanto às fotos dos menores encontradas com Oliver, afirmou que desconhecia, embora não saiba explicar como as fotos de sua filha de 04 (quatro) anos de idade, à época, apareça nua, e com tatuagem falsa abaixo do umbigo, no meio das fotografias das garotas, alegando quanto às fotos dos menores, que teve encomenda de Siegmund Stille para tirá-las, porém tal não teria sido feito – fl. 55.

Confirmou, ainda, a sua participação no fatos, ao explicar que trabalhava como garota de programa, “esclarecendo que ‘SIG’

(Siegmund Stille) encaminhou a depoente a Félix, estrangeiro de nacionalidade desconhecida pela depoente, e proprietário da churrascaria CHACATACA, em Boa Viagem, no Recife, para a entrega de fotos eróticas. Que assim a depoente fez, assim como outras três amigas de nome Rosilene, Tássia e Joice”, afirmando, quanto às fotos, “... que ‘Sig’, quando soube que a depoente estava em Fortaleza, solicitou que a mesma tirasse fotos de garotas e as entregasse para Oliver, prometendo pagar o dinheiro que devia à depoente, que conhecia o *site* Brasil Club, presumindo que as fotos eram para o mesmo” – fl. 54.

Fabiana requereu, ainda, a redução da pena, em face do fato da sua primariedade.

A primariedade e os bons antecedentes, por si sós, não garantem a fixação da pena no mínimo legal.

A r. sentença, em atenção às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, fixou a pena-base em *quantum* acima do mínimo legal (dois anos de reclusão), por as haver valorado negativamente.

A apelante, no que toca à culpabilidade, o motivo, a conduta social, as circunstâncias, e às consequências dos crimes, granjeou conceito desfavorável relativamente às circunstâncias judiciais, o que autoriza a fixação da pena-base em *quantum* acima do mínimo legal, conforme já decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça - STJ (HC 25341/SP - T5 - Rel. Min. Gilson Dipp - DJ 22/04/2003 - p. 245).

Há, ainda, a impossibilidade de Fabiana apelar em liberdade; em se tratando de membro de uma quadrilha internacional destinada ao tráfico internacional de pessoas, tendo ligações diretas com o chefe da organização, o alemão Siegmund Stille, do qual recebia ordens diretas no tocante às fotos, tal não se faz juridicamente possível (repito) sendo de ressaltar-se que Fabiana permaneceu sob custódia (presa) durante toda a instrução criminal.

Em face da manutenção da pena em patamar superior a 09 (nove) anos de reclusão, nos termos do art. 33, § 2º, a, o regime inicial de cumprimento de pena, é o fechado.

Ante o exposto, nego provimento às apelações.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.523-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO AZEVEDO (CONVOCADO)
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E OUTROS
Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E OUTROS

PENAL. PROCESSO PENAL. SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO. ARTIGO 148 DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. CONJUNTO PROBATÓRIO. CONTINUIDADE DELITIVA. OBSERVÂNCIA DA INDIVISIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA DE DEFICIÊNCIA DA DEFESA. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. DOSIMETRIA DA PENA EXACERBADA. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA EM RELAÇÃO A TODOS OS APELANTES. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

- O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Valdeci João da Silva, Carlos Silva Brasileiro, Francisca Luíza Ferreira da Silva, Cícera Maria Alves Campos de Farias e Natálio Cândido da Silva todos qualificados nos autos, pela prática do crime previsto no art. 148, caput, do Código Penal.

- Não prospera a alegação de violação dos princípios da indivisibilidade da ação penal e da isonomia, porquanto, nada obstante a razoável quantidade de participantes do evento, restou comprovado pela prova coligida que a mobilização foi liderada pelos apelantes. Além disso, o acervo probatório possui elementos aptos à comprovação da autoria por parte deles, o que não pode ser ignorado tão somente em razão da existência de outras pessoas não denunciadas. Mais a mais, descabe aplicação do princípio da indivisibilidade da ação penal, na hipótese de ação penal pública, sobretudo porque os princí-

pios da indivisibilidade e da obrigatoriedade da ação penal não impedem o ajuizamento de outra ação pelo Ministério Público, ou mesmo um adiamento à denúncia.

- Também não há de se falar em deficiência da defesa, haja vista que a defesa prévia, à época, era peça processual dispensável, de forma que a sua ausência não constituía qualquer nulidade, tampouco podia ser considerada deficiência da defesa. Vislumbra-se, assim, que, apesar da ausência do defensor constituído, tal evento foi devidamente sanado com a designação de defensor para atuar na defesa dos acusados, de forma que inexistiu qualquer prejuízo à defesa, tampouco se pode falar em deficiência dela.

- Insta esclarecer que a defesa restou devidamente intimada para apresentação de defesa prévia, quando poderia arrolar testemunhas, mas assim não o fez, de forma que, ao deixar de apresentá-la e o rol de testemunhas, espontaneamente, após devidamente intimada para tanto, não há de se alegar cerceamento de defesa.

- O mesmo se pode afirmar em relação à apresentação de rol de testemunhas por parte da defesa, até porque, como é cediço, a oportunidade para tanto era a da defesa prévia. Ora, se esta não é indispensável, o mesmo, portanto, se pode afirmar em relação à indicação de testemunhas.

- Ressalte-se que, na forma do art. 563 do Código de Processo Penal e da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, não há que se declarar a nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo concreto e objetivo comprovado para o acusado.

- A materialidade delitiva resultou devidamente positivada através do ofício enviado pelo MPF ao Departamento de Polícia Federal (fl. 03 do IPL), pelo auto de reintegração de posse (fl. 07 do IPL)

e respectivo relatório de missão (fls. 08/09 do IPL) e pelo auto de apresentação e apreensão (fl. 10 do IPL). Corroborada ainda por depoimentos colhidos em Juízo, sob o crivo do contraditório. No atinente à autoria, apesar de todos negarem a prática delitativa, admitiram por ocasião de seus interrogatórios que estavam presentes na sede do INCRA quando dos fatos.

- Com efeito, da análise dos elementos de convicção encadernados aos autos, considerando-se as circunstâncias judiciais ínsitas no art. 59 do Código Penal, entendo que houve exasperação na pena-base, porquanto eles apontavam para a sua fixação bem próximo do mínimo legal.

- Indevida a majoração da pena com a utilização do meio ilícito já que se configura aí o próprio crime, de forma que o caráter típico e ilícito da ação não podem também ser considerados na dosimetria como elemento da culpabilidade nas circunstâncias judiciais, sob pena de incorrer-se em bis in idem.

- Também não restou esclarecido qual o anormal temor social infligido à sociedade – salvo os inerentes a qualquer crime –, que não restou demonstrado sequer pelo Ministério Público Federal, a quem cabia tal ônus, pelo que não se entende a qualificação de culpabilidade intensa. Da mesma forma não foi devidamente justificada a personalidade voltada para o crime infligida aos réus. A um, porque não amparada em prova técnica (laudo psicológico, por exemplo) ou outro documento apto a tanto. A dois, porque os antecedentes dos apelantes incluem tão somente crimes próprios de trabalhadores rurais que participam da luta por terras e, demais disso, não há notícia de condenação transitada em julgado.

- Sem atenuantes ou agravantes, remanesce inalterada a pena provisória. A seguir, ainda na

fase das circunstâncias legais, incide a causa especial do concurso formal de crimes, pelo que elevo esta pena de 2/3, e isso considerando que mais de sete pessoas foram vítimas do crime, resultando, assim, a pena definitiva em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão pelos tipos penais descritos nos artigos 148 e 70 do Código Penal.

- Reconhecimento da extinção da punibilidade dos agentes pelo decurso de mais de quatro anos, entre o recebimento da inicial acusatória e a prolação da sentença.

- Apelações providas. Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento às apelações, reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva dos apelantes, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 28 de abril de 2011 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO AZEVEDO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO DE AZEVEDO (Convocado):

Cuida-se de recursos de apelação tempestivamente interpostos pelo Ministério Público Federal (fls. 650/656) e pelos apelantes Valdeci João da Silva, Carlos Silva Brasileiro, Francisca Luíza Ferreira da Silva, Cícera Maria Alves Campos de Farias e Natálio Cândido da Silva contra a sentença prolatada pelo MM. Juiz da 13ª Vara Federal de Pernambuco (fls. 515/586), que julgou procedente a denúncia para condenar os réus sobreditos às penas de 3 (três)

anos de reclusão (os três primeiros) e 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão (os dois últimos), no regime semiaberto e sem substituição da pena privativa de liberdade, pela prática do tipo previsto no art. 148, *caput*, c/c o art. 70, ambos do Código Penal.

Inconformado, o *Parquet* manejou recurso de apelação em que postulou, em síntese, redução da pena-base em relação aos apelantes Valdeci João da Silva, Carlos Silva Brasileiro e Francisca Luíza Ferreira da Silva e sua substituição por penas restritiva de direitos, acaso não configurada a prescrição retroativa. Em relação a Cícera Maria Alves Campos de Farias e Natálio Cândido da Silva, não recorreu, mas tão somente pugnou pelo reconhecimento daquele tipo prescricional em face deles.

Natálio Cândido da Silva sustentou a inexistência de dolo na sua conduta e fragilidade do acervo probatório (fls. 591/593).

Por sua vez, Carlos Silva Brasileiro alegou insuficiência dos elementos de convicção carreados aos autos, bem como lesão ao princípio da isonomia, ao argumento de que não poderiam ser responsabilizadas apenas cinco pessoas por um fato de que teriam participado mais de cem (fls. 600/606).

Valdeci João da Silva e Francisca Luíza Ferreira da Silva ponderaram ter ocorrido a extinção da punibilidade deles, em vista da consubstanciação da prescrição retroativa, assim como nulidade dos atos perpetrados após o interrogatório, ao argumento de deficiência de defesa. Pleitearam absolvição, por insuficiência probatória, bem como redução da pena ao mínimo legal, com sua substituição por uma restritiva de direitos ou suspensão da execução penal (fls. 685/718).

Alfim, Cícera Maria Alves Campos de Faria requereu o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal e insuficiência probatória (fls. 719/726).

Contrarrazões ao recurso do *Parquet* (fls. 668/677 e 678/681) e ao dos apelantes (fls. 643/647, 648/649 e 730/731).

Parecer da Procuradoria Regional da República em fls. 735/739-v, na qual alegou, em síntese, inocorrência de qualquer deficiência na defesa, e comprovação da materialidade e autoria. Plei-

teou o reconhecimento da extinção da punibilidade em relação a Cícera Maria Alves Campos de Faria e Natálio Cândido da Silva e diminuição da pena-base infligida aos demais, sendo, porém, firmada acima do mínimo legal.

Sucinto relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO DE AZEVEDO (Relator Convocado):

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Valdeci João da Silva, Carlos Silva Brasileiro, Francisca Luíza Ferreira da Silva, Cícera Maria Alves Campos de Farias e Natálio Cândido da Silva todos qualificados nos autos, pela prática do crime previsto no art. 148, *caput*, do Código Penal.

Sustentou o *Parquet* que, no dia 03/03/1999, na sede do INCRA em Pernambuco, os acusados, munidos de foices, barras de ferro e de madeira, teriam privado de sua liberdade de locomoção, das 10h às 21h, treze servidores daquela autarquia.

A materialidade delitiva resultou devidamente positivada através do ofício enviado pelo MPF ao Departamento de Polícia Federal (fl. 03 do IPL), pelo auto de reintegração de posse (fl. 07 do IPL) e respectivo relatório de missão (fls. 08/09 do IPL) e pelo auto de apresentação e apreensão (fl. 10 do IPL). Vem ainda corroborada por depoimentos colhidos em juízo, sob o crivo do contraditório.

No atinente à autoria, apesar de todos negarem a prática delitiva, admitiram por ocasião de seus interrogatórios que estavam presentes na sede do INCRA quando dos fatos.

Cícera, quando ouvida em juízo, apesar de negar o fato de ter mantido alguém sob cárcere, admitiu ter participado da manifestação, inclusive, como presidente do assentamento *Mundo Novo* (fl. 46).

Francisca, embora não admita as acusações, também assumiu estar no momento da invasão, inclusive na condição de presidente da *Cooperativa do Assentamento de Marojzinho* (fl. 94).

Natálio, além de ter confirmado que esteve presente no local, foi apontado na Polícia Federal pelas testemunhas como atuante

da empreitada ilícita, consoante se constata dos termos de fls. 26/27 e 30/31 do IPL, que foram ratificados em juízo (fls. 229/230 e 233).

Quanto à prova testemunhal, Everaldo Guedes Mariz, testemunha arrolada pela acusação, narrou:

(...) que chefiou equipe da polícia federal encarregada de comparecer ao prédio do INCRA no dia 03/03/99 por volta das vinte ou vinte e uma horas, para averiguar a notícia de cárcere privado de funcionários do INCRA, por manifestantes do MST presentes no local; que ao chegar ao prédio do INCRA não lhe foi franqueada de imediato a entrada, encontrando-se os portões fechados; (...); que em contato com os funcionários, em torno de dez, constatou que de fato eles ali se encontravam forçosamente, todavia, foi negociada a liberação deles, ocorrida naquela mesma noite; (...) que em conversa com os funcionários retidos, por eles foi dito que sofreram ameaças genéricas e com botijões de gás que poderiam ser explodidos, bem como gracejos à funcionária mulher; que o clima ainda se encontrava tenso quando da chegada da equipe de policiais; (...) que a negociação a princípio seguiu bem, depois ocorreu o acirramento dos ânimos em face da presença no local de parlamentares, sendo necessária a atuação da tropa de choque na retaguarda, conseguindo-se êxito por volta das 14h30min do dia 04 de março (fls. 226/227).

Frederico Augusto Tavares de Melo, testemunha também indicada pelo MPF, disse:

(...) que é funcionário do INCRA e lembra-se de que em março/99 houve uma invasão de manifestantes do MST em número superior a cem, que se iniciou logo pela manhã do dia 03 de março; que em torno de onze funcionários, inclusive a testemunha, como chefe de gabinete, foram mantidos encarcerados no gabinete até cerca de 21h30min; que só foram liberados após a intervenção policial de uma equipe conjunta da polícia federal, polícia militar e BPTRAN; que durante o tempo em que não foi permitida a saída dos funcionários do local sofreram ameaças de explosão de botijões de gás carregados pelos manifestantes, haja vista que no recinto existiam duas bombas de combustíveis; que também foram ameaçados de servirem

como escudos humanos; (...) que foi a própria testemunha quem ligou para a polícia federal informando sobre o cárcere, do qual já havia dado conhecimento à presidência do INCRA; (...) (fl. 228).

João Pereira de Andrade Júnior, testemunha apontada pelo *Parquet*, asseriu:

(...) que é procurador do INCRA e se recorda que o motivo da invasão dos manifestantes eram reivindicações genéricas; que não se recorda se existiam grupos diversos de manifestantes no local; que a invasão começou por volta das 10h do dia 03 de março e prolongou-se até a tarde do dia seguinte; que se recorda que cerca de dez funcionários do INCRA ficaram retidos no prédio até por volta das 22h do dia 03 de março, sem poderem deixar o local por vedação dos manifestantes; que ditos funcionários foram ameaçados de serem usados como escudos humanos, bem como houve ameaça de explosão de botijões de gás; que muito embora os manifestantes estivessem munidos de foices, não houve qualquer ameaça direta ou agressão física por parte deles; que a liberação dos funcionários foi obtida após contato com a polícia federal e com a direção geral do INCRA em Brasília, sendo a negociação feita por uma equipe da polícia federal, com duração aproximada de uma ou duas horas; que também existia mulheres entre os manifestantes; que se recorda de estarem presentes no local os acusados Carlos Brasileiro, Francisca da Silva e Cícera de Farias, reconhecendo em audiência o primeiro e a última. (...) que eram vários os manifestantes, que cumpriam determinações das lideranças para fechada dos portões e proibição de saída do local, lembrando-se de que quando os funcionários do INCRA foram mantidos no gabinete do superintendente quem lhes vedava a saída era o acusado Carlos Brasileiro, além de outras pessoas, de que ora não se recorda; que a ameaça de explosão do botijão de gás recorda-se que foi feita pelo acusado Carlos Brasileiro. (...) (Fl. 229/230).

Claribel dos Santos Ribeiro, testemunha trazida aos autos pela acusação, expôs:

(...) que é funcionária do INCRA e se recorda de que no dia 03 de março de 1999 haver ocorrido invasão do prédio do

INCRA por manifestantes do MST; (...) que a invasão iniciou-se pela manhã do dia 03 de março, prolongou-se por todo o dia, não sabendo se foi prorrogada para o dia seguinte, haja vista que não compareceu no INCRA no dia 04 de março; (...) que se recorda de estarem presentes no local os acusados Valdeci da Silva, Carlos Brasileiro e Cícera de Farias, reconhecendo os três como os acusados aqui presentes; (...) que não sofreram os funcionários qualquer ameaça direta por parte dos acusados, mas acredita que eram eles os líderes que impediam a saída dos funcionários do gabinete, dentro do qual encontravam-se a portas fechadas. (...) (Fl. 231/232).

Sônia Maria Massa Ramalho, testemunha solicitada pelo MPF, narrou:

(...) que é funcionária do INCRA e lembra-se da invasão ocorrida ao prédio da autarquia em 03/03/99; (...) que foi uma dos treze funcionários cuja saída do prédio foi impedida no dia dos fatos; (...); que foram liberados por volta de vinte e duas horas e durante o dia sabe que os portões permaneceram fechados; (...) (fl. 233).

Patrícia Gouveia de Queiroz, testemunha arrolada pelo *Parquet*, esclareceu:

(...) que é funcionária do INCRA e se recorda da invasão promovida por manifestantes do MST no dia 03 de março de 1999, por reivindicações genéricas; que a invasão iniciou-se pela manhã e perdeu-se até o dia seguinte, havendo os manifestantes deixado o prédio após negociação com a polícia federal e a polícia militar; (...) que os manifestantes estavam munidos de foices, mas não presenciou ou tomou conhecimento de qualquer agressão física; que eram mais de cem os manifestantes, dentre eles mulheres; que cerca de dez funcionários do INCRA, dentre eles a testemunha foram impedidos de deixar o prédio durante todo o dia, inclusive para almoçar, havendo eles solicitado a entrega de almoço; que foram mantidos no gabinete da superintendência até aproximadamente 21h30min do dia 03 de março, não se recordando das ameaças mencionadas na denúncia; que a liberação deles foi negociada com os manifestantes pela Polícia Federal; que reconhece os três acusados aqui presentes e lem-

bra-se mais especificamente da presença do Sr. Carlos Brasileiro no dia dos fatos em tela; (...) (fls. 234/235).

Constantino Maximiliano Ponzo de Vasconcelos, testemunha indicada pela acusação, historiou:

(...) que conhece todos os acusados e indicou nominalmente os três aqui presentes; (...) que geralmente os acusados estão presentes nas invasões. (...) (fl. 236).

Com efeito, do exame percuciente dos autos, dúvida não resuma acerca da materialidade e das autorias delitivas.

Os esclarecimentos supra foram harmônicos ao elucidarem os detalhes da empreitada ilícita, demonstrando a existência da retenção exercida pelos apelantes em desfavor de vários funcionários do INCRA, que foram mantidos, involuntariamente, encarcerados nas dependências internas da sede da autarquia.

Devidamente configuradas, portanto, a materialidade e autorias delitivas.

Não prospera a alegação de violação dos princípios da indivisibilidade da ação penal e da isonomia, porquanto, nada obstante a razoável quantidade de participantes do evento, restou comprovado pela prova coligida que a mobilização foi liderada pelos apelantes. Além disso, o acervo probatório possui elementos aptos à comprovação da autoria por parte deles, o que não pode ser ignorado tão somente em razão da existência de outras pessoas não denunciadas. Mais a mais, descabe aplicação do princípio da indivisibilidade da ação penal, na hipótese de ação penal pública, sobretudo porque os princípios da indivisibilidade e da obrigatoriedade da ação penal não impedem o ajuizamento de outra ação pelo Ministério Público, ou mesmo um aditamento à denúncia.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. RECORRENTE DENUNCIADO POR APROPRIAÇÃO INDÉBITA E ESTELIONATO (ARTS. 168 E 171 DO CPB). EXCLUSÃO DE CORRÉUS DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA INDIVISIBILIDADE E OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. Por se tratar de ação pública incondicionada, o fato de, eventualmente, existirem outros agentes não denunciado, que teriam participado dos crimes em questão, não induz à anulação do processo já instaurado, porquanto os princípios da indivisibilidade e da obrigatoriedade da ação penal não obstam o ajuizamento, em separado, de outra ação pelo Ministério Público, ou mesmo o aditamento da denúncia, em momento oportuno, depois de coligidos elementos suficientes para embasar a acusação. A nulidade pretendida só teria lugar se fosse o caso de ação penal privada, nos termos do art. 48 do Código de Processo Penal. Precedentes do STJ e do STF (HC 59.302/PE, Rel(a). Min(a). Laurita Vaz, *DJU* 07.02.08).

2. Parecer do MPF pelo desprovimento do recurso.

3. Recurso Ordinário desprovido. (RHC 200701413707, Napoleão Nunes Maia Filho, STJ - Quinta Turma, 07/06/2010).

PENAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO MEDIANTE FRAUDE. ART. 19, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 7.492/86. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PARTICIPAÇÃO. ADMISSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. INAPLICABILIDADE. GESTÃO FRAUDULENTA. ART. 4º DA LEI Nº 7.492/86. INDUZIR OU MANTER EM ERRO REPARTIÇÃO PÚBLICA COMPETENTE. ART. 6º DA LEI Nº 7.492/86. NÃO CARACTERIZAÇÃO. REDUÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO RETROATIVA.

1. Inaplicável o princípio da indivisibilidade da ação penal, em se tratando de ação penal pública. Precedentes do STF.

2. Admissibilidade de gerente local de instituição financeira ser sujeito ativo do delito de gestão fraudulenta, conforme precedente da Quarta Seção deste Regional.

3. O fato da gestão fraudulenta ser crime próprio, não afasta a possibilidade da existência de concurso de agentes, sob a forma de participação, estendendo-se a outros agentes que não pertençam aos quadros da instituição financeira.

4. O crime de gestão fraudulenta/temerária não se consuma mediante apenas um ato, exigindo-se uma sucessão de práticas contínuas e habituais, hipótese inexistente no

caso presente. Precedentes deste Regional.

5. Não configurada a figura típica prevista no art. 6º da Lei nº 7.492/86, consistente em induzir ou manter em erro repartição pública competente, uma vez não enquadrada neste conceito a Caixa Econômica Federal, figura reservada ao Banco Central do Brasil (BACEN) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), órgãos responsáveis pela fiscalização no sistema financeiro nacional.

6. Caracterizada a fraude para a obtenção de financiamento em instituição financeira oficial (art. 19, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86), mediante a prestação de declarações falsas em Relatório Síntese, documento encaminhado pelas autoridades regionais à Diretoria da instituição financeira, conforme procedimento exigido para a concessão de financiamento habitacional, onde constam os elementos-base da operação e a conclusão dos respectivos estudos técnicos.

7. Redimensionamento das penas privativas de liberdade, acarretando a declaração de extinção da punibilidade em face da prescrição da pretensão punitiva. (ACR 200304010264220, Tadaaqui Hirose, TRF4 - Sétima Turma, 22/08/2007).

Também não há de se falar em deficiência da defesa, haja vista que a defesa prévia, à época, era peça processual dispensável, de forma que a sua ausência não constituía qualquer nulidade, tampouco podia ser considerada deficiência da defesa.

O mesmo se pode afirmar em relação à apresentação de rol de testemunhas por parte da defesa, até porque, como é cediço, a oportunidade para tanto era a da defesa prévia. Ora, se esta não é indispensável, o mesmo, portanto, se pode afirmar em relação à indicação de testemunhas.

Quanto à ausência do advogado por ocasião da realização de audiência de oitiva das testemunhas de acusação, ressalto que, consoante se infere do termo de fl. 225, o juízo cuidou de nomear defensor para tal ato. Mais a mais, na sequência da audiência, a Dra. Renata de Carvalho Ferreira, OAB/PE nº 20082, compareceu à assentada, momento em que retomou a defesa de Cícera.

Vislumbra-se, assim, que, apesar da ausência do defensor constituído, tal evento foi devidamente sanado com a designação

de defensor para atuar na defesa dos acusados, de forma que inexistiu qualquer prejuízo à defesa, tampouco se pode falar em deficiência dela.

Insta esclarecer que a defesa restou devidamente intimada para apresentação de defesa prévia, quando poderia arrolar testemunhas, mas assim não o fez, de forma que, ao deixar de apresentá-la e o rol de testemunhas, espontaneamente, após devidamente intimada para tanto, não há de se alegar cerceamento de defesa.

Mais a mais, no período em que os recorrentes estiveram sem patrono, após a renúncia informada à fl. 264, o feito já se encontrava na fase do extinto art. 499 do CPP, não houve entrave à apresentação das alegações finais e arrolamento de testemunhas.

Ressalte-se que, na forma do art. 563 do Código de Processo Penal e da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, não há que se declarar a nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo concreto e objetivo comprovado para o acusado.

A jurisprudência agasalha o entendimento supra:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. NULIDADE DO PROCESSO. INTERROGATÓRIO REALIZADO NO MESMO DIA DA CITAÇÃO. NULIDADE RELATIVA. PACIENTE ASSISTIDO POR DEFENSOR EM TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PRINCÍPIO DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo a legislação penal em vigor, é imprescindível quando se trata de nulidade de ato processual a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*.

2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça entende ser imprópria a realização de interrogatório no mesmo dia da citação do acusado. Entretanto, o reconhecimento da nulidade prescinde da demonstração do efetivo prejuízo, o que não se constata na hipótese.

3. Na hipótese, o paciente foi citado para o interrogatório no mesmo dia da realização do ato.

4. O paciente, preso em flagrante, foi citado e levado ao Juízo, para o interrogatório, no qual negou a prática delitiva. Houve, ainda, a apresentação da defesa prévia, das

alegações finais, e interposição de apelação que, inclusive, restou parcialmente provida pelo Tribunal de origem.

5. Não obstante o escasso tempo entre a citação e o interrogatório, não houve prejuízo para a defesa do paciente, mormente quando foi ele assistido por advogado, durante toda a instrução processual. Além disso, a exordial não indica nenhum prejuízo concreto ao direito de defesa que teria advindo em razão do exíguo prazo entre a citação e o interrogatório, limitando-se a arguir a nulidade abstratamente.

6. Ordem denegada. (HC 200900181069, Laurita Vaz, STJ - Quinta Turma, 07/02/2011).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES (ART. 33 C/C ART. 40 DA LEI 11343/06). INTERNACIONALIDADE DO DELITO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. NULIDADE. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ERRO DE TIPO. NÃO COMPROVADO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PROVA TESTEMUNHAL. POLICIAL FEDERAL. POSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA. RAZOABILIDADE. RECURSOS IMPROVIDOS.

1. Comprovada a transnacionalidade da origem (Bolívia) e da destinação (Europa) da droga apreendida, mostra-se incontroversa a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito em tela, nos termos do art. 70 da Lei nº 11.343/06.

2. A exigência de fundamentação de um ato judicial deve ser compatível com o momento processual de sua prolação. Assim, para o recebimento da exordial, é suficiente a análise da regularidade da peça acusatória, da presença de justa causa para a ação penal (lastro probatório mínimo), bem como das hipóteses de absolvição sumária contidas no art. 397 do CPP.

3. Inexiste nulidade no ato de recebimento da denúncia que, fundamentadamente, deixa de apreciar o elemento subjetivo do tipo e a efetiva destinação da droga, por exigir convicção exauriente.

4. De acordo com o sistema da instrumentalidade das formas, adotado pela jurisprudência pátria, não se declara a nulidade do ato sem a demonstração do efetivo prejuízo para a parte.

5. Consoante disciplina o art. 20 do CP, o erro de tipo essencial constitui uma falsa percepção da realidade, no que tange aos elementos constitutivos do tipo penal, impedindo, pois, o agente de compreender o caráter ilícito da conduta praticada.

6. A alegação genérica e isolada de desconhecimento da droga não tem o condão de mitigar os demais elementos probatórios coligidos ao longo da instrução processual, que demonstram a vontade livre e consciente dos agentes na prática delituosa.

7. O crime de tráfico de drogas é de perigo abstrato, e, portanto, consuma-se com a prática da conduta, independentemente de comprovação da produção de situação de perigo.

8. A condição de policial federal não tem o condão de desqualificar a testemunha, mormente quando as informações prestadas se coadunam com os demais elementos probatórios. Ressalte-se que, na hipótese vertente, a prova testemunhal não foi produzida unicamente com a oitiva dos agentes da Polícia Federal.

9. No que tange à dosimetria da pena, o julgador obedeceu ao sistema trifásico estabelecido no art. 68 do Código Penal, observando, com inteireza, os ditames do art. 44 da Lei 11.343/06 no sopesamento das circunstâncias do caso concreto.

10. A pena-base foi fixada no mínimo legal (5 anos) e exacerbada pela causa de aumento da transnacionalidade em sua menor fração (1/6). Outrossim, mostra-se razoável a aplicação da causa de diminuição do parágrafo 3º do art. 33 da Lei 11.343/06 em patamar intermediário (1/3), porquanto a qualidade da droga apreendida e a organização da empreitada criminosa evidenciam uma maior reprovabilidade na conduta dos agentes.

11. Não merece reparo a pena privativa de liberdade arbitrada em 3 (três) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias, porquanto proporcional ao delito praticado pelos réus.

- Apelações improvidas. (ACR 200881000035367, Desembargador Federal José Maria Lucena, TRF5 - Primeira Turma, 30/04/2010).

PROCESSUAL PENAL E PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990). PRELIMINARES. NULIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA APRESEN-

TAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

1. Por ocasião do interrogatório do réu em juízo, o mesmo foi intimado, por meio de seu advogado regularmente constituído, para apresentar defesa prévia no prazo legal e arrolar testemunhas.

2. Ao deixar de apresentar, espontaneamente, a defesa prévia e o rol de testemunhas, o recorrente não pode alegar cerceamento de defesa. Precedentes do STJ: HC nº 39.661/SP e RHC nº 15.658/SP. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO E DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PARA APRESENTAR DEFESA DA ESFERA ADMINISTRATIVA. OBSERVÂNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

3. Há nos autos provas de que o réu teve ciência, por meio de aviso de recebimento (AR) e em duas ocasiões distintas, acerca do trâmite do procedimento investigativo que resultou na constituição definitiva do crédito tributário.

4. A correspondência informando o início da fiscalização foi devidamente encaminhada ao endereço constante das declarações de imposto de renda do acusado, ou seja, no domicílio tributário eleito pelo contribuinte, conforme prevê o art. 23 do Decreto-Lei nº 70.235, de 6 de março de 1972, com a redação dada pela Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997.

5. A intimação foi perfeitamente válida, ainda que o destinatário não tenha pessoalmente assinado o AR anexado à correspondência, pois a lei não faz tal exigência. Precedentes do STJ: HC nº 30.355 e REsp nº 754.210/RS.

6. Novo endereço do recorrente foi obtido pela Receita Federal mediante consulta ao Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) do recorrente, o que também é perfeitamente válido. Além disso, várias são as evidências de que o réu também tinha residência na cidade de Caruaru (PE), local onde, segundo ele próprio, desenvolvia atividade agropecuária.

7. No decorrer das investigações, o acusado apresentou à Secretaria da Receita Federal em Palmas/TO documentos por ela solicitados, fato que demonstra que o recorrente teve ciência do processo administrativo fiscal e oportunidade de exercer seu direito de ampla defesa no decorrer

dele. MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS.

8. A materialidade e a autoria do delito restaram comprovadas.

9. Para a consumação do tipo penal fixado no art. 1º da Lei nº 8.137/90 é exigida apenas a supressão ou redução do tributo, somadas às condutas trazidas nos seus incisos, sendo indiferente a origem dos valores, desde que constituam renda.

10. No processo penal, o ônus de provar o alegado incumbe à parte que o fizer (art. 156 do Código Penal). Na hipótese, as alegações da defesa não tiveram o condão de infirmar as provas colhidas no processo administrativo e durante a instrução criminal.

11. Presentes, portanto, os elementos caracterizadores do tipo penal – art. 1º, I, da Lei nº 8.137, de 1990 – aí incluído o dolo específico, que é a vontade livre e consciente dirigida à supressão de tributo mediante omissão de informações ao Fisco quando da apresentação das declarações de rendimentos.

12. Apelação improvida. (ACR 200783020010728, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, TRF5 - Primeira Turma, 25/03/2010).

No atinente à dosimetria penal, entendo que merece reforma em relação a todos os apelantes.

Com efeito, da análise dos elementos de convicção encaderados aos autos, considerando-se as circunstâncias judiciais ínsitas no art. 59 do Código Penal, entendo que houve exasperação na pena-base, porquanto eles apontavam para a sua fixação bem próximo do mínimo legal.

Ora, a pena prevista para o crime sob exame (art. 148, *caput*, do CP) é de **01 a 03 anos de reclusão**, e a pena estabelecida para Valdeci João da Silva, Carlos Silva Brasileiro e Francisca Luíza Ferreira da Silva alcançou **02 anos e 06 meses de reclusão**, ou seja, duas vezes e meia a pena mínima prevista, enquanto em face de Cícera Maria Alves Campos de Farias e Natálio Cândido da Silva foi estabelecida em **02 anos de reclusão**, o dobro do mínimo previsto, sem, a meu sentir, que as circunstâncias judiciais autorizassem tais montantes.

Na análise da culpabilidade como circunstância judicial, a sentença estabeleceu “classifica-se a culpabilidade entre intensa, média ou reduzida. No caso, verifica-se que os réus se utilizaram de meio ilícito para atingirem o objetivo de reunirem-se com os representantes do INCRA, visto que privaram a liberdade de servidores do órgão, condicionando-a ao atendimento de seu pleito. Referida ação espalha medo e insegurança não só para os servidores do INCRA, mas para toda a sociedade. Sobre as condutas dos acusados, pois, incide reprovação social de grau intenso”.

Tal argumento não se mostra apto à majoração da pena, porque o meio ilícito já configura o próprio crime, de forma que o caráter típico e ilícito da ação não podem também ser considerados na dosimetria como elemento da culpabilidade nas circunstâncias judiciais, sob pena de incorrer-se em *bis in idem*.

Outrossim, como bem narrou o *Parquet* às fls. 651/656, a suposta perturbação da sociedade, que teria sofrido medo e insegurança com a ação dos apelantes, não restou devidamente narrada na inicial acusatória, o que impossibilita a defesa nesse ponto, configurando-se ausência de nexos entre denúncia e sentença.

Também não restou esclarecido qual o anormal temor social infligido à sociedade – salvo os inerentes a qualquer crime –, que não restou demonstrado sequer pelo Ministério Público Federal, a quem cabia tal ônus, pelo que não se entende a qualificação de culpabilidade intensa.

Da mesma forma não foi devidamente justificada a personalidade voltada para o crime infligida aos réus. A um, porque não amparada em prova técnica (laudo psicológico, por exemplo) ou outro documento apto a tanto. A dois, porque os antecedentes dos apelantes incluem tão somente crimes próprios de trabalhadores rurais que participam da luta por terras e, demais disso, não há notícia de condenação transitada em julgado.

Também o fato de os apelantes estarem portando foices, barras de ferro e madeiras não justifica a vultosa majoração da reprimenda, haja vista que se trata de instrumentos próprios do cotidiano dos trabalhadores rurais, inclusive sendo utilizados na armação de barracas por eles utilizadas nos protestos. Justificaria, sim, o montante da pena atribuído, o fato de eles portarem arma

de fogo, explosivos etc., mas não utensílios voltados às suas práticas rurícolas.

Sendo assim, pela ausência de circunstâncias judiciais efetivamente desabonadoras, entendo que a dosimetria penal atribuída aos apelantes deve ser a seguinte:

No que toca ao réu Valdeci João da Silva, quanto às circunstâncias judiciais – art. 59 do CP –, tenho que atuou com culpabilidade normal para os delitos da espécie, isso dentro da respectiva moldura de imputação subjetiva. Os antecedentes, ante a ausência nos autos de certidão indicativa de condenação com trânsito em julgado, não desfavorecem a análise. A conduta social, desconhecida do juízo, tampouco prejudica a valoração. Em relação à personalidade, não denota transtornos anti-sociais constatáveis. Motivos, a vontade de reunir-se com representantes do INCRA. Circunstâncias normais para os delitos da espécie. 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 **1 (um) ano de reclusão**.

Sem atenuantes ou agravantes, remanesce inalterada a pena provisória. A seguir, ainda na fase das circunstâncias legais, incide a causa especial do concurso formal de crimes, pelo que elevo esta pena de 2/3, e isso considerando que mais de sete pessoas foram vítimas do crime, resultando, assim, a pena definitiva em **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**.

Em relação a Carlos Silva Brasileiro, quanto às circunstâncias judiciais – art. 59 do CP –, tenho que agiu com culpabilidade normal para os delitos da espécie, isso dentro da respectiva moldura de imputação subjetiva. Os antecedentes, ante a ausência nos autos de certidão indicativa de condenação com trânsito em julgado, não desfavorecem a análise. A conduta social, desconhecida do juízo, tampouco prejudica a valoração. Em relação à personalidade, não denota transtornos anti-sociais constatáveis. Motivos, a vontade de reunir-se com representantes do INCRA. Circunstâncias normais para os delitos da espécie. 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 **1 (um) ano de reclusão**.

Sem atenuantes ou agravantes, remanesce inalterada a pena provisória. A seguir, ainda na fase das circunstâncias legais, incide a causa especial do concurso formal de crimes, pelo que elevo esta pena de 2/3, e isso considerando que mais de sete pessoas foram vítimas do crime, resultando, assim, a pena definitiva em **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**.

No que diz respeito à Francisca Luíza Ferreira da Silva, quanto às circunstâncias judiciais – art. 59 do CP –, tenho que atuou com culpabilidade normal para os delitos da espécie, isso dentro da respectiva moldura de imputação subjetiva. Os antecedentes, ante a ausência nos autos de certidão indicativa de condenação com trânsito em julgado, não desfavorecem a análise. A conduta social, desconhecida do juízo, tampouco prejudica a valoração. Em relação à personalidade, não denota transtornos anti-sociais constatáveis. Motivos, a vontade de reunir-se com representantes do INCRA. Circunstâncias normais para os delitos da espécie. 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 **1 (um) ano de reclusão**.

Sem atenuantes ou agravantes, remanesce inalterada a pena provisória. A seguir, ainda na fase das circunstâncias legais, incide a causa especial do concurso formal de crimes, pelo que elevo esta pena de 2/3, e isso considerando que mais de sete pessoas foram vítimas do crime, resultando, assim, a pena definitiva em **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**.

No que pertine à Cícea Maria Alves Campos de Farias, quanto às circunstâncias judiciais – art. 59 do CP –, tenho que operou com culpabilidade normal para os delitos da espécie, isso dentro da respectiva moldura de imputação subjetiva. Os antecedentes, ante a ausência nos autos de certidão indicativa de condenação com trânsito em julgado, não desfavorecem a análise. A conduta social, desconhecida do juízo, tampouco prejudica a valoração. Em relação à personalidade, não denota transtornos anti-sociais

constatáveis. Motivos, a vontade de reunir-se com representantes do INCRA. Circunstâncias normais para os delitos da espécie. 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 **1 (um) ano de reclusão**.

Sem atenuantes ou agravantes, remanesce inalterada a pena provisória. A seguir, ainda na fase das circunstâncias legais, incide a causa especial do concurso formal de crimes, pelo que elevo esta pena de 2/3, e isso considerando que mais de sete pessoas foram vítimas do crime, resultando, assim, a pena definitiva em **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**.

No tocante a Natálio Cândido da Silva, quanto às circunstâncias judiciais – art. 59 do CP –, tenho que agiu com culpabilidade normal para os delitos da espécie, isso dentro da respectiva moldura de imputação subjetiva. Os antecedentes, ante a ausência nos autos de certidão indicativa de condenação com trânsito em julgado, não desfavorecem a análise. A conduta social, desconhecida do juízo, tampouco prejudica a valoração. Em relação à personalidade, não denota transtornos anti-sociais constatáveis. Motivos, a vontade de reunir-se com representantes do INCRA. Circunstâncias normais para os delitos da espécie. 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 **1 (um) ano de reclusão**.

Sem atenuantes ou agravantes, remanesce inalterada a pena provisória. A seguir, ainda na fase das circunstâncias legais, incide a causa especial do concurso formal de crimes, pelo que elevo esta pena de 2/3, e isso considerando que mais de sete pessoas foram vítimas do crime, resultando, assim, a pena definitiva em **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**.

Pelo exposto, julgo procedente a denúncia, para condenar Valdeci João da Silva, Carlos Silva Brasileiro, Francisca Luíza Ferreira da Silva, Cícera Maria Alves Campos de Farias e Natálio Cândido da Silva à pena de **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**, dando-os, pois, como incurso nas sanções do art. 148, c/c art. 70, *caput*, ambos do Código Penal.

O regime carcerário é o aberto, que estabeleço de acordo com o que dispõe o art. 33, § 3º, do Código Penal, e isso levando em conta as circunstâncias do art. 59 do mesmo diploma e porque as condições subjetivas dos condenados não permitem a fixação de outro.

Outrossim, como é cediço, de acordo com o comando encontrado no art. 61 do Código de Processo Penal, se o Juiz reconhecer que a punibilidade está extinta, em qualquer fase do processo, deverá declará-lo de ofício. Ou seja, trata-se de matéria de ordem pública, não sendo permitido nem mesmo aos acusados renunciá-la ou ao Juiz deixar de aplicá-la, por não haver sido provocado pelas partes.

In casu, tendo sido os apelantes condenados à pena-base de 01 (um) ano¹ de reclusão, tem-se que o prazo prescricional extingue-se em 04 (quatro) anos, contados da data do recebimento da denúncia (26/03/2002, fl. 07) até a da prolação da sentença (28/07/2008, fl. 586), na forma dos arts. 109, V, 110 e 117, I e IV, todos do Código Penal, pelo que é de ser reconhecida a extinção da punibilidade dos agentes, em vista do decurso de mais de quatro anos, entre o recebimento da inicial acusatória e a prolação da sentença.

Cumpra registrar, no tocante à petição de fls. 748/753 (e docs.), protocolada minutos antes do início da sessão de julgamento do presente feito, que tal documento foi submetido à apreciação dos magistrados integrantes da Terceira Turma, sendo digno de registro que a certidão de óbito ali anexada não foi levada em consideração, por tratar-se de mera cópia.

Desse modo, dou provimento às apelações, mas reconheço a extinção da punibilidade em vista do decurso de mais de quatro anos entre o recebimento da denúncia e a prolação da sentença.

É como voto.

¹ O acréscimo advindo do reconhecimento do concurso formal (art. 70 do CP) não é considerado para o cálculo do prazo prescricional, na forma do art. 119 do CP.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.641-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: FRANCISCO CARLOS ARAUJO CRISÓSTOMO
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. MARCELO FRAGOSO PONTE E OUTRO (APTE.)

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. NÃO APRESENTAÇÃO DE RAZÕES. DESNECESSIDADE. AMPLA DEVOLUTIVIDADE DO RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE COISAS APREENDIDAS. VEÍCULOS E ARMAS. PEDIDO PREJUDICADO EM RELAÇÃO AOS VEÍCULOS. DEVOLVIDO AOS TÍTULARES CONFORME CERTIDÃO DA 11ª VARA/CE. APREENSÃO DAS ARMAS OCORRIDAS NO PERÍODO DA VACATIO LEGIS DA LEI 11.706/2008 QUE DEU NOVA REDAÇÃO AOS ARTS. 30 E 32 DA LEI Nº 10.826/2003. ATIPICIDADE DA CONDUTA. DEVOLUÇÃO DAS ARMAS.

- A defesa não apresentou as razões de recurso, mesmo depois de, regularmente intimado, declarado que iria apresentá-las na instância ad quem, tendo apenas promovido a juntada de uma sucinta descrição dos veículos que pretende ver liberados, juntamente com cópias das notas fiscais de aquisição dos mesmos, entretanto, este fato não obsta o conhecimento da causa diante da ampla devolutividade do recurso de apelação no Processo Penal. Precedentes: STJ: HC-35580/PR, Rel. Min. Gilson Dipp; TRF5: ACR 6178/PE, Rel. Des. Fed. Ivan Lira de Carvalho (Convocado), Quarta Turma; ACR 5667, Rel. Des. Fed. Maximiliano Cavalcanti (Convocado), Primeira Turma.

- Prejudicado o pedido de restituição dos veícu-

los diante da certidão de fl. 108, da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, informando que os veículos pleiteados foram devolvidos aos seus titulares.

- Quanto ao pedido de restituição das armas de fogo, dos autos, tem-se que as aludidas apreensões foram efetuadas em 09/10/2008 (fls. 13/14), portando dentro do período previsto no art. 30 e disposição do art. 32 da Lei nº 10.826/2008 – Redação dada pela Lei nº 11.706, de 2008 –, tendo sido estendido o prazo para a regularização do porte e do registro até o dia 31/12/08, configurando-se atípica a conduta do apelante. Precedente TRF5: ACR 5661/CE, Primeira Turma, Rel. Des. Fed. ROGÉRIO FIALHO MOREIRA; ACR 5709/PE, Terceira Turma, Rel. Des. Fed. VLADIMIR CARVALHO.

- Apelação criminal provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação criminal, nos termos do voto e relatório constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 28 de abril de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBAGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de apelação criminal interposta por Francisco Carlos Araújo Crisóstomo a desafiar decisão do MM. Juiz Federal Substituto da 11ª Vara da Justiça Federal do Ceará Dr. Ricardo Ribeiro Campos, que nos autos do Incidente de Restituição de Coisas Apreendidas nº 2008.81.00.007444-0, indeferiu o pedido de restituição

dos automóveis Ford Ka, placas HYC 2823, e, Volkswagen Polo Sedan, placas HXQ 0244.

O pedido de restituição de coisas foi resultante do mandado de busca e apreensão nº MAC 011.001952-9/2008, cumprido em 09/10/2008 (fls. 13/18), determinado pelo MM. Juiz Federal Substituto da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará Dr. Ricardo Ribeiro Campos, através do qual foram apreendidos o seguintes veículos, armas e munições:

1. Um veículo marca Ford, modelo Ka Flex, cor prata, ano 2008, placas HYC 2823, em nome de Emanuelle Colares Crisóstomo;
2. Um veículo marca Volkswagen, modelo Polo Sedan, 1.6, ano 2006, cor preta, placas HXQ 2444, em nome de Maria Aldair Colares Crisóstomo;
3. Um revólver, calibre 38, marca SW, série nº 367687;
4. Uma carabina Rossi, calibre 22, série nº G234774;
5. Cinco munições, calibre 38, SP +, intactas;
6. Cinco munições, calibre 22, longo, intactas;
7. Um revólver, calibre 22, Magno, inoxidável, marca RTH American Arms, série W49814.

O requerente apresenta petição de apelação na instância (fl. 56) requerendo a apresentação das razões de apelação na superior instância, a teor do art. 600. Na decisão atacada, a Magistrada entendeu de indeferir o pedido de restituição do bem diante da forte controvérsia sobre a licitude das atividades exercidas pela requerente à frente da empresa por entender não ser possível, do Código de Processo Penal.

Instado a apresentar suas razões de recurso (fl. 66), fez juntar ao processo petição com descrição dos veículos e notas fiscais (fls. 73/74 e 83/89).

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões subscritas pelo Procurador Regional da República Uairandyr Tenório de Oliveira alegando (90/92):

Preliminarmente, o apelante não apresentou as razões de recurso, porém, apenas documentos acerca da aquisição dos referidos veículos, entretanto, em decorrência da extensão do efeito devolutivo da apelação criminal, o seu conhecimento não se limita às razões recursais.

No mérito, alega que os documentos trazidos apenas confirmam que os veículos apreendidos estão em nome de terceiros, não havendo procuração dos legítimos proprietários outorgando poderes ao requerente para postulá-los judicialmente.

No que concerne ao pedido de restituição das armas, alega que as armas apreendidas não constam do banco de dados do SINARM ou do SIGMA, conforme laudo presente na ação penal oferecida pelo Ministério Público Federal.

O Procurador Regional de República Dr. Joaquim José de Barros Dias apresentou parecer assim ementado (fls. 98/102):

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. RESTITUIÇÃO DE COISAS APREENDIDAS. VEÍCULOS EM NOME DE TERCEIROS. ILEGITIMIDADE DO REQUERENTE PARA PLEITEAR A RESTITUIÇÃO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO. INEXISTE COMPROVAÇÃO DO REGISTRO DAS ARMAS E MUNIÇÕES APREENDIDAS, BEM COMO DO CADASTRO DAS MESMAS NO BANCO DE DADOS DO SINARM. OPINATIVO PELO CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO RECURSO.

Foi juntada aos autos petição de fls. 105/108, veiculando certidão da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, informando que os veículo pleiteados foram devolvidos aos seus titulares, filhas do apelante Maria Aldair Colares Crisóstomo e Emanuelle Colares Crisóstomo.

Relatei.

Dispensada a revisão nos termos do art. 197, parágrafo único, segunda parte do RITRF5.

VOTO

O SENHOR DESEMBAGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Preambularmente, verifico que a defesa não apresentou as razões de recurso, mesmo depois de, regularmente intimado, declarado que iria apresentá-las na instância *ad quem*, tendo apenas promovido a juntada de uma sucinta descrição dos veículos que pretende ver liberados, juntamente com cópias das notas fiscais de aquisição dos mesmos, entretanto, este fato não obsta o conhecimento da causa diante da ampla devolutividade do recurso de apelação no Processo Penal.

No mesmo sentido os seguintes precedentes desta Corte:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. DEVOLUTIVIDADE PLENA. CRIMES PREVISTOS NO ART. 298 (FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR), ART. 297, *CAPUT* (FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO), ART. 299, *CAPUT* (FALSIDADE IDEOLÓGICA), ART. 307, *CAPUT* (FALSA IDENTIDADE) E ART. 304, *CAPUT* (USO DE DOCUMENTO FALSO), DO CÓDIGO PENAL. ATUAÇÃO VOLTADA À OBTENÇÃO DE VISTO COM FINS DE IMIGRAÇÃO ILEGAL PARA OS EUA. CISÃO DO PROCESSO. INCABIMENTO. ART. 80 DO CPP. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. DEFESA DEFICIENTE. PEÇA NÃO ESSENCIAL. FALTA DE PROVA DO PREJUÍZO. SÚMULA Nº 523, STF. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DOS RÉUS. *MUTATIO LIBELLI*. SENTENÇA ADSTRITA AOS FATOS ELENCADOS NA DENÚNCIA. HIPÓTESE DE *EMENDATIO LIBELLI*. ART. 383, CPP. ALEGAÇÃO DE CRIME IMPOSSÍVEL. NÃO RECONHECIMENTO. DOSIMETRIA. EXACERBAÇÃO DA PENA BASE. INOCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO STJ. PRINCÍPIO DA CONSUNDAÇÃO. DELAÇÃO PREMIADA. LEI Nº 9.807/99. INVIABILIDADE.

(...)

7. O recurso de apelação devolve à plena cognição do Tribunal a matéria tratada nos autos, podendo dar ensejo à modificação do julgado em favor do réu, inclusive, por fundamentos não suscitados em suas razões.

(...)

16. Apelação de Erinaldo José do Rego improvida. Provi-mento parcial aos recursos dos demais réus. (Acórdão unânime na ACR 5667, Rel. Des. Fed. Maximiliano Cavalcanti (Convocado), Órgão Julgador: Primeira Turma, julgado em 01/10/2009, Publicado em 09/10/2009, Expediente ACO/2009.000039)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. FALSO TESTEMUNHO. JUSTIÇA DO TRABALHO. CRIME CONTINUADO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ABSOLVIÇÃO. INCABIMENTO. ISENÇÃO DA PENA DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. DOSIMETRIA. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO. CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59, CÓDIGO PENAL. DISSOCIAÇÃO. REEXAME. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. PARCIAL PROVIMENTO AO APELO.

(...)

IV. O recurso de apelação, em matéria criminal, possui como uma de suas características a ampla devolutividade dada ao juízo *ad quem*, não se vislumbrando, portanto, qualquer violação ao princípio do *tantum devolutum quantum appellatum* em razão de matérias não alegadas nas razões recursais, desde que não se aplique a *reformatio in pejus*, vedada pelo art. 617, CPP. (STJ, HC-35580/PR, rel. Min. Gilson Dipp, DJU 13.12.2004).

(...)

VI. Apelação parcialmente procedente para fixar a pena base no mínimo legal, tornando definitiva a pena privativa de liberdade em 1 (um) ano e 2 (dois) meses, substituída por duas penas restritivas de direito, e para fixar a pena de multa, igualmente no seu mínimo, em 10 (dez) dias multa, cada qual valorado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, devidamente atualizado à data do efetivo pagamento. (Acórdão unânime na ACR 6178/PE, Rel. Des. Fed. Ivan Lira de Carvalho (Convocado), Órgão Julgador: Quarta Turma, julgado em 19/05/2009, Publicado em em 18/06/2009, expediente ACO/2009.000011, DJ do dia 18-6-2009, às fls.158-260)

Prosseguindo na análise do mérito recursal, julgo prejudicado o pedido de restituição dos veículos diante da certidão de fl. 108, da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, informando que os veículos pleiteados foram devolvidos aos seus titulares.

Quanto ao pedido de restituição das armas de fogo, dos autos, tem-se que as aludidas apreensões foram efetuadas em 09/10/2008 (fls. 13/14), portanto dentro do período previsto no art. 30 e disposição do art. 32 da Lei nº 10.826/2008¹ – Redação dada pela Lei nº 11.706, de 2008 –, tendo sido estendido o prazo para a regularização do porte e do registro até o dia 31/12/08, configurando-se atípica a conduta do apelante.

No mesmo sentido os seguintes julgados desta Corte:

PENALE PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. (...) PORTE, POR UM DOS ACUSADOS, DE ARMA DE FOGO SEM AUTORIZAÇÃO. CRIME DE CONCUSSÃO E DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARTIGO 316 DO CÓDIGO PENAL C/C ARTIGO 14 DA LEI Nº 10.826/2003. (...) ARMA DE FOGO ENCONTRADA NO INTERIOR DA VIATURA DO IBAMA UTILIZADA EM SERVIÇO PELO ACUSADO (FISCAL). CONDUTA QUE CONFIGURA POSSE DE ARMA – NÃO SENDO ELEMENTAR DO TIPO PENAL DO PORTE. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA PREVISTA NA LEI 10.826/03, QUE DEVE RETROAGIR PARA BENEFICIAR O RÉU QUE COMETEU O CRIME

¹ Art. 30. Os possuidores e proprietários de arma de fogo de uso permitido ainda não registrada deverão solicitar seu registro até o dia 31 de dezembro de 2008, mediante apresentação de documento de identificação pessoal e comprovante de residência fixa, acompanhados de nota fiscal de compra ou comprovação da origem lícita da posse, pelos meios de prova admitidos em direito, ou declaração firmada na qual constem as características da arma e a sua condição de proprietário, ficando este dispensado do pagamento de taxas e do cumprimento das demais exigências constantes dos incisos I a III do *caput* do art. 4º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.706, de 2008) (Prorrogação de prazo).

Parágrafo único. Para fins do cumprimento do disposto no *caput* deste artigo, o proprietário de arma de fogo poderá obter, no Departamento de Polícia Federal, certificado de registro provisório, expedido na forma do § 4º do art. 5º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 11.706, de 2008).

(...)

Art. 32. Os possuidores e proprietários de arma de fogo poderão entregá-la, espontaneamente, mediante recibo, e, presumindo-se de boa-fé, serão indenizados, na forma do regulamento, ficando extinta a punibilidade de eventual posse irregular da referida arma. (Redação dada pela Lei nº 11.706, de 2008).

DE POSSE ILEGAL DE ARMA NA VIGÊNCIA DA LEI 9.437/97. ATIPICIDADE DE CONDUTA. CONDENAÇÃO AFAS-TADA DO CRIME DE PORTE ILEGAL. PRELIMINAR:

(...)

5 - A conduta do acusado em manter sob sua posse no local de trabalho (viatura utilizada na fiscalização do Iba-ma) arma de fogo – não é elementar o tipo penal previsto no artigo 14 da Lei nº 10.826/2003 (Porte Ilegal), cuja con-denação ora se afasta.

6 - Segundo entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça “é atípica a conduta apenas no concernente ao crime de posse irregular de arma de fogo, tanto de uso permitido (art. 12) quanto de uso restrito (art. 16), no perí-odo estabelecido nos arts. 30 e 32 da Lei nº 10.826/03 (com redação dada pela Medida Provisória nº 417/2008, conver-tida na Lei 11.706/2008), que conferiu nova redação aos artigos 30 e 32 da Lei nº 10826/2003, que permitiu a entrega das armas à Polícia Federal mediante indenização ou a sua regularização.

7 - Flagrado o acusado (24 de janeiro de 2004), dentro do período chamado de *vacatio legis* indireta, quando havia uma *abolitio criminis* temporária, que teve seu termo ini-cial em 23 de dezembro de 2003 e termo final em 31 de dezembro de 2008, tão somente para os possuidores de arma de fogo de uso permitido e de uso restrito, impõe-se reconhecer a atipicidade da conduta.

(...)

9 - Apelação do réu FRANCISCO JOSÉ MENDES TAVA-RES parcialmente provida para afastar a condenação pelo crime de porte ilegal de arma. (Acórdão unânime do TRF5 na ACR 5661/CE, Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator Desembargador Federal ROGÉRIO FIALHO MOREI-RA, Data Julgamento 15/04/2010, Publicações FONTE: DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO - DATA: 30/04/2010 - PÁGINA: 132 - ANO: 2010) (grifos)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO DO MI-NISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E FORMAÇÃO DE QUADRI-LHA (ART. 288 DO CÓDIGO PENAL C/C. ART. 16 DA LEI 10.826). ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA. ACERVO PROBATÓRIO INSUFICIENTE, PARA A CONDENAÇÃO NO CRIME DE BANDO ARMADO.

1. Este Sodalício [STJ] firmou entendimento no sentido de que a *vacatio legis* estabelecida pelos artigos 30 e 32 da Lei nº 10.826/2003 para a regularização das armas dos seus proprietários e possuidores é reconhecida hipótese de *abolitio criminis temporalis*, inclusive se a arma tiver numeração raspada ou for de uso restrito (HC 80010, min. Thereza de Assis Moura, julgado em 28 de setembro de 2009). A edição da Lei nº 10.823/2003, embora mais severa que a anterior – nº 9.437/97, operou *abolitio criminis* temporária quanto ao crime de posse (não porte) de armas de fogo cometido na vigência segunda (ACR 4760, des. Paulo Roberto de Oliveira Lima, julgada em 15 de maio de 2008).

(...)

4. Apelação improvida. (Acórdão unânime do TRF5 na ACR 5709/PE, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator Desembargador Federal VLADIMIR CARVALHO, Data Julgamento 10/12/2009, Publicações FONTE: DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO - DATA: 19/02/2010 - PÁGINA: 457 - ANO: 2010) (grifos).

Forte nesses argumentos dou provimento à apelação criminal para determinar a liberação das armas: um revólver, calibre 38, marca SW, série nº 367687; uma carabina Rossi, calibre 22, série nº G234774; cinco munições, calibre 38, SP +, intactas; cinco munições, calibre 22, longo, intactas; um revólver, calibre 22, Magno, inoxidável, marca RTH American Arms, série W49814, nos termos do pedido inicial.

Assim voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.711-RN

Relator: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI
Apelante: MALGORZATA KATARZYNA RACA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs: DR. ARÍCIA CASTELLO BRANCO (APTE.)

EMENTA: PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES (ART. 33 E 35 COMBINADOS COM O ART. 40, I,

DA LEI N° 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006). VÍNCULO ASSOCIATIVO. DEMONSTRAÇÃO. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITO. ADMISSIBILIDADE. REQUISITOS (ART. 44 DO CÓDIGO PENAL). AUSÊNCIA. EXPULSÃO DO ESTRANGEIRO (LEI N° 6.815, DE 19 DE AGOSTO DE 1980; DECRETO N° 86.715, DE 10 DE DEZEMBRO DE 1981; DECRETO N° 98.961, DE 15 DE JANEIRO DE 1990).

- O delito de associação para o tráfico não se confunde com uma associação meramente eventual (simples coautoria), demandando a permanência e estabilidade entre os agentes, a fim de formarem verdadeira *societas sceleris*, como no caso. A relação entre a recorrente e os outros dois réus não era casual, mas demonstrava convergência de vontades para a prática do tráfico ilícito de entorpecentes (*animus associativo*). Há nos autos prova de que a associação entre os réus tinha propósito (finalidade), parceria e características mínimas de organização, consistentes em relação hierárquica, deliberação e distribuição de tarefas na preparação e no cometimento do narcotráfico.

- O tipo de associação para o tráfico não exige o cometimento reiterado de delitos. A antiga Lei n° 6.368, de 21 de outubro de 1976, já previa em seu art. 14 o tipo de associação para o tráfico, cujos elementos foram reproduzidos no art. 35 da atual Lei de Tóxicos. No julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus n° 75.236/AM, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em voto da relatoria do Min. Sepúlveda Pertence assentou que “a associação para o tráfico de entorpecentes, como tipificada no art. 14 da Lei de Entorpecentes, dispensa o elemento mais característico das figuras penais de associação para delinquir, qual seja, a predisposição da *societas*

scleris à prática de um número indeterminado de crimes: para não confundir-se com o mero concurso de agentes, a melhor interpretação reclama à sua incidência o ajuste prévio e um mínimo de organização, seja embora na preparação e no cometimento de um só delito de tráfico ilícito de drogas, hipótese que a sentença julgou provada” (j. 3 jun. 1997, DJ, 1º ago. 1997).

- *No julgamento do HC nº 97.256/RS, o STF declarou a inconstitucionalidade da parte final do art. 44 da Lei nº 11.343, de 2006, e da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. O STF decidiu, também, que a substituição da pena privativa de liberdade pela prática dos delitos tipificados nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 da Lei de Tóxicos por sanções restritivas de direito condiciona-se ao atendimento dos requisitos do art. 44 do Código Penal.*

- *A apelante foi condenada nas penas do art. 33, caput, e art. 40, I, da Lei nº 11.343, de 2006, pelo tráfico de 9,250 Kg de cocaína, a cinco anos, oito meses e sete dias de reclusão. Pelo delito do art. 35 e art. 40, I, da Lei nº 11.343, de 2006, a quatro anos e oito meses de reclusão. Pelo concurso material (art. 69 do CP), a soma das penas alcançou dez anos, quatro meses e sete dias de reclusão. Nos termos do art. 44, I, do CP, a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos é inviável, porque o quantum da pena pelo concurso material é superior ao limite de quatro anos. Precedentes do STJ: HC nº 94.646/SC; REsp nº 857.066/RJ.*

- *Segundo o art. 1º do Decreto nº 98.961, de 1990, o inquérito de expulsão de estrangeiro condenado por uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins obedecerá ao rito procedimental estabelecido nos artigos 68 e 71 Lei nº 6.815, de 1980, e nos artigos 100 a 105 do Decre-*

to nº 86.715, de 1981, mas somente será encaminhado com parecer final ao Ministro da Justiça mediante certidão do cumprimento integral da pena privativa de liberdade. O exame da conveniência da expulsão do estrangeiro condenado pelo tráfico ilícito de entorpecentes antes do cumprimento da pena caberá ao Presidente da República, mediante exposição fundamentada do Ministro da Justiça, que decidirá na forma do art. 66 do Estatuto do Estrangeiro (art. 3º).
- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife (PE), 7 de abril de 2011 (data do julgamento).

JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI:

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF) ofereceu denúncia contra BARTOSZ WOJCIECH ANTON, MALGORZATA KATARZYNA RACA e MAREK JAN RUBACKI, naturais da Polônia, pela prática da conduta descrita nos arts. 33 e 35, c/c 40, I, ambos da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (fls. 3/8).

O MPF narrou que, em 17 de fevereiro de 2009, quando BARTOSZ WOJCIECH ANTON e MALGORZATA KATARZYNA RACA tentava embarcar no Aeroporto Augusto Severo, em Parnamirim (RN), em vôo da ArkeFly, com destino à Europa, agentes da polícia federal interceptaram-nos e solicitaram que os acompanhassem ao Setor de Porão de Bagagem. Aduziu que, em revista à bagagem dos denunciados, foi encontrada no forro das malas, uma substância em pó, na cor branca, que, após aplicação do narco-teste, foi identificada como cocaína (laudos preliminar de constatação e de exame em substância nºs 91 e 103 do Setec-SR/DPF/

RN, fls. 12/4 e 80/4do IPL). Dentro das malas havia o total de 9,250 (nove quilogramas e duzentos e cinquenta gramas) de cocaína.

BARTOSZ WOJCIECH ANTON declarou que foi contratado juntamente com MALGORZATA KATARZYNA RACA e MAREK JAN RUBACKI para transportar o entorpecente vindo da Bolívia para a Europa, por 5.000,00 (cinco mil euros).

MAREK JAN RUBACKI foi preso preventivamente e declarou que somente não embarcou junto com os outros denunciados, porque estava esperando outras malas.

A substância entorpecente foi apreendida e os denunciados conduzidos à Superintendência da Polícia Federal no Rio Grande do Norte (SR/DPF/RN).

A denúncia foi recebida em 4 de maio de 2009 (fl. 11).

A defesa prévia encontra-se nas fls. 15/7.

Na decisão de fls. 47/51, o Juiz ratificou o recebimento da denúncia.

Na audiência de instrução e julgamento (fls. 85/6), as testemunhas arroladas pela acusação foram ouvidas, mediante gravação de voz e imagem (CD de fl. 90).

Em alegações finais (fls. 124/8), o MPF ratificou os termos da denúncia e requereu a condenação dos réus. Na mesma oportunidade (fls. 133/7), os réus alegaram que não se conheciam e requereram que a pena não seja calculada em função da quantidade de entorpecente informada no laudo da polícia judiciária, porque não se informou qual a quantidade pura da droga. Ao final, requereram a aplicação da atenuante da confissão espontânea e a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343, de 2006.

A sentença condenou BARTOSZ WOJCIECH ANTON nas penas do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343, de 2006, a seis anos e seis meses de reclusão, e ao pagamento de 391 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo vigente na época do fato. Pela atenuante da menoridade (art. 65, I, do CP), reduziu em um ano e um mês, alcançando cinco anos e cinco meses de reclusão. Pela atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP),

diminuiu a pena em dez meses e 25 dias, perfazendo quatro anos, seis meses e cinco dias de reclusão. Pela causa especial de diminuição de pena, disposta no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343, de 2006, a pena foi, ainda, reduzida em 1/4, alcançando três anos, quatro meses e dezoito dias de reclusão. Por fim, pela transnacionalidade do delito (art. 40, I, da Lei nº 11.343, de 2006), aumentou a pena em 1/6, tornando-a definitiva em três anos, onze meses e onze dias de reclusão. Pelo delito do art. 35 da Lei nº 11.343, de 2006, a quatro anos de reclusão, e ao pagamento de 622 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo vigente na época do fato. Pela atenuante da menoridade (art. 65, I, do CP), reduziu em oito meses, alcançando três anos e quatro meses de reclusão. Pela causa especial de diminuição de pena, disposta no art. 41 da Lei nº 11.343, de 2006, a pena foi, ainda, reduzida em 1/2, alcançando um ano e oito meses de reclusão. Por fim, pela transnacionalidade do delito (art. 40, I, da Lei nº 11.343, de 2006), aumentou a pena em 1/6, tornando-a definitiva em um ano, onze meses e dez dias de reclusão. Pelo concurso material (art. 69 do CP), a soma das penas alcançou cinco anos, dez meses e 21 dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto.

A sentença condenou MALGORZATA KATARZYNA RACA nas penas do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343, de 2006, a seis anos e seis meses de reclusão, e ao pagamento de 566 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo vigente na época do fato. Pela causa especial de diminuição de pena, disposta no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343, de 2006, a pena foi reduzida em 1/4, alcançando quatro anos, dez meses e quinze dias de reclusão. Por fim, pela transnacionalidade do delito (art. 40, I, da Lei nº 11.343, de 2006), aumentou a pena em 1/6, tornando-a definitiva em cinco anos, oito meses e sete dias de reclusão. Pelo delito do art. 35 da Lei nº 11.343, de 2006, a quatro anos de reclusão, e ao pagamento de 819 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo vigente na época do fato. Por fim, pela transnacionalidade do delito (art. 40, I, da Lei nº 11.343, de 2006), aumentou a pena em 1/6, tornando-a definitiva em quatro anos e oito meses de reclusão. Pelo concurso material (art. 69 do CP), a soma das penas alcançou dez anos, quatro meses e sete dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado.

A sentença condenou MAREK JAN RUBACKI pelo delito do art. 35 da Lei nº 11.343, de 2006, a cinco anos de reclusão, e ao pagamento de 902 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo vigente na época do fato. Pela transnacionalidade do delito (art. 40, I, da Lei nº 11.343, de 2006), aumentou a pena em 1/6, tornando-a definitiva em cinco anos e dez meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado.

MALGORZATA KATARZYNA RACA apelou (fls. 166/71), pugnando por absolvição do delito de associação para o tráfico, uma vez que não há provas de sua ocorrência. Em caso de manutenção, pleiteou a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos. Ao final, requereu sua expulsão do Brasil (cujo procedimento administrativo já foi instaurado sob o no 08420.005504/2009-23 - IPE no 003/2009-SR/RN), antes do trânsito em julgado da sentença, já que é portadora do vírus HIV e contraiu tuberculose no presídio.

BARTOSZ WOJCIECH ANTON e MAREK JAN RUBACKI não recorreram da sentença (fl. 172).

As contrarrazões pugnam pela manutenção do julgado (fls. 179/90).

Em parecer (fls. 197/204), a Procuradoria Regional da República da 5ª Região opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Ao eminente revisor.

VOTO

O SENHOR JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI (Relator):

Conheço do recurso, porque estão presentes seus pressupostos de admissibilidade intrínsecos (cabimento, legitimidade, interesse e ausência de fato extintivo e impeditivo do direito de recorrer) e extrínsecos (tempestividade e regularidade formal).

- I -

MALGORZATA KATARZYNA RACA apelou (fls. 166/71), pugnando por absolvição pelo delito de associação para o tráfico, uma vez que os réus teriam se reunido ocasionalmente para o trans-

porte do entorpecente. Desse modo, a reunião caracterizaria coautoria delitiva, por ausência de vínculo associativo entre os agentes.

A meu juízo, a sentença não merece reparo. Ao contrário do que afirma o recurso, há prova nos autos de que BARTOSZ WOJCIECH ANTON, MALGORZATA KATARZYNA RACA e MAREK JAN RUBACKI se associaram, com vontade livre e consciente, para a prática de tráfico internacional de entorpecente.

Diz a sentença (fls. 147/8):

Passemos à apreciação da imputação relativa à prática do delito tipificado no art. 35 da Lei nº 11.343/2006.

Para caracterizar o delito em tela, é necessário que a associação tenha um caráter mínimo de estabilidade e permanência, mesmo que para o cometimento de apenas um delito. Outrossim, imperiosa a comprovação da existência do elemento subjetivo do tipo, consubstanciando-se na vontade livre e consciente de duas ou mais pessoas reunirem-se com a finalidade especial de cometer um ou mais delitos de tráfico.

Em seus interrogatórios, os acusados cingiram-se a dizer que se conheceram no aeroporto de Amsterdã/Holanda, porém negaram qualquer conluio para o cometimento do crime de tráfico, afirmando que quem os contratou o fez de forma individual, por motivos e valores desconhecidos um do outro.

Não é essa versão, porém, que se retira dos autos. Compulsando-se o caderno processual, percebe-se que os acusados já se conheciam desde a Polônia, de onde viajaram juntos, de carro, para a Holanda. Tal conclusão se acena quando se vislumbra que os réus fizeram o trajeto da Polônia para a Holanda de carro, consoante se infere de seus interrogatórios. Além disso, as mensagens enviadas através do celular modelo 6300, pertencente ao réu MAREK JAN, demonstram que o remetente estava acompanhado nessa viagem, pois escreve muitas vezes no plural (à guisa de exemplo: “estamos a uns 200km da fronteira”; “antes da Holanda erramos na Alemanha”; “chegamos”; e “ainda viajaremos para Natal” – fl. 114).

Neste cenário, vale salientar ainda que, embora o voo para o Brasil estivesse previsto para o dia 09 fevereiro de

2009, às 15:30h, conforme se vê no cartão de embarque juntado à fl. 17, ocasião em que teriam os réus se conhecido, consta nesse mesmo dia, às 08:13h, mensagem recebida pelo celular de MAREK JAN enviada por número que se pressupõe ser da mãe de ANTON BARTOSZ (fl. 100), com a devida resposta deste às 08:16h (fl. 114). Esses dados somente corroboram a conclusão supra, pois se constata, de fato, que os réus já se conheciam, havendo inclusive intimidade entre eles, pois a mãe de ANTON BARTOSZ tinha o número do celular de MAREK JAN, tendo aquele liberdade para usar o telefone deste, possuindo os três, conluiados, o mesmo propósito ao vir ao Brasil.

É clarividente, pois, que os réus chegaram a um acordo de vontades para transportar a cocaína do Brasil até a Holanda, chegando, inclusive, a decidirem entre si quem levaria as malas já entregues por bolivianas e quem ficaria no Brasil por mais alguns dias aguardando outras malas. Não se pode, pois, considerar concurso casual a viagem de três pessoas, em voo idêntico, da Europa para o Brasil, consoante se vislumbra pelo documento de fl. 47 do Inquérito Policial em apenso, onde se hospedaram no mesmo hotel (fls. 52 e 73 do Inquisitório anexo), adquiriram a droga e dirigiram-se ANTON BARTOSZ e MALGORZATA KATARZYNA ao embarque de volta à Europa, para onde viajariam no mesmo voo, ocasião em que foi realizado o flagrante, somente não participando desse ato o acusado MAREK JAN porque, em decisão conjunta com os outros réus, decidira ficar mais alguns dias em nosso país para esperar por outras malas, provavelmente “recheadas” com substância entorpecente da mesma natureza da apreendida.

A lei e a jurisprudência não impuseram um número mínimo de delitos para configurar o tipo do art. 35 da Lei de Tóxicos, pelo que, apenas um delito já é suficiente para caracterizar o crime de associação para o tráfico, desde que reste evidente o *animus* de estabilidade, o que, de fato, ocorreu.

No caso em espécie, restou provada e incontestada a prática do crime descrito no art. 35 da Lei nº 11.343/06 por parte dos réus, não cabendo aqui a repetição dos argumentos já expostos neste *decisum* para rebater a tese da defesa de que os denunciados pensavam ser dinheiro o conteúdo das malas para cujo transporte foram contratados para fazer.

Considero corretas, do ponto de vista jurídico, e harmônicas com o acervo probatório as considerações citadas da sentença, do ilustre Juiz Federal Mário Azevedo Jambo, as quais adoto como razões adicionais para este julgamento.

Entendo, como a sentença, que o *animus* associativo entre os réus restou cabalmente demonstrado.

Diz o *caput* do art. 35 da Lei nº 11.343, de 2006:

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei.

Ressai dos autos que a relação entre a recorrente, BARTOSZ WOJCIECH ANTON e MAREK JAN RUBACKI não era casual, mas demonstrava convergência de vontades para a prática do tráfico ilícito de entorpecentes. Há nos autos prova de que a associação entre os réus tinha propósito (finalidade), parceria e características mínimas de organização, consistentes em relação hierárquica, deliberação e distribuição de tarefas na preparação e no cometimento do narcotráfico.

A apelante viajou com BARTOSZ WOJCIECH ANTON e MAREK JAN RUBACKI de carro da Polônia para a Holanda (laudos de exame de equipamento eletroeletrônico e de equipamento computacional nºs 122 e 161, fls. 138/46 e 168/89 do IPL, e de tradução, fls. 92/122). Da Holanda, vieram no mesmo voo para Natal (RN) e hospedaram-se no mesmo hotel (fls. 17/8, 47/8, 51/2, 73 e 81 do IPL e CD de fl. 90). Coube a BARTOSZ WOJCIECH ANTON receber as malas onde a cocaína estava escondida. Os três embarcariam juntos de Natal para a Europa transportando o entorpecente (fls. 48 e 76 do IPL). Por algum problema no recebimento da droga, MAREK JAN RUBACKI foi escolhido para viajar para com o restante da cocaína à Europa em outro dia (fls. 6/7, 63/5 e 193/5 do IPL e CD de fl. 90). BARTOSZ WOJCIECH ANTON e MALGORZATA KATARZYNA RACA foram presos em flagrante, no Aeroporto Augusto Severo, em Parnamirim (RN), quando tentavam embarcar com o entorpecente para a Europa (fls. 2/8 e 17/8 do IPL).

Aliado a esses elementos de prova, deve-se ter em consideração o fato de BARTOSZ WOJCIECH ANTON e MAREK JAN

RUBACKI terem afirmado ter sido contratados por KRZYSZTOF, o que se comprova pelas declarações dos réus perante a polícia judiciária e em juízo (fls. 6/7, 63/5 e 193/5 do IPL e CD de fl. 90) e pelos registros das ligações e mensagens recebidas pelos telefones celulares dos réus (laudos de exame de equipamento eletroeletrônico e de equipamento computacional n.ºs 122 e 161, fls. 138/46 e 168/89 do IPL, e de tradução, fls. 92/122).

MAREK JAN RUBACKI afirmou, também, que recebia orientações de KRZYSZTOF por telefone e que BARTOSZ WOJCIECH ANTON utilizava seu telefone celular (que tinha deixado sobre a cama) para falar com a família (fl. 193/5):

***QUE** com relação a seu interrogatório, de fls. 63/5, acrescenta que um dos homens chamado KRZYSZTOF tinha o apelido de DYBOL; [...] **QUE** as mensagens enviadas e recebidas dos telefones do declarante e de BARTOSZ para o mesmo número (48-5002-7081) ocorreram porque seu telefone ficou bem acessível sobre a cama; **QUE** então, BARTOSZ utilizou o celular do declarante para se comunicar com a família através de mensagens; **QUE** os números de telefone dos poloneses chamados KRZYSZTOF estão gravados na agenda de seu telefone, um com o nome DYBOL (+4851146336137) e o outro com o nome KRZYSIEK (+48503897893); **QUE** antes da prisão de BARTOSZ e MALGORZATA, era KRZYSIEK quem se comunicava com o declarante; **QUE** ele enviou mensagens no dia 11 de fevereiro com instruções sobre “presenças” que o declarante, BARTOSZ e MALGORZATA receberiam; [...] **QUE** não sabe dizer quem enviou esse dinheiro, mas recebeu uma mensagem de texto no celular dizendo que havia sido a pessoa de nome WIESLAW MACIEJCZYK; **QUE** foi KRZYSIEK quem enviou essa mensagem às 21:54h do dia 16/02/2009.*

O fato de os réus terem se associado para a realização de uma única infração não descaracteriza o delito de associação para o tráfico, cujo tipo não exige o cometimento reiterado de delitos (*vide* transcrição acima).

A antiga Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976, já previa em seu art. 14 o tipo de associação para o tráfico, cujos elementos foram reproduzidos no art. 35 da atual Lei de Tóxicos. No julga-

mento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n° 75.236/AM, a 1ª Turma do STF, em voto da relatoria do Min. Sepúlveda Pertence assentou que “a associação para o tráfico de entorpecentes, como tipificada no art. 14 da Lei de Entorpecentes, dispensa o elemento mais característico das figuras penais de associação para delinquir, qual seja, a predisposição da *societas sceleris* à prática de um número indeterminado de crimes: para não confundir-se com o mero concurso de agentes, a melhor interpretação reclama à sua incidência o ajuste prévio e um mínimo de organização, seja embora na preparação e no cometimento de um só delito de tráfico ilícito de drogas, hipótese que a sentença julgou provada” (j. 3 jun. 1997, DJ, 1º ago. 1997).

Estão presentes, portanto, os elementos caracterizadores do tipo penal (art. 35 da Lei n° 11.343, de 2006): (a) duas ou mais pessoas; (b) acordo prévio de parceiros; (c) vínculo (*animus*) associativo; e (d) finalidade de traficar drogas, reiteradamente ou não.

Segundo Rui Stoco:¹

[...] Por outro lado não se há de confundir o fenômeno da simples co-autoria com o crime de associação; nem o crime de bando ou quadrilha com o crime de associação. Associar-se para traficar (ainda que o tráfico não se exerça) não é o mesmo que co-participar de tráfico. Para a nova modalidade de associação é mister inequívoca demonstração de que a ligação estabelecida entre A e B tenha sido assentada com esse exato objetivo de sociedade espúria para fins de tráfico, ainda que este fim não se realize. Não será, pois, o rotineiro e causal encontro de dois ou mais partícipes enredados em tráfico que definirá uma situação de ‘sócios’ ou ‘associados’, nem mesmo a simples existência de um ‘ponto’ de armazenamento do tóxico, mas o fundamental é a existência de vínculo associativo. E, em havendo esse vínculo, quer se trate de parceiros, ocasionais ou estáveis, avulsos ou permanentes, religados pela identidade de causa e de fim, assumindo

¹ STOCO, Rui: *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*. In: FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (Coords.). 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. vol. 2, item 3.1, alínea c, p. 3.212.

os contornos de uma clandestina sociedade, para dar vazão às partidas de tóxico, então poderá entrever-se, na dinâmica dessa conduta, o crime autônomo de associação.

- II -

A apelante pleiteou, ainda, que a pena privativa de liberdade seja substituída por sanções restritivas de direitos.

O crime foi praticado em 17 de fevereiro de 2009, quando já estava em vigor a Lei nº 11.343, de 2006, que nos arts. 33, § 4º, e 44 veda a pretendida substituição (sem destaque no original):

Art. 33. [...]

§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

[...]

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sur-sis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Todavia, no julgamento do HC nº 97.256, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade da parte final do art. 44 da Lei nº 11.343, de 2006, e da expressão “*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Esta-

do, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.

3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas sequelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26

de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convalidação em causa, na concreta situação do paciente.

(HC nº 97.256, rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 1º/09/2010, DJe de 15-12-2010).

Nesse julgamento, o STF afirmou, ainda, que a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direito condiciona-se ao atendimento dos requisitos do art. 44 do Código Penal (CP), com a redação da Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, que diz:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

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 culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

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.

MALGORZATA KATARZYNA RACA foi condenada nas penas do art. 33, *caput*, e art. 40, I, da Lei nº 11.343, de 2006, a cinco anos, oito meses e sete dias de reclusão. Pelo delito do art. 35 e art. 40, I, da Lei nº 11.343, de 2006, a quatro anos e oito meses de reclusão. Pelo concurso material (art. 69 do CP), a soma das penas alcançou dez anos, quatro meses e sete dias de reclusão.

Desse modo, nos termos do art. 44, I, do CP, a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos é inviável, porque o *quantum* da pena pelo concurso material é superior ao limite de quatro anos.

Em casos semelhantes o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem se manifestado nesse sentido:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. RECEPÇÃO E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. CONCURSO MATERIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DENEGADA.

1. Para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, exige-se que o réu preencha os requisitos objetivos e subjetivos constantes do art. 44 do CP.

2. Conforme preceitua o art. 69 do Código Penal, na hipótese de concurso material, as penas privativas de liberdade aplicam-se cumulativamente.

3. Verifica-se, no caso, a existência de concurso material entre os crimes de recepção e adulteração de sinal de veículo automotor, o que representa 6 anos de reclusão.

4. Dessa forma, considerando o disposto no art. 44, I, c/c o art. 69, *caput*, ambos do Código Penal, não se admite substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista o quantum total da pena, superior a 4 anos de reclusão.

5. Ordem denegada.

(HC no 94.646/SC, 5ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 11 dez. 2008, *DJe* 2 fev. 2009)

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. DESCAMINHO E FALSIDADE IDEOLÓGICA. [...] CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. IMPOSSIBILIDADE. [...]

8. “Nos crimes dolosos, o limite estabelecido no art. 44, inciso I, do CP é de ser observado, também, na hipótese de concurso de delitos” (REsp nº 435.074/TO, Relator Ministro Felix Fischer, *in DJ* 28/10/2003).

9. Recurso parcialmente conhecido e improvido. *Habeas corpus* de ofício.

(REsp nº 857.066/RJ, 6ª T., rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 27 nov. 2007, *DJ* de 14 abr. 2008, p. 1).

Por derradeiro, MALGORZATA KATARZYNA RACA requereu que sua expulsão do Brasil, cujo procedimento administrativo já foi instaurado (nº 08420.005504/2009-23 - IPE nº 003/2009-SR/RN), seja determinada antes do trânsito em julgado da sentença, por motivo humanitário, já que é portadora do vírus HIV e contraiu tuberculose no presídio.

A expulsão é o ato político-administrativo que obriga o estrangeiro *que de qualquer forma atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais* a sair do território nacional.

A expulsão é ato discricionário do Presidente da República (art. 84, IV, da Constituição Federal), que poderá delegá-lo ao Ministro da Justiça (STF, HC nº 101.269/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 20 ago. 2010) e encontra-se disciplinada nos arts. 65 a 75 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro) e regulamentada nos arts. 100 a 109 do Decreto nº 86.715, de 10 de dezembro de 1981. O Decreto nº 98.961, de 15 de janeiro de 1990, trata da expulsão de estrangeiro condenado por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Segundo o art. 1º do Decreto nº 98.961, de 1990, o inquérito de expulsão de estrangeiro condenado tráfico ilícito de entorpecentes obedecerá ao rito procedimental estabelecido nos artigos 68 a 71 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, e nos artigos 100 a 105 do Decreto nº 86.715, de 10 de dezembro de 1981, mas somente será encaminhado com parecer final ao Ministro da Justiça mediante certidão do cumprimento integral da pena privativa de liberdade.

Conforme, também, o art. 3º desse diploma legal, o exame da conveniência da expulsão antes do cumprimento da pena caberá ao Presidente da República, mediante exposição fundamentada do Ministro da Justiça, que decidirá na forma do art. 66 do Estatuto do Estrangeiro.

Desse modo, não cabe ao Poder Judiciário determinar a expulsão, condicioná-la ao trânsito em julgado da sentença conde-

natória, sem exigir o prévio cumprimento da pena – **como fez a sentença** – ou, ainda, imiscuir-se no mérito da decisão (STF, HC nº 85.203/SP, rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 6 ago. 2009, DJe 16 dez. 2010). A ausência de recurso do Ministério Público impede a modificação da sentença nesse tocante.

- IV -

Posto isso, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.965-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Apelante: ANTONIO BISPO DA COSTA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Def. Dativo: DR. ANDRÉ LUIZ NASCIMENTO DOS ANJOS (APTE.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO, RECEPÇÃO E CORRUPÇÃO ATIVA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. SUFICIÊNCIA DE PROVAS. FALSA IDENTIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO. DOSAGEM DA PENA. ATENUANTE GENÉRICA DA CONFISSÃO. RECONHECIMENTO QUANTO AO DELITO DE RECEPÇÃO. ART. 580 DO CPP. APLICAÇÃO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS EX OFFICIO EM FAVOR DE CORRÉU.

- “A eventual existência de irregularidade formal na lavratura do auto de prisão em flagrante, ainda que possa descaracterizar o seu valor legal como instrumento consubstanciador da coação cautelar – impondo, em consequência, quando reais os vícios registrados, o próprio relaxamento da prisão – não se reveste, por si só, de eficácia invalidatória do subsequente processo penal de conhecimento e nem repercute sobre

a integridade jurídica da condenação penal supervenientemente decretada” (STF, HC 73518, 1ª TURMA, REL. MIN. CELSO DE MELLO, 26/03/96, UNÂNIME).

- *O próprio recorrente reconheceu, em juízo, ter sido ele o responsável pela aquisição da arma de fogo apreendida sob sua guarda, autoria delitiva que se comprova, ainda, pelos depoimentos prestados pelos Policiais Rodoviários Federais responsáveis pela referida apreensão.*

- *A prova judicializada de que roubada a motocicleta encontrada em poder dos réus, somada aos depoimentos uníssimos dos sentenciados, prestados quando da lavratura do auto de prisão em flagrante delito, no sentido de que a adquiriram pelo valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), conferem a certeza necessária para a manutenção do decreto condenatório pela receptação.*

- *O crime de corrupção ativa é um delito de mera conduta, sendo, portanto, desnecessária para a sua consumação a efetiva existência da vantagem indevida, bastando que seja ela oferecida ou prometida, pouco importando se o agente detinha, à época do oferecimento ou promessa da vantagem, recursos suficientes para o seu pagamento.*

- *O exercício da função policial, por si só, não desqualifica, nem torna suspeito seu titular. O testemunho só não terá valor probatório quando evidenciado que o policial tem algum interesse particular na investigação ou, então, quando dissociado do mais que foi apurado na instrução criminal.*

- *“Não comete o delito previsto no art. 307 do Código Penal o réu que, diante da autoridade policial, atribui-se falsa identidade, em atitude de autodefesa, porque amparado pela garantia constitucional de permanecer calado, ex vi do art. 5º, LXIII, da CF/88” (STJ, HC 162.576/SP, 5ª*

TURMA, REL. MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJE 09/08/2010, UNÂNIME).

- Se a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, deve ser atenuada a sua pena, pouco importando se a admissão da prática dos ilícitos foi espontânea ou não.

- Fixada a pena da receptação (art. 180, caput, do CP), no mínimo previsto em lei, em razão do reconhecimento da atenuante genérica da confissão (art. 65, III, d, do CP).

- Apelação criminal, em parte, provida. Pena fixada ao apelante em 5 (cinco) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

- Extensão ao corrêu não recorrente da absolvição pelo delito de falsa identidade e do reconhecimento da atenuante genérica da confissão em relação à receptação. Aplicação do comando previsto no artigo 580 do Código de Processo Penal, que determina o aproveitamento aos demais agentes da decisão do recurso interposto por um deles, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal.

- Redução da pena imposta ao corrêu para o quantum de 3 (três) anos de reclusão, com o consequente abrandamento do regime de cumprimento da pena, que, de início, deverá ser o aberto. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em face de sua personalidade, voltada à prática de crimes, indicar ser insuficiente a medida (art. 44, III, do CP).

- Concessão de habeas corpus, ex officio, em favor do corrêu, com expedição de alvará de soltura com a cláusula “se por aí não estiver preso”.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento, em parte, ao apelo e conceder, *ex officio*, *habeas corpus* em favor do corréu não recorrente, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 26 de abril de 2011 (data de julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Cuida-se de apelação criminal interposta por Antônio Bispo da Costa contra a sentença de fls. 307-325, proferida pelo il. Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Sergipe, que o condenou à pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos de reclusão e 6 (seis) meses de detenção, por infração aos delitos tipificados nos artigos 180, *caput*, 307 e 333, *caput*, todos do Código Penal e artigo 14 da Lei 10.826/03, em concurso material de crimes (artigo 69 do Código Penal).

Em seu recurso, sustenta Antônio Bispo da Costa, em apertada síntese:

- i) ser nulo todo o processo, em razão de irregularidades observadas no auto de prisão em flagrante delito;
- ii) a nulidade do laudo de exame pericial feito na arma de fogo apreendida, uma vez que subscrito por um só perito;
- iii) serem insuficientes as provas coligidas aos autos, para fundamentar um decreto condenatório;
- iv) não ter sido ele a adquirir a motocicleta objeto da receptação – artigo 180 do Código Penal –, conduta essa que deve ser imputada, com exclusividade, ao corréu Admes Gomes Silva;

v) ser crime impossível a prática da corrupção ativa – artigo 333 do Código Penal – uma vez que não detinha os valores supostamente oferecidos aos Policiais Rodoviários Federais; bem assim que baseada a condenação exclusivamente na versão apresentada por esses servidores públicos;

vi) cuidar-se o delito de falsa identidade – artigo 307 do Código Penal –, na verdade, de um equívoco cometido no momento da lavratura do flagrante; e

vii) subsidiariamente, ser exacerbada a pena que lhe foi imposta.

Contrarrazões apresentadas pelo Ministério Público Federal, onde requer seja mantida incólume a sentença condenatória proferida (fls. 388-407).

À fl. 414, limitou-se a douta Procuradoria Regional da República a secundar a fundamentação constante das contrarrazões de apelação.

É o relatório.

Submeti o feito à apreciação da douta Revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Conforme sumariado, insurge-se Antônio Bispo da Costa contra a sentença da lavra do il. Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Sergipe, que o condenou à pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos de reclusão e 6 (seis) meses de detenção, por infração aos delitos tipificados nos artigos 180, *caput*, 307 e 333, *caput*, todos do Código Penal e artigo 14 da Lei 10.826/03, em concurso material de crimes (artigo 69 do Código Penal).

O recorrente requereu, em sede de preliminar, a anulação de todo o processo, em virtude de irregularidades observadas no auto de prisão em flagrante delito. Mencionou, ainda, o fato de ter sido o laudo de exame pericial feito na arma de fogo subscrito por um só perito.

Não merecem ser acolhidos os argumentos expendidos pelo recorrente. Explico.

É que eventual nulidade ou irregularidade cometida no auto de prisão em flagrante delito não contamina a ação penal em curso, tampouco a sentença condenatória que dela tenha decorrido. Com efeito, sendo o inquérito policial mera peça informativa, dispensável para o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público Federal, não há que se falar em contaminação da ação penal por supostas irregularidades no auto de prisão em flagrante delito.

No mesmo sentido é a orientação adotada pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, segundo a qual, “*a eventual existência de irregularidade formal na lavratura do auto de prisão em flagrante, ainda que possa descaracterizar o seu valor legal como instrumento consubstanciador da coação cautelar – impondo, em consequência, quando reais os vícios registrados, o próprio relaxamento da prisão – não se reveste, por si só, de eficácia invalidatória do subsequente processo penal de conhecimento e nem repercute sobre a integridade jurídica da condenação penal supervenientemente decretada*” (STF, HC 73518, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, 26/03/96, unânime).

Anote-se que, *in casu*, não se cogita do relaxamento da coação cautelar imposta ao apelante, em virtude das eventuais irregularidades constatadas no auto de prisão em flagrante delito, porquanto decorrente a custódia cautelar do apelante não mais de seu estado de flagrância, mas da sentença condenatória recorível proferida pelo Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Sergipe.

No que toca à afirmação de que assinado o laudo de exame em arma de fogo por um só perito, constata-se o equívoco do recorrente a partir de um ligeiro exame no documento em questão. Com efeito, o laudo não foi assinado por apenas um perito, mas também pelo Diretor do Instituto de Criminalística da Secretaria de Segurança Pública do Estado de Sergipe, o qual também é perito criminalístico, como se depreende do carimbo e assinatura lançada na margem direita do documento (fls. 19-20).

Ademais, ainda que assinado o laudo por um único perito, sendo este profissional oficial, não haveria que se falar em nulidade, nos

termos de precedente do colendo Superior Tribunal de Justiça, que ora trago à colação:

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. TENTATIVA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO CONHECIMENTO. RECONHECIMENTO DE DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 07/STJ. NÃO CONHECIMENTO. **NULIDADE DE LAUDO PERICIAL. ASSINATURA DE APENAS UM PERITO OFICIAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.** PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INVIABILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. INÉPCIA DA DENÚNCIA, NO TOCANTE AO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

Não se conhece de recurso baseado na indicação de divergência jurisprudencial, quando o recorrente não procede ao confronto entre a decisão recorrida e o paradigma apresentado. O reconhecimento da desistência voluntária implicaria no revolvimento de todo o contexto fático probatório dos autos, inviável a teor da Súmula nº 07/STJ. **A jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal tem entendido pela validade do laudo assinado por apenas um perito, quando cuidar-se de profissional oficial. Precedentes do STJ e do STF.** O princípio da consunção pressupõe a existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas, para que se verifique a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa. Incabível a aplicação automática do princípio da consunção, em descon sideração às circunstâncias fáticas do caso concreto. Existindo a possibilidade de que os crimes de porte ilegal de arma e tentativa de homicídio qualificado se afigurem absolutamente autônomos, resta inviabilizada a aplicação do princípio da consunção. A inexistência absoluta de descrição do crime de porte ilegal de arma de fogo e da conduta do réu neste particular ofende o princípio constitucional da ampla defesa, tornando inepta a denúncia. Flagrante a ilegalidade, deve ser concedido *habeas corpus* de ofício, para afastar da pronúncia a imputação relacionada ao delito previsto no art. 10 da Lei nº 9.437/97, permanecendo íntegros os demais termos da acusação. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido. *Habeas corpus* concedido, de ofício, nos ter-

mos do voto do relator.

(STJ, REsp 200602104940, 5ª TURMA, REL. MIN. GILSON DIPP, 04/06/2007, UNÂNIME).

Superadas as preliminares, passo ao exame do mérito.

Assim restou fundamentado o édito condenatório do qual apela Antônio Bispo da Costa, no que toca ao crime de posse ilegal de arma de fogo:

Durante a fase pré-processual os denunciados confessaram a posse da arma de fogo e das munições (fls. 10/13 do IPL):

*“Que no dia de hoje encontrava-se em sua residência no endereço citado, quando por volta das 06:00 horas da manhã chegou a sua residência a pessoa conhecida por ADSON, conduzindo um veículo motocicleta de marca Honda CG 125 Fan de cor preta, sem a placa policial, **onde convidou o declarante a ir até o município de Itabaianinha/SE no intuito de comprar um revólver para sua defesa pessoal, pois já fora agredido fisicamente por três homens desconhecidos ficando com lesões corporais no corpo (...)**; que logo em seguida o declarante juntamente com seu colega retornavam para o Povoado Loreto e **ao chegar nas imediações do Posto Fiscal da Fazenda, neste município foi abordado por dois Policiais Rodoviários Federais os quais ao fazerem revista pessoal encontrou na cintura do declarante o revólver calibre 32 e no bolso de seu colega de nome ADSON foi encontrado três munições de revólver calibre 38 (...)**” - grifei (trechos das declarações de Antônio Bispo da Costa, quando se fez passar por Everton Ferreira da Costa).*

*“(...) Que, no dia de hoje, como o amigo do interrogado ‘TINHO’ havia sido ameaçado no Povoado Loreto, em uma festa no domingo passado, **decidiram ir para Itabaianinha/SE com a referida moto, comprar uma arma de fogo do tipo revólver. Que, na feira das trocas daquela cidade, compraram a arma do tipo revólver calibre .32 sem nenhuma munição, para o amigo do interrogado ‘TINHO’ não ser mais ameaçado por aquele rapaz do Povoado Loreto. Que, pagou R\$ 200,00 (duzentos reais) na arma de fogo e***

também comprou 03 (três) munições calibre .38 pelo valor de R\$ 15,00 (quinze reais) para revender para uns caras do Povoado Loreto do Rio Real/Ba, pelo valor de R\$ 10,00 (dez) reais. (...) - grifei (trechos das declarações de Admes Gomes Silva, quando se fez passar por Adison Gomes Silva).

Os depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação (fls. 110/114) e os interrogatórios dos denunciados (fls. 199/201) corroboram as declarações prestadas pelos réus:

"(...) que o seu colega lhe informou que um dos denunciados portava uma arma; que fez a revista nos denunciados e constatou que o outro com munição (...)" - grifei (trechos da oitiva da testemunha de acusação Diogo Leandro Paiva Ramos – fl. 110).

"(...) que já na primeira revista, constatou a arma na cintura de um dos denunciados que se encontra nesta sala, sendo Antônio Bispo; (...); que quando o colega chegou ao local, foi feita uma revista mais completa de ambos; que foi verificada a presença de munição com o denunciado que estava pilotando a motocicleta; (...)" - grifei (trechos da oitiva da testemunha de acusação David Eduardo Azevedo Euzébio – fl. 112).

"(...) que em Itabaianinha foram à feira livre onde Everton adquiriu um revólver 32, dizendo que era para proteção pessoal; que a mesma pessoa que vendeu a arma para Everton tinha projéteis calibre 38 para venda e o interrogando decidiu compra 03, ao preço de R\$ 5,00 cada, para revendê-los; (...)" - grifei (trechos do interrogatório de Admes Gomes Silva – fl. 200).

"(...) que foi o único responsável pela aquisição do revólver calibre 32 na feira das trocas em Itabaianinha, afirmando que o fizera para se proteger, pois mora em um sítio isolado em companhia apenas de sua companheira; que não comprou os projéteis; (...)" - grifei (trechos do interrogatório de Antônio Bispo da Costa – fl. 203).

Assim, tem-se que as confissões dos réus na fase pré-processual foram corroboradas pelos elementos de prova colhidos em juízo de forma a fundamentar um provimento

condenatório no que pertine ao cometimento do crime de porte ilegal de arma de fogo e munição, capitulados no art. 14 da Lei 10.826/03, em face dos réus, mesmo tendo sido o caso de porte ilegal de arma de fogo desmuniçada, configuradora da hipótese de perigo abstrato ao objeto protegido pela norma, a saber, a paz social.

Como se pode observar, o próprio recorrente reconheceu, em juízo, ter sido ele o responsável pela aquisição da arma de fogo apreendida sob sua guarda. Comprova-se a autoria delitiva, ainda, pelos depoimentos prestados pelos Policiais Rodoviários Federais responsáveis pela referida apreensão.

No que toca à materialidade do crime, vê-se que o laudo pericial de fls. 18-20 atestou a aptidão da arma de fogo para a produção de disparos. Nesse ponto, destaco ser irrelevante o fato de se encontrar desmuniçada a arma, já que o seu porte configura crime de perigo abstrato, que prescinde da demonstração de ofensividade real.

No mesmo sentido, confira-se o precedente do egrégio Supremo Tribunal Federal a seguir transcrito:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. JULGADO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARMA DESMUNICIADA. TÍPICIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

1. A decisão do Superior Tribunal de Justiça está em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2. **O crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido é de mera conduta e de perigo abstrato, ou seja, consuma-se independentemente da ocorrência de efetivo prejuízo para a sociedade, e a probabilidade de vir a ocorrer algum dano é presumida pelo tipo penal. Além disso, o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, mas a segurança pública e a paz social, sendo irrelevante o fato de estar a arma de fogo muniçada ou não. Precedentes.**

3. Ordem denegada. Destaquei.
(STF, HC 104206, 1ª Turma, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJE 26/08/2010, unânime).

Escoreito, portanto, o decreto condenatório, no que tange à conduta capitulada no artigo 14 da Lei 10.826/03.

No que tange ao delito de receptação (art. 180, *caput*, do CP), assim restou fundamentada a sentença condenatória, *verbis*:

Segundo os autos do Inquérito Policial anexo, depois de conduzidos os réus à autoridade policial, foi constatado que a moto apreendida em poder destes havia sido roubada no Povoado Piçarreira, Município de Umbaúba/SE, dias antes da apreensão, informação confirmada pela declaração prestada pela vítima Dener Sandes Silva (fls. 08/09).

Durante a investigação policial o réu Admes Gomes Silva afirmou que ele e seu amigo “TINHO” (apelido de Antônio Bispo da Costa) haviam comprado a moto no Povoado Loreto, Município de Rio Real, a uma pessoa desconhecida pelo valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais):

“QUE na ultima quarta-feira, dia 23/09/2010, por volta das 09h00 da noite, o interrogado e seu amigo conhecido como ‘TINHO’, estavam no Povoado Loreto do Município de Rio Real/BA, quando um indivíduo desconhecido, que estava em um quiosque, chamou o interrogado e seu amigo, para conversar. Que, perguntou ao interrogado onde vendia droga, sendo que disse que não sabia, momento em que ele disse: ‘então veja um comprador para esta moto aí’. Que, o vendedor disse que a moto era ‘pocada’ e que estava com o documento. Que, pediu para ver o documento, sendo que ele mostrou o documento de 2009 (CRLV). Que, o declarante e o amigo se interessaram pela moto, sendo que apenas tinham R\$ 500,00 (quinhentos reais). Que, ele concordou com a venda, sendo que, meio com pressa, vendeu para o interrogado e o amigo a moto Honda/CG 125 Fam, de cor preta, ano 2009, sem placa policial, pelo valor acordado de R\$ 500,00 (quinhentos reais)”. (...) - grifei (trechos das declarações de Admes Gomes Silva – fls. 12/13 do IPL).

Já o réu Antônio Bispo da Costa afirmou em seu interrogatório policial: “(...) **que o veículo motocicleta foi adquirido pela pessoa de ADSON não sabendo informar a quem o mesmo comprou, informando apenas que contribuiu com a quantia de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) para a compra do referido veículo no dia 20/09/2009; (...)**” (trechos das declarações de Antônio Bispo da Costa – fls. 10/11 do IPL).

Durante a instrução processual, os réus não confirmaram as declarações prestadas perante a autoridade policial, sob a alegação de que foram pressionados a prestá-las.

O réu Admes Gomes Silva, informou que adquiriu a moto de um mototaxista de Rio Real, que conhecia o seu sogro, ajustando com ele o preço de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), e que pagou R\$ 2.000,00, valor adquirido com o dinheiro da verba rescisória e de um terreno que havia vendido, bem como que pretendia pagar os R\$ 2.000,00 faltantes da moto com o retorno ao trabalho (fls. 200/201). Antônio Bispo da Costa, negou ter estado na companhia de Admes no momento da compra da moto, bem como negou ter dado R\$ 250,00 para a aquisição da mesma (fl. 203).

A testemunha David Eduardo Azevedo Euzébio informou que havia perguntado aos denunciados a origem da motocicleta, mas estes apresentaram versões contraditórias, **“uma hora falaram que foi comprada e outra hora informaram que a moto era emprestada de um amigo”** (fl. 113).

Da análise do conjunto probatório, entendo que falece aos réus a tese de que foram pressionados a prestar a informação de que haviam comprado a moto pelo preço de R\$ 500,00, principalmente, pela clareza de seus depoimentos perante a autoridade policial, e pela presunção de lealdade às leis e aos preceitos constitucionais a que esta se submete na sua função investigatória, não se podendo recusar validade aos depoimentos prestados durante a elaboração do inquérito policial.

Ademais, segundo se vê dos antecedentes do réu Admes Gomes Silva, apenas para fins de verificação de sua conduta social, inclusive, com processo de auto de prisão em flagrante registrado neste ano, na Comarca de Rio Real/BA (fls. 148), além da informação prestada por ele quando de seu

interrogatório judicial de que já respondeu a um processo em 2008, sob a acusação de roubo de motocicleta (fl. 199), verifica-se que este mantém uma vida desregulada, de conduta social reprovável. Saliente-se o fato de que tanto ele quanto Antônio Bispo da Costa, atribuíram, a si mesmos, nomes diversos durante a investigação criminal, sendo que este, já na fase processual assinou mandados de intimação e citação com nome falso (fls. 21/23 e 48/49).

*Ante o exposto, considerando que a receptação tem por pressuposto indispensável a prática de um crime anterior, este devidamente comprovado nos autos, roubo da motocicleta, e diante da existência de elementos nos autos de que os réus compraram a referida moto por R\$ 500,00 (quinhentos reais), não elididos pelas defesas, nem pelos interrogatórios judiciais prestados, **tem-se que os réus praticaram a conduta delituosa de receptação da moto apreendida.***

Sustenta o recorrente Antônio Bispo da Costa ter o corréu Admes Gomes Silva confessado, em juízo, a prática solitária do delito de receptação da motocicleta, crime que se teria verificado sem a sua participação.

A tese defensiva não merece prosperar. Explico.

Não é verdade que tenha o corréu Admes Gomes Silva admitido a prática do crime de receptação, capitulado no artigo 180, *caput*, do Código Penal. O que pretendeu, conclui-se, foi dar contornos de legalidade à aquisição da motocicleta, declarando valor de compra próximo do praticado no mercado, de sorte a descaracterizar a elementar normativa do tipo “sabe ser produto de crime”.

Ocorre que o corréu Admes Gomes Silva não se desincumbiu do ônus de provar a versão dos fatos inaugurada em juízo, no sentido de que teria ajustado o valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) para a compra da motocicleta, e que teria pago o valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) com recursos provenientes de verba rescisória e de um terreno que havia vendido. Não identificou, ainda, quem lhe vendeu a motocicleta, afirmando apenas tratar-se de um mototaxista de Rio Real-BA, conhecido de seu sogro.

Não explicou, ainda, por que não trazia consigo o documento de transferência do veículo, tampouco a razão pela qual estava a motocicleta sem placa.

Em sentido contrário, tem-se a prova judicializada de que roubada a motocicleta em questão, três dias antes, no município de Umbaúba-SE, e encontrada em poder dos réus, no dia 25/09/2009 (fls. 112-113). Some-se a isso os depoimentos uníssomos dos sentenciados, prestados quando da lavratura do auto de prisão em flagrante delito, no sentido de que haviam adquirido a motocicleta há dois dias – 23/09/2009 – pela quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais), tendo cada um deles contribuído com a parcela de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais).

Nesse ponto, há que ser afastada a alegação de que teria a autoridade policial forçado o ora recorrente a confessar o que quer que seja. Nada nos autos conduz a essa conclusão, não havendo o menor indício de que fora ela obtida em virtude de coação. Carecendo de demonstração o alegado, reputo acertada a condenação pelo delito capitulado no artigo 180, *caput*, do Código Penal (receptação).

No que tange ao delito descrito no artigo 333 do Código Penal, requer o apelante seja absolvido da imputação, uma vez que não teria praticado nenhum dos núcleos do tipo penal, quais sejam, oferecer ou prometer vantagem. Diz ser crime impossível a corrupção ativa, quando não dispõe o agente dos valores supostamente oferecidos ou prometidos ao agente público. Sustenta ser baseada a condenação exclusivamente na versão apresentada por esses servidores públicos policiais.

Vejamos como se houve a sentença condenatória, no que toca a modalidade criminosa descrita no artigo 333 do Código Penal:

*O crime em comento configura-se pelo **oferecimento ou pela promessa da vantagem indevida**, desde que com o fim específico de que determinado ato de ofício seja praticado, omitido ou retardado.*

Constitui-se, assim, crime formal, sendo irrelevante o fato de o sujeito ativo não ter a quantia oferecida ou prometida indevidamente ao funcionário público, vez que tal delito se consuma com a simples promessa de vantagem indevida e seu exaurimento se dá no instante em que o servidor toma conhecimento da oferta ou da promessa.

Em regra, o crime em questão não deixa vestígios, razão pela qual a sua ocorrência e autoria devem ser apuradas pelo

conjunto probatório produzido nos autos. Assim, por se tratar de crime dificilmente praticado na presença de outras pessoas, tem-se que é válido e decisivo o testemunho dos agentes policiais, vítimas da oferta da propina, cujos depoimentos devem ser coerentes e harmônicos, ausente de contradições.

Durante os interrogatórios judiciais, os réus negaram a prática do delito; e as defesas, em sede de alegações finais, alegaram: a existência de contradições na oitiva das testemunhas de acusação e da ausência do dinheiro em poder do réu Antônio Bispo, tornando o crime impossível (defesa de Antônio Bispo – fls. 282/304), e carência de rigidez das provas dos autos, inexistindo provas que possam levar o acusado Admes Gomes Silva a ser condenado (defesa de Admes Gomes – fl. 275/277).

Foram apreendidos R\$ 190,00 (cento e noventa reais) que estavam com o réu Admes Gomes Silva, os quais foram depositados judicialmente (fl. 58 do IPL).

No caso dos autos, inexistente coerência entre os depoimentos prestados quando da confecção do auto de prisão em flagrante e os prestados em juízo, consoante se verá a seguir.

Eis os depoimentos prestados pelas testemunhas de acusação, policiais rodoviários federais, na fase inquisitorial:

*“(...) que o depoente revistou o indivíduo identificado como Everton Ferreira da Costa e encontrou com o mesmo a arma de fogo, tipo revolver, marca Smith Wesson, calibre .32 Special, nº 40551, cabo plástico da cor marrom, razão pela qual deu voz de prisão e determinou que EVERTON e o seu companheiro deitassem no chão; **que, a partir de então, EVERTON E ADSON passaram a oferecer ao depoente a quantia de R\$ 200,00 (duzentos reais) para que fossem liberados, oportunidade em que o depoente respondeu negativamente; (...) que EVERTON e ADSON insistiram, por diversas vezes, oferecendo dinheiro ao depoente para que fossem liberados, inclusive ofereceram na presença do colega D. PAIVA; (...)”** - grifei (trechos do depoimento do condutor e primeira testemunha David Eduardo – fls. 04/05 do IPL).*

“(…) que, então, EVERTON e ADSON ofereceram, por diversas vezes, a importância de R\$ 200,00 (duzentos reais) ao depoente e seu colega DAVID para que fossem liberados; (...)” - grifei (trecho do depoimento da segunda testemunha Diego Leandro – fls. 06/07 do IPL).

Ao prestarem os depoimentos em juízo, as mesmas testemunhas, confirmaram em parte a oferta do dinheiro, pois somente atribuíram a conduta ao denunciado **Antônio Bispo da Costa**, ao declararem:

“que um dos denunciados ofereceu uma quantia que não sabe precisar; que a quantia oferecida era acima de R\$ 100,00 (cem reais); que o denunciado ofereceu o dinheiro para ser liberado, mas não mostrou os valores” - grifei (trechos do depoimento da testemunha Diego Leandro – fl. 110);

“que no momento da prisão, o denunciado que portava a arma chegou a oferecer uma quantia em dinheiro ao depoente e a seu colega”; “que o outro denunciado, que não portava arma, não ofereceu dinheiro ao depoente”; “que o oferecimento do valor por parte dos denunciados foi feito em dois momentos, primeiro quando o depoente estava sozinho e depois quando da chegada do outro policial” - grifei (depoimento de David Euzébio – fls. 112/113).

Observa-se que as testemunhas Diego Leandro e David Euzébio apresentaram depoimentos contraditórios nas fases de investigação policial e judicial.

Ambos afirmaram, quando ouvidos durante a lavratura do auto de prisão em flagrante, que os denunciados EVERTON e ADSON haviam oferecido por diversas vezes dinheiro para serem liberados. Em juízo, atribuíram a um único denunciado a oferta da vantagem, àquele que portava a arma de fogo (Antônio Bispo).

Os depoimentos são conflitantes e nenhum permite concluir pela participação de Admes Gomes Silva nas tratativas com os policiais.

A jurisprudência é neste sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME PRATICADO POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO

EM GERAL. CORRUPÇÃO ATIVA. PROVA. PALAVRA DOS POLICIAIS RODOVIÁRIOS FEDERAIS. VERSÃO COESA. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

I - Materialidade e autoria delitivas devidamente comprovadas, havendo provas no sentido de que o acusado ofereceu vantagem indevida para que os policiais rodoviários federais não efetuassem a apreensão do veículo e a sua prisão em flagrante, uma vez que fora surpreendido quando transportava veículo automotor que estava “depenado” e seria objeto de fraude contra a seguradora.

II - Em se tratando de delito cometido sob as vestes da clandestinidade, como pode ser no caso de oferta de vantagem indevida para que servidor público federal se omita em relação a ato de ofício, a palavra dos policiais serve como fundamentação idônea para a imposição do decreto condenatório, desde que a versão apresentada seja coesa e sem maiores contradições, o que se verifica no presente caso. (ACR 20026000066833, TRF 3ª, 2ª T., Rel. Cotrim Guimarães, DJR3 03/10/2008)

Dessa forma, no cotejo das provas constantes dos autos, conclui-se que o responsável pelo oferecimento da vantagem indevida foi o réu Antônio Bispo da Costa. Logo, a conduta tipificada no art. 333 do Código Penal foi por ele consumada, sendo irrelevante, conforme dito anteriormente, o fato de o sujeito ativo não ter em sua posse a quantia oferecida ou prometida indevidamente ao funcionário público.

Irretocável a sentença condenatória quanto ao reconhecimento do delito de corrupção ativa praticado pelo recorrente Antônio Bispo da Costa.

Com efeito, o crime de corrupção ativa é um delito de mera conduta, sendo, portanto, desnecessária para a sua consumação a efetiva existência da vantagem indevida, bastando que seja ela oferecida ou prometida, pouco importando se o agente detinha, à época do oferecimento ou promessa da vantagem, recursos suficientes para o seu pagamento.

As declarações prestadas por servidores policiais, fora de dúvida, são aceitas como prova para a condenação. Como toda tes-

temunha, o policial assume o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, ficando sujeito, como qualquer outra pessoa, às penas da lei, na hipótese de falso testemunho. O exercício da função policial, por si só, não desqualifica, nem torna suspeito seu titular. O testemunho só não terá valor probatório quando evidenciado que o policial tem algum interesse particular na investigação ou, então, quando dissociado do mais que foi apurado na instrução criminal. De fato, seria contrário à boa lógica que o Estado creditasse a determinadas pessoas a sua função repressiva e, posteriormente, com a obtenção dos resultados, viesse a negar-lhes crédito, tão somente em virtude da função por eles exercida.

Há que se esclarecer, ainda, acerca da coerência dos depoimentos prestados pelos policiais rodoviários federais, quando da confecção do auto de prisão em flagrante e os prestados em juízo, que a dissonância verificada se limitou à participação na corrupção ativa do corrêu Admes Gomes Silva – tendo sido ele, por essa razão, absolvido da imputação –, permanecendo, todavia, coesas e firmes as declarações, no que toca ao cometimento do crime por parte do ora recorrente, o sentenciado Antônio Bispo da Costa.

Não merece guarida, portanto, a insurgência do recorrente, quanto à condenação pelo crime tipificado no artigo 333 do Código Penal.

No que toca ao delito de falsa identidade, capitulado no artigo 307 do Código Penal, assim restou fundamentada a sentença combatida:

*Para configuração do delito de falsa identidade, necessária é a vontade de atribuir-se ou atribuir a outrem a falsa identidade, **exigindo-se, porém, o elemento subjetivo do tipo, que é a finalidade de conseguir vantagem para si ou para outrem ou de causar dano a terceiro.***

Segundo se vê dos autos do inquérito policial, Admes e Antônio Bispo, utilizaram nomes diversos ao se identificarem perante a autoridade policial. Admes foi imediatamente identificado após a comunicação de sua prisão a pessoa de sua família, conforme se vê à fl. 30 do IPL, onde consta informação de que Adson Gomes Silva é o irmão do mesmo. Já Antônio Bispo, que se identificou como

Everton Ferreira da Costa, somente teve sua identidade revelada, após informação prestada pelo causídico (fls. 30/32), tendo inclusive utilizado o nome falso quando assinou os mandados de intimação e de citação, expedidos por este Juízo (fls. 21/23 e 48/49).

Admes fugiu da delegacia no mesmo dia de sua prisão em flagrante, em 25/09/2009, à noite, juntamente com 06 presos, e novamente detido em 14/01/2010, conforme informações prestadas pelo Delegado de Polícia Juciária, constantes à fl. 43 do presente feito.

Saliente-se que durante o seu interrogatório policial informou que já respondeu a um processo em 2008 sob a acusação de roubo de motocicleta.

Ante o exposto, diante de sua conduta social reprovável, entendo que se utilizou do nome do seu irmão com o intuito de ocultar os seus antecedentes, e com isso obter vantagem em proveito próprio.

Bem assim quanto ao réu Antônio Bispo da Costa, que tem contra si ação penal em trâmite no Juízo de Direito da Comarca de Rio Real/BA, na qual, segundo certidão de fl. 305, são identificados os delitos tipificados no art. 148, caput (sequestro e cárcere privado), 157, § 2º, incisos I, II e V (roubo qualificado), art. 163, parágrafo único, inciso IV (dano qualificado), arts. 213 (estupro) e 214 (atentado violento ao pudor), c/c o art. 226, I (causa de aumento de pena em razão do concurso de duas ou mais pessoas), processo nº 0001482-53.2010.805.0216, gerado em razão do desmembramento do feito nº 0001518-32.2009.805.0216.

Soma-se ainda o fato da confissão, neste feito, da compra de arma de fogo, na feira das trocas do Município de Itabaianinha para, segundo o réu, ser utilizada em sua defesa pessoal.

Comprovada está a prática delitiva descrita no art. 307 do CP pelos réus Admes Gomes Silva e Antônio Bispo da Costa.

Como se vê, o delito de falsa identidade foi cometido em um contexto de autodefesa, no qual, ao serem os agentes interpelados por uma autoridade policial, identificaram-se falsamente, com o intuito de esconder sua vida pregressa.

A jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, de há muito, orientou-se no sentido de que “*não comete o delito previsto no art. 307 do Código Penal o réu que, diante da autoridade policial, atribui-se falsa identidade, em atitude de autodefesa, porque amparado pela garantia constitucional de permanecer calado, ex vi do art. 5º, LXIII, da CF/88*” (STJ, HC 162.576/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJE 09/08/2010, unânime).

Em assim sendo, por considerar atípica a conduta daquele que, diante de autoridade policial, no exercício do direito de autodefesa constitucionalmente assegurado, atribui-se falsa identidade com o intuito de ocultar sua vida pregressa, absolvo o recorrente Antônio Bispo da Costa da imputação relativa ao artigo 307 do Código Penal.

Anote-se que a absolvição deve ser estendida ao corréu Admes Gomes Silva, em virtude da aplicação do comando previsto no artigo 580 do Código de Processo Penal, que determina o aproveitamento aos demais agentes da decisão do recurso interposto por um deles, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal. Com isso, objetiva-se a conferência de um tratamento isonômico aos agentes que, em concurso de pessoas, praticaram os mesmos crimes.

Resta-nos, então, averiguar se exacerbada a reprimenda aplicada ao apelante, no que toca aos delitos de porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da Lei 10.826/03), receptação (art. 180, *caput*, do CP) e corrupção ativa (art. 333 do CP).

Nesse ponto, verifico que as penas definitivas cominadas aos delitos de porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da Lei 10.826/03) e corrupção passiva (art. 333 do CP) foram fixadas, cada uma, no patamar de 2 (dois) anos de reclusão, que corresponde ao mínimo previsto em lei para esses tipos penais.

Não enxergo, portanto, como se possa cogitar de exacerbção das penas relativa a esses delitos, já que fixadas no mínimo legal e inexistente, na espécie, causa de diminuição de pena.

No que tange, contudo, à pena decorrente da receptação (art. 180, *caput*, do Código Penal), não foi ela fixada no mínimo legal, a despeito de ter o magistrado *a quo*, no exame das circunstâncias

judiciais do artigo 59 do Código Penal, sopesado-as de forma idêntica à dos dois outros delitos, não revelando outra operativa, que não a personalidade do agente, a justificar a elevação da pena-base.

Isso ocorreu porque, diferentemente do que havido com o delito de porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da Lei 10.826/03), o magistrado não reconheceu, quanto à receptação (art. 180, *caput*, do CP), a atenuante genérica da confissão (art. 65, III, *d*, do CP), a despeito de ter utilizado como um dos fundamentos da decisão condenatória a confissão obtida extrajudicialmente.

Nesse ponto, penso que se a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, deve ser atenuada a sua pena, pouco importando se a admissão da prática dos ilícitos foi espontânea ou não.

Assim, deve ser fixada a pena pelo delito de receptação (art. 180, *caput*, do CP), também no mínimo previsto em lei, a exemplo do ocorrido com os delitos de porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da Lei 10.826/03) e corrupção passiva (art. 333 do CP).

Reduzo, portanto, a pena definitiva relativa ao delito capitulado no artigo 180, *caput*, do Código Penal para 1 (um) ano de reclusão, o mínimo legalmente cominado para o tipo penal.

Sem modificação com relação à pena de multa, uma vez que arbitrada no mínimo legal.

O reconhecimento da atenuante da confissão (art. 65, III, *d*, do CP), a exemplo da absolvição relativa ao delito de falsa identidade (art. 307 do CP), também deve ser estendida ao corréu Admes Gomes Silva, em virtude do disposto no artigo 580 do Código de Processo Penal, já que também utilizada a sua confissão extrajudicial como um dos fundamentos de sua condenação.

Fixadas as penas definitivas, devem ser elas unificadas, a teor do disposto no artigo 69 do Código Penal, dessa operação resultando o total de 5 (cinco) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Mantida a sentença em seus ulteriores termos.

Ante o exposto, **dou provimento, em parte**, ao apelo de Antônio Bispo da Costa para absolvê-lo da imputação relativa ao crime de falsa identidade (art. 307 do CP), bem assim para reduzir a pena relativa ao delito de receptação (art. 180, *caput*, do CP) ao patamar mínimo de 1 (um) ano, em razão do reconhecimento da atenuante genérica da confissão (art. 65, III, *d*, do CP), perfazendo, o total de pena a ser cumprida pelo apelante, o montante de 5 (cinco) anos de reclusão, em face da regra insculpida no artigo 69 do Código Penal.

Tendo em conta o disposto no artigo 580 do Código de Processo Penal, que determina o aproveitamento aos demais agentes da decisão do recurso interposto por um deles, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, **concedo, ex officio, habeas corpus** ao corréu **Admes Gomes Silva**, para também absolvê-lo da imputação relativa ao crime de falsa identidade (art. 307 do CP), bem assim para reduzir a pena relativa ao delito de receptação (art. 180, *caput*, do CP) ao patamar mínimo de 1 (um) ano, em razão do reconhecimento da atenuante genérica da confissão (art. 65, III, *d*, do CP).

De uma vez que absolvido pelo julgador *a quo* da imputação concernente à corrupção ativa (art. 333 do CP), remanesce a sanção unificada de 3 (três) anos de reclusão ao corréu Admes Gomes Silva, a qual deverá ser cumprida em regime aberto (art. 33, § 2º, *c*, do CP).

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade fixada ao sentenciado Admes Gomes Silva por restritivas de direito, porque sua personalidade não indica ser suficiente à medida (art. 44, III, do CP).

Estabelecido o regime aberto para o cumprimento da pena fixada ao sentenciado Admes Gomes Silva, razão não há para que se mantenha a sua segregação cautelar. Em assim sendo, determino seja expedido **alvará de soltura** em seu favor, com a cláusula **“se por al não estiver preso”**.

É como voto.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 97.972-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Apelante: ADVOCACIA DE EMPRESAS - AUDIPLAN
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Adv./Proc.: DR. MANUEL DE FREITAS CAVALCANTE JUNIOR
(APTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. SOCIEDADE DE ADVOGADOS. CABIMENTO. DECRETO-LEI Nº 1.422/75.

- Trata-se de apelação através da qual a AUDIPLAN contesta sentença que julgou improcedente seu pedido de isenção de salário-educação.***
- O salário-educação, cujo caráter tributário foi conferido pela Constituição de 1988, foi primeiramente regulado pelo Decreto-Lei 1.422/75, o qual determinava como base de cálculo a folha de salários e como sujeitos passivos as empresas, segundo a definição de empregador da CLT, e demais empresas e entidades públicas vinculadas à previdência social.***
- De acordo com a CLT (art. 2º, § 1º), a Lei 3.807/60 (art. 4º, a) e o Decreto 6.300/06 (art. 2º), em resumo, são sujeitos passivos da contribuição para o salário-educação as empresas, assim entendidas as entidades públicas ou privadas, urbanas ou rurais, com ou sem fins lucrativos, que assumam o risco de uma atividade econômica, que assalaria a prestação pessoal de serviços, vinculadas à Previdência Social.***
- O parágrafo único do art. 2º do Decreto 6.300/06 elenca as entidades isentas do pagamento de salário de educação, porém não há menção a qualquer sociedade civil de profissionais liberais, tampouco de sociedade de advogados.***
- As normas de isenção tributária devem ser interpretadas de forma literal e restritiva (art. 111,***

II, CTN).

- Sendo a apelante sociedade civil cujo objeto é a prestação de serviços de advocacia, resta patente sua sujeição ao pagamento do salário-educação.

- Precedentes da 4ª Turma deste Tribunal (TRF 5ª Região. 4ª Turma. Rel. Des. Margarida Cantarelli. AMS 97530. DJ, 19/04/07; Rel. Des. Convocado Hélio Sílvio Ourem Campos. AMS 102108. DJ, 18/08/08; Rel. Des. Lázaro Guimarães. AMS 100100. DJ, 27/05/08).

- Decisão do STJ em sede de recursos repetitivos sobre a sujeição ao pagamento de salário-educação (STJ. 1ª Seção. Rel. Luiz Fux. REsp 1162307. DJ, 03/12/10).

- Apelação não provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 15 de março de 2010 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de apelação interposta pela AUDIPLAN contra sentença que julgou improcedente seu pedido por entender que empresas prestadoras de serviços deverão recolher o salário-educação. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Em suas razões recursais, a impetrante, ora apelante, alega, em resumo: 1. que é uma sociedade de advogados e não uma empresa, ou seja, não exerce atividade empresarial; 2. que as sociedades de advogados se submetem a lei especial (Lei 8.906/

94), motivo pelo qual seu caráter é não-empresarial; 3. que o próprio INSS já reconheceu seu direito de não recolher as contribuições para o SESC/SENAC/SEBRAE; 4. que também é isenta do pagamento de COFINS, tampouco ISS; 5. que, assim como os serviços sociais autônomos e os serviços notoriais, os escritórios não se submetem a cobrança do salário-educação; 6. que o salário-educação só poderá ser cobrado de empresas.

Requer, por fim, o provimento do apelo para que não se submeta à cobrança do salário-educação.

Contrarrazões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

O salário-educação, cujo caráter tributário foi conferido pela Constituição de 1988, foi primeiramente regulado pelo Decreto-lei 1.422/75, o qual determinava como base de cálculo a folha de salários e como sujeitos passivos as empresas, segundo a definição de empregador da CLT, e demais empresas e entidades públicas vinculadas à previdência social.

Por sua vez, a CLT assim define o empregador:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, **os profissionais liberais**, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

Ademais, a Lei 3.807/60 dispôs:

Art. 4º Para os efeitos desta lei, considera-se: (Redação dada pela Lei nº 5.890, de 1973)

a) empresa - o empregador, como tal definido na Consolidação das Leis do Trabalho, bem como as repartições públicas, autarquias e quaisquer outras entidades públi-

cas ou serviços administrados, incorporados ou concedidos pelo Poder Público, em relação aos respectivos servidores incluídos no regime desta lei;

Por fim, o Decreto 6.300/06, que regulamenta a Lei 9.424/96, assim determinou:

Art. 2º. São contribuintes do salário-educação as empresas em geral e as entidades públicas e privadas vinculadas ao Regime Geral da Previdência Social, entendendo-se como tais, para fins desta incidência, qualquer firma individual ou sociedade que assuma o risco de atividade econômica, urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem assim a sociedade de economia mista, a empresa pública e demais sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público, nos termos do art. 173, § 2º, da Constituição.

Parágrafo único. São isentos do recolhimento da contribuição social do salário-educação:

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

II - as instituições públicas de ensino de qualquer grau;

III - as escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, devidamente registradas e reconhecidas pelo competente órgão de educação, e que atendam ao disposto no inciso II do art. 55 da Lei nº 8.212, de 1991;

IV - as organizações de fins culturais que, para este fim, vierem a ser definidas em regulamento;

Em resumo, de acordo com as normas acima citadas, são sujeitos passivos da contribuição para o salário-educação as empresas, assim entendidas as entidades públicas ou privadas, urbanas ou rurais, com ou sem fins lucrativos, que assumam o risco de uma atividade econômica, que assalaria a prestação pessoal de serviços, vinculadas à Previdência Social.

Por sua vez, a AUDIPLAN, ora apelante, segundo seu contrato social, é uma sociedade civil cujo objeto é a prestação de serviços de advocacia em geral, especialmente aquela voltada para a área empresarial.

É mister colocar que o Decreto 6.300/06 não isenta as sociedades de advogados do recolhimento da presente exação ou qualquer outra sociedade civil de profissionais liberais.

De acordo com o art. 111, II, CTN, há que se interpretar as normas de isenção de forma literal e restritiva, tomando por base a regra da tipicidade cerrada e excluindo a utilização da analogia.¹

Por conseguinte, queda patente a sujeição das sociedades de advogados – a exemplo da empresa apelante – ao pagamento do salário-educação, tendo em vista sua adequação ao conceito de empresa inserto no Decreto-Lei 1.422/75.

No mesmo sentido são os seguintes julgados proferidos pela 4ª Turma deste Tribunal:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. DECRETO-LEI Nº 1.422/75 RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.424/96.

I. O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de ser constitucional a Contribuição Social do Salário-Educação, criada pelo Decreto-Lei nº 1.422/75. (Súmula 732. “É constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/1996.”)

II. A nova ordem constitucional manteve a cobrança da exação nos termos previstos nos referidos diplomas, até o

¹ RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE. ISENÇÃO. LEIS 7.713/88 E 8.541/92. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. ART. 111 DO CTN.

1. A inexistência de lei específica que assegure a isenção de imposto de renda sobre proventos de Licença para Tratamento de Saúde impossibilita a concessão de tal benefício.

2. As Leis nºs 7.713/88 e 8.541/92 tratam de hipóteses específicas de isenção, não abrangendo a situação dos autos.

3. As normas instituidoras de isenção, nos termos do art. 111 do CTN, por preverem exceções ao exercício de competência tributária, estão sujeitas à regra de hermenêutica que determina a interpretação restritiva em decorrência de sua natureza. Não prevista, expressamente, pelas Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003 a exclusão dos juros de capital próprio da base de cálculo do PIS e da COFINS, incabível fazê-lo por analogia. Precedente: REsp 921.269/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, *DJ* 14/06/2007, p. 272.

4. Recurso especial não provido. (STJ. 2ª Turma. Rel. Min. Castro Meira. REsp 1212976. *DJ*, 23/11/10).

advento da Lei nº 9.424/96, que alterou a natureza jurídica da contribuição, passando então da categoria de prestação especial alternativa para a de contribuição social, submetida agora às regras do direito tributário.

III - Recepcionado o Salário-Educação pela CF/88, encontra-se o mesmo regulamentado pela Lei nº 9.424/96 em perfeita consonância com o texto constitucional. Precedentes (STF, ADC 3-DF, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* 02.12.99).

IV. Considera-se, também, no conceito de empresa, para fins de incidência do Salário-Educação, as prestadoras de serviço, inclusive, as sociedades de profissionais liberais, vinculadas à Seguridade Social, que prestam serviços de natureza econômica urbana, com fins lucrativos.

V. Apelação improvida. (TRF 5ª Região. 4ª Turma. Rel. Des. Margarida Cantarelli. AMS 97530. *DJ*, 19/04/07).

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SOCIEDADE DE ADVOGADOS. ANULAÇÃO DE LANÇAMENTO FISCAL. ILEGALIDADE DAS CONTRIBUIÇÕES PARA O SAT, SALÁRIO-EDUCAÇÃO E 1/3 DE FÉRIAS. LITISPENDÊNCIA. RETIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO FISCAL, OCORRIDA EM 15/09/2006. OFENSA AO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA. NOTIFICAÇÃO EM 21/09/2006. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE OS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. CARACTERIZAÇÃO COMO VERBA SALARIAL. CONTRIBUIÇÃO SOBRE HORAS EXTRAS. INCIDÊNCIA. VERIFICAÇÃO DE ERRO NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. INADEQUAÇÃO DO *WRIT*. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. CRÉDITOS ANTERIORES A 31/12/95. PRESCRIÇÃO. ART. 173, I, DO CTN.

1. Trata-se de apelações, da Audiplan (fls. 814/837) e da Fazenda Nacional (fls. 863/867), contra a sentença do Exmo. Juiz Federal da 12ª Vara/PE Dr. Frederico José Pinto de Azevedo (fls. 770/779), que afastou a alegação de ofensa ao contraditório, com relação à retificação do lançamento, e: a) deferiu parcialmente a segurança, somente quanto à decadência dos créditos relativos ao período de julho/92 a dezembro/95; b) reconheceu a litispendência em relação às contribuições para o Salário-Educação, SAT e incidente sobre 1/3 de férias (MS 2002.83.00.007148-9), e a inadequação da via eleita, quanto à irregularidade na

apuração da base de cálculo dos créditos gerados em janeiro e dezembro/98, em face da necessidade de dilação probatória.

2. Litispendência em relação: **a) ao SAT e ao Salário-Educação, pois, a legalidade das referidas contribuições já foi discutida no MS 200.83.00.007148-9, tendo sido negada a segurança ao argumento de que o referido Escritório de Advocacia figura como empregador, enquadrando-se como contribuinte, em relação às exações incidentais sobre folha de salários, a teor da equiparação no art. 154, parágrafo único, da Lei 8.212/91 (fls. 679/681); b) à contribuição previdenciária sobre 1/3 de férias, cuja segurança foi negada no MS 2006.83.00.011650-8 (fls. 662/664), ao argumento de que a não incidência ocorre somente no caso da indenização pecuniária das férias não gozadas.**

3. Inexiste a alegada ofensa ao contraditório, tendo em conta que a Audiplan foi notificada, em 21/09/06 (fl. 735), da retificação do Lançamento Fiscal (NFLD nº 35.387.008-0), ocorrida em 15/09/2006, sendo possibilitado à impenetrante, a partir daquela data, entrar com o recurso administrativo.

4. Os honorários sucumbenciais, assim como os contratuais, possuem natureza salarial e compõem a verba remuneratória do advogado, pois correspondem à contraprestação do trabalho desempenhado pelo profissional liberal, incidindo sobre eles a contribuição previdenciária. (Precedentes; STJ: ERESP 854535/RS: Primeira Seção Julgamento: 09/04/2008. Rel. Min Humberto Martins. Decisão unânime. Votantes Ministros Herman Benjamin, Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), José Delgado, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki, Castro Meira e Denise Arruda).

5. Incidência da contribuição previdenciária patronal sobre as horas extras, em face da sua natureza salarial, a teor do art. 225, I, da Lei 8.212/91. (Precedentes: STJ REsp 973436/SC Primeira Turma Julgamento: 18/12/2007 Rel. Min. José Delgado Decisão unânime. Votantes Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki (Presidente) e Denise Arruda.

6. Natureza tributária das contribuições sociais devidas à Previdência Social, cabendo à lei complementar a fixação dos prazos prescricionais e decadenciais, na forma do art. 146, III, b, da CF/88. Inconstitucionalidade formal do artigo

45 da Lei 8.212/91, que fixou em dez anos o prazo decadencial para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência, devendo ser aplicada, em regra, para o lançamento do tributo, o prazo decadencial de 5 (cinco) anos, previsto no art. 173, I, do CTN, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. (Precedentes: STJ: AI no REsp 616.348/MG Corte Especial. Julgamento: 15/08/2007 Rel. Min. Teori Albino Zavascki. Decisão unânime. Votantes: Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, César Asfor Rocha, José Delgado, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão e Luiz Fux).

7. Decadência do crédito relativos às contribuições do período de julho/92 a dezembro/95, uma vez que o lançamento foi realizado somente em 18/12/2001 (fl. 81).

8. Necessidade de perícia contábil, para a verificação do alegado erro na apuração da base de cálculo dos créditos relativos ao período de julho/92 a dezembro/95, demandando dilação probatória, incabível na via do mandado de segurança, cuja prova deve ser pré-constituída, de forma a demonstrar o direito líquido e certo da parte impetrante.

9. Apelações improvidas. (TRF 5ª Região. 4ª Turma. Rel. Des. Convocado Hélio Sílvio Ourem Campos. AMS 102108. *DJ*, 18/08/08).

Tributário. Sociedade de advogados. Sujeição ao salário-educação. Aplicação da regra do parágrafo 3º do art. 1º da Lei 9.766/98. Apelação improvida. (TRF 5ª Região. 4ª Turma. Rel. Des. Lázaro Guimarães. AMS 100100. *DJ*, 27/05/08).

Quanto à sujeição de determinada entidade ao pagamento de salário-educação, o STJ proferiu decisão, em sede de recursos repetitivos, cuja ementa determina:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. CONTRIBUIÇÃO PARA O SALÁRIO-EDUCAÇÃO. RECEPÇÃO, PELA CARTA DE 1988, DA LEGISLAÇÃO REGULADORA DA MATÉRIA (DECRETO 1.422/75). SUJEITO PASSIVO. CONCEITO AMPLO DE EMPRESA.

1. A contribuição para o salário-educação tem como sujeito passivo as empresas, assim entendidas as firmas individuais ou sociedades que assumam o risco de atividade econômica, urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, em consonância com o art. 15 da Lei 9.424/96, regulamentado pelo Decreto 3.142/99, sucedido pelo Decreto 6.003/2006. (Precedentes: **REsp 272.671/ES**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/02/2008, *DJe* 04/03/2009; **REsp 842.781/RS**, Rel. Ministro DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/11/2007, *DJ* 10/12/2007; **REsp 711.166/PR**, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/04/2006, *DJ* 16/05/2006).

2. O salário-educação, anteriormente à Constituição da República de 1988, era regulado pelo Decreto-Lei 1.422/1975, que, no tocante à sujeição passiva, acenou para um conceito amplo de empresa, ao estabelecer que:

“**Art. 1º.** (...)”

§ 5º - Entende-se por **empresa** para os fins deste decreto-lei, o empregador como tal definido na Consolidação das Leis do Trabalho, e no artigo 4º da Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, bem como as empresas e demais entidades públicas e privadas, vinculadas à previdência social, ressalvadas as exceções previstas na legislação específica e excluídos os órgãos da administração direta.”

3. Sob esse enfoque, empresa, para os fins do citado Decreto-Lei, encerrava o conceito de empregador, conforme definido na Consolidação das Leis do Trabalho e no art. 4º, da Lei 3.807/60, *verbis*:

CLT: “Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados”. Lei 3.807/60, com a nova redação dada pela Lei 5.890/73: “Art. 4º. Para os efeitos desta lei, considera-se: a) empresa – o empregador, como tal definido na CLT, bem como as repartições públicas au-

tárquicas e quaisquer outras entidades públicas ou serviços administrados, incorporados ou concedidos pelo Poder Público, em relação aos respectivos servidores no regime desta lei”.

4. A Carta Constitucional promulgada em 1988, consoante entendimento do STF, recepcionou formal e materialmente a legislação anterior, tendo o art. 25 do ADCT revogado tão somente o § 2º do art. 1º do citado Decreto-Lei, que autorizava o Poder Executivo a fixar e alterar a alíquota, sendo forçoso concluir pela subsistência da possibilidade de exigência do salário-educação, nos termos da legislação em vigor à época. (Precedente do STF: RE 290079, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 17/10/2001, DJ04-04-2003).

5. Com efeito, a alteração do regime aplicável ao salário-educação, implementada pela novel Constituição da República, adstringiu-se à atribuição de caráter tributário, para submetê-la ao princípio da legalidade, mas preservando a mesma estrutura normativa insculpida no Decreto-Lei 1.422/75, vale dizer: mesma hipótese de incidência, base de cálculo e alíquota.

6. Destarte, a Lei 9.424/96, que regulamentou o art. 212, § 5º, da Carta Magna, ao aludir às empresas como sujeito passivo da referida contribuição social, o fez de forma ampla, encartando, nesse conceito, a instituição, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço, bem como qualquer entidade, pública ou privada, vinculada à previdência social, com ou sem fins lucrativos, ressalvadas as exceções previstas na legislação específica e excluídos os órgãos da administração direta (art. 1º, § 5º, do Decreto-Lei 1.422/75 c/c art. 2º da CLT).

7. O Decreto 6.003/2006 (que revogou o Decreto 3.142/99), regulamentando o art. 15 da Lei 9.424/96, definiu o contribuinte do salário-educação com foco no fim social desse instituto jurídico, para alcançar toda pessoa jurídica que, desenvolvendo atividade econômica, e, por conseguinte, tendo folha de salários ou remuneração, qualquer título, seja vinculada ao Regime Geral de Previdência Social: **“Art. 2º.** São contribuintes do salário-educação as empresas em geral e as entidades públicas e privadas **vinculadas ao Regime Geral da Previdência Social**, entendendo-se como tais, para fins desta incidência, qualquer

firma individual ou sociedade que assuma o risco de atividade econômica, urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem assim a sociedade de economia mista, a empresa pública e demais sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público, nos termos do art. 173, § 2º, da Constituição”.

8. “A legislação do salário-educação inclui em sua sujeição passiva todas as entidades (privadas ou públicas, ainda que sem fins lucrativos ou beneficentes) que admitam trabalhadores como empregados ou que simplesmente sejam vinculadas à Previdência Social, ainda que não se classifiquem como empresas em sentido estrito (comercial, industrial, agropecuária ou de serviços). A exação é calculada sobre a folha do salário de contribuição (art. 1º, *caput* e § 5º, do DL 1.422/75)”. (REsp 272.671/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/02/2008, DJe 04/03/2009, REPDJe 25/08/2009).

9. “É constitucional a cobrança da contribuição ao salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei nº 9424/96”. (Súmula 732 do STF).

10. *In casu*, a recorrente é associação desportiva, sem fins lucrativos, vinculada à Previdência Social e com folha de empregados, encartando-se no conceito amplo de empresa, razão pela qual se submete à incidência do salário-educação.

11. É que a Lei 9.615/88, que instituiu normas gerais sobre desporto e regulou a atuação das entidades que exploram o desporto profissional, equiparou essas entidades às sociedades empresárias, *in verbis*: “**Art. 27.** As entidades de prática desportiva participantes de competições profissionais e as entidade de administração de desporto ou ligas em que se organizarem, independentemente da forma jurídica adotada, sujeitam os bens particulares de seus dirigentes ao disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, além das sanções e responsabilidades previstas no *caput* do art. 1.017 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, na hipótese de aplicarem créditos ou bens sociais da entidade desportiva em proveito próprio ou de terceiros. § 13. Para os fins de fiscalização e controle do disposto nesta Lei, as atividades profissionais das entidades de prática desportiva, das entidades de administração de desporto e das ligas desportivas, independentemente

da forma jurídica como estas estejam constituídas, equiparam-se às das sociedades empresárias, notadamente para efeitos tributários, fiscais, previdenciários, financeiros, contábeis e administrativos”.

12. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (STJ. 1ª Seção. Rel. Luiz Fux. Resp 1162307. DJ, 03/12/10).

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 389.968-SE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DANIELLE CAVALCANTI (CONVOCADADA)
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelado: JOSÉ DE FARO TELES (ESPÓLIO)
Inv./Sind.: ELIZABETE CARDOSO MESQUITA
Advs./Procs.: DRS. VINICIUS THIAGO SOARES DE OLIVEIRA E OUTROS

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 6.830/80, ART. 2º, § 3º. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. SUSPENSÃO POR 180 DIAS. ART. 97, CF/88. SÚMULA VINCULANTE Nº 10. LEI ANTERIOR À CF/88. IMPOSSIBILIDADE. DISTINÇÃO ENTRE INCONSTITUCIONALIDADE E NÃO-RECEPÇÃO.

- Arguição de inconstitucionalidade do art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais), que atribui ao ato de inscrição em dívida ativa efeito suspensivo do prazo prescricional para cobrança do crédito, por suposta violação ao art. 174 do CTN e ao art. 146, III, b, da CF/88, suscitada com amparo em decisão do Ministro Celso de Mello no Recurso Extraordinário nº 594.533-2/SE, interposto pela Fazenda Nacional, que, jul-

gando tratar-se de hipótese prevista na Súmula Vinculante nº 10, determinou a apreciação da controvérsia por este Tribunal.

- Tratando-se de norma anterior à Constituição não há que se falar em inconstitucionalidade, pois está inserida no que se denomina “direito infra-constitucional anterior”. Em verdade, pode-se tão somente avaliar se a referida lei foi ou não recepcionada pela Constituição em vigor, pelo que é pertinente falar em juízo de revogação.

- O art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.830/80, ao dispor sobre hipótese suspensiva da prescrição, é inaplicável às dívidas de natureza tributária em face do art 146, III, b, da Constituição Federal, que exige lei complementar para o estabelecimento de normas gerais de direito tributário, estando aí incluídas a prescrição e suas causas de interrupção e suspensão.

- Arguição conhecida, para declarar a não-recepção do art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.830/80 quanto às dívidas de natureza tributária, por afronta ao art. 146, III, b, da Constituição Federal de 1988, ressaltando, no entanto, a sua aplicabilidade às dívidas de natureza não tributária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de arguição de inconstitucionalidade em apelação cível, em que são partes as acima mencionadas, acordam os desembargadores federais do Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em conhecer da arguição de inconstitucionalidade, para declarar a não-recepção do art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.830/80 quanto às dívidas de natureza tributária, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 27 de abril de 2011 (data do julgamento).

Desembargadora Federal MARGARIDA CANTARELLI - Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DANIELLE CAVALCANTI (Convocada):

A Quarta Turma deste Tribunal, em sessão de julgamento ocorrida em 15/08/2006, por unanimidade negou provimento à apelação da Fazenda Nacional, para manter a sentença que julgara prescrita a dívida tributária cobrada através da presente execução fiscal. Entendeu-se, na ocasião, não ser aplicável às dívidas tributárias a regra do art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.830/80 (LEF), que prevê a suspensão da prescrição, por 180 dias, quando da inscrição em dívida ativa, sob o fundamento de que prescrição seria matéria reservada à lei complementar, segundo dispõe o art. 146, III, da Constituição Federal (acórdão de fls. 121/128).

Provocada através de embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional (fls. 131/138), a Turma esclareceu não haver qualquer contrariedade à cláusula de reserva de plenário, inculpada no art. 97 da Constituição Federal, “em razão de não ser decretada a inconstitucionalidade do ato, mas a inaplicabilidade do art. 2, § 3º, da LEF às dívidas tributárias.” (fl. 142).

Decidindo sobre o Recurso Extraordinário interposto pela Fazenda Nacional, o Ministro Celso de Mello, do STF, em decisão monocrática, dele não conheceu, fundamentando não se revelar viável, “em face da própria ausência de declaração de inconstitucionalidade, efetivamente inexistente na espécie em exame.” (fl. 215). Tal decisão, impugnada por agravo manejado pela mesma Fazenda Nacional, foi objeto de reconsideração pelo Ministro (fls. 241/242), acolhendo-se a alegação de contrariedade à orientação traçada pela Súmula Vinculante nº 10 do STF [“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”].

Em cumprimento ao que dispôs o Ministro Celso de Mello, deu-se por suscitado o incidente de inconstitucionalidade para apreciação por este Plenário.

Ouvido, o Ministério Público Federal opinou pela inaplicabilida-

de da cláusula de reserva de plenário, porque a Lei nº 6.830/80 antecede à Carta Magna de 1988 (fls. 253/254).

Foi pedida a inclusão do feito em pauta para julgamento, nos termos do art. 137, § 1º, do RITRF/5ª.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DANIELLE CAVALCANTI (Relatora Convocada):

Trata-se de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade do art. 2º, § 3º, da Lei n.º 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais), que atribui ao ato de inscrição em dívida ativa efeito suspensivo do prazo prescricional para cobrança do crédito, por suposta violação ao art. 174 do CTN e ao art. 146, III, *b*, da CF/88.

Dispõe o art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.830/80:

Art. 2º. Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

(...)

§ 3º. A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 (cento e oitenta) dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.

A Constituição de 1988, por sua vez, instituiu a reserva da lei complementar para o estabelecimento de normas gerais em matéria tributária, especialmente sobre prescrição:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

O Código Tributário Nacional - CTN, no art. 174, parágrafo único, dispõe acerca das causas interruptivas da prescrição, *in verbis*:

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I - pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela LC 118/2005)

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito do devedor.

Primeiramente, atente-se para a data de promulgação da Lei n.º 6.830/80, 22 de setembro de 1980, ou seja, anterior à atual Constituição Federal de 1988. Assim, tratando-se de norma anterior à Constituição não há que se falar em inconstitucionalidade, pois está inserida no que se denomina “direito infraconstitucional anterior”. Em verdade, pode-se tão somente avaliar se a referida lei foi ou não recepcionada pela Constituição em vigor, pelo que é pertinente falar em juízo de revogação.

Ressalte-se que não se confundem a inconstitucionalidade e a não-recepção, possuindo os referidos institutos natureza distintas. Em termos jurídicos, só podem ser inconstitucionais as normas que foram editadas após a Constituição com a qual são confrontadas, pois já nasceram com esse vício de origem. Isso porque elas em princípio fazem parte de um ordenamento que foi instituído pelo poder constituinte originário, e só tem validade se observarem os requisitos formais e materiais previstos na Carta Magna.

Já a situação das normas anteriores à Constituição é um tanto diferente. Elas são resquícios de um ordenamento jurídico que não existe mais e sucumbiu por inteiro a partir da manifestação soberana do poder constituinte de criar uma nova ordem. Ocorre que, por razões práticas e em benefício da estabilidade das relações sociais, uma grande parcela dessa ordem antiga continua em vigor. Mas isso não implica nem pode implicar a permanência

dos efeitos da Constituição antiga, o que afrontaria a supremacia do texto atual. Para resolver esse problema, criaram-se os conceitos de *recepção* e *revogação*.

Com base neles, considera-se que as normas jurídicas do ornamento pregresso apenas são válidas se forem expressa ou tacitamente recepcionadas pela nova Constituição. Essa parte do direito infraconstitucional antigo que está em consonância com a nova Carta Magna e foi por ela admitido continua a vigorar e produzir efeitos. As normas anteriores, contudo, que forem incompatíveis com a nova ordem são por ela revogadas. A questão, portanto, não se situa no âmbito da inconstitucionalidade, mas sim no da revogação.

Sobre a questão, afirmou o constitucionalista Clèmerson Merlin Clève:

Os tribunais brasileiros entendem que as arguições de incompatibilidade de lei ou ato normativo anterior em face da Constituição (ou da reforma: emenda ou revisão) envolvem uma questão de direito intertemporal (revogação: critério da vigência) e não uma questão constitucional (critério da validade). Por esse motivo, o reconhecimento judicial da revogação não demanda o pronunciamento da maioria absoluta dos membros do tribunal ou órgão especial, na forma do art. 97 da Constituição Federal, podendo ser pronunciada mesmo por órgão parcelar da Corte de Justiça (as câmaras, *v. g.*), e, nesse caso, pelo voto da maioria simples dos seus membros. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, pp. 102-103).

Nesse sentido já decidiu o egrégio Supremo Tribunal Federal:

(...) A questão da compatibilidade entre a constituição vigente e ato normativo infraconstitucional anterior resolve-se pela verificação de sua recepção ou revogação, procedimento que não está sujeito ao disposto no art. 97 da CF/88 (...) Isso significa que a discussão em torno da incidência, ou não, do postulado da recepção – precisamente por não envolver qualquer juízo de inconstitucionalidade (mas, sim, quando for o caso, o de simples revogação de diploma préconstitucional) dispensa, por tal motivo, a aplicação do princípio da reserva de Plenário (CF, art. 97), legiti-

mando, por isso mesmo, a possibilidade de reconhecimento, por órgão fracionário do Tribunal, de que determinado ato estatal não foi recebido pela nova ordem constitucional (...). (STF, AI 420038 AgR/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* 15.08.2007).

Certamente essa constatação é baseada no julgamento paradigmático da ADIn nº 2 pelo Supremo Tribunal Federal, datado de 6/2/1992. Naquela ocasião, prevaleceu a posição do Ministro Paulo Brossard, com a discordância dos Ministros Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Marco Aurélio de Mello. Em suma, o STF rejeitou a tese de inconstitucionalidade superveniente, e diferenciou bem as hipóteses de *declaração de inconstitucionalidade e não recepção* de normas anteriores. O julgamento foi assim ementado:

CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária.

2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária.

3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido. (ADIn nº 2/DF, Pleno, Rel. Paulo Brossard, julgado em 06/02/1992, *DJ* 21/01/1997).

A mesma Corte, em julgamentos recentes, vem mantendo esse entendimento. Como exemplo, trago os seguintes precedentes:

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEI DE IMPRENSA: LEI 5.250/67, ART. 56: PRAZO DE DECADÊNCIA DO DIREITO DE AÇÃO: NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88. RE COM FUNDAMENTO NO ART. 102, III, *B*. I - O acórdão decidiu pela não-recepção do art. 56 da Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa) pela CF/88. É inadmissível o RE pela alínea *b* do inciso III do art. 102, C.F.: **inocorrência de declaração de inconstitucionalidade, dado que as normas anteriores à Constituição e com esta incompatíveis são consideradas não recebidas, assim revogadas pela Constituição nova.**

II - Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido. (AgRE nº 402287/SP, Segunda Turma, Rel. Carlos Velloso, *DJ* 26/03/2004, p. 21) (Grifos acrescidos).

SEPARAÇÃO JUDICIAL. DIVÓRCIO. CONVERSÃO. PRESTAÇÕES ALIMENTÍCIAS. INADIMPLENTO. NEUTRALIDADE. O inadimplemento de obrigação alimentícia assumida quando da separação judicial não impede a transformação em divórcio.

NORMA. CONFLITO COM TEXTO CONSTITUCIONAL SUPERVENIENTE. RESOLUÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, vencido o relator, o conflito de norma com preceito constitucional superveniente resolve-se no campo da não-recepção, não cabendo a comunicação ao Senado prevista no inciso X do artigo 52 da Constituição Federal. (RE 387271, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 08/08/2007). (Grifos acrescidos).

Assim, se as normas infraconstitucionais não podem ser declaradas inconstitucionais, não se lhe aplica a cláusula da reserva de plenário e, por conseguinte, não faz sentido falar em incidente de declaração de inconstitucionalidade. Nesse sentido já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 418.955/RJ assim ementado:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. RESERVA DE PLENÁRIO. DESCABIMENTO.

1. Tendo o Tribunal *a quo* se pronunciado de forma clara e pormenorizada acerca de todas as questões suscitadas,

afastando suposto vício de omissão ou contradição, não há por que se falar em ofensa ao art. 535, II, do CPC.

2. Inviável a observância da reserva de plenário (art. 481 do CPC) na hipótese em que não existe declaração de inconstitucionalidade de dispositivo legal.

3. Recurso especial a que se nega provimento. (Resp nº 418955/RJ, Segunda Turma, Rel. João Otávio de Noronha, DJ 09/05/2005, p. 326).

Em se tratando de caso de recepção ou não de determinada norma jurídica, portanto, entendo não ser aplicável o enunciado da Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal, uma vez que esta se direciona aos casos em que há afastamento de lei ou ato normativo do poder público sem declarar a sua inconstitucionalidade. Dispõe a Súmula Vinculante nº 10:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

O enunciado deve ser entendido de modo que não apenas a decretação expressa da inconstitucionalidade, mas também o simples afastamento da incidência da norma, no todo ou em parte, submetem-se à exigência do art. 97 da Carta Magna, isto é, à reserva de plenário. Ocorre que tal afastamento refere-se àquele que se deu sob o fundamento de que existe afronta ao texto constitucional. Em outras palavras, não pode o órgão fracionário deixar de declarar formalmente a inconstitucionalidade de determinada lei e, ainda assim, não aplicá-la justamente por entender ser ela inconstitucional.

Feita esta ressalva, de que não cabe indagar da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas anteriores à Constituição, mas da verificação da sua recepção ou revogação, passo à análise do mérito da questão.

É cediço que o CTN, Lei nº 5.172/66, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei complementar por tratar de normas gerais em matéria de legislação tributária (força do art. 146, III). Cuida-se de entendimento já pacificado na jurisprudência, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, com efeito:

(...) II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. (...). (STF, RE 556.664, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 12/06/2008, *DJe* 14/11/2008 p. 01886).

Ao disciplinar as causas suspensivas da prescrição em matéria tributária, o Código Tributário Nacional não prevê hipótese de suspensão do prazo prescricional no momento em que inscrito o crédito em dívida ativa, como faz o art. 2º, § 3º, da Lei de Execuções Fiscais. Em se tratando esta última de lei ordinária, não lhe cabe estabelecer prazo prescricional para a execução fiscal previsto em lei complementar.

Nesse sentido, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça em inúmeros julgados, inclusive no pronunciamento da questão de mérito objeto da ação que deu ensejo à presente arguição de inconstitucionalidade (fls. 171/172):

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. LEI 6.830/80, ART. 2º, § 3º. SUSPENSÃO POR 180 DIAS. NORMA APLICÁVEL SOMENTE ÀS DÍVIDAS NÃO TRIBUTÁRIAS. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INAPLICABILIDADE NA ESPÉCIE.

1. A norma contida no art. 2º, § 3º, da Lei 6.830/80, segundo a qual a inscrição em dívida ativa suspende o prazo prescricional por 180 (cento e oitenta) dias ou até a distribuição da execução fiscal, se anterior àquele prazo, aplica-se tão somente às dívidas de natureza não-tributárias, porque a prescrição das dívidas tributárias regula-se por lei complementar, no caso o art. 174 do CTN.

2. Inocorre ofensa à cláusula de reserva de plenário (arts. 97 da CF e 480 do CPC), pois não se deixou de aplicar a norma por inconstitucional, mas pela impossibilidade de sua incidência no caso concreto.

3. Recurso especial não provido. (STJ. Segunda Turma. REsp 1165216/SE. Rel. Min. Eliana Calmon. Julg. 02/03/2010. Publ. *DJe* 10/03/2010).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PIS. PRESCRIÇÃO. ART. 2º, § 3º, DA LEI 6.830/80 (SUSPENSÃO POR 180 DIAS). NORMA APLICÁVEL

SOMENTE ÀS DÍVIDAS NÃO-TRIBUTÁRIAS. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. NÃO INCIDÊNCIA NA ESPÉCIE.

1. A jurisprudência desta Corte é assente quanto à aplicabilidade do art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.830/80 (suspensão da prescrição por 180 dias por ocasião da inscrição em dívida ativa) somente às dívidas de natureza não tributária, devendo ser aplicado o art. 174 do CTN, para as de natureza tributária.

2. Não se submete à observância da regra inserta no art. 97 da CF a questão que foi analisada sob o enfoque infraconstitucional e não houve, sequer implicitamente, a declaração de inconstitucionalidade de qualquer lei, mas sim a adequação desta ao caso concreto.

3. Agravo regimental não provido. (STJ. Segunda Turma. AgRg no Ag nº 1054618. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Julg. 28/10/2008. Publ. *DJe* 26/11/2008) (Grifos acrescentados).

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE E NÃO PAGO NO VENCIMENTO. DCTF. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. SUSPENSÃO. ART. 2º, § 3º, DA LEI Nº 6.830/80. PRAZO DE 180 DIAS. NÃO APLICAÇÃO. SUPREMACIA DO ART. 174 DO CTN.

1. A declaração do contribuinte por meio da Declaração de Contribuições Tributos Federais - DCTF, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação – hipótese dos autos –, elide a necessidade da constituição formal do débito pelo Fisco.

2. A jurisprudência do STJ tem se firmado no sentido de que, nessa hipótese, se o débito declarado somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, nesse momento é que começa a fluir o prazo prescricional.

3. *In casu*, ainda que se considere com termo inicial da prescrição a data da obrigação tributária, cujo último vencimento foi em 31.3.1998, como requer a agravante, o termo final para a Fazenda Nacional ajuizar a execução fiscal expirou-se em 31.3.2003, o que só ocorreu em 14.7.2003.

4. A regra do art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.830/80, que determina a suspensão do prazo prescricional pela inscrição do débito em dívida ativa, resta afastada pelo art. 174 do Có-

digo Tributário Nacional, norma de hierarquia superior. Agravo regimental improvido. (AgRg no AgRg no REsp 975.073/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 27.11.2007, DJ07.12.2007 p. 356).

Esse é também o entendimento do STF, o qual já decidiu, no julgamento do RE nº 556.664 que resultou na edição da Súmula Vinculante nº 8, que apenas por intermédio de lei complementar seria possível tratar de prescrição em sede tributária. Nesse sentido, trago os seguintes julgados:

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada à lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica.

II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias.

III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes.

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, *b*, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69.

V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento. (STF, RE 556664, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 12/06/2008, DJe 14/11/2008 p. 01886) (grifos acrescidos).

DIREITO TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONALIDADE FORMAL DOS ARTIGOS 45 E 46 DA LEI N. 8.212/1991. ARTIGO 146, INCISO III, ALÍNEA B, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIA RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR. ARTIGOS 173 E 174 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Constituição da República de 1988 reserva à lei complementar o estabelecimento de normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre prescrição e decadência, nos termos do art. 146, inciso III, alínea *b*, *in fine*, da Constituição da República. Análise histórica da doutrina e da evolução do tema desde a Constituição de 1946.

2. Declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, por disporem sobre matéria reservada à lei complementar.

3. Recepcionados pela Constituição da República de 1988 como disposições de lei complementar, subsistem os prazos prescricional e decadencial previstos nos artigos 173 e 174 do Código Tributário Nacional.

4. Declaração de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, salvo para as ações judiciais propostas até 11.6.2008, data em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991.

5. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. (STF, RE 559943, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carmen Lúcia, julgado em 12/06/2008, Repercussão Geral, MÉRITO, DJe 26-09-2008, p. 02169, LEXSTF v. 30, nº 359, 2008, p. 321-366).

Assim, o art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.830/80, ao dispor sobre hipótese suspensiva da prescrição, apresenta-se inaplicável às dívidas de natureza tributária em face do art 146, III, *b*, da Constituição, que exige lei complementar para o estabelecimento de normas gerais de direito tributário, estando aí incluídas a prescrição e suas causas de interrupção e suspensão.

Impende observar, contudo, que no tocante às dívidas de natureza não tributária, igualmente cobráveis mediante execução fiscal, não há exigência constitucional para a disciplina da prescrição por lei complementar, de modo que permanece aplicável a causa suspensiva inserta no art. 2º, § 3º, da LEF para as dívidas de natureza não tributária.

Ante o exposto, conheço da arguição para declarar a não-recepção do art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.830/80 quanto às dívidas de natureza tributária, por afronta ao art. 146, III, *b*, da Constituição de 1988, ressaltando, no entanto, a sua aplicabilidade às dívidas de natureza não tributária.

É como voto.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 94.734-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO
Voto Vista: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO CAVALCANTI
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelado: SINDICATO DA INDÚSTRIA DO AÇÚCAR E DO ALCOOL DE ALAGOAS
Advs./Procs.: DRS. MARIA FERNANDA QUINTELLA BRANDÃO VILELA E OUTROS (APDO.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA PARTE RÉ DOS ATOS PROCESSUAIS APÓS A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.457/2007. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. FAZENDA NACIONAL INTIMADA

DA PAUTA DE JULGAMENTO DA ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

- Compulsando os autos, observa-se que a eg. Terceira Turma suscitou incidente de arguição de inconstitucionalidade do art. 245, §§ 1º e 2º, da Instrução Normativa INSS/DC nº 03/2005. Após a publicação do acórdão, foram os autos com vista à Procuradoria Regional Federal, momento em que o Procurador Federal consignou que o feito era de competência da Procuradoria da Fazenda Nacional, ex vi art. 16 da Lei nº 11.457/07 Assim que devolvidos, os autos foram remetidos para o Setor de Distribuição para substituição do INSS pela Fazenda Nacional, como apelante. Em seguida, deu-se andamento ao feito com envio dos autos ao Parquet e ao Gabinete do MD. Desembargador Federal Relator, sem a intimação da Fazenda Nacional do acórdão (fl. 309) instaurador do incidente de arguição de inconstitucionalidade. Ocorre que, do documento de fl. 351 – acostado aos autos nesta data –, verifica-se que a Fazenda Nacional foi intimada da pauta de julgamento do incidente de arguição de inconstitucionalidade.

- Uma vez intimada da pauta de julgamento do incidente, caberia a Fazenda Nacional suscitar naquele momento a nulidade dos atos processuais posteriores à vigência da Lei nº 11.457/07, ressaltando, inclusive, não ter sido intimada do acórdão que instaurou o incidente de arguição, a despeito de a Procuradoria Regional Federal ter consignado à fl. 310v que o feito era de competência da Procuradoria da Fazenda Nacional.

- Restou superada eventual nulidade dos atos processuais por ausência de intimação do ente público após a vigência da Lei nº 11.457/07, quando no momento oportuno a interessada não se insurgiu. Rejeição da preliminar suscitada pelo ente público.

MÉRITO DO INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 245, §§ 1º E 2, DA INSTRUÇÃO NORMATIVA MPS/SRP Nº 3, DE 2005. OPERAÇÕES COMERCIAIS. PRODUTORES RURAIS E AGROINDUSTRIAIS E AS TRADINGS COMPANIES. REGRA DESONERATIVA. “RECEITAS DECORRENTES DE EXPORTAÇÃO”. ART. 149, §2º, I, da CF/88. INTERPRETAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVISTA NO ART. 22-A DA LEI Nº 8.212/91. CPMF. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DECRETO-LEI Nº 1.248, DE 1972. NECESSIDADE DE LEI EXPRESSA ESTENDENDO A IMUNIDADE À CONTRIBUIÇÃO EM ANÁLISE. CASO DO PIS E DA COFINS. USINAS SUBSTITUÍDAS. PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. ADI 3572-0. AGUARDANDO JULGAMENTO PELO STF. DECLARAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DOS §§1º E 2º, DO ART. 245, DA INSTRUÇÃO NORMATIVA MPS/SRP Nº 3, DE 2005.

- Para elucidar a questão discutida no presente feito, é mister perquirir a natureza das operações comerciais contempladas pelo art. 245, §§ 1º e 2º, da Instrução Normativa MPS/SRP nº 3, de 2005, isto é, as realizadas entre os produtores rurais e agroindustriais e as tradings companies (empresa comercial exportadora) e se as mesmas estão abrangidas pela regra de imunidade prevista no art. 149, § 2º, I, da CF/88.

- Quando os produtores realizam operações com as tradings efetuam venda no mercado interno, sobre cuja operação deve incidir a contribuição prevista no art. 22-A da Lei nº 8.212/91. Assim, a Usina produz, vende para a empresa comercial exportadora e desta venda auferে receita. Por sua vez, a empresa comercial – trading – vende o que adquiriu e não produziu para o mercado interno ou externo.

- Lançando olhos para o art. 149, § 2º, I, da CF/88, é de se concluir que a Constituição Federal prevê como suporte fático da regra desonerativa as “receitas decorrentes de exportação” e não aquelas originárias de operação mercantil de compra e venda.

- A natureza da operação entre a Usina e a trading company autoriza a ilação de que a mesma não se enquadra na hipótese de imunidade ora em apreço, eis que não se vincula diretamente à exportação, tanto que, o infortúnio na exportação em nada interfere na relação de compra e venda anterior efetuada entre o produtor e a empresa comercial.

- A “ausência de norma a beneficiar com a imunidade as operações indiretas por intermédio de trading, torna-as exportações fictas porque a receita tem origem em negócios internos”¹.

- Deve-se aplicar ao caso concreto, por analogia, a conclusão do Supremo Tribunal Federal quando apreciou a extensão da norma imunizante também à CPMF. O Pretório Excelso assinalou: “a norma de exoneração tributária prevista no art. 149, § 2º, I, da Constituição também não alcança a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF), pois o referido tributo não se vincula diretamente à operação de exportação. A exação não incide sobre o resultado imediato da operação, mas sobre operações financeiras posteriormente realizadas”².

- Por ser incentivo fiscal de cunho setorial, o benefício estendido pelo Decreto-Lei nº 1.248, de 1972 ao produtor-vendedor deveria ter sido

¹ Excerto do voto do Desembargador Federal do TRF da 4ª Região ÁLVARO EDUARDO JUNQUEIRA na AC 200670110003097.

² RE 474.132/SC.

confirmado por lei superveniente no prazo previsto pelo art. 41 do ADCT – dois anos após a promulgação da CF/88. Entretanto, tal confirmação não ocorreu, o que autoriza a conclusão de que o benefício está extinto. Ainda que não se entenda revogado o art. 3º do Decreto-Lei nº 1.248, de 1972, é imperioso atentar que o referido dispositivo menciona que são assegurados ao produtor-vendedor os benefícios fiscais concedidos por lei para incentivo à exportação. Ora, no caso em apreço inexistente lei garantindo o benefício fiscal pretendido pelo impetrante. Conseqüentemente, também por esta razão, não há que se reconhecer a desoneração pretendida pela parte autora.

- A interpretação do postulado do inciso I do § 2º do art. 149 da CF, deve, por certo, se nortear pelo desiderato do legislador constituinte – estímulo ao desenvolvimento econômico nacional –, o que, entretanto, não importa na desoneração das receitas oriundas de realidades fáticas distintas, à míngua de previsão constitucional.

- “Se por um lado não há norma infraconstitucional que isente das contribuições sociais previdenciárias os produtores-vendedores no caso de comércio com empresas comerciais exportadoras, por outro lado, como se trata de compra e venda no mercado interno, não há como se aplicar a imunidade trazida pela EC nº 33, de 2001. Por oportuno, informamos que em situações semelhantes normatizadas após a edição da EC nº 33, de 2001, quando o legislador quis estender o benefício também ao produtor-vendedor na venda de seus produtos para empresa comercial exportadora, ele o fez mediante expressa previsão legal, a exemplo do PIS – Lei nº 10.637, de 2002, e da COFINS – Lei nº 10.833, de 2003”³.

³ Trecho de nota lançada pela Coordenação-Geral de Estudos e Tributação Previdenciária – COGET da Receita Federal na ADI 3572-0.

- Em verdade, as Usinas substituídas não poderiam gozar do benefício fiscal em comento, pois são grandes devedoras da Previdência Social.

- Outrossim, até que haja pronunciamento da Suprema Corte sobre a matéria, o que se aguarda quando do julgamento da ADI 3572-0, é salutar que se prestigie a presunção de constitucionalidade da norma.

- Pela declaração da constitucionalidade do art. 245, §§ 1º e 2º, da Instrução Normativa MPS/SRP nº 3, de 2005, assim como do art. 170, §§ 1º e 2º, da Instrução Normativa RFB nº 971, de 2009.

VOTO VISTA

O SENHOR JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI:

Para melhor apreciação da matéria, após o voto do MD. Desembargador Federal FRANCISCO BARROS DIAS declarando e reconhecendo a inconstitucionalidade da Instrução Normativa nº 03/2005, o Desembargador Federal FREDERICO AZEVEDO (CONVOCADO) pediu vista dos autos.

Trata-se de arguição de constitucionalidade suscitada pela eg. Terceira Turma, a qual entendeu, por maioria, ter a Instrução Normativa MPS/SRP nº 3, de 2005 restringido o alcance da imunidade prevista no art. 149, § 2º, da Constituição Federal de 1988 apenas às operações de exportação direta.

O MD. Representante do Ministério Público Federal, fls. 313/319, ofertou parecer opinando pela constitucionalidade do art. 245, §§ 1º e 2º, da Instrução Normativa INSS/DC nº 03/2005.

1. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL DOS ATOS PROCESSUAIS APÓS A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.457/2007:

Compulsando os autos, observo que a eg. Terceira Turma suscitou incidente de arguição de inconstitucionalidade, tendo o Relator lavrado o acórdão nos seguintes termos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 22-A DA LEI Nº 8.212/91. RECEITAS DECORRENTES DE VENDAS A EMPRESAS COMERCIAIS EXPORTADORAS (*TRADING COMPANIES*).

IMUNIDADE PREVISTA NO ART. 149, § 2º, I, DA CF/88. ART. 245, §§ 1º E 2º, DA INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/DC Nº 03/2005. SUSCITAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIÇÃO PELO EGRÉGIO PLENÁRIO DESTA CORTE.

1. A Turma, ressalvado o entendimento do Relator, concluiu pela inconstitucionalidade do art. 245, §§ 1º e 2º, da Instrução Normativa INSS/DC nº 03/2005, em face do que foi deliberado, por unanimidade, submeter-se a questão ao Plenário desta Corte, em obediência ao disposto no art. 97 da Constituição Federal/1988.

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, suscitar o incidente de declaração de inconstitucionalidade, nos termos do relatório, votos dos Desembargadores e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife (PE), 19 de agosto de 2010 (data do julgamento).

Desembargador Federal Geraldo Apoliano

Relator

Após a publicação do acórdão no Diário da Justiça Eletrônico de 15 de setembro de 2010 (*vide* certidão de fl. 310), foram os autos com vista à Procuradoria Regional Federal (cf. fl. 310).

Recebendo os autos, o Procurador Federal consignou que o feito era de competência da Procuradoria da Fazenda Nacional, *ex vi* art. 16 da Lei nº 11.457/07 (fl. 310v).

Assim que devolvidos, os autos foram remetidos pela Divisão da Terceira Turma ao Setor de Distribuição (*vide* fl. 311), onde se excluiu o nome do INSS e se incluiu o nome da Fazenda Nacional como apelante (cf. fl. 312).

Após a retificação da autuação, ao invés de se remeter os autos para a Procuradoria da Fazenda Nacional a fim de intimá-lo do acórdão da Terceira Turma que suscitou o incidente de declaração de inconstitucionalidade, os mesmos foram encaminhados ao *Parquet* (cf. fl. 312v). Em seguida, deu-se andamento ao feito com

envio dos autos ao Gabinete do MD. Desembargador Federal Relator, sem a intimação da Fazenda Nacional do acórdão de fl. 309.

Ocorre que, do documento de fl. 351 – acostado aos autos nesta data –, **verifica-se que a Fazenda Nacional foi intimada da pauta de julgamento do incidente de arguição de inconstitucionalidade.**

Ora, uma vez intimada da pauta de julgamento do incidente, caberia a Fazenda Nacional suscitar naquele momento a nulidade dos atos processuais posteriores à vigência da Lei nº 11.457/07, ressaltando, inclusive, não ter sido intimada do acórdão que instaurou o incidente de arguição, a despeito de a Procuradoria Regional Federal ter consignado à fl. 310v que o feito era de competência da Procuradoria da Fazenda Nacional.

Assim, restou superada eventual nulidade dos atos processuais por ausência de intimação do ente público após a vigência da Lei nº 11.457/07, quando no momento oportuno a interessada não se insurgiu.

Em face do exposto, **rejeito a preliminar suscitada pelo ente público.**

Ultrapassada a preliminar, passo, então, ao exame do *thema decidendum*.

Dispõe o art. 245, §§ 1º e 2º, da Instrução Normativa MPS/SRP nº 3, de 2005:

Art. 245. Não incidem as contribuições sociais de que trata este Capítulo sobre as receitas decorrentes de exportação de produtos, cuja comercialização ocorra a partir de 12 de dezembro de 2001, por força do disposto no inciso I do § 2º do art. 149 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 33, de 11 de dezembro de 2001. (Revogado pela Instrução Normativa nº 971, de 13 de novembro de 2009)

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo exclusivamente quando a produção é comercializada diretamente com adquirente domiciliado no exterior.

§ 2º A receita decorrente de comercialização com empresa constituída e em funcionamento no País é considerada receita proveniente do comércio interno e não de exporta-

ção, independentemente da destinação que esta dará ao produto.

Entendo constitucional o citado art. 245, §§ 1º e 2º, da Instrução Normativa MPS/SRP nº 3, de 2005, assim como os §§ 1º e 2º, do art. 170 da Instrução Normativa RFB nº 971, de 2009, a qual reproduziu e revogou o ato normativo anterior.

Eis as balizas de tal entendimento.

2. DA NATUREZA DIVERSA DAS OPERAÇÕES REALIZADAS PELO PRODUTOR E PELA TRADING COMPANY.

Para elucidar a questão discutida no presente feito, é mister perquirir a natureza das operações comerciais contempladas pelo art. 245, da Instrução Normativa, isto é, as realizadas entre os produtores rurais e agroindustriais e as *tradings companies* (empresa comercial exportadora).

Destarte, é imperioso apreciar a natureza de ditas operações comerciais e se as mesmas estão abrangidas pela regra de imunidade prevista no art. 149, § 2º, I, da CF/88.

Entendo que, quando os produtores realizam operações com as *tradings* efetuam venda no mercado interno, sobre cuja operação deve incidir a contribuição prevista no art. 22-A da Lei nº 8.212/91. Assim, a Usina produz, vende para a empresa comercial exportadora e desta venda auferir receita. Por sua vez, a empresa comercial – *trading* – vende o que adquiriu e não produziu para o mercado interno ou externo.

Observe-se o gráfico abaixo:



Para o melhor destramar da matéria, cumpre, então, observar o que dispõe o art. 149, § 2º, I, da Constituição Federal:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

Lançando olhos para o dispositivo constitucional acima transcrito, é de se concluir que a Constituição Federal prevê como suporte fático da regra desonerativa as “receitas decorrentes de exportação” e não aquelas originárias de operação mercantil de compra e venda.

Conseqüentemente, a natureza da operação entre a Empresa produtora de açúcar e álcool e a *trading company* autoriza a ilação de que a mesma não se enquadra na hipótese de imunidade ora em apreço, eis que não se vincula diretamente à exportação, tanto que, o infortúnio na exportação em nada interfere na relação de compra e venda anterior efetuada entre o produtor e a empresa comercial.

A propósito, ressaltou o MD. Desembargador Federal ÁLVARO EDUARDO JUNQUEIRA, do TRF da 4ª Região, “ausência de norma a beneficiar com a imunidade as operações indiretas por intermédio de *trading*, torna-as exportações fictas porque a receita tem origem em negócios internos”.

Abraçando a tese ora sufragada, confirmam-se os seguintes julgados deste Tribunal Regional Federal e de outros Tribunais Regionais Federais pátrios, com destaques acrescidos:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. TRIBUTÁRIO CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RECEITAS ORIUNDAS DE EXPORTAÇÃO POR INTERMÉDIO DE *TRADING COMPANIES*.

- Invocando os arts. 1º e 3º do Decreto-Lei nº 1.248/72, alega o impetrante, empresa agroindustrial dedicada ao cultivo da cana-de-açúcar, que estaria imune à cobrança das contribuições previstas pelo art. 22-A da Lei 8.212/91, tendo em vista a imunidade das receitas decorrentes de exportação, prevista no parágrafo 2º do art. 149 da CF/88.

- A imunidade prevista no art. 149, parágrafo 2º, da CF/88, na sua exata dicção, alcança apenas as receitas oriundas da exportação de produtos destinados ao exterior, o que não ocorre nas operações de compra e venda realizadas por intermédio de empresas de exportação (*trading companies*), configurando-se aí operação de caráter meramente interno, certo de que estas últimas é que fruirão da imunidade constitucional ora reclamada.

- O benefício assegurado pelo Decreto-Lei 1.248/72, não tendo sido confirmado por lei até dois anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, encontra-se revogado, nos termos do art. 41, parágrafo 1º, do ADCT.

- Não havendo lei específica que conceda tal benefício às operações de comercialização da produção rural entre produtores rurais e empresas exportadoras sediadas no País, não se reconhece ao impetrante o direito de não recolhimento das contribuições sociais em foco sobre essas operações.

- Embargos de declaração providos para sanar a omissão existente, sem atribuir-lhes efeitos infringentes.

(EDAMS 20068300000582601, Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo, TRF5 - Quarta Turma, 06/05/2010)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO. SEGURIDADE SOCIAL. IMUNIDADE. EXPORTAÇÃO. TRADING COMPANY.

1. Não são imunes de incidência da contribuição para a Seguridade Social as receitas das vendas de mercadorias, no comércio interno, do produtor nacional

para a empresa exportadora conhecida como *trading company*.

2. Somente a receita obtida pelo produtor nacional que vende a mercadoria diretamente ao comprador estrangeiro é que goza de imunidade tributária, nos termos do art. 149, parágrafo 2º, I, da CF combinado com a IN-SRP nº 03/05.

3. Apelação não provida.

(AMS 200683000005826, Desembargador Federal Marcelo Navarro, TRF5 - Quarta Turma, 22/10/2008)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RECEITAS ORIUNDAS DE EXPORTAÇÕES REALIZADAS POR INTERMÉDIO DE EMPRESAS COMERCIAIS EXPORTADORAS COM SEDE NO BRASIL. IMUNIDADE. ARTIGO 149, § 2º, INCISO I DA CF/88. EC Nº 33/01. NÃO OCORRÊNCIA. INTERPRETAÇÃO RESTRICTIVA. IN SRP Nº 03/2005.

- A imunidade constitucional prevista contida no art. 149, § 2º, inciso I, da CF/88 ampara apenas as operações decorrentes de exportação direta, não se aplicando às operações antecedentes ou intermediárias destinadas a exportação, tais como as receitas obtidas de venda a empresa comercial exportadora (*trading company*), as quais são provenientes de negócios jurídicos no comércio interno, não se tratando de exportação.

- Constitucionalidade da Instrução Normativa SRP nº 03/2005, da Secretaria da Receita Previdenciária, que estabeleceu que, em relação às atividades rurais e agroindustriais, a referida imunidade às exportações somente é válida se a comercialização se realizar diretamente entre produtor e comprador externo.

- Tanto as leis que concedem isenção quanto as que estabelecem imunidade tributária estão sujeitas à regra de hermenêutica que determina a interpretação restritiva dos dispositivos normativos que estabelecem exceções, regra esta que tem plena aplicabilidade às normas constitucionais, em consonância com o disposto no artigo 111 do CTN, o qual consagra o princípio de que a exclusão do crédito tributário deve ser interpretada literalmente, não abrangendo interpretação extensiva.

- Acaso o legislador tivesse o escopo de estender a imuni-

dade em tela às receitas decorrentes de vendas de mercadorias efetuadas, no mercado interno, pelas empresas “produtoras-vendedoras” às exportadoras, tê-la-ia inserido, expressamente, no mencionado dispositivo constitucional.

- Precedentes da 1ª e 4ª Regiões.

- Apelação e remessa obrigatória providas. ACÓRDÃO Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação e à remessa obrigatória, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado. Custas, como de lei. Recife, 08 de MAIO de 2008 (data do julgamento). JOSÉ MARIA LUCENA Relator (AMS 200683000021054, Desembargador Federal José Maria Lucena, TRF5 - Primeira Turma, 13/06/2008).

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RECEITAS ORIUNDAS DE EXPORTAÇÕES REALIZADAS POR INTERMÉDIO DE EMPRESAS COMERCIAIS EXPORTADORAS COM SEDE NO BRASIL. IMUNIDADE. ARTIGO 149, PARÁGRAFO 2º, INCISO I, DA CF/88. EC Nº 33/01. NÃO OCORRÊNCIA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. IN SRP Nº 03/2005.

- A imunidade constitucional prevista contida no art. 149, parágrafo 2º, inciso I, da CF/88 ampara apenas as operações decorrentes de exportação direta, não se aplicando às operações antecedentes ou intermediárias destinadas a exportação, tais como as receitas obtidas de venda a empresa comercial exportadora (*trading company*), as quais são provenientes de negócios jurídicos no comércio interno, não se tratando de exportação.

- Constitucionalidade da Instrução Normativa SRP nº 03/2005, da Secretaria da Receita Previdenciária, que estabeleceu que, em relação às atividades rurais e agroindustriais, a referida imunidade às exportações somente é válida se a comercialização se realizar diretamente entre produtor e comprador externo.

- Tanto as leis que concedem isenção quanto as que estabelecem imunidade tributária estão sujeitas à regra de hermenêutica que determina a interpretação restritiva dos dispositivos normativos que estabelecem exceções, regra esta que tem plena aplicabilidade às normas constitucio-

nais, em consonância com o disposto no artigo 111 do CTN, o qual consagra o princípio de que a exclusão do crédito tributário deve ser interpretada literalmente, não abrangendo interpretação extensiva.

- Acaso o legislador tivesse o escopo de estender a imunidade em tela às receitas decorrentes de vendas de mercadorias efetuadas, no mercado interno, pelas empresas “produtoras-vendedoras” às exportadoras, tê-lo-ia inserido, expressamente, no mencionado dispositivo constitucional.

- Precedente do TRF da 1ª Região.

- Apelação não provida. (AMS 200783000125733, Desembargador Federal José Maria Lucena, TRF5 - Primeira Turma, 29/05/2008).

TRIBUTÁRIO. AGROINDÚSTRIAS. CONTRIBUIÇÃO SOBRE A PRODUÇÃO RURAL. ART. 22-A DA LEI N.º 8.212/91. IMUNIDADE DO ARTIGO 149, § 2º, INC. I, DA CF. APLICAÇÃO ÀS EXPORTAÇÕES INDIRETAS POR MEIO DE *TRADING COMPANIES*. INVIABILIDADE.

1. A imunidade prevista no art. 149, § 2º, I, da CF alcança a contribuição social incidente sobre a comercialização de produtos agrícolas efetuadas diretamente com compradores estrangeiros, não albergando as vendas realizadas a empresas exportadoras, independentemente da destinação do produto. Precedentes.

2. Rejeitada, pela Corte Especial deste Tribunal, a arguição de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 10.256/2001, que introduziu o artigo 22-A, incisos I e II, na Lei nº 8.212/91. (AC 200472050004992, JOEL ILAN PACIORNIK, TRF4 - PRIMEIRA TURMA, 20/10/2009).

TRIBUTÁRIO. COOPERATIVA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. LEGITIMIDADE. CONTRIBUIÇÃO SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO RURAL. IMUNIDADE. ART. 149, § 2º, I, DA CF 1988. EXPORTAÇÃO ATRAVÉS DE *TRADING COMPANIES*. INVIABILIDADE.

1. A cooperativa, quando autorizada por assembleia, tem legitimidade para representar seus associados em juízo, e, inclusive postular repetição de indébito, nos termos do art. 5º, XXI, da CF 1988.

2. A imunidade das receitas decorrentes de exportação (art. 149, § 2º, I, da CF 1988) somente alcança a contribuição social incidente sobre a comercialização da produção rural quando efetuada diretamente com adquirentes estran-

geiros, não se estendendo às realizadas indiretamente, através de comerciais exportadoras (*trading companies*). (AC 200971050027318, JORGE ANTÔNIO MAURIQUE, TRF4 - PRIMEIRA TURMA, 09/03/2010).

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AC. CND. IMUNIDADE SOBRE RECEITAS DECORRENTES DE EXPORTAÇÃO INDIRETA. ART. 149, § 2º, I, CF/88. AGROINDÚSTRIA. *TRADING*. NÃO ABRANGÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO SOBRE A PRODUÇÃO RURAL. LEI Nº 8.212/91, ART. 22-A. LEI Nº 10.256/2001.

1. A sistemática de financiamento global da Seguridade Social está tipograficamente localizada no art. 195, incisos e parágrafos da CF/88.

2. A contribuição social sobre a comercialização da produção rural tem matriz constitucional no art. 195, § 8º, da Carta Política, inclusive quanto à sujeição passiva.

3. A imunidade constitucional inserta no art. 149, § 2º, da CF/88, acobertando as receitas oriundas de operações de exportação, na falta de norma infraconstitucional mais complacente, é direcionada apenas às denominadas exportações diretas.

4. Ausência de norma a beneficiar com a imunidade as operações indiretas por intermédio de *trading*, torna-as exportações fictas porque a receita tem origem em negócios internos.

5. Arguição de Inconstitucionalidade da contribuição prevista no art. 22-A da Lei nº 8.212/91, com a redação imprimida pela Lei nº 10.256/2001, porque incongruente com a sujeição passiva da matriz constitucional desenhada no art. 195, § 8º, da CF/88 e genetizar fonte de custeio similar a do art. 195, I, da CF/88 (bitributação) incidente sobre o faturamento ou receita de pessoa jurídica, resultante do efeito translativo das apelações por se tratar de normas de ordem pública. (AC 200670110003097, ÁLVARO EDUARDO JUNQUEIRA, TRF4 - PRIMEIRA TURMA, 31/07/2007).

E diversa não tem sido, nesse tema, a orientação da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cujo magistério, de um lado, sublinha que “a imunidade das receitas decorrentes de exportação (art. 149, § 2º, I, da CF 1988) somente alcança a contribuição social incidente sobre a comercialização da produção rural quando efetuada diretamente com adquirentes estran-

geiros, não se estendendo às realizadas indiretamente, através de comerciais exportadoras (*trading companies*)”, e, de outro, proclama inexistir qualquer inconstitucionalidade da Instrução Normativa SRP nº 03/2005, da Secretaria da Receita Previdenciária, até que o legislador ordinário opte por positivar a extensão da referida imunidade às receitas oriundas de exportações indiretas.

Demais disso, deve-se aplicar ao caso concreto, por analogia, a conclusão do Supremo Tribunal Federal quando apreciou a pretendida extensão da norma imunizante também à CPMF. No pertinente, transcrevo excerto do voto do Ministro GILMAR MENDES, Relator do RE 474.132/SC:

Com efeito, verifica-se que a exportação, tomada isoladamente, não constitui fato gerador para a cobrança da CPMF, conforme disposto na referida lei. Se fosse o caso de haver imunidade, ela seria garantida ao exportador apenas na operação de entrada do numerário no país.

Após esse primeiro momento, há a incidência da CPMF, pois a imunidade não marca o resultado da operação indeterminadamente. Uma vez configurada a entrada no país da receita provinda da exportação, igualam-se esses valores a qualquer outro existente no território nacional, de modo a submeter-se às regras pertinentes, inclusive à incidência da CPMF.

3. DO ART. 149, § 2º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMUNIDADE. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA E TELEOLÓGICA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

A propósito da interpretação da imunidade prevista no citado art. 149, § 2º, I, da Carta Magna, faço coro ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal. Neste tocante, o Pretório Excelso assentou que, por constituir exceção constitucional à capacidade ativa tributária, os preceitos regedores de imunidade devem ser interpretados de forma estrita e teleológica, “devendo o exegeta atentar para os fins que o legislador buscou lograr com a benesse fiscal”⁴.

⁴ Trecho do voto do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Relator do RE 566.259/RS.

No sentido do texto, cumpre citar os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 149, § 2º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXTENSÃO DA IMUNIDADE À CPMF INCIDENTE SOBRE MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS RELATIVAS A RECEITAS DECORRENTES DE EXPORTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO ESTRITA DA NORMA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - O art. 149, § 2º, I, da Constituição Federal é claro ao limitar a imunidade apenas às contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico incidentes sobre as receitas decorrentes de exportação.

II - Em se tratando de imunidade tributária a interpretação há de ser restritiva, atentando sempre para o escopo pretendido pelo legislador.

III - A CPMF não foi contemplada pela referida imunidade, porquanto a sua hipótese de incidência – movimentações financeiras – não se confunde com as receitas.

IV - Recurso extraordinário desprovido. (RE 566259, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO *DJe*-179 DIVULG 23-09-2010 PUBLIC 24-09-2010 EMENT VOL-02416-05 PP-01071)

EMENTA: IMUNIDADE – CAPACIDADE ATIVA TRIBUTÁRIA. **A imunidade encerra exceção constitucional à capacidade ativa tributária, cabendo interpretar os preceitos regedores de forma estrita.** IMUNIDADE – EXPORTAÇÃO – RECEITA – LUCRO. A imunidade prevista no inciso I do § 2º do artigo 149 da Carta Federal não alcança o lucro das empresas exportadoras. LUCRO – CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – EMPRESAS EXPORTADORAS. Incide no lucro das empresas exportadoras a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. (RE 564413, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO *DJe*-209 DIVULG 28-10-2010 PUBLIC 03-11-2010 REPUBLICAÇÃO: *DJe*-235 DIVULG 03-12-2010 PUBLIC 06-12-2010 EMENT VOL-02445-01 PP-00137)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISS. **IMUNIDADE.** Serviços de transporte de minerais. CF, art. 155, §

3º. Normas constitucionais concessivas de benefício. Interpretação Restritiva. Recurso improvido (RE 170784, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 14/03/2006, DJ04-08-2006 PP-00078 EMENT VOL-02240-04 PP-00658 RTJ VOL-00201-02 PP-00730 RB v. 18, nº 515, 2006, p. 36-38 LEXSTF v. 28, nº 333, 2006, p. 250-260 RDDT nº 133, 2006, p. 176-180 RET v. 9, nº 51, 2006, p. 90-97)

Destarte, a interpretação do postulado do inciso I do § 2º do art. 149 da CF, deve, por certo, se nortear pelo desiderato do legislador constituinte – estímulo ao desenvolvimento econômico nacional –, que, entretantes, não importa na desoneração das receitas oriundas de realidades fáticas distintas, à míngua de previsão constitucional.

4. DECRETO-LEI Nº 1.248, DE 1972. ANTERIOR À NORMA INSTITUIDORA DA IMUNIDADE. INCENTIVO FISCAL. ART. 41 DO ADCT.

No que tange ao Decreto-Lei nº 1.248, de 1972, dispõe o seu art. 3º:

Art. 3º - São assegurados **ao produtor-vendedor**, nas operações de que trata o artigo 1º deste Decreto-lei, os benefícios fiscais concedidos por lei para incentivo à exportação, à exceção do previsto no artigo 1º do Decreto-Lei nº 491, de 05 de março de 1969, ao qual fará jus apenas a empresa comercial exportadora. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.894, de 1981) (*Vide*: Decreto-Lei nº 2.134, de 1984 e Decreto-Lei nº 2.413, de 1988) grifo nosso

Da leitura do dispositivo acima transcrito observa-se que o mesmo encerra extensão de incentivo fiscal de natureza setorial. Em outras palavras, o Decreto-Lei nº 1.248, de 1972 estendeu ao produtor-vendedor, nas operações decorrentes de compra de mercadorias no mercado interno, quando realizadas por empresa comercial exportadora, para o fim específico de exportação, os incentivos fiscais para estímulo à exportação.

A propósito dos incentivos fiscais instituídos antes da Constituição de 1988, dispõe o art. 41 do ADCT – Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, o qual dispõe (com negritos acrescidos):

Art. 41. Os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **reavaliarão todos os incentivos fiscais de natureza setorial ora em vigor, propondo aos Poderes Legislativos respectivos as medidas cabíveis.**

§ 1º - **Considerar-se-ão revogados após dois anos, a partir da data da promulgação da Constituição, os incentivos que não forem confirmados por lei.**

§ 2º - A revogação não prejudicará os direitos que já tiverem sido adquiridos, àquela data, em relação a incentivos concedidos sob condição e com prazo certo.

§ 3º - Os incentivos concedidos por convênio entre Estados, celebrados nos termos do art. 23, § 6º, da Constituição de 1967, com a redação da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, também deverão ser reavaliados e reconfirmados nos prazos deste artigo.

No pertinente, assinalou o Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do RE 577.302/RS:

Os incentivos fiscais de natureza setorial instituídos antes da promulgação da nova Constituição somente seriam mantidos caso fossem confirmados, dentro do prazo de dois anos, nos três níveis políticos-administrativos da Federação, mediante a edição de lei própria.

(...)

Dessa manifestação, é possível concluir que o espírito da lei de transição constitucional foi justamente permitir o reexame de todos os incentivos fiscais concedidos antes da promulgação da Constituição de 1988, salvo os de cunho regional, como aqueles concernentes à SUDAM e SUDENE, entre outros, cuja razão de ser encontra respaldo no art. 3º, II, do Texto Magno.

(...)

Decerto, o benefício instituído pelo Decreto-Lei nº 1.248, de 1972 constitui incentivo fiscal típico de natureza setorial, eis que alcançava setor específico da economia – o exportador –, beneficiando, de forma a estimular a atividade, as empresas exportadoras.

Por ser incentivo fiscal de cunho setorial, o benefício estendido ao produtor-vendedor deveria ter sido confirmado por lei superveniente no prazo previsto pelo art. 41 do ADCT – dois anos após a promulgação da CF/88. Entretanto, tal confirmação não ocorreu, o que autoriza a conclusão de que o benefício está extinto.

Ainda que assim não se considere, isto é, mesmo que não se entenda revogado o art. 3º do Decreto-Lei nº 1.248, de 1972, é imperioso atentar que o referido dispositivo menciona que são assegurados ao produtor-vendedor os benefícios fiscais concedidos por lei para incentivo à exportação. Entrementes, no caso em apreço inexistente lei garantindo o benefício fiscal pretendido pelo imetrante – não recolhimento da contribuição prevista no art. 22-A da Lei nº 8.212/91, com redação dada pela Lei nº 10.256/2001. Consequentemente, também por esta razão, não há que se reconhecer a desoneração pretendida pela parte autora.

Demais disso, não há que se alegar afronta da Instrução Normativa MPS/SRP nº 3, de 2005 ao princípio da hierarquia das leis, eis que o referido ato normativo não violou nem revogou o Decreto-Lei nº 1.248, de 1972.

5. NECESSIDADE DE LEI EXPRESSA ESTENDENDO A IMUNIDADE À CONTRIBUIÇÃO EM ANÁLISE. CASO DO PIS E DA COFINS.

Como bem ressaltado pela Coordenação-Geral de Estudos e Tributação Previdenciária – COGET da Receita Federal em nota lançada na ADI 3572-0 (na qual se discute a constitucionalidade do art. 245, §§ 1º e 2º, da Instrução Normativa MPS/SRP nº 3, de 2005), “se por um lado não há norma infraconstitucional que isente das contribuições sociais previdenciárias os produtores-vendedores no caso de comércio com empresas comerciais exportadoras, por outro lado, como se trata de compra e venda no mercado interno, não há como se aplicar a imunidade trazida pela EC nº 33, de 2001. Por oportuno, informamos que em situações semelhantes normatizadas após a edição da EC nº 33, de 2001, quando o legislador quis estender o benefício também ao produtor-vendedor na venda de seus produtos para empresa comercial exportadora, ele o fez mediante expressa previsão legal, a exemplo do PIS – Lei nº 10.637, de 2002, e da COFINS – Lei nº 10.833, de 2003”.

A propósito, dispõem as Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, respectivamente, com destaques acrescidos:

Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002.

Art. 5º A contribuição para o PIS/Pasep não incidirá sobre as receitas decorrentes das operações de:

I - exportação de mercadorias para o exterior;
II - prestação de serviços para pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, cujo pagamento represente ingresso de divisas; (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

III - vendas a empresa comercial exportadora com o fim específico de exportação.

Lei nº 10.883, de 29 de dezembro de 2003.

Art. 6º A COFINS não incidirá sobre as receitas decorrentes das operações de:

I - exportação de mercadorias para o exterior;

II - prestação de serviços para pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, cujo pagamento represente ingresso de divisas; (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

III - vendas a empresa comercial exportadora com o fim específico de exportação.

Destarte, pelo fato de a regra imunizante trazida pela EC nº 33/2001 não se estender às operações de compra e venda do mercado interno para fim de exportação é que o legislador editou as referidas normas no respeitante ao PIS e à COFINS. Do contrário, estaríamos usurpando a competência do legislador ordinário, o qual é o único autorizado a promover dita extensão, a exemplo das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03.

Não é de se olvidar que o Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade dos atos normativos, não atua como legislador positivo, mas tão somente como legislador negativo. É orientação uníssona no Supremo Tribunal Federal que o reconhecimento jurisdicional da inconstitucionalidade de ato normativo consubstancia juízo de exclusão, destarte, o Judiciário atua como “legislador negativo”. Como bem ressaltou o Ministro Celso de Mello, o juízo de exclusão, “fundado numa competência de rejeição, deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as consequências daí decorrentes, inclusive a plena restauração da eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional (RTJ 101/503). Outra não tem sido – registre-se – a posição jurisprudencial desta Corte no tema (RTJ 127/789), a refletir o suporte doutrinário em

que se assenta. Definitiva, sob esse aspecto, a lição autorizada de J. J. GOMES CANOTILHO (“Direito Constitucional”, p. 707/708, 4ª ed., 1987, Almedina, Coimbra)”.⁵ Daí afirmar o Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da ADI 1949/MC-RS que “não se declara a inconstitucionalidade parcial quando haja inversão clara do sentido da lei, dado que não é permitido ao Poder Judiciário agir como legislador positivo”.

É simples, o Judiciário não poderá modificar o sentido da norma, distanciando-se da vontade do legislador e assim, criar lei nova, sob pena de atuar como legislador positivo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Ademais, é imperioso frisar que as Empresas produtoras de açúcar e álcool, ora substituídas, em verdade, não poderiam gozar do benefício fiscal em comento, pois são grandes devedoras da Previdência Social, conforme se observa, por exemplo, do quadro a seguir:

FILIADO AO SINDICATO IMPETRANTE	SITUAÇÃO PERANTE A PREVIDÊNCIA SOCIAL – LISTA DOS GRANDES DEVEDORES
Triunfo agroindustrial	Débito de aproximadamente R\$ 47 milhões
Usina Cansação de Sinimbu S.A.	Débito de aproximadamente R\$ 73,3 milhões
Cia. Açucareira Central Sumaúma	Débito de aproximadamente R\$ 51 milhões
Cia. Açucareira Usina Capricho	Débito de aproximadamente R\$ 33 milhões
Usina Reunidas Seresta S.A.	Débito de aproximadamente R\$ 45 milhões
Industrial Porto Rico S.A.	Débito de aproximadamente R\$ 18 milhões
Usina Terra Nova S.A.	Débito de aproximadamente R\$ 14 milhões
Usina Santa Clotilde S.A.	Débito de aproximadamente R\$ 40,8 milhões
S.A. Leão Irmãos Açúcar e Álcool	Débito de aproximadamente R\$ 60,5 milhões
Usina Serra Grande S.A.	Débito de aproximadamente R\$ 10 milhões
Central Açucareira Santo Antônio	Débito de aproximadamente R\$ 13 milhões
Mendo Sampaio	Débito de aproximadamente R\$ 40,5 milhões

Fonte: MídiaIndependente.org. Acesso em 06 de fevereiro de 2011.

⁵ Excerto do voto do Ministro CELSO DE MELLO, ADIn nº 652-5 MA.

Outrossim, até que haja pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, o que se aguarda quando do julgamento da ADI 3572-0, é salutar que se prestigie a presunção de constitucionalidade da norma.

Por fim, é importante salientar que o precedente invocado pelo impetrante de minha relatoria (fls. 75/77) não serve para embasar a tese contrária porque não discuti o mérito da questão, eis que o INSS já havia reconhecido a procedência do pedido.

Em face exposto, voto pela **declaração da constitucionalidade do art. 245, §§ 1º e 2º, da Instrução Normativa MPS/SRP nº 3, de 2005, assim como do art. 170, §§ 1º e 2º, da Instrução Normativa RFB nº 971, de 2009.**

É como voto.

* Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação em Mandado de Segurança nº 94.734-AL. O Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitou a preliminar de ausência de intimação do ente público e, por maioria, rejeitou a arguição de inconstitucionalidade, nos termos do relatório e voto do Desembargador Federal Relator. Julgado em 16 de fevereiro de 2011.

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 438.541-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Embargantes: YOLANDA LOGÍSTICA ARMAZÉM TRANSPORTE E SERVIÇOS GERAIS LTDA. E FAZENDA NACIONAL
Embargada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: FREDERICO DE BARROS GUIMARÃES E OUTROS (1ª EMBTE.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBARGOS INFRINGENTES. VALORES REFERENTES À CONDENAÇÃO JÁ DEPOSITADOS EM JUÍZO. LEVANTAMENTO DOS VALORES SEM SUJEIÇÃO AO REGIME DE PRECATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO DO MONTANTE DA CONDENAÇÃO. QUESTÃO DIVERSA DO OBJETO DA DIVERGÊNCIA. ACÓRDÃO MANTIDO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. EMBARGOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS.

- Embargos de declaração interpostos por Yolanda Logística, Armazém, Transporte e Serviços Gerais Ltda. em face do acórdão que negou provimento aos embargos de declaração anteriormente interpostos, concluindo pela inexistência de omissão no acórdão referente ao julgamento dos embargos infringentes.

- Embargos de declaração interpostos pela União em face do acórdão que negou provimento aos embargos infringentes, concluindo que os valores referentes à condenação imposta à União só podem ser recebidos mediante precatório judicial, não podendo haver levantamento imediato do montante da condenação, ainda que já depositado em juízo.

- São tempestivos os embargos de declaração

interpostos pela Fazenda Nacional, uma vez que só foi intimada do julgamento dos embargos infringentes em 18 de fevereiro de 2011, após o julgamento dos primeiros embargos de declaração da Yolanda Logística, do qual foi intimado no mesmo ato.

- Os embargos de declaração destinam-se, precipuamente, a desfazer obscuridade, a afastar contradições e a suprir omissões que eventualmente se registrem na decisão judicial. Essa modalidade recursal só permite o reexame do decisum embargado para o específico efeito de viabilizar um pronunciamento jurisdicional de caráter integrativo retificador que esclareça o conteúdo do julgado.

- O acórdão proferido em sede de embargos de declaração foi expresso quanto à inexistência de omissão no julgamento dos embargos infringentes uma vez que ainda perdura a discussão acerca do perdimento das mercadorias pela importadora, de modo que o montante obtido com o leilão dos pneus pode reverter em favor da D'Marcas Comércio Ltda. Tal premissa foi inclusive utilizada como fundamento para se concluir que a liberação da parcela correspondente à dívida da União para com a embargante implicará o adimplemento de uma obrigação por terceiro.

- Quanto à questão da permanência ou não do saldo restante em juízo, observa-se que a matéria divergente se restringiu à possibilidade ou não de levantamento, após o trânsito em julgado, de parte dos valores já depositados em juízo, referentes à alienação dos pneus em hasta pública, não sendo o Pleno instado a se manifestar acerca da matéria aqui ventilada.

- No que tange à matéria alegada pela União, não há que se falar em redução dos honorários fixados na sentença de primeiro grau e mantidos em sede de apelação. Com efeito, não tendo havido

reforma do julgado pelos embargos infringentes, e, observando-se ainda que a verba honorária não foi objeto da divergência, a redução da condenação sucumbencial não pode ser considerada matéria de ordem pública.

- Embargos de declaração da Yolanda Logística e da União conhecidos e não providos.

ACÓRDÃO

Vistos etc, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento aos embargos de declaração da Yolanda Logística e da União, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 11 de maio de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

A Yolanda Logística, Armazém, Transporte e Serviços Gerais Ltda. interpôs, às fls. 1521/1526, embargos de declaração em face do Acórdão que negou provimento aos embargos de declaração anteriormente interpostos, concluindo pela inexistência de omissão no acórdão referente ao julgamento dos embargos infringentes.

Nas suas razões a embargante alega a pendência de julgamento administrativo perante o conselho de contribuintes acerca do subfaturamento e demais ilícitos ocorridos na importação dos pneus pela D'Marcas Comércio Ltda., devendo o Pleno se manifestar sobre o tema a fim de se evitar qualquer entendimento equivocado no sentido de que a discussão entre a importadora e a União se encontra concluída.

Aduz ainda que deve ser esclarecida a questão da permanência ou não do saldo restante depositado em juízo até o trânsito em julgado da decisão referente à existência ou não de subfaturamento.

A União, por sua vez, interpôs embargos de declaração às fls. 1538/1543 em face do acórdão que negou provimento aos embargos infringentes, concluindo que os valores referentes à condenação imposta à União só podem ser recebidos mediante precatório judicial, não podendo haver levantamento imediato do montante da condenação, ainda que já depositado em juízo.

Alega a Fazenda Nacional que o acórdão embargado foi omisso no que tange à questão de ordem pública, qual seja, a necessidade de redução da verba honorária na forma do artigo 20, § 4º, do CPC.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

Ressalte-se, de início, que são tempestivos os embargos de declaração interpostos pela Fazenda Nacional, uma vez que só foi intimada do julgamento dos embargos infringentes em 18 de fevereiro de 2011, após o julgamento dos primeiros embargos de declaração da Yolanda Logística, do qual foi intimado no mesmo ato.

Dessa forma, com o início da contagem do prazo no dia 21 de fevereiro de 2011, tem-se que o termo final para a interposição do recurso se deu em 02 de março de 2011, data em que foram tempestivamente protocolados os embargos de declaração da União.

Os embargos de declaração destinam-se, precipuamente, a desfazer obscuridade, a afastar contradições e a suprir omissões que eventualmente se registrem na decisão judicial. Essa modalidade recursal só permite o reexame do *decisum* embargado para o específico efeito de viabilizar um pronunciamento jurisdicional de caráter integrativo retificador que esclareça o conteúdo do julgado.

Para melhor elucidação da controvérsia, passo a transcrever os acórdãos vergastados:

EMBARGOS INFRINGENTES. APELAÇÃO CÍVEL. VALORES REFERENTES À CONDENAÇÃO JÁ DEPOSITADOS EM JUÍZO. LEVANTAMENTO DOS VALORES SEM SUJEIÇÃO AO REGIME DE PRECATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS NÃO PROVIDOS.

1. A Terceira Turma desta Corte, por maioria, seguindo a divergência aventada pelo Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, entendeu que os valores referentes à condenação imposta à União, só podem ser recebidos mediante precatório judicial, restando vencido nesse ponto o relator, Desembargador Federal Convocado Frederico Azevedo, que entendia pela possibilidade de liberação imediata do montante da condenação, que já está depositado em juízo, posição na qual se apóia a embargante para requerer a reforma do acórdão sob discussão.

2. Da análise do artigo 100 da CF, depreende-se que o legislador constituinte teve duas preocupações na criação do regime de precatório: primeiro, conferir à Fazenda Pública a oportunidade de incluir as dívidas oriundas de condenações judiciais em seu planejamento financeiro, mediante a inclusão desses débitos no orçamento anual; e segundo, evitar privilégios no recebimento dessas verbas, através da obediência à ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

3. No caso dos autos, as mercadorias foram leiloadas, sendo deduzido o montante imputado pela postulante como devido pela Fazenda Nacional e depositado em conta judicial, o que induz a ideia de desnecessidade de submissão ao regime de precatório sob o aspecto da previsão orçamentária. Contudo, o levantamento imediato dos valores relativos à condenação consistiria em desrespeito à ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

4. Visto que a conclusão acerca da dívida da União com a empresa embargante, bem como dos valores devidos, foi levada a efeito por meio de processo de conhecimento, e que a referida verba não está abarcada pelas exceções ao regime de precatório, constitucionalmente previstas, deve ser mantida a posição majoritária da Terceira Turma no julgamento das apelações e da remessa oficial.

5. Ainda perdura a discussão acerca do perdimento das mercadorias pela importadora, de modo que o montante obtido com o leilão dos pneus pode reverter em favor da D'Marcas Comércio Ltda. Nesse caso, a liberação da parcela correspondente à dívida da União para com a embargante implicará o adimplemento de uma obrigação por terceiro.

6. Caso contrário, os valores passarão a compor o patrimônio da União, só podendo ser utilizados para pagamen-

to de condenação judicial por meio de precatório, conforme determinação constitucional. De uma forma ou de outra, conclui-se pela impossibilidade de compensação de parte do fruto da hasta pública com a dívida sob discussão.

7. Embargos infringentes não providos.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBARGOS INFRINGENTES. VALORES REFERENTES À CONDENAÇÃO JÁ DEPOSITADOS EM JUÍZO. LEVANTAMENTO DOS VALORES SEM SUJEIÇÃO AO REGIME DE PRECATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. EMBARGOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS.

1. Embargos de declaração interpostos por Yolanda Logística, Armazém, Transporte e Serviços Gerais Ltda. em face do Acórdão que negou provimento aos embargos infringentes, sob a alegação de omissões quanto à apreciação da pendência de julgamento administrativo perante o conselho de contribuintes acerca do subfaturamento e demais ilícitos ocorridos na importação dos pneus pela D'Marcas Comércio Ltda., bem como quanto à questão da permanência ou não do saldo restante depositado em juízo.

2. Os embargos de declaração destinam-se, precipuamente, a desfazer obscuridade, a afastar contradições e a suprir omissões que eventualmente se registrem na decisão judicial. Essa modalidade recursal só permite o reexame do *decisum* embargado para o específico efeito de viabilizar um pronunciamento jurisdicional de caráter integrativo retificador que esclareça o conteúdo do julgado.

3. O acórdão embargado foi expresso no sentido de que ainda perdura a discussão acerca do perdimento das mercadorias pela importadora, de modo que o montante obtido com o leilão dos pneus pode reverter em favor da D'Marcas Comércio Ltda. Tal premissa foi inclusive utilizada como fundamento para se concluir que a liberação da parcela correspondente à dívida da União para com a embargante implicará o adimplemento de uma obrigação por terceiro.

4. Quanto à questão da permanência ou não do saldo restante em juízo, observa-se que a matéria divergente se restringiu à possibilidade ou não de levantamento, após o

trânsito em julgado, de parte dos valores já depositados em juízo, referentes à alienação dos pneus em hasta pública, não sendo o Pleno instado a se manifestar acerca da matéria aqui ventilada.

5. Embargos de declaração conhecidos e não providos.

No caso *sub examine*, tenho que não merecem guarida os argumentos trazidos pelas embargante, posto que as omissões apontadas são inexistentes.

Inicialmente, o acórdão proferido em sede de embargos de declaração foi expresso quanto à inexistência de omissão no julgamento dos embargos infringentes uma vez que ainda perdura a discussão acerca do perdimento das mercadorias pela importadora, de modo que o montante obtido com o leilão dos pneus pode reverter em favor da D'Marcas Comércio Ltda. Tal premissa foi inclusive utilizada como fundamento para se concluir que a liberação da parcela correspondente à dívida da União para com a embargante implicará o adimplemento de uma obrigação por terceiro.

Quanto à questão da permanência ou não do saldo restante em juízo, observa-se que a matéria divergente se restringiu à possibilidade ou não de levantamento, após o trânsito em julgado, de parte dos valores já depositados em juízo, referentes à alienação dos pneus em hasta pública, não sendo o Pleno instado a se manifestar acerca da matéria aqui ventilada.

No que tange à matéria alegada pela União, não há que se falar em redução dos honorários fixados na sentença de primeiro grau e mantidos em sede de apelação. Com efeito, não tendo havido reforma do julgado pelos embargos infringentes, e, observando-se ainda que a verba honorária não foi objeto da divergência, a redução da condenação sucumbencial não pode ser considerada matéria de ordem pública.

Nesse sentido, já decidiu o STJ:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPUGNAÇÃO AO MONTANTE FIXADO NA ORIGEM A TÍTULO DE VERBA HONORÁRIA. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA.

1. O art. 535 do CPC dispõe que são cabíveis embargos de declaração quando a decisão for omissa, obscura ou

contraditória, não sendo esse o meio processual adequado para veicular pretensões não formuladas oportunamente. A alegada necessidade de majoração da verba honorária fixada na origem não foi ventilada nas razões do recurso especial, cuja decisão apenas inverteu o ônus da sucumbência em razão do provimento do apelo extremo.

2. O magistrado deve, por força do art. 20 do CPC, condenar, ainda que sem pedido da parte contrária, o vencido em honorários advocatícios. A condenação, portanto, trata de matéria de ordem pública cognoscível *ex officio*. Contudo, o montante da verba fixada na condenação não mais se reveste de cunho público, eis que a ausência de impugnação do montante importa em aceitação do mesmo, de forma que, nos termos do art. 473 do CPC, “é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão”.

3. Embargos de declaração rejeitados. (EDREsp 2009 01080487, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, 16/02/2011).

Desta feita, conheço dos embargos de declaração da Yolanda Logística e da União para, entretanto, negar-lhes provimento.

É como voto.

HABEAS CORPUS N° 4.198-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Impetrante: DR. MARCOS JOSÉ MARINHO JÚNIOR
Impetrado: JUÍZO DA 2ª VARA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
Paciente: MANOEL TONIELDO DO NASCIMENTO (RÉU PRESO)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS CALCADO NAS ALEGAÇÕES DE EXCESSO DE PRAZO E DE INEXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS PARA A PRISÃO PREVENTIVA. CUSTÓDIA CAUTELAR QUE JÁ PERDURA POR MAIS DE UM ANO, DECRETADA EM

SEDE DE FEITO EM QUE SE INVESTIGA A PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE EM QUADRILHA DESTINADA AO TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. REPETIÇÃO, EM GRANDE PARTE, DA MATÉRIA APRESENTADA EM RE-MÉDIOS HERÓICOS ANTERIORES.

- Terceiro habeas corpus impetrado em favor do paciente, não obstante, devolvendo a apreciação das matérias já enfrentadas por esta Terceira Turma, quase na sua integralidade.

- Inexitosa comprovação dos requisitos subjetivos para a concessão da liberdade provisória pleiteada, pois não há elementos nos autos a indicar que o paciente exerça atividade lícita, sendo, possivelmente, um profissional do crime.

- Outrossim, indícios colhidos através de escutas telefônicas permitem entrever que o paciente não deixou a vida do crime mesmo depois da segregação provisória, mas, ao revés, continuou a traficar drogas de dentro do presídio.

- Por outro lado, o interregno aceito pela jurisprudência como suficiente para o encerramento da instrução não pode ser visto de maneira absoluta. Antes, tal intercurso deve ser cotejado com o caso concreto, somente se tornando passível de repreensão quando injustificadamente superado, nunca se perdendo de vista o princípio da razoabilidade.

- E, no caso vertente, há razões de sobejo para que a persecução criminal venha caminhando no ritmo em que se encontra, visto se tratar de uma ação penal ajuizada contra mais de vinte réus, em que se verificou a necessidade de se determinar a expedição de cartas precatórias para diversos Estados (São Paulo, Mato Grosso do Sul, Santa Catarina e Paraná).

- Por expressa determinação legal, hospedada no artigo 80 do Código de Processo Penal, não existe direito subjetivo do réu ao desmembra-

mento do feito, visto que essa providência é sempre uma faculdade do magistrado, inclusive nos casos de alegado prolongamento injustificado da prisão provisória. Destarte, cumprirá unicamente ao julgador decidir sobre a conveniência do desmembramento, devendo, observar, sempre, se a determinação acarretará algum prejuízo para a instrução processual. Precedente do Superior Tribunal de Justiça (RHC 11520, min. Vicente Leal, julgado em 20 de novembro de 2001).

- Por fim, a exclusão de prova produzida por meio de interceptação telefônica é matéria ligada ao mérito, que, por outro lado, além de não ter o impetrante demonstrado sua formulação perante o juízo natural, se revela mais adequada a sua apreciação no momento da sentença, sendo, pois, de ser indeferido, no aspecto. Até porque, no presente momento, não há como saber se estes elementos serão levados em consideração pelo magistrado para formar seu convencimento, quer para condenar, quer para absolver.

- Ordem de habeas corpus denegada.

ACÓRDÃO

Vistos etc, decide a egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 17 de março de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBAGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Marcos José Marinho Júnior impetra ordem de *habeas corpus* em favor de Manoel Tonieldo do Nascimento, imputando autorida-

de coatora o MM. Juiz Federal [substituto] da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte.

Aduz excesso de prazo na prisão preventiva imposta ao paciente, asseverando que a custódia cautelar já dura cerca de um ano, sem que a defesa tenha dado causa a qualquer atraso na marcha processual, o que configuraria verdadeiro cumprimento antecipado de uma pena hipotética.

Afirma, outrossim, serem nulos os elementos de convicção obtidos por meio de escutas telefônicas, incidentes sobre telefones celulares utilizados dentro do estabelecimento prisional em que o paciente se encontra, já que, em conformidade com o artigo 319-A do Código Penal, constitui crime de prevaricação *deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo*. Atroa, nesse passo, que *a autoridade policial sabia que apenados estavam se comunicando via telefone móvel, mas, mesmo assim, não interveio para apreender os telefones e atuar os possuidores dos telefones* (fl. 09), requerendo, além do relaxamento da prisão do paciente, a exclusão da prova produzida por meio de interceptação telefônica, tendo em vista que fora realizada em aparelhos que estavam na posse de apenados que integram o sistema prisional, o que torna ilícita essa prova (fl. 10).

Documentos juntados às fls. 12-150.

O pleito liminar foi indeferido pelo egrégio Des. Luiz Alberto Gurgel de Faria, Presidente desta Corte Regional, já que o remédio heróico foi distribuído durante o recesso natalino (fl. 155).

A autoridade impetrada prestou informações (fls. 157-173).

Foram os autos à Procuradoria Regional da República, que ofertou parecer opinando pela denegação da ordem (fls. 176-178).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBAGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

Preliminarmente, registro já ser este o terceiro *habeas corpus* impetrado em favor do paciente, todos hostilizando o decreto de

prisão preventiva, exarado aos 13 de janeiro de 2010, nos autos da ação penal 0001660-24.2010.4.05.8400, deflagrada com o desiderato de investigar a hipotética existência de quadrilha voltada para o tráfico internacional de entorpecentes (art. 33, c/c. art. 40, incisos I e V, da Lei 11.343/2006).

No primeiro deles (HC 3857-RN, julgado em 04 de março de 2010), esta Terceira Turma teve a oportunidade de divisar a existência dos pressupostos necessários para a decretação da custódia preventiva.

Entrementes, naquela oportunidade, este órgão fracionário já vislumbrava a notícia da existência de razoáveis indícios de autoria e materialidade, tudo levando a crer que o paciente exercia papel de destaque em hipotética quadrilha composta por mais de vinte elementos, em tese, desbaratada pela Polícia Federal, no seio da denominada *Operação Tríplice*, que logrou apreender vultosa quantidade de droga, entre maconha, haxixe, crack e cocaína.

Foi dito, ainda, que nada impede se funde o decreto de prisão preventiva em dados colhidos através de interceptações telefônicas consentâneas, que, inclusive, em muitos casos, têm força suficiente para se converter em prova robusta para uma condenação penal, trazendo-se à colação precedente do Superior Tribunal de Justiça a afirmar que *mostra-se devidamente fundamentada a decisão que decretou a prisão temporária do paciente, arrimada em escutas telefônicas que indicam o envolvimento do paciente* (HC 98327, Min. Napoleão Maia Filho, julgado em 06 de novembro de 2008).

Por derradeiro, registrou-se que a liberdade provisória pleiteada colidia frontalmente com o disposto no art. 44, *caput*, da Lei 11.343, a prescrever que *os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória (negritei), vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos*, muito embora, já naquele momento, esta prescrição legal já estivesse sendo excepcionada, em alguns casos, pelo Supremo Tribunal Federal.

Na segunda ação de *habeas corpus* (HC 4144-RN, Des. Emiliano Zapata Leitão [convocado], julgado em 25 de novembro de

2010), foi analisada a existência de excesso de prazo no cárcere cautelar, concluindo a Turma, novamente, pela denegação da ordem.

Nesta assentada, foi dito por este colegiado que a construção pretoriana a respeito do interregno para o encerramento da instrução – que, na Justiça Federal, antes da recente reforma do Código de Processo Penal, era de cento e um dias –, não pode ser vista de maneira absoluta. Ao revés, faz-se necessário cotejar tal intercurso com o caso concreto, apenas sendo passível de reapreensão quando o prazo é extrapolado de maneira injustificada, nunca se perdendo de vista o princípio da razoabilidade.

Nesse sentido, sempre caminhou sobranceira a jurisprudência desta Terceira Turma, decidindo, em diversas oportunidades, que “a dilação dos prazos criminais há que ser considerada em face do princípio da razoabilidade, e não em critérios aritméticos de rigor incontestes, mormente se justificada a demora pela necessidade da custódia cautelar, cuja complexidade da instrução, com pluralidade de réus e necessidade de realização de diligências, justifica a sua extrapolação, sobretudo, diante de manobras causadas pela própria defesa do paciente” (HC 2634/CE, Desembargador Federal Paulo Gadelha, julgado em 08 de fevereiro de 2007).

E que, no caso concreto, a autoridade impetrada logrou justificar plenamente o reclamado excesso de prazo no encerramento da instrução processual, participando tratar-se de feito de grande complexidade, cuja denúncia narra a hipotética participação de 21 (vinte e um) acusados em eventual quadrilha voltada para o tráfico internacional de drogas, em tese, desbaratada quando deflagrada operação policial.

Informou, outrossim, que foi necessário desenvolver árduo trabalho para ultimar os atos de citação e a intimação de testemunhas, revelando-se imperioso expedir-se cartas precatórias para diversos Estados (São Paulo, Mato Grosso do Sul, Santa Catarina e Paraná).

Em resumo, o histórico ora delineado permite visualizar, com clareza, que já foram enfrentadas, em remédios heróicos anteriores, tanto arguições contra o mérito da prisão preventiva hostilizada, quanto insurgências contra o prazo de encarceramento, restando rejeitados todos os argumentos da defesa.

Passando, doravante, ao conhecimento do presente *writ*, observo que o impetrante volta à carga para aduzir excesso de prazo na segregação cautelar e inexistência dos seus pressupostos justificadores.

Todavia, não vejo na impetração argumento forte o suficiente para modificar a conclusão a que chegou esta Turma nos julgados anteriores.

De logo, registro ser fácil concluir que permanecem atuais as razões que justificaram a prisão preventiva atacada.

Deveras, além da própria natureza dos ilícitos investigados, equiparados aos delitos considerados hediondos (Lei 8.072), as condições subjetivas do paciente não lhe socorrem, pois, somada à sua eventual participação de relevo em hipotética quadrilha destinada ao tráfico internacional de drogas, destacam-se as circunstâncias de não haver comprovado que exerça profissão lícita, sendo, possivelmente, um profissional do crime. A denúncia, aliás, o aponta como sendo *o maior comprador de José Domingos Neto no Rio Grande do Norte* (fl. 042).

Não bastasse, chama a atenção o fato de que o paciente não cessou sua atividade criminosa mesmo depois de custodiado, à medida que, de dentro do presídio, continuou a negociar a compra dos entorpecentes, através de telefones celulares introduzidos clandestinamente no estabelecimento prisional.

Nessa toada, narra a denúncia (fl. 042) que, *logo no início da investigação, observou-se o áudio nº 3964769, constante do RIP-01 (fls. 46/65 do processo nº 2008.84.00.013428-5), no qual Manoel Toniêdo Nascimento da Silva, mesmo preso, negociou a compra da droga diretamente com Cleonir Saldanha de Oliveira.*

E, nesses casos, em que o paciente, aparentemente, faça do crime seu meio de vida, e, ainda, que a atividade criminosa por ele desenvolvida não cessa, mesmo depois de decretada sua prisão preventiva, a jurisprudência desta Terceira Turma vem caminhando tranquila no sentido de denegar a ordem de *habeas corpus*, calcada no entendimento de que *há grande possibilidade de que o relaxamento da prisão hostilizada poderá acarretar prejuízos à ordem pública, ou mesmo estorvar a aplicação da lei penal, em ra-*

zão do justificado receio de que venha, novamente, a incorrer na prática criminosa, ou, ainda, evadir-se do distrito da culpa (HC 3921-CE, da minha relatoria, julgado em 20 de maio de 2010).

Por outro lado, até onde é possível enxergar nesta seara aca-nhada, a circunstância de o paciente haver se utilizado dos aludidos telefones celulares dentro do presídio não pode, jamais, pesar em seu favor ou servir de escusa para seus atos, ao contrário do que pretende o impetrante, que, estrategicamente, assevera haver o diretor da penitenciária incorrido na prática do artigo 319-A do Código Penal.

De pronto, é de se observar que as escutas telefônicas foram obtidas legalmente, a partir de ordem judicial. Disto, não há dúvida.

Outrossim, a argumentação do impetrante, de que o paciente somente se utilizara dos telefones celulares dentro do presídio mediante facilitação da autoridade competente, parece soar mais como uma confissão de culpa, por parte da defesa, do que, propriamente, como uma inculpação em desfavor do diretor do estabelecimento prisional.

No mesmo sentido se manifestou o Ministério Público Federal, ao ofertar seu parecer, onde registra que (fl. 178):

(...) Por fim, é totalmente absurda a tese de que é ilícita a interceptação telefônica porque um dos aparelhos estava na posse de apenados dentro do presídio.

Em primeiro lugar, a interceptação foi realizada mediante autorização judicial com as prorrogações devidamente fundamentadas, conforme já decidiu essa Col. Turma. Ademais, a prática de mais um ilícito pelo paciente não pode blindá-lo para as escutas. Se fosse assim, *mutatis mutandis*, seria ilícita a prova de um homicídio porque a impressão digital fora colhida de arma comprada ilicitamente.

Depois, é de se notar que a alegação em tela não exclui os fatos delituosos perpetrados quando o paciente se encontrava solto, isto é, antes mesmo do encarceramento provisório, também com a capitulação prevista no artigo 35, *caput*, da Lei 11.343/06. Decerto, o paciente já se encontrava encarcerado por haver, provavelmente, praticado atos da mesma espécie, os quais são objeto de investigação na mesma ação penal.

De outra banda, cumpre registrar, em adição, que, mesmo se o feito fosse desmembrado em relação ao paciente, não seria o caso de se autorizar que respondesse ao processo em liberdade, à míngua do preenchimento das condições objetivas e subjetivas para o relaxamento da custódia.

Ademais, o desmembramento exige a presença de condutas isoladas, o que aqui não é o caso, revelando-se as atribuídas ao paciente como um conjunto de ações que se interligam a outras, com outra tonalidade, visto que, enquanto estas outras se iniciam com a introdução da droga, oriunda do Paraguai, no Brasil, via o Estado de São Paulo, a do paciente se concentrava no recebimento, no Rio Grande do Norte, de parte da droga para a sua venda naquele Estado, de maneira a não se justificar o desmembramento, implicando, em consequência, no julgamento unificado.

Não bastasse, por expressa determinação legal, hospedada no artigo 80, do Código de Processo Penal, não existe direito subjetivo do réu ao desmembramento do feito, visto que essa providência é sempre uma faculdade do magistrado, inclusive nos casos de alegado prolongamento injustificado da prisão provisória. Destarte, cumprirá unicamente ao julgador decidir sobre a conveniência do desmembramento, devendo, observar, sempre, se a determinação acarretará algum prejuízo para a instrução processual.

Essa é a inteligência que ressaí da leitura do referido dispositivo legal, a prescrever que *será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.*

A propósito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que *constitui faculdade e não obrigação do magistrado o desmembramento do processo, de acordo com o art. 80 do CPP, devendo o mesmo aferir, em seu juízo de conveniência, a existência de motivo relevante que restaria por entrar a instrução processual, em prejuízo para a apuração da verdade real* (RHC 11520, Min. Vicente Leal, julgado em 20 de novembro de 2001).

Por derradeiro, o *writ* também não merece guarida no concernente ao alegado excesso de prazo, até porque não foi demonstrada qualquer mudança significativa no cenário processual, desde o julgamento do HC 4144-RN, por esta Terceira Turma (julgado em 25 de novembro de 2010).

Ao revés, é possível depreender, através das informações prestadas pela autoridade impetrada, que a instrução criminal vem caminhando bem, pois a audiência de instrução e julgamento já está demarcada para o próximo dia 21 de março do corrente ano.

Outrossim, consoante já registrado na primeira oportunidade, o interregno aceito pela jurisprudência como suficiente para o encerramento da instrução não pode ser visto de maneira absoluta. Antes, tal intercurso deve ser cotejado com o caso concreto, somente se tornando passível de repreensão quando injustificadamente superado, nunca se perdendo de vista o princípio da razoabilidade.

E, no caso vertente, há razões de sobejo para que a persecução criminal venha caminhando no ritmo em que se encontra, visto se tratar de uma ação penal ajuizada contra mais de vinte réus, em que se verificou a necessidade de se determinar a expedição de cartas precatórias para diversos Estados (São Paulo, Mato Grosso do Sul, Santa Catarina e Paraná).

Em resumo, não obstante a prisão preventiva atacada já perdure por mais de um ano – já que o decreto de custódia fora exarado aos 13 de janeiro de 2010 –, ainda persistem fortes razões para que a segregação cautelar seja mantida, haja vista a premente necessidade de se resguardar a incolumidade da ordem pública e de assegurar o fiel cumprimento da lei penal.

Por fim, a exclusão de prova produzida por meio de interceptação telefônica, fl. 10, é matéria ligada ao mérito, que, por outro lado, além de não ter o impetrante demonstrado sua formulação perante o juízo natural, se revela mais adequada a sua apreciação no momento da sentença, sendo, pois, de ser indeferido, no aspecto.

Até porque, no presente momento, não há como saber se estes elementos serão levados em consideração pelo magistrado

para formar seu convencimento, quer para condenar, quer para absolver.

Ante todo o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 4.225-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO SILVIO OURÉM CAMPOS (CONVOCADO)
Impetrante: DR. OZAEL DA COSTA FERNANDES
Impetrado: JUÍZO DA 8ª VARA FEDERAL DA PARAÍBA
Paciente: LAERCIO PEREIRA GUEDES

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA COM ATUAÇÃO EM VASTA ÁREA TERRITORIAL ESPECIALIZADA NOS CRIMES DE DESCAMINHO, CONTRABANDO, LAVAGEM DE DINHEIRO, ADULTERAÇÃO DE SELOS FISCAIS. SUPOSTA RESPONSABILIDADE POR ADQUIRIR, TRANSPORTAR, MANTER EM DEPÓSITO E VENDER CIGARROS DE COMERCIALIZAÇÃO PROIBIDA, PROVENIENTE DE ROUBO E COM SELO DE CONTROLE FISCAL ADULTERADO. PREVISÃO TÍPICA DOS ART. 334, § 1º, B DO CÓDIGO PENAL C/C ARTS. 2º E 3º DO DECRETO-LEI Nº 399/68 (DUAS VEZES), ART. 293, I E § 1º, III, A DO CP (TRÊS VEZES) E ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. FORTES INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. PRISÃO PREVENTIVA MOTIVADA. RESPONSABILIDADE PENAL DO PACIENTE. QUESTÃO QUE DEMANDA DILAÇÃO PROBATÓRIA. INCABÍVEL SEU EXAME EM SEDE DE WRIT. EXCESSO DE PRAZO NÃO CONFIGURADO. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO APRAZADA.

- O paciente foi denunciado por integrar complexa e bem estruturada organização criminosa com atuação em vasta área territorial, sendo supostamente responsável por adquirir, transportar, manter em depósito e vender cigarros de comercialização proibida, proveniente de roubo e com selo de controle fiscal adulterado, condutas que se amoldam, em tese, à previsão típica dos art. 334, § 1º, b do Código Penal c/c arts. 2º e 3º do Decreto-Lei nº 399/68 (duas vezes), art. 293, I e § 1º, III, a, do CP (três vezes) e art. 288, parágrafo único, do CP.

- Não se sustentam as alegações, formuladas pelo douto impetrante, de que o paciente jamais integrou quadrilha, resumindo a sua participação a de mero transportador. Tal argumentação é fulminada com a simples consulta ao sistema TEBAS da Seção Judiciária da Paraíba, no sítio da internet: <http://web.jfpb.jus.br/consproc/resconsproc.asp>, onde encontramos notícia de que já fora condenado nos autos da ação penal nº 0001207-44.2010.4.05.8201, em 21/02/2011, pelas mesmas espécies de crime.

- Os elementos trazidos pelo impetrante neste instrumento demonstram a integração do paciente à estrutura da organização criminosa como se verifica nos seguintes excertos (fls. 46/48).

- Ainda que não tenha o impetrante diligenciado em demonstrar a decisão que determinou a prisão preventiva do paciente, a MMª. Juíza prolatora da decisão o faz de forma motivada, como se verifica do Pedido de Prisão Preventiva, Processo nº 0001294-94.2010.4.05.8202, de 01/10/2010 (fls. 534/539 dos referidos autos).

- A discussão sobre a responsabilidade penal do acusado em relação aos fatos criminosos é questão que demanda exame aprofundado de provas, próprio da instrução processual, portanto, in-

compatíveis com a cognição do writ, que exige prova pré-constituída. Precedentes desta Corte: HC 3846/CE, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti; HC 3437/CE, Segunda Turma, Relator Desembargador Federal Francisco Barros Dias.

- Fenece, também, a alegação de que o Ministério Público Federal não descreveu a conduta do paciente, sendo inepta a denúncia. Lendo a peça acusatória, percebe-se a objetividade das imputações feitas ao paciente que, aliada aos outros elementos probatórios autoriza o seu recebimento e, concomitantemente, permite ao acusado o exercício da plena defesa através do contraditório judicial (fls. 78/79).

- Não prospera a alegação de excesso de prazo, haja vista a complexidade do feito, pois se trata o paciente de integrante de organização criminosa bem estruturada com atividades numa vasta área territorial, já tendo sido, inclusive, designada a audiência de instrução e julgamento para os dias 17 e 18 de março do corrente ano (fls. 95/96).

- Ordem denegada.

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, denegar a ordem, nos termos do voto e relatório constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 3 de março de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO SILVIO OURÉM CAMPOS - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBAGADOR FEDERAL HÉLIO SILVIO OURÉM CAMPOS (Convocado):

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pelo Advogado, Dr. Ozael da Costa Fernandes, em favor de Laércio Pereira Guedes, qualificado nos autos, apontando como autoridade coatora o Juiz Federal Substituto da 8ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba, Orlan Donato Rocha, que indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva (fls. 121/126).

O paciente, conforme noticiam os autos, foi denunciado por integrar a quadrilha liderada por José Tarcízio Gomes Mendes, sendo supostamente responsável por adquirir, transportar, manter em depósito e vender cigarros de comercialização proibida, proveniente de roubo e com selo de controle fiscal adulterado, condutas que se amoldam, em tese, à previsão típica dos art. 334, § 1º, *b* do Código Penal *c/c* arts. 2º e 3º do Decreto-Lei nº 399/68 (duas vezes), art. 293, I e § 1º, III, *a* do CP (três vezes) e art. 288, parágrafo único, do CP.

O impetrante sustenta, em síntese:

- a) que jamais integrou quadrilha, não contribuindo para a consumação do fato criminoso tendo sido apenas contratado para transportar a mercadoria, sendo preso conduzindo em seu caminhão, vários pacotes de cigarros contrabandeados;
- b) que o Ministério Público Federal não descreveu a conduta do paciente na denúncia, não demonstrando claramente qual o crime praticado em concurso com os demais denunciados, sendo a inicial inepta;
- c) ausência de fundamentação tanto da decisão que decretou a prisão preventiva quanto da que recebeu a denúncia;
- d) que a decisão de decretação da prisão preventiva, com base na garantia da ordem pública e, com o escopo de inibir o cometimento de novos crimes caso o paciente fosse solto, não citou qualquer fato concreto que a amparasse;
- e) que o paciente se encontra preso cautelarmente a mais de 10 (dez) meses sem que se vislumbre a possibilidade concre-

ta de ser julgado em flagrante ofensa ao que determina a Emenda Constitucional nº 45.

Alegou presentes os requisitos *fumus bonis juris* e *periculum in mora* a justificar o deferimento de medida liminar para libertá-lo imediatamente.

No mérito, requer o reconhecimento da falta de justa causa e a concessão da ordem para trancar a ação penal em relação ao paciente.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 91/92).

Instado a se manifestar a autoridade coatora respondeu (fls. 95/96), informando que, de acordo com o sistema TEBAS, tramita contra o acusado outra ação penal – nº 0001207-44.2014.4.05.8201 –, na Subseção Judiciária de Campina Grande, por crime da mesma natureza que já se encontra concluso para a sentença e, em relação a este processo, na fase atual foram designadas audiências para o dia 17/03/2011 e dia 18/03/2011, às 08:00 h.

O Procurador Regional da República Uairandy Tenório de Oliveira apresentou parecer pela denegação da ordem assim ementado (fls. 97/104):

EMENTA: PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. CONTRABANDO. RECEPÇÃO. LAVAGEM DE ATIVOS. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS PRESENTES. FUNDAMENTOS SUFICIENTES PARA A PRISÃO DO PACIENTE PRESENTES NA MOTIVAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS AO PRESO NÃO CRIAM OBSTÁCULO À SUA SEGREGAÇÃO PROVISÓRIA QUANDO PRESENTES OS PRESSUPOSTOS E, AO MENOS, UM DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA, PREVISTOS NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXCESSO DE PRAZO NÃO CONFIGURADO EM FACE DA COMPLEXIDADE E PECULIARIDADE DO FEITO CRIMINAL. PARECER PELA NÃO CONCESSÃO DO *HABEAS CORPUS*.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBAGADOR FEDERAL HÉLIO SILVIO OURÉM CAMPOS (Relator Convocado):

Compulsando os autos verifico que não se sustentam as alegações formuladas pelo douto impetrante, inicialmente, a de que o paciente jamais integrou quadrilha, resumindo a participação do mesmo a de mero transportador. Tal argumentação é fulminada com a simples consulta ao sistema TEBAS da Seção Judiciária da Paraíba, no sítio da internet: <http://web.jfpb.jus.br/consproc/resconsproc.asp>, onde encontramos notícia de que já fora condenado nos autos da ação penal nº 0001207-44.2010.4.05.8201, em 21/02/2011, pelas mesmas espécies de crimes:

21/02/2011 15:28 - Sentença. Usuário: JNM

Ante o exposto, julgo procedente a pretensão punitiva estatal deduzida na denúncia, CONDENANDO os acusados Laécio Pereira Guedes e Emerson Patrício Fernandes às sanções do artigo 334, § 1º, d, do Código Penal.

Tendo-se em vista a análise feita acima, reputo como necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime uma pena-base no patamar de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, para Emerson Patrício, e 04 (quatro) anos de reclusão, quanto a Laécio Pereira, haja vista que a maioria das circunstâncias foi aferida negativamente, tais como a culpabilidade, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e as consequências negativas do crime. Note-se que, especificamente quanto a Laécio, militam antecedentes desabonadores, justificando sua pena maior.

(c)
Confissão

Laécio Pereira confessou o delito, razão pela qual diminuo a pena-base para 03 (três) anos e 09 (nove) meses.

(d)
Substituição da pena

Em que pese o permissivo legal (art. 44, § 2º, do Código Penal), deixo de aplicar a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos por serem desfavo-

ráveis as circunstâncias judiciais (art. 44, III, do Código Penal), destacando-se o fato de que os réus ostentam liame subjetivo com quadrilha desbaratada recentemente pela Polícia Federal, conforme as peças incluídas às fls. 302/904.

(e)
Pena definitiva

Em sendo assim, ficam condenados os réus definitivamente a:

a) Laécio Pereira Guedes - 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão;

b) Emerson Patrício Fenandes - 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

A pena privativa de liberdade imposta aos acusados deverá iniciar-se sob regime semiaberto, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal, pois as mesmas circunstâncias aferidas negativamente na fixação da pena-base desaconselham o regime mais brando.

Condeno-os ainda ao pagamento das custas processuais.

Os motivos autorizadores da prisão de Laécio Pereira Guedes subsistem, fortes nos fundamentos do Voto do eminente Desembargador Federal Dr. Manuel Maia de Vasconcelos Neto, proferido em 18.01.2011, que culminou com a manutenção de sua prisão, razão pela qual denego-lhe o direito de apelar em liberdade (fls. 283/287):

“É que além da decisão que decretou a prisão ter sido bem fundamentada, persiste a finalidade de resguardar a ordem pública, pois conforme já noticiado em outros *habeas corpus* impetrados em favor do paciente, o mesmo tem condenação anterior por crime de tráfico de drogas, envolvimento na prática de roubo qualificado e formação de quadrilha.” (Grifos)

Além disso, os elementos trazidos pelo impetrante neste instrumento demonstram a integração do paciente à estrutura da organização criminosa como se verifica nos seguintes excertos (fls. 46/48):

3.6. Fato ocorrido em 10.4.2010, em Teixeira/PB.

Apesar do ocorrido no dia 7.4.2010 – prisão de **Aldo e José Gomes** em flagrante, transportando grande carga de cigarros –, a quadrilha liderada pelo **José Tarcizio** não se intimidou. Demonstrando total descrédito com a atuação dos órgãos de segurança pública, o bando continuou com suas atividades criminosas, transportando novos carregamentos de cigarro.

Desta vez, “**Lagartão**” designou os motoristas **Laércio Pereira Guedes** e **Emerson Patrício Fernandes** para o trabalho. A quadrilha aguardava a chegada de um novo carregamento de cigarros provenientes de São Paulo, que demandava a utilização de veículo de grande capacidade de carga.

No dia 10 de abril de 2010, foram organizadas equipes compostas por Policiais Federais e Policiais Rodoviários Federais, os quais conseguiram interceptar por volta das 22h daquele dia, no Município de Teixeira/PB, a chegada de uma carreta Volvo, cor branca, placa HXB 2431 - Fortaleza/CE, reboque (baú) placa CYB 3448, carregada com 251 caixas de cigarros de marca Bahamas e 891 caixas de cigarros da marca US blend. O valor da carga foi estimado em R\$ 571.000,00 (quinhentos e setenta e um mil reais), segundo o ofício nº 01515/2010/EFA/DRF/JPA (fls. 118).

(...)

Em razão do flagrante ter sido realizado no Município de Teixeira/PB, foi instaurado inquérito Policial específico para apurar o caso, em flagrante perante a Subseção Judiciária de Campina Grande. No entanto o evento comprovou o altíssimo poderio econômico do grupo criminoso – a carga foi avaliada em mais de meio milhão de reais – e revelou a identidade de mais dois integrantes, quais sejam **Laércio Pereira Guedes** e **Emerson Patrício Fernandes**. (Gifos nossos).

Ainda que não tenha o impetrante diligenciado em demonstrar a decisão que determinou a prisão preventiva do paciente, a MMª Juíza prolatora da decisão o faz de forma motivada, como se verifica do Pedido de Prisão Preventiva, Processo nº 0001294-94.2010.4.05.8202, de 01/10/2010 (fls. 534/539 dos referidos autos):

XIII. LAÉRCIO PEREIRA GUEDES.

Laércio tem inúmeros registros criminais anteriores de envolvimento em tráfico de entorpecentes e sequestro e foi preso em flagrante no dia 10 de abril de 2010, dirigindo uma carreta que transportava mais de meio milhão de reais de cigarros contrabandeados (caso 08).

Há fortes indícios, narrados às fls. 336/337, de que integra o grupo, a função de motorista e proprietário de fato de um dos caminhões utilizados para o transporte de cargas de cigarros ilícitas.

Esses fortes indícios serviram para recrudescer a sanção imposta ao paciente na ação penal que respondeu na Subseção Judiciária de Campina Grande conforme sítio da internet <http://web.jfpb.jus.br/consproc/resconsproc.asp>, ação penal nº 0001207-44.2010.4.05.8201, sendo determinantes, inclusive, para a determinação da prisão preventiva na sentença daquele processo, e afastar a alegação de falta de fundamentação da prisão preventiva, que, aliás está inteiramente conforme as prescrições do art. 312 do Código de Processo Penal¹:

(a.2)

Antecedentes

* Emerson Patrício não possui antecedentes penais, conforme certidões de fls. 24 e 926. Quanto a Laécio Pereira, desde o flagrante, foram obtidos registros que apontam para o seu envolvimento em outros delitos: (i) condenação anterior por tráfico de drogas, com pena extinta em 19.09.2001 (fl. 18 do inquérito); (ii) Denúncia pela prática de roubo qualificado, em Aracati, Ceará (fls. 21/22 do inquérito). O primeiro registro, por se tratar de condenação definitiva, deve ser contabilizado negativamente. Competiria ao acusado ter requerido reabilitação no juízo da condenação (artigo 743 do Código de Processo Penal); (Grifos nossos).

¹ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.06.1994).

(...)

(a.6)

Circunstâncias do crime

* As circunstâncias não favoreceram a prática do delito, à medida em que o transporte das mercadorias descaminhadas/contrabandeadas percorreu longa distância, cruzando todo o País, atravessou diversas barreiras fiscais sem ser barrado em nenhuma delas, o que impõe a conclusão de que propuseram algum acerto com os fiscais de barreira, possivelmente praticando outros crimes para assegurar o seu objetivo final;

(a.7)

Consequências do crime

* As consequências imediatas são o prejuízo ao erário, pela falta de recolhimento dos tributos pertinentes à importação e circulação dos bens, além do risco à saúde da população pela oferta de cigarros de venda proibida no país;

(...)

(b)

Pena-base

Tendo-se em vista a análise feita acima, reputo como necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime uma pena-base no patamar de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, para Emerson Patrício, e 04 (quatro) anos de reclusão, quanto a Laécio Pereira, haja vista que a maioria das circunstâncias foi aferida negativamente, tais como a culpabilidade, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e as consequências negativas do crime. Note-se que, especificamente quanto a Laécio, militam antecedentes desabonadores, justificando sua pena maior.

(c)

Confissão

Laécio Pereira confessou o delito, razão pela qual diminuo a pena-base para 03 (três) anos e 09 (nove) meses.

(d)

Substituição da pena

Em que pese o permissivo legal (art. 44, § 2º, do Código

Penal), deixo de aplicar a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos por serem desfavoráveis as circunstâncias judiciais (art. 44, III, do Código Penal), destacando-se o fato de que os réus ostentam liame subjetivo com quadrilha desbaratada recentemente pela Polícia Federal, conforme as peças incluídas às fls. 302/904.

(...)

Em sendo assim, ficam condenados os réus definitivamente a:

- a) Laécio Pereira Guedes - 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão;
- b) Emerson Patrício Fenandes - 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

A pena privativa de liberdade imposta aos acusados deverá iniciar-se sob regime semiaberto, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal, pois as mesmas circunstâncias aferidas negativamente na fixação da pena-base desaconselham o regime mais brando.

Condeno-os ainda ao pagamento das custas processuais.

Os motivos autorizadores da prisão de Laécio Pereira Guedes subsistem, fortes nos fundamentos do Voto do eminente Desembargador Federal Dr. Manuel Maia de Vasconcelos Neto, proferido em 18.01.2011, que culminou com a manutenção de sua prisão, razão pela qual denego-lhe o direito de apelar em liberdade (fls. 283/287):

“É que além da decisão que decretou a prisão ter sido bem fundamentada, persiste a finalidade de resguardar a ordem pública, pois conforme já noticiado em outros *habeas corpus* impetrados em favor do paciente, o mesmo tem condenação anterior por crime de tráfico de drogas, envolvimento na prática de roubo qualificado e formação de quadrilha.” (Grifos nossos).

A discussão sobre a responsabilidade penal do acusado em relação aos fatos criminosos é questão que demanda exame aprofundado de provas, próprio da instrução processual, portanto, incompatíveis com a cognição do *writ*, que exige prova pré-constituída.

Nesse mesmo sentido trilha a jurisprudência desta Corte:

CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. ALEGAÇÕES DE ATIPICIDADE DE CONDUTAS E INÉPCIA DA EXORDIAL ACUSATÓRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. IMPRESCINDIBILIDADE DE ANÁLISE APROFUNDADA DE PROVA. INSTRUÇÃO PENAL AINDA NÃO CONCLUÍDA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INADMISSIBILIDADE. DENÚNCIA RECEBIDA HÁ MAIS DE UM ANO. REPETIÇÃO DE *HABEAS CORPUS* ANTERIORMENTE DENEGADOS PELA CORTE REGIONAL. DENEGAÇÃO.

(...)

9. CONFORME PACÍFICA E REMANSOSA JURISPRUDÊNCIA DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL E DOS TRIBUNAIS SUPERIORES, A VIA ESTREITA DO WRIT OF HABEAS CORPUS NÃO É ADEQUADA À AVALIAÇÃO DE MATÉRIA DE PROVA, COMO PRETENDE O IMPETRANTE. O APROFUNDADO DEBATE ACERCA DAS PROVAS DA POSSÍVEL CULPABILIDADE DO PACIENTE NÃO PODE SER IMPLEMENTADO POR ESTE TRIBUNAL EM SEDE DE HC, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. O CONJUNTO PROBATÓRIO DO PROCESSO-CRIME DEVERÁ SER CORRETA E COMPLETAMENTE APRECIADO PELO JUÍZO NATURAL.

10. *HABEAS CORPUS* QUE SE DENEGA. (Acórdão unânime no HC 3846/CE, Origem Tribunal Regional Federal - 5ª Região, Classe HC - *Habeas Corpus*, Número do Processo: 1707-75.2010.4.05.0000 Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI, Data Julgamento 25/02/2010, Documento nº: 216341, Publicações FONTE: DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO - DATA: 08/03/2010 - PÁGINA: 142 - ANO: 2010) (Grifos nossos).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. DELITO DO ART. 334, PARÁGRAFO 1º, D, CP. MÁQUINAS CAÇA-NÍQUEIS. CONFISSÃO EM SEARA POLICIAL. NEGAÇÃO DA AUTORIA PELO PACIENTE. ARGUMENTO DE ILEGITIMIDADE DE PARTE QUE NÃO PODE SER APURADO EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*. NECESSIDADE DE MELHOR APURAÇÃO DA VERDADE REAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES LEGAIS. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

(...)

3. TAIS QUESTÕES, OBVIAMENTE, NÃO SE RESOLVEM NA ESTREITA SEARA DE UM HABEAS CORPUS MAS, ANTES, DESBORDAM DE SUAS LINDES E DEMANDAM EXAME APROFUNDADO DE PROVAS, INTERROGATÓRIO DOS ACUSADOS E OITIVA DE TESTEMUNHAS PARA QUE, AO FINAL, CHEGUE-SE A UMA CONCLUSÃO QUE MAIS SE APROXIME DA VERDADE REAL DOS FATOS.

(...)

5. ORDEM DENEGADA. (Acórdão unânime no HC 3437/CE, Origem Tribunal Regional Federal - 5ª Região, Classe HC - *Habeas Corpus*, Número do Processo: 0101000-86.2008.4.05.0000, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator Desembargador Federal FRANCISCO BARROS DIAS, Data Julgamento 02/12/2008, Documento nº: 175785, Publicações FONTE: DIÁRIO DA JUSTIÇA - DATA: 17/12/2008 - PÁGINA: 338 - Nº: 245 - ANO: 2008). (Grifos nossos).

Ordenamento Jurídico dispõe dos remédios adequados para o reexame das questões de mérito da ação penal, principalmente as que dependem de cognição plena sob amplo contraditório, possibilitando a devolução das mesmas à instância superior mediante o manejo dos recursos apropriados.

Fenece, também, a alegação de que o Ministério Público Federal não descreveu a conduta do paciente, sendo inepta a denúncia. Lendo a peça acusatória, percebe-se a objetividade das imputações feitas ao paciente que, aliada aos outros elementos probatórios autoriza o seu recebimento e, concomitantemente, permite ao acusado o exercício da plena defesa através do contraditório judicial (fls. 78/79):

O acusado, livre e conscientemente, integrou quadrilha armada liderada pelo denunciado **José Tarcízio Gomes Mendes**, responsável por: **a)** adquirir, transportar, manter em depósito e vender cigarros de comercialização proibida no Brasil, por não atenderem ao disposto no art. 50 da Lei nº 9.532/97; **b)** adquirir, transportar e vender, no exercício de atividade comercial, cigarros provenientes de atividade criminosa (roubo); e **c)** adquirir, manter em depósito e vender

cigarros, no exercício de atividade comercial, em que foram aplicados selos de controle tributários falsificados.

Os elementos de prova coligidos no curso do inquérito demonstraram que o denunciado, já envolvido em caso de sequestro e tráfico de entorpecentes, desempenha atividades de transporte e entrega das cargas de cigarros (*vide* item 3.6), desempenhando papel fundamental no funcionamento do bando.

Por sua conduta, **Laércio Pereira Guedes** deve ser condenado pelos crimes tipificados no art. 334, § 1º, *b*, do Código Penal, combinado com os arts. 2º e 3º do Decreto-Lei 399/68, por duas vezes (itens 3.1 e 3.8), e no art. 293, I, e respectivo § 1º, III, alínea *a*, do Código Penal, por três vezes (uma tratada no item 3.4 e duas no item 3.8). Os fatos narrados nos tópicos 3.2, 3.3, 3.5, 3.6, 3.7, não obstante configurem crimes igualmente atribuíveis aos denunciados (receptação, porte de arma de fogo, contrabando etc.) servirão nestes autos tão somente para demonstrar a prática do delito tipificado no art. 288, parágrafo único, do Código Penal, tendo em vista que já foram objeto de demandas autônomas noutros órgãos do Poder Judiciário.

Igualmente, não prospera a alegação de excesso de prazo, haja vista a complexidade do feito, pois, trata-se o paciente de integrante de organização criminosa bem estruturada com atividades numa vasta área territorial, já tendo sido, inclusive, designada a audiência de instrução e julgamento para os dias 17 e 18 de março do corrente ano (fls. 95/96).

Portanto, não vislumbro quaisquer ilegalidades a macular a decisão atacada, porque demonstrados os requisitos autorizados do art. 312 do Código de Processo Penal e, principalmente, a cautelaridade do provimento combatido diante do risco concreto que a soltura do paciente representa para instrução processual e para aplicação da lei penal.

Forte nesses argumentos, denego a ordem.

Assim voto.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.062-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

Recorrentes: PEDRO TALVANE LUÍS GAMA ALBUQUERQUE NETO, JADIELSON BARBOSA DA SILVA, JOSÉ ALEXANDRE DOS SANTOS, MENDONÇA MEDEIROS DA SILVA E ALÉCIO CÉSAR ALVES VASCO

Recorrido: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Assistente: MARIA CLEIA SANTOS DE OLIVEIRA

Advs./Procs.: DRS. BRUNO VASCONCELOS BARROS, WELTON ROBERTO, GUSTAVO HENRIQUE DE BARROS CALLADO MACÊDO, LEONARDO AFONSO PONTES, DANIELA DAMASCENO SILVA MELO E JOSÉ FRAGOSO CAVALCANTI

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. LICITUDE DA PROVA REALIZADA. DESNECESSIDADE DE OUTRA PERÍCIA QUANDO AS DUAS ANTERIORES JÁ SE MOSTRARAM SUFICIENTES E EXAUSTIVAS. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. VEROSSIMILHANÇA DA ACUSAÇÃO. IMPROVIMENTO DAS IRRESIGNAÇÕES.

- A exceção de suspeição manejada sem qualquer fundamento crível, mas apenas pelo desejo ostensivamente esposado de suspender o curso da ação penal, postergando uma tramitação que se iniciou ainda em 1998, pode e deve ser rejeitada liminarmente pelo suposto excepto, mais ainda quando a sua intempestividade é absolutamente flagrante.

- O crime de homicídio cometido (segundo a narrativa posta na denúncia) contra Deputado Federal reeleito, justamente pelo cargo e em prol do cargo, que se pretendeu exercer, então, mercê da vacância obtida a partir do referido ato de

violência, agride direta e absolutamente os mais primários interesses da União, de modo a atrair a incidência infalível da norma contida na CF, art. 109, IV, donde a competência da Justiça Federal para processar e julgar a demanda penal respectiva; inteligência da Súmula nº 147 do Superior Tribunal de Justiça.

- Não configura interceptação telefônica proscribita, e nem mesmo se pode reputar ilícita, a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores sem o conhecimento de outro, máxime quando o tema versado é o assédio negocial para o cometimento do homicídio de terceira pessoa; beira o absurdo considerar-se contrária a direito uma providência adotada para prevenir a vítima em potencial sobre o acontecimento macabro debatido, permitindo-lhe a adoção de providências materiais tendentes a evitá-lo, bem assim documentando a recusa de um dos dialogantes quanto ao propósito de realizar o crime, daí afastando uma possível acusação de autoria; se nada na existência humana é absoluto, idem no Direito, muito menos será a intimidade quando contrastada com valores maiores e mais importantes que ela, como a vida de uma e a liberdade de outra pessoa; precedentes das Cortes Superiores.

- Ampla defesa é direito de todos os acusados (CF, art. 5º, LV), mas não pode ser utilizada com o propósito, mesmo que velado, de postergar indefinidamente a tramitação do processo judicial; tal o que ocorre quando se alega dissenso inexistente entre os resultados de duas perícias, tudo a fim de que uma terceira tivesse que ocorrer: o primeiro exame cuidou dos caracteres formais de uma fita cassete (entendendo-a não adulterada neste particular), enquanto o segundo versou o conteúdo em si da gravação (os seus aspectos físico-fonéticos), concluindo não ser,

determinada voz, da pessoa a quem se atribuíra a fala; só este último dado, aliás, é o quanto basta para se concluir, sobre a pretendida terceira análise científica, ser de óbvia desinflência para o desenlace da controvérsia judicial.

- Para a pronúncia, nos termos do CPP, art. 413, § 1º, basta que o juiz se convença “da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação”; mais que isso seria antecipar apreciação que é própria do Tribunal do Júri, segundo comando inserto no Magno Texto, em seu art. 5º, XXXVIII; a verossimilhança da acusação (considerado o vastíssimo material probatório realizado, o qual contém a confissão e delação de um dos acusados, documentos comprometedores [conversa telefônica gravada], testemunhos dos sobreviventes da chacina, perícias técnicas etc.) e os contrastes dialéctico-retóricos expendidos pela defesa (inclusive aduzindo álibi que aproveitaria a um dos corréus, pretensamente em outro local no momento em que os crimes ocorreram) mais ainda reforçam a necessidade da pronúncia, de que não se cogita, apenas e tão somente, quando, provada a materialidade, for definitiva a ausência de indícios de autoria, caso que nem de longe é o dos autos.

- É irretorquível a sentença de pronúncia quando aponta, com precisão, as normas as quais os réus podem ter violado (um crime foi capitulado no CP, art. 121, § 2º, I e V; três crimes, no CP, art. 121, § 2º, I, IV e V).

- Descabe, igualmente, pretender afastar a pronúncia do suposto mandante pelo cometimento de crimes que não teria ordenado/cometido (três, dos quatro praticados): o tema, sobre merecer análise dos jurados, como já se mencionou, pode vir a ser elucidado, quanto à autoria mediata (diz-se in abstracto), pela teoria do domínio do fato

***aliada a um possível dolo eventual.
- Agravo inominado e recursos em sentido estrito improvidos.***

ACÓRDÃO

Vistos, Relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento ao agravo inominado e, em seguida, negar provimento aos recursos em sentido estrito, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 23 de março de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBAGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

A tramitação do presente feito já sofreu algumas idas-e-vindas.

Pode-se resumi-la da seguinte maneira:

Houve sentença de pronúncia na Justiça de Alagoas; contra ela, foram interpostos recursos em sentido estrito dirigidos ao TJ-AL, em cujo exame se reconheceu a incompetência estadual, e daí a remessa da causa para a Justiça Federal de primeira instância. Já sob os seus auspícios, sucedeu nova pronúncia (agora, claro, para o Tribunal do Júri Federal), depois da qual, então, novos recursos em sentido estrito para este TRF (que, por sua vez, a tempo e modo, findou por improvê-los).

Tudo caminhava, assim, para a formação do Júri Federal.

Aí, então, ocorreram duas anulações perpetradas pelo STJ: a primeira, concernente a uma parte do julgamento deste TRF (o recurso de Pedro Talvane Luís Gama Albuquerque Neto); outra, do julgamento ainda do TJ-AL.

Em questão de ordem sobre a condução do processo na fase pós-anulações, à vista da necessidade de novos juízos de valor pelo TJ-AL e pelo TRF da 5ª Região, esta Corte decidiu no seguinte sentido (fl. 6785):

Consoante se lê no Relatório, este Regional, por força de uma anulação decretada no STJ, deveria novamente julgar o recurso em sentido estrito manejado pelo senhor Pedro Talvane Luís Gama de Albuquerque Neto.

Era isto o que seria feito, não fosse uma outra anulação, também decretada pelo Superior, mas agora relativa ao julgamento de um primeiro recurso em sentido estrito, ocorrido no Tribunal de Justiça de Alagoas, o qual findou no reconhecimento da incompetência da justiça estadual.

O cotejo dos dois julgamentos ocorridos no STJ permite, no meu sentir, a conclusão de que os autos devem volver ao TJ-AL, porque o descortino da causa, que ele fará, findou sendo prejudicial ao exame (ainda pendente) do recurso em sentido estrito “federal”.

Explico.

Se for a hipótese de o TJ-AL reformar a sua decisão original, assim reconhecendo a competência estadual para a causa, então toda a tramitação federal perderá o sentido (objeto), devendo o fluxo procedimental voltar a tomar leito – qualquer que seja – no âmbito da justiça alagoana.

Se for o caso de aquela Corte manter a decisão primitiva, donde reconhecida, mais uma vez, a competência da justiça federal, aí então os autos devem retornar a este TRF, a fim de que exerça a análise do recurso pendente, e já tantas vezes sublinhado.

Assim, e nestes termos, voto no sentido da devolução dos autos ao Tribunal de Justiça de Alagoas, de onde somente voltarão se for a hipótese de ser mantido o julgado original que dera.

É como voto.

A decisão foi dada à unanimidade de votos.

Com a remessa dos autos ao tribunal alagoano, houve uma nova apreciação dos primeiros “estritos”, que, ao cabo, reproduziu o julgamento original, donde o reconhecimento de que os autos deveriam voltar a este TRF, a bem de que houvesse o julgamento que falta (alusivo ao recurso federal contra a pronúncia de Pedro

Talvane, que o STJ determinou fosse novamente examinado, como já se destacou).

Em seguida (também no TJ-AL), foram opostos declaratórios (fls. 6843 a 6851), os quais restaram apreciados em julgamento que dormita às fls. 6868 a 6877.

A referida decisão foi devidamente publicada no Diário da Justiça Eletrônico no dia 12 de março de 2010, conforme certidão que repousa à fl. 6878. E, no mesmo dia, os autos vieram a este TRF, conforme assento que dormita às fls. 6878v.

Não houve, por lá, qualquer prazo para recurso. Daí, então, a juntada – já aqui, neste TRF – de petições atravessadas pelo réu Pedro Talvane¹, mercê das quais os autos voltaram ao TJ-AL, que, no fim de contas, findou rejeitando os novos declaratórios nelas consubstanciados (fls. 6965 a 6996).

Os autos, então, foram devolvidos a este Regional para o julgamento que precisa ser feito.

Para que não se dissesse haver qualquer tipo de nulidade (pelo fracionamento dos julgamentos dos recursos em sentido estrito), incluí em pauta ambos os recursos que frequentam os autos, inclusive porque a temática neles versada é quase inteiramente comum.

Empós, recebi, em gabinete, exceção de suspeição contra a minha pessoa, que rejeitei liminarmente, à vista do que considereei ser sua evidente intempestividade. Inconformados, os pretensos “excipientes” manejaram o agravo inominado que dormita às fls. 7207 e ss., no qual, reiterando os argumentos antes esposados, defendem a necessidade de tramitação da exceção, com a imediata suspensão do julgamento até a apreciação final do incidente.

Acerca do imbróglio em si, algo mais precisa ser dito: são recursos em sentido estrito contra sentença que pronunciou os recorrentes, daí determinando sejam submetidos ao Tribunal do Júri Federal, pelo possível cometimento dos crimes de homicídio da Deputada Federal Ceci Cunha, de seu marido (Juvenal Cunha da

¹ Embargos de declaração postos às fls. 6884 e ss.; fls. 6891 e ss.; fls. 6898 e ss.; fls. 6913 e ss.; fls. 6920 e ss.; e fls. 6927 e ss.

Silva) e de duas outras pessoas ligadas ao casal (Iran Carlos Maranhão Pureza e Ítala Neyde Maranhão Pureza), assassinados, na cidade de Maceió, no dia 16 de dezembro de 1998, na residência da última das vítimas nominadas (evento que, nacionalmente, ficou conhecida como Chacina da Gruta de Lourdes, em alusão ao bairro onde aconteceu).

Houve, contra o *decisum* mencionado, o manejo de duas irrisignações de teor quase idêntico: uma delas, interposta em nome de Jadielson Barbosa da Silva, Alécio Cesar Alves Vasco, José Alexandre dos Santos e Mendonça Medeiros da Silva (fls. 6117 e ss.); outra, por Pedro Talvane Luiz Gama Albuquerque Neto (fls. 3182 e ss.).

As razões colacionadas possuem alguns argumentos comuns: a) a suposta incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito; b) a pretensa ilicitude de uma das provas formuladas (consistente em gravação de conversa telefônica havida entre um dos réus e outra pessoa, sem que aquele soubesse que estava sendo gravado); c) o possível cerceamento do direito de defesa, notadamente porque foi indeferida, depois de duas anteriores, a realização de uma terceira perícia sobre um determinado documento (fita cassete que conteria relato de uma sobrevivente da chacina, o qual teoricamente seria favorável aos réus); e a própria d) insubsistência da pronúncia, porquanto inócurrenre, segundo se disse, prova bastante para tanto.

Há ainda argumento, no primeiro recurso, que aproveita ao réu José Alexandre, dado e) o álibi por ele apresentado (estaria, no momento dos crimes, em local diverso, cf. fls. 6179 e 6180); já no segundo inconformismo, argumentou-se que, na pior das hipóteses para si, f) o réu Talvane Albuquerque não poderia responder por três dos crimes, mas apenas, e se tanto, pelo cometido contra a Deputada Federal Ceci Cunha (fls. 6253 e 6254).

Houve contrarrazões por parte do Ministério Público Federal (fls. 6257 e ss.).

Nesta instância, foram os autos à doura Procuradoria Regional da República, de onde voltaram com parecer pelo improvimento dos recursos (fls. 6281 e ss.).

É o relatório que se tinha a fazer.

VOTO

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

A) DO AGRAVO INOMINADO

Primeiramente, até pela prejudicialidade da matéria, tenho a dizer que o agravo inominado não pode, não precisa, não merece ser provido.

Aduzem os agravantes, de fato, que a exceção de suspeição seria tempestiva; que este julgador seria suspeito ainda quando não achasse que fosse; que deveria haver a suspensão do processo; que este Relator não poderia rejeitar a arguição havida contra si; que os agravantes teriam sido impronunciados; e que o TJ teria determinado a suspensão do processo até o trânsito em julgado dos agravos contra as decisões que negaram seguimento aos recursos raros intentados contra o acórdão estadual (fls. 7207 e ss.):

Trago a decisão agravada²:

Cuida-se, agora, de petição nominada **EXCEÇÃO** contra a pessoa deste Relator, tido como **SUSPEITO** por ALÉCIO CEZAR ALVES VASCO e JOSÉ ALEXANDRE DOS SANTOS; funda-se, a arguição, em trechos de decisões e/ou despachos os quais, redigidos em linguagem havida como excessiva, denotariam a quebra da imparcialidade necessária à condução neutra do julgamento que se avizinha.

No sentir dos réus que se apresentam como excipientes, para além das palavras supostamente ofensivas que outrora lhes teriam sido dirigidas, “foi no início do mês de março (2011), com a deliberação de inclusão do feito na pauta de julgamento, que transpareceu o surpreendente, parcial, suspeito e injusto despacho que renova a suspeição, por parcialidade e prejulgamento, pois o excepto, mesmo tendo acesado os autos, ignora a condição de impronunciados dos

² A decisão está colocada dentro de uma “caixa”; os textos sombreados são a transcrição dos atos antigos, no bojo dos quais este Desembargador Federal teria revelado a quebra de sua imparcialidade; a colação de todos eles, ainda quando comprometa de algum modo o *layout* da página, é útil à exata compreensão de todos os fatos e acontecimentos.

excipientes e a ordem (irrecorrida) da outrora Desembargadora Presidente do TJ/AL de suspensão da marcha processual até julgamento (inocorrido) dos recursos de agravo interpostos na corte estadual alagoana” (fl. 03 do *fac-símile* encaminhado a este TRF).

Depois de longo arrazoado, que findou supedaneado em lições doutrinárias sobre o que viria a ser suspeição, sobre como caracterizá-la, sobre a necessidade de censurá-la, pediu-se que este Desembargador Federal (“numa atitude necessária a favor da GRANDEZA DA JUSTIÇA”, cf. fl. 11) averbasse a sua própria suspeição, encaminhando os autos ao substituto legal; caso contrário (em gesto que viria a ser a confirmação da parcialidade, raiando a “obstinação”), que fosse encaminhada a presente exceção de suspeição à “Instância Superior” (cf. fl. 12).

É o relatório que a questão comporta.

Há inúmeras razões – subjetivas e objetivas – para que o expediente seja sumariamente rejeitado; passo a esquadrihá-las.

Em primeiro lugar, anoto que não me sinto, por qualquer motivo que fosse, apanhado por algum traço de parcialidade. Não conheço os réus pessoalmente, do mesmo modo como não conhecia as vítimas. Não lhes tenho, por isso mesmo, apreço ou despreço subjetivamente pessoal. Não exerci – neste feito ou fora dele – qualquer tipo de juízo de valor acerca da lide e das suas circunstâncias; aliás, sequer participei do primeiro julgamento que este Tribunal Regional Federal realizou, posto que, à época, em gozo de férias, fui substituído por Sua Excelência o Desembargador Federal Convocado Paulo Machado Cordeiro (fls. 6367 e ss.).

Tudo o que fiz, *a posteriori*, foi a) relatar o julgamento de três embargos de declaração lançados contra o acórdão primitivo desta Terceira Turma (fls. 6409 e ss.; fls. 6425 e ss.; e fls. 6442 e ss.), os quais não se prestaram sequer ao reexame da causa (como se sabe); b) relatar uma Questão de Ordem, a bem de definir qual o encaminhamento a ser dado depois que a defesa obteve, em *habeas corpus* intentados perante o STJ, decisões favoráveis a si (fls. 6784 e ss.); e, em despacho, c) determinar à devolução física dos autos ao egrégio Tribunal de Justiça de Alagoas (para certo julgamento de sua competência absoluta, cf. fls. 6944 e ss.).

Nada, absolutamente nada de valorativo foi cogitado (e muito menos exteriorizado) em qualquer das circunstâncias aludidas, a não ser quanto à abstrata gravidade do crime (afinal quatro pessoas tiveram suas vidas ceifadas) e ao comportamento absolutamente letárgico da defesa, que rotineiramente cria incidentes para impedir que a marcha processual tenha o seu curso regular, como sucede, aliás, no caso presente³.

Tenho por bem transcrever as passagens que, a juízo dos “excipientes”, teriam configurado excesso de linguagem revelador do sugerido “prejulgamento”. Pela ordem de aparecimento nos autos, a primeira narrativa ‘comprometida’, digamos assim, seria aquela alusiva ao julgamento dos terceiros embargos de declaração; ei-la:

“Juiz nenhum deve dizer como se conduzir a defesa no processo penal, se deve adotar tais ou quais expedientes, se deve enveredar pelos caminhos ‘A’ ou ‘B’ nos fins a que se destina.

É papel do magistrado, todavia, advertir que a razoável duração do processo foi erigida ao *status* de garantia constitucional dos litigantes (CF, art. 5º, LXXVIII), todos eles (inclusive o Ministério Público), sendo certo que a vigilância quanto ao tema é imanente à própria atuação do Poder Judiciário.

Com essa consideração, destaco que o manejo reiterado de embargos de declaração, travando o curso natural do procedimento, pode vir a repercutir negativamente para a defesa, seja porque a) o expediente talvez enseje a caracterização de litigância de má-fé, de modo a abreviar o trânsito em julgado do feito (mercê do singelo não conhecimento de uma das versões do recurso repetido), seja através b) da caracterização do ‘risco’ à aplicação da lei penal que pudesse, assim, dar cabimento aos consectários assecuratórios que lhe são

³ Este descompromisso, aliás, não foi destacado apenas pelo TRF, mas inclusive pela Justiça Estadual de Alagoas, como se percebe do acórdão de fls. 6965 e ss.

inerentes.

Como, por hora, eu falo apenas em tese, sigo com a apreciação dos terceiros declaratórios lançados aos autos.

No que pertine ao desejo de prequestionar a matéria (relativamente às passagens normativas decantadas no Relatório), vejo que o recurso é absolutamente desnecessário, porquanto todos os temas agitados nos recursos em sentido estrito – eu repito: todos – foram devidamente enfrentados no primeiro julgamento havido na Corte (a competência da Justiça Federal, a validade das provas feitas, a desnecessidade de nova perícia etc.).

Se foi bom ou ruim o julgamento, se foi certo ou errado, se aplicou o melhor Direito ao caso, isso é assunto que não encontra ambiência natural nos declaratórios, cuja função precípua é retórico-discursiva, a permitir que se diga novamente a decisão, mas não que se a reexamine.

Idêntico raciocínio vale para a pretensa nulidade do julgamento do recurso em sentido estrito de PEDRO TALVANE, supostamente derivada da falta de advogado na Sessão em que tal ocorreu. E diz o embargante, aqui, que o Dr. ANTÔNIO TENÓRIO CAVALCANTE NETO não foi intimado do ato mencionado.

O TRF não entendeu de ter havido qualquer nulidade que merecesse ser reconhecida, de modo que, se inconformada com a decisão, a parte deve manejar os remédios adequados a tal fim – e não, pela enésima vez, os embargos de declaração.

Faço um registro: o réu PEDRO TALVANE não ficou desamparado no julgamento por culpa da Justiça; ele tinha – e tem – dois advogados, sendo que, um deles, é o Dr. LUIZ CARLOS BENTO, o qual soube tempestivamente do julgamento, tanto que requereu fosse ele adiado, providência que restou indeferida nos seguintes termos:

‘Vêm aos autos, agora, por fax, petições iguais, encaminhadas por um dos dois patronos do recorrente PEDRO TALVANE LUIZ GAMAALBUQUERQUE NETO, o Dr. LUIZ CARLOS BENTO (OAB/SP Nº 50605), requerendo seja adiado o julgamento do recurso em sen-

tido estrito interposto em prol do seu cliente, dado que, segundo mencionou, estaria deseioso de realizar sustentação oral, mas teria, nos dias das próximas sessões da 3ª Turma deste Regional (inclusive no dia 28 vindouro, data do julgamento do RSE nº 1062-AL), outros compromissos profissionais, inclusive em Sessão da 2ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Ribeirão Preto. Juntou vários documentos.

Passo a analisar a postulação, destacando, desde já, quão emblemático é, para a sociedade brasileira, o deslinde da controvérsia encartada nos presentes autos; trata-se de quádruplo assassinato, levado a efeito – também – contra uma Deputada Federal, à época reeleita para o cargo respectivo. Se crimes tais seriam, por si, relevantes em quaisquer circunstâncias (dada a brutalidade animalesca da ocorrência), mais ainda quando a ofensa, sobre ter sido dirigida a pessoas humanas, também logrou ferir a representação popular e, derivadamente, a soberania do próprio povo (CF, art. 1º, parágrafo único). Se houver um processo mais importante que outro, será este relativamente aos demais, donde a urgência em ser priorizado.

Mas não é só.

A documentação trazida dá conta de que os processos em prol do quais se quer fazer o adiamento deste são os tombados sob registro nºs 472/2002 e 429/2007, e daí pesar contra os tais, além de tudo o quanto já se disse, também o aspecto de alguma, digamos, “jovialidade”, a estabelecer necessária “reverência” ao feito mais antigo (este data de 1998, é bom gizar), então realizando a opção que mais prestigia o comando esculpido no Magno Texto, em seu art. 5º, LXXVIII, segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Há, por fim, um último e – talvez tecnicamente – mais importante argumento. É que o recorrente possui dois advogados regularmente constituídos nos autos; aliás, o subscritor das razões do recurso sequer foi o petionante, mas o seu colega de defesa, Dr. ANTÔNIO

TENÓRIO C. NETO (OAB/AL nº 7917): confira-se o requerimento de fl. 6115, bem assim a procuração de fl. 6116 e a petição de fls. 6182 e ss.’

Então, objetivamente falando, se o réu tinha dois advogados, e se um deles foi intimado da Sessão de Julgamento, o outro não precisava ter sido; se aquele que foi intimado não quis vir, ou não pode, ou se priorizou outro feito no qual atuasse, e não encaminhou alguém para substituí-lo, isso não pode dar ensejo a qualquer tipo de nulidade.

É assim que pensa o Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Certo que a Corte pode, dada a falibilidade inerente à condição humana dos seus integrantes, estar equivocada. Mas o combate a tal – e pretensão – equívoco não se viabiliza em sede de declaratórios.

Com tais considerações, nego provimento aos embargos de declaração.

É como voto.”

Calha perguntar: destacar que a reiteração de embargos de declaração poderia dar ensejo à consubstanciação de risco à aplicação da lei penal (a desafiar, em tese, a possibilidade de aplicação dos consectários legais) é empreender prejuízo? Onde esta referência mostraria comprometimento deste julgador com outro valor que não o da celeridade no exercício da prestação jurisdicional? A ser correta a lógica da suspeição neste caso, então todos os juizes do país – que, por dever de ofício, precisam zelar pela razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII; CPC, art. 125, II) – estariam marcados pela suspeição, a menos que incorressem em desídia censurável.

Não faz sentido.

Há mais; note-se o trecho abaixo:

“O presente feito já sofreu idas-e-vindas.

Com alguma brevidade, pode-se resumir sua tramitação da seguinte maneira: houve sentença de pronúncia na Justiça de Alagoas; contra ela, foi interposto recurso em sentido estrito dirigido ao TJ-AL, em cujo exame se

reconheceu a incompetência estadual, e daí a remessa da causa para a Justiça Federal de primeira instância.

Lá, houve nova pronúncia (Tribunal do Júri Federal), depois da qual, então, novos recursos em sentido estrito, agora para este TRF, que, por sua vez, a tempo e modo, findou por improvê-los.

Tudo caminhava, assim, para a formação do Júri Federal.

Aí, então, vieram as duas anulações perpetradas pelo STJ: a primeira, concernente a uma parte do julgamento deste TRF (o recurso de PEDRO TALVANE LUIS GAMA ALBUQUERQUE NETO); outra, do julgamento ainda do TJ-AL.

Em questão de ordem sobre a condução do processo na fase pós-anulações, à vista da necessidade de novos juízos de valor pelo TJ-AL e, em parte, pelo TRF da 5ª Região, esta Corte decidiu no seguinte sentido (fls. 6785):

‘Consoante se lê no Relatório, este Regional, por força de uma anulação decretada no STJ, deveria novamente julgar o recurso em sentido estrito manejado pelo senhor Pedro Talvane Luís Gama de Albuquerque Neto. Era isto o que seria feito, não fosse uma outra anulação, também decretada pelo Superior, mas agora relativa ao julgamento de um primeiro recurso em sentido estrito, ocorrido no Tribunal de Justiça de Alagoas, o qual findou no reconhecimento da incompetência da justiça estadual. O cotejo dos dois julgamentos ocorridos no STJ permite, no meu sentir, a conclusão de que os autos devem volver ao TJ-AL, porque o descortino da causa, que ele fará, findou sendo prejudicial ao exame (ainda pendente) do recurso em sentido estrito “federal”. Explico. Se for a hipótese de o TJ-AL reformar a sua decisão original, assim reconhecendo a competência estadual para a causa, então toda a tramitação federal perderá o sentido (objeto), devendo o fluxo procedimental voltar a tomar leito – qualquer que seja – no âmbito da justiça alagoana. Se for o caso de aquela Corte manter a decisão primitiva, donde reconhecida, mais uma vez, a competência da justiça federal, aí

então os autos devem retornar a este TRF, a fim de que exerça a análise do recurso pendente, e já tantas vezes sublinhado. Assim, e nestes termos, VOTO NO SENTIDO DA DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ALAGOAS, DE ONDE SOMENTE VOLTARÃO SE FOR A HIPÓTESE DE SER MANTIDO O JULGAMENTO ORIGINAL QUE DERA. É como voto.'

A decisão foi dada à unanimidade de votos.

Com a remessa dos autos ao tribunal alagoano, houve um novo julgamento do primeiro 'estrito', que, ao cabo, reproduziu o julgamento original, donde o reconhecimento de que os autos deveriam voltar a este TRF, a bem de que houvesse o julgamento que falta, alusivo ao recurso federal contra a pronúncia de PEDRO TALVANE (irresignação que o STJ mandou fosse novamente examinada, como já se destacou).

Em seguida (também no TJ-AL), foram opostos declaratórios (fls. 6843 a 6851), os quais restaram apreciados em julgamento que dormita às fls. 6868 a 6877.

A referida decisão foi devidamente publicada no Diário da Justiça Eletrônico no dia 12 de março próximo passado, conforme certidão que repousa às fls. 6878. E, no mesmo dia, os autos vieram a este TRF, conforme assento que dormita às fls. 6878v. Não houve, por lá, qualquer prazo para recurso.

Daí, então, a juntada – já aqui, neste TRF – de petições, atravessadas pelo réu PEDRO TALVANE. Em rigor, as peças não divergem: são originais (iguais entre si) e cópias (idênticas) de novos declaratórios contra a decisão da Justiça Estadual alagoana, que sobre eles não deliberou, haja vista que sequer houve condições temporais para tanto. Afinal de contas, logo depois da publicação do acórdão que julgou os primeiros declaratórios, os autos – eu insisto neste ponto – vieram imediatamente a este Regional.

Trata-se, os segundos embargos, de recurso dirigido ao Tribunal de origem, e que, por todas as razões que explicam os matizes da competência funcional (absoluta), somente pode ser apreciado pelo

TJ-AL – nem que seja para dizer que, a segunda, é repetição da inconformação anterior, a qual ele já julgara; que, por isso mesmo, não se deve conhecê-la; que se a rejeita; que se a inadmite; que é protelatória; que é procrastinadora; que configura exercício abusivo do direito de defesa; que denota descompromisso com uma prestação jurisdicional célere; que materializa, agora em papel, total desapareço ao Estado e à sua função judicante.

Ainda que fosse para afirmar tudo isso, somente o TJ de Alagoas poderia dizê-lo, nunca este TRF.

Os crimes são antigos? Sim, são. A tramitação da persecução criminal tem sido cronologicamente adequada? Não, não tem sido. Realizou-se, neste feito em particular, a prometida – e constitucional – razoável duração do processo? De jeito algum. Urge definir se os réus serão mesmo pronunciados? Sim, certamente.

Mas há que se fazer isso com respeito às formalidades do processo.

A serem ignorados os petítórios lançados por PEDRO TALVANE, muito provavelmente haverá motivo para que ele sustente uma outra nulidade, tudo com a implicação, inevitável, de futuras retroações na marcha procedimental, como aquelas que já aconteceram até agora.

Os réus evidentemente jogam com o processo e com os seus rigores. De tudo, fazem uma tragédia. Note-se bem: certos advogados defendem alguns deles; outros, defendem PEDRO TALVANE. As peças, porém, ao longo do tempo, são muito parecidas, denotando que o fracionamento pode não ser real, mas urdido com o desiderato – apenas – de dilatar prazos (quicá mais isso que qualquer outra coisa). O Judiciário não pode impedi-lo. Compreende-se o fato à vista da letra de uma lei que não o impede. Mas não é correto que não veja o que se passa a sua frente.

E nem é só isso.

A defesa de PEDRO TALVANE, por exemplo, foi ao

STJ porque queria na Sessão do TRF – qual indispensável – a atuação do doutor LUIZ CARLOS BENTO (fls. 6302 e ss.). Queria porque queria. Disse que ele não tinha sido dela intimado, como pedira que fosse.

Na ocasião, não se fez o adiamento por uma serie de razões ponderáveis (várias!), entre as quais o fato de que aquele réu teria outro advogado (o Dr. ANTÔNIO TENÓRIO CAVALCANTE NETO), aliás o subscritor do recurso em sentido estrito que o TRF apreciaria, bem assim porque o próprio doutor LUIZ BENTO fizera – ele mesmo – o requerimento da postergação da Sessão, e daí a certeza de que, por um ou outro caminho, a notícia do julgamento lhe chegara a tempo, e que a sua ausência não poderia ser creditada a qualquer tipo de falha da Justiça.

Não foi o suficiente para o STJ, todavia, que anulou o julgamento deste Regional.

Eis a ementa do julgado havido no HC nº 103775-AL:

'HABEAS CORPUS. NULIDADE DE JULGAMENTO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PAUTA PUBLICADA SEM O NOME DO DEFENSOR CONSTITUÍDO INDICADO PARA CONSTAR DAS INTIMAÇÕES. NULIDADE.

1. Se há pedido expresso, acolhido inclusive pelo magistrado, de que as intimações se efetuem em nome de determinado advogado, impõe-se que a publicação da pauta de julgamento do recurso se realize em seu nome, sob pena de nulidade.

2. Ordem concedida.'

E o que aconteceu, depois de todas as anulações, às vésperas do novo julgamento do recurso em sentido estrito estadual? Bem, já na Corte alagoana, apareceu nos autos uma nova petição (fl. 6839), desta feita pedindo que as intimações fossem realizadas em prol do advogado primitivo (o mesmo Dr. ANTÔNIO TENÓRIO) e do Dr. LEONARDO AFONSO PONTES.

Que esta petição diz? Ele revela três coisas bem simples: a primeira, que o Dr. ANTÔNIO TENÓRIO nunca

deixou de figurar como integrante da defesa do Sr. PEDRO TALVANE, e que as intimações em seu nome dão plena validade aos atos processuais; a segunda, que as intimações na pessoa do Dr. LUIZ BENTO não eram tão necessárias assim, eis que ‘esquecido’ S. Exa. no petítório mencionado (não seria ele importante no julgamento do TJ-AL?); e a terceira, fundamental para o momento de que se cuida: qualquer mísero atropelo na marcha, por mais banal que seja, por mais que a instrumentalidade das formas o resolva, é tudo que a defesa quer para evitar que o processo flua com naturalidade. E eu não compactuarei – qual cego – com condutas apressadamente incautas.

Assim, atento à necessidade de se dar leito conservador – e por isso mesmo seguro – ao presente processo, DETERMINANDO QUE SEJAM DEVOLVIDOS OS AUTOS AO TJ-AL, para que proceda, quanto às petições já mencionadas neste *decisum*, como entender de direito, de modo que os autos somente retornem a este Regional – se for o caso – depois de serem devidamente consideradas as tais peças.

Providências necessárias.

Publique-se. Intimem-se.

Recife, 06 de abril de 2010.”

De novo urge indagar: onde está dito, no texto acima, que este Desembargador Federal convenceu-se disto ou daquilo, acerca da lide que dormita nos autos? Onde? Não há mínima evidência do fato, como se percebe, porque isto jamais houve.

Dias depois, então provocado acerca das passagens mais incisivamente abertas contra as manobras processuais, proferi despacho elucidativo sobre o assunto, rechaçando a formação de qualquer convencimento sobre o imbróglio; trago-o:

“Agora, sobre a petição de fls. 6940 e ss., ainda protocolada pela defesa do Sr. PEDRO TALVANE, que, tendo requerido a devolução dos autos ao TJ-AL, se insurge contra determinação neste exato sentido, fazendo-o por meio que peça nominada, em momento derradeiro, como sendo ‘embargos de declaração’ (consoante fl. 6942).

Registro, porém, que a passagem que dormita às fls. 6934 e ss., da lavra deste magistrado, nada tem de uma atividade que fosse típica e genuinamente jurisdicional. Trata-se de ato ordinatório, o qual, à vista da inultrapassável necessidade de complementação da jurisdição estadual, limitou-se, como mencionado, a encaminhar os autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, a quem cabe – com exclusividade – dizer dos embargos de declaração que estão postos nos autos (dirigidos que foram contra acórdãos seus). Apenas isso.

Com efeito, não consubstancia, o ato de fls. 6940 e ss., algum juízo valorativo que tivesse sido feito por este TRF. Não tem carga decisória alguma. Limitou-se, bem ao reverso, a operar uma devolutividade (física) do caderno processual à Corte alagoana, na linha, aliás, daquilo que foi pretendido pela própria defesa, em repetição enfática posta às fls. 6884, 6898, 6901, 6913 e 6927.

Admitir o requerimento do momento seria, assim, de algum modo, reconhecer estar, este Regional, no exercício de uma competência que, convenha-se, ainda não restou deflagrada – se é que vai mesmo ser deflagrada em algum momento.

Pelo visto, NÃO CONHEÇO DA PETIÇÃO de fls. 6940 e ss.

À Secretaria deste TRF para publicar o presente ato ordinatório e encaminhar os presentes autos – imediatamente – ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas.

Recife, 13 de abril de 2010.”

Tudo está esclarecido na passagem transcrita acima, como se viu.

A única conclusão imaginável, à época em que proferi a decisão de fls. 6934 e ss., teria (de novo) pertinência com o comportamento nada cooperante da defesa, e com as múltiplas manobras que operou e opera para retardar o andamento do processo.

Mesmo assim, fiz questão de utilizar verbos sugestivos da

formulação de hipóteses (condicionando o pensamento que desenvolveria) para não correr o risco (abstrato) de se alegar que eu almejava suggestionar os Desembargadores do TJ-AL, embora saiba, de resto, que eles são altivos o suficiente para não serem suggestionados por ninguém – muito menos por mim.

Há, finalmente, um último e decisivo argumento – de natureza objetiva – capaz de fulminar a presente exceção de suspeição. É que, para a defesa, o ato derradeiro de caracterização da quebra da imparcialidade seria, como visto no relatório, o de colocação do feito em pauta (?!), posto que se tivesse ignorado, de um lado, que os excipientes sequer teriam sido pronunciados; e, de outro, que a Presidência do TJ-AL teria determinado a suspensão da marcha processual até os julgamentos dos recursos de agravo interpostos “na corte estadual alagoana”.

A frase, total e absolutamente ilógica, realiza síntese perfeita do *modus operandi* com que tem atuado a defesa neste feito: protelando e postergando, como quem ignorasse que o processo legal que se quer é o devido (e não o indevido).

Note-se bem: tivessem os réus sido impronunciados, que razões teriam para recorrerem ao STJ e ao STF, como dizem ter feito? Segundo: se fosse verdade que a Presidência da Corte Estadual determinara a suspensão da tramitação, porque então teria devolvido, ela mesma, os autos a este TRF, fazendo, ainda, expressa referência à necessidade de apreciação do recurso pendente (fls. 7175)?

As respostas são evidentes: nada disso sucedeu.

Mas qual, então, o proveito em dizer que o singelo ato de colocação em pauta significaria caracterização de parcialidade? A resposta soa simples: dar, ao expediente presente, uma tempestividade que ele não tem.

Os fatos aos quais alude a defesa remontam – o mais recente – a abril de 2010 (fls. 6934 e ss.), sendo certo que o petição do momento somente foi ajuizado na data de 11 de março de 2011, como já destacado; muito tempo depois dos quinze dias aludidos no art. 305 do CPC, quiçá analogicamente utilizável.

Ainda quando soubessem que o prognóstico da presente exceção jamais seria bom, é muito provável – considerando

tudo o que já aconteceu durante a tramitação – que os excipientes apostassem na suspensão do procedimento até o seu julgamento final (CPC, art. 265, III), a despeito da norma contida no CPP, art. 111 (a qual permite não haver solução de continuidade mesmo quando interpostas exceções).

Fosse como fosse, a flagrante intempestividade da exceção permite aplicação, ao caso, da norma contida no CPP, art. 100, § 2º, de modo a ensejar, mesmo em interpretação conservadora da normatividade de regência, o andamento regular do feito, já pautado para o dia 24 próximo vindouro.

Assim, por tais motivações, REJEITO LIMINARMENTE A EXCEÇÃO.

Publique-se. Intimem-se as partes.

Os argumentos que tinha a expor estão na decisão fustigada.

Reitero, porém, que a promessa constitucional alusiva à razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), sobre não permitir sejam tidos como suspeitos os magistrados que dela se ocupem, revigora as normas infraconstitucionais tendentes a evitar a adoção de expedientes manifesta e ostensivamente protelatórios, obrigando a prática – apenas – de atos coerentes, razoáveis e úteis.

O Poder Judiciário pode e deve ser neutro; mas neutralidade não se confunde com cegueira capaz de dar ensejo à aceitação de comportamentos atentatórios ao exercício da própria jurisdição.

A ortodoxia procedimental (a que aludem os agravantes quando fazem menção ao Regimento Interno da Casa, bem assim à possibilidade normativa de suspensão do processo) deve sempre ser cogitada, mas nunca com rigores espartanos capazes de validar atos processuais maliciosos e não-hígidos.

Destaco como ilustração destas minhas palavras (as últimas sobre este assunto específico) o seguinte: i) para demonstrar que não teriam sido pronunciados, os agravantes juntaram cópia de parte da decisão adotada pelo primeiro Tribunal do Júri da Comarca de Maceió (fls. 7822 a 7229), deslembrando – intencionalmente – que, depois dela, já aconteceram vários outros decisórios sobre o tema, como a sentença federal de fls. 5999 e ss., justamente contra a qual os recursos agora examinados – e que eles próprios interpuseram – se orientam; ii) dizem que o TJ de Alagoas teria determinado o sobrestamento da tramitação, deslembrando – tam-

bém intencionalmente – da decisão de fls. 7172 e ss., exarada pela Presidência daquela Corte, que expressamente determinou “a remessa imediata dos autos físicos ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, tendo em vista a inexistência de efeito suspensivo ao agravo interposto, para prosseguimento regular do processo” (fl. 7175); e iii) dizem que a presente exceção seria tempestiva, considerada a data de 28 de fevereiro de 2011 (que seria a da distribuição), deslembrando – de forma novamente intencional – que a distribuição primitiva aconteceu ainda em 2008, bem assim que os atos supostamente caracterizadores da quebra de imparcialidade remontariam ao começo de 2010 (enquanto a exceção somente foi aviada em março de 2011).

Existe, ainda no sentido de demonstrar cabalmente a absoluta sem-razão do expediente ora cotejado, um último argumento: a própria defesa de um dos acusados – agora conduzida pelo Doutor Welton Roberto – defendeu, da Tribuna, nesta Sessão de Julgamentos, a absoluta isenção da Relatoria, respaldando a neutralidade dos acontecimentos tidos como ofensivos pelos excipientes (basta atentar para as notas taquigráficas disponíveis).

Enfim, penso que a exceção de suspeição manejada sem qualquer fundamento crível, mas apenas pelo desejo ostensivamente esposado de suspender o curso da ação penal, postergando uma tramitação que se iniciou ainda em 1998, pode e deve ser rejeitada liminarmente pelo suposto excepto, mais ainda quando a sua intempestividade é absolutamente flagrante – como é no caso dos autos.

B) DA (SUPOSTA) NECESSIDADE DE OS AUTOS SEGUIREM À PRIMEIRA INSTÂNCIA

Ainda antes do cotejo da causa, convém enfrentar assunto que, também da tribuna, foi levantado pela defesa: anulado o primeiro julgamento do TJ-AL (este que acabou de ser refeito), seria o caso de os autos seguirem à Justiça Federal na Primeira Instância, por onde já passaram, ou de volverem a este TRF diretamente (para o julgamento que o STJ determinou fosse feito)?

A segunda solução me parece ser a única correta.

Há várias razões para sustentá-lo. A primeira delas concerne ao fato de que este assunto foi apreciado em questão de ordem

que dormita das fls. 6784 a 6786, e que restou resolvida nos termos de voto assim lavrado:

Consoante se lê no Relatório, este Regional, por força de uma anulação decretada no STJ, deveria novamente julgar o recurso em sentido estrito manejado pelo senhor Pedro Talvane Luís Gama de Albuquerque Neto.

Era isto o que seria feito, não fosse uma outra anulação, também decretada pelo Superior, mas agora relativa ao julgamento de um primeiro recurso em sentido estrito, ocorrido no Tribunal de Justiça de Alagoas, o qual findou no reconhecimento da incompetência da justiça estadual.

O cotejo dos dois julgamentos ocorridos no STJ permite, no meu sentir, a conclusão de que os autos devem volver ao TJ-AL, porque o descortino da causa, que ele fará, findou sendo prejudicial ao exame (ainda pendente) do recurso em sentido estrito “federal”.

Explico.

Se for a hipótese de o TJ-AL reformar a sua decisão original, assim reconhecendo a competência estadual para a causa, então toda a tramitação federal perderá o sentido (objeto), devendo o fluxo procedimental voltar a tomar leito – qualquer que seja – no âmbito da justiça alagoana.

Se for o caso de aquela Corte manter a decisão primitiva, donde reconhecida, mais uma vez, a competência da justiça federal, aí então os autos devem retornar a este TRF, a fim de que exerça a análise do recurso pendente, e já tantas vezes sublinhado.

Assim, e nestes termos, VOTO NO SENTIDO DA DEVO-
LUÇÃO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ALA-
GOAS, DE ONDE SOMENTE VOLTARÃO SE FOR A HI-
PÓTESE DE SER MANTIDO O JULGAMENTO ORIGINAL
QUE DERA.

É como voto.

Sobre não ter havido qualquer manifestação de inconformismo em relação ao comando aludido – a denotar aberta preclusão da matéria –, é imperioso que se perceba que a condução do processo, agora, está jungida às determinações do Superior Tribunal de Justiça, isto é, são ditadas pelas anulações que decretou.

E só.

Em nenhum momento se disse que o trâmite federal planicial

estaria comprometido ou viciado; bem ao revés, restou pontuada exclusivamente – pelo STJ – a necessidade de que fosse “renovado o julgamento” deste TRF (fls. 6762), o que só não se fez imediatamente porque era preciso confirmar o julgamento estadual (também anulado).

Nada do quanto sucedeu em primeira instância foi maculado, direta ou indiretamente, senão que apenas seria necessária a intimação de certo advogado para que, colocado o feito em pauta, este Regional realizasse a sua missão pendente: a renovação de julgamento que já realizara.

Mas, por um segundo, esqueça-se a determinação do STJ; esqueça-se a preclusão do tema resolvido na questão de ordem já referenciada; e pondere-se finalmente: qual o sentido da anulação almejada? A resposta parece evidente: prolongar inutilmente a tramitação.

É forçoso concluir que o único proveito, à defesa, houvesse o retorno dos autos ao juízo federal de primeira instância, seria a renovação de atos pelo simples fato da renovação (o tempo pelo tempo), sem que sucedesse qualquer tipo de proveito material que a pudesse aproveitar (CPP, Art. 566).

Ao fim e ao cabo, não se declara a nulidade a menos que haja prejuízo, e prejuízo aqui não há (CPP, art. 563), inclusive porque a deliberação a ser feita neste julgamento - de devolutividade amplíssima - tem o condão de suplantar, substituindo, qualquer tipo de mácula que - por hipótese aberrante - tivesse acontecido; e nenhuma houve - digo-o pela última vez.

Rejeito, portanto, a preliminar.

C) BREVE RESUMO DOS FATOS

O resumo do imbróglio, posto no parecer ministerial lançado às fls. 6283 *usque* 6284, pode ser assim formulado:

O fato ocorreu logo após o encerramento da Sessão Pública de Diplomação dos eleitos nas eleições gerais de 1998, em que a então Deputada Ceci Cunha foi diplomada para mais um mandato na Câmara Federal. Finda a Sessão, a Deputada e o marido deslocaram-se até a residência das vítimas Ítala Neyde Maranhão Pureza e Iran Carlos Mara-

nhão Pureza, tendo sido seguidos por três homens que estavam num veículo tipo Fiat Uno.

Quando as quatro vítimas estavam sentadas e conversando na varanda da residência, os três homens – dois deles portando coletes à prova de balas – adentraram pelo portão da garagem e, utilizando armas de grosso calibre, assassinaram brutalmente todas elas.

O fato foi presenciado pelas testemunhas Claudinete Santos Maranhão e Ironildo João Maranhão Pureza. A primeira encontrava-se com as quatro vítimas, na varanda da residência; atingida levemente por um tiro, conseguiu fugir e esconder-se embaixo de uma cama. O segundo estava regando o jardim da casa e correu para a parte de trás da residência, igualmente escondendo-se.

As investigações apontaram como mandante do crime o então Deputado Federal PEDRO TALVANE LUIZ ALBUQUERQUE NETO, e como executores, os demais acusados, os quais eram, com exceção de JOSÉ ALEXANDRE, assessores/seguranças de TALVANE.

O Ministério Público Estadual de Alagoas denunciou os executores e requereu a remessa de cópia integral das investigações ao Supremo Tribunal Federal, a quem cabia a *persecutio criminis* contra o então Deputado Federal (fls. 02/08).

A denúncia foi recebida, e a remessa de cópias ao STF, deferida (fls. 1.236/1.241, vol. 06).

Junto ao Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República denunciou o Deputado TALVANE (fls. 4.172/4.177, vol. 18).

Antes da apreciação da denúncia, adveio a revogação da Súmula 394 - que assegurava privilégio de foro a ex-autoridades - e o processo baixou para a primeira instância (fls. 4.317/4.319, vol. 19), sendo juntado ao feito já em curso contra os executores (fls. 2.604/2.606, vol. 09 e fls. 5.481/5.483, vol. 24).

A denúncia contra TALVANE, após ratificada, também foi recebida, assim como realizada a instrução processual (fls. 4.326 e ss., vol. 19).

Com a pronúncia de parte dos denunciados (fls. 2.444/2.461, vol. 09 e fls. 5.306/5.314, vol. 23), foram interpostos recursos em sentido estrito (fls. 5.486/5.533, 5.600/5.603 e 5.606/5.619, todas do vol. 24).

Às fls. 5.555/5.579, a assistente da acusação, em con-

trarrações ao RSE, levanta preliminar de incompetência absoluta da Justiça Estadual para julgar caso.

Ao apreciar os recursos, o Tribunal de Justiça de Alagoas, na linha da Súmula 147 do STJ⁴, entendeu pela incompetência da Justiça Estadual, remetendo o feito ao Judiciário Federal, haja vista que, segundo as denúncias, o crime deu-se porque TALVANE, na condição de primeiro suplente, pretendia, com a eliminação da vida da Deputada Ceci Cunha, assumir o seu lugar na Câmara Federal (fls. 5.831/5.849, vol. 24).

No âmbito federal, o Ministério Público ratificou as denúncias (fls. 5.887/5.897, vol. 25), as quais foram recebidas, com a decretação de nulidade dos atos decisórios e com o aproveitamento dos atos de instrução já realizados na seara estadual (fls. 5.904/5.925, vol. 25).

Após alegações finais, o Juízo Federal prolatou a decisão de pronúncia de fls. 5.999/6.029, vol. 25. É contra ela que os pronunciados interpõem os recursos em sentido estrito ora em apreciação.

É este o cenário no qual estão postos os inconformismos a serem examinados.

D) DA (SUPOSTA) INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

Tenho (sobre este assunto) pensamento distinto daquele esposto na sentença guerreada, mas não vejo, depois de tantas decisões consagradoras de entendimento diverso do meu, como manter minhas convicções (solteiras e, convenha-se, demasiado isoladas).

Pela necessidade de manter coerência com os posicionamentos doutrinários que já firmei (apenas por isso), destaco que tenho posicionamento cientificamente diverso do adotado pela maioria, mas sublinho (novamente) que não vejo como pudesse, depois de tantas opiniões divergentes (proferidas no bojo desta relação processual, seja pela Justiça Estadual, seja pela Federal, incluso por este TRF) votar no sentido da incompetência da Justiça Federal.

⁴ Compete a Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função.

Quedando-me à maioria, adoto como meus os argumentos aduzidos por Sua Excelência o Desembargador Federal Convocado Paulo Machado Cordeiro (fls. 6373 a 6375)⁵:

Data maxima venia dos eventuais entendimentos em sentido contrário, não há, segundo penso, qualquer possibilidade de ser acolhida a preliminar.

Início dizendo que a alegação ora discutida (e que frequenta os dois recursos), incorre em duplo equívoco (situados, ambos, nos confins basilares da Teoria Geral do Direito). Registre-se que a argumentação está quase totalmente calcada na premissa de que houvera a aplicação equivocada da Súmula nº 147, e daí a submissão do processo – em sugerido equívoco – à seara da Justiça Federal.

Desde as lições de Pontes de Miranda já se sabe, todavia, que, na fenomenologia da juridicização, aquilo que incide (ou pode incidir) nos fatos, alçando-os ao mundo jurídico, é uma norma jurídica; é a norma jurídica que tem a característica de “marcar” os fatos da vida, daí fazendo surgir, nascido, o fato jurídico do qual dimanam as conseqüências próprias e naturais encartadas no comando geral e abstrato referido (o nascimento de direitos, deveres, pretensões etc.).

Assim, resta impossível dizer que a competência da Justiça Federal (ou qualquer outra ocorrência juridicamente relevante) estaria justificada porque uma súmula de jurisprudência assim o disserra, como se tal condição derivasse do querer pretoriano. Não é assim que ocorre, evidentemente.

O outro equívoco viceja no âmbito da própria ótica a partir da qual os recorrentes esgrimiram as suas razões, qual seja, o debate sobre a melhor inteligência da Súmula nº 147 do Superior Tribunal de Justiça.

⁵ O voto do Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro - agora que tenho a chance de avaliá-lo – parece-me inquestionável, daí por que findarei adotando as razões de decidir esgrimidas por Sua Excelência, consoante será visto; no único ponto, aliás, em que as minhas convicções mostraram-se distintas das dele (o da competência da Justiça Federal), é forçoso reconhecer a condição de isolamento em que me encontro, a recomendar – em tudo e por tudo – que não pretenda impor os recônditos de minha convicção pessoal às avenidas diversas que exuberam diante deles; afinal, nenhum juiz é, isoladamente, a justiça, mas mera PARTE dela.

A partir de uma distinção administrativa total e absolutamente irrelevante, engendraram uma aventura hermenêutica para apartar, entre si, os conceitos de **cargo** e **função** – e somente os crimes relacionados com a **função exercida por servidor público federal** estariam abrangidos pela orientação encartada no referido verbete (cargo seria, enfim, o lugar que se ocupa no serviço público; função, a manifestação material do cargo, o conjunto de atribuições a ele inerentes).

Ao que parece, a prevalecer o tal entendimento, somente se a Deputada estivesse votando, aí então exercendo a sua **função**, e se o seu assassinato tivesse acontecido nesta hora, é que competência da Justiça Federal findaria justificada.

Haja esforço argumentativo para sustentar tese deste jaez. Ocorre é que o crime de homicídio cometido contra Deputado Federal re-eleito, justamente **pelo cargo e em pro do cargo** (e, segundo a narrativa posta na denúncia, foi assim que tudo se passou), o qual se pretendeu exercer, então, mercê da vacância obtida a partir do referido ato de violência, **agride direta e absolutamente os mais primários interesses da União**, de modo a atrair a incidência infalível da norma contida na **CF, art. 109, IV**, donde a competência indiscutível da Justiça Federal para processar e julgar a demanda penal respectiva.

Para não fugir da distinção que os recorrentes fizeram, compreenda-se que, se o **cargo** for o todo e a **função** uma parte deste (os seus aspectos “atribuicionais”), a agressão ao ocupante do primeiro, feita por conta do próprio fato do ocupar, implicaria, naturalmente, gravame inescapável à segunda, pedaço que é daquele (= a eliminação do ocupante, e porque ocupante, impediu o exercício das suas **funções**).

A orientação do Superior, ao que imagino, orça no sentido de dizer que a competência da Justiça Federal findaria justificada com a “mera” lesão à função (à parte, e não ao todo); e, se assim é, tanto mais resta justificada a competência quando aconteceu, segundo se disse, uma **agressão ao próprio ocupante** do cargo (o todo, digo-o mais uma vez) **e por conta do cargo**.

Rejeito, com tais argumentos, a preliminar.

E) DA (SUPOSTA) ILICITUDE DE UMA DAS PROVAS FORMULADAS “E AS DEMAIS DELA DECORRENTES”

Os recursos prendem-se, ainda, à tese de que uma determinada gravação telefônica seria ilícita; não se chegou a pedir, com base nisto, a impronúncia, mas o desentranhamento dos autos do referido material. Releva destacar, ainda, que vários depoimentos estariam apanhados, segundo o querer da defesa, pelo vício da nulidade, forte no princípio da causalidade (aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, segundo a qual o nulo, isto é, a gravação, contaminaria tudo aquilo o que dele derivaria, ou seja, os depoimentos subsequentes).

Trago o resumo do ponto, feito na manifestação da douta Procuradoria Regional da República (fls. 6287 e ss.):

Ainda segundo os recorrentes, as provas contra eles seriam nulas porque resultaram da gravação de uma conversa telefônica entre o acusado TALVANE ALBUQUERQUE e o pistoleiro Maurício Guedes, mais conhecido por “Chapéu de Couro”. Tal gravação teria sido realizada pelo próprio Maurício Guedes.

O que aconteceu foi o seguinte:

Tão logo ocorrida a chacina, isso em 16 de dezembro de 1998, as suspeitas recaíram imediatamente sobre o então Deputado Federal TALVANE ALBUQUERQUE.

Já na noite do crime, as emissoras de rádio locais noticiavam o acontecido e indicavam TALVANE como suspeito (Interrogatório de JADIELSON, às fls. 280/287, vol. 02).

Além de adversário político da Deputada Ceci Cunha (fls. 42, 45, vol. 01, 4.349/4.352, vol. 19 e várias outras) e suspeito de ser mandante de outros assassinatos (fl. 213, vol. 01), TALVANE era o primeiro suplente da coligação pela qual foi reeleita a deputada e, nessa condição, principal beneficiado com o evento fatídico.

Assim, a polícia estabeleceu a referida suspeita como linha de investigação (fl. 208, vol. 01), passando a ouvir algumas pessoas que haviam trabalhado como seguranças do Deputado TALVANE (fls. 16/19, vol. 01) e constatando que os seus atuais seguranças haviam fugido de Maceió (fl. 209, vol. 01).

Ressalte-se que o próprio TALVANE ALBUQUERQUE, mais adiante, reconhece “que foi acusado em consequência de

ser o primeiro suplente da coligação partidária das eleições de 1998” (Interrogatório às fls. 4.349/4.352, vol. 19). No quinto dia após o início das apurações, o soldado PM José Jorge Farias Melo prestou depoimento perante a polícia, relatando que o Senhor Maurício Guedes (Chapéu de Couro) o procurara no mês de novembro de 1998 para relatar a aflição de ter sido insistentemente abordado pelo Deputado TALVANE e alguns de seus assessores/seguranças, dentre os quais os acusados JADIELSON e ALÉCIO, que pretendiam contratá-lo para matar o Deputado Augusto Farias, eis que a morte de um Deputado Federal da mesma coligação de TALVANE seria uma maneira deste último, na condição de primeiro suplente, continuar no cargo de Deputado Federal (fls. 20/24).

A mesma versão foi confirmada, em detalhes, por José Júnior de Melo (fls. 25/26, vol. 01), José Diniz Machado (fls. 27/28, vol. 01), Antônio Lenine Ferreira Filho (fls. 29/30, vol. 01) e pelo deputado Augusto Farias (fls. 31/34⁶, vol. 01). Este último confirmou ter procurado o pistoleiro Maurício Guedes, o qual reafirmou a existência do plano engendrado por TALVANE para matá-lo.

Na oportunidade do depoimento, o Deputado Augusto Farias revelou ainda que, não estando seguro da veracidade do tal plano de morte, pediu para Maurício Guedes, em sua presença, ligar para TALVANE e tratar de detalhes da execução do crime. Maurício assim o fez e, ainda, gravou o diálogo havido com o Deputado TALVANE.

É essa gravação de conversa telefônica que os recorrentes utilizam como base para pedirem a anulação de tudo que foi apurado.

Não há, contudo, qualquer nulidade a reconhecer.

É que não configura interceptação telefônica proscrita (=não é hipótese versada na Lei nº 9296/96, com as limitações ali impostas), e nem mesmo se pode reputar ilícita, a gravação de conversa telefônica feita sem o conhecimento de um dos dois interlocutores, máxime quando o tema versado é o assédio negocial para o cometimento do homicídio de terceira pessoa.

⁶ Folhas 32 e 33 estão invertidas.

Aliás, quer-me parecer – como pareceu ao Relator originário – beirar o absurdo considerar-se contrária a direito uma providência adotada para i) prevenir a vítima em potencial sobre o acontecimento macabro debatido, permitindo-lhe a adoção de providências materiais tendentes a evitá-lo, bem assim ii) documentar a recusa de um dos dialogantes quanto ao propósito de realizar o crime, daí afastando uma futura acusação de autoria. E, se não é contrária ao direito, a prova somente pode ser lícita e regular.

De mais a mais, se nada na existência humana é absoluto, idem no Direito, muito menos será a intimidade (de TALVANE ALBUQUERQUE) quando contrastada com valores constitucionais maiores e mais importantes que ela, como a vida de uma (AUGUSTO CÉSAR FARIAS) e a liberdade de outra pessoa (de MAURÍCIO GUEDES).

Há muitos precedentes assim na jurisprudência das Cortes Superiores. Fartíssimos, aliás. Alguns estão transcritos no parecer ministerial. Trago um – bastante – à colação:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. VEREADOR. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. CONDENAÇÃO. FITA CASSETE. PROVA. LICITUDE.

1. A uníssona jurisprudência desta Corte, em perfeita consonância com a do Pretório Excelso, firmou o entendimento de que a gravação efetuada por um dos interlocutores que se vê envolvido nos fatos em tese criminosos é prova lícita e pode servir de elemento probatório para a notitia criminis e para a persecução criminal.

2. Contrariando a tese defensiva, as instâncias ordinárias afastaram de modo veemente a alegação de que a fita fora produto de “montagem”. Assim, a pretensão de desqualificar a força probante da fita colacionada nos autos demanda, indisfarçavelmente, o reexame de prova, o que, como é sabido e consabido, não se coaduna com a via eleita.

3. Se não bastasse, vê-se claramente – tanto na sentença condenatória como no acórdão que a confirmou em sede de apelação – que a mencionada gravação não foi o único elemento de convencimento do Juízo, que se valeu ainda de provas testemunhais.

4. Ordem denegada. (STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: HC - HABEAS CORPUS - 36545 Pro-

cesso: 200400934123. UF: SP. Órgão Julgador: QUINTA TURMA. Data da decisão: 02/08/2005. Documento: STJ000633819. Fonte: DJDATA: 29/08/2005. PÁGINA: 374. Relator(a): LAURITA VAZ). (Grifos nossos).

Obtempere-se, para concluir o ponto, que, ainda quando fosse o caso de excluir-se a prova referida, ainda assim, a pronúncia teimaria em findar justificada, porquanto, como bem alertou a Procuradoria Regional da República (fls. 6289), houve:

... outros elementos de prova – igualmente independentes do referido registro de conversa telefônica feito por um dos interlocutores – foram produzidos e indicam os pronunciados como os autores do assassinato em massa. Aponte-se, como exemplo do que se afirma: o reconhecimento feito pela testemunha presencial Claudinete Santos Maranhão, que aponta JADIELSON, principal assessor de TALVANE, como um dos matadores (fls. 1.718/1.719, vol. 07 e fl. 5.084, vol. 23); as provas da aquisição de coletes a prova de balas por JADIELSON (fls. 493/506, vol. 03); da compra das armas por ALÉCIO (fls. 1.036/1.037, 1.113/1.114, todas do vol. 05); da aquisição do veículo Fiat Uno, utilizado na execução do crime e na fuga, por parte de ALÉCIO (fls. 1.036/1.037, vol. 05); os registros de troca de telefonemas entre MENDONÇA e JOSÉ ALEXANDRE, com a confirmação, a partir das Estações de Rádio Base, que os mesmos se falaram por telefone celular nas proximidades e nos horários do crime e da rota de fuga (análise da Polícia Federal às fls. 4.108/4.113, vol. 18); a detalhada e rica confissão de MENDONÇA (fls. 1.098/1.110v, vol. 05).

Ou seja: independentemente do registro de conversa telefônica por um dos interlocutores (...), existe todo um conjunto independente de provas capazes de substanciar a pronúncia dos recorrentes.

Como é cediço, o nulo (e nulo não existe aqui, eu reitero) não poderia espriar efeito para todos os lados, contaminando aquilo que fora obtido de modo autônomo e independente, de modo que a pronúncia, por ambos os motivos, resta justificada.

Escorado em tais motivações, rejeito a alegação de nulidade, mantendo a prova nos autos, não antevendo, pela alegação recém rechaçada, qualquer motivo para impedir o curso natural do processo.

F) O (PRETENSO) CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

Sabido e consabido que a ampla defesa é direito de todos os acusados (CF, art. 5º, LV).

Mas ela não pode ser utilizada com o propósito (disse o Relator originário, no que tem inteira razão), mesmo que velado, de postergar indefinidamente a tramitação do processo judicial; tal o que ocorre quando se alega um dissenso inexistente entre os resultados de duas perícias, tudo a fim de que uma terceira tivesse que ocorrer.

Colho, mais uma vez, a informação precisa da douta Procuradoria Regional da República, às fls. 6295 e ss.:

A fita em referência foi apresentada em juízo pelos pró-prios acusados, na tentativa de desqualificar os depoimentos prestados por Claudinete, que reconheceu JADIELSON como sendo um dos executores do crime (fls. 1.718/1.719, vol. 07 e fl. 5.084, vol. 23).

A pedido dos acusados, foi realizada uma primeira perícia (vol. 09, fls. 2.496/2.499 e cópia às fls. 5.360/5.363 do vol. 23), na qual foram analisados apenas aspectos formais da fita. Concluiu-se da seguinte maneira:

“Trata-se de fita de áudio cassete contendo 03 (três) trechos de entrevistas, realizado (sic) entre uma pessoa do sexo masculino e outra do sexo feminino, onde são comentados alguns fatos sobre a chacina ocorrida no dia 16 de dezembro de 1998, na cidade de Maceió/AL.

A fita apresenta-se fisicamente continua (sic) em toda a sua extensão, sem rupturas, sem emendas e sem inserções de outros trechos de cartucho de fita. Quanto à autenticidade da gravação, os peritos observaram que cada trecho contínuo das imagens apresenta coerência de idéias e assuntos tratados como também convergência do padrão de ruído de fundo. Os Peritos afirmam que não encontraram indícios de qualquer adulteração fraudulenta (sic).”

Como se nota, essa análise não determinou se as vozes

eram efetivamente de Claudinete dos Santos Maranhão, testemunha de acusação, e do radialista Antônio Constantino Moreira Melo, seu suposto entrevistador.

Foi realizado um estudo físico, avaliando-se tão somente, como dito, questões formais.

Às fls. 2.503/2.505 do vol. 09, a assistente da acusação, fazendo as mesmas observações acima, solicitou nova perícia, a fim de esclarecer se as vozes contidas na gravação eram, de fato, de Claudinete e Antônio.

Feita a nova vistoria, com objetivo específico de confrontação de vozes, chegou-se à seguinte conclusão (laudo de fls. 5.435/5.459 do vol. 24):

“Os parâmetros articulatório, acústico e psicolingüístico extraídos do material questionado, e confrontados com o material padrão, permitiram aos Peritos concluir que a voz masculina questionada denominada M1 pertence a ANTÔNIO CONSTANTINO MOREIRA MELO e a voz questionada feminina denominada F1 não pertence a CLAUDINETE SANTOS MARANHÃO.

O estudo do comportamento do ruído de fundo na gravação questionada, concomitante à análise contextual, aponta que entre as narrações do locutor M1, identificadas como de Antonio Constantino Moreira Melo, se inseriram as falas dos locutores M2 e F1, bem como, possivelmente, o locutor M2 tenha entrevistado diretamente a locutora F1, fato comum em matérias de cunho jornalístico.

Têm os peritos por bem esclarecido o assunto, salientando que, com o laudo, encaminham a fita enviada a exames e o material padrão.

Nada mais havendo a declarar [...].”

Essa segunda perícia, portanto, tratou da confrontação do registro de vozes, rematando que Claudinete Santos Maranhão não participou da conversa gravada.

Por todas estas razões, exsurge indubitável que o primeiro exame cuidara dos caracteres formais da fita cassete (entendendo-a não adulterada neste particular), enquanto o segundo versou o conteúdo em si da gravação (os seus aspectos físico-fonéticos), concluindo não ser, determinada voz, da pessoa a quem se atri-

buíra a fala (a Sr^a. Claudinete Santos Maranhão, sobrevivente da chacina).

Só este último dado, aliás, é o quanto basta para se concluir, sobre a pretendida terceira análise científica, ser de óbvia desinfluença para o desenlace da controvérsia judicial.

Rejeito, por todas as motivações destacadas, também esta preliminar.

D e E) DA PRETENZA INSUBSISTÊNCIA DA PRONÚNCIA E O SUPOSTO ÁLIBI DE UM DOS RECORRENTES

Para a pronúncia, nos termos do CPP, art. 413, § 1º, basta que o juiz se convença “da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação”; mais que isso seria antecipar apreciação que é própria do Tribunal do Júri, segundo comando inserto no Magno Texto, em seu art. 5º, XXXVIII. Sabe-se, ademais, que dúvida, se existir, milita, nesta fase do processo, em prol da sociedade: *in dubio*, faça-se o júri, de que não se cogita, apenas e tão somente, quando, provada a materialidade, for definitiva a ausência de indícios de autoria, caso que – convenha-se – nem de longe é o dos autos, sobretudo quando cotejadas as múltiplas razões já declinadas neste voto.

De fato, é total e absolutamente verossímil a acusação, considerado o vastíssimo material probatório realizado, o qual contém a confissão e delação de um dos acusados, documentos comprometedores [conversa telefônica gravada pelo pretenso mandante com um também pretenso “pistoleiro”], o reconhecimento feito pelos sobreviventes da chacina, perícias técnicas etc.

Nada obstante, os contrastes dialético-retóricos expendidos pela defesa nas suas razões recursais (inclusive aduzindo álibi que aproveitaria ao corréu José Alexandre dos Santos, pretensamente em outro local no momento em que os crimes ocorreram, cf. fls. 6179 e 6180) mais ainda reforçam a necessidade da pronúncia, a fim de que o júri exerça o convencimento que lhe é natural; a decisão combatida, ademais, reputa-se irretorquível também por haver apontado, com precisão, as normas as quais os réus podem ter violado (um dos crimes foi capitulado no CP, art. 121, § 2º, I e V; três deles, no CP, art. 121, § 2º, I, IV e V).

F) A (PRETENDIDA) LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO RECORRENTE TALVANE ALBUQUERQUE

Descabe, digo por último, contrariamente ao pretendido pela defesa às fls. 6253 e 6254, pretender afastar a pronúncia do suposto mandante pelo cometimento de crimes que não teria ordenado/cometido (três, dos quatro praticados), na linha de pensamento segundo a qual a sua ação, se é que houve ação, limitara-se à eliminação da vida de sua inimiga política.

O tema, sobre merecer análise dos jurados, como já se disse, pode vir a ser elucidado, diz-se *in abstracto*, quanto à autoria mediata, pela teoria do domínio do fato (CP, art. 29) aliada a um possível dolo eventual (CP, art. 18, I, *in fine*), posta a premissa de que o recorrente assumira o risco da eliminação de tantos quantos estivessem com ela no momento do crime; lembre-se que, segundo o dizer ministerial, foi justo o desejo de ocultação da autoria do ilícito perpetrado contra a Deputada Federal Ceci Cunha que teria justificado as outras mortes, donde a cogitada incidência da qualificadora prevista no CP, art. 121, § 2º, V, relativamente aos crimes que tiveram por vítimas as outras pessoas que não a própria parlamentar.

Escorado nestas razões, nego provimento ao agravo nominado e, em seguida, nego provimento aos recursos em sentido estrito, mantendo a sentença nos seus exatos termos.

É como voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA

6340-PE	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho	13
---------	---	----

AGRAVO DE INSTRUMENTO

90170-PE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	17
95021-CE	Rel. p/Acórdão Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	26
112290-RN	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	35
113989-PE	Rel. Des. Federal Frederico Wildson da Silva Dantas (Convocado)	43

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR

4207-PE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.	50
---------	---	----

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

114413-PE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	57
-----------	--	----

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

15081-CE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo	64
----------	---	----

APELAÇÃO CÍVEL

428977-SE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	76
446572-RN	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	85
447900-RN	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	94
449394-PE	Rel. Des. Federal Edilson Nobre Pereira Júnior .	105
507532-PE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias	119
509357-AL	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	136
510452-PB	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	147
513513-SE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias	154
514515-PE	Rel. Des. Federal Frederico Pinto Azevedo (Convocado)	164
517168-PB	Rel ^a . Des ^a . Federal Margarida Cantarelli	172

APELAÇÃO CRIMINAL

5492-CE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	182
6523-PE	Rel. Des. Federal Frederico Pinto Azevedo (Convocado)	197
6641-CE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	219
7711-RN	Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti	227
7965-SE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo	244

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

97972-PE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	266
----------	---------------------------------------	-----

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA APELAÇÃO CÍVEL

389968-SE	Rel ^a . Des ^a . Federal Danielle Cavalcanti (Convocada)	277
-----------	--	-----

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA (VOTO VISTA)

94734-AL	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano Des. Federal Francisco Cavalcanti (Voto Vista) .	290
----------	--	-----

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL

438541-PE	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	313
-----------	--	-----

HABEAS CORPUS

4198-RN	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho	320
4225-PB	Rel. Des. Federal Hélio Silvio Ourém Campos (Convocado)	330

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

1062-AL	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.	344
---------	---	-----

ÍNDICE ANALÍTICO

A

- PrCv Ação ordinária de anulação da arrematação. Falta de interesse de agir quanto à alegada identidade de advogado das partes com interesses conflitantes. Matéria objeto de julgamento em sede de incidente na execução fiscal. Coisa julgada quanto à alegada intempestividade do pagamento do saldo do preço da arrematação. Tema trazido à apreciação que já foi rechaçado nos autos da execução fiscal. Inadmissibilidade de sua rediscussão. Matéria cognoscível de ofício pelo magistrado. Extinção do feito sem julgamento do mérito. AC 513513-SE 154
- PrCv, Adm e Prev Ação rescisória. Julgado que assegurou à demandada a aplicação do percentual de cem por cento ao benefício de pensão previdenciária decorrente de morte de ferroviário anistiado de acordo com a Lei nº 6.683/79. Beneficiária que é titular também de outra pensão de origem estatutária, paga pelo Ministério dos Transportes, em decorrência da morte do marido. Impossibilidade do recebimento de pensão previdenciária, complementada pela União – caso da requerente –, com quaisquer outros benefícios pagos pelo Tesouro Nacional. Procedência da rescisória. AR 6340-PE 13
- Prev Amparo social. Deficiente. Interesse de menor. Falta de chamamento do MP. Não anulação da sentença de primeiro grau. Comprovação da renda mínima. Desnecessidade em razão da falta de impugnação. Óbito anterior à realização da perícia judicial. Comprovação da deficiência e da in-

	capacidade laboral. Livre convicção do magistrado. Termo inicial. Requerimento administrativo. AC 517168-PB 172
PrPen	Apelação criminal. Não apresentação de razões. Desnecessidade. Ampla devolutividade do recurso de apelação criminal. Pedido de restituição de coisas apreendidas. Veículos e armas. Pedido prejudicado em relação aos veículos, devolvidos aos titulares conforme certidão da 11ª Vara-CE. Apreensão das armas ocorrida no período da <i>vacatio legis</i> da Lei nº 11.706/2008, que deu nova redação aos arts. 30 e 32 da Lei nº 10.826/2003. Atipicidade da conduta. Devolução das armas. ACr 6641-CE 219
Prev	Aposentadoria por tempo de contribuição/serviço. Preenchimento dos requisitos de concessão. Reconhecimento e averbação do tempo de serviço prestado em atividade religiosa. Possibilidade. APELREEX 15081-CE 64
Prev	Aposentadoria por tempo de serviço. Decadência do direito de revisão afastada. Requisitos preenchidos antes do advento da Lei nº 7.787/89. Salário-de-contribuição. Teto. Limite de vinte salários-mínimos. Lei nº 6.950/81. RMI calculada de acordo com os critérios da lei vigente à época do preenchimento dos requisitos para a concessão do benefício. Retroação da DIB. AC 446572-RN 85
Ct	Arguição de inconstitucionalidade. Lei nº 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais), art. 2º, § 3º. Execução fiscal. Prescrição. Suspensão por 180 dias. Súmula vinculante nº

10. Lei anterior à CF/88. Impossibilidade. Distinção entre inconstitucionalidade e não-recepção. AI na AC 389968-SE 277

Pen Associação para o tráfico internacional de entorpecentes. Demonstração do vínculo associativo. Conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Requisitos. Ausência. Expulsão do estrangeiro. Necessidade de prévio cumprimento da pena privativa de liberdade. ACr 7711-RN 227

C

Adm Concurso público. Médico perito da Previdência Social. Edital. Solicitação de residência médica e/ou título de especialização. Exigência não prevista em lei. Inexigibilidade. Posse assegurada. AC 428977-SE 76

Adm Construção de edifício no entorno de bem supostamente tombado. Limite máximo definido pelo IPHAN de 40,85 metros. Inexistência de tombamento quando da aprovação do projeto pela prefeitura. Autorização para edificação sem a imposição do limite previsto pelo IPHAN. AgTr 113989-PE 43

Pen e PrPen Crimes contra os costumes praticados no Brasil. Aplicação da lei brasileira a estrangeiro. Favorecimento à prostituição, rufianismo, tráfico de mulheres e formação de quadrilha. Fotografias de crianças em poses eróticas. Turismo sexual. Autoria e materialidade comprovadas. Redução da pena. Impossibilidade. Pena aplicada superior a nove anos de reclusão. Regime fechado como o inicial do comprimento da pena. ACr 5492-CE 182

Pen e PrPen	Crimes de porte ilegal de arma de fogo, receptação e corrupção ativa. Manutenção da condenação. Suficiência de provas. Falsa identidade. Atipicidade da conduta. Absolvição. Dosagem da pena. Atenuante genérica da confissão. Reconhecimento quanto ao delito de receptação. Concessão de <i>habeas corpus ex officio</i> em favor de correu. ACr 7965-SE 244
-------------	--

E

PrCv e Adm	Embargos de declaração. Embargos infringentes. Valores referentes à condenação já depositados em juízo. Levantamento dos valores sem sujeição ao regime de precatório. Impossibilidade. Honorários advocatícios. Redução do montante da condenação. Questão diversa do objeto da divergência. Acórdão mantido. Inexistência de omissão. EINFAC 438541-PE 313
------------	--

Ct e PrCv	Execução. Não demonstração de pagamento do precatório no prazo constitucional. Precatário complementar. Juros de mora. Óbito da exequente. Suspensão do processo até a habilitação dos sucessores. Prescrição intercorrente. Inexistência. AgTr 95021-CE 26
-----------	---

I

Adm	IBAMA. Usina de açúcar. Danos ambientais. Licença de operação expedida pelo CPRH. Respaldo legal para a usina exercer suas atividades. Cana-de-açúcar plantada sobre área de preservação. Ausência de prova. Queimadas. Necessidade de obediência aos limites permitidos. AgTr 90170-PE 17
-----	--

Trbt	Imposto de renda. Verbas recebidas em decorrência de reclamação trabalhista. Não-incidência sobre juros de mora e sobre a multa prevista no art. 729 da CLT. AC 509357-AL 136
Ct, Adm e PrCv	Impugnação à nomeação de peritos feita a destempo. Bem tombado. Patrimônio histórico da cidade de Olinda. Modificação de imóvel. Ausência de autorização do IPHAN. Manutenção da reforma externa do imóvel. Alteração interna. Aplicação de multa. Registro das reformas internas no IPHAN e na Prefeitura Municipal. Princípio da identidade física do juiz. Julgamento <i>extra petita</i> . Preliminares rejeitadas. AC 507532-PE 119
Trbt	Imunidade tributária. CF, arts. 150, VI, c, e 195, § 7º. FUNESO - Fundação de Ensino Superior. Requisitos não preenchidos. Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEBAS. Ausência. AC 514515-PE 164

M

Adm e Ct	Mandado de segurança. Ato praticado em procedimento licitatório por dirigentes do “Sistema S” (SENAI, SESI, IEL, FIEPE). Gestores que têm o <i>status</i> de autoridade federal. Competência da Justiça Federal para processar e julgar o <i>mandamus</i> . AgRg no AgTr 114413-PE 57
Amb e Adm	Matadouro público municipal. Ausência de licença ambiental. Embargo pelo IBAMA. Descumprimento do embargo. Aplicação de multa. Legalidade das sanções administrativas impostas ao município. AgTr 112290-RN 35

Ct e Adm Militar. Ato de movimentação. Ausência de motivação. Possibilidade de sujeição ao controle judicial. Máxima proteção à educação. Observância da CF, art. 205. Suspensão do ato administrativo que determinou a movimentação do autor de João Pessoa/PB para Santana do Livramento/RS. Faculdade da Administração de movimentar o militar para qualquer outra repartição militar que se encontre sediada em local que disponha do mesmo curso no qual o autor está matriculado (Direito) e que seja mantido por universidade pública. AC 510452-PB 147

P

Pen e PrPen Pedido de *habeas corpus*. Alegações de excesso de prazo e de inexistência dos pressupostos para a prisão preventiva. Custódia cautelar que já perdura por mais de um ano, decretada em sede de feito em que se investiga a participação do paciente em quadrilha destinada ao tráfico internacional de entorpecentes. Repetição de matéria já apresentada em *writs* anteriores. Persistência de fortes razões para que a segregação cautelar seja mantida. Necessidade de se resguardar a incolumidade da ordem pública e de assegurar o fiel cumprimento da lei penal. Denegação da ordem. HC 4198-RN 320

PrPen Pedido de *habeas corpus*. Paciente integrante de organização criminosa com atuação em vasta área territorial especializada nos crimes de descaminho, contrabando, lavagem de dinheiro, adulteração de selos fiscais. Suposta responsabilidade por adquirir, transportar, manter em depósito e

vender cigarros de comercialização proibida, provenientes de roubo e com selo de controle fiscal adulterado. Fortes indícios de autoria e materialidade. Prisão preventiva motivada. Responsabilidade penal do paciente. Questão que não pode ser examinada em sede de *writ*. Excesso de prazo não configurado. Denegação da ordem. HC 4225-PB 330

Trbt e PrCv

Preliminar de ausência de intimação da parte ré dos atos processuais após a vigência da Lei nº 11.457/2007. Nulidade. Inexistência. Intimação da Fazenda Nacional da pauta de julgamento da arguição de inconstitucionalidade. Mérito: arguição de inconstitucionalidade do art. 245, §§ 1º e 2º, da Instrução Normativa MPS/SRP nº 3, de 2005. Operações comerciais. Produtores rurais e agroindustriais e *trading companies*. Regra desonerativa. Receitas decorrentes de exportação. CF/88, art. 149, § 2º, I. Interpretação. Contribuição prevista no art. 22-A da Lei nº 8.212/91. CPMF. Entendimento firmado pelo STF. Decreto-Lei nº 1.248, de 1972. Necessidade de lei expressa estendendo a imunidade à contribuição em análise. Caso do PIS e da COFINS. Usinas substituídas. Presunção de constitucionalidade da norma. Declaração da constitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 245 da Instrução Normativa MPS/SRP nº 3, de 2005. AI na AMS 94734-AL (voto vista) 290

R

Cv

Responsabilidade civil. Rescisão unilateral de contrato. Financiamento Construcard. Alegação de lucros cessantes e de danos

morais. Não comprovação. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Indícios de ilicitude por parte da empresa autora. Princípio da boa-fé objetiva. Não configuração dos pressupostos para a responsabilidade civil. AC 449394-PE 105

S

Trbt Salário-educação. Sociedade de advogados. Sujeição ao pagamento da taxa. AMS 97972-PE 266

Pen e PrPen Sentença de pronúncia. Recurso em sentido estrito. Competência da Justiça Federal. Licitude da prova realizada. Desnecessidade de nova perícia quando as duas anteriores se mostraram suficientes e exaustivas. Inocorrência de cerceamento do direito de defesa. Verossimilhança da acusação. RSE 1062-AL 344

Pen e PrPen Sequestro e cárcere privado. Autoria e materialidade demonstradas. Conjunto probatório. Continuidade delitiva. Observância da indivisibilidade da ação penal. Não ocorrência de deficiência da defesa. Prejuízo não comprovado. Dosimetria da pena exacerbada. Prescrição retroativa. Reconhecimento em relação a todos os apelantes. ACr 6523-PE 197

Cv Sistema Financeiro de Habitação. Impossibilidade de cobrança de saldo remanescente na hipótese de quitação de todas as prestações pactuadas. Onerosidade excessiva. Legalidade da utilização da Tabela Price. Necessidade de ser expurgada a capitali-

zação de juros nos meses em que houver amortização negativa. Ausência de lei específica que autorize a capitalização de juros. AC 447900-RN 94

PrCv

Suspensão de tutela antecipada. Ação coletiva que visa à concessão de aumento a aposentados da Universidade Federal de Pernambuco a partir de índices aplicados ao RGPS. Elevado número de substituídos (815). Risco de lesão à economia pública. Caracterização. Provimento do agravo inominado com a consequente obtenção da contracautela. AgRg na SL 4207-PE 50