

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

JURISDIÇÃO

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

Número 94 - Novembro/Dezembro - 2011

R. TRF 5ª Região, nº 94, p. 1-365, Novembro/Dezembro - 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 OLIVEIRA 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 353

III - Índice Analítico 357

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 6.378-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA
CARVALHO
Autora: UNIÃO
Réu: JOSÉ DE LIMA SENA
Advs./Procs.: DRS. FLAVIO ALMEIDA DA SILVA JUNIOR E OUTRO
(RÉU)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA OBJETIVANDO A DESCONSTITUIÇÃO DE JULGADO PROFERIDO PELA PRIMEIRA TURMA DESTA CASA, A CONSAGRAR A CORREÇÃO DA TABELA DE PREÇOS DOS SERVIÇOS PRESTADOS AO SUS NO PERÍODO DE JUL/94 A NOV/99, PELO FATOR DE CONVERSÃO DE 2.750, APOIANDO-SE EM DUAS VIOLAÇÕES LITERAIS A DISPOSITIVO DE LEI, E TAMBÉM NA OCORRÊNCIA DE ERRO DE FATO. A PRIMEIRA OMISSÃO AFRONTOU O ART. 1º DO DECRETO 20.910, DE 1932; A SEGUNDA, O § 1º DO ART. 23 DA LEI 9.069, DE 1995.

- A fixação dos valores e atualização monetária das faturas referentes aos serviços prestados ao SUS, via da utilização do fator de conversão 2.750 em relação aos preços praticados, no momento da conversão de cruzeiro para real, em junho de 1994, acarreta a prescrição das prestações vencidas e não reclamadas no quinquênio que antecede o ajuizamento da demanda, não matando o fundo de direito. Fixando a sentença o marco do período para a cobrança de maio a novembro de 1999, fl. 282, o período da condenação atinge apenas os meses de maio a novembro do ano aludido. Inocorrência de violação literal ao art. 1º do Decreto 20.910.

- Já o acordo celebrado entre a União e as entidades hospitalares, no sentido de aplicação de outro fator de correção que não o indicado pela

Medida Provisória 542, de 1994, convertida na Lei 9.069/95, não assume os contornos de lei, nem a decisão, que adota o fator de correção indicado em norma específica, simboliza violação literal de dispositivo de lei, vez que, afinal, foi proferida com base em dispositivo legal.

- Decisão atacada que se comporta com entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o min. Luiz Fux, no sentido de que “o STJ firmou entendimento no sentido de que, para efeito de reembolso dos hospitais que prestam serviços ao SUS, o fator de conversão para o Real é o equivalente a CR\$ 2.750,00 (dois mil, setecentos e cinquenta cruzeiros reais) e não o valor criado pelo Ministério da Saúde, autoridade incompetente frente à atribuição exclusiva do Banco Central do Brasil. 8. É inoperante a alegação da subsistência do acordo lavrado pelo Ministério da Saúde e algumas entidades representativas do SUS, porquanto a incompetência manifesta das autoridades envolvidas no ato retro mencionado invalidou-o. 9. A Administração não pode, por acordo, superar comando oriundo de norma imperativa e de direito público, assim consideradas pelo Superior Tribunal de Justiça (...)”, fl. 346.

- Não ocorre erro de fato quando o julgado não confere a um acordo o valor devido, porque não considerou inexistente um fato existente, nem existente um fato inexistente, a teor do enunciado no § 1º do art. 485 do Código de Processo Civil.

- Improcedência da ação. Condenação da autora, ora vencida, em honorários advocatícios fixados em dois mil reais.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o egrégio Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, julgar improcedente a ação rescisó-

ria, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 5 de outubro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Ação rescisória, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada pela União Federal, contra José de Lima Sena, com base no art. 485, incisos V e IX, do Código de Processo Civil, buscando desconstituir acórdão na AC 408.144-AL, fls. 352-353, integrado ao julgado no EDAC 408.144-AL, fls. 373-374, ambos da lavra do des. Ubaldo Cavalcante, da eg. Primeira Turma.

A parte autora relata que o decisório rescindendo confirmou parcialmente a sentença que condenou *a União a reajustar em 9,56% o valor da Tabela de preços dos serviços que o ora réu prestava aos SUS, em conformidade com a utilização do fator 2.750 para conversão do Cruzeiro Real para URV no período compreendido entre maio de 1999 e novembro desse mesmo 1999, fl. 02v.*

Ao tempo que sustenta que a decisão atacada incorreu em erro de fato, *por ter desconhecido acordo existente e ardilosamente ocultado pelo ora réu, fl. 10, atoa que o referido julgado violou literal e frontalmente dispositivos legais, citando o art. 1º do Decreto 20.910/32 e os acordos firmados entre a Federação Brasileira de Hospitais e a União, acrescentando que o ora réu, ao pleitear a conversão pelo índice 2.750 investe contra texto expresso da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, especificamente no § 1º de seu artigo 23, o qual determina que (...) será deduzida a expectativa de inflação considerada no contrato relativamente ao período, fl. 08.*

Por fim, requer a rescisão do decisório atacado e seja proferido novo julgamento, nos termos do pedido formulado.

Indeferimento do pedido de tutela antecipada, fl. 418.

Contestação de José de Lima Sena, fls. 427-448, alegando, preliminarmente, a inépcia da inicial, enxergando incoerência entre os argumentos esposados na inicial da presente rescisória e o pedido posto na ação originária, e ser devida a aplicação da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, e da Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça, ao caso entelado.

No mérito, aduz que as Portarias 104 e 105, *afrontando a taxatividade do valor de conversão previstos pela Lei 9069/95, § 3º e o comunicado 4.000 de 29 de junho de 1994 do BACEN, adotaram parâmetros diferentes violando disposição legal, o que, indubitavelmente, repercutiu em prejuízos àqueles que prestavam serviço ao SUS*, fl. 435.

Defende que o acordo ressaltado pela União, entre esta e a Federação Brasileira de Hospitais, resta sem licitude, sendo incompetente a autoridade que o determinou, além de extrapolar os ditames legais *que promoveram a transição para o novo sistema monetário editando norma específica e particular para atender somente aos seus propósitos gerando prejuízo aos contratados com o SUS*, fl. 439.

Apresentada a réplica à contestação, fls. 474-480, reiterando os expostos na inicial.

Parecer do Ministério Público Federal, fls. 482-485, opinando pela improcedência do pedido rescisório, por entender, em sede de rescisória, não ser admissível, como base, *a alegação de afronta ao acordo firmado entre a União e a Federação Brasileira de Hospitais*; não ser possível aos interessados deliberar sobre outro fator de conversão senão o previsto em lei; e aplicável ao caso a Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

Ao Revisor

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

A r. decisão, que se busca rescindir, é oriunda da Primeira Turma, da lavra o voto vencedor do des. Ubaldo Cavalcanti, acom-

panhado do des. José Maria Lucena de Oliveira, tendo sido vencido o des. Manoel Erhardt, então convocado, fl. 345.

O decisório rescindendo, por seu turno, exclui da condenação *as parcelas vencidas e não reclamadas antes do lustro anterior ao ajuizamento da ação*, fl. 346, e, no mérito, se calca em entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, manifestado em diversos julgamentos, um dos quais do min. Luiz Fux, a defender que *o STJ firmou entendimento no sentido de que, para efeito de reembolso dos hospitais que prestam serviços ao SUS, o fator de conversão para o Real é o equivalente a CR\$ 2.750,00 (dois mil, setecentos e cinquenta cruzeiros reais) e não o valor criado pelo Ministério da Saúde, autoridade incompetente frente à atribuição exclusiva do Banco Central do Brasil. 8. É inoperante a alegação da subsistência do acordo lavrado pelo Ministério da Saúde e algumas entidades representativas do SUS, porquanto a incompetência manifesta das autoridades envolvidas no ato retromencionado invalidou-o. 9. A Administração não pode, por acordo, superar comando oriundo de norma imperativa e de direito público, assim consideradas pelo Superior Tribunal de Justiça (...)*, fl. 346.

Esses dois aspectos são atacados na presente rescisória, ao lado de outro, sob o título de erro de fato, fl. 10, de maneira que a rescisória se faz impulsionada por duas violações literais a dispositivo de lei e pela ocorrência de erro de fato.

O primeiro argumento, portanto, se liga à prescrição, na violação ao art. 1º do Decreto 20.910, de 1932, na defesa de que *o fundo do direito já se encontrava prescrito, uma vez que nesse lapso temporal não houve qualquer manifestação de inconformidade da parte recorrida, os serviços médicos executados, e, conseqüentemente pagos*, fl. 7v.

A matéria reclama um mergulho na ação primeva, a começar pela inicial, onde o autor, réu na presente rescisória, fixa o período da ocorrência do fato, que, ali, naquela demanda, procura corrigir: *... compreende uma perda de 9,56% do total recebido desde junho de 1994 até os dias atuais*, fl. 17. Ou seja, até o dia do ajuizamento da demanda, em 25 de maio de 2004, fl. 14.

Ocorre que a r. sentença de primeira grau, ao trilhar pelo caminho da procedência, limitou a condenação *ao período compreen-*

dido de maio a novembro de 1999, fl. 282. Ou seja, não estendeu a condenação até os dias atuais, fl. 17, como pedido na inicial daquela ação.

Como não houve nenhuma manifestação recursal do ora réu com relação a tal fixação, o período a ser levado em conta encerra-se em novembro de 1999, sendo que a matéria só foi atacada pela ora autora, em recurso de apelação, entendendo-se o silêncio do ora réu como sinal de concordância com o marco do período fincado em novembro de 1999.

Já no seio da turma, o inconformismo da ora autora, ali apelante, foi devidamente enfrentado, concluindo o voto vencedor, que a prescrição quinquenal atinge apenas *as parcelas vencidas e não reclamadas antes do lustro anterior ao ajuizamento da ação*, fl. 346.

Em consequência, levando em conta, no casamento do período, consagrado no decisório de primeiro grau, com a conclusão da turma, o quadro factual assim se apresenta: a] o mês de novembro de 1999 (fl. 282) foi o último em que o pagamento teria sido a menor; b] atingindo a prescrição quinquenal *as parcelas vencidas e não reclamadas antes do lustro anterior ao ajuizamento da ação*, fl. 346, resta para o réu a cobrança apenas das parcelas concernentes aos meses de maio de 1999 a novembro do mesmo ano, visto que só ingressou com a demanda coeva em 25 de maio de 2004, fl. 14.

Com tais esclarecimentos, para deixar bem assentada a matéria, face ao conflito de períodos entre o pedido inicial da ação coeva, fl. 17, e o marco fincado pela sentença, fl. 282, enfrenta-se o primeiro argumento da autora, ou seja, de violação ao art. 1º do Decreto 20.910.

Neste sentido, atraco, também, no mesmo entendimento da turma, ou seja, a prescrição atinge as parcelas anteriores ao quinquênio que antecede o ajuizamento da demanda coeva, não sendo aqui o caso de extinção do próprio fundo do direito, como a ora autora proclama e persegue.

Penso que, no aspecto, o voto vencido também deixa claro que adotaria tal posicionamento se não tivesse partido da edição do ato normativo, concretizado em 1994, para chegar ao ano do

ajuizamento da demanda coeva, em abril de 2004, fl. 338. No entanto, a pretensão assentou-se a partir de *junho de 1994 até os dias atuais*, fl. 17, de maneira que, levando em conta o término do período, conforme se colhe da sentença, *em novembro de 1999*, fl. 282, o fundo do direito não teria sido extinto, apenas diminuído.

Não vejo, portanto, com relação ao primeiro argumento, nenhuma violação literal a dispositivo de lei.

Já com relação ao segundo argumento, necessário ressaltar que apesar de a rescisória em tela se calcar na violação de literal disposição de lei, fl. 7v., em verdade, todo o acervo de argumentos que a inicial dispara se sustenta em o *acordo celebrado em Mesa de Negociação pelos representantes do CONASS (Conselho Nacional de Secretários de Saúde), pelos estados da federação, e do CONASEMS (Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde), representando os municípios*, fl. 7.

Neste sentido, colhe-se da inicial, por exemplo, diversas manifestações:

[1] O réu agiu com dolo, pois tinha conhecimento, em função do acordo efetuado, que os preços deveriam ser fixados para cobrirem os seus custos. Em consequência, não cabe à União o dever de indenizar, como incorretamente estabelecido na r. sentença, fl. 8.

[2] Da análise firme da questão, não se verifica qualquer ilicitude no acordo estabelecido entre o Ministério da Saúde, Ministério da Fazenda e Entidades Nacionais dos Prestadores (Federação Brasileira de Hospitais-FBH, Fenaes e Confederação de Misericórdia, Conass e Conasems), denominado “Resultado final da mesa de negociação” (MS/MF/Prestadores), que consta o total de recursos do mês de junho – R\$ 506 milhões e, ao final, a conversão da tabela pelo fator de conversão 3.013, uma vez que observado, com rigor o princípio da legalidade, não se podendo, portanto, imputar a responsabilidade pretendida por danos causados a quem quer que seja, até porque não há o nexo causal neste contexto, fl. 8v.

[3] Destarte, a política governamental de acordar um índice não só objetivou manter um patamar adequado de ingresso

de renda no setor, quanto aliou, a este objetivo de política, outros, que certamente visavam benefícios mais amplos do que aqueles circunscritos ao âmbito do setor médico, fl. 9.

[4] Diante dos fatos narrados, o que efetivamente ocorreu é que os particulares obtiveram ganho, e não prejuízo, com a conversão do modo como foi operada, posto que, em vez de aplicação do fator de conversão 2.750, após o expurgo da inflação de junho/94, no percentual de 46,58%, o que resulta no já mencionado fator 4.030,95 foi aplicado o fator médio de 3.013, resultante do acordo firmado em Mesa de Negociação, fl. 10v.

Há outro trecho sintomático, entre as manifestações da ora autora, ao replicar a contestação ofertada pelo réu, ao defender o acordo em foco:

[5] Da análise firme da questão, não se verifica qualquer ilicitude no acordo estabelecido entre o Ministério da Saúde, Ministério da Fazenda e Entidades Nacionais dos Prestadores, ..., fl. 478.

Da exposição dos trechos em tela, constata-se a falta de referência a um dispositivo específico de lei, concentrando-se a ofensa no fato de o julgador rescindendo não ter observado o dito acordo.

Ter o julgador ido de encontro a um acordo não simboliza ofensa literal a dispositivo de lei, porque o acordo não assume os contornos de norma, e, ademais, o acordo é que, por seu turno, vai de encontro à lei, como bem destacou o douto Procurador Regional da República, ao esclarecer que *a fixação de tal fator, por disposição expressa do art. 1º, § 3º, da Lei 9069/95, ficou ao encargo do Banco Central, que, através do Comunicado nº 4.000/94, estipulou-o em 2.750, não sendo possível, portanto, os interessados, ainda que por um acordo específico, dispor sobre a aplicação de um fato de correção diverso daquele fixado pelo Banco Central, fl. 483.*

E, aliás, este é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, manifestado em diversos julgados, um dos quais, do min. Francisco Falcão, a defender que *a Medida Provisória nº 542/94, instituidora do Plano Real, por seu caráter de norma de ordem pública,*

tem eficácia plena e alcance imediato, inclusive, nas cláusulas de reajuste de contratos, não podendo as partes de per si acordar de modo diverso (REsp 512515-RS, DJU 14.906.2004, p. 165), fl. 350.

É o caso, aqui, de maneira a se afirmar que o acordo celebrado, por melhores intenções que carreguem, não traz a força para bater na norma específica, nem, tampouco, o desprestígio do acordo sinaliza para uma violação literal dispositivo de lei.

Rejeito, também, o segundo argumento dentro da violação literal a disposição de lei.

Passo, enfim, para o enfrentamento do erro de fato.

No caso, a inicial é bem clara ao textuar a sua ocorrência no julgado atacado, ou seja, tanto *a sentença de 1º grau – in casu – quanto o acórdão rescindendo, desconsideraram um acordo efetivamente havido, capaz de sustentar o peso de onerosa decisão contra o Poder Público*, fl. 10v.

Desconsiderar um acordo, dentro da linguagem da autora, não é erro de fato, porque este, a teor do § 1º do art. 485 do Código de Processo Civil, só ocorre quando admite um fato inexistente, ou quando considera inexistente um fato efetivamente ocorrido. Não há erro de fato quando o julgado não confere ao elemento acordo, *v. g.*, o valor devido. O julgado não considera o acordo inexistente. Apenas não lhe conferiu a eficácia que a autora ora busca.

Não há assim como prosperar o terceiro argumento, nem resta outro a ser examinado.

Por este entender, julgo improcedente a presente ação, condenando a autora em honorários advocatícios que fixo em dois mil reais.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NA
SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 4.271-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA (PRESIDENTE)

Requerentes: INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA - INEP, PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO E UNIÃO

Requerido: JUÍZO DA 1ª VARA FEDERAL DO CEARÁ

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Parte A.: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Lit. Pass.: COLÉGIO CHRISTUS

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ENEM-2011. CABIMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO, À VISTA DE TER SIDO IDENTIFICADA AMEAÇA DE LESÃO À ORDEM PÚBLICA (EM SUA FEIÇÃO ADMINISTRATIVA). AUTOS QUE DEMONSTRAM LIMITADA VULNERAÇÃO DE SIGILO NO QUE CONCERNE AO CONTEÚDO DAS PROVAS APLICADAS (FORMULADA EM PROL DOS DISCENTES DE CERTA ESCOLA DE FORTALEZA-CE). DESCABIMENTO, POR MANIFESTA DES-PROPORCIONALIDADE, DA ANULAÇÃO DAS QUESTÕES PARA TODOS OS ALUNOS DO PAÍS. AUSÊNCIA DE SOLUÇÃO LEGAL PARA SITUAÇÃO COMO A EXAMINADA. ADMINISTRAÇÃO QUE PROPÕE SAÍDA RAZOÁVEL PARA O IMBRÓGLIO. IMPOSSIBILIDADE DE SINDICABILIDADE JUDICIAL DO ATO. IMPROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO.

- Desafia a adoção dos expedientes de contracautela política (o pedido de suspensão de eficácia de liminar) a decisão judicial que, identificando a quebra de sigilo no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM-2011), anulou, para todos os candidatos do país, questões que apenas os es-

tudantes de determinada escola de Fortaleza-CE conheceram antes dos demais; incidência da norma contida na Lei nº 7347/85, art. 12, § 1º.

- Certo que a prova colacionada aos autos permite a conclusão de que as questões objeto de impugnação foram disponibilizadas, em vulneração proscriita de sigilo, apenas a estudantes de determinada escola localizada na capital cearense, não é possível pretender anulá-las para todos os discentes do país, sob pena do cometimento de evidente desproporcionalidade.

- A ausência de solução ditada por lei para situação como a narrada não permite que o Poder Judiciário censure aquela proposta pela administração, a menos que se demonstrasse – à evidência – a sua própria ilegalidade, algo incogitável na hipótese vertente.

- Agravo inominado improvido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 16 de novembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator Presidente

RELATÓRIO

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

Cuida-se de agravo inominado interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão de minha lavra, a qual deferiu o pedido de suspensão de liminar (a interlocutória que determinara a anula-

ção de 13 das 180 questões que compuseram o ENEM-2011 para todos os participantes do certame¹).

O MPF sustenta, agora, ser inadequado o sacrifício dos direitos individuais dos alunos do Colégio CRHISTUS, dado que não se teria como afirmar que somente eles tivessem tido acesso prévio – e vedado – às questões aplicadas no ENEM-2011. Fala que, na convivência em um mundo globalizado (em que tais questões compunham um BNI - Banco Nacional de Itens), não seria possível delimitar, como beneficiários, apenas os discentes daquela escola. Alega ainda que, constatada a violação ao princípio da isonomia, far-se-ia necessário o restabelecimento da devida equiparação entre os concorrentes, a qual implica – no sentir ministerial – a necessidade de anulação dos quesitos “vazados” para todos os participantes do certame. Em defesa do arguido, colaciona decisões de Tribunais e do STJ para o caso de questões mal formuladas.

Por fim, requer a reconsideração da decisão agravada e, em esta não ocorrendo, o julgamento do presente recurso.

Houve contrarrazões.

Porque não realizei retratação, submeto à Corte, na primeira ocasião possível, a irresignação relatada.

VOTO

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

Trata-se – como mencionado – de pedido de suspensão de liminar (antecipação de tutela) formulado pela União e pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP, irresignados com a interlocutória da lavra do Juízo Federal

¹ Anoto que, às fls. 249/250, foi indeferida a postulação feita pela Associação PRÓ-ENSINO S/C LTDA. (mantenedora do Colégio CHRISTUS), posto não ser de competência da Presidência do TRF5, mas do próprio INEP (União/MEC), a identificação da forma de operacionalizar a equalização do resultado final da prova uma vez anuladas, para os alunos daquela unidade de ensino, as questões controversas.

da 1ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, que, em sede de Ação Civil Pública manejada pelo Ministério Público Federal, determinou a anulação de 13 das 180 questões que compuseram o ENEM-2011 para todos os participantes, mercê da indubitosa divulgação antecipada destas questões, ao menos para os 639 alunos do Colégio CHRISTUS, estabelecido em Fortaleza.

Os requerentes, de seu turno, sustentam a impropriedade da solução adotada pelo juízo originário, dado que, para corrigir problema mínimo, circunscrito a 639 alunos, terminara por conspurcar o resultado de quase cinco milhões de estudantes. Sempre segundo eles, a solução adotada na decisão em foco, além do prejuízo antes destacado, não asseguraria a isonomia plena entre os participantes, influenciando no resultado de milhões de outras provas. A decisão atentaria, inclusive, contra a República e a Divisão dos Poderes, posto que estaria, o Juiz, a exercer atribuições próprias do Poder Executivo. Destacam, pois, o que seriam os severos danos causados à administração e à ordem pública.

No exercício da Presidência, tenho procurado – como fiz questão de destacar na decisão monocrática ora combatida –, exercer com extremo cuidado o controle político das liminares e das execuções de sentença, reservando-o aos casos de indubitosa repercussão generalizada (onde, de fato, perigues a ordem pública ou sejam de monta os danos possíveis para o erário e para outros bens submetidos à proteção do instituto da suspensão). E tanto assim que, em oito meses de mandato, somente tive ensejo de suspender duas liminares.

Esta atitude decorre do despreço que guardo em relação a este instituto de exceção, desigualador dos partícipes do processo, dado que seu uso é reservado apenas às pessoas jurídicas de direito público. Demais disso, penso que o controle **jurídico** das liminares deve ser o caminho natural das impugnações, ficando o instituto da suspensão, mediante controle **político**, limitado – repita-se à exaustão – a casos excepcionais.

Sem embargo, tenho que, na hipótese dos autos, o cabimento do pedido de suspensão é manifesto, cumprindo à Presidência examiná-lo (seja para deferi-lo, seja para denegá-lo).

É que a liminar considerada atinge a esfera de interesses de cerca de 5.000.000 (cinco milhões) de estudantes, espraiando seus efeitos para o ingresso deles nas várias universidades públicas do país, com repercussão na concessão de bolsas, na obtenção de financiamentos e na orientação de políticas públicas. O assunto é grave e influi, sim, na organização da administração. Importante, neste passo, referir que, em oportunidade em tudo igual à presente (ao menos quanto ao cabimento do pedido, relativo também ao ENEM, em certo processo oriundo do Estado do Ceará), o então Presidente Luiz Alberto Gurgel de Faria conheceu da postulação e, em seguida, o Pleno do tribunal, provocado através de agravo, manteve, à unanimidade de votos, o mesmo entendimento (Suspensão de Segurança nº 4.208-CE).

Fico, portanto, tranquilo quanto ao cabimento do pedido, contando com o pronunciamento prévio do Plenário da Corte, que ocasionalmente dirijo.

Vou ao âmago da postulação.

A falha na aplicação do ENEM é inconteste. Neste ponto estão acordes autor e réus. A experiência de aplicação do ENEM, exitosa no que respeita aos avanços e aperfeiçoamentos que acarreta, vem se mostrando confusa, descuidada mesmo, sempre apresentando erros mais ou menos graves.

A realidade, porém, não se reverte. Não se pode reescrever dia já vivido. O objeto quebrado não se “des-quebra”. Quando muito se conserta. E terá sido, então, quebrado e consertado, jamais readquirindo sua original condição.

Diante do conhecimento prévio de algumas das questões pelos alunos do colégio CHRISTUS², impunha-se a adoção de medi-

² O principal ponto deste recurso é saber o alcance do “vazamento”. Para o MPF, a vida em mundo globalizado – pautado em informações passadas num teclado de computador – permitiria a convicção de não ser possível limitar aos alunos do Colégio CHRISTUS o conhecimento prévio das questões, donde a necessidade de uma anulação generalizada.

Não se trata de pensamento fora de cogitação, reconheço.

Mas, de todo modo, não é demasiado questionar: fosse o caso de um “vazamento” largo a esta medida, já não teria aparecido, neste mesmo mundo

das que objetivassem o restabelecimento (possível) da paridade da disputa. E, entre elas, a extirpação das questões quanto aos alunos beneficiados, que era mesmo de rigor.

O que se discute nos autos não é esta desconstituição, que o juiz determinou e que o próprio MEC preconiza. A discussão diz respeito ao excesso que o juiz impôs, determinando a anulação das questões para todos os alunos – e aqui o MEC dissente, pedindo, na *suspensão*, seja a desconstituição restrita aos alunos beneficiados com o conhecimento irregular dos quesitos.

Nenhuma solução é de todo boa. Aliás, isso é próprio dos erros: quase nunca comportam solução ótima.

Anular **'somente'** as questões dos alunos beneficiados não restabelece a isonomia. É que eles continuariam a gozar, para o bem ou para o mal, de situação singular (afinal a prova, para os tais, findaria com menos questões). E certamente a solução não teria a neutralidade desejável, é dizer, o resultado não seria o mesmo, com e sem a anulação.

De outro lado, anular as questões para **'todos'** os participantes também não restauraria a igualdade violada.

Convenha-se que esta tem sido a solução clássica para as hipóteses de concurso, pois a desconstituição de questões traz sempre a nota da universalidade e, no fim de contas, uma mesma questão não pode ser ao mesmo tempo hígida e viciada; mas, aqui, o vício não compromete a questão em si, senão a sua vinculação a determinados candidatos, e daí ser possível – em tese – extirpá-lo sem generalizações.

“globalizado”, alguém que o demonstrasse? Alguém não o teria denunciado (os adversários dos beneficiários e suas respectivas escolas)? Já não haveria cópia de página de internet, disponível e colacionada, onde a suposição do “vazamento” incontido estivesse minimamente embasada?

Aqui, ponderar o mundo plano da internet é realizar raciocínio pendular, ou seja, que pode ser utilizado para qualquer um dos dois lados: tanto as questões poderiam ter “vazado” para todos, é verdade, como também as denúncias do “vazamento” ilimitado, se tivesse ocorrido, já teriam sido formuladas.

E não há qualquer laivo de demonstração empírica, seja do vazamento generalizado em si, seja de denúncia minimamente crível que o pretendesse demonstrar, pelo que não o posso dar por certo e indubitado.

De todo modo, seja como for, a anulação geral também não seria neutra, ou seja, o resultado do ENEM seria afetado, e a lista de aprovados nos vários vestibulares sofreria alterações mais ou menos significativas.

Como se vê, nenhuma das soluções tem condições de assegurar – em termos absolutos – a neutralidade e a isonomia desejáveis.

Penso, porém, e o raciocínio aqui é matemático, que a ofensa à neutralidade é proporcional ao número de alunos que tiverem seus resultados alterados. Assim, se a solução propugnada pelo MEC implica possível alteração nas notas de 639 (seiscentos e trinta e nove) participantes do ENEM, a solução adotada na decisão hostilizada implica possível alteração nas notas de quase 5.000.000 (cinco milhões) deles. A desproporção é gritante.

Outro aspecto importante forjou minhas conclusões: se nenhuma solução é ótima; se a quem quer que, tendo bom senso e equilíbrio, sejam postas a situação e as soluções cogitadas, acudirão severas dúvidas entre elas; se, enfim, não há caminho obrigatoriamente apontado pela lei, não me parece lícito que a decisão judicial afaste a adotada pelo administrador.

O juiz pode e deve controlar o ato administrativo, inclusive quanto ao mérito. Mas somente pode fazê-lo, parece-me, quando o administrador, a toda evidência, não seguiu a solução legal ou escolheu, no exercício de poder discricionário, a solução evidentemente pior.

Na hipótese sob censura, diante da razoabilidade de qualquer das soluções cogitadas e da inexistência de solução ótima, o deferimento da liminar implicou, com todas as vênias a quem entenda de modo diverso, indevido controle judicial a ato administrativo escorreito.

Em face do exposto, mantendo o deferimento do pedido de suspensão da liminar guerreada, nego provimento ao agravo inominado.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 6.530-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(CONVOCADO)
Apelante: UNIÃO
Apelado: ROBSON CORDEIRO E OUTROS
Adv./Proc.: DR. WALFRIDO GOUVEIA DE GUSMÃO (APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. FORÇA MULTINACIONAL DA ONU. MISSÃO DE PAZ EM KOSOVO. MILITARES BRASILEIROS ENVIADOS PELO GOVERNO BRASILEIRO. LEI Nº 10.937/04. INDENIZAÇÕES DECORRENTES. POSSIBILIDADE.

- Cuida-se de apelação e remessa obrigatória de sentença que julgou procedente o pedido formulado pelos demandantes de receber as vantagens de que trata a Lei nº 10.937/04, à vista que fizeram parte da força de paz da ONU em Kosovo, condenando a União a pagar a cada um dos autores: a) indenização Financeira Mensal, com incidência do Fator Regional, a ser calculada com fulcro no art. 3º da Lei nº 10.937/04, referente ao período de 28 de dezembro de 2004 até o dia 29 de dezembro de 2005; b) auxílio destinado a atender despesas com deslocamento e instalação, a ser calculado na forma prevista no art. 4º, I e II, da Lei nº 10.937/04; pelo que resolvido o mérito deste processo, com fulcro no art. 269, I, do Código de Processo Civil.

- A teor do art. 3º da Lei nº 10.937/04: Os militares integrantes de tropa brasileira no exterior continuarão recebendo, em moeda nacional, a remuneração prevista na legislação pertinente das Forças Armadas ou na dos Estados, Distrito Federal e Territórios, percebendo, ainda, em moeda estrangeira, a Indenização Financeira Mensal para Tropa no Exterior, que será igual ao produto dos valores estabelecidos na Tabela I do Anexo a esta Lei pelo Fator Regional fixado. O art.

4º, caput, dispõe: Além da remuneração e das indenizações financeiras previstas no art. 3º, o militar integrante de tropa brasileira no exterior terá direito a um auxílio destinado a atender despesas com deslocamento e instalação (...).

- Manutenção da sentença que reconheceu o pleito dos demandantes conforme as normas acima transcritas, porque aplicáveis ao caso, visto que os promoventes encontravam-se em missão de paz de 28 de dezembro de 2004 até o dia 29 de dezembro de 2005, quando já estava em vigor a Lei nº 10.937/04.

- Apelação e remessa obrigatória improvidas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 11 de outubro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA - Relator
Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA (Convocado):

Cuida-se de apelação e remessa obrigatória de sentença que julgou procedente o pedido formulado pelos demandantes de receber as vantagens de que trata a Lei nº 10.937/04, à vista que fizeram parte da força de paz da ONU em Kosovo, *condenando a União a pagar a cada um dos autores: a) indenização Financeira Mensal, com incidência do Fator Regional, a ser calculada com fulcro no art. 3º da Lei nº 10.937/04, referente ao período de 28 de dezembro de 2004 até o dia 29 de dezembro de 2005; b) auxílio destinado a atender despesas com deslocamento e instalação, a ser calculado na forma prevista no art. 4º, I e II, da Lei nº 10.937/04;*

pelo que resolvido o mérito deste processo, com fulcro no art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Apela a União aduzindo que os demandantes não integraram a tropa brasileira não fazendo jus aos benefícios de que trata a Lei nº 10.937/04, pedem reforma da sentença *in totum* para que se negue o pleito dos promoventes.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(Relator Convocado):

A questão posta a deslinde cinge-se à verificação de direito decorrente da Lei nº 10.937/04.

Prima facie, façamos uma breve incursão à legislação atinente ao caso, qual sejam os artigos 3º e 4º da Lei nº 10.937/04 que dispõe sobre a remuneração dos militares, a serviço da União, integrantes de contingente armado de força multinacional empregada em operações de paz, em cumprimento de obrigações assumidas pelo Brasil em entendimentos diplomáticos ou militares, autorizados pelo Congresso Nacional e sobre envio de militares das Forças Armadas para o exercício de cargos de natureza militar junto a organismo internacional, *in verbis*:

Art. 3º Os militares integrantes de tropa brasileira no exterior continuarão recebendo, em moeda nacional, a remuneração prevista na legislação pertinente das Forças Armadas ou na dos Estados, Distrito Federal e Territórios, percebendo, ainda, em moeda estrangeira, a Indenização Financeira Mensal para Tropa no Exterior, que será igual ao produto dos valores estabelecidos na Tabela I do Anexo a esta Lei pelo Fator Regional fixado.

§ 1º Ao militar designado para a função de Comandante de Organização Militar no Exterior ou de Chefe de Estado-Maior de Grande Unidade ou de Grande Comando será devida, em moeda estrangeira, a Indenização Financeira Mensal para Funções de Comando no Exterior resultante do produto dos valores estabelecidos na Tabela II do Anexo a esta Lei pelo Fator Regional fixado.

§ 2º Ao militar designado para a função de Subcomandante de Organização Militar no Exterior, nível batalhão ou superior, será devida, em moeda estrangeira, a Indenização Financeira Mensal para Funções de Comando no Exterior resultante do produto dos valores estabelecidos na Tabela II do Anexo a esta Lei pelo Fator Regional fixado.

§ 3º O Fator Regional será proposto pelo Ministro de Estado da Defesa e fixado no ato de autorização da missão, com base na avaliação estratégica, operacional e econômica da região da operação de paz, observada a Tabela III do Anexo a esta Lei.

§ 4º A forma de pagamento das indenizações financeiras a que o militar no exterior faça jus será disciplinada em ato específico do Comandante da Força Singular.

§ 5º As indenizações financeiras não serão computadas para efeito de pagamento do adicional de férias e do 13º salário.

§ 6º As indenizações financeiras não serão computadas para efeito de pagamento de provento de inatividade e de pensão militar e alimentícia.

§ 7º O direito à percepção das indenizações financeiras inicia-se na data do embarque para o exterior e cessa na data do desligamento de sua sede no exterior ou da partida da última localidade no exterior, relacionada com a missão.

§ 8º O pagamento das indenizações financeiras não se interrompe:

I - por motivo de luto;

II - por licença para tratamento de saúde de até trinta dias; ou

III - em virtude de viagem ao Brasil, a serviço.

Art. 4º Além da remuneração e das indenizações financeiras previstas no art. 3º, o militar integrante de tropa brasileira no exterior terá direito a um auxílio destinado a atender despesas com deslocamento e instalação, calculado da seguinte forma:

I - na ida, correspondente a uma vez o valor da Indenização Financeira Mensal para Tropa no Exterior e acrescida,

nos casos específicos, de uma vez o valor da Indenização Financeira Mensal para Funções no Exterior, em moeda estrangeira;

II - na volta, correspondente a uma vez o valor da remuneração prevista na legislação pertinente das Forças Armadas ou na dos Estados, Distrito Federal e Territórios, em moeda nacional.

§ 1º No caso de o prazo da missão ser superior a doze meses ou ultrapassar este período por motivo de prorrogação, os militares dela participantes terão direito, a cada três meses de acréscimo da duração da missão, a um adicional do auxílio previsto no *caput*, correspondente a um quarto do valor recebido na ida mais um quarto do valor a receber na volta.

§ 2º O adicional estabelecido no § 1º será pago ao militar da seguinte forma:

I - a parcela referente a ida, no local da missão; e

II - a parcela referente a volta, quando do desligamento de sua sede no exterior. (Grifei)

Pela legislação acima transcrita percebe-se que os demandantes fazem jus ao pleito aduzido conforme foi concedido na doughta sentença.

Assim, a sentença vergastada deve ser mantida pelos próprios fundamentos, não havendo reparos à mesma, razão pela qual se passa a transcrição de alguns de seus trechos:

A União se opôs à pretensão autoral sob os argumentos de que os autores não foram indicados para aquela missão pelo Presidente da República, e de que não integravam contingente armado de tropa brasileira.

Ocorre que, na Lei nº 10.937/04, não consta como requisito a indicação presidencial. Há ali a previsão de responsabilidade do Presidente da República, “que determinará ao Ministro de Estado da Defesa a ativação de órgãos operacionais”. (Art. 2º)

Pelo que se colhe dos autos, toda a operacionalização daquela tropa militar brasileira no exterior integrante de força multinacional empregada em operação de paz foi fei-

ta por ativação do Ministério da Defesa, que age sob delegação do Presidente da República.

E, como bem destacou a parte autora em sua Réplica (fl.84), os demandantes e demais militares brasileiros enviados pelo governo brasileiro para integrar o contingente armado da Força Multinacional da ONU, em missão de paz em Kosovo, constituíram a tropa brasileira sob comando único de oficial, signatário do certificado acostado às fls.18/21.

Por fim, cumpre aqui ressaltar o argumento utilizado pela defesa da União no sentido de afastar as verbas aqui perseguidas pelo fato dos autores terem recebido os seus soldos, pagos pelos seus respectivos Estados, porquanto o art. 3º da Lei nº 10.937/2004, acima já destacado, é peremptório em declarar que as verbas de indenização ali previstas são cumuláveis com **a remuneração prevista na legislação pertinente das Forças Armada e dos Estados.**

Mantida a sentença que reconheceu o pleito dos demandantes conforme as normas acima transcritas, porque aplicáveis ao caso, visto que os promoventes encontravam-se em missão de paz, de 28 de dezembro de 2004 até o dia 29 de dezembro de 2005, quando já estava em vigor a Lei nº 10.937/04.

Pelo exposto, nego provimento à apelação e à remessa obrigatória.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 10.294-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: ALDO DA FONSECA TINOCO FILHO
Apelados: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A E OUTRO E AQUAMEC EQUIPAMENTOS LTDA.
Recte. Ades.: CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A E OUTRO
Advs./Procs.: DRS. ESEQUIAS PEGADO CORTEZ NETO E OUTROS (APTE.), MYERSON LEANDRO DA COSTA E OUTROS, HEMETÉRIO JALES JÚNIOR E OUTROS E GUILHERME DE CARVALHO DOVALE OUTRO E HEMETÉRIO JALES JÚNIOR

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. CONTRATO. OBRA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA E DE INÉPCIA DA INICIAL POR AUSÊNCIA DE CAUSA DE PEDIR E POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. NÃO ACOLHIMENTO. LICENCIAMENTO AMBIENTAL PARA INSTALAÇÃO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO.

- Demonstração nos autos – Parecer da Assessoria Jurídica do Estado e o Parecer Técnico 1315/2005, do IDEMA – de que a concessão da referida licença e seu impacto ambiental e econômico foi precedida da análise de todos os requisitos necessários. Sistema de esgotamento contratado dentro das hipóteses analisadas e reconhecidamente viáveis.

- Renovação de contrato suspenso, unilateralmente pela Administração, por insuficiência de recursos. Ajuste no contrato de modo a acompanhar o avanço tecnológico no âmbito da engenharia sanitária. Possibilidade. Obra de relevante interesse público.

- Parecer ministerial pelo não provimento dos recursos voluntários e da remessa oficial. Manutenção da sentença.**
- Apelação, recurso adesivo e remessa oficial improvidos.**

ACÓRDÃO

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

Recife, 25 de outubro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Trata-se de apelação e recurso adesivo de sentença que, em sede de ação popular movida pelo ora apelante em desfavor da CEF, do Estado do Rio Grande do Norte, a CAERN e o IDEMA – onde o particular objetiva: a) a anulação da Licença de Instalação 692/2005 e a realização de novo procedimento de licenciamento para implantação do projeto de esgotamento sanitário do sistema central de Natal; b) a rescisão do contrato de financiamento realizado com a CEF e a determinação para que outro seja firmado; c) a nulidade do Contrato 00047/90, firmado entre a CAERN e a Construtora Norberto Odebrecht S/A, bem como a realização de nova licitação para a execução da obra; e d) a invalidade do Contrato 05.0188 celebrado entre a CAERN e a AQUAMEC EQUIPAMENTOS LTDA. –, extinguiu o processo, sem resolução do mérito, em relação a Ricardo Bezerra Mariz, Município de Natal, Tiago Cezar Dultra Britto e Paulo César Modesto Pereira, por ilegitimidade passiva, julgando improcedentes os pedidos deduzidos na exordial e rejeitando a alegação de litigância de má-fé.

Nas razões de apelo o particular sustenta, em preliminar, o cerceamento de defesa, diante da necessidade de realização de perícia para se apurar eventual superfaturamento. No mérito, alega: a) que não havia como conceder uma licença de instalação sem que já houvesse, antes, a licença prévia respectiva; b) que no presente caso, não existiu licença prévia, tampouco Projeto executivo, e, portanto, a licença de instalação foi indevidamente concedida; c) que não houve escolha legítima do método de tratamento dos esgotos; e d) que não foi realizada comparação entre as alternativas tecnológicas de tratamento de esgoto existentes.

No recurso adesivo, a Construtora Norberto Odebrecht S/A e Tiago Cezar Dutra Britto aduzem as preliminares de inépcia da inicial, ante a ausência de causa de pedir e ante a impossibilidade jurídica do pedido.

Contrarrazões apresentadas.

Parecer ministerial pelo não provimento dos recursos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

O cerne da questão consiste em verificar acerca da procedência ou não de ação popular movida em desfavor dos ora apelados, objetivando evitar supostos danos ambientais e econômicos irreversíveis decorrentes da implantação do Projeto de esgotamento sanitário do sistema central de Natal, no montante de R\$ 61.200.000,00, na forma do Contrato nº 0156.800-62/03.

Nas razões de apelo o particular sustenta, em preliminar, o cerceamento de defesa, diante da necessidade de realização de perícia para se apurar eventual superfaturamento. No mérito, alega: a) que não havia como conceder uma licença de instalação sem que já houvesse, antes, a licença prévia respectiva; b) que no presente caso, não existiu licença prévia, tampouco projeto executivo, e, portanto, a licença de instalação foi indevidamente concedida; c) que não houve escolha legítima do método de tratamento dos esgotos; e d) que não foi realizada comparação entre as alternativas tecnológicas de tratamento de esgoto existentes.

Recorrendo adesivamente, a Construtora Norberto Odebrecht S/A e Tiago Cezar Dutra Britto aduzem preliminares de inépcia da inicial, ante a ausência de causa de pedir e ante a impossibilidade jurídica do pedido.

Entendo, inicialmente, que nenhuma das preliminares suscitadas prosperam. Note-se que todas já haviam sido afastadas quando da prolação da sentença recorrida.

Naquele momento restou muito bem delineado alguns aspectos que foram corroborados pelo representante ministerial, a saber:

QUANTO AO CERCEAMENTO DE DEFESA

Observo que este inexistente, justamente porque, conforme registrou o magistrado prolator do *decisum* ora impugnada, as informações acerca do contrato de financiamento firmado com a Caixa Econômica Federal, inclusive com relação ao prazo para reembolso, constam na contestação da referida empresa pública. Ademais, não se olvida que, tendo o magistrado formado sua convicção a partir dos elementos constantes dos autos, não está obrigado a providenciar diligências que entenda dispensáveis ou protelatórias.

Ademais, igualmente não há necessidade de realização de perícias técnicas de cunho ambiental para atestar o método de tratamento de esgotos mais eficiente, requeridas pelo recorrente. O douto sentenciante ponderou que a matéria já foi exaustivamente apreciada pelos órgãos ambientais competentes. Tendo destacado:

A prova pericial mostra-se igualmente desnecessária, uma vez que a ação encontra-se instruída com pareceres técnicos do IDEMA e pronunciamentos da Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município do Natal e do Conselho Municipal de Saneamento Básico – órgão que o postulante pede expressamente que se pronuncie sobre o tema (fl. 1475) – nos quais as questões que o autor pretende esclarecer, como as alternativas técnicas para a estação de tratamento e seu impacto ambiental e econômico. (Fl. 1495). (Grifamos)

Ressalto que a posição da jurisprudência de nossos tribunais é no sentido de que o relatório de impacto ambiental - RIMA - configura indiscutível trabalho técnico atribuído à Administração. Por isso, não pode o julgador determinar sua realização por perito, como pretende o recorrente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEMANDA QUE OBJETIVA A CONSTRUÇÃO DE DEPÓSITO DE SUBSTÂNCIA RADIOATIVA (CÉSIO 137). LEGITIMIDADE DA UNIÃO. RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL. REALIZAÇÃO POR PERITO JUDICIAL. INVALIDADE.

1. A União é parte passiva legítima na demanda que objetiva a construção de depósito de substância radioativa (césio 137) em vista da atribuição que lhe foi outorgada pelo artigo 21, inciso XXIII, da Constituição Federal, para “explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza”. Precedente.

2. O relatório de impacto ambiental - RIMA - configura indiscutível trabalho técnico atribuído à Administração. Por isso, não pode o julgador determinar sua realização por perito, mesmo porque não configura prova que deva ser produzida para instrução da causa, mas documento de interesse da lide que deve ser elaborado por quem legitimamente investido da atribuição (órgão municipal, estadual ou federal).

3. Agravo provido.

QUANTO À INÉPCIA DA INICIAL POR AUSÊNCIA DE CAUSA DE PEDIR

Tenho que, segundo argumentou o sentenciante “conquanto a inicial não seja de fácil inteligência, dela se extraem todos os elementos da ação (partes, pedido e causa de pedir)”, concluindo a sentença:

42. Da mesma forma, não se confunde documento essencial à propositura da ação, cuja ausência enseja o indeferimento da inicial, nos termos dos arts. 283 c/c 284, CPC, com a prova dos fatos alegados, ônus que incube ao autor, conforme dispõe o art. 333, I, cuja análise consiste matéria de mérito.

43. Dessa forma, rejeito a preliminar.

Ademais, o TRF-2ª Região já decidiu que a lesividade ou a ilegalidade dos atos administrativos integram a causa de pedir próxima nas ações populares, por estarem relacionadas aos fatos alegados na exordial, sendo, portanto, questão de mérito, cuja aferição somente deve ser realizada após a dilação probatória, quando do julgamento da pretensão autoral, conforme se verifica na ementa abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. LESIVIDADE E ILEGALIDADE. QUESTÃO DE MÉRITO. LICITAÇÃO. SERVIÇOS DE INFORMÁTICA. CRITÉRIO DE TÉCNICA E PREÇO. NOMEAÇÃO DE JUIZ CLASSISTA DO TRT DA 1ª REGIÃO. PEDIDO VAGO. INDEFERIMENTO. GARANTIA EM CONTRATO ADMINISTRATIVO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.

1 - A lesividade ou a ilegalidade dos atos administrativos impugnados integram a causa de pedir próxima nas ações populares, por estarem relacionadas aos fatos alegados na exordial – objetivando a construção de raciocínio lógico-jurídico que conduza ao direito afirmado –, sendo, portanto, questão de mérito, cuja aferição somente deve ser realizada após a dilação probatória, quando do julgamento da pretensão autoral.

2 - A petição da empresa-ré, acostada à fl. 58, dirigida à Comissão Permanente de Licitação do TRT da 1ª Região, não teve natureza de impugnação editalícia. Inaplicável, o prazo decadencial previsto no § 1º do art. 41 da Lei nº 8.666/93.

3 - A alteração do valor estimado e do prazo de vigência contratual resultou da constatação de existência de discordância material constante do Projeto Básico. “Embora não tenha a administração do egrégio Tribunal Regional do Trabalho observado rigorosamente os ditames da legislação de referência que determina a publicação não só da notícia da licitação, mas também do conteúdo básico do ato convocatório, não houve lesão ao princípio da isonomia entre os licitantes, nem comprovação de prejuízo ao Erário Público”.

4 - Na licitação do tipo “técnica e preço”, a obtenção do resultado final se dá através da média ponderada dos índices de técnica e preço, certo é concluir que um concor-

rente, que ofereça melhores fatores técnicos, de acordo com o estabelecido no Edital, poderá, mesmo com preço maior, ser o vencedor, caso o certame privilegie a melhor técnica, e não o melhor preço.

5 - As nomeações para os cargos temporários de Juiz Classista de 1ª e 2ª instância observaram procedimentos habilitatórios distintos, que não ensejaram nenhuma vinculação, sendo de se ressaltar que o indeferimento do Sr. Fernando, para o cargo de Juiz Classista do TRT 1ª Região, deu-se por razão meramente formal, ou seja, insuficiência de documentação.

6 - Em relação à questão orçamentária, limita-se o autor a requerer a “devolução de todos os gastos efetuados sem previsão orçamentária”, aduzindo apenas, à guisa de exemplo, gastos referentes à aquisição de veículos e construções prediais, sem indicar, precisamente, os atos lesivos ao erário. Referido pedido é vago e desatende ao que preceitua o art. 282 do Digesto Processual, impondo-se, dessa forma, o seu indeferimento.

7 - Sustentam os réus que, no caso específico da Construtora Moreira Ferreira, houve a adoção de um procedimento excepcional de caução, com a realização de depósitos em conta poupança descontados do valor a ser pago mensalmente à construtora que somente seriam levantados após o adimplemento do contrato, mediante expressa autorização do TRT. “A lógica da norma que determina a previsão de garantia à execução do contrato, nas modalidades previstas, é justamente assegurar o efetivo cumprimento do objeto contratado. Tendo este sido plenamente adimplido a caução, ainda que não prestada da forma devida, cumpriu o seu papel”.

8 - No que concerne à aplicação da pena prevista no art. 13 da Lei nº 4.717/65, impende frisar que a caracterização do *improbis litigator* nas demandas populares deve ser aferida à luz do que preconiza o inciso LXIII do art. 5º do Texto Básico, que exige a comprovação da deslealdade processual, *rectius*, má-fé.

9 - Se o litigante temerário é aquele que “age com má-fé perseguindo uma vitória que sabe ser indevida”, desaceretada é a aplicação da penalidade prevista no art. 13 da Lei nº 4.717/65, com base na desistência do autor popular, logo após a distribuição do feito, uma vez que este mani-

fecha o seu interesse em não prosseguir com o processo, o que não se subsume a nenhuma das hipóteses previstas no art. 17 do Digesto Processual.¹

QUANTO À INÉPCIA DA INICIAL POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

É cediço que não se pode afastar da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, sob pena de ferir o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Como bem ponderou o MM. Juiz sentenciante, “analisando a possibilidade jurídica do pedido apenas com base nas afirmações contidas na inicial, sem qualquer ilação acerca de sua procedência, não se vislumbra óbice legal à pretensão, já que está fulcrada na ilegalidade dos atos administrativos apontados, sendo certo que nosso ordenamento jurídico admite o controle jurisdicional em tal caso”.

É pacífico o entendimento jurisprudencial de que o direito à impugnação de qualquer norma editalícia pode ser apreciado pelo Poder Judiciário, em atenção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, sendo ilustrativo o seguinte precedente:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA DE LEILÃO. ARREMATAÇÃO DE VEÍCULOS QUE ESTAVAM EM SITUAÇÃO IRREGULAR. DESCONFORMIDADE DO EDITAL DO CERTAME COM A LEI Nº 8.666/93. OMISÃO EM DESCREVER DE FORMA CLARA O OBJETO DO TORNEIO SELETIVO. NULIDADE. DANOS MATERIAIS DEVIDOS. DANOS MORAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

1. Pretensão do particular, ora apelante, de que seja anulado o Leilão nº 01/2001, de 11-4-2001, realizado pela UFPB para a alienação de veículos inservíveis para a Administração, com a condenação da Autarquia ré no pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R\$ 10.360,68 (dez mil, trezentos e sessenta reais e sessenta e oito cen-

¹ TRF2. AC- 195228. Relator: Desembargador Federal Poul Erik Dyrland. Órgão julgador: Sexta Turma. Fonte: *DJU* - 02/07/2002, pág. 172.

tavos), e danos morais, a serem arbitrados pelo juízo, além da condenação da Autarquia em honorários advocatícios, no percentual de 20% sobre o valor da condenação.

2. Prejudicial de decadência, com base no art. 41, § 2º, da Lei nº 8.666/93, suscitada pela autarquia apelante, que se rejeita, uma vez que a caducidade do direito à impugnação de qualquer norma editalícia, somente se verifica perante a Administração, não tendo tal norma o condão de obstar a que a parte que se sinta prejudicada, busque o Poder Judiciário para ver restabelecido o seu direito, em atenção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, consignado no art. 5º, XXXV, da vigente Constituição da República, segundo o qual, “a lei não (...) excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (...)

Rejeitadas as preliminares, passo ao mérito.

Do mesmo modo, não vislumbro como acolher a tese meritória.

Extraio, por oportuno, trecho elucidativo da peça opinativa, ao tratar da polêmica discussão, nos autos, acerca das irregularidades apontadas na inicial, relativas ao licenciamento ambiental:

Com efeito, o MM. Juiz invoca Parecer da Assessoria Jurídica do Estado e o Parecer Técnico 1315/2005, do IDEMA, juntados pelo próprio autor, fls. 157/158 e 161/172, respectivamente, elucidativos das supostas irregularidades apontadas na inicial, salientando a Sentença:

68. Em tais documentos resta demonstrado que se dispensou tão somente a expedição do documento denominado “licença prévia”, haja vista já estarem configurados os requisitos necessários à outorga da licença de instalação. Porém, todo o procedimento inerente ao licenciamento prévio, inclusive a documentação necessária para tanto e as taxas respectivas foram exigidas, conforme evidenciam os seguintes trechos dos pareceres antes referidos:

(...) No processo em exame observam-se, de plano, que foram realizadas as análises relativas ao procedimento prévio, constando, inclusive a análise do IDEMA do Estudo de Impacto Ambiental.

(...)

Contudo, concluído este procedimento prévio, manifesta-se o órgão pela aprovação da área e já dispõe de

documentos suficientes para analisar as condições de implantação, nada obstando que seja emitida a Licença de Instalação sem que tenha sido emitida a Licença Prévia.

De lembrar que aqui está se tratando da emissão, impressão do documento; em nenhum momento pode o IDEMA dispensar tal procedimento que, se não pode ser dispensado, também não pode ser olvidado o seu devido pagamento. (...) (Parecer da Assessoria Jurídica do Estado – fl. 158. Grifos do original)

(...) Pelo exposto, esta análise contempla todos os documentos apresentados para as licenças prévias e de instalação apresentados pela CAERN para o sistema de tratamento de esgotos do Sistema Central de Natal. (Parecer Técnico 1315/2005 - IDEMA – fl. 161)

O Magistrado salienta que “o procedimento do IDEMA, demais de não trazer qualquer prejuízo, uma vez que foram analisados todos os requisitos necessários à concessão da licença prévia, teve por fim a proteção de relevante interesse público, uma vez que, por demora decorrente de mera questão formal, sem que nenhuma questão de ordem ambiental a justificasse, os recursos destinados à obra poderiam ser devolvidos e a execução desta ficaria à mercê de questões burocráticas para a obtenção de novo financiamento”.

De fato, o interesse público na questão que envolve o sistema de coleta e tratamento de esgotos sanitários é evidente, invocando-se os precedentes:

LIMINAR OUTORGADA EM AÇÃO POPULAR. PARALISAÇÃO DE OBRA ESSENCIAL DO PECULIAR INTERESSE DO MUNICÍPIO. SUSPENSÃO DEFERIDA. AGRAVO REGIMENTAL.

- A interrupção das obras programadas, em virtude da liminar em causa, caracteriza risco de grave dano à ordem administrativa e à economia pública pelas consequências inevitáveis provenientes do atraso na ampliação do sistema de coleta e tratamento de esgotos sanitários de interesse e responsabilidade do município requerente.

- Obra de vulto financiada pela Caixa Econômica Federal, cujo embargo a seu prosseguimento poderá inviabilizar a execução do contrato entre partes, com perda irreparável

para o erário municipal, que terá, ainda, de arcar com as taxas decorrentes da ociosidade dos recursos envolvidos na contratação do financiamento.

- Agravo regimental improvido.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. PRAZOS PARA PROJETO E IMPLANTAÇÃO DE REDE COLETO-RA E ESTAÇÃO DE TRATAMENTO DE ESGOTO. INDE-FERIMENTO DE LIMINAR.

1. Mantém-se os prazos fixados pelo *decisum* dizendo com a apresentação de projeto e início da implantação de rede coletora e de estação de tratamento de esgoto mostrando-se razoáveis.

2. Os altos níveis de poluição, a ausência de medidas eficazes da municipalidade e do serviço público de saneamento básico, bem como a falta de sistema de coleta e de tratamento do esgoto sanitário, exigem interferência judicial para defesa do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.²

Por outro lado, o recorrente não provou alegada ausência de publicidade do pedido de licença de instalação em comento, ressaltando a Sentença que “além de o Estado do Rio Grande do Norte ter acostado à contestação prova da publicação do pedido de licença de instalação no Diário Oficial do Estado (fl. 1343) e de idêntica providência ter sido determinada também em jornal local (fl. 1342), não se pode descuidar que a prova documental evidencia que a obra pública em questão suscitou ampla discussão dos órgãos ambientais e sanitários, consoante atas de assembleias ordinárias e extraordinárias do Conselho Municipal de Saneamento Básico - COMSAB, nas quais se observa, inclusive, **que foram acompanhadas pelo Ministério Público Estadual, a exemplo da ocorrida em 23 de agosto de 2004 (fls. 149/150)**. Na ata da 9ª Reunião Extraordinária do COMSAB, consta, inclusive, referência a audiência pública, que teria sido realizada em 2 de setembro de 2004 (fl. 554)”.

² TRF4. Processo AG 200404010207990 - AG - Relator: Amaury Chaves de Athayde. Órgão julgador: Quarta Turma. Fonte: DJ 01/11/2006, pág. 712.

Também, improcede a alegação de ausência do Estudo de Impacto Ambiental, como se verifica na fundamentação da sentença:

72. O Estudo de Impacto Ambiental e de seu respectivo relatório (RIMA), indispensáveis ao licenciamento ambiental de atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de impacto ambiental, encontram-se disciplinados na Resolução 01/86, do CONAMA, que, a par de fixar diretrizes gerais para sua elaboração, estabelece que:

“Ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental o órgão estadual competente, ou o IBAMA ou, quando couber, o Município, fixará as diretrizes adicionais que, pelas peculiaridades do projeto e características ambientais da área, forem julgadas necessárias, inclusive os prazos para conclusão e análise dos estudos”. (Art. 5º, parágrafo único)

73. Dessa forma, não há qualquer mácula na expedição pelo IDEMA das diretrizes a serem seguidas na elaboração do EIA/RIMA, como parece sugerir o autor (fl. 11). Na realidade, ao assim proceder, o IDEMA laborava no estrito cumprimento de sua missão institucional.

74. Destaque-se que o EIA/RIMA, demais de contemplar três possíveis métodos de tratamento de esgotos, conforme orientação do COMSAB, foi aprovado pelo IDEMA, a partir do Parecer Técnico 1315/2005, elaborado por equipe multidisciplinar, incluindo agente público com titulação de mestrado em engenharia sanitária (fls. 161/172). (Grifamos)

Merece destaque a ponderação dos recorridos no sentido de que a Licença de Instalação foi concedida pelo IDEMA sob algumas condições e o autor alega que seria necessária a instrução do processo para comprovar que estas condições foram cumpridas. Todavia, está amplamente comprovado e incontroverso nos autos que todas as condições foram cumpridas pelo CAERN. Pede-se a atenção para o parecer 1315/2005, que atesta o cumprimento de todas as condições impostas pelo IDEMA.

Conclui-se que a concessão de licença de instalação da estação de tratamento e seu impacto ambiental e econômico foi precedida da análise de todos os requisitos ne-

cessários, inexistindo qualquer mácula no licenciamento ambiental, como bem demonstrado na sentença recorrida.

Quanto ao método de tratamento a ser adotado, não se descarta que, a teor da documentação acostada aos autos, foi procedida a análise de 3 alternativas e, tanto o Parecer Técnico 1315/2005-IDEMA quanto a opção sugerida no EIA/RIMA, Pareceres do COMSAB e Sessões públicas realizadas pela 45ª Promotoria de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, apontaram para a viabilidade das três. Ressalte-se, inclusive, que o primeiro método “emissário submarino” foi descartado por questões econômicas.

Por fim, chamo atenção para o fato de que o aproveitamento do contrato firmado entre a Construtora Norberto Odebrecht S/A e a CAERN, nos idos de 1990, não se mostra passível de qualquer nulidade. Eis que, o referido contrato de nº 00047/90, com um prazo inicial de 660 dias, foi sucessivamente prorrogado, até 27/03/95, momento em que foi suspenso em decorrência de “Ordem de paralisação” procedente da própria COERN, em função de ausência de recursos.

Neste sentido, com fulcro no art. 79, § 5º, da Lei de Licitações, permite-se a renovação do contrato por igual período. Mostrando-se acertados os ajustes realizados no Projeto, nos moldes do art. 65 do mesmo diploma legal.

Tais observações as faço para, adotando por razões de decidir as mesmas bases sustentadas na sentença e confirmadas pelo representante do *Parquet*, negar provimento tanto à apelação e à remessa oficial quanto ao recurso adesivo.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 11.166-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Apelante: UNIÃO
Assistente: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Apelados: MARIA DO SOCORRO MENDES ANGELIM E CÔNJUGE
Cur. Especial: ASSILON BARBOSA DOS SANTOS
Advs./Procs.: DRS. ZOENADJA MARIA FREIRE LIMA E JOSÉ PEREIRA ANGELIM

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. GLEBA RURAL. CULTIVO ILEGAL. PLANTAS PSICOTRÓPICAS (CANNABIS SATIVA LINNEU). ARTIGO 243 DA CF/88. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PROPRIETÁRIO. LOCALIZAÇÃO. NÃO DETERMINADA. LAUDO DE EXAME DA SUBSTÂNCIA. NECESSIDADE. DEVIDO PROCESSO LEGAL.

- O art. 243 da CF/88 determina que as glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

- A responsabilidade é objetiva, nesse caso, sendo irrelevante a comprovação de culpa do proprietário. Precedentes.

- Em que pese a natureza objetiva da responsabilidade, para que ela seja efetivada faz-se necessário o cumprimento de dois requisitos, a saber: a prova do efetivo cultivo ilegal no imóvel expropriando e a prova da natureza psicotrópica da

espécie cultivada, o que se faz por meio de Laudo Pericial específico.

- Hipótese em que a divergência existente entre a certidão do registro no cartório de imóveis e a localização apontada pela perícia, somada à ausência do laudo de exame da substância vegetal, constituem óbice ao provimento expropriatório, sob pena de ofensa à garantia do devido processo legal. Inteligência do art. 5º, LIV, da CF/88.

- Remessa oficial e apelação improvidas.

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 remessa oficial e 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, 22 de setembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Cuida-se de remessa oficial e de apelação de sentença que julgou improcedente o pedido de expropriação dos Imóveis nº 1036 e 1037, denominados Fazenda Boqueirão, localizada na Gleba Quixabeira, município de Cabrobó, Estado de Pernambuco, com área de 216,0645 hectares e 181,5570 hectares, respectivamente, nos termos do art. 243 da CF/88 – regulamentado pela Lei nº 8.257/91.

Em seu recurso, a União aduz, em síntese: a) que constam dos autos, às fls. 291/294 e 352/354, laudos periciais conclusivos quanto à existência do plantio ilegal; b) que a expropriação em apreço tem como fundamento a mera localização das culturas ilícitas; c) que as provas acostadas aos autos são suficientes para com-

provar o alegado e, ainda, que não há obrigatoriedade legal de apresentação do laudo de substância vegetal.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

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

O cerne da questão a ser dirimida diz respeito ao indeferimento do pedido de expropriação e à obrigatoriedade de apresentação de Laudo Pericial de Exame que ateste a natureza psicotrópica das culturas localizadas em imóveis que são objetos da presente ação de expropriação, nos termos do art. 243 da CF/88, regulamentado pela Lei nº 8.257/91.

A Constituição Federal prevê a possibilidade de desapropriação das glebas onde se localizem culturas de plantas de natureza psicotrópica, nos seguintes termos, *verbis*:

Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

Tal dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº 8.257/91, que dispôs, inclusive, sobre o procedimento judicial pertinente, *verbis*:

Art. 1º As glebas de qualquer região do país onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especi-

ficamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, conforme o art. 243 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializado no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

Art. 2º Para efeito desta lei, plantas psicotrópicas são aquelas que permitem a obtenção de substância entorpecente proscrita, plantas estas elencadas no rol emitido pelo órgão sanitário competente do Ministério da Saúde.

Parágrafo único. A autorização para a cultura de plantas psicotrópicas será concedida pelo órgão competente do Ministério da Saúde, atendendo exclusivamente a finalidades terapêuticas e científicas.

Tem-se, ainda, tratando do procedimento de expropriação em comento, o Decreto nº 577/92, que assim determina:

Art. 4º O procedimento terá início com a remessa de cópia do inquérito policial e o recolhimento de dados que integram o relatório técnico.

Parágrafo único. O relatório técnico conterá:

- a) a caracterização do imóvel onde foi localizada a cultura ilegal de plantas psicotrópicas, mediante indicação, pelo menos, da denominação e das confrontações e das vias de acesso;
- b) descrição da área onde localizada a cultura;
- c) comprovação da existência de cultivo ilegal;
- d) indicação e qualificação do proprietário ou do possuidor do imóvel, bem como as de todos os seus ocupantes e de outras pessoas nele presentes no momento da lavratura do auto de apreensão;
- e) relação de bens móveis encontrados na área e apreendidos.

Art. 5º O relatório técnico a que se refere o art. 4º será elaborado no prazo de oito dias e, juntamente com a cópia

do inquérito policial, e outras peças que a autoridade policial julgar necessárias, formará processo que será enviado ao responsável pela representação judicial da União, com cópia para o Incra, a fim de que seja ajuizada a ação expropriatória.

No tocante a essa modalidade de desapropriação-sanção, o Pleno deste egrégio Tribunal já se manifestou no sentido de ser irrelevante a existência ou inexistência de culpa na utilização criminosa da propriedade, em razão de ser objetiva a responsabilidade do proprietário das terras destinadas ao plantio de espécies psicotrópicas (AR nº 4842/PE, Relator Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, *DJ* 28-10-2005, pg. 752).

Contudo, não se pode olvidar que a expropriação constitui o meio mais radical pelo qual o Estado intervém na propriedade privada, circunstância que impõe a criteriosa observância da legalidade em todo o seu procedimento, sob pena de ofensa ao devido processo legal, o que o ordenamento jurídico pátrio repele.

Da leitura dos referidos dispositivos, tem-se que para a responsabilização e expropriação por cultivo ilegal é necessária a produção de provas relativas a dois aspectos: a localização do plantio e a natureza psicotrópica da espécie cultivada.

Impende observar que o caso em exame apresenta algumas lacunas que merecem destaque e ensejam uma análise mais acurada, tanto em relação à localização quanto à própria materialidade do cultivo e sua natureza.

Relativamente ao lote nº 1036, de propriedade de Maria do Socorro Mendes Angelim e seu cônjuge, nada obstante o entendimento dominante nesta eg. Corte, de que é irrelevante a efetiva culpa do proprietário das terras expropriadas pela existência do cultivo ilegal, constata-se que as investigações efetuadas no bojo do IPL nº 882/96, que originou a presente ação expropriatória, foram encerradas sem que houvesse qualquer indício de participação dos expropriados, como se vê à fl. 95/97.

É de ser observado, também, o depoimento prestado pela parte, à fl. 92, em que afirma que os limites de sua propriedade não se confundem com a área em que foi localizado o plantio (Serra do Boqueirão), *verbis*:

(...) que via que helicópteros pousavam na Serra Monte Santo, porém não sabia que haviam encontrado maconha em suas terras, **pois a propriedade vai até o pé da serra, inclusive é toda cercada; que por isso não sabe informar quem era o responsável pela plantação de maconha encontrada em setembro/96, todavia acha que não foi em suas terras, mas sim em cima da Serra Monte Santo, que não lhe pertence; que há cerca de quatro anos atrás o esposo da declarante teve notícia de que havia uma plantação em suas terras, que tal plantação foi prontamente destruída a mando de seu esposo; que um mês após a destruição da plantação vieram 03 homens se dizendo policiais federais e deflagraram vários tiros na casa e levaram o carro de seu esposo; que sabia que não se tratavam de policiais, que possivelmente seriam os responsáveis pela plantação destruída;** que o receio das pessoas que moram na região é grande, pois não há nenhum tipo de policiamento, ficando à mercê dos bandidos que ameaçam os familiares donos de propriedades que são utilizadas para plantação de maconha; que, por isso, a situação fica difícil, pois os donos de propriedade não podem denunciar à polícia quando há plantações em suas terras com medo de represálias dos traficantes, por outro lado, se a polícia chega e encontra o plantio de maconha nas terras de alguém, eles certamente vão presos como responsáveis pela plantação.

Afirma, ainda, que reside desde o seu nascimento nas terras em questão e que de lá extrai o seu sustento e o de sua família (fls. 149/153).

A verossimilhança de tais afirmações é corroborada pela Declaração de Propriedade expedida pelo INCRA, e encartada à fl. 23, que menciona a aludida “Serra Boqueirão” como confrontante ao sul, com o lote nº 1036, nos termos também consignados na certidão do Registro de Imóveis do Município de Cabrobó, à fl. 156.

É de se considerar, por fim, o teor do Laudo Pericial de fls. 286/294, em seu item nº 5, em que descreve a localização do plantio ilegal:

A área fica no topo da Serra do Boqueirão no dependente das águas numa localidade de difícil acesso, pois,

só é possível chegar ao local onde foi plantada a maconha depois de percorrer a pé 1,2 km subindo a Serra do Boqueirão.

Relevantes também as informações prestadas pela perícia em sua resposta ao item 06, no tocante a se os imóveis (Lotes nº 1036/1037) apresentam condição de abandono:

Sim, até mesmo porque o acesso é muito difícil, no entanto, o Lote 1036 como um todo, está sendo explorado economicamente com plantio de pastagens, culturas de subsistência, bovinocultura e ovinocultura em pequenas proporções por sua proprietária e seu esposo.

Observe-se que a ré afirma que sua propriedade vai até o pé da Serra, enquanto o laudo menciona que o plantio encontra-se no topo, em local de difícil acesso, subindo 1,2 km, distante 4,5 km das casas ali existentes – no lote 1036.

Por derradeiro, constato que o mapa elaborado pela perícia (fl.286) corrobora a informação prestada pela ré, no que pertine aos limites de sua propriedade, tal como conhecido por ela até então, e registrado em cartório.

Atente-se para o fato de que a área de plantio (cor verde) está situada no limite extremo da gleba, sendo admissível que haja diferença entre a demarcação efetivada pelos métodos disponíveis em 1974 (data da certidão de registro), e que colocava a mencionada área fora dos limites da propriedade em questão, e aquela feita por intermédio do instrumento de alta precisão disponível atualmente (GPS) e utilizado na medição pericial – que a situa dentro dos limites do lote 1036, conforme se vê à fl. 286.

Ainda no tocante à localização, em resposta ao item nº 1, em que se indagara sobre a cultura ilegal, resta expressamente consignado que não foram localizadas áreas cultivadas no lote nº 1037, tendo sido encontrados vestígios apenas no lote 1036, em uma área de 0,584 ha (fl. 290).

Assim sendo, resta demonstrado que não foi plenamente atendido o requisito relativo à localização do plantio ilícito – no tocante ao lote 1036, pelos motivos já expendidos – e quanto ao lote 1037, pela própria ausência do plantio, nos termos relatados pela perícia.

Quanto à comprovação da natureza psicotrópica das plantas encontradas, segundo requisito necessário à responsabilização, juntamente com a prova da plantação ilegal no imóvel, vê-se que há menção nos autos ao “exame pericial da substância”, em diversas oportunidades, como a título de exemplo, às fls. 15/16, 89 e 96, contudo, não se encontra nos autos o respectivo laudo.

Transcrevo aqui a fundamentação expendida pelo magistrado na sentença, *verbis*:

(...) Assim, por exemplo, para a prova de determinada modalidade de fato, a lei pode exigir a produção de exame, vistoria ou avaliação, ou seja, de prova pericial, que não pode ser suprida por outros meios de prova, *a contrario sensu* do art. 420, I, do CPC.

Nesta linha, é mister ter bem presente que para a demonstração de que as plantas encontradas em terras sujeitas à expropriação constituem de fato plantas psicotrópicas é mister a exibição, pela expropriante, do laudo oficial de exame em substância, produzido no inquérito policial, não bastando para essa finalidade, por óbvio, os simples autos de apreensão e incineração. (...) cabe ponderar, por remate, que a grave sanção do confisco não pode ser imposta sem que existam elementos razoáveis de convicção.

Deveras, a imputação de cultivo ilegal de plantas psicotrópicas, ou, como no caso, de omissão do dever de zelar pela área, por ausência de cuidados quanto à vigilância, deve ser estribada em elementos verossímeis de prova.

Como se sabe, a dúvida ou insuficiência de prova quanto ao fato constitutivo milita contra o autor (...).

Dessa forma, considerando-se a insuficiência do conjunto probatório acostado aos autos, e em respeito ao devido processo legal, há de ser mantida a sentença.

Por todo o exposto, nego provimento à remessa oficial e à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 13.349-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ (CONVOCADO)
Apelante: UNIÃO
Apelada: ANDRIMANABUYOYA HABIZIMAN
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ MIQUEIAS ANTAS DE GOUVEIA E OUTRO (APDA.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E HUMANITÁRIO INTERNACIONAL. APATRIDIA IMPRÓPRIA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO COMPROVADORA DA NACIONALIDADE ORIGINÁRIA. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. EVIDENTE UTILIDADE DA DEMANDA MERCÊ DA NEGATIVA DA CONDIÇÃO DE NACIONAL PELO ESTADO DO BURUNDI. RECONHECIMENTO DO STATUS DE APÁTRIDA. APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE NOVA YORK DE 1954.

- Trata-se de demanda cujo cerne é o reconhecimento, pelo governo brasileiro, do estado de apátrida com a obtenção dos consequentes efeitos jurídicos dessa condição nos termos do Decreto nº 4.246/2002, que internalizou no ordenamento brasileiro a Convenção de Nova York de 1954 (Estatuto do Apátrida).

- Sedizente nacional do Estado do Burundi, o autor de lá fugiu em razão de genocídio étnico, graves crises econômica e política, além do falecimento de seus familiares. Chegou ao Brasil pelo Porto de Santos vindo como clandestino em navio cargueiro proveniente da África do Sul. No mesmo ano, embarcou no vôo com destino a Lisboa, mas foi devolvido ao Brasil, em razão de ter se utilizado de falsa documentação. Em seguida, foi condenado pela justiça brasileira, já tendo cumprido a pena integralmente por esse crime.

- Em razão de diligências promovidas pela Polícia Federal, as autoridades diplomáticas do Burundi prestaram informação na qual não lhe reconheceram a alegada nacionalidade; não foi, igualmente, concedido o status de refugiado no Brasil e ainda não foi aceita sua deportação pela África do Sul.

- Não há que se falar em falta de interesse processual do autor, porquanto restou comprovada a negativa do reconhecimento da nacionalidade burundiana, sendo meridiano concluir a evidente vantagem que lhe resultará a eventual decisão que lhe reconheça a condição de apátrida nos termos do tratado de regência.

- Mercê do limbo jurídico que vive o autor, faz-se mister o reconhecimento da qualidade de apátrida pelo Estado Brasileiro, já que se encontram presentes os requisitos previstos na Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, promulgado pelo Decreto 4.246/2002, e em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, III, da Constituição Federal.

- Apelação da União e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, etc., decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação da União 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, 29 de setembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ (Convocado):

Trata-se de apelação e remessa oficial da União Federal em razão da sentença de fls. 120/125 que julgou procedente o pedido para reconhecer a condição de apátrida do autor, Andrimana Buyoya Habiziman, e condenar a União a conferir-lhe os direitos mencionados na Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, promulgado pelo Decreto 4.246/2002.

Os fatos constantes da inicial foram, em resumo, os seguintes:

O autor, ora apelado, pleiteou que fosse reconhecido pelo Brasil a sua condição de apátrida. Alegou que nasceu no Burundi, pequeno país da África, que faz fronteira com a Ruanda, a Tanzânia e a República Democrática do Congo, região conhecida pelos conflitos étnicos e guerras civis.

Em razão do genocídio étnico, crise econômica e política e o falecimento de seus familiares, em 2006, embarcou clandestinamente em navio cargueiro proveniente da África do Sul, tendo desembarcado no Porto de Santos-SP.

No mesmo ano, embarcou no vôo com destino a Lisboa, mas foi devolvido ao Brasil, em razão de ter se utilizado de falsa documentação. Em seguida, foi condenado pela justiça brasileira, já tendo cumprido a pena integralmente por esse crime.

Em razão de diligências promovidas pela Polícia Federal, a Embaixada de Burundi não lhe assegurou a cidadania. Já a Embaixada da África do Sul informou não aceitar sua deportação. Assim, ficou em um limbo jurídico, pois nenhum Estado lhe reconheceu como cidadão.

Em sequência, solicitou ao Conselho Nacional para Refugiados - CONARE e ao Conselho Nacional de Imigração - CNIg, refúgio político e visto permanente, tendo obtido negativa em ambos os pleitos, com interposição de recurso administrativo ainda não decidido quanto ao visto.

A v. sentença ora desafiada também entendeu em deferir a antecipação dos efeitos da tutela para assegurar ao apelado o direito ao exercício de atividade profissional nos termos do art. 17 a 19 do Decreto 4.246/2002 e prorrogar a validade do documento provisório de identificação.

Alega a União, preliminarmente, ausência de interesse de agir, por inexistência de provas. No mérito, aduz que o apelado não preenche os requisitos para a concessão do refúgio, violando ainda o Estatuto dos Apátridas.

O Ministério Público Federal ofertou parecer às fls. 165/178, opinando pelo não provimento da apelação.

Houve contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

“Sou três vezes apátrida! Como natural da Boêmia, na Áustria; como austríaco, na Alemanha; como judeu, no mundo inteiro. Em toda parte um intruso, em nenhum lugar desejado!”

Gustav Mahler

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ (Relator Convocado):

O cerne da questão reside em saber se o apelado tem direito ou não a ter reconhecido, pelo governo brasileiro, o estado de apátrida (também chamado de *heimatlos*), fazendo jus, de consequência, aos efeitos jurídicos dessa condição.

Vale dizer, o ponto nodal da lide vem a ser a constatação do preenchimento pelo autor da ação dos requisitos previstos no Decreto nº 4.246/2002, que internalizou em nosso ordenamento a Convenção de Nova York de 1954, dispondo sobre o Estatuto do Apátrida.

A delicadeza do assunto impele a que se realize, previamente, um registro sobre as implicações da apatridia com a proteção internacional dos direitos da pessoa humana, que cada vez mais granjeia espaço no âmbito do Direito das Gentes, não sendo ab-

surdo considerar, como o faz Jorge Miranda, que essa matéria venha a transladar-se do direito interno para o internacional.¹

Esse novo Direito Internacional de feição Humanitária “há de conceber novas formas de proteção aos seres humanos ante a diversidade das fontes de violação de seus direitos”.²

Do ponto estritamente jurídico, há de se evitar o vazio normativo, ou pior, a pacata aquiescência com uma normatividade preta de capacidade sancionadora (*soft Law*). O antigo estoicismo do ordenamento jurídico internacional é solapado por um direito internacional não apenas mais dinâmico como integrado aos interesses dos indivíduos, caracterizando-se por uma conformação cogente na qual são assegurados “direitos fundamentais inderrogáveis”.³

Logo, à internacionalização das regras jurídicas protecionistas do ser humano, em toda sua extensão, não poderia passar em despercebido a relevante e complexa questão do apátrida. Os antigos já divisavam que a ligação atávica do indivíduo a um lugar nesse mundo constituía elemento da própria personalidade.

A perda da nacionalidade, cuja consequência era o vagar errante pela terra, era representada pelo exílio e significava para os antigos, em particular para os gregos e romanos, pena tão ou mais

¹ “[...] quando o Estado, no Século XX, tantas vezes rompeu as barreiras jurídicas da liberdade e se converteu em fim em si mesmo e quando, por outro lado, a soberania entrou em crise perante a multiplicação das formas de coordenação e de subordinação vindas do Direito das Gentes, tornou-se necessário – e porque necessário, possível – acrescentar à proteção interna da pessoa humana uma proteção internacional, ou até substituí-la por esta” (MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 3 ed. Estoril: Príncipe, 2006. p 283).

² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 117.

³ “Na construção do ordenamento jurídico internacional do novo século, testemunhamos, com a gradual erosão da reciprocidade, a emergência *pari passu* de considerações superiores de *ordre public*, refletidas nas concepções das normas imperativas do direito internacional geral (o *ius cogens*), dos direitos fundamentais inderrogáveis, das obrigações *erga omnes* de proteção (devidas à comunidade intrnacional como um todo)”. (*Idem, ibidem*)

severa que a própria morte. Essa lição foi-nos passada através da literatura. Na tragédia tebana de Sófocles, Édipo não apenas violenta suas órbitas oculares, mas também se impõe um não menos sofrível autoexílio. Diz, a propósito, o monumental estudo de Fustel de Coulanges:

A posse da pátria devia ser muito preciosa, porque os antigos não imaginavam castigo mais cruel do que privar o homem dela. A punição ordinária pelos grandes crimes era o exílio.⁴

Ao longo dos séculos, o apátrida sempre foi um excluído, de forma que associá-lo ao pária hindu não é de todo nem exagerado nem inverídico. Com invulgar precisão, já foram definidos como *indesejáveis erga omnes*.⁵

Por isso mesmo os apátridas mereceram ao longo do Século XX particular atenção, sobretudo em face dos dois conflitos mundiais que o assolaram, quando a comunidade internacional testemunhou seu acréscimo em uma escala sem precedentes.

Sem cidadania, o apátrida constantemente se encontrava em posição de inferioridade em relação aos demais, inclusive ao próprio estrangeiro. Com efeito, sempre se reconheceu ao estrangeiro garantias maiores mercê dos tratados entre os Estados para tratamento recíproco entre os seus nacionais e os nacionais dos outros países com que firmavam vínculos, enquanto que o apátrida, destituído de tal proteção, não tinha muitas vezes nem mesmo direito a receber o tratamento legal conferido ao alienígena.

Ao longo das últimas décadas percebeu-se ainda que a privação, em particular, do gozo dos direitos políticos afrontaria de ma-

⁴ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A Cidade Antiga*. Trad. de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: HEMUS, 1975. p. 160.

⁵ Há apátridas famosos e anônimos. Dentre os famosos, podem ser citados: Bertolt Brecht, Albert Einstein, Anne Frank, Alexandre Grothendieck, Karl Marx, Friedrich Nietzsche, Mstislav Rostropovitch, Agota Kristof e Gustav Mahler. No caso dos anônimos, um em especial, Mehran Karimi Nasseri, ganhou notoriedade pela sua peculiar história. Viveu dezoito anos (de agosto de 1988 a agosto de 2006) no terminal nº 01 do aeroporto Charles de Gaulle (Roissy, França), inspirando, inclusive, a realização de um filme igualmente aclamado.

neira diferenciada a noção de dignidade humana, na medida em que se alija a pessoa das mais altas responsabilidades da vida em sociedade, na qual todos estamos inseridos.

Assim, num contexto de afirmação dos direitos humanos percebeu-se rapidamente, por força inclusive da existência de um número cada vez maior de apátridas, que a própria concepção universalista do direito humanitário estaria ameaçada acaso não se começasse a pensar com seriedade na situação daqueles que, por encontrarem-se desprovidos de um Estado, não possuíam tratamento legal condigno. Desse modo, passou-se a preocupar-se de maneira mais eficiente com a proteção jurídica do apátrida em seus diversos aspectos.

Em obra onde rediscute certos conceitos de filosofia política de Hannah Arendt e ao abordar o fato de o apátrida encontrar-se privado da participação nos negócios da *pólis*, Celso Lafer destaca a importância de ao indivíduo ser assegurado o direito de poder participar ativamente da comunidade política na qual estabeleceu vínculos com solidez, pois somente assim é que se permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos.⁶

Com efeito, na formulação *jus humanitária* de Hannah Arendt concebe-se em modo cardinal um *direito a ter direitos* independentemente de vínculos formais como o nascimento, ou a linhagem ascendente.

Tendo por premissa que os direitos nada mais são constructos sociais, essa exponencial filósofa de origem judia chamava a atenção para a necessidade de se garantir o direito à cidadania como direito fundamental. Afinal, só através da obtenção do *status civitatis* é que o indivíduo estaria genuinamente inserido no processo de criação e constituição de seus próprios direitos, sendo essa uma das mais sensíveis prerrogativas da dignidade humana.

O apátrida, sob esse aspecto, torna-se um particular angustiado, resume Celso Lafer. Conquanto se lhe garantam alguns di-

⁶ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia das Letras, 1988. pp. 144-148.

reitos fica ele sempre à margem da vida na polis o que, como ora descrito, constitui uma das mais desalentadoras de restrição aos direitos da pessoa humana.

Após as sucessivas violações aos mais básicos direitos da personalidade em função das comoções mundiais do Século passado e, em especial, das sucessivas hordas de pessoas despatriadas por força do regime nazista, estabeleceu-se na comunidade internacional o dever de entronizar o *direito a uma nacionalidade*, garantindo-se o indivíduo contra sua privação arbitrária da que possui, bem como preconizando ... para a obtenção.

Nada obstante, o problema da apatridia em massa, que foi posto em evidência pelo Holocausto, não deixou de fustigar a comunidade internacional durante os dois quartéis que se seguiram à 2ª Guerra Mundial.

As guerras étnicas talvez constituam o mais inquietante foco de preocupação hodierna em relação aos apátridas. Em especial, os povos da esquecida África, sempre envolvida em disputas tribais cuja consequência comum é o extermínio inclemente ou a inclusão de toda uma população sob a condição jurídica de apatridia, é o exemplo mais visível dessa prática que ainda flagela milhões de seres humanos.⁷

O principal texto humanitário desse período de pós-guerra, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, coloca a nacionalidade como um dos direitos da personalidade, sendo terminantemente vedada sua destituição arbitrária. Transcrevo seu art. 15, que trata da matéria:

- I) Todo homem tem direito a uma nacionalidade.
- II) Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

Na realidade, a privação da nacionalidade contra a vontade do cidadão, segundo proclama a melhor interpretação sobre o tema,

⁷ Em uma rápida pesquisa feita pela rede mundial de computadores (*internet*) é possível obter dados sobre relatos de apatridia em massa nas seguintes regiões da África: Quênia, Costa do Marfim, Moçambique e África do Sul.

reclamaria como condição a não existência do risco de apatridia A Lei Fundamental de Bonn de 1949, por exemplo, é expressa em relação a isso (art. 16.1⁸).

Mas foi no contexto do pós-guerra onde surgiram as principais convenções internacionais disciplinando a questão da apatridia. A Convenção de Nova York, de 1954 (incorporada ao Direito brasileiro pelo Decreto 4.246/2002) é, talvez, a principal delas, pois estabelece o denominado Estatuto dos Apátridas.

O ponto fundamental da Convenção de Nova York é o que equipara o apátrida ao estrangeiro em geral. Diz, com efeito, o art. 7^o, alínea 1, desse diploma normativo: “Ressalvadas as disposições mais favoráveis previstas por esta Convenção, todo Estado Contratante concederá aos apátridas o regime que concede aos estrangeiros em geral”.

Essa importante referência é que em definitivo vem a permitir a inclusão do apátrida no cenário político, já que lhe garante o direito de não apenas gozar do *status* de estrangeiro, como também lhe permitir, do mesmo modo que ocorre em relação a esse, a obtenção da nacionalidade do lugar onde se encontra domiciliado ou residente.

De maneira adicional, outros documentos emergiram no cenário internacional no sentido de que fossem envidados esforços para reduzir ou eliminar a apatridia. São elas, dentre outros, a Convenção de Nova York de 1961 e a de Berna de 1973.⁹

A Constituição da Federação Russa de 1993 (art. 63.1¹⁰) fez também destaque explícito em relação à equiparação do apátrida ao estrangeiro refugiado, garantindo a ambos direito ao asilo político.

⁸ “*Die deutsche Staatsangehörigkeit darf nicht entzogen werden. Der Verlust der Staatsangehörigkeit darf nur auf Grund eines Gesetzes und gegen den Willen des Betroffenen nur dann eintreten, wenn der Betroffene dadurch nicht staatenlos wird.*”

⁹ GOLDSCHIMDT, Werner. *Derecho Intenacional Privado*. derecho de la tolerancia. 7 ed. Buenos Aires: Depalma, 1990. pp. 176-177.

¹⁰ “*The Russian Federation shall grant political asylum to foreign nationals and stateless persons according to the universally recognized norms of international law.*”

Válida ainda a referência a duas outras convenções no âmbito comunitário. A Convenção sobre Nacionalidade, aberta à adesão desde o ano de 1997, e a Convenção destinada a evitar a apatridia em casos de sucessão de Estados, de 2006. Ambas, entretanto, com nível pouco expressivo de firmatários.

Em todos esses textos normativos procura-se elevar o *status dignitatis* do apátrida. Seu direito de ser incluído na comunidade política onde já apresenta vínculos coletivos deve ser fundamentado na constatação de que como ser humano possui *direito* a pleitear *direitos*, sendo parte ativa nos debates da ágora moderna.

Desse modo, a culta sentença que julgou procedente o pedido para reconhecer a condição de apátrida do autor e condenar a União a deferir-lhe os direitos mencionados na Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas não possui, em meu sentir, qualquer eflúvio de imprecisão ou impropriedade. Muito pelo contrário, não havendo razão, jurídica ou extrajurídica, para reformá-la.

Preliminarmente, suscita a União ausência de interesse de agir do apelado. Alega que o apelado não apresentou provas contundentes de que havia requerido a nacionalidade burundiana e que esta lhe foi negada.

Não merece acolhida a preliminar em questão, pois restou comprovado nos autos que o autor solicitou o reconhecimento da nacionalidade burundiana, e esta lhe foi negada. Na verdade, não está em discussão, nesses autos, o pedido de visto permanente, ainda em fase de julgamento de recurso administrativo, mas tão somente a concessão do *status* jurídico de apátrida.

Passa-se, então, ao exame do mérito propriamente dito.

A Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, promulgado pelo Decreto 4.246/2002, prevê no artigo 1, item 1:

1. Para os efeitos da presente Convenção, o termo “apátrida” designará toda pessoa que não seja considerada seu nacional por nenhum Estado, conforme sua legislação.

Compulsando os autos, verifico que o apelado se enquadra na situação descrita nesta norma do Decreto 4.246/2002, uma vez que, ao requerer sua cidadania à Embaixada de Burundi, seu país natal, esta lhe foi negada. Quanto à África do Sul, país do qual o

apelado saiu antes de aportar clandestinamente no Brasil, foi-lhe solicitada a deportação pela Polícia Federal, porém esta não foi aceita.

O Brasil, por sua vez, indeferiu o pleito de reconhecimento da condição de refugiado do apelante, bem como lhe negou o pedido de visto permanente.

Assim, ficou o apelante numa situação *sui generis*, ou melhor, em um limbo jurídico, pois nenhum Estado lhe reconheceu como cidadão e nem quis acolhê-lo.

É conhecida no Direito brasileiro a monografia de José Farani Mansur Guéiros sobre a condição jurídica do apátrida, no qual o antigo docente de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, dentre outras classificações, dividia a apatridia em dois grupos distintos, a saber: a) apatridia propriamente dita, “quando positivado está o fato da perda da nacionalidade pelo indivíduo;” b) apatridia impropriamente dita, “quando apenas é desconhecida a nacionalidade do indivíduo.”¹¹

Visivelmente, o caso em questão cuida dessa segunda hipótese (*apatridia imprópria*), porquanto não houve a perda formal da nacionalidade em função, por exemplo, da anexação ou extinção do Estado em relação ao qual o demandante se diz nacional.

A culta sentença enfrenta com clareza invulgar e acurada sensibilidade as questões de fato relativas à inexistência de comprovação de qualquer vínculo de nacionalidade do apelado com o Burundi e ainda com qualquer outro país.

É imperioso que se preste *mesura* à douta sentença, o que faço transcrevendo seus principais trechos, bem como fazendo assomar sua cerebrina fundamentação às ponderações que ora realizo. Assim, destaco:

De outro lado, não se pode negar que, durante o tempo de permanência no território nacional, que ainda perdura, há manifestação fática acerca de que, posteriormente, passou a trabalhar como auxiliar de serviços gerais junto à

¹¹ GUÉIROS, José Farani Mansur. *Condição Jurídica do Apátrida*. Curitiba: Imprensa, 1936. p. 38.

Liga Norte-Riograndense contra o Câncer (fl. 30). Possui, ainda, comprovante de inscrição no CPF (fl. 18).

A ré aponta dois óbices de mérito ao deferimento do pedido. O primeiro deles é o inerente à vedação consignada no Artigo 1, item 2, inciso III, alínea *b*, da Convenção, ao se reportar ao cometimento de delito grave de índole não-política fora do país de sua residência, antes da sua admissão no referido país.

É sabido – e neste ponto não faz segredo a inicial – que o autor, uma vez denunciado pela suposta prática do delito do art. 304 do Código Penal (uso de documento falso), foi, finalmente, condenado como incurso nas penas do art. 308 do mesmo diploma (falsa identidade), sendo-lhe aplicada pena de oito meses de detenção.

Com o devido respeito ao argumento, manifesto-me em concordância à observação do Dr. RODRIGO TELES DE SOUZA (fls. 109 -110), digno Procurador da República, ao salientar que a infração acima apontada não se trata de delito grave, mas sim de menor potencial ofensivo nos termos do art. 61 da Lei 9.099/95, pois a pena restritiva da liberdade máxima cominada é de dois anos.

O segundo argumento, consistente na ausência dos requisitos previstos para obtenção de visto permanente não é elencado como óbice para o reconhecimento da condição de apátrida pelo Decreto 4.246/2002. Nem o poderia ser, tendo em vista a especificidade da proteção que enseja a condição de apátrida. (Fl. 123)

Cumprе ressaltar que, no caso em comento, caso haja a negativa do *status* de apátrida ao Sr. ANDRIMANA BUYOYA HABIZIMAN, estará este impossibilitado de exercer direitos inerentes à sua personalidade o que, de certo, confrontaria o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, III, da Constituição Federal.

Em função da inexistência de precedentes no âmbito doméstico, a título meramente exemplificativo consigno a existência de vários precedentes no âmbito da Corte Européia de Direitos Humanos, com sede em Estrasburgo, condenando Estados que foram em alguma medida negligentes em assegurar o exercício de direitos civis ao argumento de que se tratava de apátridas.

Nesse contexto é o julgado de 22 de Fevereiro de 2007, que condenou a Federação Russa a ressarcir a uma nacional da Geórgia determinada quantia financeira, por danos materiais e morais, tendo em vista que lhe fora recusada a emissão de passaporte ao argumento de que não houve comprovação da nacionalidade afirmada pela parte. Além disso, posteriormente, teriam sido causados graves óbices no tocante à legalização de sua residência (Caso Tatishvili v. Rússia).¹²

Uma última consideração.

A sentença deferiu ainda a antecipação dos efeitos da tutela para assegurar ao apelado o direito ao exercício de atividade profissional nos termos do art. 17 a 19 do Decreto 4.246/2002 e prorrogar a validade do documento provisório de identificação. A provisão, igualmente, não encontra reparos e, aqui, considero mais oportuno trazer argumentos que superam o estritamente normativo para demonstrar o quão acertado agiu Sua Excelência o, então, juiz sentenciante.

Trago à colação ensinamento de Hanna Arendt, ela própria uma apátrida por mais de dez anos, para explicar que sem que se venha a assegurar ao apátrida a possibilidade de exercer um trabalho amparado legalmente, termina por importar na privação de todos os demais direitos civis que, em teoria, se venha consagrar:

O apátrida, sem direito à residência e sem o direito de trabalhar, tinha, naturalmente, de viver em constante transgressão à lei. Estava sujeito a ir para a cadeia sem jamais cometer um crime. Mais do que isso, toda a hierarquia de valores existente nos países civilizados era invertida no seu caso. Uma vez que ele constituía a anomalia não-prevista na lei geral, era melhor que se convertesse na anomalia que ela previa: o criminoso.¹³

¹² Deve-se registrar, entretanto, que a Corte considerou, para fins de chegar a essa conclusão, não havia existido a demonstração da alegada condição de apátrida da requerente, tal como pretendido pelo governo russo. Disponível em <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4667e2912.html> no dia do julgamento da apelação.

¹³ ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. trad. de Roberto Raposo. São Paulo: Cia. das Letras, 2007. p. 319.

E, assim, essa prestigiada filósofa endereça uma reflexão a todos nós: o modo pelo qual um Estado trata “seus” apátridas pode muito bem sugerir a maneira pela qual ele irá, mais dia, menos dia, tratar seus próprios cidadãos:

As leis que não são iguais para todos transformam-se em direitos e privilégios, o que contradiz a própria natureza do Estado-nação. Quanto mais clara é a demonstração da sua incapacidade de tratar os apátridas como “pessoas legais”, e quanto mais extenso é o domínio arbitrário do decreto policial, mais difícil é para os Estados resistirem à tentação de privar todos os cidadãos da condição legal e dominá-los com uma polícia onipotente.¹⁴

Receoso de que isso venha a ocorrer, mas, por outro lado, crédulo na opção do Estado brasileiro pela construção de “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, consoante afirmado pelo constituinte de 1988, não vejo forma de se acolher o recurso ora manejado pela União Federal.

Ante tais considerações, conheço da apelação, posto que própria e tempestiva, mas para negar-lhe integral provimento, bem como à remessa oficial, confirmando a sentença em todos os seus termos.

É como voto.

¹⁴ ARENDT, Hannah. Op. cit. p. 324.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 19.195-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: NEPOSIANO FRANCISCO DE LIMA
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Adv./Proc.: DRA. ADELMA PINHEIRO FERNANDES DA SILVA (APDO.)

EMENTA: APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. REVISÃO. CADUCIDADE. ART. 103, CAPUT, DA LEI Nº 8.213/91, COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 9.528/97 (DECORRENTE DA CONVERSÃO DA MP Nº 1.523-9, DE 27/06/1997). INCIDÊNCIA IMEDIATA. AUSÊNCIA DE INÉRCIA. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO DE REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL NO PRAZO DECENAL. RECONHECIMENTO DE TEMPO ESPECIAL. ATIVIDADE DESCRITA NO DECRETO 53.831/64 (ESCAVAÇÃO DE SUPERFÍCIE E DE SUBSOLO). MAJORAÇÃO DO PERCENTUAL INCIDENTE SOBRE O SALÁRIO DE BENEFÍCIO. JUROS DE MORA INCIDÊNCIA IMEDIATA DA LEI 11.960/2009. PROVIMENTO PARCIAL.

- O liame entre o segurado e o regime geral de previdência social é de cunho estatutário, de sorte que, ausente qualquer interferência nas condições de concessões do benefício, lícito se mostra ao legislador alterar, para o futuro, o regime jurídico que define os direitos e deveres das partes. Orientação sedimentada no Supremo Tribunal Federal, no que concerne à eficácia do art. 5º, XXXVI, da CF.

- O direito postestativo de pleitear a modificação do ato de concessão de benefício previdenciário, conforme exposto teor do art. 103, caput, da Lei nº 8.213/91, com a redação da Lei nº 9.528/

97, extingue-se num decênio, o qual, por se tratar de previsão normativa antes inexistente em nosso sistema jurídico, conta-se da entrada em vigor do diploma legal citado.

- O entendimento que preconiza a não incidência da nova redação do art. 103, caput, da Lei 8.213/91, quanto aos benefícios concedidos anteriormente à edição da Lei nº 9.528/97, culmina por instituir, para fins de submissão à decadência, duas categorias de benefícios previdenciários, afrontando o princípio da isonomia (art. 5º, I, CF).

- No presente caso, embora a ação tenha sido proposta quando já decorridos mais de dez anos da concessão inicial do benefício, ou da vigência da lei que instituiu a decadência, não se reconhece a inércia do apelado, em razão deste ter exercido o seu direito à revisão da renda mensal inicial, quando do requerimento administrativo datado de 09/12/2002, ou seja, antes de decorrido o prazo de dez anos da vigência da Lei 9.528/97 (decorrente da conversão da MP nº 1.523-9, de 27/06/1997), que instituiu a decadência do direito à revisão do ato de concessão do benefício.

- Durante o período em que tramita o processo administrativo de revisão do benefício, a teor do art. 4º do Decreto 20.910/32, ficou suspenso o curso do prazo prescricional, o qual somente voltou a correr da data do indeferimento, em 2006, e sendo a ação judicial ajuizada no interregno de cinco anos (em 2010), deve ser tomada como termo a quo do pagamento das parcelas reconhecidas como devidas a data do requerimento administrativo (Precedentes do STJ).

- Possibilidade de ser convertido em comum tempo especial prestado após a edição da Lei 9.711/98, decisão do STJ em recurso representativo de controvérsia (REsp 1.151.363/MG, Ministro JORGE MUSSI, Terceira Seção, 23.03.2011).

- O art. 15 da Emenda Constitucional 20, de 15.12.1998, é expresso em determinar que “até que a lei complementar a que se refere o art. 201, § 1º, da Constituição Federal, seja publicada, permanece em vigor o disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, na redação vigente à data da publicação desta Emenda”.

- As atividades desempenhadas pelo apelado, na Companhia Hidro Elétrica do São Francisco - CHESF, nos períodos requeridos à inicial e deferidos pelo juízo a quo estavam enquadradas entre aquelas descritas nos itens 2.3.1 (Trabalhadores em túneis e galerias) e 2.3.2 (trabalhadores em escavações a céu aberto) do Decreto 53831/64, fazendo este jus ao acréscimo 03 anos, 05 meses e 06 dias de tempo de serviço e revisão da sua aposentadoria, para majorar o percentual incidente sobre o salário de benefício, de 76% para 94%, nos termos do art. 53, II, da Lei 8.213/91, uma vez implementados os requisitos para aposentadoria antes da Emenda Constitucional 20/98.

- A Lei 11.960/2009, ao modificar o art. 1º-F da Lei 9.494/97, possui aplicabilidade imediata, quanto aos processos em curso, remate que, preservando o entendimento de que não se pode cogitar de direito adquirido a regime jurídico, harmoniza-se com similar orientação do Supremo Tribunal Federal, relacionada à demarcação temporal da eficácia da redação originária do dispositivo legal modificado. Ademais, a negativa do reconhecimento de aplicabilidade imediata à referida norma equivale a declaração implícita de sua inconstitucionalidade em homenagem à segurança jurídica, o que exigiria a observância da reserva de plenário (art. 97, CF).

- Apelação e remessa oficial parcialmente providas para estabelecer que os juros de mora, assim como a correção monetária, devidos a par-

tir da vigência da Lei nº 11.960/2009 devem ser calculados na forma prevista no art 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação da nova lei, bem como para determinar a aplicação da Súmula 111 do STJ, quanto aos honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

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

Recife, 4 de outubro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE
JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR:

Não se conformando com a sentença de fls. 114/133, integrada às fls. 183/185, na qual foi julgado procedente em parte o pedido inicial formulado por NEPOSIANO FRANCISCO DE LIMA, para reconhecer como especial o tempo de serviço prestado à CHESF, nos períodos de 31/06/66 a 30/07/68, 01/08/68 a 31/05/72 e de 01/06/72 a 30/09/75, alterando a renda mensal inicial do seu benefício, apela o INSS, no desiderato de que seja reformado o *decisum*.

Aduz preliminares de decadência e de prescrição das parcelas eventualmente devidas, em período que antecede o quinquênio de propositura da ação. No mérito, sustenta não fazer jus o apelado ao reconhecimento de tempo de serviço especial, por não se enquadrar a atividade desenvolvida na referida empresa como especial, como também não ser possível a conversão de tempo de serviço especial em comum após 28/05/98, por força das disposições da Lei 9.711/98.

Argui, ademais, não ter sido comprovado que a atividade era exercida de modo habitual e permanente.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Não houve contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR (Relator):

Analisando inicialmente a preliminar de decadência.

Disciplinando o exercício temporal do direito de pleitear revisão do ato de concessão de benefício, o art. 103 da Lei nº 8.213/91 prescreve que *“é de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo”*.

A redação do dispositivo acima é resultante da Lei 10.839/2004, a qual restaurou a redação da Lei 9.528/97, estipulando o prazo decadencial dum decênio, desfazendo a sua redução para cinco anos, patrocinada pela Lei 9.771/98.

Assim, é de notar que o instituto da decadência ou caducidade, aqui discutido, não é fruto da Lei 10.839/2004, mas sim da Lei 9.528/97.

A novel disciplina normativa, contrastada com a tradição legislativa nessa matéria, alcançou importante reflexo, porquanto, até então, a força extintiva do tempo somente produzia a prescrição da exigibilidade das parcelas não reclamadas a tempo e modo. Talvez numa analogia com o que prevalecia no tocante a alimentos, não se excluía o direito de, a qualquer tempo, pretender-se a revisão de decisão denegatória, ou a revisão dos parâmetros normadores do ato de deferimento do benefício.

O Superior Tribunal de Justiça, ao se defrontar com a questão, vem optando por interpretação que restringe a incidência da

caducidade, apenas e tão-só, aos benefícios concedidos a partir da Lei 9.528/97, decorrente da conversão da Medida Provisória nº 1.523-9, de 27/06/1997, de modo a não ser aplicável em benefícios concedidos antes da vigência da referida MP¹.

Compulsando-se a motivação dos julgados referidos, é de encontrar-se unicamente o argumento no sentido de que a decadência, outrora inexistente antes da Lei 9.528/97, por se tratar de direito material, não poderia atingir os benefícios que foram concedidos anteriormente.

Com o devido respeito, abstenho-me de enveredar pela orientação acima.

Ao primeiro súbito de olhos, não posso deixar de notar que a relação existente entre o segurado, beneficiário, ou dependente deste, e o regime geral de previdência, é de natureza legal; estatutária, portanto.

Sobre o delinear da noção de lei estatutária, compulsória a evocação da lição de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO²:

Estatuto corresponde a conjunto de normas jurídicas que dispõem sobre poderes e deveres relativos ao estado de certas pessoas de direito e constituem um instituto jurídico. *Verbi gratia*, o Estatuto dos Funcionários Públicos, ou o Estatuto da Família.

¹ AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO. LEI Nº 9.528/1997. BENEFÍCIO ANTERIORMENTE CONCEDIDO. DECADÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. 1. Esta Corte já firmou 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, 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. 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. 3. Agravo regimental improvido. (5ª TURMA. REL. JORGE MUSSI. DECISÃO UNÂNIME. DJ: 03/03/2008)

² PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 291.

Com base nessa circunstância, é de esboçar-se o raciocínio, tradicional em sede doutrinária, ao assentar que não se pode cogitar de direito adquirido à não modificação de instituto ou estatuto jurídico. O que se preserva são situações consolidadas, mas não o direito a não ver, no futuro, incidente uma modificação de regime jurídico.

Situando-se a questão ainda em solo previdenciário, pode-se dizer que, em havendo um segurado obtido, nos termos da lei vigente à época na qual reunira os requisitos ao gozo do benefício, a concessão de aposentadoria remunerada com base em 90% do salário-de-benefício, não poderá ver-se prejudicado pela incidência de lei posterior que, para as mesmas condições, estatui o percentual de 80%. Houve, no caso, a aquisição do direito à inatividade remunerada em base certa e determinada.

Diversa é a hipótese dos autos. O simples fato de, à época da concessão da aposentadoria do autor, não vigorar, na disciplina que a Lei 8.213/91 ofertava aos benefícios do regime geral, preceito estabelecendo a caducidade do direito potestativo de pleitear a revisão de aposentadoria, não implica, de modo algum, a existência de direito a não aplicabilidade de tal instituto.

É que, na presente situação, tem-se verdadeira alteração de instituto ou regime jurídico, a qual é portadora de aplicabilidade imediata, pena de, em vingando o entendimento contrário, suceder verdadeiro atentado ao progresso da ordem jurídica, impedindo o ajustamento desta às novas exigências da sociedade.

Mais um exemplo, já agora situado fora da órbita previdenciária, qual seja o fato de alguém haver adquirido um imóvel rural antes da promulgação da Lei 4.771/65, a qual instituiu o Código Florestal. Estaria tal proprietário, tão-só pelo instante no qual adquiriu o bem, livre de futuras limitações à sua propriedade, advindas por estatutos jurídicos. Lógico que não e ainda bem que assim é, porquanto haveria forte ameaça à indispensável tutela do meio ambiente.

A doutrina é clara em assentar essa orientação. Não só aquela tida por tradicional, mas igualmente aquela denominada de mais recente.

A atualidade do entendimento é mantida por GILMAR MENDES³:

Vê-se, assim, que o princípio constitucional do direito adquirido não se mostra apto a proteger as posições jurídicas contra eventuais mudanças nos institutos jurídicos ou dos próprios estatutos jurídicos previamente fixados.

Idêntica é a manifestação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme se pode ver dos arestos abaixo:

APLUB. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. REAJUSTE. SALÁRIO MÍNIMO. ORTN. NÃO HÁ DIREITO ADQUIRIDO A QUE OS BENEFÍCIOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA SEJAM FIXADOS SEGUNDO O VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO, SE LEI POSTERIOR FIXA NOVA ESCALA MÓVEL, ALCANÇANDO OBRIGAÇÕES DE ORIGEM CONTRATUAL OU NÃO. (RE 105322, 2ª TURMA, REL. FRANCISCO REZEK, V.U., DJDE 16-05-1986)

A MOEDA DO PAGAMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES E DOS BENEFÍCIOS DA PREVIDÊNCIA PRIVADA TEM O SEU VALOR DEFINIDO PELA LEI 6.435/77, SEGUNDO OS ÍNDICES DAS ORTNS, PARA TODAS AS PARTES. NÃO HÁ DIREITO ADQUIRIDO A UM DETERMINADO PADRÃO MONETÁRIO PRETÉRITO, SEJA ELE O MIL REIS, O CRUZEIRO VELHO OU A INDEXAÇÃO PELO SALÁRIO MÍNIMO. O PAGAMENTO SE FARÁ SEMPRE PELA MOEDA DEFINIDA PELA LEI DO DIA DO PAGAMENTO. RECONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (RE 105137/RS, 2ª TURMA, REL. CORDEIRO GUERRA, V.U., DJDE 20-09-1985)

DIREITO ADQUIRIDO. NÃO OFENDE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO RESPEITO AO DIREITO ADQUIRIDO PRECEITO DE LEI QUE ESTABELECE UMA *CONDICIO IURIS* PARA A CONSERVAÇÃO DE DIREITO ABSOLUTO ANTERIORMENTE CONSTITUIDO, E DETERMINA QUE, DENTRO DE CERTO PRAZO, SEJA ELA OBSERVADA PELO TITULAR DESTES DIREITOS, SOB PENA DE DECAIR DELE. NÃO HÁ DIREITO ADQUIRIDO AO REGIME JURÍDICO DE UM INSTITUTO DE DIREITO,

³ CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 2. ed, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 469.

COMO O É A PROPRIEDADE DE MARCA. É, POIS, CONSTITUCIONAL O ARTIGO 125 DO CÓDIGO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (LEI 5.772, DE 21.12.71). RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. (RE 94020/RJ; PLENO, REL. MOREIRA ALVES, V.U., DJ 18-12-1981)

Posteriormente ao advento da Lei Fundamental de 1988 que, no particular da salvaguarda do direito adquirido, manteve-se fiel à disciplina da Constituição pretérita, persistiu o entendimento acima no Supremo Tribunal Federal. De transcrever os julgados abaixo:

PIS: PRAZO DE RECOLHIMENTO: ALTERAÇÃO PELA L. 8.218, DE 29.8.91: INAPLICABILIDADE DO ART. 195, § 6º, E AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, XXXVI, E 150, III, A, DA CONSTITUIÇÃO.

I - A norma legal que simplesmente altera o prazo de recolhimento de tributo não se sujeita ao princípio da anterioridade especial (CF, art. 195, § 6º).

II - Não há falar em “direito adquirido” ao prazo de recolhimento anteriormente previsto, pois, como se sabe, o STF não reconhece a existência de direito adquirido a regime jurídico.

II - A circunstância de o fato disciplinado pela norma – isto é, o pagamento do tributo – haver de ocorrer após a sua edição é suficiente para afastar a alegada violação ao princípio da irretroatividade (CF, art. 150, III, a).

(RE 219878, 1ª TURMA, REL. SEPÚLVEDA PERTENCE, V.U., DJ DE 04-08-2000)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MINAS GERAIS. PENSÃO. VIÚVA DE DEPUTADO ESTADUAL. ART. 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO. DIREITO ADQUIRIDO.

Viúva de deputado estadual que vinha percebendo pensão, com base na lei estadual 8.393/1983, correspondente a 2/3 do valor do subsídio pago a deputado estadual. Não pode a lei posterior (lei estadual 9.886/1989) reduzir o *quantum* da pensão deferida sob a égide de legislação anterior, para o montante de 35% do atual subsídio pago a deputado estadual. Ofensa ao direito adquirido configurada.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 460737/MG, 2ª TURMA, REL. JOAQUIM BARBOSA, V.U., DJ DE 30-11-2007)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AUTÔNOMOS E ADMINISTRADORES. PAGAMENTO INDEVIDO. CRÉDITO UTILIZÁVEL PARA EXTINÇÃO, POR COMPENSAÇÃO, DE DÉBITOS DA MESMA NATUREZA, ATÉ O LIMITE DE 30%, QUANDO CONSTITUÍDOS APÓS A EDIÇÃO DA LEI Nº 9.129/95. ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADQUIRIDO E DA IRRETROATIVIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA.

Se o crédito se constituiu após o advento do referido diploma legal, é fora de dúvida que a sua extinção, mediante compensação, ou por outro qualquer meio, há de processar-se pelo regime nele estabelecido e não pelo da lei anterior, posto aplicável, no caso, o princípio segundo o qual não há direito adquirido a regime jurídico.

Recurso não conhecido.

(RE 254459/SC, 1ª Turma, Rel.: ILMAR GALVÃO, v.u., DJ de 10-08-2000)

E, no particular da compreensão da natureza estatutária da matéria previdenciária, espanca qualquer dúvida o deliberado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3.105, reconhecendo inexistir violação a direito adquirido na incidência de contribuição sobre as aposentadorias e pensões já concedidas pelo sistema público de previdência. Eis, no essencial, a ementa do acórdão:

EMENTAS: 1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, *caput*). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, da CF, e art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, **não há, em nosso or-**

denamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento. (...) (grifo nosso) (ADI 3105/DF, PLENO, REL. CEZAR PELUSO, V.U., DJDE 18-02-2005)

Da mesma forma, a jurisprudência já se posicionara, com foros de pacificidade, no que concerne à disciplina da força extintiva dos direitos. Serve de exemplo a usucapião extraordinária, à época do Código Civil de 1916, cuja redação original do seu art. 550 fixava o prazo de trinta anos, diminuído para vinte anos pela Lei 2.437/55.

A solução encontrada, mesmo vigorando entre nós dispositivo magno que, a exemplo de hoje, tutelava o direito adquirido, foi pela incidência imediata da redução, salvo quanto aos processos pendentes, conforme se pode vislumbrar da Súmula 445 - STF⁴.

Não se afirme que esse entendimento restara ultrapassado com a apreciação da eficácia temporal da usucapião especial urbano, introduzido em nosso sistema jurídico com o art. 183, *caput*, da Constituição vigente.

Isso porque o Pretório Excelso⁵, considerando a ausência até então do instituto em nossa ordem jurídica, apenas afirmou que o

⁴ Eis a redação do excerto sumular: “A Lei 2.437, de 7/3/1955, que reduz prazo prescricional, é aplicável às prescrições em curso na data de sua vigência (01/01/1956), salvo quanto aos processos então pendentes.”

⁵ “EMENTA: Tem seu termo inicial de fluência na data da entrada em vigor da Constituição de 1988 (5 de outubro), o prazo de usucapião estabelecido no art. 183 da mesma Carta.” (RE 145004/MT, 1ª TURMA, REL. OCTAVIO GALLOTTI, V.U., DJDE 13-12-1996)
“EMENTA: Usucapião Especial (CF, art. 183): firmou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal, a partir do julgamento do RE 145004 (Gallotti, DJ 13.2.97), no sentido de que o tempo de posse anterior a 5.10.88 não se inclui na contagem do prazo quinquenal estabelecido pelo art. 183 DF (v.g. RE 206.659, Galvão, DJ 6.2.98; RE 191.603, Marco Aurélio, DJ 28.8.98; RE 187.913, Néri, DJ 22.5.98; RE 214.851, Moreira Alves, DJ 8.5.98).” (RE 217.414-1/SP, 1ª TURMA, REL. SEPÚLVEDA PERTENCE, V.U., DJDE 26-03-1999)

prazo prescricional teria seu termo inicial contado a partir de 5 de outubro de 1988, mas, em nenhum momento, imunizou os atuais proprietários da incidência da nova modalidade extintiva do direito de propriedade.

É concluir-se, portanto, que a solução mais consentânea com o estado da questão não é a de, pura e simplesmente, imunizar à decadência do direito à sua revisão os benefícios deferidos antes da introdução do instituto pela Lei 9.528/97, mas, ao contrário, determinar que o *dies a quo* do prazo decadencial seja computado a partir da vigência daquele diploma.

O entendimento jurisprudencial perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça cria, salvo melhor compreensão, duas classes distintas de benefícios que estarão ou não, conforme a data de sua concessão, sujeitas à fluência do prazo de caducidade para o exercício do direito potestativo de sua revisão, produzindo-se, assim, discriminação incompatível com o princípio da isonomia.

De fato, ter-se-á o conjunto daqueles aposentados que, pelo simples fato do deferimento do benefício anteceder à Lei 9.528/97, estarão eternamente imunes à decadência, ou eventual prescrição do fundo do direito, e o daqueles, menos afortunados, cuja possibilidade de revisão poderá ser apanhada pelos efeitos nefastos do tempo.

O que penso estar interdito ao raio de gravitação da futura legislação é alterar, com gravame, as condições que balizaram o ato de aposentadoria, como são as inerentes ao cálculo do salário-de-benefício, da renda mensal inicial e a data de início do benefício.

A incidência ou não de prescrição ou decadência não é elemento integrativo do ato concessivo do benefício.

Diante das considerações tecidas, penso que a aplicabilidade imediata do disposto na nova redação do art. 103, *caput*, da Lei 8.213/91, com a fixação inicial do prazo de caducidade coincidente com o início da vigência da Lei 9.528/97, é a solução que atende de forma mais adequada aos postulados insculpidos no art. 5º, I e XXXVI, da Lei Básica.

Poder-se-á afirmar a falta de viabilidade desse entendimento, por a questão encontrar-se sepultada, em face da torrencial jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, editada na qualidade de guardião mor da autoridade, inteireza positiva e uniformidade interpretativa da lei federal.

Não me acosto a esta constatação. É que, embora a verificação, no caso concreto, de direito adquirido se afigure como matéria de índole infraconstitucional (AgRg no RE 349.605 – 1 – SC)⁶, infensa ao recurso extraordinário, o Pretório Excelso vem distinguindo esta hipótese daquelas nas quais se discute, com a invocação de direito adquirido, acerca da demarcação temporal da eficácia de norma legal, para nesta última hipótese admitir o mencionado recurso. Ou seja, em havendo lídimo questionamento de direito intertemporal, o direito adquirido se espraia além dos lindes do art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, para alçar a patamar constitucional, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Consultar, a esse respeito, explicitação do Min. Moreira Alves no RE 193.936 – 2 – SC⁷.

Robustece a natureza constitucional do tema o art. 103-A, *caput* e § 1º, que, a pretexto de disciplinar o instituto da súmula vinculativo, restrito a decisões sobre matéria constitucional, cogita o obje-

⁶ “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADQUIRIDO. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO LOCAL. LEI ESTADUAL Nº 6.745/85 E LC ESTADUAL Nº 36/91. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. A verificação, no caso concreto, da ocorrência, ou não, de violação do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada situa-se no campo infraconstitucional. Precedentes. 2. A controvérsia foi decidida com fundamento na legislação local, incidência da Súmula nº 280 deste Tribunal. Agravo regimental a que se nega provimento”. (2ª Turma, Rel. EROS GRAU, v.u., DJ de 13-03-2008)

⁷ “Tendo em vista justamente essa circunstância, é que, em matéria de direito adquirido e ato jurídico perfeito, esses termos só têm significado constitucional em se tratando de direito intertemporal, porque o ato jurídico perfeito o é em face da lei nova, o mesmo ocorrendo com o direito adquirido, senão todo direito é adquirido, desde que o fato jurídico que lhe dá nascimento ocorra. Por exemplo: um indivíduo que recebe uma importância a título de vencimento, adquire o direito a ele, mas isso só terá relevância constitucional para o artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna, se ocorrer questão de direito intertemporal, em face de lei posterior e de lei anterior.”

tivo inerente à eficácia de normas determinadas, incluindo-se, logicamente, a questão da produção de efeitos dum lei no tempo. Bastará apenas o reconhecimento pelo Pretório Excelso de repercussão geral.

No presente caso, embora a ação tenha sido proposta quando já decorridos mais de dez anos da concessão inicial do benefício⁸, não se reconhece a inércia do titular do direito, em razão deste ter exercido o seu direito à revisão da renda mensal inicial, quando do requerimento administrativo datado de 09/12/2002 (fl. 13), ou seja, antes de decorrido o prazo de dez anos da vigência da Lei 9.528/97 (decorrente da conversão da MP nº 1.523-9, de 27/06/1997), que instituiu a decadência do direito à revisão do ato de concessão do benefício.

Afasta-se, portanto, a preliminar de decadência.

No tocante à preliminar de prescrição das parcelas que antecedem ao ajuizamento da ação, também não merece guarida o apelo do INSS.

Isso porque, a teor do art. 4º do Decreto 20.910/32, durante o período em que estava tramitando o processo administrativo de revisão do benefício, ficou suspenso o curso do prazo prescricional, o qual somente voltou a correr da data do indeferimento, em 2006 (ver fl. 14), e sendo a ação judicial ajuizada no interregno de cinco anos (em 18/05/2010), deve ser tomada como termo *a quo* do pagamento das parcelas reconhecidas como devidas a data do requerimento administrativo.

Nesse sentido, consultar os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. PRAZO PRESCRICIONAL. DECRETO 20.910/1932. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO.

1. Não se conhece de Recurso Especial quanto a matéria não especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF.

⁸ A data de início do benefício retroage a 27/03/95 (ver fl. 10), enquanto que a ação fora proposta em 18/05/2010.

2. A jurisprudência do STJ é pacífica na compreensão de que o requerimento administrativo suspende o prazo prescricional, nos termos do art. 4º do Decreto 20.910/1932, reiniciando-se a contagem a partir da negativa do pleito.

3. Em memoriais, o ora agravante insiste na tese da prescrição, argumentando que o pleito administrativo versado nos autos é tão somente pedido de reconsideração de outro requerimento datado de 13.3.1995, no qual se requereu a denominada Gratificação de Titulação, e que, como tal, não geraria a interrupção do prazo prescricional. No entanto, a própria Corte de origem refuta tal argumento, esclarecendo que se trata de pedidos diversos e de direitos distintos.

4. Agravo Regimental não provido.

(STJ, 2ª Turma, AGA 201000709925, HERMAN BENJAMIN, v.u., 14/09/2010)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. GRATIFICAÇÃO POR TITULAÇÃO. DECRETO-LEI 20.910/32. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 85/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nas relações de trato sucessivo, a prescrição que incide é aquela prevista na Súmula 85/STJ.

2. Sendo a Lei Complementar nº 16 de 28 de dezembro de 1994 – fato pelo qual se originou o direito, o requerimento administrativo, que suspende o prazo prescricional, no presente caso, protocolado em março de 1998, e a resposta da Administração Pública dada somente em março de 2003, não há falar-se em prescrição das parcelas compreendidas entre março de 1995 e julho de 2000.

3. Agravo regimental improvido.

(AGREsp 200602536615, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ - SEXTA TURMA, 30/08/2010)

Ultrapassadas tais questões, passo a analisar as questões de fundo de direito.

Aduz o INSS não fazer jus o apelado ao reconhecimento do tempo de serviço especial, por não se enquadrar as atividades descritas à inicial como insalubres ou perigosas, como também por não ser possível a conversão de tempo de serviço especial em comum, após 28.05.98, por força da Lei 9.711/98, além de aduzir não ter sido comprovado que a atividade tenha sido exercida de forma habitual e permanente.

A aposentadoria especial está assim disciplinada:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 2º A data de início do benefício será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49.

§ 3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

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

Nos termos legais, é indispensável fique evidenciado que o impetrante trabalhava sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos.

Contudo, importante trazer à baila, de forma sucinta, a evolução da legislação sobre a matéria, especialmente nos pontos que aqui interessam.

Como é cediço, no tocante à concessão de benefícios previdenciários, o tempo de serviço é regido pela lei vigente na época em que efetivamente o serviço fora prestado. Assim, a atividade prestada, em condições especiais, anteriormente à vigência da

Lei 9.032/95 e descrita pelos anexos dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, era considerada especial por mera presunção legal, não necessitando, por conseguinte, de qualquer laudo ou documento que comprovasse a efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos. Ressalte-se que somente era exigida prova pericial que comprovasse a atividade penosa, perigosa ou insalubre, nos casos em que o serviço não se achasse descrito nos decretos acima referidos.

Com a edição da Lei 9.032/95, em 28.04.1995, passou-se a exigir a comprovação de que o interessado realmente trabalhava exposto a agentes nocivos, de modo habitual e permanente. E, após a Lei 9.528, de 10.12.1997 (decorrente da conversão de MP 1596-14), que alterou a redação do art. 58, § 1º, da Lei Orgânica de Benefícios da Previdência Social (Lei 8.231/91), e logo depois sofreu pequena alteração trazida pela Lei 9.732/98, ficou estabelecido que a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos “será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou por engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista”.

Essa mesma lei também acrescentou o § 4º ao art. 58 da Lei 8.213/91, determinando a necessidade da empresa elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico do trabalhador, abrangendo todas as atividades exercidas por ele, devendo fornecer-lhe cópia autêntica do referido documento, quando da rescisão do contrato de trabalho.

No tocante à limitação contida no art. 28 da Lei 9.711, de 20/11/1998, conforme defendido pelo apelante, no sentido de que somente poderia haver conversão de tempo especial em comum até 28/05/1998, demais de, no próprio âmbito administrativo, não encontrar guarida, uma vez que o próprio Decreto 4.827/2003, ao incluir o § 2º no art. 70 do Decreto nº 3.048/99, estendeu essa regra de conversão para qualquer tempo, a jurisprudência de nossos tribunais é pacífica quanto a essa possibilidade, sendo objeto de julgamento em sede de recurso repetitivo no Superior Tribunal de Justiça, conforme adiante se vê:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA. SERVIÇO PRESTADO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS APÓS MAIO DE 1998. CONVERSÃO EM TEMPO COMUM. POSSIBILIDADE. ART. 60 DO DECRETO 83.080/79 E 6º DA LICC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O Trabalhador que tenha exercido atividades em condições especiais, mesmo que posteriores a maio de 1998, tem direito adquirido, protegido constitucionalmente, à conversão do tempo de serviço, de forma majorada, para fins de aposentadoria comum. Nesse sentido: REsp 1.151.363/MG, representativo da controvérsia, de relatoria do douto Ministro JORGE MUSSI e julgado pela Terceira Seção desta Corte no dia 23.3.2011.

2. Agravo Regimental do INSS desprovido.

(STJ, Quinta Turma, AgRg no Resp 1069632/MG, rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, v.u., *DJe* de 14/04/2011)

O Superior Tribunal de Justiça decidiu em recurso especial representativo de controvérsia, submetido ao rito do art. 543-C, § 1º, do CPC, que deverá ser observada a lei em vigor por ocasião do exercício da atividade exercida sob condições especiais para fins de sua conversão em atividade comum. Consultar:

PREVIDENCIÁRIO. MATÉRIA DECIDIDA EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA, SOB O RITO DO ART. 543-C, § 1º, DO CPC E RESOLUÇÃO Nº 8/2008. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. OBSERVÂNCIA DA LEI EM VIGOR POR OCASIÃO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE. DECRETO Nº 3.048/1999, ARTIGO 70, §§ 1º E 2º. FATOR DE CONVERSÃO. EXTENSÃO DA REGRA AO TRABALHADOR DESEMPENHADO EM QUALQUER ÉPOCA.

1. A teor do § 1º do art. 70 do Decreto nº 3.048/99, a legislação em vigor na ocasião da prestação do serviço regula a caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais. Ou seja, observa-se o regramento da época do trabalho para a prova da exposição aos agentes agressivos à saúde: se pelo mero enquadramento da atividade nos anexos dos Regulamentos da Previdência, se mediante as anotações de formulários do INSS ou, ainda, pela existência de laudo assinado por médico do trabalho.

2. O Decreto nº 4.827/2003, ao incluir o § 2º no art. 70 do Decreto nº 3.048/99, estendeu ao trabalho desempenhado em qualquer período a mesma regra de conversão. Assim, no tocante aos efeitos da prestação laboral vinculada ao Sistema Previdenciário, a obtenção de benefício fica submetida às regras da legislação em vigor na data do requerimento.

3. A adoção deste ou daquele fator de conversão depende, tão somente, do tempo de contribuição total exigido em lei para a aposentadoria integral, ou seja, deve corresponder ao valor tomado como parâmetro, numa relação de proporcionalidade, o que corresponde a um mero cálculo matemático e não de regra previdenciária.

4. Agravo regimental improvido.

(STJ, Quinta Turma, AgRg no Resp 1108375/PR, rel. Min. JORGE MUSSI, v.u., DJe de 25/05/2011)

Quanto ao fator multiplicador a ser adotado na conversão do tempo de serviço, ficou assentado que seria aquele segundo a legislação vigente ao tempo do requerimento do benefício. Nesse sentido, consultar o julgado representativo de controvérsia:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. CONVERSÃO. FATOR APLICÁVEL. MATÉRIA SUBMETIDA AO CRIVO DA TERCEIRA SEÇÃO POR MEIO DE RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIVERGÊNCIA SUPERADA. ORIENTAÇÃO FIXADA PELA SÚMULA 168 DO STJ. INCIDÊNCIA.

1. A questão que se coloca a esta Terceira Seção diz respeito a qual índice multiplicador deve ser utilizado para a conversão de tempo de serviço especial em comum: aplica-se a tabela em vigor à época do requerimento do benefício ou aquela vigente durante o período em que efetivamente exercida a atividade especial?

2. A respeito do tema, esta Corte Superior de Justiça tinha entendimento firmado no sentido de que o fator a ser utilizado na conversão do tempo de serviço especial em comum seria disciplinado pela legislação vigente à época em que as atividades foram efetivamente prestadas. Desse modo, para as atividades desenvolvidas no período de vigência do Decreto nº 83.090/1979, deveria ser empregada

do o fator de conversão 1,2, nos termos do art. 60, § 2º, que o prevê expressamente.

3. Contudo, a Quinta Turma desta Corte Superior de Justiça, em Sessão realizada em 18/8/2009, no julgamento do Recurso Especial nº 1.096.450/MG, de que Relator o em. Min. JORGE MUSSI, consolidou novo posicionamento sobre o tema, estabelecendo que o multiplicador aplicável em casos de conversão de tempo especial para a aposentadoria por tempo de serviço comum deve ser o vigente à época em que requerido o benefício previdenciário, e não aquele em que houve a efetiva prestação de serviço.

4. Por fim, registre-se que o tema em debate foi conduzido a esta Terceira Seção, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 1.151.363/MG (acórdão publicado no *DJe* 5/4/2011), processado segundo o regime do art. 543-C do CPC, tendo a referida Corte fixado, por unanimidade, a compreensão de que o multiplicador aplicável, na hipótese de conversão de tempo especial para aposentadoria por tempo de serviço comum, deve ser o vigente à época em que requerido o benefício previdenciário.

5. Nesses moldes, estando a matéria pacificada no âmbito da Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, em idêntico sentido ao acórdão embargado, há de incidir, na espécie, a orientação fixada pela Súmula 168/STJ.

6. Embargos de divergência rejeitados.

(STJ, Terceira Seção, EREsp 1105506 / RS, rel. Min. OG FERNANDES, *DJe* de 20/05/2011).

Importante, ainda, ressaltar que o art. 15 da Emenda Constitucional 20, de 15.12.1998, é expresso em determinar que “até que a lei complementar a que se refere o art. 201, § 1º, da Constituição Federal, seja publicada, permanece em vigor o disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8213, de 24 de julho de 1991, na redação vigente à data da publicação desta Emenda”.

Feitas essas considerações, já deve ser rechaçada a alegação de que não se poderia reconhecer como especial o tempo de serviço prestado após 28/05/98, por força da Lei 9.711/98.

Remanesce a apreciação acerca da análise das provas colacionadas aos autos acerca da atividade especial desempenhada pelo apelado.

Consoante se colhe dos documentos de fls. 15/17, as atividades desempenhadas pelo apelado, na Companhia Hidro Elétrica do São Francisco - CHESF, nos períodos requeridos à inicial e deferidos pelo juízo *a quo*, com efeito, estavam enquadradas entre aquelas descritas nos itens 2.3.1 (Trabalhadores em túneis e galerias) e 2.3.2 (trabalhadores em escavações a céu aberto) do Decreto 53831/64.

No período de 13.06.66 a 30.07.68 e de 01.08.68 a 31.05.72, o apelado trabalhou na área de escavação subterrânea dos túneis de descarga da Usina Hidrelétrica de Paulo Afonso II e III, respectivamente; e, no período de 01/06/72 a 30/09/75, trabalhou em canteiro de obras de escavação em rocha a céu aberto.

Referidas atividades foram exercidas de modo habitual e permanente, durante a jornada de trabalho do apelado, conforme consta nos formulários de fls. 15/17, já mencionados.

Considerando o acréscimo de serviço, quando da conversão de especial para comum, com a utilização do fator 1,75, quanto aos dois primeiros períodos, e 1,4, quanto ao último, ficou demonstrado um acréscimo de tempo de serviço de 03 anos, 05 meses e 06 dias, fazendo jus o apelado à revisão da aposentadoria, majorando o percentual incidente sobre o salário de benefício de 76% para 94%, uma vez preenchidos os requisitos para aposentadoria proporcional aos 34 anos de serviço, antes da Emenda Constitucional 20/98.

Merece reforma o *decisum*, no entanto, tão somente quanto aos juros de mora e correção monetária devidos a partir da vigência da Lei 11.960/2009.

Aspecto que, por sua relevância, exige melhor análise está na questão acerca da incidência, a partir de sua vigência, da alteração imposta pela Lei nº 11.960/2009 ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, estatuinto, agora de maneira genérica – pois a redação imediatamente anterior era restrita às condenações em favor de servidores públicos –, às condenações impostas em detrimento da fazenda pública, que, a título de correção monetária e juros de mora, serão adotados – e, mesmo assim, uma só vez –, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, por sua 3ª Seção, ao pôr cobro ao REsp 1.086.944/SP (V.U. - REL. MIN. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - *DJE* DE 04-05-2009), por ocasião do debate envolvendo a redação anterior do art. 1º-F, acrescentado à Lei nº 9.494/97 pela MP 2.180-35/2001, o qual determinou que os juros de mora nas condenações em favor de servidores públicos fossem fixados em 6% ao ano, assentou a compreensão de que, em possuindo natureza de direito material, a inovação legislativa somente poderia ser aplicada às ações ajuizadas posteriormente à sua vigência.

Diante da similitude das disciplinas legislativas citadas, pode-se, à primeira vista, prever que esse critério, por força duma obrigação de coerência da Corte Superior, deva, igualmente, prevalecer quanto à Lei nº 11.960/2009.

Penso, com a devida licença, que tal precedente não estabelece o melhor caminho a ser seguido.

Em sentido diametralmente oposto, ao se defrontar sobre o marco temporal da aplicação da redação antecedente do art. 1º-F, o Supremo Tribunal Federal, por ambas as turmas, propendeu pela incidência imediata (2ª T. - AGR NO RE 559.445/PR. - V.U. - REL. MIN. ELLEN GRACIE - *DJE* DE 12-06-2009; 1ª T. - AGR NO AI 778.920/RS - MV - REL. MIN. RICARDO LEWANDOWSKI - *DJE* DE 18-11-2010).

Esse entendimento é o mais adequado quanto à Lei nº 11.960/2009, especialmente pelo fato de se estar diante de questão constitucional.

A Constituição de 1988, ao consagrar a tutela à segurança jurídica em seu texto, afora as matérias de natureza penal (art. 5º, XL) e tributária (art. 150, III, a), não enveredou pela senda da irretroatividade, mas sim da aplicabilidade imediata das normas jurídicas, com as exceções enumeradas pelo art. 5º, XXXVI, quais sejam, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Nesse sentido, bastante explicativo o fundamento constante da ADI 605-MC/DF (PLENO - V.U. - REL. MIN. CELSO DE MELLO - *DJU* DE 05-03-93).

Não estando a matéria abrigada por sentença irrecurável, não se pode cogitar de direito adquirido, pois, do contrário, estar-se-ia

admitindo a presença de tal franquia magna em relações continuativas de caráter estatutário, o que, como é sabido, malferirá a jurisprudência do Pretório Excelso (RE 94.020 - REL. MIN. MOREIRA ALVES - RTJ 104/269; RE 105.137 - REL. MIN. CORDEIRO GUERRA - RTJ 115/379).

Por outro lado, orientação que afasta, em relação jurídica continuada, a aplicação duma lei, a partir da sua entrada em vigor, mesmo sem invocar, para tanto, ofensa a preceito constitucional, implica não em medida de correção ou de atenuação, nos casos concretos, da eficácia de norma legal, como se tem com a equidade, o abuso de direito, a fraude à lei, dentre outros, mas sim em tácita declaração de inconstitucionalidade, porque oferta alteração de seu sentido de maneira abstrata.

Daí que o ponto de vista favorável à incidência da Lei nº 11.960/2009 somente para os processos iniciados após sua vigência exige a necessidade de passar pelo crivo da reserva de plenário (art. 97, CF), pena de quebrantamento à Súmula Vinculante 10.

Só para fins de reforço argumentativo, esclareça-se que um dos precedentes que respaldam a mencionada súmula vinculativa foi o RE 482.090-1/SP (PLENO - V.U. - REL. MIN. JOAQUIM BARBOSA - DJE DE 12-03-2009), mediante o qual se invalidou decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (REsp 644.736 - REL. MIN. TEORI ZAVASCKI - DJ DE 27.08.2007) que, às voltas com a interpretação dos arts. 3º e 4º da LC 118/2005, determinou sua aplicabilidade unicamente para os processos ajuizados a partir de sua entrada em vigor, invocando, mesmo sem explicitação, critérios supostamente extraídos da Lei Maior.

Em conclusão, limitar pura e simplesmente, a aplicação da Lei 11.960/2009 aos processos ajuizados a partir de sua vigência, além de conferir interpretação equivocada ao art. 5º, XXXVI, da Lei Maior, viola, por igual, o disposto no art. 97 do mesmo diploma.

O que se quer dizer, com referência à suposta violação do art. 97 da Constituição Federal, é que órgão fracionário desta Corte, ainda que entenda contrário ao direito adquirido à incidência da Lei nº 11.960/2009, não pode afastar esta, sem o procedimento de arguição de inconstitucionalidade, previsto no art. 481 do CPC.

Quanto aos honorários advocatícios, impõe-se a aplicação da Súmula 111 do STJ, devendo o percentual fixado pelo juízo *a quo* incidir sobre as parcelas devidas até a prolação da sentença.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial para estabelecer que os juros de mora e a correção monetária devidos a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009 devem ser calculados na forma prevista no art 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação da nova lei, bem como para determinar a aplicação da Súmula 111 do STJ, quanto aos honorários advocatícios.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 374.053-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO
Apelante: USINA CENTRAL OLHO D'AGUA S/A
Apelados: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF E OUTRO
Advs./Procs.: DRS. HARLAN DE ALBUQUERQUE GADELHA FI-
LHO E OUTROS (APTE.) E ANTONIO HENRIQUE
FREIRE GUERRA E OUTROS (APDOS.)

**EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CI-
VIL. FGTS. RECOLHIMENTO. PERÍODO DE 1983
A 1988. USINA SUCRO-ALCOOLEIRA. EMPRE-
SA CONSIDERADA INDUSTRIAL. TRABALHA-
DOR RURAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA
UNIÃO FEDERAL. PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA.
JUNTADA DE DOCUMENTOS EM SEDE RE-
CURSAL. DESENTRANHAMENTO. ISENÇÃO
DO FGTS. RECURSO REPETITIVO DO STJ.**

**- A Caixa Econômica é a agente operadora do
Fundo, nos termos da Lei nº 8.036/90; e a Lei nº
8.844/94 conferiu-lhe a representação judicial e
extrajudicial do FGTS (art. 2º). Ilegitimidade pas-
siva da União para a causa.**

**- Nas discussões versando sobre o FGTS, a pres-
crição é trintenária, nos moldes postos na Lei**

8.036/90 (art. 23, § 5º). Precedentes Jurisprudenciais. Inocorrência da prescrição porquanto discute-se acerca de valores recolhidos entre julho de 1983 e junho de 1988. Propositura da ação que ocorreu em setembro de 1998.

- A juntada de documentos novos, na fase recursal, é vedada no sistema processual brasileiro. As hipóteses que excepcionam tal regra – fatos supervenientes ou novos não suscitados no Primeiro Grau de Jurisdição, por motivo de força maior – não foram comprovadas nos autos. Impossibilidade de relevar-se a inércia da parte que não juntou as provas no tempo oportuno; assim não fosse e poder-se-ia cogitar de deslealdade processual do Magistrado ad quem. Atividade do Julgador a quo que deve ser prestigiada. Desentranhamento dos documentos novos.

- A Notificação de Depósito do Fundo de Garantia-NDFG está em perfeita sintonia com as exigências postas na Portaria nº 148/96, expedida pelo Ministério do Trabalho, vigente ao tempo dos fatos. Inexiste a exigência da relação dos empregados a serem beneficiados com o depósito. Regularidade formal do documento.

- Os empregados de empresa agroindustrial que trabalham no cultivo da cana-de-açúcar são considerados rurícolas e assim, no período da vigência da Lei Complementar nº 11/71, até a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, as empresas agroindustriais beneficiavam-se da isenção do recolhimento do FGTS, relativamente a esses empregados. Entendimento pacificado em sede de Recursos Repetitivos Representativos de Controvérsia – art. 543-C do CPC -TJ – REsp nº 200901290273, relator o em. Min. Mauro Campbell Marques, em 19/08/2010.

- Provimento do pleito da apelante, no que tange à declaração de inexigibilidade de auto de infração (NDFG) lavrado pelo Ministério do Trabalho

para a cobrança das contribuições para o FGTS, em relação aos respectivos trabalhadores rurícolas, no período compreendido entre 07/1983 a 06/1988. Apelação da Usina Central Olho D'Água S/A provida. Inversão do ônus da sucumbência. Honorários advocatícios arbitrados em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à Apelação da Usina Central Olho D'Água S/A, 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, 22 de setembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Cuida-se de ação declaratória, interposta pela Usina Central Olho D'Água contra a Caixa Econômica Federal, com vistas a anular a cobrança de FGTS-Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, no período compreendido entre julho de 1983 e junho de 1988, referente à exigência de recolhimento de FGTS de seus empregados da zona rural, consubstanciada na Notificação para Depósito-NDFG nº 02402 acostada às fls. 28/29 dos presentes autos.

A apelante argui, inicialmente, vício de forma na notificação, por não haver sido relacionados os empregados em cujas contas vinculadas os depósitos deveriam ser efetuados.

Aduz, ainda, que a mencionada cobrança é manifestamente ilegal, uma vez que, nesse período, não era exigido o recolhimento

do FGTS sobre a remuneração paga aos trabalhadores rurais, baseado no art. 20, da Lei nº 5.889/73, e que o recolhimento apenas passou a ser obrigatório com o advento da Lei nº 8.036/90, que, em seu art. 15, inaugurou a cobrança do FGTS aos empregadores rurais.

A juíza sentenciante julgou o pedido improcedente, por haver formado o convencimento em prol da legalidade da NDFG, assim como da cobrança do FGTS. Afirma que, na época dos fatos, o critério que determinava a classificação das categorias profissionais fundava-se no segmento da atividade do empregador, e não, dos empregados. Sendo a atividade do autor calcada na industrialização da cana-de-açúcar, deveria, conseqüentemente, ser classificada como empresa industrial.

A doutra Juíza concluiu, ainda, que, qualificando-se a usina de açúcar como empresa industrial, os seus trabalhadores deveriam integrar a categoria dos industriários, fazendo jus à verba referente ao FGTS, hoje estendida, constitucionalmente, a qualquer trabalhador, seja ele urbano ou rural (art. 7º, III, da Constituição Federal).

Irresignada, apelou a autora, alegando, em suma, o seguinte: a) a cobrança que visa desconstituir é referente ao FGTS devido sobre a remuneração paga a trabalhadores rurais, e não industriários, fato não contestado pela ré; b) que a juíza presumiu que existiria a possibilidade de se identificar os trabalhadores beneficiados com os valores depositados a título de FGTS, incorrendo em *error in iudicando* e *in procedendo*; c) que a interpretação de que os empregados da agroindústria sucroalcooleira não seriam passíveis de enquadramento na qualidade de rurícolas é absolutamente equivocada. Pleiteia, alfim, a reforma do julgado.

As contrarrazões da Caixa Econômica Federal repousam às fls. 432/435, e as da União Federal às fls. 445/454, onde suscitou o desentranhamento dos documentos que instruíram o recurso de apelação.

A União Federal igualmente arguiu as preliminares de ilegitimidade passiva e prescrição.

O primeiro julgamento proferido por esta Terceira Turma (fl. 459) foi anulado pelo STJ - Superior Tribunal de Justiça (fls. 873/

875) tendo em vista a ausência de renovação da intimação da pauta de julgamento, motivo pelo qual os autos me vieram novamente conclusos para julgamento.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Início por analisar as preliminares suscitadas pelas apeladas.

No tocante à ilegitimidade passiva da União, vislumbro merecer prosperar a irresignação recursal. Apesar de a União ser a titular do direito, a Caixa Econômica é a agente operadora do Fundo, nos termos da Lei nº 8.036/90, e a Lei nº 8.844/94 conferiu-lhe a representação judicial e extrajudicial do mesmo (art. 2º). Desta forma, é desnecessária a participação da União Federal na presente lide, pelo que determino a sua exclusão do polo passivo da demanda.

Quanto à preliminar de prescrição, já ficou pacificado, em nossas Cortes Superiores, que, quando se tratar de discussão acerca de FGTS, a prescrição é trintenária, nos moldes preconizados pela Lei nº 8.036/90 (art. 23, § 5º); desta forma, não ocorreu prescrição, quanto ao direito aqui reclamado, porquanto se reclamam valores recolhidos entre julho de 1983 e junho de 1988 e a ação foi proposta em setembro de 1998.

A apelante acostou documentos novos às fls. 379/427. A junta de documentos novos, em fase recursal, é vedada no sistema processual brasileiro. As hipóteses que excepcionam esta regra (fatos supervenientes ou fatos novos não levantados no primeiro grau por motivo de força maior) não foram comprovadas nos autos. Não se deve acobertar a inércia da parte que não juntou suas provas no tempo oportuno. Seria deslealdade processual do Magistrado *ad quem*. A atividade do Juiz de primeiro grau deve ser prestigiada.

Flávio Cheim Jorge, em sua obra “Teoria Geral dos Recursos”, apropriadamente lecionou que, afora as exceções contidas

no art. 515, § 3º, do CPC, o sistema recursal brasileiro é o de **revisão**, através do qual *“o Tribunal exerce o controle das decisões judiciais e não impõe uma nova criação. Assim, para que exista o controle é imprescindível que o mesmo seja feito examinando o mesmo material que dispunha o julgador quando da prolação da decisão recorrida”*.

Em face do exposto, **indefiro** a juntada aos autos dos documentos de fls. 379/427 e determino o seu desentranhamento.

Passo à análise do mérito.

A Usina Central Olho D'Água S/A pretende desconstituir a dívida cobrada pela apelada-Caixa Econômica Federal-CEF, cingindo-se, basicamente, em 02 (dois) argumentos: vício de forma, no próprio ato de lavratura da Notificação para Depósito do Fundo de Garantia-NDFG, e ausência de obrigação legal ao recolhimento do FGTS sobre a remuneração paga aos trabalhadores rurais.

Averiguando a NDFG, acostada às fls. 28/31, concluo que ela está em perfeita sintonia com as exigências constantes da Portaria nº 148/96, expedida pelo Ministério do Trabalho, aplicável ao tempo dos fatos; nela figuram elementos essenciais à validade jurídica do documento, no qual constam o nome, o número de inscrição no CGC e o domicílio do devedor, o valor originário da dívida, a indicação do Banco depositário e a assinatura da autoridade competente, dentre outros requisitos estabelecidos. Isso basta à constatação da sua regularidade formal.

Inexiste, na retro mencionada Portaria, a exigência da relação dos empregados a serem beneficiados com o depósito, conforme amplamente defendido pela apelante.

O relatório que ensejou a NDFG afirmou, em seu item 1, que *“a anexa NDFG, integrada e instruída com este relatório, discrimina e totaliza contribuições devidas ao Fundo de Garantia por tempo de Serviço - FGTS referentes aos pagamentos efetuados aos trabalhadores do campo da referida empresa. Do exame dos documentos apresentados ficou evidenciado o não recolhimento de contribuições sobre os pagamentos efetuados a esta categoria de trabalhador”*.

Verifico que, em nenhum momento processual, foi refutado o “não recolhimento” do FGTS sobre os pagamentos dos trabalhadores rurais. A todo tempo, a apelante cinge-se à tese de não ser devido o recolhimento de FGTS sobre a remuneração paga ao campesino. Tal fato me leva ao entendimento de uma assunção implícita da inadimplência previdenciária.

Sobre a questão de ser ou não devido o recolhimento de FGTS, pela Usina de Açúcar, referente aos trabalhadores rurais, no período que antecedeu a Constituição Federal de 1988, o STJ - Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento em seara de recurso repetitivo, cujo julgamento resultou na seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. CONTRADIÇÃO NÃO CONFIGURADA. FGTS. AGROINDÚSTRIA. USINA DE AÇÚCAR E AÇÚCAR. TRABALHADOR DA LAVOURA CANAVIEIRA. QUALIFICAÇÃO COMO TRABALHADOR RURAL. ISENÇÃO.

1. A contradição que autoriza o manejo dos aclaratórios é aquela que ocorre entre a fundamentação e o dispositivo, e não a interna à fundamentação.

2. Na hipótese dos autos, a apontada contradição confunde-se com o inconformismo da parte acerca do julgamento da controvérsia de fundo proferido pelo Tribunal, situação não enquadrada entre os vícios do art. 535 do CPC. Ao que se verifica não há fundamentos antagônicos no voto condutor do julgado que manteve absoluta coerência ao decidir que, para o enquadramento da atividade do rurícola, deve preponderar a atividade desenvolvida pelo próprio empregado, e não pela categoria do empregador. Decidiu-se, ainda, que apenas em relação aos empregados que trabalhavam na extração da cana-de-açúcar não era legítima a cobrança das contribuições para o FGTS. Fácil observar, portanto, que os argumentos que foram elencados nos aclaratórios constituem mera tentativa de rejuízo da controvérsia, e não propriamente contradição do acórdão atacado.

3. A Lei Complementar nº 11/71, ao instituir o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, e a Lei nº 5.889/73, ao estabelecer regras para o referido programa, excluíram da exigência do recolhimento do FGTS aqueles trabalhadores que desenvolviam atividades classificadas como rurais.

Somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que desenvolveu um sistema de equiparação entre os trabalhadores urbanos e rurais, a contribuição para o FGTS passou a ser obrigatória, independentemente da atividade desempenhada pelo empregado, seja urbana, seja rural.

4. Na hipótese dos autos, discute-se a exigibilidade do FGTS dos empregados de usinas sucroalcooleiras que trabalham na lavoura canavieira, durante o período compreendido entre os anos de 1984 e 1988, ou seja, no período em que não era obrigatória a vinculação ao FGTS de empregados rurais.

5. A Lei 5.889/73 preconizou normas reguladoras do trabalho rural, estabelecendo os critérios para definição do empregado rural, ao prever em seu art. 2º, que o empregado rural é toda pessoa física que presta serviços a empregador rural, sob a dependência deste e mediante salário, desenvolvendo suas atividades em propriedade rural ou prédio rústico. E, em relação ao empregador rural, o art. 3º da mencionada norma legal definiu-o como sendo “a pessoa física ou jurídica, proprietário ou não, que explore atividade agroeconômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de prepostos e com auxílio de empregados”, inclusive mediante a exploração industrial em estabelecimento agrário (§ 1º).

6. De acordo com a lei em referência, uma mesma empresa agroindustrial, poderia ser qualificada como empregadora rural relativamente aos seus empregados que realizavam atividade rurais, e como urbana no que tange às demais atividades desenvolvidas.

7. Sobre o tema, o Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento de que a atividade exercida pelo empregado é que define a condição deste como rural ou industrial, assentando, inclusive, que o cultivo de cana-de-açúcar para usina sucroalcooleira não constitui atividade agroindustrial, mas sim rural. Precedentes.

8. Assim, conclui-se que os empregados, que laboram no cultivo da cana-de-açúcar para empresa agroindustrial ligada ao setor alcooleiro, detêm a qualidade de rurícola, o que traz como consequência a isenção do FGTS desde a edição da Lei Complementar nº 11/71 até a promulgação da Constituição Federal de 1988. Precedente: EDREsp

952052 / PE, da relatoria da Ministra Eliana Calmon, *DJ* 12.3.2010.

9. Recursos especiais não providos. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(RESP 200901290273, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, 19/08/2010)

Desta forma, restou decidido que os empregados de empresa agroindustrial que laboram no cultivo da cana-de-açúcar são considerados rurícolas e assim, no período da vigência da Lei Complementar nº 11/71 até a entrada em vigor da Constituição Federal, em 1988, tais empresas possuíam isenção de recolhimento do FGTS relativamente a esses empregados.

Dessarte, merece provimento o pleito da apelante, de declaração de inexigibilidade de auto de infração (NDFG) lavrado pelo Ministério do Trabalho para a cobrança de FGTS sobre os seus trabalhadores rurícolas, no período compreendido entre 07/1983 e 06/1988.

Com essas considerações, dou provimento à Apelação da Usina Central Olho D'Água S/A. Inversão do ônus da sucumbência. Honorários advocatícios arbitrados em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), com fulcro no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil - CPC.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 407.541-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Apelantes: USINA CENTRAL NOSSA SENHORA DE LOURDES S/A, CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S/A - ELETROBRÁS E FAZENDA NACIONAL
Parte R.: OS MESMOS
Agravante: USINA CENTRAL NOSSA SENHORA DE LOURDES S/A
Advs./Procs.: DRS. PATRÍCIA HELENA FERREIRA GAIÃO E OUTROS E CLEBER MARQUES REIS E OUTROS

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO DO VICE-PRESIDENTE QUE NÃO ADMITIU AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL COM SUCEDÂNEO NO ART. 543-C, § 7º, I, DO CPC, PORQUE ABSOLUTAMENTE INADMISSÍVEL. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL DO STJ. IMPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.

- Agravo regimental na AC nº 407.541/PE interposto pela parte autora contra decisão que não admitiu o agravo de instrumento manejado contra o provimento do então Vice-Presidente que negou seguimento a recurso especial com sucedâneo no art. 543-C, § 7º, I, do CPC, porque manifestamente inadmissível.

- Alega, em síntese, que a decisão agravada neste regimental não encontra amparo em lei nem no Regimento Interno desta Corte Regional.

- A decisão agravada no regimental está assim fundamentada:

“De logo, digo ser inadmissíveis os agravos de instrumento.

Para tanto, basta enunciar que a egrégia Corte Especial do STJ, no julgamento da QO no AI nº

1.154.599/SP, firmou a compreensão de que, contra a decisão que nega seguimento ao recurso especial com sucedâneo na hipótese do art. 543-C, § 7º, I, do CPC, é incabível a interposição do agravo de instrumento para a Corte Superior.

Nesse sentido, vejamos:

‘QUESTÃO DE ORDEM. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO. EXEGESE DOS ARTS. 543 E 544 DO CPC. AGRAVO NÃO CONHECIDO.

- Não cabe agravo de instrumento contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no art. 543, § 7º, inciso I, do CPC.

Agravo não conhecido’.

Conforme ressaltado no voto do Relator, Min. César Asfor Rocha, cabível para o caso, na hipótese de equívoco da decisão recorrida, apenas o agravo regimental para o tribunal de origem. Vejamos:

‘Poderá haver hipóteses em que, de fato, o recurso especial terá seguimento negado indevidamente, por equívoco do órgão julgador na origem. Nesse caso, caberá apenas agravo regimental no Tribunal a quo’.

E, ainda, esclareceu o Relator sobre a possibilidade de o Tribunal a quo inadmitir o agravo de instrumento erroneamente interposto:

‘[...] pode o Tribunal de origem, através do seu órgão competente, impedir a subida do agravo de instrumento aplicando a regra do art. 543-C do CPC? Penso que sim, anotando, desde logo, que tal decisão, obstando o prosseguimento do agravo, não representa, em princípio, usurpação da competência desta Corte. Isso por se tratar de recurso absolutamente incabível, não previsto em lei para a hipótese em debate e, portanto, não inserido na competência do Superior Tribunal de Justiça’.

Por último, enfatizo que, por se tratar de interpretação jurisprudencial, e não de alteração normativa, o entendimento sufragado pelo STJ aplica-se indiscutivelmente a todos os agravos de instrumento interpostos anteriormente à data em que a Corte Especial julgou a QO no AI nº 1.154.599/SP (AGREsp nº 1102512).

- Ao rebater o manejo do agravo de instrumento previsto no art. 544 do CPC para a hipótese em exame, ou seja, no caso de negativa de seguimento a recurso especial com base na uniformidade do acórdão recorrido ao recurso paradigma, o STJ anotou:

‘Sob esse enfoque, a norma do art. 544 do Código de Processo Civil, editada em outro momento do Poder Judiciário, deve ser interpretada restritivamente, incidindo, apenas, nos casos para os quais o agravo de instrumento respectivo foi criado, ou seja, nas hipóteses em que o órgão julgante do Tribunal de origem tenha apreciado efetivamente os requisitos de admissibilidade do recurso especial.

O exame dos mencionados pressupostos recursais, sem dúvida, não alcança a norma do inciso I do § 7º do art. 543-C do Código de Processo Civil.

Nesse dispositivo, o apelo extremo tem seguimento negado com base no julgamento do mérito de apelo que serviu de paradigma ou, como dispõe a própria lei, de ‘recurso representativo de controvérsia’ (§ 1º do mesmo dispositivo). Antecipa-se, enfim, no eleito recurso repetitivo, o resultado dos futuros recursos que cuidarem de matéria idêntica.

O momento da Lei nº 11.672/2008, que criou o recurso repetitivo nesta Corte, é incompatível com o momento em que concebido o agravo de instrumento do art. 544 do CPC.

Decidir de forma diversa, acolhendo a possibilidade de interposição do agravo de instrumento, enseja, flagrantemente, a mera substituição de cores e de nomenclaturas dos recursos que subirão ao Superior Tribunal de Justiça, impedindo que as partes obtenham justiça rápida e definitiva com o trânsito em julgado da decisão de mérito e ferindo, no meu entender, o espírito da nova lei'. (Original sem destaque)

- A conclusão a que chegou o STJ partiu do entendimento proclamado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 760.358/SE, que também compreendeu ser o agravo regimental o único meio idôneo de corrigir o suposto equívoco de decisões que apliquem a jurisprudência da excelsa Corte aos processos sobrestados na origem pela repercussão geral.

- Embora o STF tenha determinado, naquela decisão, a conversão do agravo de instrumento em agravo regimental com remessa dos autos à Corte de origem, essa sistemática somente vem sendo adotada pelo excelso Tribunal – à vista do princípio da fungibilidade – para os agravos de instrumento interpostos antes de 19/11/2009, data de julgamento da AI 760.358-QO, portanto, quando então consolidada a jurisprudência sobre o recurso cabível (Rcl 9471 AgR / MG - 2ª Turma - Rel. Min. Gilmar Mendes - Public. DJE 18/08/2010 - original sem destaque).

- Logo, seguindo a mesma linha de entendimento e a comezinha regra de hermenêutica de que onde existem as mesmas razões de fato, incidem as mesmas razões de direito, deve-se entender somente possível a conversão dos agravos (ou “agravos de instrumento”) em recurso especiais para agravos regimentais quanto àqueles que foram interpostos até a data em que, no STJ, pacificado o assunto, o que efetivamente ocor-

ra em 16/02/2011, dia do julgamento, por sua Corte Especial, da Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 1.154.599/SP.

- Assim, tendo a agravante protocolado o agravo de instrumento em 25/03/2011 (fl. 1003), portanto, após aquele marco, inadmissível o recurso e inviável a sua conversão em agravo regimental, nos termos da fundamentação esposada.

- Improvimento do agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, 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, 19 de outubro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de agravo regimental (fls. 1118/1130) na AC nº 407.541/PE interposto pela parte autora contra decisão (fls. 114/116) que não admitiu o agravo de instrumento manejado contra o provimento do então Vice-Presidente, Desembargador Federal Marcelo Navarro, que negou seguimento ao recurso especial com sucedâneo no art. 543-C, § 7º, I, do CPC.

Em síntese, discorre que a decisão agravada neste regimental não encontra amparo em lei nem no Regimento Interno desta Corte Regional.

Sustenta a contrariedade do acórdão impugnado no recurso especial à orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.003.955/RS, julgado sob o regime da Lei nº 11.672/2008.

Requer, assim, o provimento do agravo regimental para que sejam os autos encaminhados à 1ª Turma deste Tribunal para adequação do acórdão recorrido ao recurso especial paradigma.

Dispensada a apresentação de contrarrazões e a inclusão em pauta nos termos do Regimento Interno deste Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

O agravo regimental volta-se contra a decisão que não admitiu o agravo de instrumento interposto contra o provimento monocrático que negou seguimento ao recurso especial com base no art. 543-C, § 7º, I, do CPC, ou seja, tendo em vista a conformidade do acórdão recorrido à orientação firmada pelo STJ sob o regime do recurso repetitivo.

Repriso os fundamentos esposados na decisão agravada neste regimental:

De logo, **digo ser inadmissíveis os agravos de instrumento.**

Para tanto, basta enunciar que a egrégia Corte Especial do STJ, no julgamento da QO no AI nº 1.154.599/SP, firmou a compreensão de que, contra a decisão que nega seguimento ao recurso especial com sucedâneo na hipótese do art. 543-C, § 7º, I, do CPC, é incabível a interposição do agravo de instrumento para a Corte Superior.

Nesse sentido, vejamos:

QUESTÃO DE ORDEM. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO. EXEGESE DOS ARTS. 543 E 544 DO CPC. AGRAVO NÃO CONHECIDO.

- Não cabe agravo de instrumento contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no art. 543, § 7º, inciso I, do CPC.

Agravo não conhecido.

Conforme ressaltado na voto do Relator, Min. César Asfor Rocha, cabível para o caso, na hipótese de equívoco da

decisão recorrida, apenas o agravo regimental para o tribunal de origem. Vejamos:

“Poderá haver hipóteses em que, de fato, o recurso especial terá seguimento negado indevidamente, por equívoco do órgão julgador na origem. Nesse caso, caberá apenas agravo regimental no Tribunal *a quo*”.

E, ainda, esclareceu o Relator sobre a possibilidade de o Tribunal *a quo* inadmitir o agravo de instrumento erroneamente interposto:

“[...] pode o Tribunal de origem, através do seu órgão competente, impedir a subida do agravo de instrumento aplicando a regra do art. 543-C do CPC? Penso que sim, anotando, desde logo, que tal decisão, obstando o prosseguimento do agravo, não representa, em princípio, usurpação da competência desta Corte. Isso por se tratar de recurso absolutamente incabível, não previsto em lei para a hipótese em debate e, portanto, não inserido na competência do Superior Tribunal de Justiça”.

Por último, enfatizo que, por se tratar de interpretação jurisprudencial, e não de alteração normativa, o entendimento sufragado pelo STJ aplica-se indiscutivelmente a todos os agravos de instrumento interpostos anteriormente à data em que a Corte Especial julgou a QO no AI nº 1.154.599/SP (AGREsp nº 1102512).

Pois bem.

Ao rebater o manejo do agravo de instrumento previsto no art. 544 do CPC para a hipótese em exame, ou seja, no caso de negativa de seguimento a recurso especial com base na uniformidade do acórdão recorrido ao recurso paradigma, o STJ anotou:

Sob esse enfoque, a norma do art. 544 do Código de Processo Civil, editada em outro momento do Poder Judiciário, deve ser interpretada restritivamente, incidindo, apenas, nos casos para os quais o agravo de instrumento respectivo foi criado, ou seja, nas hipóteses em que o órgão judicante do Tribunal de origem tenha apreciado efetivamente os requisitos de admissibilidade do recurso especial.

O exame dos mencionados pressupostos recursais, sem dúvida, não alcança a norma do inciso I do § 7º do art. 543-C do Código de Processo Civil.

Nesse dispositivo, o apelo extremo tem seguimento negado com base no julgamento do mérito de apelo que serviu de paradigma ou, como dispõe a própria lei, de “recurso representativo de controvérsia” (§ 1º do mesmo dispositivo).

Antecipa-se, enfim, no eleito recurso repetitivo, o resultado dos futuros recursos que cuidarem de matéria idêntica. O momento da Lei nº 11.672/2008, que criou o recurso repetitivo nesta Corte, é incompatível com o momento em que concebido o agravo de instrumento do art. 544 do CPC. Decidir de forma diversa, acolhendo a possibilidade de interposição do agravo de instrumento, enseja, flagrantemente, a mera substituição de cores e de nomenclaturas dos recursos que subirão ao Superior Tribunal de Justiça, impedindo que as partes obtenham justiça rápida e definitiva com o trânsito em julgado da decisão de mérito e ferindo, no meu entender, o espírito da nova lei. (Original sem destaque).

A conclusão a que chegou o STJ partiu do entendimento proclamado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 760.358/SE, que também compreendeu ser o agravo regimental o único meio idôneo de corrigir o suposto equívoco de decisões que apliquem a jurisprudência da excelsa Corte aos processos sobrestados na origem pela repercussão geral. Para tanto, vejamos a ementa do AI 760.358-QO:

QUESTÃO DE ORDEM. REPERCUSSÃO GERAL. INADMISSIBILIDADE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO OU RECLAMAÇÃO DA DECISÃO QUE APLICA ENTENDIMENTO DESTA CORTE AOS PROCESSOS MÚLTIPLOS. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ORIGEM. CONVERSÃO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO REGIMENTAL.

1. Não é cabível agravo de instrumento da decisão do tribunal de origem que, em cumprimento ao disposto no § 3º do art. 543-B do CPC, aplica decisão de mérito do STF em questão de repercussão geral.

2. Ao decretar o prejuízo de recurso ou exercer o juízo de retratação no processo em que interposto o recurso extraordinário, o tribunal de origem não está exercendo competência do STF, mas atribuição própria, de forma que a remessa dos autos individualmente ao STF apenas se justi-

ficará, nos termos da lei, na hipótese, em que houver expressão negativa de retratação.

3. A maior ou menor aplicabilidade aos processos múltiplos do quanto assentado pela Suprema Corte ao julgar o mérito das matérias com repercussão geral dependerá da abrangência da questão constitucional decidida.

4. Agravo de instrumento que se converte em agravo regimental, a ser decidido pelo tribunal de origem. (STF - AI 760.358-QO - Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJE 3.12.2009).

Note-se, no entanto, que o STF, no julgamento acima mencionado, determinou a conversão do agravo de instrumento em agravo regimental com remessa dos autos à Corte de origem.

Ocorre, no entanto, que essa sistemática somente vem sendo adotada pelo excelso Tribunal – *à vista do princípio da fungibilidade* – para os agravos de instrumento interpostos antes de 19/11/2009, **data de julgamento** da AI 760.358-QO, portanto, quando então consolidada a jurisprudência sobre o recurso cabível. A exemplo, precedente da 2ª Turma:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO.

2. Indeferimento da inicial. Ausência de documento necessário à perfeita compreensão da controvérsia.

3. Reclamação em que se impugna decisão do tribunal de origem que, nos termos do art. 328-A, § 1º, do RISTF, aplica a orientação que o Supremo Tribunal Federal adotou em processo paradigma da repercussão geral (RE 598.365-RG). Inadmissibilidade. Precedentes. AI 760.358, Rcl 7.569 e Rcl 7.547.

4. **Utilização do princípio da fungibilidade para se determinar a conversão em agravo regimental apenas para agravos de instrumento e reclamações propostos anteriormente a 19.11.2009.**

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - Rcl 9471 AgR / MG - 2ª Turma - Rel. Min. Gilmar Mendes - Public. DJE 18/08/2010 - original sem destaque).

Logo, **segundo a mesma linha de entendimento do STF** e a mezinha regra de hermenêutica de que onde existem as mesmas razões de fato, incidem as mesmas razões de direito, deve-se entender somente possível a conversão dos agravos (ou “agra-

vos de instrumento”) em recursos especiais para agravos regimentais quanto àqueles que foram interpostos até a data em que, no STJ, pacificado o assunto, o que efetivamente ocorrera em 16/02/2011, dia do julgamento, por sua Corte Especial, da Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 1.154.599/SP.

Sendo assim, tendo a agravante protocolado o agravo de instrumento em 25/03/2011 (fl. 1003), portanto, após aquele marco, inadmissível o recurso e inviável a sua conversão em agravo regimental, nos termos da fundamentação esposada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 409.979-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Apelantes: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, FARO & CAS-SUNDÉ LTDA E GILSON GONZAGA DA COSTA
Advs./Procs.: DRS. CLAUDIA TELES DA PAIXÃO ARAÚJO E OUTROS, TIAGO CARNEIRO LIMA E OUTROS E LUÊNIA PRATA DOS REIS

EMENTA: CIVIL. ADMINISTRATIVO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO - SFH. RESIDENCIAL VILLAS DE SÃO CRISTÓVÃO. ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. RESPONSABILIDADE DA CONSTRUTORA E DA CEF. FATO DO PRÍNCIPE E TEORIA DA IMPREVISÃO. NÃO VERIFICAÇÃO. RESCISÃO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 474 E 475 DO CC. APELAÇÕES IMPROVIDAS.

- O cerne do presente recurso de apelação cinge-se à possibilidade de rescisão contratual em face do atraso na entrega do imóvel financiado.

- O autor, ora apelado, celebrou contrato de compromisso de compra e venda de imóvel com a

Caixa Econômica Federal - CEF e com a Construtora Faro & Cassundé Ltda para aquisição de uma unidade no empreendimento Residencial Villas de São Cristóvão, em 15.12.2000, obrigando-se a pagar 240 parcelas no valor de R\$ 114,84 (cento e quatorze reais e oitenta e quatro centavos), sendo a previsão de entrega da referida obra marcada para o dia 15.12.2001, todavia, a efetiva conclusão apenas se deu em 25.09.2002.

- Registre-se que o cronograma de construção era de aproximadamente 01 (um) ano, conforme se deduz dos Relatórios de Acompanhamento de Empreendimento às fls. 67/160 e que o atraso na entrega da obra foi de 9 (nove) meses, ou seja, o empreendimento apenas foi entregue quase que com o dobro do tempo inicialmente estipulado.

- Preliminarmente, a CEF aduz que deve ser reconhecido o litisconsórcio passivo necessário em relação a Sra. Ruth Dulce de Almeida, proprietária do terreno. Contudo, tal pretensão não pode prosperar, seja em face do falecimento da mesma, conforme se depreende da certidão de fl. 398; seja pelo fato de que o referido terreno em que foi construído o imóvel, objeto do contrato que se pretende rescindir, foi vendido à Construtora apelante anteriormente à celebração do contrato de compra e venda com o ora apelado, o que demonstra que à época da celebração da avença, a Construtora Faro e Cassundé Ltda. já era a legítima proprietária do terreno, não possuindo, dessa forma, a parte apelada qualquer vínculo jurídico com a proprietária originária do terreno, não havendo qualquer necessidade desta integrar a presente lide.

- Os apelantes alegam que vários fatores ensejaram o atraso na entrega do imóvel, invocando a Teoria da Imprevisão e o Fato do Príncipe para lastrearem suas assertivas. Aduzem que: (a) a

temporada de chuvas na região foi bem mais longa que o habitual, o que não permitiu a finalização da obra dentro do prazo acordado; (b) o racionamento de energia elétrica imposto pelo Governo Federal, o qual limitou sobremaneira sua capacidade produtiva; (c) a impossibilidade de ser feito trabalho no período noturno, necessário em virtude do longo período chuvas, posto que o acréscimo no consumo de energia que tal medida acarretaria certamente seria suficiente para que a meta de economia a ser observada fosse ultrapassada.

- No que pertine à alegação de que o excesso de chuva no ano de 2001 teria interferido no andamento da aludida construção, verifica-se que tal assertiva não pode prevalecer. Isto porque durante os meses de junho a agosto é totalmente natural que as chuvas sejam mais intensas, não sendo este um fato imprevisto que pudesse interferir no andamento da obra ao ponto de atrasar de forma significativa sua finalização. Ademais, os apelantes não trouxeram aos autos qualquer comprovação de que naquele ano houve aumento excessivo da média do índice pluviométrico em relação aos anos anteriores.

- Em relação ao argumento de que o racionamento de energia elétrica imposto pelo Governo Federal, através da MP n° 2.148, de 22 de maio de 2001, deu causa ao atraso na finalização da obra em apreço, observa-se que a este fato não pode ser atribuída a responsabilidade do referido inadimplimento. Destarte, o racionamento ocorreu entre junho de 2001 e fevereiro de 2002, enquanto que a construção apenas findou em setembro de 2002, sete meses após o término do aludido racionamento, devendo ser levado em consideração o fato de que a referida Medida Provisória impôs uma redução de apenas 20% no consumo de energia em cada local consumidor, não

justificando, dessa forma, tamanho atraso na entrega do empreendimento em apreço.

- Ademais, verifica-se que a Construtora apelante pleiteou a reprogramação do prazo de entrega dos imóveis para mais 60 (sessenta) dias, ou seja, para fevereiro de 2002, tendo em vista a existência de fatos imprevistos que deram ensejo ao atraso na finalização da obra. Nesse passo, a Construtora reconhece que o prazo inicialmente estabelecido não seria suficiente para concluir a construção do imóvel, requerendo a dilação de tal prazo e afirmando que esta prorrogação seria suficiente para a conclusão dos trabalhos. Contudo, não honrou o avençado e apenas efetuou a entrega do imóvel em setembro de 2002.

- Da análise dos autos, verifica-se que os relatórios de fiscalização elaborados pela CAIXA atestam o conhecimento do atraso no cumprimento do cronograma inicialmente fixado, não tomando esta instituição financeira qualquer atitude para sanar as irregularidades verificadas. Consoante a cláusula terceira do contrato, competia à CEF a fiscalização e, em havendo atraso superior a 180 dias, o cancelamento da utilização do FGTS, retornando os valores às contas vinculadas dos devedores. Dessa forma, a CEF não diligenciou no sentido de evitar o atraso na entrega da obra, descumprindo, dessa forma, o contrato, restando autorizada a rescisão contratual.

- Ausência de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe que justificasse o relevante atraso na entrega da obra, devendo, portanto, ser reconhecido que o referido inadimplemento se deu por culpa da Construtora e por falta de fiscalização da CEF. Dessa forma, diante da flagrante responsabilidade das apelantes no que pertine à satisfação regular do contrato em apreço, bem como da ausência de cláusula expressa de reso-

lução contratual, há de ser aplicada ao caso a regra dos artigos 474 e 475 do Código Civil.

- Precedentes em casos análogos: AC 200285000019216, Desembargador Federal Paulo Gadelha, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 03/02/2011 - Página: 322; AC 200285000016926, Desembargador Federal José Maria Lucena, TRF5 - Primeira Turma, DJ - Data: 16/06/2009 - Página: 261.

- Apelações improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AC 409979-SE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento às apelações, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 24 de novembro 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 apelações cíveis interpostas pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF e pela FARO & CASSUNDÉ ENGENHARIA LTDA., em adversidade à sentença de fls. 399/408, da lavra do eminente Juiz Federal da 1ª Vara da SJ/SE, que julgou procedente o pedido deduzido na inicial, determinando a rescisão do contrato tombado sob o nº 8.2186.0000277-1, por entender que *as provas colacionadas aos autos demonstram que o atraso na entrega do imóvel se deu por culpa da construtora e por má fiscalização da CEF, que não se desincumbiu de bloquear os valores repassados à construtora e depositá-los na conta vinculada de FGTS dos mutuários, o que justifica e autoriza a rescisão do contrato, com a consequente devolução das quantias pagas* (fl. 408).

2. A CEF, em suas razões recursais, alega que: (a) não se pode rescindir judicialmente um contrato de quatro partes, quando integram a lide apenas três delas, desse modo, deve ser reconhecido o litisconsórcio passivo necessário; (b) o contrato de compra e venda realizada não comporta arrependimento, pois o imóvel foi entregue e registrado; (c) não lhe compete a execução e/ou fiscalização da segurança e solidez da construção, pois o autor contratou a construtora para esse fim, e à Caixa coube somente viabilizar os recursos financeiros e proceder a mensuração das etapas efetivamente executadas para fins de liberação das parcelas, assim, não pode ser responsabilizada pela existência dos vícios apontados pelo autor; (d) o imóvel adquirido pelo apelado não está entre aqueles apontados nos relatórios técnicos noticiados na inicial.

3. A Construtora Faro & Cassundé Ltda assevera, em sua apelação, que: (a) vários fatores, todos inevitáveis e imprevisíveis, convergiram para o atraso involuntário na conclusão da obra; (b) a temporada de chuvas na região foi bem mais longa que o normal, pois do mês de junho até meados de setembro, as chuvas foram intensas e com períodos mínimos de estiagem; (c) em meados de 2001, foi surpreendida pelo racionamento de energia imposto pelo Governo Federal, que impôs uma diminuição de 20% no consumo de energia elétrica no local, sob pena de suspensão total no fornecimento; (d) ficou impossibilitada de realizar trabalho no período noturno, tendo em vista o elevado acréscimo no consumo de energia que tal medida acarretaria; (e) houve um atraso no fornecimento de tijolos, também pela redução da produção em razão do racionamento, que retardou ainda mais o cronograma convencionado; (f) em função de todos esses fatores, enviou, em 29.10.2001, carta à CEF solicitando a reprogramação dos prazos de finalização do empreendimento, tendo a referida instituição financeira exigido apenas a ampliação do prazo do seguro do término da obra e risco de engenharia, o que foi satisfeito; (g) foi também devido à demora na liberação do sistema de esgoto, agora já concluído, que a concessão do “HABITE-SE” pela Prefeitura de São Cristóvão, somente ocorreu no dia 24.09.2002; (h) não obteve qualquer benefício com o atraso da construção em apreço, pelo contrário, pois arcou com as despesas indiretas de obra por tempo superior ao estimado, como as contas de água, luz, viga, engenheiro, encarregado

de obra, entre outros; (i) a inexecução parcial da obrigação contratual deveu-se à existência de caso fortuito e força maior, bem como da aplicação da teoria da imprevisão.

4. As contrarrazões, à apelação da Construtora Faro & Casundé LTDA., foram apresentadas às fls. 441/444.

5. As contrarrazões, à apelação da CEF, foram apresentadas às fls. 445/457.

6. É o relatório.

VOTO

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

1. Trata-se de apelações cíveis interpostas pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF e pela FARO & CASSUNDÉ ENGENHARIA LTDA, em adversidade à sentença de fls. 399/408, da lavra do eminente Juiz Federal da 1ª Vara da SJ/SE, que julgou procedente o pedido deduzido na inicial, determinando a rescisão do contrato tombado sob o nº 8.2186.0000277-1, por entender que *as provas colacionadas aos autos demonstram que o atraso na entrega do imóvel se deu por culpa da construtora e por má fiscalização da CEF, que não se desincumbiu de bloquear os valores repassados à construtora e depositá-los na conta vinculada de FGTS dos mutuários, o que justifica e autoriza a rescisão do contrato, com a consequente devolução das quantias pagas* (fl. 408).

2. A pretensão de rescisão contratual, pleiteada pelo autor, fundamenta-se em duas causas distintas, quais sejam, na existência de vícios na construção, bem como no atraso da entrega do imóvel.

3. Registre-se que, quanto à constatação de irregularidade na construção do empreendimento em apreço, o Magistrado *a quo* afastou a existência de vícios que ensejassem a rescisão contratual, ao dispor que *a prova carreada aos autos, emprestada do Processo nº 2003.85.4128-7, oriundo da 2ª Vara Federal, refere-se a outros imóveis do mesmo empreendimento, porém situados na quadras N e M, onde não mais se constatavam vícios. Há, nos autos, notícia de problemas na quadra S e de risco de desaba-*

mento nos lotes 09 e 10 da quadra O. Entretanto, há também notícia de Termo de Compromisso de Ajustamento - TAC firmado com o Ministério Público Estadual no sentido de regularização do empreendimento, mediante a execução do projeto de drenagem complementar, empréstimo de escavadeira e construção de muro de contenção, evitando, dessa maneira, o comprometimento das construções dos lotes 08 e 10, da Quadra O, do Condomínio Villas de São Cristóvão.

Não obstante o documento de fl. 32, não há comprovação de riscos para o imóvel do autor. Instado a se manifestar, a parte declinou da produção de provas especificamente quanto ao seu imóvel, restando, portanto, infundada a alegação de vícios que comprometem a unidade habitacional do módulo I, lote 21, quadra T. (Fl. 405).

4. Dessa forma, o cerne do presente recurso de apelação cinge-se à possibilidade de rescisão contratual em face do atraso na entrega do imóvel financiado.

5. O autor, ora apelado, celebrou contrato de compromisso de compra e venda de imóvel com a Caixa Econômica Federal - CEF e com a Construtora Faro & Cassundé Ltda. para aquisição de uma unidade no empreendimento *Residencial Villas de São Cristóvão*, em 15.12.2000, obrigando-se a pagar 240 parcelas no valor de R\$ 114,84 (cento e quatorze reais e oitenta e quatro centavos), sendo a previsão de entrega da referida obra marcada para o dia 15.12.2001, todavia, a efetiva conclusão apenas se deu em 25.09.2002, ou seja, mais de 09 meses após a data prevista.

6. Importante registrar que o cronograma de construção da obra era de aproximadamente 01 (um) ano, conforme se deduz dos Relatórios de Acompanhamento de Empreendimento às fls. 67/160.

7. Preliminarmente, a CEF aduz que deve ser reconhecido o litisconsórcio passivo necessário em relação à Sra. Ruth Dulce de Almeida, proprietária do terreno. Contudo, tal pretensão não pode prosperar, seja em face do falecimento da mesma, conforme se depreende da certidão de fl. 398; seja pelo fato de que o referido terreno em que foi construído o imóvel, objeto do contrato que se

pretende rescindir, foi vendido à Construtora apelante anteriormente à celebração do contrato de compra e venda com o ora apelado, o que demonstra que à época da celebração da avença, a Construtora Faro e Cassundé Ltda. já era a legítima proprietária do terreno, não possuindo, dessa forma, a parte apelada qualquer vínculo jurídico com a proprietária originária do terreno, não havendo qualquer necessidade desta integrar a presente lide.

8. Passo à análise do mérito. Os apelantes alegam que vários fatores ensejaram o atraso na entrega do imóvel, invocando a Teoria da Imprevisão e o Fato do Príncipe para lastrearem suas assertivas. Destarte, aduzem que: (a) a temporada de chuvas na região foi bem mais longa que o habitual, o que não permitiu a finalização da obra dentro do prazo acordado; (b) o racionamento de energia elétrica imposto pelo Governo Federal, o qual limitou sobremaneira sua capacidade produtiva; (c) a impossibilidade de ser feito trabalho no período noturno, necessário em virtude do longo período de chuvas, posto que o acréscimo no consumo de energia que tal medida acarretaria certamente seria suficiente para que a meta de economia a ser observada fosse ultrapassada.

9. No que pertine à alegação de que o excesso de chuva no ano de 2001 teria interferido no andamento da aludida construção, entendo que tal assertiva não pode prevalecer. Isto porque durante os meses de junho a agosto é totalmente natural que as chuvas sejam mais intensas, não sendo este um fato imprevisto, que pudesse interferir no andamento da obra ao ponto de atrasar de forma significativa sua finalização. Ademais, os apelantes não trouxeram aos autos qualquer comprovação de que naquele ano houve aumento excessivo da média do índice pluviométrico em relação aos anos anteriores.

10. No que tange ao argumento de que o racionamento de energia elétrica imposto pelo Governo Federal através da MP n° 2.148, de 22 de maio de 2001 deu causa ao atraso na finalização da obra em apreço, penso que a este fato não pode ser atribuída a responsabilidade de atraso na obra em questão. Destarte, o referido racionamento ocorreu entre junho de 2001 e fevereiro de 2002, enquanto que a referida construção apenas findou em setembro de 2002, sete meses após o término do aludido racionamento,

devido ser levado em consideração o fato de que a referida Medida Provisória impôs uma redução de apenas 20% no consumo de energia em cada local consumidor, não justificando o referido racionamento, dessa forma, tamanho atraso na entrega do empreendimento em apreço.

11. Ademais, verifica-se que a Construtora apelante pleiteou a reprogramação do prazo de entrega dos imóveis para mais 60 (sessenta) dias, ou seja, para fevereiro de 2002, tendo em vista a existência de fatos imprevistos que deram ensejo ao atraso na finalização da obra. Nesse passo, a Construtora reconhece que o prazo inicialmente estabelecido não seria suficiente para concluir a construção do imóvel, requerendo a dilação de tal prazo e afirmando que esta prorrogação seria suficiente para a conclusão dos trabalhos. Contudo, não honrou o avençado e apenas efetuou a entrega do imóvel em setembro de 2002.

12. Da análise dos autos, verifica-se que os relatórios de fiscalização elaborados pela CAIXA demonstram que o atraso no cumprimento do cronograma inicialmente fixado, não tomando esta instituição financeira qualquer atitude para sanar as irregularidades verificadas. Consoante a cláusula terceira do contrato, competia à CEF a fiscalização e, em havendo atraso superior a 180 dias, o cancelamento da utilização do FGTS, retornando os valores às contas vinculadas dos devedores, veja-se:

CLÁUSULA TERCEIRA - LEVANTAMENTO DA OPERAÇÃO - O levantamento da operação ora contratada será feito na seguinte conformidade:

a) a parcela referente ao terreno será transferida da conta poupança vinculada ao empreendimento, titulada pelo mutuário, para a conta corrente do (a) (s), VENDEDOR (A) (ES), na mesma data da presente contratação, na CAIXA, conforme disposto na CLÁUSULA SEGUNDA e, o levantamento ficará subordinado à apresentação do contrato de financiamento, devidamente registrado no competente Cartório de Registro de Imóveis e ao cumprimento das demais exigências nele estabelecidas;

b) a transferência dos recursos para a conta corrente da Entidade Organizadora/Agente Promotor, vinculada ao empreendimento, destinados à construção será feita em parcelas mensais;

c) condiciona-se à transferência acima referida, ao andamento das obras de acordo com o cronograma físico-financeiro aprovado pela CAIXA, o qual ficará fazendo parte integrante e complementar deste contrato, e ao cumprimento das demais exigências estabelecidas neste instrumento.

PARÁGRAFO PRIMEIRO - Para acompanhar a execução da obra, a CAIXA designará um profissional engenheiro/arquiteto a quem caberá vistoriar e proceder à mensuração das etapas efetivamente executadas para fins de liberação das parcelas. Fica entendido que a vistoria será feita exclusivamente para efeito de aplicação da operação, sem qualquer responsabilidade da CAIXA ou do profissional pela segurança e solidez da construção.

PARÁGRAFO SEGUNDO - Quando houver utilização de recursos do FGTS, estes serão creditados na conta de poupança vinculada ao empreendimento, em nome dos mutuários, na data da assinatura do presente instrumento, e liberados de acordo com os valores previstos nos cronograma físico-financeiro, obedecido o percentual de obra efetivamente executado.

PARÁGRAFO TERCEIRO - O valor não financiado pela CAIXA, caso os devedores não queiram financiamento do valor integral, deverá ser depositado na CAIXA, em conta de poupança vinculada ao empreendimento, sob bloqueio para ser liberado ao longo da obra, de acordo com o cronograma físico-financeiro das obras.

PARÁGRAFO QUARTO - Verificada a paralisação das obras por período igual ou superior a 180 dias, sem prejuízo das demais penalidades previstas neste contrato, a CAIXA providenciará o cancelamento, em caráter irreversível, da utilização do FGTS, retornando à conta vinculada dos DEVEDORES os valores remanescentes que se encontrarem na conta poupança vinculada ao empreendimento titulado pelo mutuário.

13. Dessa forma, a CEF não diligenciou no sentido de evitar o atraso na entrega da obra, descumprindo, dessa forma, o contrato, restando autorizada a rescisão contratual.

14. Por todo o exposto, penso, *data venia*, que não restou configurado força maior, caso fortuito ou fato do príncipe que justificasse o relevante atraso na entrega da obra, devendo, portanto,

ser reconhecido que o referido inadimplemento seu deu por culpa da Construtora e por falta de fiscalização da CEF. Dessa forma, diante da flagrante responsabilidade das apelantes no que pertine à satisfação regular do contrato em apreço, bem como da ausência de cláusula expressa de resolução contratual, há de ser aplicada ao caso a regra dos artigos 474 e 475 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita, depende de interpelação judicial.

Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

15. Nesse sentido trago à baila precedentes desta Corte Regional em casos análogos ao ora analisado, veja-se:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO - SFH. CONTRATO DE COMPRA E VENDA E MÚTUO HABITACIONAL. RESIDENCIAL VILLAS DE SÃO CRISTÓVÃO. ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. RESPONSABILIDADE DA CONSTRUTORA E DA CAIXA. RESCISÃO DO CONTRATO.

- Cuida-se de apelação contra sentença que julgou procedente ação de rescisão de contrato de financiamento pelo SFH e condenou a CAIXA a devolver as prestações pagas pelo mutuário.

- O terreno do imóvel foi vendido à construtora em data anterior ao contrato que a autora quer rescindir. A vendedora do terreno, inclusive, não participa no contrato de financiamento, que foi firmado entre a autora, a CAIXA e a construtora. Dessarte, não há razão para acolher preliminar de litisconsorte passivo necessário da vendedora do terreno.

- O atraso da entrega do imóvel superou o limite pactuado sem que a CAIXA tivesse tomado as providências contratualmente previstas.

- Ausência de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe a justificar o atraso na conclusão da obra. As provas colacionadas aos autos demonstram que o atraso na entrega do imóvel se deu por culpa da construtora e por má fiscalização da CEF.

- A hipótese de rescisão do pacto (art. 475 do Código Civil) está implícita em todos os contratos bilaterais (cláusula

resolutiva tácita).

- Decisão consonante com precedente desta Corte relativo a outro imóvel do mesmo conjunto habitacional: TRF5, Primeira Turma, AC 409987, rel. Desembargador Federal José Maria Lucena, pub. DJ 16.06.09.

- Apelação não provida.

(AC 200285000019216, Desembargador Federal Paulo Gadelha, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 03/02/2011 - Página: 322).

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO - SFH. CONTRATO DE COMPRA E VENDA E MÚTUO HABITACIONAL. RESIDENCIAL VILLAS DE SÃO CRISTÓVÃO. ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. RESPONSABILIDADE DA CONSTRUTORA E DA CAIXA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESCISÃO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE.

- Desnecessidade de litisconsórcio passivo necessário com a vendedora do terreno, desde que a decisão proferida nestes autos em nada alcança a relação havida entre a antiga proprietária do terreno e seus compradores. A pleiteada rescisão do contrato firmado com o autor não terá o condão de desfazer o negócio jurídico de compra da fração da gleba de terras (superior a cento e trinta e nove mil metros quadrados), onde foi edificado o conjunto habitacional em questão. Deferido o pedido de rescisão do contrato formulado pela parte autora, subsistirá o direito da Caixa Econômica Federal sobre o imóvel – terreno e seus acréscimos – em face do empréstimo concedido para a sua aquisição e construção, com gravame hipotecário.

- Pacificada a aplicação do CDC aos contratos do SFH para restabelecer, quando restar descaracterizado, o equilíbrio contratual entre os polos hipossuficiente (mutuário) e hipersuficiente (agente financeiro).

- Ausência de força maior ou caso fortuito a justificar o atraso na conclusão da obra.

- Não existe qualquer demonstração de que as chuvas ocorridas no período tenham sido de tal monta a inviabilizar o cumprimento do cronograma fixado pela Construtora que, ao elaborá-lo, deveria ter levado em conta a possibilidade de fortes precipitações pluviométricas no decorrer do prazo de um ano fixado para o término das construções.

- Do mesmo modo, o racionamento de energia elétrica im-

posto pelo governo federal não é razão bastante para tão grande demora na entrega da obra. A necessidade de realização de trabalhos noturnos, não efetivados em função da determinação emergencial de redução do consumo de eletricidade, decorreu do atraso provocado pela própria Construtora.

- O fato de a empresa contratada para fornecer os tijolos ter retardado a entrega do material também não exclui a responsabilidade da Construtora pelo descumprimento do prazo de entrega do imóvel perante o autor. Caberia ao agente construtor ter diligenciado no sentido da solução do problema junto ao seu fornecedor ou, até mesmo, buscado outras fontes para a aquisição do material essencial à conclusão da obra.

- Os relatórios elaborados pelo engenheiro civil contratado pela CAIXA para fiscalizar o empreendimento no período de maio de 2001 a março de 2002 indicam o insatisfatório desempenho da Construtora, constatando o atraso no cronograma desde a primeira vistoria realizada.

- Previsão contratual expressa (Cláusula Terceira) impugna à Caixa Econômica Federal a obrigação de realizar a fiscalização da obra, de maneira a efetuar a liberação do pagamento à Construtora mediante o cronograma físico-financeiro aprovado. Verificado o atraso da obra por período superior a trinta dias, caberia à CAIXA acionar a Seguradora de maneira a viabilizar a continuidade dos serviços e o cumprimento do prazo previsto, conforme determinou a Cláusula Vigésima.

- Abstendo-se de tomar as providências cabíveis para evitar o retardo na entrega do empreendimento, o agente financeiro descumpriu o contrato, restando por autorizar a rescisão pleiteada pelo autor. A ausência de previsão contratual expressa para a hipótese de rescisão do pacto não afasta a aplicação do art. 475 do Código Civil, desde que a cláusula resolutiva tácita está implícita em todos os contratos bilaterais.

- Cabível, portanto, o pedido de rescisão do contrato de compra e venda e mútuo, em face do inadimplemento das demais partes contratantes, não se admitindo manter o autor, soldado da polícia militar, atrelado ao cumprimento das cláusulas contratuais, obrigando-o a continuar a efetuar o pagamento dos encargos mensais, valores esses que, certamente, fazem falta ao seu orçamento familiar,

se, diante da conduta dos réus, viu-se privado de residir na nova morada na data prevista no contrato.

- Veja-se que a ação foi ajuizada em abril de 2002, quando ainda não se tinha qualquer previsão para a conclusão da obra, enquanto o prazo para a entrega do imóvel esgotou-se em 15/12/2001. Assim, não é razoável obrigar o mutuário a aguardar *sine die* o término da construção.

- Apelação não provida.

(AC 200285000016926, Desembargador Federal José Maria Lucena, TRF5 - Primeira Turma, DJ - Data: 16/06/2009 - Página: 261 - Nº: 112.)

14. Do exposto, nego provimento às apelações e mantenho a sentença em todos os seus termos.

15. É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 421.293-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ (CONVOCADO)
Apelante: JOÃO QUEVÊDO FERREIRA LOPES
Apelada: UNIÃO
Advs./Procs.: DR. JOÃO QUEVÊDO FERREIRA LOPES (APTE.)

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE DANO MORAL INTENTADA PELA UNIÃO FEDERAL CONTRA PARTICULAR. ATRIBUIÇÃO DE CONDUTAS DELITIVA POR PARTE DE MEMBROS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. DANO MORAL CONTRA PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO TELEOLÓGICA DA SÚMULA 227 DO STJ. NATUREZA INSTITUCIONAL DA ADVOCACIA PÚBLICA. INVIABILIDADE DE SE CONSIDERAR COMO ANTIJURÍDICO O INSULTO GENERALIZADO CONTRA A ATUAÇÃO DE ÓRGÃO PÚBLICO. PRECEDENTE DO STF. CALIBRAMENTO DO DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO. FIGHTING WORDS DOCTRINE.

**IMPOSSIBILIDADE DE A UNIÃO FEDERAL PLEI-
TEAR EM NOME PRÓPRIO O DANO PRÁTICA-
DO CONTRA SEUS AGENTES. APELAÇÃO DO
PARTICULAR PROVIDA.**

- Ação de responsabilidade civil aforada pela União Federal contra particular, advogado, que fez publicar em jornal de grande circulação no Estado do Ceará seis notas contendo graves acusações à conduta dos membros da Advocacia-Geral da União, principalmente os que atuam nessa unidade da Federação, bem como a própria atuação institucional desse relevante órgão público.

- Não há incidência do lustro prescricional previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, porquanto sendo cabível, como na hipótese, a aplicação da regra constante do art. 2.028 da Lei nova, a incidência da redução só tem início a partir da sua entrada em vigor, ou seja, tendo como com marco inicial no dia 11/01/2003.

- A Pessoa Jurídica de Direito Público, ainda que de forma excepcional, poderá ser vítima de danos morais suposto possuir honra objetiva, notadamente quando houver repercussão de natureza creditícia. O Enunciado 227 da Súmula do STJ, embora tenha tido origem nas Turmas que compõem a Seção especializada em Direito Privado daquela c. Corte, pode ser ampliado para abranger as personificações morais de Direito Público.

- Nada obstante deselegante, incompatível inclusive com a urbanidade que deve guardar o advogado no exercício de seu relevante ofício, não se podem considerar como configuradoras de dano moral as ofensas proferidas genericamente à missão institucional da Advocacia-Geral da União, na medida em que configurariam, em tese, afirmação injuriosa, mas não difamatória. Considerado que a pessoa jurídica, notadamente a

de Direito Público, não pode ser vítima de injúria impõe-se o reconhecimento da ausência da antijuridicidade da conduta. Precedente do agosto STF (Pet 2491 AgR, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 11/04/2002, DJ 14-06-2002 PP-00127 EMENT VOL-02073-01 PP-00197).

- Deve-se ponderar ainda que a veiculação de expressões depreciativas contra Órgão Público, malgrado seu conteúdo acerbo, deve ser balizada pelo standard constitucional da liberdade de expressão. Muito embora não seja uma garantia absoluta, como já deliberou o conspícuo STF (v. HC 82424, Relator(a) p/ acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00017) sua repressão civil deve ser encarada com cautela quando o pano de fundo envolve pontos de vistas ideológicos, sem granjear diretamente abalo no crédito, na estabilidade econômica, ou acarretar outras relevantes consequências desfavoráveis ao patrimônio da pessoa jurídica.

- No âmbito da Suprema Corte norte-americana estruturou-se uma sólida conformação teórica conhecida como fighting words doctrine surgida a partir do caso Chaplinsky v. New Hampshire (1942) e através da qual se afirma não estar protegido pelo direito de liberdade de expressão (1ª Emenda da Constituição dos EUA) a utilização de palavras que por sua particular expressividade possam incitar uma quebra imediata da paz social. Entretanto, em uma série de casos posteriores aquele respeitado órgão judiciário passou a ponderar que a repressão pelo uso de palavras de opróbio ou protesto, ainda que bastante incisivas, seria inconstitucional dada a estreita motivação ideológica ou sentimental do ato, devendo-se, além disso, atentar-se para o fato de que uma rigidez acentuada nesse controle inibiria o

cidadão de exercer esse direito fundamental (cf. Lewis v. New Orleans, 1974; R.A.V. v. City of St. Paul, 1992; Snyder v. Phelps, 2011).
- Apelação do particular provida, com inversão dos ônus da sucumbência.

ACÓRDÃO

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

Recife, 22 de setembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ (Convocado):

A União Federal ajuizou a presente ação ordinária, em desfavor de João Quevedo Ferreira Lopes, objetivando provimento jurisdicional que lhe assegure indenização por danos morais decorrentes de acusações caluniosas e difamatórias, de autoria do réu, contra a Advocacia Geral da União, veiculadas em diversas matérias pagas publicadas no jornal “O Povo”, que circula no Estado do Ceará.

A v. sentença restou, em sua parte dispositiva, assim redigida:

Diante do que foi exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, condenando a parte promovida a pagar à promovente o valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), já incluídos juros e correção monetária, a contar dos eventos danosos, até a presente data, atinente aos danos morais experimentados pela União.

Condeno a parte promovida, também, ao pagamento de honorários advocatícios, os quais arbitro em 10% sobre o valor da condenação (art. 20, parágrafo único, do CPC). Custas na forma da lei.

Contra a sentença, desafiou o réu apelação onde postula, prejudicialmente, o reconhecimento da prescrição e, no mérito, a reversão do julgado ao argumento de que não se vislumbram elementos jurídicos próprios para a manutenção da condenação aplicada.

Apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ (Relator Convocado):

1. Prejudicial de Mérito. Prescrição.

A alegação constante da inicial indica que os artigos pretensamente ofensivos à imagem da ora apelada foram publicados nos dias 22/05/2001, 19/07/2001, 20/02/2002, 28/02/2002 e 13/04/2002.

Perante o Código Civil anterior (Código Beviláqua) o prazo prescricional seria, como sabido, de vinte anos na forma de seu então existente art. 177. Como os atos apontados como lesivos se deram em não mais de dois anos antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, tem incidência, realmente, a regra constante do art. 2.028 da Lei nova, que determina:

Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

Entretanto, não há incidência do lustro prescricional previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, porquanto sendo cabível, como na hipótese, a aplicação da regra constante do art. 2.028 da Lei nova, a incidência da redução só tem início a partir da sua entrada em vigor, ou seja, tendo como marco inicial o dia 11/01/2003.

É tranquila a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em relação ao assunto:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA.

1. Irrefutável a incidência da Súmula 211/STJ, ante a falta de prequestionamento de dispositivos legais.

2. O marco inicial de contagem do novo prazo de prescrição (art. 206, § 3º, IV do Código Civil de 2002), observada a regra de transição (art. 2028 do mesmo diploma legal), é o dia 11 de janeiro de 2003, data de entrada em vigor do novo Código, e não a data do fato gerador do alegado direito. Precedentes do STJ.

3. Na petição de interposição do recurso especial, na parte do pedido, requereu o recorrente o expurgo de encargos moratórios, razão pela qual sobre o ponto foi esta Corte instada a manifestar-se.

4. Para o acolhimento da tese do agravante de que somente é responsável pelo valor da dívida original, seria necessário rever o suporte fático-probatório dos autos afim de desconstituir a obrigação solidária e a existência de prorrogações automáticas, o que se mostra inviável nessa esfera recursal pelos óbices das Súmulas 5 e 7/STJ.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1013857/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/08/2011, *DJe* 24/08/2011).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. COMPANHIA ESTADUAL DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - CEEE. FINANCIAMENTO PARA A INSTALAÇÃO DE REDE ELÉTRICA. PRESCRIÇÃO. REGRA DE TRANSIÇÃO (ART. 2.028 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002). APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO NO ART. 206, § 5º, I, DO NOVO CÓDIGO CIVIL. TERMO INICIAL.

1. Conforme o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, reafirmado em julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, “prescreve em 20 (vinte) anos, na vigência do Código Civil de 1916, e em 5 (cinco) anos, na vigência do Código Civil de 2002, a pretensão de cobrança dos valores aportados para a construção de rede de eletrificação rural, posteriormente incorporada ao patrimônio da CEEE/RGE, respeitada a regra de transição prevista no art. 2.028 do Código Civil de 2002” (REsp 1.063.661/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, *DJe* 8.3.2010).

2. O prazo prescricional em curso, quando diminuído pelo novo Código Civil, só sofre a incidência da redução a partir da sua entrada em vigor, quando cabível (art. 2.028). Nes-

se caso, a contagem do prazo reduzido se dá por inteiro e com marco inicial no dia 11/01/2003, em homenagem à segurança e à estabilidade das relações jurídicas (REsp 717.457/PR, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, DJ 21.5.2007).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1212305/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 09/05/2011).

2. Mérito.

Não há dúvidas quanto a autoria dos artigos, que em momento algum foi negada pelo réu. Também não há dúvidas sobre o teor dos mesmos.

Com efeito, os fatos narram a existência de seis artigos pagos, seis notas pagas em jornal de grande circulação no Estado do Ceará, contendo graves acusações à conduta dos membros da Advocacia-Geral da União, principalmente os que atuam nessa unidade da Federação, bem como a própria atuação institucional desse relevante órgão público.

As expressões, realmente, foram por demasiado contundentes e profundamente desrespeitosas em relação aos nobres profissionais que lisonjeiam com zelo, diligência e denodo a advocacia pública a nível federal.

Não se irão reproduzir parcialmente as frases respectivas, porque, particularmente, acredito que ao fazê-lo se poderá descontextualizá-las e, assim, a apreciação perderia coerência sistemática. Os artigos, contudo, foram colacionados junto com a petição inicial e podem ser facilmente lidos ou consultados.

É de se ver ainda que, quanto às referências patrocinadas contras os advogados e procuradores da União, é indiscutível seu teor maledicente, com efeitos potencialmente nocivos à honra dos que foram aí referidos.

O problema é que isso não está em discussão na presente demanda.

De fato, não se trata de pretensão de responsabilidade civil movida pelos interessados, pessoas físicas, que teriam sido atin-

gidas em sua imagem, quer pública, quer privada, quer objetiva, quer subjetiva. Absolutamente. Essa ação, de rara frequência no foro, tem como parte autora a própria União Federal, que a move contra o particular ao argumento de que tais artigos também lhe infligiram danos morais.

Desse modo, superados os eventuais efeitos dos artigos mencionados em relação aos membros da AGU, que, insisto, não são partes na lide, o *punctus dollens* residirá em saber se a pessoa jurídica de Direito Público pode sofrer dano moral e, sendo positiva essa primeira indagação, se no caso em apreço houve dano ou apenas crítica ideológica desfavorável, ainda que bastante infeliz na escolha dos termos utilizados.

2.1 Da Possibilidade de a Pessoa Jurídica de Direito Público ser vítima de Dano Moral.

Já se encontra assente na jurisprudência que a pessoa jurídica pode ser vítima de dano moral. Como se sabe, o Enunciado 227 da Súmula do STJ tratou de pacificar a matéria que até aquele então era controvertida na doutrina ao dizer, em termos genéricos, que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

Nada obstante, esse prestigiado enunciado não ter afirmado qualquer distinção entre pessoas jurídicas de Direito Privado e as de Direito Público, é de se notar que sua origem encontra-se na 2ª Seção do STJ, que abrange as turmas de Direito Privado daquela c. Corte.

A pergunta que se coloca, portanto, é a de saber se, em face de suas peculiaridades políticas, as pessoas jurídicas de Direito Público podem sofrer também dano moral.

Sabe-se que o principal articulador da tese que admitia dano moral contra pessoa jurídica, o professor paulista Carlos Alberto Bittar, não restringia sua aplicação às pessoas jurídicas de Direito Privado.

Para Bittar haveria a “necessidade de defesa da reputação da pessoa (honra objetiva), compreendendo o bom nome e a fama de que desfruta no seio da coletividade”. Essa honra poderia ser violada em virtude de uma afirmação falsa, ou ainda pela imputação de fato ofensivo a sua reputação no seio da sociedade (cf. BIT-

TAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 5. ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 129).

Na doutrina brasileira, é conhecido também o trabalho de Aparecida Amarante que defende com veemência a possibilidade de que a pessoa jurídica de Direito Público possa ser vítima de dano moral (cf. AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade Civil por Dano à Honra*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. pp. 293-297).

Invocando ainda a Lei de Improbidade Administrativa, certos autores constroem tese ainda mais ousada: a de que o agente ímprobo também estaria a comprometer a moralidade do ente público e, assim, também poderia ser chamado a reparar os danos morais correspondentes (cf. FAZZIO Jr., Waldo. *Atos de Improbidade Administrativa*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 304).

No ponto, pareceram-me irreprocháveis as conclusões da culta Magistrada em 1º Grau, as quais transcrevo:

O dano moral, em relação à pessoa jurídica de direito público, caracteriza-se por uma repercussão exterior negativa perante o meio social, mormente aquele interessado em sua atividade.

No caso específico da União Federal, pessoa jurídica de direito público interno e externo, essa repercussão negativa, dependendo de sua dimensão, pode ter efeitos de grande relevância: desde a desmoralização perante a sociedade, inquietações sociais, desobediência civil, no âmbito interno, como prejuízo a negociações e/ou investimentos externos, entre muitos outros.

Suposto possuir *honra objetiva*, notadamente quando houver repercussão de natureza creditícia, a pessoa jurídica de Direito Público poderá ser vítima de dano moral.

O que poderia constituir um animador precedente sobre o assunto, deixando de o ser em virtude do pedido de desistência apresentado e devidamente homologado, foi a Petição nº 1821/MG, protocolada em 19/10/1999 pelo Estado de Minas Gerais contra a União Federal, o Banco Central do Brasil, o então presidente da República Fernando Henrique Cardoso e o então presidente da autoridade bancária Armínio Fraga Neto, tendo como pano de fundo um pronunciamento supostamente ofensivo pelo então presidente do BCB no Conselho das Américas, no qual desaconselhava o investidor estrangeiro a aplicar recursos finan-

ceiros em Minas Gerais.

Aqui é visível a repercussão negativa, inclusive gerando consequências patrimoniais diretas, que possibilita enxergar mais facilmente a existência de um episódio deletério a sua imagem.

Desse modo, considero preambularmente que a pessoa jurídica de Direito Público possa ser vítima de dano moral, aplicando-se a ela também a Súmula 227 do STJ.

Contudo, ao se preceituar que as pessoas jurídicas de Direito Público podem ser vítimas de dano moral não se deve perder de vista que, diferentemente do que ocorre com as sociedades, associações e demais personificações de Direito Privado, existe uma natural aproximação entre o agir do Estado e a vida na *polis*.

Valorizar a proteção à imagem honorífica das entidades de Direito Público poderia conduzir à desgraçada limitação dos direitos civis que asseguram a mais ampla, livre e irrestrita manifestação das opiniões políticas, principalmente quando francamente desfavoráveis ao Estado.

Os antigos já conheciam pelo nome de *isegoria*, ou seja, a possibilidade que o cidadão ateniense tinha de, sem interrupções, expressar suas convicções perante a *eclésia* (assembléia de cidadãos onde se discutiam os assuntos da *polis*).

Os modernos a chamam de liberdade de comunicação, ou de pensamento, expressão já cunhada na celeberrima Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual considerava ser esse precisamente um de seus mais preciosos, mas que, todavia, aludia à necessidade de repressão nos casos em que houvesse abuso de direitos. *Verbis*:

La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme: tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté, dans les cas déterminés par la Loi.

Considerado as naturais implicações do tipo de moral em exame com a vida política, penso que toda e qualquer interpretação no tocante ao assunto deve ser norteadada por um adequado temperamento. Dados esses prolegômenos, ingresso na apreciação do caso propriamente dito.

2.2 Da Ausência da Prática de Atos de Difamação contra a União Federal (generalidade de acusações).

Na hipótese em exame, as afirmações reputadas depreciativas não geram qualquer efeito de índole patrimonial.

O réu, com efeito, atacou a própria atuação institucional da autora, a qual sentindo-se ofendida pela generalização das afirmações pronunciadas contra os membros da AGU – recorde-se que esse foi o fundamento da *causa petendi* – entendeu haver sido igualmente atingida em relação ao prestígio que deve desfrutar perante os cidadãos que compomos esse país.

A v. sentença, para condenar o ora apelante, vai amparar-se exatamente na generalidade das ofensas que ele ventilou, o que teria o condão, a sentir da culta magistrada prolatora, estaria a “desqualificar e denegrir a imagem do órgão federal, buscando gerar seu descrédito junto ao meio social”.

Transcrevo, para melhor argumentar em seguida, o trecho da decisão ora desafiada nesse ponto em especial:

Do exame dos artigos publicados, de autoria do réu, verifica-se que o mesmo não se limitou a fazer ilações de cunho subjetivo, como os outros autores de artigos que acompanham a contestação, manifestações essas protegidas pela liberdade de expressão e inerentes à diversidade de opiniões existente em um Estado Democrático. Ao contrário, o demandando faz acusações objetivas, acusando a prática específica de crimes.

É fato que parte das acusações direcionam-se a agentes públicos individualizados, o que geraria, em tese, pretensão ressarcitória somente a essas pessoas físicas.

Nada obstante, o subscritor dos artigos vai além, generalizando a imputação de práticas criminosas e ímprobas para toda a instituição - AGU, como se verifica dos trechos a seguir transcritos:

O que se vê no nosso Estado é a corrupção por parte de alguns representantes da AGU ... (fl. 25); Quem irá processar seus integrantes pela desídia e a improbidade (omissão, grave lesão e prevaricação?) (fl. 26).

(...)

In casu, a publicação reiterada de artigos que imputam a prática generalizada de crimes no âmbito da AGU, bem como de condutas ímprobas, denotam a intenção de seu subscritor de desqualificar e denegrir a imagem do órgão federal, buscando gerar seu descrédito junto ao meio social. (Fls. 237/238 dos autos)

Contudo, é justamente na nota de generalidade apresentada que se verifica a existência do primeiro fundamento para o provimento da apelação do réu.

É que, nada obstante deselegante, incompatível inclusive com a urbanidade que deve guardar o advogado no exercício de seu relevante ofício, não se pode considerar como configuradora de dano moral as ofensas proferidas genericamente à missão institucional da Advocacia-Geral da União, na medida em que, da forma como foram lançadas, configurariam em tese afirmação injuriosa, mas não difamatória.

Certo ainda que, na forma do art. 935 do vigente Código Civil, a responsabilidade civil independe da criminal. Contudo, o estudo detalhado das figuras típicas da calúnia, injúria e difamação, de larga e aprofundada elaboração nos domínios do Direito Penal, pode auxiliar também na sistematização do delito civil correspondente, mercê de sua idêntica forma de configuração.

Por sinal, observe-se que o art. 953 do CC cuida exatamente do ressarcimento por danos em caso de injúria, calúnia e difamação, sendo fácil, assim, afirmar dado que o ordenamento se interpreta como um todo (*elemento conglobante*), sobretudo quando os institutos aparecem espalhados por suas muitas searas.

Logo, possuindo estruturas muito assemelhadas, para não dizer iguais, perfeitamente possível que se possam ser transladadas de lá para cá várias conclusões já conhecidas da doutrina penal.

A primeira delas é a de que a pessoa jurídica, notadamente a de Direito Público não pode ser vítima de injúria. Assim, se a afirmação é injuriosa ela não pode ser considerada como antijurídica quando tem por destinatária pessoa jurídica.

Igual raciocínio se faz em relação a calúnia, pois como sabido a pessoa jurídica não comete crime, salvo no caso de delitos ambientais na forma de lei de regência (Lei nº 9.605/98).

Com base nisso, exclui-se do conceito de dano jurídico contra a pessoa jurídica – sobretudo a de Direito Público, insisto – o que tenha origem em ofensas que configurem atos próprios de injúria ou calúnia.

Resta a difamação. Figura amplamente aceita pela jurisprudência pátria como própria para gerar quer a condenação pelo crime homônimo, como pelos danos contra seu patrimônio ideal, suposto que aqui se cuida de honra objetiva e não subjetiva (como ocorre na injúria).

Porém, a difamação exige a descrição específica e própria de um ou de vários fatos ofensivos. Vitupérios genéricos, vagos, como são as afirmações presentes, segundo reconhece a própria sentença recorrida, não ensejam difamação, sobretudo quando acusam conduta ilícita por parte de seus membros.

Não deixo de considerar, insisto, que em relação aos diligentes membros da AGU que foram atingidos em suas honras – subjetivas – é visível o dano moral, porém, como já mencionado, não estão eles a pleitear e sim a União Federal.

Transcrevo, por entender que boa parte delas se aplicam ao caso, as abalizadas razões que foram lançadas no voto da lavra de Sua Excelência o então Ministro Maurício Corrêa, quem relatou o caso e orientou o convencimento da augusta Corte em situação muito próxima à presente:

A jurisprudência mais antiga desta Corte não admitia a hipótese de crime contra a honra de pessoas jurídicas (RECR - 72361/SP, Barros Monteiro, *DJ* de 09/06/72). Hoje, entretanto, o Tribunal tem entendido que a pessoa jurídica pode ser objeto passivo de difamação, como fixado no julgamento do Inquérito 800, *verbis*:

(...)

Não prospera, por outro lado, o argumento de que as afirmações atribuídas ao requerido poderiam ensejar difamação. Como visto, tais declarações tiveram caráter de generalidade, sem qualquer relação com um fato determina-

do. Conforme observado pelo requerente, “a vagueza das declarações do interpelado sinalizam para a manifesta impropriedade de suas colocações, tanto que, com esse nível de abstração e disparate dessa afirmação constata-se que não cuidou o interpelado de direcionar suas acusações, referindo-se genericamente à corrupção e à impunidade que estão instaladas em vários setores do governo estadual.

Dúvidas não remanescem, pois, quanto à generalidade das afirmações em causa, até mesmo porque o requerido não se reportou especialmente às obras de reforma do hoje Aeroporto Luís Eduardo Magalhães, objeto principal da matéria jornalística.

(...)

Ora, as afirmações atribuídas ao requerido poderiam, se comprovadas, qualificar-se como injúria, em face da natureza genérica de seu conteúdo. Esse delito, no entanto, não admite ter-se como agente passivo pessoa jurídica. É que ele ocorre quando atingida a honra subjetiva da pessoa humana, a dignidade e decoro próprios.

Com efeito, não é razoável imaginar-se tenha o Estado, enquanto pessoa jurídica de direito público, consciência de seu valor moral, ou da própria dignidade. Nesse sentido é o RHC 61993, Rezek, DJ de 14/12/84.

(Pet 2491 AgR, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 11/04/2002, DJ 14-06-2002 PP-00127 EMENT VOL-02073-01 PP-00197).

Com tais argumentos, considero que não há nem injúria e nem calúnia, por ser impossível sua configuração contra a pessoa jurídica de Direito Público e, no tocante à difamação, a mesma não se mostrou configurada diante do caráter genérico das afirmações ofensivas, tal como, inclusive, reconhecido pela v. sentença ora desafiada.

2.3 Liberdade de Expressão e Dano Moral contra Pessoa Jurídica de Direito Público. Apreciação do caso diante da *Fighting Words Doctrine*.

Como afirmado no item 2.1, deve-se ponderar ainda que a veiculação de expressões depreciativas contra Órgão Público, malgrado seu conteúdo acerbo, deve ser balizada pelo *standard* constitucional da liberdade de expressão.

Muito embora não seja uma garantia absoluta, como já deliberou o conspícuo STF no célebre precedente gerado no caso Ellwanger¹, sua repressão, civil ou penal, deve ser encarada com cautela quando o pano de fundo envolve pontos de vistas ideológicos, sem granjear diretamente abalo no crédito, na estabilidade econômica, ou acarretar outras relevantes consequências desfavoráveis ao patrimônio da pessoa jurídica.

No caso em consideração, portanto, há uma imperiosa necessidade de se proceder a uma interpretação de índole constitucional e, assim, calibrar concretamente os princípios – e mesmo normas, como já admite parte da doutrina (Sanchis) – que garantem o exercício da liberdade de expressão, bem como a proteção à imagem das pessoas.

A v. sentença optou por trilhar o raciocínio, igualmente respeitável, de que as denúncias ou críticas são benfezejas quando virtuosas. Isso ficou devidamente registrado no trecho que adiante se transcreve:

As denúncias, as críticas, a diversidade de opiniões, além de bem-vindas, são necessárias para que haja efetiva fiscalização e cobrança dos entes estatais. A informação, alinhada com a conscientização da população de seus direitos, de modo que venha a cobrar de seus governantes – e de todos os agentes públicos – condutas consentâneas com a legalidade e com o bem social, são instrumentos essenciais para se atingir a devida qualidade na atuação pública. (Fls. retro)

¹ (...) 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. (STF. HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524)

Escuso-me com sua Excelência prolatora da sentença, e de todos que eventualmente acompanhem seu posicionamento, por dividir ideias substancialmente divergentes, as quais tratarei de apresentar ainda que sucintamente.

Ou seja, dou por assentado que o exercício da liberdade de expressão não está alcançado apenas quando se a utiliza para *boas práticas*. Se algum valor há nele, é justamente a possibilidade de ser incômodo, inconveniente, desconcertante, se disso não resulta ofensa específica à dignidade de alguém, principalmente quando o *alguém* é o próprio Estado.

Em definitivo, há de se ter redobradas cautelas ao prospectar limites a seu uso, sobretudo quando o particular se volta contra o Estado, ainda que para externar sentimentos desconexos ou de aleivosia, pois, particularmente aí, a *liberdade costuma ofender* (Clarice Lispector). Essas ofensas, contudo, não atingem uma honra objetiva e sim uma conveniência momentânea.

Infligem, assim, um ressentimento aos administradores do órgão – e não da pessoa jurídica propriamente dita. E é aí onde reside o perigo. Através de mecanismos jurídicos variados, como a responsabilidade civil, pode-se, reflexamente, tolher o cidadão do uso desse tão fundamental direito de exprimir suas ideias, por mais idiossincráticas que sejam, por receio do que poderá, posteriormente, vir a ser-lhe imputado.

Note-se que não se está defendendo o uso irrestrito da liberdade de expressão, mas apenas a existência de uma *zona cinzenta* entre a, por assim dizer, crítica construtiva, preconizada na sentença, e a ofensa gratuita. Nessa zona, mormente quando se cuida de fazer afirmações relativas às instituições públicas, deve ser prestigiado o uso da liberdade (*favor libertatis*) e não sua restrição, por entender-se que, dentre os princípios em confluência, é a liberdade, nesse caso, que detém maior densidade valorativa para o ordenamento jurídico.

Entretanto, para defender esse posicionamento, que em última análise é filosófica, sob uma perspectiva intrinsecamente jurídica, valho-me como fonte doutrinária de uma sólida conformação teórica conhecida por *fighting words doctrine*.

Construída pela Suprema Corte norte-americana a partir do caso *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942) e através da qual se afirma não estar protegido pelo direito de liberdade de expressão (1ª Emenda da Constituição dos EUA) a utilização de palavras que por sua particular expressividade possam *incitar uma quebra imediata da paz social*.

Entretanto, em uma série de casos posteriores, aquele respeitado órgão judiciário passou a ponderar que a repressão pelo uso de palavras de opróbio ou protesto, ainda que bastante incisivas, seria inconstitucional dada a estreita motivação ideológica ou sentimental do ato, devendo-se, além disso, atentar-se para o fato de que uma rigidez acentuada nesse controle inibiria o cidadão de exercitar esse direito fundamental (*cf. Lewis v. New Orleans, 1974²*).

O último caso examinado por esta prestigiada Corte Judiciária é particularmente interessante por sua similitude com o quadro fático que aqui se apresenta. Por isso mesmo, faço um breve resumo.

Com efeito, em *Snyder v. Phelps* (nº 09-751; julgado em 2 de março de 2011) tratou-se de uma demanda de responsabilidade civil (*torts*) movida pelo pai de um cabo fuzileiro naval falecido na guerra do Iraque contra o pastor *Fred Phelps* e sua Igreja evangélica (*Westboro Baptist Church*), que organizaram um piquete no enterro do militar, ocorrido em Maryland, para protestar contra o que achavam ser uma excessiva tolerância do governo americano com a homossexualidade.

A despeito de terem respeitado as determinações de guardar um distanciamento regulamentar, tal como ordenado pelas autoridades públicas, e não terem cometido qualquer ato de turbacão ou violência, *Phelps* e seus seguidores trouxeram cartazes com frases particularmente ofensivas aos soldados homossexuais, postando posteriormente na página da Igreja na rede mundial de com-

² “*This is deemed necessary because persons whose expression is constitutionally protected may well refrain from exercising their rights for fear of criminal sanctions provided by a statute susceptible of application to protected expression*” (415 U.S. 134).

putadores desrespeitosas afirmações ao soldado morto e a seus pais em razão de os mesmos professarem a fé católica.

A Suprema Corte norte-americana apreciando o caso entendeu que, nada obstante o excesso, era muito visível que as palavras foram desferidas tendo por pano de fundo uma convicção ideológica que iria além do simples ato de ofender.

O tribunal, através do voto condutor de seu Presidente (John G. Roberts), foi enfático em destacar que, no âmbito privado, a proteção conferida pela 1ª Emenda é bem menor, pois, nessa hipótese, não haveria qualquer ameaça de dano à liberdade individual, muito menos censura. Nada obstante, vindo a ofensa em um contexto de debate concernente a assuntos de ordem pública (*matters of public interest*) a conclusão é diversa.

Por não existir – como no Brasil – uma definição precisa do que sejam assuntos de natureza pública, a Suprema Corte, em sua sedimentada construção jurisprudencial, costuma entender que todo e qualquer pronunciamento sobre questões de ordem política, social ou que de alguma maneira digam respeito à comunidade exprimem interesse público (cf. *Connick v. Myers*, 461 U. S. 146 - 1983).

Voltando a *Snyder v. Phelps*, concluiu-se que por mais ofensivos que fossem os cartazes da *Westboro Baptist Church* eram alusivas a uma questão de índole política, ou de moral social e, portanto, estaria abrangida imunidade da 1ª Emenda, inclusive para fins de responsabilidade civil.³

³ “The ‘content’ of Westboro’s signs plainly relates to broad issues of interest to society at large, rather than matters of “purely private concern.” *Dun & Bradstreet*, *supra*, at 759. The placards read “God Hates the USA/Thank God for 9/11,” “America is Doomed,” “Don’t Pray for the USA,” “Thank God for IEDs,” “Fag Troops,” “Semper Fi Fags,” “God Hates Fags,” “Maryland Taliban,” “Fags Doom Nations,” “Not Blessed Just Cursed,” “Thank God for Dead Soldiers,” “Pope in Hell,” “Priests Rape Boys,” “You’re Going to Hell,” and “God Hates You.” App. 3781-3787. While these messages may fall short of refined social or political commentary, the issues they highlight—the political and moral conduct of the United States and its citizens, the fate of our Nation, homosexuality in the military, and scandals involving the Catholic clergy—are matters of public import. The signs certainly convey Westboro’s position on those issues, in a manner

Acredito que as bases principiológicas dessas decisões podem ser aplicadas integralmente ao caso presente, de modo que se bem tenha o réu se valido de afirmações destemperadas e acres, não se deve, ainda assim, reputá-las como ilícitas.

É indiferente saber se essas expressões estão ou não providas de sustentação, ou se são factíveis. A posição do apelante teve, visivelmente, conteúdo ideológico e, por isso mesmo, ainda que infundada, isolada ou prenhe de qualquer razoabilidade merecia ser tolerada, suposto não atingir a pessoas, grupos ou indivíduos, mas tão somente ao Estado enquanto estrutura de poder.

Não se nega que houve excessiva verborragia, mas, ainda assim, ser intolerante com o particular ensejaria um perigoso precedente à democracia e às liberdades individuais mais básicas. Vale dizer, ao desferir impropérios contra a atuação institucional da AGU, o réu foi grosseiro, incivil e rude, mas disso não resultou qualquer comprometimento, ou risco adicional à sociedade como um todo.

Por fim, insisto que a acusação de crimes, ou atos de improbidade contra os membros da Advocacia-Geral da União poderia, em teoria, ensejar indenização por danos morais. Contudo, os interessados deveriam ter atuado em nome próprio, inclusive tomando a iniciativa de interpelar o agressor.

O que me parece impossível, até porque malferia a regra constante do art. 6º do CPC, é que a União Federal venha a postular essa pretensão reparatória em nome próprio.

No mesmo sentido, não há que se falar em reflexo negativo, ou assunção pela AGU das acusações contras os membros desse laborioso órgão da Advocacia Pública. Como entidade idealmente perfeita, a conduta funcional desviada de seus funcionários

designed, unlike the private speech in Dun & Bradstreet, to reach as broad a public audience as possible. And even if a few of the signs—such as “You’re Going to Hell” and “God Hates You”—were viewed as containing messages related to Matthew Snyder or the Snyders specifically, that would not change the fact that the overall thrust and dominant theme of Westboro’s demonstration spoke to broader public issues.” (562 U. S. ____ - 2011, disponível na página web: <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-751.pdf>)

não poderia jamais maculá-la, bastando considerar, *a contrario sensu*, que se assim fosse a União também deveria pagar danos morais a todos os cidadãos quando, efetivamente, comprovado que seu funcionário agiu de forma ilegal, ou contrariando a moralidade pública.

Com tais considerações, dou provimento à apelação do particular para julgar a pretensão de reparação em danos morais aforada pela União Federal totalmente improcedente, tendo como consequência a reversão dos ônus de sucumbência e, em especial, a fixação de honorários de advogado, na forma do art. 20, § 4º, do CPC, em favor do réu no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) a partir da data do julgamento do apelo.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 452.597-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO (CONVOCADO)
Apelante: BERNARDINO FERREIRA MEIRELES
Apelada: UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. AURICÉIA PATRÍCIA MORAIS DE SOUZA E OUTROS (APTE.)

EMENTA: EMBARGOS DE TERCEIRO EM EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DA PENHORA E DA ARREMATÇÃO AFASTADA. MEAÇÃO DO CÔNJUGE. BEM INDIVISÍVEL. PENHORA E HASTA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. RESERVA DA MEAÇÃO. SÚMULA Nº 251 DO STJ. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO, EM PARTE, CONHECIDA E, EM PARTE, PROVIDA. - Inicialmente, convém salientar que a inicial dos embargos de terceiro, opostos com base no art. 1.046 do CPC, objetivando anular a penhora e a arrematação efetivadas no executivo fiscal nº 2005.84.00.003442-3/RN, está fundada apenas em 3 (três) alegações, a saber: 1) que o ora recor-

rente, embora casado sob regime de comunhão universal de bens (fl. 11) com a Sra. MARILENE LEAL MEIRELES, não teria sido intimado pessoalmente acerca da penhora do bem imóvel de propriedade daquela, sócia-gerente da empresa executada; 2) que não teria sido intimado pessoalmente da data de realização da hasta pública do referido bem imóvel, em franca desconformidade com o disposto na Súmula nº 121 do Superior Tribunal de Justiça (STJ); e 3) que poderia, ainda que houvesse a sua intimação sobre a realização da praça do bem imóvel, opor embargos de terceiro para a defesa de sua meação, nos termos da Súmula nº 134 do STJ. Alternativamente, requereu o embargante, ora recorrente, que fosse respeitada a sua meação, nos termos da súmula anteriormente mencionada.

- Ora, a primeira alegação de nulidade, por falta de intimação pessoal do embargante/ apelante acerca da penhora, deve ser, in casu, afastada, uma vez que aquele (BERNARDINO FERREIRA MEIRELES) opôs tempestivamente os presentes embargos de terceiro, sendo, portanto, atingida a finalidade do ato previsto no § 2º do art. 12 da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal - LEF). Na verdade, somente com a comprovação de prejuízo decorrente do vício formal é que se poderia reconhecer a nulidade suscitada, sob pena de se prestigiar a forma em detrimento do conteúdo.

- A seu turno, relativamente à segunda alegação de nulidade (falta de intimação pessoal do embargante/apelante sobre o dia de realização da respectiva hasta pública), melhor sorte não tem o recorrente, pois não há determinação na LEF, ou mesmo no CPC, por força do disposto no art. 1º da referida lei, de intimação do cônjuge de corresponsável executada acerca do dia de realização da respectiva praça.

- Por outro lado, também deve ser afastada, no presente caso, a alegação de nulidade, por afronta ao disposto na Súmula nº 121 do STJ, pois, como se pode observar da intensa movimentação processual, indicada na consulta ao Sistema TEBAS, da Justiça Federal no Rio Grande do Norte (JFRN) - <http://200.217.210.153/consultatebas/resconsproc.asp>), relativamente à Execução Fiscal de nº 0003442-42.2005.4.05.8400 (2005.84.00.003442-3)/RN, a finalidade da intimação pessoal contida na mencionada súmula (qual seja: o conhecimento prévio da data e hora de realização da hasta pública pela parte executada) foi efetivamente alcançada. Assim, não havendo prejuízo à parte interessada, cai por terra a nulidade apontada (pas de nullité sans grief).

- Entretanto, em relação à necessidade de reserva de sua meação, tem razão o apelante. Neste ponto, o STJ já pacificou o entendimento de que, em execução fiscal, na cobrança de dívidas fiscais contra empresa em que um dos cônjuges seja sócio, deve ser excluída a correspondente meação sobre o bem de propriedade do casal que foi objeto de penhora, notadamente nas hipóteses em que o credor não conseguiu demonstrar que os valores cobrados reverteram em benefício do embargante/ recorrente e/ou de sua esposa. Esta é, inclusive, a inteligência da Súmula nº 251 do STJ.

- Por fim, deve ser registrado que as demais alegações aduzidas no presente apelo não devem ser conhecidas, até porque consubstanciam cristalina inovação, em sede recursal, o que não é possível.

- Precedentes do STJ, desta Corte e do TRF da 1ª Região.

- Apelação, em parte, conhecida e, em parte, provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conhecer, em parte, a apelação, dando-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 4 de outubro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO (Convocado):

Trata-se de apelação, em sede de embargos de terceiro, interposta por BERNARDINO FERREIRA MEIRELES, contra sentença, às fls. 81/82, que, entendendo que estaria preclusa a questão relativa à validade das intimações, por força do julgamento do AGTR nº 86720/RN, transitado em julgado em 02/06/2009, e que competiria ao cônjuge da parte executada o ônus da prova de que a sonegação do tributo devido não teria revertido em benefício de sua família, julgou improcedentes os embargos de terceiro.

O recorrente, nas razões de seu apelo, às fls. 88/102, aduziu, em apertada síntese, que não fora observada, na execução fiscal, o disposto no art. 620 do Código de Processo Civil; que não teria dado causa à nulidade das intimações; que agiu com boa-fé durante todo o processo; que não teria sido demonstrado o esgotamento dos meios para localizar bens passíveis de penhora em nome da empresa LEAL MEIRELES COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA; que não teria ocorrido nenhuma das hipóteses previstas no art. 135 do Código Tributário Nacional (CTN), o que levaria à ilicitude da penhora; que todas as intimações, no executivo fiscal, teriam sido dirigidas a patrono já destituído; que a arrematação seria nula por não observar o disposto na Súmula nº 121 do Superior Tribunal de Justiça (STJ); que a Sra. MARILENE LEAL MEIRELES, cônjuge do ape-

lante, não teria sido intimada da realização do leilão, o que levaria à ineficácia da expropriação do bem imóvel; que não teria sido observada a prescrição contida no art. 698 do CPC; e que, em razão do regime de casamento (comunhão universal de bens) e da indivisibilidade do bem imóvel, a sentença não poderia ser mantida. Destacou ainda que a penhora/ arrematação deveria ser anulada, uma vez que o apelante, terceiro de boa-fé, não teria qualquer relação com o débito executado. Sustentou também, caso seja considerada regular a arrematação, que teria direito à reserva de sua cota-parte, relativa ao produto da alienação, nos termos do art. 655-B do CPC, c/c o art. 3º da Lei nº 4.121/62. Por fim, salienta a condição de bem de família do imóvel, com base no art. 1º da Lei nº 8.009/90, o que levaria a sua impenhorabilidade. Requereu, ao final, o provimento do recurso, com a reforma da sentença.

Contrarrazões apresentadas às fls. 104/107.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO (Relator Convocado):

Inicialmente, convém salientar que a inicial dos embargos de terceiro, opostos com base no art. 1.046 do CPC, objetivando anular a penhora e arrematação efetivadas¹ no executivo fiscal nº 2005.84.00.003442-3/RN, está fundada apenas em 3 (três) alegações, a saber: 1) que o ora recorrente, embora casado sob regime de comunhão universal de bens (fl. 11) com a Sra. MARILENE LEAL MEIRELES, não teria sido intimado pessoalmente acerca da penhora do bem imóvel de propriedade daquela, sócia-gerente da empresa executada; 2) que não teria sido intimado pessoalmente da data de realização da hasta pública do referido bem imóvel, em franca desconformidade com o disposto na Súmula nº 121 do Su-

¹ Relativas ao domínio útil de um terreno foreiro ao Patrimônio Municipal de Natal, situado na Rua Alberto Silva, lado par, distando 26,20m da Av. Senador Salgado Filho, no bairro de Lagoa Seca, zona urbana de Natal/RN, medindo 419,52m² de superfície (fl. 35).

perior Tribunal de Justiça (STJ); e 3) que poderia, ainda que houvesse a sua intimação sobre a realização da praça do bem imóvel, opor embargos de terceiro para a defesa de sua meação, nos termos da Súmula nº 134 do STJ. Alternativamente, requereu o embargante, ora recorrente, que fosse respeitada a sua meação, nos termos da súmula anteriormente mencionada.

Ora, a primeira alegação de nulidade, por falta de intimação pessoal do embargante/ apelante acerca da penhora, deve ser, *in casu*, afastada, uma vez que aquele (BERNARDINO FERREIRA MEIRELES) opôs tempestivamente os presentes embargos de terceiro, sendo, portanto, atingida a finalidade do ato previsto no § 2º do art. 12 da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal - LEF). Na verdade, somente com a comprovação de prejuízo decorrente do vício formal é que se poderia reconhecer a nulidade suscitada, sob pena de se prestigiar a forma em detrimento do conteúdo. Nessa linha, colaciono o seguinte precedente, aplicável, por semelhança, à hipótese vertente:

EMBARGOS DE TERCEIRO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO CÔNJUGE QUANTO À PENHORA REALIZADA NA EXECUÇÃO FISCAL. BEM INDIVISÍVEL. MEAÇÃO. PROVA DE QUE HOUVE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO CASAL. ÔNUS DA EXEQUENTE. SÚMULA 251/STJ.

1. A necessidade de intimação do cônjuge do devedor prevista no revogado parágrafo único do art. 669 do CPC deve ser afastada quando for atingida a finalidade do ato por meio da oposição de embargos de terceiros pelo cônjuge meeiro.

2. Comprovado por certidão de casamento e registro imobiliário que se trata de imóvel comum do casal, e na ausência de prova de que a embargante se beneficiou do débito, a ela é assegurada a metade do produto da alienação do referido bem, sem prejuízo da continuidade da constrição judicial já iniciada (Súmula 251/STJ).

3. Em caso de ser o bem penhorado indivisível, somente após sua alienação judicial estará reservado o direito à meação com a repartição do preço alcançado em hasta pública.

4. Remessa oficial e apelação da União a que se dá parcial provimento. (Negritei)

(TRF 1ª REGIÃO - AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2004019900
51851 - Relator(a) : Desª Federal MARIA DO CARMO CAR-
DOSO - Órgão julgador: OITAVA TURMA - e-DJF1: 1/02/
2011, pagina: 432 - Decisão: Unânime)

A seu turno, relativamente à segunda alegação de nulidade (falta de intimação pessoal do embargante/recorrente sobre o dia de realização da respectiva hasta pública), melhor sorte não tem o recorrente, pois não há determinação na LEF, ou mesmo no CPC, por força do disposto no art. 1º da referida lei, de intimação do cônjuge de corresponsável executada acerca do dia de realização da respectiva praça. Cito aresto do STJ, no mesmo sentido:

RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO REALIZADO NAS RAZÕES RECURSAIS. IMPOSSIBILIDADE. OFENSAO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS À ARREMATÇÃO. VÍCIO NA REPRESENTAÇÃO DO ARREMATANTE. INOCORRÊNCIA. PEDIDO DE REAVALIAÇÃO DO BEM PENHORADO APÓS A ARREMATÇÃO. PRECLUSÃO. PREÇO VIL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. NULIDADE DO EDITAL. OMISSÃO QUANTO À PENDÊNCIA DE CAUSA OU RECURSO. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO E LEGITIMIDADE DO ARREMATANTE. VÍCIOS NA INTIMAÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. EXEQUENTE-ARREMATANTE. EXIBIÇÃO DO PREÇO. DESNECESSIDADE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DO EMBARGADO/RECORRIDO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCI-DÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ. RECURSO IMPROVIDO.

1. (...). 2. (...). 3. (...). 4. (...). 5. (...). 6. (...). 7. (...).

8. O executado deve ser intimado da data do leilão com antecedência mínima de 24h (vinte e quatro horas). 9. Não há nulidade na intimação da esposa do devedor para o leilão do bem penhorado, **pois apenas o executado deve ser cientificado desse ato processual**. Ademais, admite-se a referida comunicação por qualquer meio idôneo, desde que comprovado que a parte esteja se esquivando do ato expropriatório.

10. (...). 11. (...). 12. (...).

13. Recurso a que se nega provimento. (Negritei) (STJ - RESP - RECURSO ESPECIAL - 1014705 - Relator(a): Min. MASSAMI UYEDA - Órgão julgador: TERCEIRA TURMA - DJE: 14/09/2010 - Decisão: Unânime)

Por outro lado, também deve ser afastada, no presente caso, a alegação de nulidade, por afronta ao disposto na Súmula nº 121, do STJ², pois, como se pode observar da intensa movimentação processual, indicada na consulta ao Sistema TEBAS, da Justiça Federal no Rio Grande do Norte (JFRN) - <http://200.217.210.153/consultatebas/resconsproc.asp>, relativamente à Execução Fiscal de nº 0003442-42.2005.4.05.8400 (2005.84.00.003442-3/RN), a finalidade da intimação pessoal contida na mencionada súmula (qual seja: o conhecimento prévio da data e hora de realização da hasta pública pela parte executada) foi efetivamente alcançada. Assim, não havendo prejuízo à parte interessada, cai por terra a nulidade apontada (*pas de nullité sans grief*).

Entretanto, em relação à necessidade de reserva de sua meação, tem razão o apelante. Neste ponto, o STJ já pacificou o entendimento de que, em execução fiscal, na cobrança de dívidas fiscais contra empresa em que um dos cônjuges seja sócio, deve ser excluída a correspondente meação sobre o bem de propriedade do casal que foi objeto de penhora, notadamente nas hipóteses em que o credor não conseguiu demonstrar que os valores cobrados reverteram em benefício do embargante/ recorrente e/ou de sua esposa. Esta é, inclusive, a inteligência da Súmula nº 251 do STJ, *in verbis*:

A meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal.

Cito os seguintes precedentes, de modo a lastrear, por semelhança, o posicionamento anteriormente referido:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. MEAÇÃO DO CÔNJUGE. BEM INDIVISÍVEL. PENHORA. POSSIBILIDADE.

1. Na execução, os bens indivisíveis, de propriedade comum dos cônjuges casados no regime de comunhão de bens, podem ser levados à hasta pública, reservando-se ao cônjuge meeiro do executado a metade do preço obtido.

² Na execução fiscal, o devedor deverá ser intimado, pessoalmente, do dia e hora da realização do leilão.

2. Agravo Regimental provido. (Negritei) (STJ - AGA - AGRADO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1302812 - Relator(a): Min. HERMAN BENJAMIN - Órgão julgador: SEGUNDA TURMA - DJE: 14/09/2010 - Decisão: Unânime)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. MEAÇÃO DO CÔNJUGE. BEM INDIVISÍVEL. PENHORA. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL LOCAL NO SENTIDO DA NÃO-CARACTERIZAÇÃO DO IMÓVEL COMO BEM DE FAMÍLIA. REVISÃO DE ENTENDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. VERBA HONORÁRIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DOS ENUNCIADOS 282 E 356 DA SÚMULA DO STF. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. Em relação ao artigo 535, inciso II, do CPC, observa-se que, apesar de rejeitados os embargos declaratórios, o acórdão recorrido decidiu, fundamentadamente, todas as questões postas ao seu crivo, inclusive a questão atinente ao não-enquadramento do imóvel na categoria de bem de família.

2. A orientação jurisprudencial desta Corte firmou-se no sentido de que os bens indivisíveis, de propriedade comum decorrente do regime de comunhão no casamento, podem, na execução, ser levados à hasta pública por inteiro, reservando-se ao cônjuge a metade do preço alcançado. Precedentes.

3. Tendo o Tribunal de origem afirmado que o imóvel não se trata de bem de família, seja porque a ora recorrente não reside nele, seja em virtude de ela possuir outros imóveis residenciais, a revisão de tal entendimento demandaria nova incursão à seara fático-probatória dos autos, o que é inviável na estreita via do recurso especial, a teor do disposto no enunciado nº 7 da Súmula do STJ.

4. No que se refere à discussão em torno da verba fixada a título de honorários advocatícios, observo que tal tema não foi objeto de discussão na formação do acórdão recorrido e, apesar de opostos embargos declaratórios, estes não versaram sobre a questão. Incidem, no particular, os enunciados nº 282 e 356 da Súmula do STF (neste sentido, AI-

AgR 551.533/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ*03.03.2006).
5. Recurso especial não provido. (Negritei) (STJ - RESP - RECURSO ESPECIAL - 844877 - Relator(a): Min. MAURO CAMPBELL MARQUES - Órgão julgador: SEGUNDA TURMA - *DJE*: 29/10/2008 - Decisão: Unânime)

Por fim, registro que as demais alegações aduzidas no presente apelo não devem ser conhecidas, até porque consubstanciam cristalina inovação, em sede recursal, o que não é possível. Mister se faz, neste aspecto, destacar o seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. INOVAÇÃO DO PEDIDO EM SEDE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO DO APELO. PRECEDENTES.

1. Não se pode admitir, sob pena de supressão de instância, a inovação do pedido em sede recursal.

2. Tendo em conta que as objeções constantes no recurso de apelação não guardam semelhança com aquelas aventadas na inicial – sobre as quais se debruçou o MM. Julgador *a quo* para proferir a sentença ora impugnada –, não cabe nem mesmo delas conhecer.

3. Precedentes desta e. Corte Regional: - Nos moldes do art. 515, parágrafo 1º, do CPC, é defeso ao apelante inovar a causa de pedir, pois em sede de apelação apenas se admite a discussão de questões de fato ou de direito apresentadas no primeiro grau. A discussão de matéria nova ou formulação de pedido novo, apenas será admitida em uma nova ação.

- Apelação não conhecida. TRF5 - AC 378657 - PE, primeira Turma, Rel. Desembargador Federal FRANCISCO WILDO, pub. *DJ* 22/03/2006, p. 957, decisão unânime. Apelação não conhecida. (Negritei) (TRF 5ª REGIÃO - AC 425471 - Relator(a): Des. Federal José Maria Lucena - Órgão julgador: Primeira Turma - *DJE*: 15/09/2010, página: 245 - Decisão: Unânime)

Ante o exposto, conhecendo em parte o apelo, dou-lhe parcial provimento apenas para reservar ao cônjuge meeiro de Marilene Leal Meireles, ora embargante/apelante, a metade do preço obtido na respectiva hasta pública.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 468.301-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelado: MUNICÍPIO DE RIACHUELO/SE
Advs./Procs.: DRS. RICARDO ALMEIDA ALVES SANTOS E OUTROS (APDO.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL. ART. 206 DO CTN. DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS DA CÂMARA MUNICIPAL. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. SOLVABILIDADE DO ENTE PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CPD-EN.

- A Câmara de Vereadores é órgão do poder legislativo municipal, não tendo, portanto, personalidade jurídica, atributo este reservado ao ente federativo que integra, reconhecendo-se ao órgão legislativo capacidade postulatória somente para defender os seus interesses e prerrogativas institucionais, vinculados à sua independência, autonomia e funcionamento.

- Cabe ao Município responder pelas dívidas decorrentes do descumprimento das obrigações tributárias pela Câmara Municipal.

- Esta conclusão, contudo, não representa óbice ao direito do impetrante à obtenção da certidão de regularidade fiscal sob o fundamento de existirem dívidas da Câmara Municipal. Isso porque o ente público goza de privilégios legais que lhe assegura tratamento diferenciado, notadamente diante da presunção de solvabilidade inerente à fazenda pública, sendo-lhe dispensada a prévia apresentação de garantia para a suspensão da execução fiscal, em face da impenhorabilidade de seus bens e à submissão do pagamento de suas dívidas à sistemática do precatório.

- Precedentes jurisprudenciais: AMS 2007331100

47114, TRF 1ª Região; Sétima Turma, Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, DJ: 01/10/2010; AC 200533000151383, TRF 1ª Região; Oitava Turma, Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, DJ: 06/08/2010; APELREEX 200870000321085, TRF 4ª Região, Segunda Turma, Desembargadora Federal Convocada Carla Evelise Justino Hendges, DJ: 03/03/2010; REO 200670110008058, TRF 4ª Região, Primeira Turma, Desembargador Federal Vilson Darós, DJ: 09/10/2007; AMS 200161070048647, TRF 3ª Região; Terceira Turma, Desembargador Federal Nery Junior, DJ: 07/06/2006.

- Apelação e remessa obrigatória parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação e à remessa obrigatória, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 10 de novembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de apelação e remessa obrigatória de sentença concessiva de segurança para determinar à autoridade coatora a expedição da Certidão Negativa de Débito vindicada pelo Município-impetrante.

Entendeu o magistrado de Primeiro Grau a presença de direito líquido e certo do impetrante para a obtenção do documento pleiteado, ante a impossibilidade de se penalizar o Município pelo descumprimento das obrigações tributárias da Câmara Municipal.

A Fazenda Nacional interpõe apelação sustentando ser do município a responsabilidade pelos débitos tributários da Câmara Legislativa, entidade esta que, embora disponha de orçamento próprio, não tem personalidade jurídica.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

A matéria trazida a deslinde versa sobre o direito do Município-ator a ver expedida em seu favor certidão de regularidade fiscal sem que lhe seja apresentada como óbice a existência de dívidas decorrentes do descumprimento de obrigações tributárias da Câmara Municipal.

A Câmara de Vereadores é órgão do poder legislativo municipal, não tendo, portanto, personalidade jurídica, atributo este reservado ao ente federativo que integra, carecendo, assim, de capacidade para responder pelas obrigações tributárias decorrentes de seus atos administrativos.

Sobre o tema, eis as palavras do aclamado Hely Lopes Meirelles: “A Câmara, não sendo pessoa jurídica, nem tendo patrimônio próprio, não se vincula perante terceiros, pois lhe falece competência para exercer direitos de natureza privada e assumir obrigações de ordem patrimonial” (Direito Municipal Brasileiro, 6ª edição, Malheiros Editores, pág. 440).

egrégio Superior Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades, já reconheceu ter as Câmaras de Vereadores capacidade postulatória somente para defender os seus interesses e prerrogativas institucionais, vinculados à sua independência, autonomia e funcionamento.

A exemplo, transcrevo as ementas dos seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE A REMUNERAÇÃO PAGA A VEREADORES. AÇÃO ORDINÁRIA INIBITÓRIA DE COBRANÇA PROPOSTA CONTRA A UNIÃO E O INSS. ILEGITIMIDADE ATIVA DA CÂMARA DE VEREADORES.

1. A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária, de modo que somente pode demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais, entendidos esses como sendo os relacionados ao funcionamento, autonomia e independência do órgão.

2. Para se aferir a legitimação ativa dos órgãos legislativos, é necessário qualificar a pretensão em análise para se concluir se está, ou não, relacionada a interesses e prerrogativas institucionais.

3. No caso, a Câmara de Vereadores do Município de Lagoa do Piauí/PI ajuizou ação ordinária inibitória com pedido de tutela antecipada contra a Fazenda Nacional e o INSS, objetivando afastar a incidência da contribuição previdenciária sobre os vencimentos pagos aos próprios vereadores.

4. Não se trata, portanto, de defesa de prerrogativa institucional, mas de pretensão de cunho patrimonial.

5. Recurso especial provido.

(RESP 200902137644, CASTRO MEIRA, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, 06/04/2010)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE VEREADORES. VIOLAÇÃO AO ART. 535. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE JURÍDICA DA CÂMARA DE VEREADORES. PRECEDENTES.

1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. “A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica autônoma que lhe permita figurar no polo passivo da obrigação tributária ou ser demandada em razão dessas obrigações. Sujeito passivo da contribuição previdenciária incidente sobre remuneração de membros da Câmara Municipal é o Município, pessoa jurídica de direito público” (Precedente: Resp nº 573129/PB, DJ de 04.09.2006, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki).

3. Recurso especial a que se dá provimento.

(RESP 200601245051, TEORI ALBINO ZAVASCKI, STJ - PRIMEIRA TURMA, 07/05/2007)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE SUBSÍDIOS DE AGENTES POLÍTICOS. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DA CÂMARA MUNICIPAL. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Cuida-se originariamente de mandado de segurança proposto pela Câmara Municipal de Barra de São Miguel/AL contra o INSS objetivando a declaração de inexigibilidade de contribuição previdenciária sobre os subsídios dos agentes políticos municipais.

2. Entendimento deste Tribunal de que as câmaras municipais possuem capacidade processual limitada à defesa de seus direitos institucionais, ou seja, aqueles vinculados à sua independência, autonomia e funcionamento.

3. Por versar a presente demanda sobre a exigibilidade de contribuição previdenciária dos agentes políticos municipais, a Câmara recorrida é parte ilegítima ativa *ad causam*.

4. Nesse sentido, a linha de pensar de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ:

- A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária, de modo que só pode demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais, entendidos esses como sendo os relacionados ao funcionamento, autonomia e independência do órgão.

- Referido ente não detém legitimidade para integrar o polo ativo de demanda em que se discute a exigibilidade de contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração paga aos exercentes de mandato eletivo no Município. Precedentes. (REsp 730.979/AL, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* de 2/9/2008).

- A despeito de sua capacidade processual para postular direito próprio (atos *interna corporis*) ou para defesa de suas prerrogativas, a Câmara de Vereadores não possui legitimidade para discutir em juízo a validade da cobrança de contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de pagamento dos exercentes de mandato eletivo, uma vez que desprovida de personalidade jurídica, cabendo ao Município figurar no pólo ativo da referida demanda (REsp 696.561/RN, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* de 24/10/2005).

5. Recurso especial provido.

(RESP 200802833403, BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, 17/06/2009)

Desta feita, tenho por evidente ser do Município a responsabilidade pelas dívidas contraídas pela Câmara Municipal, o que o habilita a figurar no polo passivo da relação jurídica decorrente do descumprimento das obrigações tributárias impostas ao órgão legislativo.

No entanto, a conclusão acima exposta não representa óbice ao direito do autor à obtenção da certidão de regularidade fiscal sob o fundamento de existirem dívidas da Câmara Municipal. Isso porque o ente público goza de privilégios legais que lhe assegura tratamento diferenciado, notadamente diante da presunção de solvabilidade inerente à fazenda pública, sendo-lhe dispensada a prévia apresentação de garantia para a suspensão da execução fiscal, em face da impenhorabilidade de seus bens e à submissão do pagamento de suas dívidas à sistemática do precatório.

Nos termos do art. 206 do Código Tributário Nacional, tem efeitos de certidão negativa de débitos aquela na qual conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa. No caso dos autos, a garantia dada pelo Município encontra respaldo na presunção absoluta de solvência do ente federativo.

No mesmo sentido são os precedentes a seguir colacionados:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR CONCEDIDA. MUNICÍPIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NÃO RECOLHIMENTO DOS VALORES DECLARADOS EM GFIP'S. EXPEDIÇÃO DE CPD-EN: POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO FÁTICA EXAURIENTE CONSOLIDADA PELO TEMPO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PROVIDAS.

1. Cogitando-se de ente público, cujos bens são impenhoráveis e que se presume, como fazenda pública, detentor de solvabilidade plena, a CND/CPD-EN não lhe pode ser negada, seja porque o requerente não é obrigado a oferecer bens em garantia em caso de parcelamento (art. 47, § 8º, da Lei nº 8.212/91), seja porque, na espécie, o INSS já

faz uso do bloqueio que lhe pode fazer as vezes, tanto mais quando ajuizados os embargos ou a ação anulatória pelo Município.

2. O Fisco tem a sua disposição meios legítimos e suficientes para satisfação de seu crédito (v. g. bloqueio de FPM, execução fiscal). Injustificável que, mantendo-se inerte, utilize-se, transversa via, da negativa de CND/CPDEN como instrumento de cobrança, em prejuízo à municipalidade.

3. A situação fática exauriente constituída pela liminar satisfativa consolidada pelo tempo e a temporal validade da CPD-EN recomendam a concessão da ordem.

4. Apelação e remessa oficial providas. Segurança concedida.

5. Peças liberadas pelo Relator, em 14/09/2010, para publicação do acórdão.

(AMS 200733110047114, TRF 1ª Região; Sétima Turma, Desembargador Federal LUCIANO TOLENTINO AMARAL, DJ: 01/10/2010)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO AJUIZADA POR ENTE MUNICIPAL. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITOS COM EFEITOS DE NEGATIVA (CPD-EN). EXCLUSÃO CADIN. PRESUNÇÃO DE SOLVABILIDADE.

1. Na condição de ente público, a expedição da CPD-EN ao município não pode ser negada, uma vez que seus débitos dispensam o depósito prévio ou penhora anterior para que seja suspensa a execução fiscal pela oposição de embargos, em face da indisponibilidade dos bens públicos e da solvabilidade de que gozam as unidades políticas.

2. Afigura-se ilegal e abusiva a inscrição no CADIN decorrente de dívida objeto de ação anulatória de débito em andamento, uma vez que expõe o devedor aos efeitos da mora.

3. O juiz deve analisar o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço, e observar, ainda, os limites de 10% a 20% estabelecidos no § 4º do art. 20 do CPC.

4. Apelação, e recurso adesivo a que se nega provimento. (AC 200533000151383, TRF 1ª Região; Oitava Turma, Desembargadora Federal MARIA DO CARMO CARDOSO, DJ: 06/08/2010)

TRIBUTÁRIO. MUNICÍPIO. CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL.

1. Se os privilégios legais atribuídos aos entes políticos (pagamento via precatório, regime administrativo da impenhorabilidade de seus bens e presunção de solvabilidade) já são suficientes para autorizar a expedição de certidão de regularidade fiscal quando ajuizada a execução fiscal, tais evidenciam-se bastantes na hipótese em comento em que sequer ajuizado o executivo fiscal.

2. Desprovimento do apelo da União Federal e da remessa oficial, considerada interposta.

(APELREEX 200870000321085, TRF 4ª Região, Segunda Turma, Desembargadora Federal Convocada CARLA EVELISE JUSTINO HENDGES, *DJ*: 03/03/2010)

AÇÃO ORDINÁRIA. MEDIDA CAUTELAR. MUNICÍPIO. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. ART. 206 DO CTN.

O oferecimento de caução como medida garantidora de crédito tributário equipara-se à penhora consolidada em execução fiscal e permite ao contribuinte, que tem lançado contra si crédito tributário ainda não objeto de execução fiscal, promover a oferta de bens em caução com o escopo único de ver expedida a certidão positiva de débitos com efeitos de negativa nos termos do artigo 206 do CTN. O pagamento dos débitos judiciais do Município, ente federado, pessoa jurídica de direito público interno, está disciplinado no artigo 100 da Constituição Federal de 1988 e o respectivo rito processual descrito no artigo 730 do Código de Processo Civil. De acordo com os referidos dispositivos, o Município não está sujeito a ter seus bens penhorados para a garantia do juízo, tendo em conta a presunção de sua solvabilidade, com seus pagamentos sendo efetivados por meio de precatório judicial, respaldada pela impenhorabilidade de seus bens. O Município faz jus à certidão requerida, em conformidade com o previsto no artigo 206 do CTN, pois como ocorre com os demais contribuintes em que o juízo fica garantido pela penhora – aqui a garantia está dada pela presunção de solvência da municipalidade.

(REO 200670110008058, TRF 4ª Região, Primeira Turma, Desembargador Federal VILSON DARÓS, *DJ*: 09/10/2007)

CONTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITOS COM EFEITOS DE NEGATIVA REQUERIDA POR MUNICÍPIO. RECUSA. ARTIGOS Nº 206 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL E Nº 730 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. Sendo o executado município, tem ele direito à certidão pleiteada, uma vez que, diante do art. 730 do Código de Processo Civil, apresentados regularmente embargos à execução, a garantia da execução através de penhora pode ser substituída pela possibilidade de pagamento por precatório em virtude da impenhorabilidade de seus bens. Não apenas isso: a simples interposição dos embargos suspende a execução, o que faz com que a situação em tela enquadre-se perfeitamente na hipótese do art. 206 do CTN. Ademais, existe para a Fazenda Pública municipal a presunção de solvabilidade, já que sempre terá receitas líquidas decorrentes de suas atividades, dentre as quais a tributária.

2. Por outro lado, não é razoável entender que o legislador, ao não prever como hipótese de concessão de certidão positiva com efeitos de negativa os casos enquadrados no art. 730, CPC, estivesse na verdade pretendendo excluir outras formas de garantia do juízo diferentes da penhora. A única conclusão possível é a de que no art. 206 do CTN o legislador está se referindo às execuções em que tenha sido efetivada a penhora, mas desde que fosse ela exigível para a garantia do juízo. Diante disso, não há necessidade de que o município use de outros expedientes para obter a certidão, como a suspensão de exigibilidade.

3. Apelação e remessa oficial, tida por ocorrida, às quais se nega provimento.

(AMS 200161070048647, TRF 3ª Região; Terceira Turma, Desembargador Federal NERY JUNIOR, DJ: 07/06/2006)

Nesse diapasão, entendo assistir ao Município o direito à obtenção da Certidão Positiva de Débito com Efeito de Negativa - CPD-EN, nos termos do art. 206 do Código Tributário Nacional.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação e à remessa obrigatória.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 517.806-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR
Apelante: HELDER SILVA NOBRE
Apelada: UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. PEDRO TEIXEIRA CAVALCANTE NETO E OUTROS (APTE.)

EMENTA: APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CÔMPUTO DO TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO PRESTADO À SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PARA FINS DE ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO, LICENÇA-PRÊMIO E PARA SATISFAZER OS REQUISITOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL 41/2003. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO.

- A Administração Federal, nos termos do art. 4º do Decreto-Lei 200/67, abrange a Administração Indireta, que compreende as sociedades de economia mista, como o Banco do Brasil, estando os seus servidores, embora sujeitos à legislação trabalhistas, submetidos às regras previstas na Constituição Federal concernentes aos servidores da Administração Pública (art. 37), como exigência de concurso público para ingresso; proibição de acumular cargos, empregos e funções, observadas as exceções ali previstas; estando, ainda, sujeitos às restrições do art. 169, § 1º, da Constituição; além de serem equiparados aos servidores da Administração Direta para outros fins, a exemplo do penal.

- Em razão disso, os empregados dessas sociedades podem ser considerados servidores públicos em sentido amplo, devendo ser computado para todos os fins, nos termos do art. 100 da Lei 8.112/90, o tempo de serviço prestado ao Banco do Brasil pelo autor, agora submetido ao regime estatutário dos servidores públicos, por

exercer cargo público na Receita Federal (Precedentes do TRF 4ª Região).

- O Supremo Tribunal Federal (ADI - MC 1400, Pleno, rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 31.05.96; RE 195767, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, SEGUNDA TURMA, votação unânime, julgado em 25.11.1997, publicado em 27.02.1998) negou o direito ao reconhecimento de tempo de serviço para fins de gratificação adicional àquelles que tenham vínculo com atividade essencialmente privada, ressalvando, no entanto, aquele prestado por integrantes da administração indireta, empresas públicas e sociedades de economia mista.

- O Conselho da Justiça Federal, através da Resolução nº 141, de 28.02.2011, ao regulamentar a averbação de tempo de serviço dos seus servidores e dos da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, com amparo nas atribuições legais a ele definidas, decidiu nos autos do PA 2001.16.0767, fazerem jus ao cômputo do tempo de serviço prestado em sociedade de economia mista e empresa pública para fins de gratificação adicional, licença-prêmio por assiduidade e para efeito de licença para capacitação, bem como para fins de satisfazer os requisitos da Emenda Constitucional 41/2003.

- Provisão da apelação para assegurar ao apelante o direito ao cômputo do tempo de serviço prestado ao Banco do Brasil, no interstício de 20.12.82 a 09.01.94, para fins de adicional por tempo de serviço e licença-prêmio, bem como para reconhecer tratar-se de tempo de serviço público para fins de satisfazer os requisitos da Emenda Constitucional nº 41/2003.

- Condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, fixados nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

ACÓRDÃO

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

Recife, 25 de outubro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR:

Trata-se de apelação interposta por HELDER SILVA NOBRE em desfavor da UNIÃO, colimando a reforma da sentença de fls. que julgou improcedente o seu pedido de averbação de tempo de serviço prestado ao Banco do Brasil, sociedade de economia mista, no período de 20.12.82 a 09.01.94, para fins de cômputo de licença-prêmio por assiduidade e adicional por tempo de serviço, reconhecendo-o como tempo de efetivo serviço público.

Destaca que já fora averbado referido tempo de serviço, junto à Receita Federal, órgão ao qual está vinculado desde 10.01.94, sendo que a pretensão nesta demanda é de que seja considerado tal tempo como de efetivo serviço público para os fins estabelecidos na Emenda Constitucional 41/2003, bem como para cômputo de adicional por tempo de serviço e licença-prêmio.

Sustenta haver manifestações favoráveis ao pleito, emanadas do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal de Contas da União e da Advocacia Geral da União, no sentido de que a atividade exercida perante sociedade de economia mista é serviço público, estando abrangido tal conceito no art. 5º, III, do Decreto-Lei nº 200/67.

Houve contrarrazões, tendo a UNIÃO arguido que o tempo de serviço público prestado à iniciativa privada só se aproveita para

fins de aposentadoria e disponibilidade, nos termos do art. 103, V, da Lei 8.112/90, sendo a sociedade de economia mista caracterizada como pessoa jurídica de direito privado.

Argui que o próprio Parecer MP/CONJUR/SMM nº 1467-3.21/2009, utilizado pelo recorrente, admite entendimento contrário à sua pretensão.

É o relatório.

VOTO

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

Não deve prevalecer a sentença vergastada.

A Administração Federal, nos termos do art. 4º do Decreto-Lei 200/67 abrange a Administração Indireta, que compreende as sociedades de economia mista, como o Banco do Brasil.

Referidos entes, nos termos do art. 170 da Constituição Federal e do art. 5º, II e III, do Decreto-Lei 200/67, têm personalidade jurídica de direito privado, embora seja híbrido o regime jurídico, na medida em que o direito privado é parcialmente derogado pelo direito público (exigência de criação autorizada em lei, controle estatal interno pelo Poder Executivo e externo pelo Legislativo, através do Tribunal de Contas da União), necessário para manter a vinculação da entidade com o poder público.

Ademais o Estado tem participação majoritária nessas entidades, além de participar da sua gestão, fazendo dela um instrumento de ação estatal no domínio econômico, estando os seus servidores, embora sujeitos à legislação trabalhista, submetidos às regras previstas na Constituição Federal, concernentes aos servidores da Administração Pública (art. 37), como exigência de concurso público para ingresso; proibição de acumular cargos, empregos e funções, observadas as exceções ali previstas; estando, ainda, sujeitos às restrições do art. 169, § 1º, da Constituição; e submetidos entre outras normas que equiparam os servidores da Administração Indireta aos da Administração Direta, como, por exemplo, para fins penais.

Por essas razões, os empregados dessas sociedades podem ser considerados servidores públicos em sentido amplo, devendo ser computado para todos os fins, nos termos do art. 100 da Lei 8.112/90, o tempo de serviço prestado nessas entidades.

O Supremo Tribunal Federal (ADI - MC 1400, Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 31.05.96) já firmou entendimento no sentido de que o tempo de serviço prestado por integrantes da administração indireta, empresas públicas e sociedades de economia mista, é computável para fins de gratificação adicional, excetuando apenas tal direito àqueles que tenham vínculo com atividade essencialmente privada. Conferir nesse sentido os seguintes julgados:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÕES ADMINISTRATIVAS DO TRIBUNAL DE CONTAS DO PRIMEIRO TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL, AMBOS DO ESTADO DE SÃO PAULO. CARÁTER NORMATIVO. TEMPO DE SERVIÇO DE ATIVIDADE PRIVADA. CÔMPUTO PARA FINS DE GRATIFICAÇÃO ADICIONAL E SEXTA PARTE.

O Supremo Tribunal Federal já consagrou entendimento no sentido de que o tempo de serviço de atividades essencialmente privadas não é computável, para fins de gratificação adicional, salvo quando integrantes da administração pública indireta – empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pelo poder público. Os atos em questão revelam o extravasamento do campo reservado à atuação dos respectivos Tribunais, que acabaram por reconhecer, a todos os servidores integrantes dos seus quadros, vantagens que só poderiam emergir de regra legal. Cautelar deferida.

(ADI - MC 1400, Pleno, rel. Min. ILMAR GALVÃO, *DJ* de 31.05.96)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO À INICIATIVA PRIVADA E TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO. SOMATÓRIO PARA FINS DE ADICIONAL E SEXTA PARTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. O tempo de serviço de atividades essencialmente privadas não é computável, para fins de gratificação adicional e sexta parte, salvo quando integrantes da administração pública indireta. Precedente.

2. Recurso extraordinário não conhecido.

(RE 195767, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, SEGUNDA TURMA, votação unânime, julgado em 25.11.1997, publicado em 27.02.1998)

Nesse sentido também vem decidindo o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, conforme se colhe de vários precedentes:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO A EMPRESA PÚBLICA E A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. POSSIBILIDADE DE CONTAGEM COMO TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL PARA FINS DE ANUÊNIO E LICENÇA-PRÊMIO POR ASSIDUIDADE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA. APELO PROVIDO.

1. Nos termos de decisão proferida pelo STF em sede de controle direto de constitucionalidade, a qual tem efeito *erga omnes* e vinculante, o tempo de serviço prestado à administração pública indireta deve ser computado para todos os fins de direito, inclusive para o pagamento de anuênio e licença-prêmio por assiduidade. Precedentes do STJ e deste TRF.

2. Apelação provida, para reconhecer a possibilidade de se computar o tempo de serviço prestado pela autora junto ao BNH e ao Banespa, para os fins postulados, com o recebimento dos valores retroativos, limitados ao quinquênio anterior à propositura da ação, corrigidos pelo INPC e acrescidos de juros de mora de 6% ao ano.

(3ª Turma, AC 2007.72.00.014187-3/SC, rel. Desembargador Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENS, v.u., DE de 03/07/2008)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO À EMPRESA PÚBLICA FEDERAL E À SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA.

1. Apesar de serem pessoas jurídicas de direito privado, tanto a empresa pública quanto a sociedade de economia mista integram a Administração Pública indireta. Dessa forma, o tempo em que o servidor laborou para tais pessoas jurídicas deve ser computado para todos os efeitos legais, nos termos do art. 100 da Lei nº 8.112/90.

2. O tempo de serviço público prestado aos Estados, Municípios e Distrito Federal somente são contados para efeito de aposentadoria e disponibilidade, vedada a sua conta-

gem para fins de anuênios, conforme o disposto no art. 103, I, da Lei nº 8.112/90. Precedente do TRF da 4ª Região: AC 2006.72.00.010944-4.

(Quarta Turma, AC 200872000030710, rel. Desembargador Federal MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, v.u., DE de 12/01/2009)

DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. TEMPO DE TRABALHO PRESTADO AO BANCO DO BRASIL. PRESCRIÇÃO. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. CÔMPUTO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Segundo o disposto no Decreto nº 20.910/1932, a prescrição das ações ajuizadas contra a Fazenda Pública ocorre no prazo quinquenal. Tratando-se de prestações sucessivas, contudo, aplica-se à Súmula 85 do e. Superior Tribunal de Justiça.

2. No caso concreto dos autos, como a autora passou a exercer suas funções no Tribunal Regional Eleitoral a partir de 09 de maio de 2003 e o pedido administrativo foi indeferido em 17 de junho de 2008, não se falar em prescrição da ação, que foi ajuizada em 04 de agosto de 2008.

3. A teor da jurisprudência firmada nos Tribunais Superiores, é computável o tempo de trabalho prestado em sociedade de economia mista, por integrar a administração indireta (artigo 4º, inciso II, do Decreto-Lei nº 200/1967), na condição de efetivo tempo de serviço público para todos os efeitos legais.

4. Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, na esteira dos precedentes da 4ª Turma.

(Quarta Turma, AC 200871000190746, rel. Desembargadora Federal MARGA INGE BARTH TESSLER, v.u., DE de 180/01/2010)

Acostando-me a tais precedentes, não poderia deixar ainda de mencionar que, em sede administrativa, o Conselho da Justiça Federal, através da Resolução nº 141, de 28.02.2011, ao regulamentar a averbação de tempo de serviço dos seus servidores e dos da Justiça Federal de primeiro e segundo grau, com amparo nas atribuições legais a ele definidas, decidiu nos autos do PA 2001.16.0767, fazerem jus ao cômputo do tempo de serviço pres-

tado em sociedade de economia mista e empresa pública para fins de gratificação adicional, licença-prêmio por assiduidade e para efeito de licença para capacitação. Conferir o seu texto:

Art. 8º Na apuração do tempo de serviço, nos termos da Lei nº 8.112/1990, para fins de aposentadoria, disponibilidade, gratificação adicional, licença-prêmio por assiduidade e para efeito de licença para capacitação, nos termos do parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.527/1997, serão observadas as seguintes normas:

...

XII - será averbado para fins de aposentadoria, disponibilidade, adicional por tempo de serviço, licença-prêmio por assiduidade e licença para capacitação o **tempo de serviço prestado às empresas públicas e sociedades de economia mista federais**, observadas as seguintes condições: (grifos acrescidos)

a) o servidor só fará jus ao adicional por tempo de serviço se tiver ingressado no serviço público no regime da Lei nº 1.711/1952, ou da Lei nº 8.112/1990 até 10/12/1997, antes da publicação da Lei nº 9.527/1997, e somente será considerado o tempo implementado até essa data, observada a regra estabelecida no inciso VI;

b) o servidor só fará jus à licença-prêmio por assiduidade se tiver ingressado no serviço público no regime da Lei nº 1.711/1952, ou da Lei nº 8.112/1990 até 10/12/1997, antes da publicação da Lei nº 9.527/1997, e somente será considerado o tempo implementado até 15/10/1996, observadas as regras estabelecidas nos incisos V e VII;

XIII - o tempo de serviço prestado à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, ainda que descontínuo, pode ser computado como tempo de efetivo exercício no serviço público para fins de satisfazer o requisito de que trata o art. 40, § 1º, inciso III, da Constituição Federal, bem como, ainda, no art. 6º, inciso III, da Emenda Constitucional nº 41, de 19/12/2003, e no art. 3º, inciso II, da Emenda Constitucional nº 47, de 5/7/2005;

No caso dos autos, o autor ingressou no serviço público, em 09.01.94, regido pela Lei 8.112/90, que assegurava o direito à percepção das vantagens requeridas à inicial, fazendo este jus à averbação para fins de licença prêmio, adicional por tempo de serviço e para satisfazer os requisitos da Emenda Constitucional 41/2003, do tempo de serviço prestado ao Banco do Brasil, no período de 20.12.82 a 09.01.94.

Com essas considerações, dou provimento à apelação para assegurar ao autor o direito ao cômputo do tempo de serviço prestado ao Banco do Brasil, no interstício de 20.12.82 a 09.01.94, para fins de adicional por tempo de serviço e licença-prêmio, bem como para reconhecer tratar-se de tempo de serviço público para fins de satisfazer os requisitos da Emenda Constitucional nº 41/2003.

Os efeitos financeiros decorrentes deste *decisum* devem observar a prescrição quinquenal, bem como os termos da Lei 11.960/2009, quanto à aplicação de juros de mora e correção monetária.

Condeno a União ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, fixados nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 522.401-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: REDE PRIMAVERA ASSISTÊNCIA MÉDICA HOSPITALAR LTDA.
Apelada: UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. MARCELO AUGUSTO BARRETO DE CARVALHO E OUTRO (APTE.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA DA UNIÃO. INOCORRÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA. DIREITO À SAÚDE. ART. 196 DA CF/88. SERVIÇOS DE SAÚDE PRESTADOS POR ENTIDADES PRIVADAS. ART. 199 DA CF/88. POSSIBILIDADE DE FISCALIZAÇÃO ESTATAL NESSAS ENTIDADES. LEI Nº 8.080/90. INGERÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO HOSPITALAR.

- Não obstante a relevância do serviço – saúde, a Administração Pública, nas atribuições que lhe conferem o seu Poder de Polícia, pode e deve praticar atos de fiscalização e monitoramento nas entidades privadas que prestam o serviço de saúde. Não pode, entretanto, impor a adoção de uma estrutura rígida quanto ao modo de funcionamento, estrutura e tipos de especialidade médica, obrigando a entidade a manter atendimento pediátrico na urgência.

- Inversão do ônus da sucumbência.

- Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 13 de setembro 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 parcialmente procedente o pedido para condenar o HOSPITAL E MATERNIDADE PRIMAVERA a, como obrigação de fazer, manter os serviços de pediatria, no setor de urgência e emergência, em regime de plantão, com formação de escala de plantonistas suficientes para garantir o atendimento regular 24 (vinte e quatro) horas, dando fiel cumprimento às Portarias GM/MS nº 2.048/02 e 2.224/2002 do Ministério da Saúde e da Resolução nº 1.451/95 do Conselho Federal de Medicina, e as que as sucederem, enquanto estiver habilitado no CNES - Cadastro Nacional dos Estabelecimentos de Saúde (e funcionando) como Hospital Geral e Unidade de Urgência e Emergência; a ré foi condenada nas custas e em honorários advocatícios no importe de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), tendo em conta a grande complexidade do caso, a enorme importância econômica da causa e, por outro lado, como minorante, que houve sucumbência mínima por parte da União (pedido de indenização); a tutela antecipada foi confirmada, mantendo a determinação de cumprimento da obrigação acima descrita, bem como as seguintes: a) manter cartazes informativos, de maneira ostensiva e eficaz, nas portas da unidade hospitalar, informando adequadamente à população o restabelecimento das atividades de pediatria no pronto socorro; b) informar o andamento da execução da medida a cada 30 (trinta) dias, apresentando a escala de plantão até o primeiro dia útil de cada mês. Por fim, foi determinada a multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), sem prejuízo de outras medidas (art. 461 do CPC) como sanção pelo descumprimento.

Alega, em resumo, a demandada, ora apelante, que o juízo *a quo*, no exame final, repescou, com alterações de pouca densidade, as ponderações que já utilizara *inaudita altera pars*, pelo que

não houve detida investigação, com o devido respeito, dos argumentos lançados na contestação. Aduz que resta caracterizada a figura da litispendência, catalogada no art. 267, V, do CPC, uma vez que o Ministério Público do Estado de Sergipe aforou ações civis públicas tombadas com os números 2009.101.01244 e 2010.101.00239, ambas tendo transitado na Primeira Vara Cível da Comarca de Aracaju, e as duas com pedido absolutamente idêntico ao que se objetiva. Argumenta a ilegitimidade ativa da União. Suscita que não é lícito ao Estado-juiz alastrar-se por dentro do ofício dos hospitais, para lhes ordenar a oferta de determinado serviço à população, que à sua direção não exiba viabilidade. Afirma que sua situação não se amolda aos normativos invocados pela União, ora apelada. Sustenta que seria desvario conceber-se que qualquer ato legislativo e muito menos um simples ato normativo do Ministério da Saúde tivesse o poder de impor às entidades privadas de saúde obrigação de prestar qualquer tipo de serviço. Isso, segundo defende, seria uma grave violação ao princípio da não interferência do poder público na iniciativa privada, além de uma agressão inaceitável ao princípio da livre iniciativa, esculpido no art. 170 da constituição da República, que confere às empresas ampla liberdade de organização. Aduz, por conseguinte, que os prestadores de serviço de saúde na iniciativa privada não podem ser obrigados a integrar os Sistemas Estaduais de Urgência e Emergência. Por fim, argumenta que o valor da multa coercitiva imposta pelo juízo de primeiro grau à razão de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por dia, em caso de descumprimento da medida, aberrava da proporcionalidade e razoabilidade.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Inicialmente, analiso as preliminares suscitadas pela apelante.

No que se refere à ilegitimidade passiva da União, entendo que não merece ser acolhida tal preliminar. Com efeitos, as normas que aqui se discute são criação da União: a Lei Federal nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento

dos serviços correspondentes e dá outras providências, e as Portarias GM/MS nº 2.048/02 e 2.224/2002 do Ministério da Saúde, órgão da Administração Pública Federal. Vê-se, pois, o interesse da União em agir na presente demanda, restando caracterizada a sua legitimidade.

Quanto à preliminar de litispendência, ratifico o *decisum* do Juízo *a quo*, no sentido de não haver litispendência. Adoto seus fundamentos (fl. 561), abaixo transcrito:

O pedido pode ser o mesmo [reativação da urgência pediátrica], mas a causa de pedir e a qualidade com a qual os autores se colocam, não.

Nas ACP's *a* e *b* há substituição processual, conforme art. 5º, I e IV, primeira parte, da Lei nº 7.347/85, ou seja, o Ministério Público Estadual e a OAB/SE defendiam em nome próprio [esta última, indevidamente], direito alheio [manutenção do serviço de saúde em funcionamento] em benefício dos consumidores. Já a União em sede de legitimação ordinária, tutela direito próprio [defesa de seu poder de polícia e normativo, além da defesa da funcionalidade do SUS, do qual é principal fiadora, dentre outros argumentos].

Passo à análise do mérito.

É sabido que “A saúde é direito de todos e dever do Estado” (art. 196 da CF/88). Esta mesma Constituição declarou em seu art. 199 que “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. A questão posta em deslinde reside em analisar até que ponto o Poder Público, como verdadeiro garantidor do direito à saúde, pode interferir na administração/gerenciamento das entidades particulares que desempenham tal múnus.

No plano infralegal, a já mencionada Lei nº 8.080/90, também conhecida como “lei do SUS”, claramente dispõe que as entidades privadas submetem-se à fiscalização estatal (*v. g.*, vigilância sanitária), condicionando a prestação do serviço à adequação das disposições dos órgãos de fiscalização, típicos do Poder de Polícia incidente na espécie.

Contudo, a sujeição das entidades privadas de saúde ao poder de polícia e de regulamentação do Poder Público não servem à finalidade pretendida nesta demanda judicial, consistente na

observação, pela parte ré, ora apelante, em disponibilizar atendimento pediátrico no setor de urgência e emergência, em regime de plantão e com atendimento de 24 (vinte e quatro) horas diárias.

Ora, o *status* de relevância pública de que goza os serviços de saúde apenas confere ao Poder Público a prerrogativa de fiscalizar e estabelecer regras mínimas para sua prestação, sem, contudo, permitir qualquer tipo de interferência e muito menos agressão à autonomia e à liberdade de organização das entidades privadas.

De outra banda, verifico que o meio utilizado pela autora, ora apelada, determinando as condutas aqui discutidas, são os seguintes atos administrativos: Portarias GM/MS de nº 2.048/02 e 2.224/2002, do Ministério da Saúde; e Resolução nº 1.451/95 do Conselho Federal de Medicina.

É de se observar, pois, até que ponto o poder regulamentar tem incidência. Sobre os limites do poder regulamentar, reproduz-se, por didática e oriunda da autoridade intelectual que lhe é própria, magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] O texto constitucional brasileiro, em seu art. 5º, II, expressamente estatui que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Em estrita harmonia com tal dispositivo e travando um quadro cerrado dentro do qual se há de circunscrever a Administração, com todos os seus órgãos e auxiliares personalizados, o art. 84, IV, ao se referir à competência do chefe do Poder Executivo para expedir decretos e regulamentos, explicita que suas emissões destinam-se à “fiel execução” das leis. *Litterium*: “sancionar promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”. (Grifei)

Ambos os preceptivos respondem com precisão capilar a objetivos fundamentais do Estado de Direito e exprimem com rigor o ideário e as preocupações que nele se substanciaram. Ambos firmam o chamado princípio da legalidade da Administração, o qual, de resto, também está expressamente referido na cabeça do art. 37 da Lei Magna. Com efeito, por meio das disposições mencionadas cumpre-se o projeto de outorgar às pessoas a garantia constitucional de que suas liberdades não serão de nenhum modo coartadas (nem por proibições, nem por imposições) senão em decorrência de mandamento proveniente do corpo

legislativo.

Com isso firma-se, igualmente, o princípio da garantia da liberdade como regra, segundo a qual “o que não está proibido aos particulares está, *ipso facto*, permitido”. Ante os termos dos preceptivos constitucionais citados, entende-se: “O que não está por lei proibido, está juridicamente permitido”.

[...]

Segue-se que os regulamentos não podem aportar à ordem jurídica direito ou obrigação que já não estejam, na lei, previamente caracterizados e de modo suficiente, isto é, nela delineados, ao menos pela indicação dos critérios e balizamentos indispensáveis para o reconhecimento de suas composturas básicas.

Foi o que de outra feita averbamos, apostilando que “há inovação proibida, sempre que seja impossível afirmar-se que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição já estavam estatuídos e identificados na lei regulamentada. Ou, reversamente: há inovação proibida quando se possa afirmar que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam já estatuídos e identificados na lei regulamentada. A identificação referida não necessita ser absoluta, mas deve ser suficiente para que se reconheçam as condições básicas de sua existência em vista de seus pressupostos, estabelecidos na lei e nas finalidades que ela protege”.

[...]

(MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Perfil do Poder Regulamentar no Direito Brasileiro. *In* Grandes Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 255-259.)

Impende consignar que a pretensão autoral, de imposição estruturante quanto à forma e tipo de prestação dos serviços médicos pela parte requerida, desvela, de forma inequívoca, verdadeira intervenção administrativa geradora de obrigações, que, a partir do modelo constitucional para o tema, somente pode ser feito através de lei em sentido estrito.

Ante o exposto, dou provimento à apelação, invertendo-se o ônus da sucumbência.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 525.772-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Apelante: LARA MENTE
Apelada: UNIÃO
Recte. Ades.: CAMERON DALE CONNOR
Advs./Procs.: DRS. KEILA SOARES RODRIGUES E OUTROS (APTE.) E RICARDO ZAMARIOLA JUNIOR E OUTROS (RECTE. ADES.)

EMENTA: DIREITO INTERNACIONAL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE BUSCA, APREENSÃO E RESTITUIÇÃO DE MENORES FILHOS DE PAI AUSTRALIANO E MÃE BRASILEIRA. REPATRIAÇÃO. CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. PROMULGAÇÃO NO BRASIL. DECRETO Nº 3.413/2000. SENTENÇA ESTRANGEIRA. REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE GUARDA E VISITA. RETENÇÃO ILÍCITA DOS MENORES EM TERRITÓRIO NACIONAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REPATRIAÇÃO IMEDIATA. CABIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO ASSISTENTE LITISCONSORCIAL. NÃO CABIMENTO. APELAÇÕES IMPROVIDAS.
- Ação de busca, apreensão e restituição de menores de nacionalidade australiana, filhos da apelante, indevidamente retidos em território nacional, com pedido de repatriação amparado na Convenção de Haia Sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças.
- A Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, datada de 1980, subscrita pelo Brasil na forma do Decreto Presidencial nº 3.413/2000, foi firmada com o propósito de criar uma jurisdição internacional visando combater o sequestro de crianças, prática cada vez mais comum, inclusive por par-

te dos genitores, que deixam o país da residência habitual conduzindo os menores e permanecendo de forma irregular no país de destino.

- Ao ratificar a Convenção de Haia, o Brasil firmou o compromisso internacional de cumprir as disposições convencionais como regra, o que inclui adotar as medidas necessárias visando promover o célere e efetivo cumprimento das decisões envolvendo direitos de guarda e de visita de crianças, quando regulamentados em outros países que seguem a mencionada Convenção.

- Os menores em questão viveram a maior parte do tempo na Austrália, tendo começado a se aculturar naquele País, onde permaneceram até o momento em que vieram visitar sua genitora no Brasil e aqui foram retidos. Sendo assim, há de ser considerado aquele País como o lugar de residência habitual dos menores.

- Hipótese em que a Justiça Australiana regulamentou o direito de guarda e visita dos menores, estabelecendo a guarda compartilhada entre os genitores. Estabeleceu ainda que, no caso da genitora retornar ao Brasil, os menores deveriam permanecer residindo no País de origem, sob a guarda do pai, sem prejuízo do direito de visita da mãe na forma definida na sentença.

- A permanência dos menores em território nacional caracteriza a retenção ilícita das crianças por parte de sua genitora, afrontando o disposto no artigo 3º da Convenção de Haia, segundo o qual “A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando “esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido”.

- Nos termos do artigo 16 da Convenção de Haia, em caso de discussão envolvendo eventual direito de guarda de criança estrangeira indevida-

mente retida fora do seu lugar de residência habitual, é vedado às autoridades judiciárias no país de destino apreciar o mérito da guarda da criança, devendo ater-se à análise da regularidade da sua saída do país de residência habitual, a ocorrência de violação de direito de guarda definido no Estado de origem, bem como se há comprovação de alguma das hipóteses em que a Convenção de Haia excepciona a obrigatoriedade de restituição da criança ao Estado estrangeiro. Precedentes do STJ e desta Corte.

- A análise dos autos evidencia a não caracterização de qualquer das situações tipificadas no artigo 13 da Convenção da Haia para obstar o retorno imediato dos infantes ao seu local de residência habitual. Assim, não se concebe que a apelante possa se eximir de restituir de imediato os menores ao seu país de origem, de onde foram subtraídos sem justificativa, uma vez que a sua conduta afronta o ordenamento jurídico supranacional.

- O retorno imediato das crianças à residência habitual em país signatário da Convenção de Haia, nas hipóteses em que se reclama esse direito, como no caso presente, é medida que se impõe.

- Não há que se falar em cerceamento de defesa ou afronta a qualquer outro princípio constitucional em face do indeferimento das provas pericial e testemunhal, pois estas não teriam o condão de modificar os contornos do direito ora discutido. Por tais razões, não se justifica a necessidade da dilação probatória pretendida, uma vez que tal medida, além de se mostrar inócua no caso em apreço, somente contribuiria para manter ilícitamente os menores fora do seu local de residência habitual por tempo indefinido, o que seria mais prejudicial num futuro retorno dos menores.

- A concessão de tutela antecipada na sentença é cabível no caso presente, que possui natureza cautelar, tendo em vista que a permanência dos menores no Brasil, além de ilegal, configura uma situação danosa aos seus interesses, pois a demora no seu retorno à Austrália somente contribuirá para criar uma situação cada vez mais desfavorável para a sua readaptação naquele País.
- Não é devida a fixação da verba honorária em favor do assistente litisconsorcial, pai dos menores, tendo em vista que a parte ora recorrente já prestou caução idônea perante a Justiça Australiana, para ser utilizada no custeio de despesas que se façam necessárias para promover o retorno das crianças ao seu país de origem.
- Apelações improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 11 de outubro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS -
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de apelações cíveis interpostas por LARA MENTE e por CAMERON DALE CONNOR contra sentença proferida pela MM. Juíza Federal Substituta da 21ª Vara Federal de Pernambuco, Dra. Poliana Falcão Brito, nos autos da Ação Ordinária de Busca, Apreensão e Restituição de Menores, que julgou procedente o pedido inicial para determinar o retorno imediato de duas crianças estrangeiras à Austrália.

A União Federal requereu a busca, apreensão e restituição dos menores à Austrália, País de origem das crianças, afirmando que estas foram retidas ilicitamente em território nacional. Afirmou que a guarda e visita dos menores já havia sido definida pela Justiça Australiana e, por ocasião de visita à mãe no Brasil, os menores foram indevidamente retidos, em flagrante desrespeito à Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças.

A Magistrada de primeiro grau entendeu que não cabe discutir no processo com quem deve ficar a guarda das crianças, muito menos disciplinar a forma de exercício desse direito, que já havia sido definido pela Justiça Australiana, ao estabelecer a guarda compartilhada entre o pai e a mãe, salvo no caso da mãe decidir viver permanentemente no Brasil, hipótese em que as crianças deveriam permanecer morando com o pai na Austrália. Ressaltou que ficou “suficientemente demonstrada a situação de ilicitude quanto à retenção dos menores realizada pela mãe mediante a recusa de reembarcá-los à Austrália ao final do período de visita”, aplicando-se ao caso concreto a Convenção de Haia, para reconhecer a residência habitual dos menores no Estado estrangeiro, o que impõe a imediata restituição requerida pela União.

O pedido inicial foi acolhido pelo Juízo, que determinou o retorno dos menores à Austrália e deferiu na sentença a antecipação dos efeitos da tutela judicial. Justificou a presença dos requisitos legais que autorizam essa medida, por estar caracterizada a permanência ilegal dos menores no Brasil, bem como pelo fato da demora no retorno das crianças ao país de origem acarretar maiores prejuízos à readaptação. Em consequência, recebeu o apelo apenas em seu efeito devolutivo, nos termos do artigo 520, VII, do Código de Processo Civil.

Em suas razões a apelante ratifica o agravo retido interposto em audiência, no qual atacou a decisão que indeferiu a produção de prova pericial e testemunhal para aferir os prejuízos advindos do retorno das crianças à Austrália.

No mérito, requer a reforma da sentença, alegando, em síntese:

(a) a necessidade de recebimento do apelo em seu duplo efeito, tendo em vista que a manutenção da decisão *a quo* acarretará a imediata saída dos menores do Brasil com seu genitor, gerando prejuízos incalculáveis, pois “acaso seja constatado posteriormente que os melhores interesses dos menores era o convívio com a sua mãe, os danos irreparáveis ou de difícil reparação já terão sido consumados”.

(b) a ausência dos requisitos legais para a concessão da tutela antecipada no caso dos autos, em virtude da ausência de requerimento da União nesse sentido, além do que o retorno dos menores poderá frustrar a própria atividade jurisdicional, face a ausência de garantia de devolução das crianças ao Brasil, caso venham a ser constatados eventuais danos de ordem física ou psíquica às crianças;

(c) a apelante foi casada com Cameron Dale Connor, cidadão australiano, com quem teve os filhos Deppy David Blake Connor-Mente e Dior Madison Connor-Mente, que são objeto da busca e apreensão ora discutida;

(d) o relacionamento teve início em 2003 e após um breve namoro, a apelante passou a conviver com o genitor das crianças no Brasil. Porém, em dezembro de 2003 passou a viver com o pai das crianças nos Estados Unidos da América, onde foi oficializada a união;

(e) após o matrimônio o casal retornou ao Brasil com o propósito de aqui fixar residência, porém em maio de 2004 o seu então esposo retornou à Austrália, “afirmando haver se arrependido do casamento, tendo a apelante ido se encontrar com ele na tentativa de retomar o casamento”;

(f) os menores que são objeto do litígio nasceram durante essa estadia do casal no referido país estrangeiro, onde permaneceram residindo na companhia dos pais durante certo período;

(g) em virtude de ser servidora pública federal concursada da INFRAERO, a apelante não pode se ausentar indefinidamente do Brasil, sob pena de perder o referido cargo público. Por tal razão, retornou ao Brasil em maio de 2006, após expirado o prazo de sua licença do serviço público;

(h) em maio de 2007 o pai dos menores retornou novamente à Austrália para trabalhar e, em razão de não poder se ausentar do Brasil, a apelante ficou aqui residindo com o seu filho menor, enquanto o primogênito acompanhou o pai. Porém, a experiência do filho mais velho morar afastado de sua mãe acarretou-lhe danos psicológicos;

(i) o seu relacionamento conjugal terminou em março de 2009 e a partir de então a apelante passou a litigar com o genitor dos menores em ação de guarda ajuizada perante a Justiça Australiana. Durante esse processo o casal permaneceu residindo na casa dos avós paternos das crianças, o que acarretou constantes desavenças entre a apelante e o seu ex-cônjuge;

(j) não obstante a sentença judicial australiana haver determinado a permanência dos menores naquele País, ficou reconhecida a necessidade e a importância da convivência dos menores com a sua genitora, tendo sido estabelecida a guarda compartilhada para manutenção do vínculo das crianças com os pais;

(k) a inexistência de integração familiar dos menores com a família paterna, uma vez que esta reside em Melbourne – Austrália, que fica relativamente distante de Brisbane, Cidade onde a apelante residia com seus filhos quando vivia na Austrália;

(l) em face da distância dos familiares paternos e maternos, e ainda em virtude da ocupação do pai, os menores “passavam todo o tempo com a mãe, que cuidava deles durante todo o dia, ou seja, era através dela que as relações sócio-afetivas eram desenvolvidas”;

(m) os documentos escolares acostados aos autos atestam a inexistência de vínculo do filho mais novo da apelante com a Austrália, pois sequer fala o idioma nativo daquele País;

(n) a apelante não dispõe de meios de se ausentar definitivamente do Brasil, em virtude da impossibilidade de abandonar o serviço público, pois depende do seu emprego para garantir a sua sobrevivência. Por outro lado, o genitor dos menores não possui emprego fixo e se mantém por meio de empregos temporários e serviços na área de informática;

(o) em nenhum momento a apelante teve o propósito de afastar os referidos menores do seu genitor, tendo proposto, inclusive, que as crianças permanecessem morando com ela no Brasil e fossem visitados pelo pai duas vezes por ano, além de assegurar a comunicação constante entre o pai e as crianças, por meio dos vários recursos audiovisuais de comunicação existentes atualmente pela internet;

(p) a permanência dos menores na companhia exclusiva do pai na Austrália não representa a melhor alternativa para atender aos interesses das crianças, em face do genitor não dispor de condições financeiras para manter condignamente os seus filhos no País de origem, e que a pretensão de manter a guarda unilateral representa mais um capricho do que uma opção pelo melhor interesse dos filhos;

(q) o genitor dos menores trabalha o dia inteiro, com horário incerto, o que o obrigará a deixar seus filhos em período integral na escola, sem que possa participar da rotina diária destes, sem contar que os outros membros da família paterna vivem a centenas de quilômetros do local onde reside o genitor dos menores;

(r) os documentos acostados aos autos comprovam que a separação da apelante dos seus filhos implicaria em graves prejuízos emocionais para os menores, especialmente para o mais velho, que “apresentou sintomas de depressão infantil”, conforme atesta o laudo acostado aos autos;

(s) a apelante reside em Recife, vizinha a seus pais, que são aposentados e dispõem de tempo integral para também se dedicarem a cuidar dos netos, o que demonstra que a permanência das crianças no Brasil assegurará uma maior assistência familiar do que na Austrália;

(t) durante o período em que viveram afastados o filho mais velho da recorrente, nos contatos feitos pela internet, suplicou por diversas vezes para que a mãe fosse buscá-lo, o que comprova a impossibilidade dos seus filhos viverem longe da figura materna;

(u) a Convenção de Haia não pode ser interpretada como norma estática, devendo ser analisada de acordo com o caso concreto, tanto que estatui, em seu artigo 13, a impossibilidade de

retorno das crianças ao país de origem, quando há risco de grave abalo emocional e psíquico à criança;

(v) o caso em apreço exige uma avaliação técnica por meio de prova pericial realizada por especialista para aferir o estado sócio-psicológico dos menores, o que foi indevidamente indeferido pelo Juízo *a quo*, caracterizando cerceamento de defesa e violando o devido processo legal, conforme fartamente reconhecido pela jurisprudência pátria;

(x) a única forma de provar que o caso se subsume à exceção contida no artigo 13 da Convenção de Haia é por meio de perícia técnica, o que não foi oportunizado à apelante;

(z) a existência de erro material na sentença proferida pela Justiça Australiana, a qual “foi fundamentada, em todos os momentos, na quase certeza de que a ora recorrente teria êxito na busca pela licença e voltaria à Austrália”, ou seja, o Magistrado estrangeiro considerou indevidamente que a apelante pleiteava a guarda unilateral apenas pelo período de 03 (três) meses, enquanto viria ao Brasil para renovar sua licença junto ao seu empregador.

Com estes argumentos, a apelante requer, inicialmente, o acolhimento do seu agravo retido nos autos, para que seja determinada a produção de prova pericial e testemunhal indeferida pelo Juiz de piso, anulando-se todos os atos posteriores à audiência. Successivamente, pugna pela reforma da sentença para reconhecer a necessidade de permanência dos menores em território nacional.

Após a interposição do apelo, o genitor das crianças peticionou nos autos (fls. 998/999) noticiando que, após resistir inicialmente, a parte ora recorrente cumpriu a tutela antecipada deferida na sentença e devolveu as crianças no dia 25.04.2011, as quais seguiram com o pai rumo à Austrália no dia seguinte.

O genitor das crianças, na condição de assistente litisconsorcial, recorreu adesivamente, pugnando pela fixação da verba honorária em seu favor, uma vez que a sentença recorrida arbitrou a verba sucumbencial apenas em favor da União. Justificou que “o fato da recorrida ter adiantado caução junto ao Poder Judiciário da

Austrália não possui qualquer vínculo com os honorários sucumbências devidos ao assistente litisconsorcial da União na presente demanda”. Amparou sua pretensão no princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as custas processuais e honorários advocatícios a serem fixados em favor da parte adversa.

A União apresentou suas contrarrazões ao recurso (fls. 1.036/1.061), aduzindo, em síntese, que a competência para discutir as questões atinentes ao direito de guarda dos menores é da Justiça Australiana, o que, de fato, já se consolidou com a sentença judicial exarada na Austrália. Destacou ainda a natureza supralegal da Convenção de Haia e que a apelante não logrou provar nenhum dos fatos alegados ao longo do processo para justificar a incidência da exceção prevista na citada Convenção para obstar o retorno dos menores ao local de sua residência habitual.

Em suas contrarrazões (fls. 1.071/1.095) o assistente litisconsorcial defende que a Convenção de Haia estabelece um limite intransponível à cognição do julgador, impossibilitando que as autoridades do Estado requerido (no caso, o Brasil) possam investigar o fundo de direito de guarda da criança. Aduz ainda que a jurisprudência pátria já se posicionou no sentido de que o Estado brasileiro “não tem competência para julgar o mérito da guarda”, nos termos do compromisso internacional assumido em face da indigitada Convenção. Por tais razões, afirma que é descabida a alegação de cerceamento de defesa pela não realização de perícia, assim como deve ser reconhecida a existência dos requisitos legais para o deferimento da antecipação de tutela deferida na sentença.

O Ministério Público Federal apresentou o Parecer nº 2663/2011 (fls. 1.115/1.134) opinando pela manutenção da sentença, na parte que determinou o retorno imediato dos menores ao seu País de residência habitual, devendo o *decisum* recorrido ser reformado apenas para condenar o litigante vencido a pagar honorários advocatícios em favor do assistente da União.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Trata-se de apelações cíveis interpostas por LARA MENTE e por CAMERON DALE CONNOR contra sentença proferida pela MM. Juíza Federal Substituta da 21ª Vara Federal de Pernambuco, nos autos da Ação Ordinária de Busca, Apreensão e Restituição de Menores, que julgou procedente o pedido inicial para determinar a restituição de crianças indevidamente retidas no Brasil ao seu País de residência habitual.

A parte ora apelante requer preliminarmente a apreciação de agravo retido interposto em audiência contra a decisão que indeferiu a realização de prova pericial e testemunhal, por meio das quais pretendia analisar as condições dos menores e os reflexos da recondução destes para o seu País de residência habitual.

Observa-se que o pleito contido no referido agravo se confunde com o próprio mérito da demanda, razão por que deverá ser apreciado conjuntamente com o presente recurso.

O objeto aqui tratado refere-se à controvérsia acerca da retenção, em território brasileiro, dos dois menores de nacionalidade australiana, filhos da apelante, à luz das disposições da Convenção de Haia sobre Sequestro Internacional de Crianças. A análise desse aspecto deve relevar o que já foi decidido de forma definitiva pela Justiça Australiana no tocante à guarda dos menores.

O deslinde da causa passa pela análise da situação da aventada ilegalidade de permanência dos menores em território nacional, bem como se existem razões para obstar a restituição imediata das crianças ao Estado estrangeiro.

DO LUGAR A SER CONSIDERADO COMO RESIDÊNCIAL HABITUAL DOS MENORES

A princípio, deve ser ressaltada a existência de uma decisão da Justiça Australiana, proferida em ação onde a parte ora recorrente litigou com seu ex-cônjuge pela guarda dos menores que são objeto da presente lide. O *decisum* proferido na Austrália reconheceu que a melhor solução para atender aos interesses dos

menores seria a guarda destes de forma compartilhada entre os genitores, residindo naquele País.

De acordo com a sentença proferida na referida ação de guarda, os menores em questão deveriam permanecer três dias alternadamente na companhia de cada um dos seus genitores, inclusive nos períodos de feriados e férias escolares. Ficou assentado ainda que, no caso da genitora das crianças decidir retornar ao Brasil, os menores deveriam permanecer morando na Austrália, sob a guarda do pai, sem prejuízo do direito da visita da mãe na forma definida na sentença.

A análise dos autos demonstra que mesmo após a separação dos pais, os menores em questão permaneceram residindo na Austrália, na companhia compartilhada dos seus genitores, conforme definido na ação de guarda pela Justiça daquele País.

Entretanto, em junho de 2010 a parte ora apelante decidiu retornar ao Brasil definitivamente, face a necessidade de retomar o exercício de cargo público federal. Pouco depois, por ocasião de uma das visitas dos menores à sua genitora, na forma regulada pela decisão judicial australiana, as crianças ficaram retidas aqui em território nacional na companhia da mãe, situação que se verificou em setembro de 2010 e perdurou até abril de 2011, quando os menores retornaram ao seu País de residência habitual, em cumprimento da tutela antecipada concedida na sentença ora combatida.

Os fatos acima narrados demonstram ser indubitável que nos primeiros anos de vida os menores em questão viviam na Austrália, tendo começado a se aculturar naquele País, onde permaneceram até o momento em que vieram visitar sua genitora no Brasil e aqui foram retidos. Sendo assim, há de ser considerado que o lugar de residência habitual dos menores australianos era, de fato, o seu País de origem.

DA CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

A União Federal requereu judicialmente a busca e apreensão dos filhos menores da parte ora apelante, alegando a indevida retenção destes em território nacional, amparando sua pretensão na

Convenção de Haia Sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 3.413, de 14.04.2000.

Assim, a ação que deu ensejo à busca e apreensão de menores requerida pela União está fundamentada na Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, datada de 1980, a qual foi subscrita pela República Federativa do Brasil na forma do Decreto Presidencial nº 3.413/2000, e cuja incidência no âmbito dos países signatários independe de decisão judicial prévia quanto à guarda de menores.

No caso de discussão envolvendo eventual direito de guarda de criança estrangeira indevidamente retida em território nacional, as autoridades judiciárias no Brasil não podem se debruçar sobre o mérito da guarda da criança, devendo ater-se à análise da regularidade da saída da criança do seu País de residência habitual, a ocorrência de violação de direito de guarda definido no Estado de origem, bem como se há comprovação de alguma das hipóteses em que a Convenção de Haia excepciona a obrigatoriedade de restituição da criança ao Estado estrangeiro.

A Convenção de Haia invocada pela União foi firmada com o propósito de criar uma jurisdição internacional visando combater o sequestro de crianças, prática cada vez mais comum, inclusive por parte dos genitores, que deixam o país da residência habitual conduzindo os menores e permanecendo de forma irregular no país de destino. É exatamente para coibir tais ações que o Direito Internacional estabeleceu normas de abrangência supranacional para serem acatadas pelos respectivos Estados signatários.

Eis o que dispõe o artigo 1º da Convenção de Haia, *verbis*:

Artigo 1º A presente Convenção tem por objetivo:

- a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente;
- b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante.

A citada Convenção faz referência ao sequestro de crianças (o termo *abduction*, do título em inglês), prática essa que deve ser

interpretada como sendo o deslocamento ilegal da criança de seu país de origem ou, ainda, a sua indevida retenção em outro local que não o da sua residência habitual.

Em seu artigo 3º, a Convenção de Haia se encarrega da tipificação do que vem a ser a transferência ou retenção ilícita de uma criança, nos seguintes termos:

Art. 3º A transferência ou a retenção de uma criança é **considerada ilícita quando:**

a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e

b) esse direito **estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.**

(Grifei)

No caso concreto, a Justiça Australiana já havia definido que a guarda das crianças seria exercida de forma compartilhada entre os genitores, devendo as crianças residirem naquele País.

À luz do normativo internacional acima referenciado, tenho que a permanência dos filhos da apelante no Brasil caracteriza, sem dúvida, a retenção indevida dos menores, cuja residência habitual é mesmo o País de sua nacionalidade.

Ressalte-se que, ao ratificar a Convenção de Haia, o Brasil firmou o compromisso internacional de cumprir as disposições convencionais como regra, o que inclui adotar as medidas necessárias visando promover o célere e efetivo cumprimento das decisões envolvendo direitos de guarda e de visita de crianças, quando regulamentados em outros países que seguem a mencionada Convenção.

Esta é a razão que move as autoridades brasileiras a se mobilizar no caso em tela para dar cumprimento à decisão judicial estrangeira e buscar restituir de imediato os menores ao seu País de residência habitual.

Para tentar desconstituir a regra basilar da Convenção de Haia e justificar a permanência das crianças no Brasil, a apelante arvorou-se no disposto no artigo 13 daquele normativo, afirmando que inexistia integração familiar dos menores com a família paterna, ou mesmo que o seu distanciamento poderá acarretar danos físicos e psicológicos aos menores.

É oportuno transcrever o dispositivo legal invocado:

Artigo 13. Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar:

a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou

b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

Entretanto, o que sobressai do conjunto das evidências apuradas nos autos é a não caracterização de qualquer das situações tipificadas no artigo 13 da Convenção da Haia. Isto porque a norma convencional de Haia confere uma faculdade e não uma postura vinculante a ser adotada pelas autoridades do Estado requisitado, no caso, o Brasil.

Como já afirmado, os menores em questão viviam na Austrália, onde já tinha sido estabelecida a sua guarda compartilhada e, posteriormente, foram indevidamente retidos no Brasil, por ocasião de sua vinda para uma breve permanência na companhia da mãe, por força do direito de visita também definido na Justiça Australiana.

A rigor, não se vislumbram razões bastantes para a apelante se eximir de fazer retornar os menores em questão ao seu país de origem, em que têm residência habitual e de onde foram subtraídos sem justificativa, mediante retenção local por iniciativa de sua própria genitora, ora recorrente, adotando uma conduta capaz de afrontar todo o ordenamento jurídico supranacional.

Além do mais, a própria Convenção estabelece textualmente que não cabe ao Estado para onde a criança foi levada, ou onde tiver sido retida ilicitamente, decidir o mérito do direito de guarda, salvo em hipóteses em que suas autoridades já tenham deliberado por não devolver a criança ao país de sua residência habitual, ou se não tiver sido apresentado, em tempo hábil, por qualquer interessado, um pedido de devolução. Tais assertivas não se aplicam ao caso dos autos.

É o que se depreende do artigo 16 da Convenção em exame, *verbis*:

Art. 16. Depois de terem sido informadas da transferência ou retenção ilícitas de uma criança nos termos do artigo 3º, **as autoridades judiciais ou administrativas do Estado Contratante para onde a criança tenha sido levada ou onde esteja retida não poderão tomar decisões sobre o fundo do direito de guarda sem que fique determinado não estarem reunidas as condições previstas na presente Convenção para o retorno da criança** ou sem que haja transcorrido um período razoável de tempo sem que seja apresentado pedido de aplicação da presente Convenção. (Grifei)

Assim, ficando caracterizada a transferência irregular das crianças, não é cabível discutir a questão da guarda da criança no Judiciário do Estado de destino dos menores. “A atitude de tentar sempre manter a criança em nossa jurisdição, como se fosse invariavelmente o melhor para a sua educação, principalmente quando tem nossa nacionalidade, tem sido cognominada de ‘chauvinismo nacionalista’ ou até de ‘narcisismo nacionalista’”. (Dolinger, Jacob. *In Direito internacional privado – a criança no direito internacional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003. p. 255, Nota 54)

Nessa senda, independentemente da nacionalidade das pessoas envolvidas, o elemento que se deve ter em mente para definir o foro competente para julgamento de questões relacionadas à guarda é o local da residência habitual dos menores, e não o país onde as crianças estão irregularmente retidas.

É certo que, ao excepcionar hipóteses em que as autoridades judiciais ou administrativas do Estado de destino podem deixar de determinar o retorno da criança, a Convenção de Haia preocupou-

se em assegurar a implementação de medidas que melhor atendessem aos interesses das crianças.

Contudo, a presente ação é de busca, apreensão e restituição de menores, estando evidente que o Judiciário no Brasil não pode intervir no mérito quanto à guarda dos infantes, uma vez que essa discussão já foi devidamente travada na Justiça do Estado de origem das crianças, cabendo ao Estado brasileiro apenas fazer cumprir o que já ficou definido sobre o direito de guarda e visita.

Apenas a título de registro, o caso presente se assemelha ao notório caso de ação de busca, apreensão e restituição de menor de nacionalidade norte-americana (“Caso Sean Goldman”), de repercussão internacional, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo cumprimento da Convenção de Haia, determinando que a criança, então com 09 (nove) anos de idade, fosse devolvida ao pai biológico, que vive nos Estados Unidos (MS nº 28.524/RJ).

Sobre a matéria, é oportuno transcrever os seguintes precedentes:

Direito processual civil. Busca e apreensão de menor. Pai americano. Mãe brasileira. Criança na companhia da mãe, no Brasil. Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Embargos de declaração no recurso especial. Ausência de omissões. Prestação jurisdicional encerrada. Prequestionamento de dispositivos constitucionais. Vedação.

- As questões suscitadas pelo embargante não constituem pontos omissos do julgado, mas mero inconformismo com os fundamentos adotados pelo acórdão recorrido, sedimentados em firme ponderação e conseqüente escorreita aplicação dos dispositivos da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, nada havendo para reformar ou esclarecer no julgado.

- O que se percebe, é que busca o embargante, por meio de uma tese transversa, modificar o julgado, fugindo aos parâmetros estabelecidos pelo aludido tratado internacional, que busca, primordialmente, defender os interesses e direitos da criança, e não, como quer fazer prevalecer o embargante, os interesses dos genitores, quer seja o pai, quer seja a mãe do menor.

- A tal respeito, consigne-se que cabe aos pais uma postu-

ra que minimize o sofrimento da criança, de forma que possa usufruir da presença de ambos, da melhor forma possível, sem que se sinta compelida a adotar os nem sempre muito racionais – porquanto em aberto litígio –, posicionamentos de um ou de outro genitor.

- As questões trazidas a debate pelas partes não demarcam a fundamentação a ser adotada pelo julgador, que pode valer-se dos temas jurídicos que entender de direito para alcançar o deslinde da controvérsia.

- Ao STJ não é dado imiscuir-se na competência do STF, sequer para prequestionar questão constitucional suscitada em sede de embargos de declaração, sob pena de violar a rígida distribuição de competência recursal disposta na Constituição Federal. Embargos de declaração rejeitados.

(STJ. EDRESP 200602212923, NANCY ANDRIGHI, STJ - TERCEIRA TURMA, 08/02/2008).

DIREITO INTERNACIONAL. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE BUSCA, APREENSÃO E REPATRIAÇÃO DE MENOR. EXISTÊNCIA DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. ENFRENTAMENTO DO MÉRITO. TRANSFERÊNCIA ILÍCITA PARA O TERRITÓRIO NACIONAL NÃO-CONFIGURADA. REPATRIAÇÃO INDEFERIDA.

- **Uma vez submetido ao crivo do Judiciário estrangeiro o conflito de interesse entre as partes – consistente no direito de guarda de menor –, descabe atribuir-se à sentença estrangeira o *status* de mera prova na ação de busca, apreensão e repatriação de menor argentina trazida para o Brasil pela mãe sem a anuência do pai, sob o pretexto de que a materialização das atividades de cooperação internacional previstas em convenção ou tratado prescindem de sentença judicial e, em decorrência, do procedimento de homologação.**

- **A admissão de tal hipótese afrontaria a soberania do Estado estrangeiro, na medida em que a transfiguração do provimento jurisdicional importaria na própria negativa de cooperação e na possibilidade de a justiça brasileira vir a rejulgar causa já decidida em outro país, o que não se coaduna com os preceitos de direito internacional, pois na recepção de ato**

estrangeiro descabe sua reapreciação pela Justiça nacional, limitada que está a verificar a existência dos requisitos que justificam a necessidade de colaboração internacional.

- Sendo a pretensão da autora dar efetividade à decisão argentina que acertou a relação jurídica de direito de família, declarando ilegal a retenção da menor pela mãe e transferindo a guarda daquela ao pai, a via adequada para a veiculação do pedido é a da carta rogatória.

- Mesmo admitida a tese invocada na inicial de que se trata de hipótese de cumprimento de convenção internacional, o meio previsto na Constituição é o da carta rogatória, cuja competência, à época da propositura da ação, era do Supremo Tribunal Federal, devendo-se observar o procedimento previsto no Regimento Interno daquela Corte, segundo o qual, somente após a concessão do *exequatur*, a rogatória é encaminhada ao juiz federal para cumprimento.

- É defeso subverter-se tal procedimento, eliminando-se a carta rogatória e ajuizando-se ação de busca e apreensão diretamente na Justiça Federal de 1ª Instância, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

- Entendimento doutrinário e jurisprudencial, amparado no princípio da delibação adotado pela ordem jurídica nacional e insculpido no art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, considera inadmissível a efetivação de medidas de natureza executória sem que para tanto tenha sido homologada a decisão estrangeira.

- Não é permitido o cumprimento no território nacional de medidas requeridas por autoridades administrativas a propósito de matérias que dependam de pronunciamento judicial.

- Em que pese o notório esforço empreendido para a adoção de instrumentos mais eficazes de implementação de pedidos de autoridades estrangeiras, haja vista a Comissão instituída pelo Ministério da Justiça para elaboração de Anteprojeto de Lei de Cooperação Jurídica Internacional, sob a presidência da Secretária Nacional de Justiça, a cooperação direta entre as autoridades administrativas é meio aceito, por ora, apenas de *lege ferenda*.

- Ilegitimidade da União para postular busca e apreensão de menor com base no art. 21, inciso I, da Constituição.

Tratando-se de questão vinculada ao direito de família e que foi apreciada pela Justiça Argentina, cabe ao pai interessado adotar as providências necessárias para a restituição da menor.

- Processo extinto sem julgamento de mérito, com base no art. 267, IV, VI, c/c art. 295, III, do CPC. Prejudicadas as apelações da União, do assistente litisconsorcial e a remessa oficial, considerada interposta.

- Honorários advocatícios devidos ao defensor público.

- Prequestionamento quanto à legislação invocada estebelecido pelas razões de decidir.

(TF5. AC 200370000359078, SILVIA MARIA GONÇALVES GORAIEB, TRF4 - TERCEIRA TURMA, 07/11/2005). (Grifei)

DIREITO INTERNACIONAL E PROCESSUAL CIVIL. BUSCA E APREENSÃO DE MENORES. PAI ITALIANO E MÃE BRASILEIRA. CRIANÇAS RETIDAS PELA MÃE, NO BRASIL. REPATRIAÇÃO. PROCESSO EXTINTO, SEM EXAME DO MÉRITO. CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. DECRETO 3.413/2000. LEGITIMIDADE ATIVA DO GENITOR. SENTENÇA ANULADA.

1. A Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, promulgada, no Brasil, pelo Decreto 3.413/2000, dispõe que “cada Estado Contratante designará uma Autoridade Central encarregada de dar cumprimento às obrigações impostas pela presente Convenção”, a qual deverá “dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retorno da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita” (artigos 6, *caput* e 7, letra “f”).

2. De acordo com o Decreto 3.951/2001, a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça foi designada como Autoridade Central no Brasil, a quem compete “representar o interesse do Estado brasileiro na proteção das crianças e dos adolescentes dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícita” (artigos 1º e 2º, inciso I).

3. Dispõe o Decreto 3.413/2000, também, que a Convenção não impedirá qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue ter havido violação do direito de guarda ou

de visita, de dirigir-se diretamente às autoridades judiciais ou administrativas de qualquer dos Estados Contratantes (artigo 29).

4. Conclui-se, portanto, que há colegitimidade entre a Autoridade Central brasileira, que compõe a estrutura da União, e, no caso, o pai dos menores, para dar início ao processo judicial ou administrativo que tenha por escopo o retorno de criança retida no país por violação do direito de guarda.

5. Nessa perspectiva, deveria o juiz de 1º grau, ao invés de extinguir o processo, sem exame do mérito, ter determinado o chamamento da União para integrar a lide, de acordo com a legislação supra citada.

6. Apelação do requerente a que se dá provimento, para anular a sentença e determinar a devolução dos autos ao Juízo de 1º grau, a fim de que dê prosseguimento ao feito, determinando o chamamento da União ao processo e a citação da requerida.

(TRF5. AC 200938130070950, JUIZ FEDERAL RENATO MARTINS PRATES (CONV.), TRF1 - QUINTA TURMA, 09/07/2010).

Desta feita, não cabe ao Judiciário brasileiro atuar no caso de modo a regular matéria sujeita, exclusivamente, à Jurisdição estrangeira, salvo para fazer valer a pretensão da União Federal na presente demanda, cujo escopo é dar efetividade à mencionada norma convencional, garantindo assim a supremacia do Princípio da Cooperação Internacional que deve ter prevalência em tais casos.

Em consequência, fica patente a inaplicação, para efeito de tratamento da matéria de fundo (guarda de menores), da regra contida no artigo 88, inciso I, do CPC ao caso vertente, justamente em face do conteúdo convencional que o excepciona, conforme já delineado supra.

Nesse contexto, verificada a existência de uma transferência irregular de crianças, a sua recondução ao país de origem é medida que se impõe, não se podendo invocar as hipóteses previstas no artigo 13 da Convenção de Haia no caso presente.

Logo, é indubitável que o atendimento da pretensão da apelante implica em graves violações à ordem legal estabelecida, e em tais condições o retorno das crianças à residência habitual em

País signatário da Convenção de Haia, nas hipóteses em que se reclama esse direito, como no caso presente, é a principal providência a ser considerada pelo Poder Judiciário Federal brasileiro, a teor do comando do artigo 109, inciso III, da Constituição Federal.

Os demais questionamentos suscitados pela apelante guardam relação direta com o fundo do direito, que no caso em tela é a guarda dos menores, sendo incabível, pelas razões já expostas, a sua discussão nos autos da presente ação.

DA DESNECESSIDADE DA DILAÇÃO PROBATÓRIA PRETENDIDA PELA RECORRENTE

A apelante defende a necessidade de produção de provas periciais e testemunhais para comprovar o risco de danos psíquicos e emocionais se houver retorno das crianças ao seu país de origem.

A Convenção em debate, como explicitado alhures, foi concebida para proteger as crianças de condutas ilícitas. Em ações de busca e apreensão de menores, como é o caso presente, a condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, sob os contornos constitucionais, deve ser levada em consideração, para que os interesses e direitos dos menores se sobreponham a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

A questão da produção de prova pericial pretendida pela recorrente haveria de ser debatida na ação própria, devendo a genitora dos menores haver prosseguido no embate judicial fazendo a sua defesa no processo original onde se discutiu a guarda das crianças, com o fito de tentar ficar com a guarda exclusiva das crianças no Brasil. Não foi o que ocorreu.

Da mesma forma, a alegação de suposto cerceamento de defesa, descrédito no Poder Judiciário da Austrália ou de patrocínio deficiente do causídico na ação de guarda também não têm lugar na presente demanda, face a impossibilidade desse debate perante o Judiciário no Brasil, pelas razões já explanadas.

No caso concreto se pode deduzir que o alegado problema dos graves riscos ou prejuízos para os menores, devido ao cumprimento de uma requisitada repatriação, por haver sido subtraí-

dos de seu local de residência habitual ou dele mantidos afastados de forma ilegal, tem caráter meramente subjetivo e não pode servir para embasar a pretensão de agredir o ordenamento jurídico internacional.

Entendo que, no que pertine à pretensão de produção de provas para aferir a situação dos menores e os reflexos de adaptação no País estrangeiro, o Juízo *a quo* apenas cumpriu o que estatui o artigo 12 da Convenção de Haia, segundo o qual “*Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3º e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança*”.

Como bem ressaltou a Magistrada *a quo*, numa ação de guarda “a cognição judicial a respeito dessas questões é amplíssima, cabendo às partes produzir todo e qualquer tipo de prova tendente a demonstrar qual dos postulantes tem melhores condições de exercer a guarda de seus filhos”. Todavia, no caso presente não se busca definir a guarda dos menores, mas apenas decidir sobre a viabilidade do seu retorno para a residência de onde foram irregularmente removidas.

Na análise dessa questão, convém invocar os argumentos anteriormente expendidos por este Relator, por ocasião da apreciação do pedido liminar no Agravo de Instrumento AGTR115504-PE, no qual a parte ora apelante requereu a desconstituição da tutela antecipada na sentença, sob os mesmos argumentos aqui defendidos:

(...)

A questão da produção de prova pericial pretendida pela recorrente deve ser debatida na ação própria. Assim, cabe à genitora dos menores promover a sua defesa no processo original na Austrália, onde se discutiu a guarda dos menores, requerendo o que entender cabível para reverter a decisão judicial que disciplinou a guarda das crianças.

Diante da decisão quanto à guarda dos menores em apreço, e da sua permanência irregular no Brasil, a alegação de que as crianças atualmente se encontram integradas

ao novo ambiente familiar, na companhia de sua genitora no Brasil, não pode ser invocada como justificativa para dar guarida ao descumprimento do que foi judicialmente decidido na Austrália, devendo, neste caso, serem respeitadas as normas legais internacionais que regulam o tema.

Cabe verificar ainda se há lesão grave ou de difícil reparação, traduzida no perigo da demora.

A concessão de efeito suspensivo na forma pretendida pela agravante, além de albergar uma permanência ilegal dos menores no Brasil, **configura uma situação de premência em desfavor dos interesses dos menores, pois a demora no seu retorno à Austrália somente contribuirá para criar uma situação cada vez mais desfavorável para a sua readaptação naquele País. Como bem frisou a Magistrada a quo, “quanto mais tempo as crianças passarem afastadas de sua residência habitual mais doloroso será o retorno e mais profundos os traumas que experimentarão (...)”**. (Grifei)

Como se observa, este Relator já entendeu que, no caso concreto, o prejuízo maior de readaptação na Austrália adviria da permanência dos menores por mais tempo fora daquele País, considerado como o seu local de residência habitual.

Assim, a concessão de tutela antecipada na sentença é cabível no caso presente, que possui natureza cautelar, tendo em vista que a permanência dos menores no Brasil, além de ilegal, configura uma situação danosa aos interesses dos menores, pois a demora no seu retorno à Austrália somente contribuirá para criar uma situação cada vez mais desfavorável para a sua readaptação naquele País.

A parte ora apelante buscou por meio de várias medidas processuais desconstituir os efeitos da tutela antecipada deferida na sentença ora atacada. Para tanto, lançou mão de medida cautelar, mandado de segurança e agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo ao apelo, sem obter êxito em nenhuma das medidas intentadas.

As circunstâncias acima narradas também devem ser consideradas para embasar a necessidade de antecipação da tutela para que os menores retornem de imediato ao seu país de origem,

para proporcionar uma readaptação menos traumática, como determinado na sentença recorrida.

Por tais razões, não se justifica a necessidade de dilação probatória na forma pretendida, uma vez que tal medida, além de se mostrar inócua no caso em apreço, somente contribuiria para manter ilicitamente os menores fora do seu local de residência habitual por tempo indefinido, o que seria menos benéfico num futuro retorno dos menores.

Em reforço a este argumento, é oportuno transcrever excertos do Parecer ministerial de fls. 1.115/1.133:

(...) Pelo exposto, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa, como alegado pela apelante, porquanto o indeferimento das provas não influenciou na constituição do direito da autora. O fato de o menor Deppy apresentar quadro de insegurança emocional, concordamos com o magistrado de primeiro grau, é resultado esperado por conta do contexto familiar enfrentado pela criança. A separação dos pais, o processo de guarda, a vinda da mãe ao Brasil, tudo isso não poderia ter outra consequência senão a instabilidade e a fragilidade da saúde emocional da criança. A produção da prova pericial requerida pela ré atestaria essa situação, o que já ficou demonstrado no laudo particular trazido aos autos.

Quanto ao indeferimento da prova testemunhal, também não caracterizou cerceamento de defesa da ré, porque, permanecendo as crianças no Brasil há menos de um ano, impossível averiguar-se as questões relativas à adaptação dos menores ao novo ambiente familiar. Além do que, as testemunhas poderiam afirmar que os menores gostavam da convivência familiar brasileira, estavam adaptados ao idioma ou pareciam gostar do Brasil, fatos estes que não poderiam significar que as crianças não se sentiam da mesma forma na Austrália, lugar onde residiram a maior parte de suas vidas, ou seja, as provas não seriam capazes de confirmar a exceção prevista na Convenção (...).

O Magistrado é o destinatário da prova, incumbindo-lhe determinar a demonstração de fatos que julgue necessários para formar seu livre convencimento, a teor do artigo 130 do CPC. Assim, não há qualquer ilegalidade, nem cerceamento de defesa, na hipó-

tese em que o Juiz, em harmonia com os artigos 125, 131 e 420, parágrafo único do CPC, indefere o pedido de produção de certas provas, quando reputadas irrelevantes diante do cenário dos autos.

Desta forma, não há que se falar em cerceamento de defesa ou afronta a qualquer outro princípio constitucional em face do indeferimento das provas pericial e testemunhal, pois estas não teriam o condão de modificar os contornos do direito ora discutido.

DO NÃO CABIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO ASSISTENTE LITISCONSORCIAL

O Juízo monocrático condenou a parte demandada a pagar honorários sucumbenciais à União, no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais), fixados nos termos do artigo 20 do CPC. Deixou de estabelecer tal condenação em favor de Cameron Dale Connor, sob a alegação de que a autora já prestara caução na Austrália para fazer face a despesas da espécie.

É assente no direito pátrio a imposição desse ônus processual, que é pautado no Princípio da Sucumbência, associado ao Princípio da Causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes.

Contudo, há de se levar em conta as peculiaridades do caso concreto para justificar o afastamento da condenação ao pagamento de sucumbência em favor do assistente.

Corroboro o entendimento do Juízo *a quo*, quando afirma que não é devida a condenação em favor do assistente litisconsorcial, pai dos menores, tendo em vista que a genitora das crianças já prestou caução idônea perante a Justiça australiana, no valor de \$ 20.000,00 (vinte mil dólares australianos), a qual foi exigida para que seus filhos pudessem vir visitá-la no Brasil.

A finalidade da referida caução seria assegurar que, em caso de as crianças virem ao Brasil e não serem devolvidas no tempo devido, o pai poderia lançar mão de tais recursos para satisfazer o custo de recuperação das crianças. Entendo que tais custos não podem ser interpretados apenas como as despesas realizadas com o deslocamento do genitor das crianças para buscar reavê-

las no Brasil, podendo ser considerado também nesse conceito os custos judiciais que porventura tenha que dispende para esse desiderato.

Desse modo, entendo que não se justificaria o arbitramento de verba sucumbencial em favor do assistente, quando se verifica que a apelante, ora sucumbente na ação, já havia feito adiantamento de recursos na Austrália visando garantir eventuais despesas que o seu ex-cônjuge, assistente litisconsorcial na presente demanda, viesse a suportar em caso de retenção dos menores no Brasil. Logo, deve ser rejeitada a pretensão trazida em seu apelo.

À luz destas considerações, nego provimento a ambas as apelações, mantendo a sentença recorrida em todos os seus termos.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 526.321-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DE PERNAMBUCO - UFRPE
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL 5ª REGIÃO
Apelado: CLOVES FERNANDES DE ANDRADE
Advs./Procs.: DRS. TATIANA SAMPAIO LUNA E OUTRO (APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SUPERIOR HIERÁRQUICO. ASSÉDIO MORAL COMPROVADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. APELAÇÃO IMPROVIDA.

- Assédio moral, também chamado de humilhação no trabalho ou terror psicológico, acontece quando se estabelece uma hierarquia autoritária, que coloca o subordinado em situações humilhantes, como no caso dos autos.

- Assédio moral praticado contra servidor público federal da UFRPE pela Diretora do Departamento de Agronomia da UFRPE, que envolveu

condutas de humilhações, perseguições, em desfavor do autor, lhe causando doenças como a de hipertensão arterial, gastrite e esofagite de refluxo, imputando-lhe a obrigação a tomar medicamentos diariamente, bem como perda de vantagem pecuniária.

- A conduta ilícita administrativa percorrida contra o demandante, também, resultou na perda da função gratificada que o mesmo exercia, bem como indeferimento do pedido de sua transferência para o Departamento de Letras e Ciências Humanas, e, desconto injusto do seu salário de um dia com a anotação na ficha funcional.

- Os autos demonstram com clareza o assédio moral praticado pela Diretora do Departamento de Agronomia da UFRPE contra o apelado, conforme ficou demonstrado nos fundamentos desta decisão.

- Sentença mantida.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 30 de agosto de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS -
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de apelação em sentença interposta pela UFRPE - UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DE PERNAMBUCO que julgou procedente a ação ordinária e extinguiu o processo com reso-

lução do mérito, com base no art. 269, I, CPC, condenando a UFRPE:

a) a retificar, nos assentamentos funcionais do autor, a falta que lhe foi imputada correspondente ao dia 07.11.2007;

b) ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 5.452,76 (cinco mil, quatrocentos e cinquenta e dois reais, e setenta e seis centavos) ao autor;

c) ao pagamento de indenização por danos morais no valor R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) ao autor;

d) os valores a serem pago serão acrescidos de atualização monetária, conforme o Manual de Cálculos aprovado pelo Conselho da Justiça Federal (Resolução nº 242, de 03/07/2001 do Conselho da Justiça Federal), e juros de mora de 0,5% (meio por cento ao mês) a contar da citação, até a edição da Lei nº 11.960/29.06.2009; e, a partir de então, sobre o crédito deverá ser acrescido juros, com incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, contabilizados em conformidade com os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação conferida pela Lei nº 11.960/29.06.20091);

e) sem custas em face do requerimento do benefício da Justiça Gratuita, e por se tratar de fundação pública;

f) honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Alega o autor:

a) que está lotado no Setor de Apoio Didático do Departamento de Agronomia, tendo sofrido humilhações, injustiças e os maltratos verbais, no ambiente de trabalho nos dois anos e meio que esteve subordinado à então Diretora do Departamento de Agronomia da UFRPE, Professora ROSIMAR DOS SANTOS MUSSER;

b) os servidores CLAUDEMBERG ARISTÓTENES DE OLIVEIRA, VALÉRIA MELO e MARCOS HONÓRIO DE ALBUQUERQUE também foram vítimas da indicada diretora, tendo que este último proposto a Ação nº 2007.83.00.517650-0, que tramitou perante o Juízo da 14ª Vara Federal, havendo a condenação ao pagamento

de indenização pela conduta da Professora ROSIMAR DOS SANTOS MUSSER;

c) em razão do assédio moral, o autor adquiriu doenças sérias como a hipertensão arterial, gastrite e esofagite de refluxo, que lhe obriga a tomar medicamentos diariamente;

d) teve problemas pessoais com os seus pais durante a greve de 2005, e solicitou à Professora ROSIMAR DOS SANTOS MUSSER, o dia para equacionar a situação em 01.09.2005, com a reposição do dia; o que foi negado pela mesma de forma intransigente, resultando na perda da função gratificada;

e) em 26.12.2005, pediu a sua transferência para o Departamento de Letras e Ciências Humanas, com o objetivo de dar assistência aos seus pais que se encontravam gravemente enfermos, sendo incapazes e dependentes de cuidados especiais, com o objetivo de trabalhar à noite tendo o dia livre para cuidar dos genitores;

f) o pedido foi negado pela Professora ROSIMAR DOS SANTOS MUSSER, acreditando o autor que tenha sido em razão do dia faltoso na greve, aduzindo que a transferência ficaria condicionada à substituição por outro servidor, mesmo existindo duas outras servidoras que poderiam dar apoio ao setor;

g) em fevereiro de 2006, quando foi explicar um atraso de 30 minutos, foi humilhado pela Professora ROSIMAR DOS SANTOS MUSSER, perante os servidores MARCOS HONÓRIO DE ALBUQUERQUE e CRISTIANE DE MEDEIROS PIRES;

h) entende que a gratificação que percebia foi retirada de forma injusta, considerando a sua dedicação ao trabalho, ainda mais pelo fato de que possui família, e tem que ajudar os genitores, que recebem pensões previdenciárias de um salário mínimo cada;

i) em razão da necessidade de servidores para que houvesse a transferência do autor, foram lotadas, no departamento em que trabalhava, as servidoras ELIZAMA MARIA FERREIRA DE A. BANDEIRA e VALÉRIA HOLANDA MELO; mas a Professora ROSIMAR DOS SANTOS MUSSER transferiu as indicadas servidoras para a Pró-Reitoria de Extensão da UFRPE, sem a exigência de troca;

j) substituiu a Secretária do Departamento de Agronomia, durante as férias no período de 05.11.2007 e 04.12.2007, não faltando nenhum dia, e estendendo a jornada diária de trabalho para além do horário sem o recebimento de horas extras. Mas a Professora ROSIMAR DOS SANTOS MUSSER determinou o corte do seu ponto no dia 07.11.2007, embora haja trabalhado regularmente neste dia, sendo descontado o dia do seu salário com a anotação na ficha funcional;

l) apesar de desempenhar as funções, a sua gratificação foi entregue à servidora BERNADETE LEMOS RODRIGUES DA SILVA, que não trabalhava no Setor de Apoio Didático do Departamento de Agronomia, a partir de 01.02.2008;

m) no final do mandato de diretora, a Professora ROSIMAR DOS SANTOS MUSSER, convocou para uma reunião o autor e a servidora CRISTIANE DE MEDEIROS PIRES, e falou que não se arrependeu do que fez, e que o autor era infeliz em sua casa e seria infeliz em qualquer lugar, havendo expressa humilhação;

n) entende que foi vítima de assédio moral já que as atitudes da Professora ROSIMAR DOS SANTOS MUSSER desrespeitava a garantia da dignidade da pessoa humana, e demonstrou a situação típica vertical do chefe para com os seus subordinados;

o) a participação em greve, declarada legal, não dá ensejo à perda da função, mesmo porque não foi instaurado processo administrativo, além do corte do ponto no dia 07.11.2007, haver sido por conta do autor trabalhado no dia, conforme provas que possui;

p) pretende, assim, o recebimento de danos morais e materiais.

Requeru, portanto o demandante a procedência de sua ação, com a restituição de sua gratificação arbitrariamente suprimida de seus vencimentos, o abono da falta colocada, com o pagamento do dia, pagamento de indenização em reparação ao assédio moral, no valor correspondente a dez vezes o valor do salário do autor, e, o pagamento das gratificações vencidas em dobro, ante a supressão ilegítima, bem como o pagamento da gratificação pelo efetivo exercício da função que realiza, e, o abono da falta que foi injustamente imputada ao autor, com o pagamento do dia em dobro.

A apelante, nas razões de seu recurso, faz as seguintes considerações:

1) prejudicial de mérito concernente à prescrição, nos termos do art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil, referente à perda da gratificação. O demandante foi exonerado da função gratificada em 13/10/2005, através da Portaria nº 626/2005-GR da lavra do Magnífico Reitor da Universidade, e, a presente ação foi ajuizada em 13/11/2008, após a fruição do prazo de três anos. Tratando-se, assim, a hipótese de prescrição do fundo de direito, visto que não se cogita de obrigação de trato sucessivo, estando fulminado, pre-remptoriamente, pela prescrição o pretense direito de ação;

2) os fatos carreados na inicial não configuram assédio moral. A atuação administrativa está relacionada no exercício regular do direito (poder hierárquico). Pois não houve perseguição com relação ao recorrido no que se refere à sua exoneração da Função Gratificada - FC-06, uma vez que está amparada pelo art. 37, inciso II, da CF/88;

3) quanto à alegação de humilhação e constrangimento sofridos pelo autor, não procede, haja vista foi apenas submetido ao cumprimento de suas obrigações estatutárias ou ter sido negado seu pedido de transferência de setor;

4) o simples desconforto não caracteriza o assédio moral, não justificando qualquer indenização.

Por fim, requer a apelante o provimento de seu recurso, para que seja julgada improcedente a presente ação.

O apelado apresenta contrarrazões às fls. 717/736, rebatendo os pontos arguidos pela apelante, e requer improvimento desta apelação, pleiteando, ainda a reforma da sentença com relação apenas a condenação dos honorários advocatícios, para, que, em vez de 10% seja arbitrado 20% sobre o valor da causa.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

A hipótese trazida para análise gira em torno do fenômeno de assédio moral que se ter sofrido o autor, conduta esta praticada pela Diretora do Departamento de Agronomia da UFRPE, Profes-

sora ROSIMAR DOS SANTOS MUSSER, superiora hierárquica do demandante CLOVES FERNANDES DE ANDRADE.

A conduta da professora de caracterizadora de assédio moral, em face da humilhação praticada em desfavor do autor, lhe causando sérios problemas, tais como: doenças de hipertensão arterial, gastrite e esofagite de refluxo, que lhe obriga a tomar medicamentos diariamente; perda da função gratificada; indeferimento do pedido de sua transferência para o Departamento de Letras e Ciências Humanas, cujo objetivo era dar assistência aos seus pais, que se encontravam gravemente enfermos; desconto injusto do seu salário de um dia com a anotação na ficha funcional.

Os fundamentos da conduta ilícita acima delineada estão mencionados no relatório desta decisão.

DA PRESCRIÇÃO.

A UFRPE alega que a perda da gratificação ocorreu em 13.10.2005, com a exoneração do autor através da Portaria nº 626/2005-GR, e, a ação foi ajuizada em 13/11/2008. O direito à reposição desta vantagem pecuniária estaria prescrito, aplicando-se ao caso o disposto no inciso V, § 3º, art. 206, do Código Civil.

Ora, a gratificação de servidor público é regida pelas normas de direito administrativo suportada pelos cofres da Fazenda Pública cuja prescrição há de ser vista à luz do art. 1º do Decreto 20.910/1932, que dispõe:

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Aplicando-se, dessa forma, à hipótese o prazo quinquenal. Resultando, assim, o não transcurso deste quinquênio, implicando, conseqüentemente, pela rejeição da preliminar de prescrição do direito do autor de reaver a gratificação em tela.

DO MÉRITO E DA SUA JURIDICIDADE.

O autor alega que foi vítima de assédio moral perpetrado pela então Diretora do Departamento de Agronomia da UFRPE, Professora ROSIMAR DOS SANTOS MUSSER, no período de 01/09/2005 a 21/05/2008.

Em análise dos fatos e das provas apresentadas, verifico, de logo, que a sentença não merece reforma, pois abuso de poder do superior hierárquico do autor na UFRPE, é realidade, e, coincide de forma indubitável com as provas trazidas e construídas na instrução processual, não restando dúvida acerca da conduta administrativa ilegal da Diretora do Departamento de Agronomia da UFRPE, Professora ROSIMAR DOS SANTOS MUSSER perante o seu subordinado, ora apelado.

O assédio moral, também chamado de humilhação no trabalho ou terror psicológico, acontece quando se estabelece uma hierarquia autoritária, que coloca o subordinado em situações humilhantes, como no caso dos autos.

Os fatos e os documentos foram minuciosamente analisados pelo Juiz singular, o que torna necessário transcrever os respectivos termos da sentença. *Verbis*:

Dentre as alegações contidas nos autos, o autor aduziu que: a) houve a supressão da gratificação que lhe era paga, relativa ao Setor de Apoio Didático do Departamento de Agronomia, entregando-a à Sr^a. BERNADETE LEMOS RODRIGUES DA SILVA, em data posterior; b) a Professora ROSIMAR DOS SANTOS MUSSER negou a sua transferência para o Departamento de Letras e Ciências Humanas, mesmo existindo outros servidores que poderiam cobrir o claro funcional no Departamento de Agronomia; c) houve a colocação indevida de falta ao trabalho com o corte do seu ponto no dia 07.11.2007, quando o autor compareceu ao expediente; d) trabalha sozinho no Setor de Apoio Didático do Departamento de Agronomia, desempenhando as suas funções com presteza; e) a Professora ROSIMAR DOS SANTOS MUSSER não permitiu que o autor tivesse uma impressora próxima ao local onde desempenhava as suas atribuições; f) era corriqueiro a Professora ROSIMAR DOS SANTOS MUSSER destratar-lo e constrangê-lo perante outros servidores.

4. Como se pode verificar, cabe ao autor demonstrar os fatos que articulou na petição inicial, e a efetiva existência de assédio moral no exercício das atribuições funcionais. 4.1 Conforme consta no documento de fl. 35, o Sr. CLODOALDO JOSÉ DA ANUNCIAÇÃO FILHO, na qualidade de Professor Adjunto do DEPA/UFRPE, atestou que o au-

tor trabalhou normalmente no dia 07.11.2007, realizando o encaminhamento e o recebimento de documentos.

Acrescente-se que, conforme consta no documento de fl. 389, o autor realizou a assinatura do ponto, atestando o seu comparecimento; o que não foi contestado ou afastado pela UFRPE na petição de fl. 683.

A presença do autor encontra-se registrada nas informações à Procuradoria Federal, prestadas pelo atual Diretor do Departamento de Agronomia, Professor DELSON LARANJEIRA, que foi informado pela Sr^a. CRISTIANE DE MEDEIROS PIRES. A mencionada senhora funcionava como Secretária do Departamento à época dos fatos objeto desta ação, e confirmou que a falta foi colocada como forma de descontar os atrasos do autor (fl. 236).

Logo, o desconto do dia foi indevido, ante a presença do autor ao trabalho.

4.2 No que tange ao indeferimento do pedido de transferência, ficou demonstrado, às fls. 51/58, a existência do mesmo e a sua fundamentação, como também a negativa, que se lastreou no fato de que não existia funcionário que ocupasse o cargo junto ao apoio didático, ficando condicionada a substituição por outro servidor lotado na UFRPE (fls. 56/57).

Também ficou demonstrado que ocorreram a remoção e a lotação provisória das servidoras ELIZAMA MARIA FERREIRA DE ARAÚJO BANDEIRA e VALÉRIA HOLANDA MELO na Pró-Reitoria de Extensão/Coordenação de Artes e Cultura da UFRPE (fls. 79/80), que antes compunham o Departamento de Agronomia, como também ficou assente que a servidora VALÉRIA HOLANDA MELO foi oferecida para outros departamentos (fls. 84/85).

Dessa forma, conforme ficou demonstrado nos autos, existiam outros servidores que poderiam desempenhar as atribuições no Setor de Apoio Didático do Departamento de Agronomia da UFRPE. A então Diretora, Professora ROSIMAR DOS SANTOS MUSSER, colocou as servidoras ELIZAMA MARIA FERREIRA DE ARAÚJO BANDEIRA e VALÉRIA HOLANDA MELO à disposição da Pró-Reitoria de Extensão/Coordenação de Artes e Cultura da UFRPE. Assim, ao se colocar as indicadas servidoras para desempenharem as atribuições na Pró-Reitoria de Extensão da UFRPE, a então Diretora do Departamento de Agronomia, Professora ROSIMAR DOS SANTOS MUSSER, deu mos-

tras de que havia a disponibilidade de servidores, e o Quadro do departamento não estava desfalcado.

Aplicando-se à presente situação a Teoria dos Motivos Determinantes, fica evidente que foi indevida, e não foi verdadeira a negativa de transferência do autor. A Administração, ao adotar determinados motivos para a prática de ato administrativo, ainda que de natureza discricionária, fica a eles vinculada, e estando comprovada que a situação de fato afasta-se dos motivos que a Administração utilizou para o seu ato, fica evidente que o mesmo está desprovido de validade.

Com relação à reforma da sentença requerida pelo autor, em suas razões recursais, no que diz respeito à condenação dos honorários advocatícios, de 10% arbitrar 20% sobre o valor da causa, entendendo que não merece prosperar tal pleito, eis que a fixação de 10% para verba honorária atende a desenvoltura do trabalho profissional do patrono do autor, conforme exigem os §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC.

Com essas considerações, mantenho a sentença e nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 526.323-SE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E TELEMAR NORTE LESTE S/A
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. MARCUS AURÉLIO DE ALMEIDA BARROS E OUTROS

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. INSTALAÇÃO DE TELEFONES DE USO PÚBLICO ADAPTADOS PARA DEFICIENTES AUDITIVOS E DA FALA. LIMITE DE 2% DO TOTAL DE TELEFONES PÚBLICOS DO ESTADO DE SERGIPE. DECRETOS NºS 4.769/2003 E 5.296/2004.

LEGITIMIDADE DOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA E DAS ENTIDADES QUE OS REPRESENTAM.

- Nos termos do Decreto nº 4.769/2003, revogado pelo Decreto nº 7.512/2011, e do Decreto nº 5.296/2004, cabe à concessionária, em função do contrato de concessão do serviço telefônico fixo comutado (STFC), realizado com a ANATEL, a adaptação dos TUPs, mediante solicitação, para portadores de deficiência visual, auditiva, da fala e de locomoção. Devido ao contrato, a Telemar assumiu a obrigação de prestar e manter o STFC, tendo que cumprir as metas de universalização ali previstas.

- Os decretos que regulam o serviço mencionam expressamente que a solicitação deverá ser feita pelos próprios portadores de deficiência ou por seus representantes. Não me parece que o Parquet possa, na hipótese, ser considerado representante de todos os portadores de deficiência de todos os municípios independente da análise da situação individual de cada um. O art. 4º do Decreto 4.760/03 elenca expressamente os representantes dos portadores de deficiência autorizados a acompanhar e sugerir medidas para o cumprimento da obrigação, quais sejam, o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência, os Conselhos Estaduais, Municipais e do Distrito Federal, e as organizações representativas de pessoas portadoras de deficiência.

- A exigência de solicitação prévia não se mostra desarrazoada. Na realidade, falta razoabilidade na determinação de implantação de terminais telefônicos adaptados independentemente da averiguação quanto à necessidade de instalação do equipamento. Nesse diapasão, insta mencionar a informação colacionada pela TELEMAR no sentido da existência de 98 TUPs em Sergipe que,

em números absolutos, somente possui menos equipamentos que os estados de Goiás, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e São Paulo, unidades da Federação com população muito superior.

- Apelações providas. Pedidos julgados improcedentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível, em que são partes as acima mencionadas, acordam os desembargadores federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em dar provimento às apelações, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 27 de setembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI -
Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de ação civil pública interposta pelo Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado de Sergipe contra a OI TELMAR NORTE E LESTE PARTICIPAÇÕES S/A, objetivando que seja determinado à ré que proceda à instalação de telefones de uso públicos adaptados para deficientes auditivos e da fala no âmbito do território do Estado de Sergipe, no limite estabelecido na legislação em vigor [pelo menos 2% (dois por cento)] do total de telefones públicos existentes no Estado, observando-se, ainda, a colocação de, no mínimo, um telefone adaptado para portador de deficiência auditiva e da fala em cada município do Estado, ainda não contemplado por esse equipamento, no prazo de 7 (sete) dias. Requer o acesso gratuito ao serviço, a fixação de instruções claras e precisas sobre a utilização dos aparelhos quando de sua instalação, a implantação de um sistema que garanta o fornecimento do número de protocolo quando das reclamações ou solici-

tações junto à concessionária, bem como a fixação de multa diária na importância de R\$ 1.000,00 (mil reais) pelo descumprimento das medidas requeridas.

A Telemar Norte Leste S/A apresentou contestação às fls. 91/104.

O MM. Juiz monocrático julgou procedente o pedido, para determinar que a ré, incluindo sua sucessora, instale nos locais solicitados pelos usuários e pelos autores, ou em lugares próximos, telefones de uso públicos - TUPs adaptados para deficientes auditivos e da fala no âmbito do território do Estado de Sergipe, no limite estabelecido na legislação em vigor [pelo menos 2% (dois por cento)], ou outro percentual, caso sobrevenha alteração legislativa ou regular, do total de telefones públicos existentes no Estado, observando-se, ainda, a colocação de, no mínimo, um telefone adaptado para portador de deficiência auditiva e da fala em cada município do Estado, ainda não contemplado por esse equipamento, no prazo de 90 (noventa) dias. Determinou o acesso gratuito ao serviço 142 aos deficientes auditivos e de fala, no prazo de 15 dias, a fixação de instruções claras e precisas sobre a utilização dos aparelhos quando de sua instalação, consoante modelo já aprovado pela ANATEL, seja fornecimento do número de protocolo previamente ao atendimento preferencialmente por sistema eletrônico, o prazo de 30 dias, seja enviado, a critério do usuário, para *e-mail*, mensagem para celular ou informação na fatura, o número do protocolo, a data de atendimento e o tempo de duração, no prazo de 60 dias.

Fixou o Juízo *a quo* multa diária em R\$ 500,00 (quinhentos reais) para o descumprimento de cada medida, que se reverterá em favor do fundo a que se refere o art. 13 da Lei nº 7.347/85.

Inconformado, recorre o MPF defendendo o cabimento da condenação da ré no pagamento de honorários advocatícios e, caso seja diverso o entendimento, requer o expresso pronunciamento acerca do exato alcance do art. 128, § 5º, a, da CF e do art. 19 da Lei nº 7.347/85, bem como do art. 20 do CPC.

Também recorre a Telemar Norte Leste S/A sustentando a incompetência do Juízo e a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal. Afirma que cumpriu as obrigações previstas na legislação

(Decretos nºs 4.769/2003 e 5.296/2004), bem como que a decisão foi além dos limites do pedido, uma vez que a inicial requereu apenas que fosse implantada um sistema que garanta o fornecimento do número do protocolo de reclamações ou solicitações, e a sentença determinou que a ré enviasse, a critério do usuário, para *e-mail*, mensagem para celular ou informação na fatura, o número do protocolo, a data de atendimento e o tempo de duração.

Após contrarrazões, subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

O MPF às fls. 459/477 opinou pelo não provimento dos recursos.

É o relatório.

Peço inclusão do feito em pauta para julgamento.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

O Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC alcança tanto o serviço prestado individualmente ao assinante, como ao usuário através de terminal de uso público, nos termos da Resolução nº 426/2008 da Anatel.

O Presidente da República, com amparo no art. 18, III, e art. 80 da Lei nº 9.472/96 e no art. 18 da Lei nº 10.098/2000, editou o Decreto nº 4.769/2003 e o Decreto nº 5.296/2004, aprovando o Plano Geral de Metas para a Universalidade do Serviço Telefônico Fixo Comutado prestado no Regime Público.

Disponha o art. 10 do Decreto nº 4.769/2003 (revogado pelo Decreto nº 7.512/2011):

Art. 10. A partir de 1º de janeiro de 2006, as concessionárias do STFC na modalidade Local devem assegurar que, nas localidades onde o serviço estiver disponível, pelo menos dois por cento dos TUPs, sejam adaptados para cada tipo de portador de necessidades especiais, seja visual, auditiva, da fala e de locomoção, mediante solicitação dos interessados, observados os critérios estabelecidos na regulamentação, inclusive quanto à sua localiza-

ção e destinação.

Parágrafo único. Os portadores de necessidades especiais poderão, diretamente, ou por meio de quem os represente, solicitar adaptação dos TUPs, referida no *caput*, de acordo com as suas necessidades, cujo atendimento deve ser efetivado, a contar do registro da solicitação, no prazo máximo de sete dias.

Após a vigência do Decreto nº 7.512/2011, ficou previsto no anexo I do art. 10, o seguinte:

Art. 10. A partir da data de publicação deste Plano, as concessionárias do STFC na modalidade Local devem ativar TUP em quantidade que assegure que a densidade, por Município, seja igual ou superior a 4,0 TUP/1000 habitantes.

§ 1º No cumprimento da obrigação de que trata o *caput*, as concessionárias devem observar os quantitativos populacionais de cada Município, conforme informado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

§ 2º As concessionárias devem implementar sistema de informação, acompanhamento e gestão da ocupação da planta de TUP, nos termos da regulamentação.

§ 3º A ativação dos TUP deve ocorrer de forma que em toda a localidade existam, distribuídos territorialmente de maneira uniforme, pelo menos três TUP por grupo de mil habitantes.

§ 4º As atualizações do quantitativo de TUP, conforme densidade prevista no *caput*, devem ocorrer no prazo de seis meses, a partir da divulgação, pelo IBGE, dos dados populacionais atualizados.

§ 5º A densidade mínima de que trata o *caput* poderá ser alterada, considerando-se os resultados e informações advindos do acompanhamento e gestão da ocupação da planta de TUP, previstos neste artigo, sempre observada a realização de consulta pública para revisão deste Plano.

Também preceituam os arts. 4º e 49 do Decreto nº 5.296/2004:

Art. 4º. O Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência, os Conselhos Estaduais, Municipais e do Distrito Federal, e as organizações representativas de pessoas portadoras de deficiência terão legitimidade para acompanhar e sugerir medidas para o cumprimento dos requisitos estabelecidos neste Decreto.

Art. 49. As empresas prestadoras de serviços de telecomunicações deverão garantir o pleno acesso às pessoas portadoras de deficiência auditiva, por meio das seguintes ações:

I - no Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC, disponível para uso do público em geral:

- a) instalar, mediante solicitação, em âmbito nacional e em locais públicos, telefones de uso público adaptados para uso por pessoas portadoras de deficiência;
- b) garantir a disponibilidade de instalação de telefones para uso por pessoas portadoras de deficiência auditiva para acessos individuais;
- c) garantir a existência de centrais de intermediação de comunicação telefônica a serem utilizadas por pessoas portadoras de deficiência auditiva, que funcionem em tempo integral e atendam a todo o território nacional, inclusive com integração com o mesmo serviço oferecido pelas prestadoras de Serviço Móvel Pessoal; e
- d) garantir que os telefones de uso público contenham dispositivos sonoros para a identificação das unidades existentes e consumidas dos cartões telefônicos, bem como demais informações exibidas no painel destes equipamentos;

II - no Serviço Móvel Celular ou Serviço Móvel Pessoal:

- a) garantir a interoperabilidade nos serviços de telefonia móvel, para possibilitar o envio de mensagens de texto entre celulares de diferentes empresas; e
- b) garantir a existência de centrais de intermediação de comunicação telefônica a serem utilizadas por pessoas portadoras de deficiência auditiva, que funcionem em tempo integral e atendam a todo o território nacional, inclusive com integração com o mesmo serviço oferecido pelas prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado.

§ 1º Além das ações citadas no *caput*, deve-se considerar o estabelecido nos Planos Gerais de Metas de Universalização aprovados pelos Decretos nºs 2.592, de 15 de maio de 1998, e 4.769, de 27 de junho de 2003, bem como o estabelecido pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

§ 2º O termo pessoa portadora de deficiência auditiva e da fala utilizado nos Planos Gerais de Metas de Universalização é entendido neste Decreto como pessoa portadora de deficiência auditiva, no que se refere aos recursos tecnológicos de telefonia.

Como se observa na legislação acima citada, cabe à concessionária, em função do contrato de concessão do serviço telefônico fixo comutado (STFC), realizado com a ANATEL, a adaptação dos TUPs, mediante solicitação de portadores de necessidades especiais, diretamente, ou por meio de quem os represente, para portadores de deficiência visual, auditiva, da fala e de locomoção. Devido ao contrato, a Telemar assumiu a obrigação de prestar e manter o STFC, tendo que cumprir as metas de universalização ali previstas.

Ao julgar o AGTR nº 102.598, esta egrégia Quarta Turma assim se posicionou sobre a matéria:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSTALAÇÃO DE TELEFONES DE USO PÚBLICO ADAPTADOS PARA DEFICIENTES AUDITIVOS E DA FALA. LIMITE DE 2% DO TOTAL DE TELEFONES PÚBLICOS DO ESTADO DE SERGIPE. DECRETOS NºS 4769/2003 E 5296/2004. IRRAZOABILIDADE DA DECISÃO.

I. As adaptações de Telefones de Uso Públicos - TUP's se dá mediante solicitação dos portadores de necessidades especiais ou por seus representantes, nos termos dos Decretos nºs 4769/2003 e 5296/2004.

II. No presente caso, o agravante vem cumprindo, nos últimos anos, as solicitações realizadas para a adaptação dos TUP's, não sendo razoável determinação judicial para impor a obrigação, com todos os custos e dificuldades, sem haver demonstração da efetiva necessidade da instalação dos equipamentos telefônicos adaptados em todos os municípios do Estado.

III. Agravo de instrumento provido. (Julg. 30/11/2010. Publ. DJe 03/12/2010).

De fato, os decretos que regulam o serviço mencionam expressamente que a solicitação deverá ser feita pelos próprios portadores de deficiência ou por seus representantes. Não me parece que o *Parquet* possa, na hipótese, ser considerado representante de todos os portadores de deficiência de todos os municípios independente da análise da situação individual de cada um. O art. 4º do Decreto 4.760/03 elenca expressamente os representantes dos portadores de deficiência autorizados a acompanhar e sugerir

medidas para o cumprimento da obrigação, quais sejam, o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência, os Conselhos Estaduais, Municipais e do Distrito Federal, e as organizações representativas de pessoas portadoras de deficiência.

É certo que o *Parquet*, verificando o não atendimento de solicitações feitas pelos portadores de deficiência ou pelas entidades expressamente autorizadas, poderia recorrer ao Judiciário visando exatamente ao adimplemento da obrigação contratual por parte da concessionária. No entanto, como visto, essa não é a hipótese.

No meu entender, a exigência de solicitação prévia não se mostra desarrazoada. Na realidade, falta razoabilidade na determinação de implantação de terminais telefônicos adaptados independentemente da averiguação quanto à necessidade de instalação do equipamento. Nesse diapasão, insta mencionar a informação colacionada pela TELEMAR no sentido da existência de 98 TUPs em Sergipe que, em números absolutos, somente possui menos equipamentos que os estados de Goiás, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e São Paulo, Unidades da Federação com população muito superior.

Ressalte-se, ainda, que a questão da verba honorária foge as regras do art. 20 do CPC, sendo disciplinada pela Lei nº 7.347/1985, não se podendo condenar o MP ao pagamento de honorários advocatícios, somente na hipótese de comprovada má-fé, o que evidentemente não é o caso.

Diante do exposto, dou provimento às apelações, para julgar improcedente o pedido deduzido na inicial.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.638-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelantes: RIOMAR PEREIRA DOS SANTOS, ERIKA BORGES PINTO, JONAS GOMES DE ARAÚJO E CARLOS VIEIRADA SILVA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. ANA LAURA TEIXEIRA DE ALMEIDA NEVES E OUTRO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO, ART. 159, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. QUADRILHA ARMADA, ART. 288, § 1º, DO REFERIDO DIPLOMA. SEQUESTRO DE TESOUREIRO E DE PORTEIRO DA CAIXA JUNTAMENTE COM MEMBROS DE SUAS FAMÍLIAS. AUTORIA E MATERIALIDADE QUE EXSURGEM DOS AUTOS, DELINEADAS NO ÉDITO CONDENATÓRIO. CRIME DE ROUBO. NÃO OCORRÊNCIA. ABSORÇÃO PELO DELITO DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. PRECEDENTES. AFASTAMENTO DO CRIME DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO EM RELAÇÃO A UMA DAS ACUSADAS. AUSÊNCIA DE PROVAS. REDUÇÃO DA PENA APLICADA.

- Foram os apelantes condenados pela prática dos crimes previstos no art. 159, § 1º, c/c art. 71, parágrafo único, em concurso material com o art. 157, § 2º, e art. 288, parágrafo único, todos do Código Penal e ainda no art. 1º, IV, da Lei nº 8.072/90 às penas: a) JONAS GOMES DE ARAUJO: 33 (trinta e três) anos e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e multa de 540 (quinhentos e quarenta) dias multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo; b) RIOMAR PEREIRA DOS SANTOS: 35 (trinta e cinco) anos e 10 (dez) meses de

reclusão e multa de 560 dias multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo; c) CARLOS VIEIRA DA SILVA: 35 (trinta e cinco) anos e 10 (dez) meses anos de reclusão e multa de 540 (quinhentos e quarenta) dias multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, e; d) ERIKA BORGES PINTO: 23 (vinte e três) anos, 7 (sete) meses e 10 (dez) dias de reclusão e multa de 340 (trezentos e quarenta) dias multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo

- Demonstrados os elementos probatórios conclusivos da autoria e materialidade do crime previsto no art. 159, § 1º, c/c art. 71, parágrafo único, em concurso material com o art. 288, parágrafo único, todos do Código Penal e ainda no art. 1º, IV, da Lei nº 8.072/90. Essas conclusões são extraídas do exaustivo édito condenatório que, de forma percuciente estratifica as condutas de cada um dos integrantes da ação criminosa, indicando que em 23/03/2004, agindo em conjunto e de forma organizada, mantiveram reféns funcionários da Caixa Econômica Federal, quais sejam, o tesoureiro, o porteiro, bem como seus familiares e, assim, mediante grave ameaça, tiveram acesso ao cofre do banco subtraindo todo o numerário – R\$ 175.986,49 (cento e setenta e cinco mil, novecentos e oitenta e seis reais e quarenta e nove centavos).

- O édito sentencial elucida o evento criminoso, merecendo reparos no tocante à responsabilidade criminal da acusada ERIKA BORGES PINTO, cuja participação não restou devidamente comprovada, e quanto à possibilidade de concurso material do crime de extorsão mediante sequestro com o de roubo qualificado – art. 159, § 1º, c/c art. 71, parágrafo único, c/c art. 157, § 2º, e art. 69, do Código Penal (fls. 383/447):

- Ora, os agentes, para lograrem seu intento, perpetraram suas ações em espaço de tempo e

lugar únicos, utilizando-se dos mesmos atos de violência contras as vítimas, sendo o roubo, no caso, apenas a finalidade última do crime de extorsão mediante sequestro, não se havendo falar em concurso material.

- Dúvida quanto à responsabilidade da corré ÉRIKA BORGES PINTO em relação ao crime de extorsão mediante sequestro, art. 159, § 1º, c/c art. 71, parágrafo único, do CP. De todo o apurado na instrução criminal, nada de objetivamente concreto foi encontrado que ligasse a pessoa ao ato de extorsão mediante sequestro.

- Em todos os depoimentos colhidos não houve referência à participação de mulher, só sendo registrado o concurso de pessoas do sexo masculino. O único liame entre ela e o delito é o fato de ter sido companheira, à época dos fatos, de um dos acusados, além da constatação de que o veículo que foi utilizado nas ações criminosas estava registrado em seu nome (fls. 153/154).

- Não há que se falar em nulidade, haja vista que as ausências foram provocadas pelos próprios acusados, no caso de CARLOS VIEIRA DA SILVA, no momento da intimação, conforme certidão (fl. 184), havia fugido da Penitenciária João Chaves, em Natal, em 04/07/05, tendo a audiência ocorrido em 15/08/2006, não se podendo responsabilizar o Poder Judiciário pela ausência do acusado.

- No tocante ao acusado JONAS GOMES DE ARAÚJO, apesar de devidamente cientificado do dever de comparecer aos atos do processo, conforme termo de compromisso (fl. 94), não foi encontrado e nem compareceu a juízo, descumprindo as condições impostas para sua soltura, não se havendo falar, nos dois casos, de nulidade processual.

- Sem sucesso a pretensão de desclassificação do crime do art. 159, § 1º, para o crime previsto

no art. 158, § 1º, ambos do CP. Os apelantes, para subtrair o numerário pertencente à CAIXA, realizaram o sequestro das famílias de RONALDO FLORÊNCIO DE OLIVEIRA, porteiro da agência bancária, e de PAULO SÉRGIO CAVALCANTE DE CASTRO, tesoureiro da CEF. As vítimas foram privadas da liberdade por várias horas, sendo exigido, em troca da libertação dos reféns, o dinheiro auferido com a empreitada criminosa. É assente a natureza formal do referido crime, não se exigindo para sua consumação resultado naturalístico, ou seja, no caso, bastou a privação da liberdade das vítimas com a exigência do dinheiro para configurar o crime previsto no art. 159, § 1º, do CP.

- Desenganada a alegação de impossibilidade de condenação pelo tipo do art. 159, § 1º, c/c art. 288 do CP, pela aplicação do princípio do non bis in idem, haja vista a autonomia de ambas as condutas e os diferente bens jurídicos tutelados, sendo o primeiro considerado crime de perigo comum e, o segundo, de perigo concreto.

- Considerando o afastamento do crime de roubo imputado aos apelantes e do crime de quadrilha ou bando em relação à acusada ÉRIKA BORGES PINTO, mantendo-se incólume todos os demais tópicos do comando sentencial, tem-se a redução no quantum das penas aplicadas aos acusados (fls. 438/446).

- Pelos crimes de extorsão mediante sequestro, praticado de forma continuada combinado com o delito de quadrilha armada – art. 159, § 1º, c/c 71, c/c 288, § 1º, do CP – deve ser aplicada a JONAS GOMES DE ARAÚJO a pena de 22 (vinte e dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e 360 (trezentos e sessenta dias multa) pelo primeiro crime e de 4 (quatro) anos de reclusão pelo segundo, totalizando 26 (vinte e seis) anos de reclusão e 360 (trezentos e

sessenta dias multa), à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

- A RIOMAR PEREIRA DOS SANTOS, pelos mesmos crimes cometidos pelo acusado anterior há de ser imposta a pena de 15 (quinze) anos de reclusão e 360 (trezentos e sessenta dias multa) pelo primeiro crime e de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão pelo segundo, totalizando 19 (dezenove) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 360 (trezentos e sessenta dias multa) , à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

- A CARLOS VIEIRA DA SILVA, impõe-se condenação em 24 (vinte e quatro) anos de reclusão e 360 (trezentos e sessenta dias multa) pelo primeiro crime e de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão pelo segundo, totalizando 28 (vinte e oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 360 (trezentos e sessenta dias multa), à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

- Condena-se ÉRIKA BORGES PINTO pela prática do crime de quadrilha armada, art. 288, § 1º, do CP, à pena de 2 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

- Apelações parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento às apelações criminais, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 29 de setembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO (Convocado):

Trata-se de apelações criminais interpostas pela Defensoria Pública da União em contrariedade à sentença prolatada pelo MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, Dr. WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR, que condenou os acusados pela prática dos crimes previstos no art. 159, § 1º, c/c art. 71, parágrafo único, em concurso material com o art. 157, § 2º, e art. 288, parágrafo único, todos do Código Penal e ainda no art. 1º, IV, da Lei nº 8.072/90 às penas:

a) JONAS GOMES DE ARAÚJO: 33 (trinta e três) anos e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e multa de 540 (quinhentos e quarenta) dias multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo;

b) RIOMAR PEREIRA DOS SANTOS: 35 (trinta e cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e multa de 560 dias multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo;

c) CARLOS VIEIRA DA SILVA: 35 (trinta e cinco) anos e 10 (dez) meses anos de reclusão e multa de 540 (quinhentos e quarenta) dias multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, e;

d) ÉRIKA BORGES PINTO: 23 (vinte e três) anos, 7 (sete) meses e 10 (dez) dias de reclusão e multa de 340 (trezentos e quarenta) dias multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

Os apelantes foram acusados de, às 5h30min de 23/03/2004, terem abordado em sua casa o porteiro da CAIXA, agência Ribeira em Natal/RN, Ronaldo Florêncio de Oliveira juntamente com sua esposa, sua vizinha e filho, tendo um dos integrantes da quadrilha ficado com os reféns e lhe sendo ordenado que fosse trabalhar normalmente e não comentasse nada do ocorrido, depois de saberem que não detinha nenhuma senha do banco.

Pouco depois, por volta da 7h30min, o tesoureiro daquela instituição Paulo Sérgio Cavalcante de Castro foi abordado no estaci-

ornamento do prédio onde reside, segundo o mesmo *modus operandi*, sendo determinado pelos meliantes que estava sendo vítima de um assalto e que sua família estava sendo vigiada.

Ao chegar ao banco, o tesoureiro continuou recebendo ligações com ameaças dos acusados interessados no dinheiro guardado na agência. Às 9h30min o mesmo teve acesso ao cofre do banco colocando todo o dinheiro do cofre – R\$ 175.986,49 (cento e setenta e cinco mil, novecentos e oitenta e seis reais e quarenta e nove centavos) em uma caixa e entregando aos elementos.

Diligências policiais culminaram com a identificação do acusado JONAS GOMES DE ARAÚJO como um dos elementos que estiveram no condomínio onde mora o tesoureiro da agência, sendo descoberto depois que o carro utilizado no sequestro estava registrado no nome de ÉRIKA BORGES PINTO, esposa de RIOMAR PEREIRA DOS SANTOS, outro integrante da quadrilha.

O acusado CARLOS VIEIRA DA SILVA foi reconhecido como um dos sequestradores pelas vítimas Ronaldo, sua esposa e sua vizinha Maria Telma.

JONAS GOMES DE ARAÚJO e CARLOS VIEIRA DA SILVA interpuseram apelação criminal, subscrita pelo Defensor Público da União Dr. JOSÉ ARRUDA DE MIRANDA PINHEIRO, alegando (fls. 472/484):

a) preliminarmente, nulidade absoluta do processo em virtude de as audiências de oitiva das testemunhas arroladas pelo órgão acusador terem sido realizadas sem a presença dos réus;

b) no mérito, a necessidade de absolvição por insuficiência de provas e a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

c) alternativamente, a desclassificação do crime do art. 159, § 1º, para o crime previsto no art. 158, § 1º, ambos do CP;

d) impossibilidade de condenação no art. 159, § 1º, c/c art. 288 do CP, pela aplicação do princípio do *non bis in idem*, afirmando que a qualificadora do art. 159, § 1º, do CP já incrimina o concurso de pessoas, afastando a aplicação concomitante do crime de quadrilha.

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões subscritas pelo Procurador da República RONALDO SÉRGIO CHAVES FERNANDES pugnando pelo improvimento da apelação (fls. 488/507).

Por seu turno, RIOMAR PEREIRA DOS SANTOS e ÉRIKA BORGES PINTO apresentaram razões de recurso subscritas pelo Defensor Público Federal Dr. HEVERTON GISCLAN NEVES, alegando (fls. 541/547), na mesma linha do recurso de fls. 472/484:

a) insuficiência de provas – princípio do *in dubio pro reo*.

b) desclassificação do crime do art. 159, § 1º, para o crime do art. 158, § 1º, ambos do CP, e;

c) impossibilidade de condenação nos art. 159, § 1º, c/c o art. 288, ambos do CP – princípio *non bis in idem*.

Desse recurso foram apresentadas contrarrazões pelo Procurador Regional da República FÁBIO GEORGE CRUZ DA NÓBREGA pelo parcial provimento da apelação para afastar a condenação de todos os acusados pelo crime autônomo previsto no art. 157, § 2º, I e II, do CP, e, especificamente em relação à acusada ÉRIKA BORGES PINTO, afastando a condenação pela prática do crime de extorsão mediante sequestro.

Parecer ministerial apresentado às fls. 585/591, da lavra do Procurador Regional da República Dr. WELLINGTON CABRAL SARAIVA, assim ementado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. NULIDADE DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA. PRESENÇA DE PROVA TESTEMUNHAL E INDÍCIOS SUFICIENTES. LIVRE APRECIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE HIERARQUIA NO SISTEMA PROBATÓRIO. POSSIBILIDADE DE CONCURSO MATERIAL ENTRE A EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO QUALIFICADA E A FORMAÇÃO DE QUADRILHA. NÃO CONFIGURAÇÃO DO ROUBO.

Não ocorre nulidade do processo pelo não comparecimento dos réus devidamente intimados para audiência de inquirição de testemunhas arroladas pela acusação.

No ordenamento processual penal brasileiro, em matéria de prova, vige o sistema da livre convicção, também cha-

mado de princípio do convencimento racional, materializa-
do nos arts. 155 e seguintes do CPP. A prova indiciária
tem o mesmo valor da prova direta e deve ser livremente
valorada pelo magistrado.

O conjunto probatório compõe quadro suficiente da prática
delituosa perpetrada pelos recorrentes e alia prova teste-
munhal da participação nos crimes à prova indiciária.

A privação da liberdade imposta a familiares de empregados
da Caixa Econômica Federal, com o intuito de os cri-
minosos receberem vantagem indevida, sendo esta a con-
dição do resgate, configura o crime de extorsão mediante
sequestro, agravado pelo fato de a ação ter sido empreen-
dida por quadrilha.

Não constitui *bis in idem* a cumulação material entre ex-
torsão mediante sequestro qualificada pelo cometimento
por bando e formação de quadrilha, porque são autôno-
mos e os bens jurídicos tutelados são diferentes. O pri-
meiro é crime de perigo comum e abstrato; o segundo,
delito de perigo concreto.

Não se configurou o crime de roubo, pois a subtração dos
valores da agência bancária foi exaurimento da extorsão
mediante sequestro.

Parecer pelo parcial provimento de dois dos recursos, para
afastar a condenação pelo crime de roubo, e pelo não pro-
vimento dos demais.

Relatei.

Ao eminente Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA
LUCENA (Relator):

Acolho em sua inteireza o relatório da lavra do Desembarga-
dor Federal CESAR CARVALHO (Convocado).

Foram os apelantes condenados pela prática dos crimes pre-
vistas no art. 159, § 1º, c/c art. 71, parágrafo único, em concurso
material com o art. 157, § 2º, e art. 288, parágrafo único, todos do
Código Penal e ainda no art. 1º, IV, da Lei nº 8.072/90 às penas:

a) JONAS GOMES DE ARAÚJO: 33 (trinta e três) anos e 24
(vinte e quatro) dias de reclusão e multa de 540 (quinhentos e qua-

renta) dias multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo;

b) RIOMAR PEREIRA DOS SANTOS: 35 (trinta e cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e multa de 560 dias multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo;

c) CARLOS VIEIRA DA SILVA: 35 (trinta e cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e multa de 540 (quinhentos e quarenta) dias multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, e;

d) ÉRIKA BORGES PINTO: 23 (vinte e três) anos, 7 (sete) meses e 10 (dez) dias de reclusão e multa de 340 (trezentos e quarenta) dias multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

Compulsando os autos, revelam-se os elementos probatórios conclusivos da autoria e materialidade dos crime previsto no art. 159, § 1º, c/c art. 71, parágrafo único, em concurso material com o art. 288, parágrafo único, todos do Código Penal e ainda no art. 1º, IV, da Lei nº 8.072/90.

Essas conclusões são extraídas do exaustivo édito condenatório que de forma percuciente estratifica as condutas de cada um dos integrantes da ação criminosa, indicando que em 23/03/2004, agindo em conjunto e de forma organizada, mantiveram reféns funcionários da Caixa Econômica Federal, quais sejam, o tesoureiro, o porteiro, bem como, seus familiares e, assim, mediante grave ameaça, tiveram acesso ao cofre do banco subtraindo todo o numerário que estava no cofre – R\$ 175.986,49 (cento e setenta e cinco mil, novecentos e oitenta e seis reais e quarenta e nove centavos).

O édito sentencial elucida o evento criminoso, merecendo reparos no tocante à responsabilidade criminal da acusada ÉRIKA BORGES PINTO, cuja participação não restou devidamente comprovada, e quanto à possibilidade de concurso material do crime de extorsão mediante sequestro com o de roubo qualificado – art. 159, § 1º, c/c art. 71, parágrafo único, c/c art. 157, § 2º, e art. 69, do Código Penal (fls. 383/447):

NÃO OCORRÊNCIA DO CRIME DE ROUBO EM CONCURSO MATERIAL COM O CRIME DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO

Como demonstrado, em que pese o exaustivo exame dos elementos configuradores do evento criminoso, penso, com o devido respeito, que não se configurou o crime de roubo, como demonstrado na douta sentença.

Ora, os agentes, para lograrem seu intento, perpetraram suas ações em espaço de tempo e lugar únicos, utilizando-se dos mesmos atos de violência contras as vítimas, sendo o roubo, no caso, apenas a finalidade última do crime de extorsão mediante sequestro, não se havendo falar em concurso material.

Tal é percebido de forma arguta nas contrarrazões do Ministério Público Federal à apelação interposta por RIOMAR PEREIRA DOS SANTOS e ÉRIKA BORGES PINTO (fl. 560):

Como é cediço, para a descaracterização do concurso material em tela é mister que as ações, isoladamente consideradas, se apresentem encadeadas, estando as subseqüentes ligadas imediatamente às antecedentes. Em outras palavras, o ato subseqüente deve ser tido como simples desdobramento do primeiro, de modo que um dos delitos seja, na prática, englobado pelo outro.

No caso vertente, parece claro que o delito de roubo se deu como mero desdobramento da extorsão mediante sequestro praticada, porque as duas condutas integraram um único programa delinqüencial.

Assim, empregados da Caixa Econômica Federal tiveram suas famílias sequestradas ou mesmo ameaçadas para que, em poucas horas, em uma mesma manhã, no dia 23 de março de 2004, o bando pudesse vir a obter a colaboração desses empregados no levantamento do dinheiro existente no cofre da agência bancária da Ribeira, em Natal(RN), ação que resultou na obtenção de mais de R\$ 175.000,00 (cento e setenta e cinco mil reais), valores esses que não foram encontrados ou mesmo devolvidos à CEF.

Ora, se na hipótese se mostra idêntica a objetividade jurídica tutelada pelos tipos penais em enfoque, praticados em condições de tempo e lugar praticamente idênticos, e

sobre as vítimas exerceram-se os mesmos expedientes de violência e ameaças, não há que se falar, então, em concurso material de crimes.

De se ver que o patrimônio, a liberdade individual e a integridade física e psíquica do ser humano são os bens jurídicos protegidos pelo Estado ao incriminar a conduta delitativa prevista no artigo 159, § 1º, do Código Penal. Desta forma, a extorsão mediante sequestro consuma-se com o sequestro da vítima, mesmo antes da obtenção da vantagem patrimonial. E se essa vantagem patrimonial vier a ocorrer, como se verificou *in casu*, isso não pode configurar um delito autônomo, como indevidamente restou reconhecido no juízo de origem.

Portanto, constituindo-se a vantagem almejada quando da prática do delito de extorsão mediante sequestro a própria subtração de valores do cofre da agência da Caixa Econômica Federal, não se pode reconhecer, nessa subtração, a existência do crime autônomo de roubo, nos termos do art. 157, § 2º, I e II, Código Penal, porque essa consequência configura, nada mais nada menos, o mero exaurimento do crime desde o início planejado.

A não configuração do delito de roubo, havido no caso concreto como desdobramento dos atos complexos da extorsão mediante sequestro é demonstrada no parecer do Procurador Regional da República (fl. 590v.):

35. O concurso material entre a extorsão mediante sequestro e o roubo, por outro lado, não se configurou. A subtração dos valores da Caixa constituiu exaurimento da extorsão mediante sequestro, tendo em vista que a finalidade desta era justamente obter os valores da agência bancária. O que o juízo *a quo* considerou como roubo consistiu em desdobramento da extorsão mediante sequestro, em que o sujeito passivo do sequestro não precisa ser o mesmo a sofrer a lesão patrimonial (neste caso, a empresa bancária). Veja-se o correto comentário de Cezar Roberto Bitencourt:

Sujeito passivo também pode ser qualquer pessoa, inclusive quem sofre o constrangimento sem lesão patrimonial. Assim, a vítima do sequestro pode ser diversa da pessoa que sofre ou deve sofrer a lesão patrimonial. Haverá, nesse caso, duas vítimas, uma do patrimônio e outra da priva-

ção de liberdade, mas ambas do mesmo crime de extorsão mediante sequestro. [...]

A pessoa jurídica não pode ser sequestrada, mas pode ser constrangida a pagar o resgate, podendo, em consequência, também ser sujeito passivo deste crime.

36. Não cabe, portanto, a cumulação material entre a extorsão mediante sequestro e o roubo, e deve este ser considerado apenas exaurimento daquela.

Bem assim os seguintes julgados:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 157, § 2º, I E IV, E ART. 159, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. CONCURSO MATERIAL. INOCORRÊNCIA.

Não configura hipótese de concurso material, se as condutas delituosas foram praticadas em um mesmo contexto fático, e contra as mesmas vítimas, de forma a ficar o delito de roubo absorvido pelo de extorsão mediante sequestro.

Recurso desprovido. (Acórdão unânime do STJ no REsp 773497/DF, Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Julg. 12/09/2006, Publ. *DJ* 26/03/2007, p. 275) (grifos)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO, QUADRILHA OU BANDO E RECEPÇÃO. CONFIGURAÇÃO. ROUBO EM CONCURSO MATERIAL COM A EXTORSÃO. INOCORRÊNCIA. INTERROGATÓRIO POLICIAL. AUSÊNCIA DE DEFENSOR. POSSIBILIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONFISSÃO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO. INADMISSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA.

(...)

4. Inexiste concurso material entre o roubo e a extorsão mediante sequestro quando aquele constitui uma das etapas desse último, sendo por este absorvido.

(...)

12. Apelações improvidas. (Acórdão unânime do TRF 5ª na ACR 7.104/PE, Terceira Turma, Rel. Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel de Faria, Julg. 21/07/2011, Publ. *DJe* 01/08/2011, p. 72, 2011) (grifos)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. PROCESSO DESMEMBRADO EM FACE DE O APELANTE ENCONTRAR-SE FORAGIDO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL DO PROCESSO ORIGINÁRIO (ACR Nº 4.681/PE) JÁ JULGADA POR ESTA CORTE. CRIME DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO, DE ROUBO E DE QUADRILHA OU BANDO. DELITO DE ROUBO ABSORVIDO PELO CRIME-FIM (EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO).

(...)

6 - O crime de extorsão mediante sequestro consuma-se com o sequestro da vítima (mesmo antes da obtenção da vantagem), haja vista que os bens jurídicos tutelados pela norma incriminadora do Artigo 159 do Código Penal é o patrimônio, a liberdade individual e a integridade física e psíquica do ser humano.

7 - Ademais, o crime de roubo (armas dos vigilantes e fitas VHS da CEF) perpetrado foi o exaurimento, portanto, absorvidos pelo crime de extorsão mediante sequestro, que, no caso ora em exame, ocorreu em face da subtração dos R\$ 89.462,33, que constituiu a própria obtenção da vantagem, não tendo como se valorar a subtração como circunstância judicial desfavorável.

(...)

28 - Apeleção do Ministério Público Federal parcialmente provida para tão somente majorar a pena mais grave pelo crime de extorsão mediante sequestro (15 anos) em 2/5 (dois quintos), em face do concurso formal (CP, art. 70). (Acórdão unânime do TRF5 na ACR 5.319/PE, Primeira Turma, Rel. Des. Fed. Rogério Fialho Moreira, Julg. 19/11/2009, Publ. DJe 11/12/2009, p. 142, 2009) (grifos)

DA NÃO PARTICIPAÇÃO DE ÉRIKA BORGES PINTO NO DELITO DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO

Outro tópico digno de reparo na decisão é, exatamente, a dúvida quanto à responsabilidade da corré ÉRIKA BORGES PINTO quanto ao crime de extorsão mediante sequestro, art. 159, § 1º, c/c art. 71, parágrafo único, do CP.

De todo o apurado na instrução criminal, nada de objetivamente concreto foi encontrado que ligasse a pessoa ao ato de extorsão mediante sequestro.

Com efeito, em todos os depoimentos colhidos não houve referência à participação de mulher, só sendo registrado o concurso de pessoas do sexo masculino.

Entretanto, o único liame entre ela e o delito é o fato de ter sido companheira, à época dos fatos, do acusado RIOMAR PEREIRA DOS SANTOS e a constatação de que o veículo que foi utilizado nas ações criminosas estava registrado em seu nome (fls. 153/154).

Nos autos, tudo indica que o referido automóvel pertencia, na realidade, a um dos envolvidos diretamente com as ações delituosas e, o fato de sua fuga, a princípio, no mesmo dia em que ela restou capturada pela polícia, não são suficientes para configurar a sua participação no episódio delituoso concreto ocorrido em 23 de março de 2004 e, conseqüentemente, embasar uma condenação criminal.

O juiz, inclusive, reconhece na sentença a não demonstração da participação direta da acusada no evento criminoso, sustentando a sua condenação com base em evidências e indícios, que no caso exame, se mostram insuficientes (fl. 409).

Portanto, destoando da situação jurídica dos demais condenados, entendendo presentes dúvidas quanto à certeza de autoria e materialidade da sua participação no crime de extorsão mediante sequestro, aplicando em seu favor o benefício da dúvida para absolvê-la.

Deve ser mantida, portanto, em desfavor de Érika Borges, apenas a condenação pelo de formação de quadrilha, consoante as razões expostas na sentença.

DAS TESES DEFENSIVAS

Passando à análise das teses defensivas, inicialmente com a preliminar suscitada na apelação criminal de JONAS GOMES DE ARAÚJO e de CARLOS VIEIRA DA SILVA de nulidade absoluta do processo em virtude de as audiências de oitiva das testemunhas arroladas pelo órgão acusador terem sido realizadas sem a presença dos réus.

Não que se falar em nulidade haja vista que as ausências foram provocadas pelos próprios acusados, no caso de CARLOS VIEIRA DA SILVA, no momento da intimação, conforme certidão (fl. 184), havia fugido da Penitenciária João Chaves, em Natal, em 04/07/05, tendo a audiência ocorrido em 15/08/2006, não se podendo responsabilizar o Poder Judiciário pela ausência do acusado.

No tocante ao acusado JONAS GOMES DE ARAÚJO, apesar de devidamente cientificado do dever de comparecer aos atos do processo, conforme termo de compromisso (fl. 94), não foi encontrado e nem compareceu a juízo descumprindo as condições impostas para sua soltura, não se havendo falar, nos dois casos, de nulidade processual.

Também sem sucesso a pretensão de desclassificação do crime do art. 159, § 1º, para o crime previsto no art. 158, § 1º, ambos do CP.

Com efeito, os apelantes para subtrair o numerário pertencente à CAIXA, realizaram o sequestro das famílias de RONALDO FLORÊNCIO DE OLIVEIRA, porteiro da agência bancária, e de PAULO SÉRGIO CAVALCANTE DE CASTRO, tesoureiro da CEF. Em assim agindo, as vítimas foram privadas da liberdade por várias horas, sendo exigido, em troca da libertação dos reféns, o dinheiro auferido com a empreitada criminosa.

É assente a natureza formal do referido crime, não se exigindo para sua consumação resultado naturalístico, ou seja, no caso, bastou a privação da liberdade das vítimas com a exigência do dinheiro para configurar o crime previsto no no art. 159, § 1º, do CP.

Desenganada a alegação de impossibilidade de condenação pelo tipo do art. 159, § 1º, c/c art. 288 do CP, pela aplicação do princípio do *non bis in idem*, haja vista a autonomia de ambas as condutas e os diferente bens jurídicos tutelados, sendo o primeiro considerado crime de perigo comum e, o segundo, de perigo concreto.

Calha a definição do eminente Procurador Regional da República (fls. 590/590v.):

31. O concurso material do crime de extorsão mediante sequestro com o de formação de quadrilha é perfeitamente cabível, sem implicar *bis in idem*. A extorsão mediante sequestro qualificada pelo cometimento por bando ou quadrilha é autônoma frente à formação de quadrilha, e os bens jurídicos tutelados são diferentes. Enquanto a extorsão mediante sequestro constitui crime de perigo comum e abstrato, o bando configura delito de perigo concreto.

32. A extorsão mediante sequestro é crime formal e permanente, que se consuma com a privação da liberdade da vítima com a intenção de exigir vantagem e prorroga-se no tempo enquanto existir a privação, prescindindo da obtenção da vantagem, a qual é mero exaurimento. Sua tipificação visa proteger o patrimônio, a liberdade individual e a integridade física e psíquica do ser humano. Já o delito de formação de quadrilha é de concurso necessário e caráter permanente, em que mais de três pessoas concertam previamente a prática de infrações indeterminadas, com estabilidade e permanência da associação. Não há óbice ao concurso material desses crimes.

33. A efetiva configuração do crime de bando no caso comprova-se por duas perspectivas distintas. A primeira é relativa às circunstâncias em que os réus se encontravam, de terem praticado outros crimes de roubo, como a captura de CARLOS DA SILVA e RIOMAR DOS SANTOS por envolvimento em atos dessa natureza com outras pessoas, suficientes para caracterizar a quadrilha, porquanto havia associação de mais de três pessoas com o fim de cometer número indeterminado de crimes.

34. Outra visão possível e ainda melhor caracterizada neste processo é a de formação criminosa para o cometimento de crimes de qualquer natureza que se façam necessários para determinada finalidade. Isso se observa porque inicialmente a vítima da extorsão mediante sequestro foi um porteiro da agência bancária, abordado pelos réus porque eles acreditavam que poderia dar-lhes acesso ao cofre, com o fornecimento da senha. Como não foi possível, fizeram outra vítima, o tesoureiro da agência, quando finalmente tiveram o acesso desejado. Vê-se que outros crimes poderiam ser praticados, se os anteriores fossem insuficientes para obtenção do fim desejado, de subtrair os valores da Caixa Econômica. É evidente, *data venia*, a formação de quadrilha no caso.

A insurgência quanto à insuficiência de provas pela aplicação do princípio do *in dubio pro reo* resta dirimida pelo comentário inicial sobre a análise da sentença, exaustiva na delimitação de elementos de autoria e materialidade dos delitos perseguidos.

No caso o princípio do *in dubio pro reo* só pode ser aplicado à situação jurídica penal da acusada ÉRIKA BORGES PINTO para absolvê-la da prática do crime de extorsão mediante sequestro não se aplicando, entretanto, na condenação pelo crime de quadrilha ou bando.

NOVA DOSIMETRIA DA PENA EM RAZÃO DO AFASTAMENTO DO DELITO DE ROUBO - ART. 157, § 2º, EM RELAÇÃO A TODOS OS APELANTES E, TAMBÉM, EM RELAÇÃO AO CRIME DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO EM RELAÇÃO A ÉRIKA BORGES PINTO

Considerando o afastamento do crime de roubo imputado aos apelantes e do crime de quadrilha ou bando em relação à acusada ÉRIKA BORGES PINTO, mantendo-se incólume todos os demais tópicos do comando sentencial, tem-se a redução no *quantum* das penas aplicadas aos acusados (fls. 438/446):

a) Pelos crimes de extorsão mediante sequestro, praticado de forma continuada, combinado com o delito de quadrilha armada, art. 159, § 1º, c/c 71, c/c 288, § 1º, do CP deve ser aplicada a JONAS GOMES DE ARAÚJO a pena de 22 (vinte e dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e 360 (trezentos e sessenta dias multa) pelo primeiro crime e de 4 (quatro) anos de reclusão pelo segundo, totalizando 26 (vinte e seis) anos de reclusão e 360 (trezentos e sessenta dias multa), à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos;

b) A RIOMAR PEREIRA DOS SANTOS, pelos crimes de extorsão mediante sequestro, praticado de forma continuada com o delito de quadrilha armada, art. 159, § 1º, c/c 71, c/c 288, § 1º, do CP, deve ser aplicada a pena de 15 (quinze) anos de reclusão e 360 (trezentos e sessenta dias multa) pelo primeiro crime e de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão pelo segundo, totalizando 19 (dezenove) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 360 (trezentos e sessenta dias multa), à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos;

c) A CARLOS VIEIRA DA SILVA, pelos crimes de extorsão mediante sequestro, praticado de forma continuada cominado com o delito de quadrilha armada, art. 159, § 1º, c/c 71, c/c 288, § 1º, do CP, deve ser aplicada a pena de 24 (vinte e quatro) anos de reclusão e 360 (trezentos e sessenta dias multa) pelo primeiro crime e de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão pelo segundo, totalizando 28 (vinte e oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 360 (trezentos e sessenta dias multa), à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos;

d) Por fim, a ÉRIKA BORGES PINTO, pela prática do crime de quadrilha armada, 288, § 1º, do CP, deve ser infligida a pena de 2 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

Tecidas essas considerações, dou parcial provimento às apelações criminais.

Assim voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.809-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Apelantes: JOÃO EDMILSON MEDEIROS MIRANDA E ALEXANDER DIÓGENES FERREIRA GOMES
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. JADER DE FIGUEIREDO CORREIA JÚNIOR E ANTÔNIO NABOR AREIAS BULHÕES E OUTRO

EMENTA: PENAL. CRIMES DE CONTABILIDADE PARALELA (“CAIXA DOIS”) E EVASÃO DE DIVISAS. LEI Nº 7.492/86. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA EXACERBADA. AJUSTE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA QUANTO AO DELITO PREVISTO NO ART. 16 DO REFERIDO DIPLOMA LEGAL.

- Tratando-se de crimes de autoria coletiva, é prescindível a descrição minuciosa e individualizada da ação de cada acusado, bastando a nar-

rativa das condutas delituosas e da suposta autoria, de modo a fornecer elementos hábeis ao exercício do direito de defesa, como verificado no caso concreto.

- A citação na forma do art. 368 do CPP (através de carta rogatória) somente é viável quando o réu encontra-se no estrangeiro, em lugar sabido, não sendo essa a hipótese dos autos.

- Nulidade dos atos praticados pelo magistrado titular da vara de origem, ante o julgamento da Exceção de Suspeição nº 783/CE, afastada considerando que os fatos ensejadores do referido incidente não guardam qualquer pertinência com os fatos envolvendo os suscitantes, não tendo, por outro lado, a defesa apontado qualquer prejuízo advindo das decisões do magistrado antes mencionado.

- Cerceamento ao direito de defesa afastado, porquanto cabe ao Juiz decidir pela conveniência e necessidade das diligências requeridas, devendo desconsiderá-las quando entender que são meramente procrastinatórias.

- Delito de contabilidade paralela comprovado nos autos, considerando a movimentação de altas somas através da utilização de contas bancárias abertas em nome de “laranja” (motoqueiro e caixa da empresa), servindo de suporte paralelo e clandestino às operações irregulares desenvolvidas pela ACCTUR CÂMBIO E TURISMO.

- Materialidade do delito de evasão de divisas delineado, conforme se infere dos extratos de transações financeiras internacionais expedidos pelo Banco Central do Brasil, através do Depto. de Combate a Ilícitos Cambiais e Financeiros, dando conta de remessas irregulares ao exterior de um montante de mais de US\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil dólares).

- Autoria dos delitos evidenciada, com arrimo no conjunto probatório constante dos autos, com a

participação descentralizada de cada um dos réus na empreitada criminosa.

- Tratando-se de decisum com trânsito em julgado para a acusação, a prescrição regula-se pela pena in concreto, no caso dois anos, a teor do art. 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal (redação anterior à Lei nº 12.234/2010).

- No caso, o período entre a data de encerramento da última conta investigada, ocorrido em 1997, e o recebimento da denúncia (02.03.2004 – fl. 03) excede o prazo legal de quatro anos, sendo de rigor a extinção da punibilidade com relação ao delito capitulado no art. 16 da Lei nº 7.492/86.

- Inquéritos policiais ou ações penais em curso ou, ainda, condenações não transitadas em julgado não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade voltada ao crime, sob pena de lesão ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

- Fixação da pena-base de Alexander Diógenes em 2 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão, referente ao delito previsto no art. 11 da Lei nº 7.492/86; e 3 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão, relativo ao delito previsto no art. 22, parágrafo único, do mesmo diploma legal, acrescida esta última da causa especial de aumento, reconhecida na sentença, advinda da “grande quantidade de vezes em que reiterada a conduta” (art. 71 do Código Penal), elevando essa pena em 1/3 (um terço), do que resulta, em definitivo, 7 (sete) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

- Apelação de Alexander Diógenes Ferreira Gomes parcialmente provida. Apelo de João Edmilson Medeiros Miranda não conhecido em parte e improvido quanto ao mais.

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, rejeitar as preliminares e, no mérito, dar parcial provimento à apelação de Alexander Diógenes Ferreira Gomes e negar provimento ao apelo de João Edmilson Medeiros Miranda, este último na parte conhecida, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 29 de setembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Trata-se de apelações criminais interpostas por JOÃO EDMILSON MEDEIROS MIRANDA e ALEXANDER DIÓGENES FERREIRA GOMES contra sentença que julgou parcialmente procedente a ação penal ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, condenando o primeiro recorrente pela prática do delito previsto no art. 11 da Lei nº 7.492/86, e o segundo pela prática dos crimes capitulados nos arts. 11, 16 e 22, do diploma legal antes mencionado.

O apelante JOÃO EDMILSON MEDEIROS MIRANDA, condenado à pena privativa de liberdade de 3 (três) anos de reclusão, sustenta a inépcia da denúncia e a nulidade dos atos praticados pelo Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio, ante o julgamento da Exceção de Suspeição nº 783/CE. No mérito, defende, em síntese, que: não restou configurado o crime de quadrilha; as condutas dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional são atípicas (arts. 6, 11, 16 e 22 da Lei nº 7.492/86) por se tratar de crimes próprios; quanto ao crime previsto na Lei nº 8.137/90, destaca a impossibilidade da persecução penal antes da conclusão do processo administrativo no âmbito da repartição tributária; a dosimetria da pena

foi realizada de forma exacerbada, tanto na fixação da pena base, quanto na incidência do art. 71 do Código Penal.

O apelante ALEXANDER DIÓGENES FERREIRA GOMES, condenado à pena privativa de liberdade de 10 (dez) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, sendo 3 (três) anos de reclusão para o delito previsto no art. 11 da Lei nº 7.492/86; 2 (dois) anos de reclusão para o delito previsto no art. 16; e 4 (quatro) anos de reclusão para o delito previsto no art. 22, parágrafo único, da referida lei, mais 1/3 decorrente do art. 71, CP, sustenta, preliminarmente, a prescrição, a nulidade da citação por violação ao art. 368, do CPP, bem assim dos atos praticados pelo Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio, ante o julgamento da Exceção de Suspeição nº 783/CE. Ainda em prefacial, o recorrente sustenta a ocorrência de vício do processo por cerceamento do direito de defesa, consistente no indeferimento das diligências, conforme prevê o art. 499, CPP. No mérito, defende, em síntese, que: inexistem provas da autoria e materialidade dos delitos objeto da condenação. Impugna, por fim, a dosimetria da pena e o excesso na aplicação da majorante do art. 71, CP.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

Parecer do Ministério Público Federal, oficiando como *custos legis*, nesta instância, opinando pela confirmação do *decisum*, no tocante ao apelo de João Edmilson, e o provimento parcial da apelação de Alexander Diógenes com relação à condenação alusiva ao crime previsto no art. 16 da Lei nº 7.492/86, alcançado pela prescrição.

É o relatório. Ao revisor.

VOTO

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

Pretendem os apelantes obter a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente a ação penal ajuizada pelo Ministério Público Federal, para condená-los às penas insertas em dispositivos da lei dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.

Inicialmente, registro que inexistente interesse recursal do réu JOÃO EDMILSON no tocante à impugnação alusiva aos delitos

previstos nos arts. 6º, 16 e 22, da Lei nº 7.492/86; e 1º, I e II, da Lei nº 8.137/90, vez que o referido apelante foi absolvido de tais crimes.

Com relação à inépcia da denúncia, por eventual deficiência no tocante à individualização da conduta dos agentes, registro que a jurisprudência¹ há muito pacificou o entendimento de que, em se tratando de crimes de autoria coletiva, é prescindível a descrição minuciosa e individualizada da ação de cada acusado, bastando a narrativa das condutas delituosas e da suposta autoria, de modo a fornecer elementos hábeis ao exercício do direito de defesa, como verificado no caso concreto.

Quanto ao defeito na citação do recorrente ALEXANDER DIÓGENES, ressalto que a citação na forma do art. 368 do CPP (através de carta rogatória), somente é viável quando o réu encontra-se no estrangeiro, em lugar sabido, não sendo essa a hipótese dos autos, conforme bem destacou a sentença.

No tocante à nulidade dos atos praticados pelo Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio, ante o julgamento da Exceção de Suspeição nº 783/CE, cumpre destacar que os fatos ensejadores do manejo do referido incidente processual não guardam qualquer pertinência com os fatos envolvendo os ora suscitantes, não tendo, de outro turno, a defesa apontado qualquer prejuízo advindo das decisões do magistrado antes mencionado.

Quanto à ocorrência de vício por cerceamento do direito de defesa, consistente no indeferimento das diligências requeridas pelo recorrente ALEXANDER DIÓGENES, tal preliminar, igualmente, não merece acolhimento.

Com efeito, cabe ao Juiz decidir pela sua conveniência e necessidade, devendo desconsiderá-las quando entender que são meramente procrastinatórias, não havendo, *in casu*, que se falar em prejuízo à defesa, visto que tal negativa foi devidamente fundamentada (fls. 354/356). Nesse sentido, refiro-me ao seguinte precedente do egrégio Superior Tribunal de Justiça: HC 138.431/SP, 6ª T., DJe. 07.02.2011, rel. Min. Celso Limongi (convocado).

¹ STJ, HC 77173, 5ª T, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 05.04.2010.

Com relação ao instituto da prescrição, observo que merece acolhimento parcial a tese defendida pelo recorrente ALEXANDER DIÓGENES, conforme ressaltado pelo MPF, no tocante à condenação referente ao delito previsto no art. 16 da Lei nº 7.492/86.

Com efeito, tratando-se de *decisum* com trânsito em julgado para a acusação, a prescrição regula-se pela pena *in concreto*, no caso dois anos, a teor do art. 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal (redação anterior à Lei nº 12.234/2010).

Por outro lado, o art. 109 do Estatuto Repressor, assim dispõe acerca da prescrição da pretensão punitiva:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110, deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:
(...)
V - em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois);

Nos termos do dispositivo legal supracitado, a prescrição do referido delito se opera em quatro anos.

In casu, observo que entre a data de encerramento da última conta investigada, ocorrido em 1997, e o recebimento da denúncia (02.03.2004 – fl. 03) excede o prazo legal de quatro anos, sendo de rigor a extinção da punibilidade com relação a tal delito.

No tocante à pena de multa, cominada, cumulativamente, com a pena privativa de liberdade, observo que, igualmente, a mesma foi fulminada pelo instituto da prescrição, a teor do art. 114, II, do Código Penal Brasileiro.

De outra banda, resta afastado o reconhecimento da prescrição alusiva aos delitos previstos nos arts. 11 e 22 da Lei nº 7.492/86.

Conforme ressaltado na sentença (tópico 69), o encerramento da conta nº 2.503.340-P deu-se em 1997, não podendo “excluir tal conta do presente feito, devendo ser considerada, globalmente com as demais, para a contagem do prazo prescricional.”

No caso dos autos, o suscitante foi apenado com 3 (três) e 4 (quatro) anos de reclusão em razão dos delitos antes citados, sem a incidência da majorante do crime continuado. Nos termos do art.

109, CP, acima transcrito, a prescrição se opera em 8 (oito) anos, não tendo, a toda evidência, transcorrido.

Passo ao exame do mérito.

Inicialmente, no tocante à materialidade do delito previsto no art. 11 da Lei nº 7.492/86 (“manter ou movimentar recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação”), registro que a mesma ressoa inquestionável.

Nesse sentido, vale transcrever a sentença que apurou a questão com inegável acerto:

64. Segundo Luiz Régis Prado, “a figura delitiva sob análise busca coibir as condutas tendentes a criar uma contabilidade paralela (‘caixa-dois’), com vistas a manter ou movimentar recursos, sem registrá-los oficialmente, seja para satisfazer despesas não comprováveis, seja para aumentar indevidamente lucros de diretores ou gerentes sem o respectivo pagamento dos impostos devidos. Convém destacar, a propósito, que a redação do tipo legal é bastante ampla, abraçando qualquer tipo de manutenção ou movimentação de valores paralelos à contabilidade exigida pela norma legal, inclusive – como cita a doutrina – do ‘empresário que mantenha uma escrituração auxiliar, paralela à contabilidade legal, com o intuito de melhor acompanhar a vida contábil da empresa, fazendo lançamentos corretos, mantendo ou movimentando recursos igualmente indicados na contabilidade legal” (Direito Penal Econômico, São Paulo: RT, 2004, p. 271-272). Quanto à análise da tipicidade objetiva, diz o ilustre penalista: “O primeiro núcleo – expresso pelo verbo manter – significa conservar, sustentar, prover, no sentido de continuidade. Exige o resultado da habitualidade, o que pressupõe uma atividade reiterada e constante para a caracterização do delito, revestindo-se tal conduta, ainda, do caráter de permanência, podendo o agente, portanto, ser preso em flagrante delito, a qualquer momento, enquanto não cessada a atividade criminosa. De outra parte, movimentar equivale a circular, mover e impulsionar” (ob. cit., p. 272-273).

65. Pois bem. A materialidade do delito em questão resta amplamente comprovada. De fato, conforme o Relatório de Movimentação Financeira realizado pelo Setor de Análise e Transcrição da Polícia Federal em outubro de 2001

(fls. 001 a 143 - Apenso 04), que examinou a farta documentação referente às contas nº 30.065-2 (Ag. 0450 - Banco Francês e Brasileiro), nº 01.001738-5 (Ag. 0022 - Banco Rural), nº 2.503.340-P (Ag. 1234 - Bradesco), nº 2.301.635-4 (Ag. 3238 - Bradesco) e nº 4.5181-9 (Ag. 0564 - Bradesco), todas de titularidade de JACQUES VIANA MONTE, foram movimentados valores elevados em duas das contas analisadas, quais sejam, as de nº 30.065-2 (Ag. 0450 - Banco Francês e Brasileiro) e nº 01.001738-5 (Ag. 0022 - Banco Rural). Não foram analisadas as contas do BIC Banco e do Banco do Brasil (*vide* fls. 609 e 619 do Apenso 05). (Fls. 789/790)

Os quadros constantes do tópico 66 da sentença são hábeis a demonstrar as altas somas movimentadas através de “caixa-dois”, podendo-se acrescentar que em sede de interrogatório o Sr. Jacques Viana Monte (fl. 45) asseverou ter ciência da abertura das contas antes mencionadas ou haver fornecido documentos para tal desiderato.

A alegação de atipicidade da conduta fundada no fato de que a movimentação dava-se através de contas de pessoa física não se sustenta, vez que as contas correntes abertas em nome do “laranja” Jacques Viana Monte (motoqueiro e caixa da empresa) serviram de suporte paralelo e clandestino às operações irregulares desenvolvidas pela ACCTUR CÂMBIO E TURISMO, caracterizando o ilícito em exame.

Registre-se, ainda, que o fato de ser crime próprio não exclui a possibilidade que o referido delito ocorra em concurso, sob a forma de participação. Nesse sentido, refiro ao precedente a Suprema Corte transcrito na sentença (fl. 794), bem assim ao julgado abaixo ementado, *in verbis*:

PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ART. 4º DA LEI Nº 7.492/86. GESTÃO FRAUDULENTA. OPERAÇÕES IRREGULARES DE EMPRÉSTIMOS NO BANCO DO BRASIL DESTINADOS AO MUNICÍPIO DE ANAURILÂNDIA/MS. MATERIALIDADE DELITIVA. COMPROVAÇÃO. INDÍCIOS DE AUTORIA. CRIME PRÓPRIO. COAUTORIA E PARTICIPAÇÃO. ADMISSIBILIDADE. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PROVIMENTO DO RECURSO.

(...)

2. O crime próprio não apresenta incompatibilidade com a participação de pessoa despida da condição especial prevista no tipo.

3. Tratando-se de crime próprio, admite-se a participação e a coautoria, em face do que dispõe o art. 30 do CP, no sentido de que as elementares de caráter pessoal se comunicam entre os agentes. Desse modo, o paciente se equipara àquele que preenche os requisitos previstos na lei para figurar como sujeito ativo do crime.

4. Admissível, no crime próprio, o concurso de agentes (art. 29 do CP), inclusive quanto ao estranho à instituição financeira (art. 30 do CP).

5. Presentes os requisitos para o recebimento da denúncia. Provimento do recurso. (TRF 3ª, 1ª T., RCCR 3607, rel. Juiz Luciano de Souza Godoy, *DJU* 07/03/2006, p. 212)

Destaque-se, ainda, a desnecessidade da perícia reclamada, porquanto a configuração do delito restou delineada a partir do exame dos demais elementos probatórios constante dos autos, prescindindo da realização da aludida prova. Nesse sentido: TRF 5, 1ª T., ACR 3381, rel. Des. Federal (convocado) Frederico Azevedo, *DJU* 28/02/2008, p. 1274.

Passo agora ao exame da questão alusiva à autoria delitiva e observo que a participação dos apelantes no esquema criminoso restou demonstrada à saciedade na instrução criminal.

Tal aspecto encontra respaldo na prova dos autos, assim abordado na sentença, especificamente com relação ao réu JOÃO EDMILSON:

89. A situação do réu JOÃO EDMILSON, entretanto, é bastante diversa, conforme foi evidenciado nos depoimentos já indicados nesta sentença, convindo transcrever novamente alguns deles: “[...] que quem falou com o interrogando para emprestar seu nome para a abertura de conta foi outro empregado da ACCTUR que se chamava Lopes e trabalhava no setor de pessoal; [...] que era o interrogando que assinava os cheques para a movimentação da conta; que eles mandavam o talão para o interrogando e ele assinava os cheques em branco e devolvia o talão todo assinado para a tesouraria; [...] que o chefe do setor que o inter-

rogando trabalhava era João Edmilson Medeiros Miranda [...]” (interrogatório de JACQUES VIANA MONTE, fls. 45/46); “[...] que, o declarante chegou a efetuar vários depósitos, bem como a compra de moedas estrangeiras com cheques em nomes das pessoas acima citadas, que lhe foram entregues pelo tesoureiro JOÃO EDMILSON PEREIRA MIRANDA e de seu auxiliar VILFRAN TEIXEIRA TORQUATO” (depoimento de JOSÉ LOURENÇO DA SILVA, fl. 157 do IPL); “Que, pelo que sabe, as determinações de preenchimento e desconto de cheques eram oriundas de João Edmilson” (depoimento de FRANCISCO ROMILDO PÁSCOA DE SOUSA, fl. 465); “Que Vilfran fazia o somatório dos cheques a serem distribuídos para depósito, repassando-os a João Edmilson, sendo que este último é quem distribuía as tarefas aos motoqueiros, não sabendo o depoente ao certo quem era subordinado a quem; que, ao que presume, os cheques vinham das operações de câmbio ou diretamente de João Edmilson para as mãos de Vilfran” (depoimento de ROGER DA SILVA REBOUÇAS, fl. 452 da ação penal); “Que antes de ter ingressado na ACCTUR já possuía o depoente uma conta no Banco Bradesco, Agência Verdes Mares [...] que após a reativação da conta, a empresa ACCTUR, através de sua tesouraria e de Edmilson, realizou duas operações consistente num depósito e, em seguida, num saque, de valores que não sabe informar; que após isso, o gerente do Bradesco mandou chamar o depoente e lhe disse que não aceitava esse tipo de operação, razão pela qual, depois disso, o próprio depoente desativou a conta” (depoimento de ROBERTO ALMEIDA DE FREITAS, fl. 183 da ação penal).

90. O conjunto de provas que compõe os autos converge no sentido de que JOÃO EDMILSON era, além de chefe da tesouraria da ACCTUR – função que, por si só, revela a íntima conexão que possuía com a movimentação monetária da referida organização –, também seu Diretor. A ele se subordinava diretamente não apenas VILFRAN, a quem dava orientações diversas, como o próprio JACQUES VIANA MONTE, titular das contas bancárias, conforme foi por este revelado em seu interrogatório. Fica claro, por conseguinte, que, além de ter plena ciência do que estava a fazer, participava JOÃO EDMILSON do centro decisório da ACCTUR compondo uma seleta equipe ao lado de ALEXANDER DIÓGENES. (Fls. 798/799)

De outro lado, a autoria de ALEXANDER DIÓGENES, na prática do delito, ia da utilização de interpostas pessoas à execução direta do ilícito, sendo de boa ordem transcrever a sentença recorrida:

91. Em relação ao réu ALEXANDER DIÓGENES, cabe advertir que, segundo a teoria do domínio final do fato – surgida em 1939, com o finalismo de Hans Welzel –, autor do crime será aquele que, na concreta realização do fato típico, consciente, domina-o mediante o poder de determinar o seu modo e, inclusive, quando possível, de interrompê-lo. Autor é, portanto, aquele que tem o controle final do fato, no sentido de ter o poder de decisão quanto à sua realização e consumação. Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, autor “é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato. É não só o que executa a ação típica, como também aquele que se utiliza de outrem, como instrumento, para a execução da infração penal” (Tratado de direito penal, 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 417). Segundo Juan J. Bustos Ramírez, “Sólo el autor es el que tiene este poder o dominio final sobre el hecho, pues sólo él es el dueño de la realización del tipo y puede, en virtud de ese dominio de la situación, conducir el curso típico y entre otras cosas, por ejemplo, interrumpir su realización. El partícipe, en cambio, sólo auxilia en un hecho que es dominado por el autor.” (Juan J. Bustos Ramírez e Hernán Hormazábal Malarée, Lecciones de derecho penal, Buenos Aires: Trotta, 1999, vol. II, p. 286).

92. *In casu*, comprovou-se que o réu ALEXANDER DIÓGENES utilizou-se de interposta pessoa – a saber, o codenunciado JACQUES VIANA MONTE –, juntamente com JOÃO EDMILSON, na prática dos delitos imputados na denúncia. Além de chefe da organização criminosa ACCTUR, detendo, portanto, o controle final sobre a realização dos fatos delituosos, há notícia nos autos de que ALEXANDER DIÓGENES ia além disso em algumas vezes, exercendo papel de executor material. Com efeito, para se ter ideia do *modus operandi*, é ilustrativo o seguinte depoimento: “Que, salvo engano em 1996 foi chamado à tesouraria da empresa por JOÃO EDMILSON MEDEIROS MIRANDA, o qual afirmou que iria abrir uma conta corrente em nome do declarante para movimentar recursos da empresa ACCTUR [...] que o próprio EDMILSON MEDEIROS

entregou na própria empresa ACCTUR a ficha de autógrafos para que o declarante a assinasse [...] que chegou a ir com ALEX a agência do Banco do Brasil da Av. Duque de Caxias, para abrir conta corrente em nome do declarante, não sabendo informar se efetivamente foi aberta” (depoimento de JOSÉ LOURENÇO DA SILVA, fl. 157 do IPL e fls. 133/134 da ação penal). (Fls. 799/800)

No que diz respeito à materialidade do delito de evasão de divisas², previsto no art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, os extratos de transações financeiras internacionais expedidos pelo Banco Central do Brasil, através do Depto. de Combate a Ilícitos Cambiais e Financeiros, dão conta de remessas irregulares ao exterior de um montante de mais de US\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil dólares), conforme bem destacado na sentença:

118. De acordo com os extratos de transações financeiras internacionais ofertados pelo Banco Central do Brasil, através do Departamento de Combate a Ilícitos Cambiais e Financeiros - DECIF (*vide* fls. 518/522 do IPL e documentação constante do Apenso 06), foram transferidos, entre 13.11.1999 e 30.12.92, da conta de nº 30065-2 - Agência 450 - Banco Francês e Brasileiro, do “laranja” JACQUES VIANA MONTE, valores que totalizaram CR\$ 31.369.115.500,00 (trinta e um bilhões, trezentos e nove milhões, cento e quinze mil e quinhentos cruzeiros), equivalentes, à época, a US\$ 2.929.593,58 (dois milhões, novecentos e vinte e nove mil, quinhentos e noventa e três dólares e cinquenta e oito centavos), para crédito na conta nº 5.454-4 - Agência 0155 (Foz do Iguaçu) - BEMGE, de titularidade do BANCO DEL PARANÁ S/A, domiciliado no Paraguai.

119. No período de 23.11.92 a 30.12.1992, foram transferidos da mesma conta valores que somaram CR\$ 20.371.012.022.00 (vinte bilhões, trezentos e setenta e um milhões, doze mil e vinte e dois cruzeiros), equivalentes a US\$ 1.907.297.45 (um milhão, novecentos e sete mil, du-

² Vale conferir as formas de consumação do delito de evasão de divisas (através de depósito em Conta CC5 e por meio da operação denominada “dólar-cabo”), delimitadas na sentença (fls. 804/807).

zentos e noventa e sete dólares dos Estados Unidos e quarenta e cinco centavos), para crédito na conta nº 34.711-20 - Agência 399 (Foz do Iguaçu) - HSBC, de titularidade da empresa CÂMBIOS AMÉRICA S/A, também domiciliada no Paraguai. (Fl. 807)

Quanto à autoria do réu ALEXANDER DIÓGENES, reporto-me ao interrogatório de JACQUES VIANA MONTE (fl. 45), e aos depoimentos de ROBERTO ALMEIDA DE FREITAS (fl. 458); PAULO ROBERTO FONTENELE MORAES (fl. 242, do IPL); JOSÉ LOURENÇO DA SILVA (fl. 157, do IPL e 133/134, da Ação Penal).

No tocante à condenação estabelecida na sentença recorrida em desfavor do réu JOÃO EDMILSON, verifico que restaram observadas as regras dispostas no art. 59 do Código Penal, nortes do juiz na individualização da pena, devendo ser mantida a pena-base imposta ao acusado, fixada no ponto médio (3 anos, tida posteriormente como definitiva).

Com efeito, o sentenciante apurou a elevada culpabilidade do apelante, bem assim a sua participação essencial na execução dos delitos. Nesse sentido, vale ressaltar:

A culpabilidade é elevada. Embora aparentemente não possua formação técnica, admitiu em seu interrogatório (fl. 218) que frequentou curso patrocinado pela ACCTUR tendo como objeto operações de câmbio. Daí se conclui que tinha ele, inegavelmente, plena e elevada consciência da antijuridicidade dos seus atos. Sua participação foi essencial na execução dos delitos, exercendo papel-chave na colocação em prática das deliberações da Diretoria do Grupo ACCTUR, da qual, frise-se, ele fazia parte.(...) (fl. 811)

Com relação à sanção imposta ao recorrente ALEXANDER DIÓGENES, tenho que a sentença merece um pequeno ajuste.

Examinando as circunstâncias judiciais relativas ao referido condenado, o magistrado sentenciante considerou como desfavorável, dentre outras, a personalidade do agente, tomando por base a existência de condenações impostas nos processos criminais que indica, “denotando sua personalidade desajustada, voltada à prática de delitos.”

Ora, a personalidade réu não poderia ser desvalorizada pelo juízo, porquanto inquéritos policiais ou ações penais em curso ou condenações não transitadas em julgado, não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade voltada ao crime, sob pena de lesão ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

Nesse sentido, vale conferir o seguinte precedente:

PENAL. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO (ARTIGO 157, § 2º, I E II, CÓDIGO PENAL). PARTICIPAÇÃO. COMPROVAÇÃO INSUFICIENTE. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. DOSIMETRIA. ANTECEDENTES CRIMINAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO. MANUTENÇÃO PENAS FIXADAS. *REFORMATIO IN PEJUS*.

1. Não tendo ficado demonstrado nos autos, com a segurança necessária, a participação do acusado LEANDRO VENTURA no crime objeto da denúncia, não há como lhe impor condenação pela conduta delitativa que lhe é imputada, em face do princípio *in dubio pro reo*.

2. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento ou sem certificação do trânsito em julgado, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. Precedentes STF e STJ.

3. Em que pese o MM. Juízo *a quo* ter reduzido abaixo do mínimo legal, pelo reconhecimento das atenuantes do art. 65, I e III, *d*, do Código Penal, em desacordo com a Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, a mesma não pode ser majorada nesta instância, em prejuízo do réu, em virtude da ausência de recurso específico da acusação.

4. Recurso do Ministério Público Federal não provido. Recurso de apelação de ALAN BISPO ANDRE provido para reduzir-lhe as penas-bases ao mínimo legal, sem alterar o quantum das penas, em face do princípio da *non reformatio in pejus*. (TRF 1ª, 4ª T., ACR 200638000281475, Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado.), 16/09/2010).

Quanto aos demais aspectos, cumpre transcrever o seguinte trecho da sentença:

141. A culpabilidade é extremamente elevada, pois, diante da natureza da atividade empresarial exercida pelo condenado, é inegável que tinha ele plena e elevada consciência da antijuridicidade dos seus atos; aliás, o conhecimento que tinha do funcionamento do sistema financeiro e empresarial foi justamente utilizado para a construção de instrumentos voltados a burlar a fiscalização dos órgãos estatais. As dimensões das condutas do réu e o seu envolvimento com vários outros delitos, contra o qual existem cinco sentenças condenatórias (Processos nºs 99.0017751-7, 2003.81.00.027543-5, 2005.81.00.009825-0, 2004.81.00.026154-4, 2003.81.00.027411-0) denotam sua personalidade desajustada, voltada à prática de delitos. Também devem ser consideradas as circunstâncias dos delitos, com a movimentação de valores exorbitantes nas contas de titularidade de JACQUES VIANA MONTE, consoante indicado nos itens 65 e 66 desta sentença, bem como o valor remetido ao exterior, ou seja, a remessa de a US\$ 2.929.593,58, para a conta nº 5.454-4 - Agência 0155 (Foz do Iguaçu) - BEMGE, de titularidade do BANCO DEL PARANÁ S/A, domiciliado no Paraguai, e de US\$ 1.907.297.45 para crédito na conta nº 34.711-20 - Agência 399 (Foz do Iguaçu) - HSBC, de titularidade da empresa CÂMBIOS AMÉRICA S/A, também domiciliada no Paraguai. As consequências do crime também devem ser destacadas, pois a movimentação bancária em questão foi um dos instrumentos engendrados para esconder de órgãos de fiscalização estatal públicos o cometimento de inúmeros outros delitos, cometidos não somente pela organização criminosa objeto do presente processo mas também das pessoas que dela se utilizavam. Tais fatores, de acordo com o disposto no art. 59 do Código Penal, ensejam a aplicação da pena privativa de liberdade e multa além do mínimo cominado. (...). (fls. 812/813).

Sendo assim, presentes tais circunstâncias, com exceção da acima mencionada, a pena-base há de ser reduzida para 2 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão, referente ao delito previsto no art. 11 da Lei nº 7.492/86; e 3 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão, relativo ao delito previsto no art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86.

Sem atenuantes ou agravantes.

Causa especial de aumento, reconhecida corretamente na sentença, advinda da “grande quantidade de vezes em que reiterada a conduta” (art. 71 do Código Penal), elevando a pena do art. 22, parágrafo único, em 1/3 (um terço), do que resulta 5 (cinco) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias.

A multa, atentando aos vetores do art. 59 do Código Penal, e inexistindo indicativo da condição econômica do réu, reduzo a quantidade de dias-multa para 180 (cento e oitenta), para o delito previsto no art. 11 da Lei nº 7.492/86; e 230 (duzentos e trinta), para o delito previsto no art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, mantendo o valor do dia-multa fixado na sentença.

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação de Alexander Diógenes Ferreira Gomes, para declarar extinta a pretensão punitiva referente ao crime previsto no art. 16 da Lei nº 7.492/86, reduzindo a pena imposta ao réu relativa ao delito do art. 11 para dois anos e dez meses de reclusão e do art. 22, parágrafo único, para cinco anos, um mês e dez dias, perfazendo um total de 7 (sete) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 410 (quatrocentos e dez) dias-multa, sendo o dia-multa aquele fixado na sentença, qual seja 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos. Não conheço de parte do recurso de João Edmilson Medeiros Miranda, negando provimento na parte conhecida.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.948-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT
Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, EDMAR BARBOSA DA SILVA, SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS (RÉU PRESO), ADEILDO SEVERIANO DA SILVA E VALDEREZ CORDEIRO DE SANTANA
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. ANA ELIZABETH B. PESSOA DE MELLO E OUTROS, NOEMIA MARQUES DA SILVA NETA E OUTRO, ANA ELIZABETH B. PESSOA DE MELLO E OUTROS E ANA ELIZABETH B. PESSOA DE MELLO E OUTROS

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. PECULATO-FURTO. (ART. 312, PARÁG. 1º, DO CP). MEDICAMENTOS E MATERIAIS HOSPITALARES ORIUNDOS DE HOSPITAIS PÚBLICOS. AUTORIA E MATERIALIDADE SOBEJAMENTE DEMONSTRADAS. COMPROVAÇÃO NOS AUTOS. RECEPÇÃO QUALIFICADA. NÃO CONFIGURADA QUANTO A UM DOS ACUSADOS. QUADRILHA OU BANDO. EXISTÊNCIA DE VÍNCULO ASSOCIATIVO ENTRE OS CONDENADOS.

- Pratica o delito de peculato-furto o servidor de Hospital Público que, utilizando-se da facilidade proporcionada por seu cargo (Técnico de Enfermagem), realiza o desvio de medicamentos e materiais hospitalares, para proceder à revenda a terceiros. Comete o delito aquele que intervém, voluntária e decisivamente, para a perpetração da conduta ilícita.

- As diversas provas que justificaram a peça acusatória foram confirmadas em Juízo, se harmonizando totalmente ao contexto dos autos, adquirindo um grau de certeza suficiente a legitimar a condenação dos acusados na Primeira Instância quer pela prática do delito de peculato,

quer pelo cometimento da receptação qualificada (art. 312, parág. 1º, do CPB e art. 180, parág. 1º, do CPB). E diga-se que o crime de quadrilha ou bando (art. 288 do CPB), crime autônomo, cuja consumação ocorre com a simples associação de mais de três pessoas para a prática de crimes, independente dos delitos que seus participantes venham a praticar, também restou devidamente configurado.

- Houve participação ativa dos denunciados na cadeia de aquisição e repasse de fármacos e materiais hospitalares desviadas de hospitais públicos, ainda que desconhecessem as atividades desempenhadas, especificamente, por um ou outro integrante do bando. No crime de quadrilha ou bando, pouco importa que os seus componentes não se conheçam reciprocamente, que haja um chefe ou líder, que todos participem de cada ação delituosa, o que importa, verdadeiramente, é a vontade livre e consciente de estar participando ou contribuindo de forma estável e permanente para as ações do grupo (ROGÉRIO GRECO, na obra Código Penal Comentado, Editora Impetus, Segunda Edição, 2009, página 682).

- A conduta de recebimento e repasse de bens de origem pública, quando facilitada pelo exercício de função ou cargo público, configura ato da conduta de desvio, abrangido pelo tipo do art. 312, parág. 1º, do CPB, e não conduta com desígnio autônomo, que configure o tipo previsto no art. 180, parág. 1º, do CPB.

- Os fatos trazidos pelos acusados, quando de suas oitivas no procedimento inquisitivo, contribuíram para apuração dos crimes, e conseqüentemente embasaram o decreto condenatório, o que, de acordo com a jurisprudência pátria, é suficiente a aplicação da atenuante anali-

sada, ainda que haja retratação em Juízo. Precedente: HC 91654, Relator Ministro CARLOS BRITTO, Primeira Turma, DJe 06-11-2008.

- No que diz respeito ao delito de quadrilha ou bando, cujo preceito secundário do art. 288, do CPB, fixa uma penalidade de 1 a 3 anos, afastou-se o magistrado dos parâmetros inicialmente observados, fixando a pena básica no termo médio de 2 anos. Resta mais adequada a fixação da pena-base em 1 ano e 6 meses de reclusão, isso tendo em consideração os fundamentos da própria decisão.

- Considerando que foi reconhecida a atenuante da confissão espontânea (art. 65, inciso III, d, do CPB), no que pertine a dois dos acusados, e tendo o magistrado procedido à diminuição em 1/6, fica a pena pelo delito de quadrilha ou bando em 1 ano e 3 meses para SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS e ADEILDO SEVERIANO DA SILVA.

- Alteração da porcentagem de aumento considerada a título de continuidade delitiva, por ter sido excessiva, para os acusados SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS, EDMAR BARBOSA DA SILVA e ADEILDO SEVERIANO DA SILVA.

- Apelação do MPF a que se dá parcial provimento, para efeito, tão somente, de fixar as penas-bases dos acusados em 7 anos e 5 anos e 6 meses de reclusão, pela prática dos delitos de peculato e receptação qualificada, respectivamente, nos termos do voto prolatado pela Exma. Desembargadora Federal CÍNTIA MENEZES BRUNETTA. Vencido, nesse ponto, o Relator, que mantinha a pena-base fixada na sentença condenatória, para os dois delitos.

- Parcial provimento ao apelo dos acusados SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS, EDMAR BARBOSA DA SILVA e ADEILDO SEVERIANO DA SILVA, apenas para alterar o quanto fixado como

pena-base para o delito de quadrilha ou bando, bem assim o percentual de aumento pela continuidade delitiva.

- Pena-base do acusado SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS, pela prática do delito de peculato, em 7 anos de reclusão, que, em razão da redução pela atenuante da confissão espontânea fixada em 1/6, recai para 5 anos e 10 meses. Aumento em 1/2 na terceira fase (2 anos e 11 meses), em razão da continuidade delitiva, resultando em uma pena definitiva de 8 anos e 9 meses, pela prática do delito de peculato.

- Pena-base do acusado EDMAR BARBOSA DA SILVA, pela prática do delito de receptação qualificada, em 5 anos e 6 meses de reclusão. Ausentes agravantes e atenuantes. Aumento em 1/2 na terceira fase (2 anos e 9 meses), em razão da continuidade delitiva, resultando em uma pena definitiva de 8 anos e 3 meses de reclusão, pela prática da receptação qualificada.

- Pena-base do acusado ADEILDO SEVERIANO DA SILVA, pela prática do delito de receptação qualificada, em 5 anos e 6 meses de reclusão, que, em razão da redução pela atenuante da confissão espontânea fixada em 1/6, recai para 4 anos e 7 meses. Aumento em 1/4 na terceira fase (1 ano, 1 mês e 20 dias), em razão da continuidade delitiva, resultando em uma pena definitiva de 5 anos, 8 meses e 20 dias, pela prática do delito de receptação qualificada.

- Pena-base do acusado VALDEREZ CORDEIRO DE SANTANA, pela prática do delito de receptação qualificada, em 5 anos e 6 meses de reclusão. Ausentes agravantes e atenuantes. Aumento em 1/6 na terceira fase (11 meses), em razão da continuidade delitiva, resultando em uma pena definitiva de 6 anos e 5 meses, pela prática do receptação qualificada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de ACR 7.948-PE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em dar parcial provimento à apelação dos réus, e, por maioria, vencido neste ponto o Relator, dar parcial provimento à apelação do MPF, para elevar para sete anos a pena-base pelo crime de peculato, e elevar para cinco anos e seis meses a pena-base pelo crime de receptação qualificada, nos termos das notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 15 de setembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA
ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT:

1. Cuidam os autos de apelações criminais, interpostas tanto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, como pelos acusados **SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS, VALDEREZ CORDEIRO DE SANTANA, EDMAR BARBOSA DA SILVA e ADEILDO SEVERIANO DA SILVA**, em face de sentença prolatada no Juízo da 13ª Vara Federal da SJ/PE, que julgou procedente em parte a peça acusatória do *Parquet*, e condenou os acusados da seguinte maneira:

1.1 **SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS:** foi condenado à pena de 8 anos e 4 meses de reclusão e 400 dias-multa, na razão de 1/20 do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito capitulado no art. 312, parág. 1º, do CPB (*peculato*); e de 1 ano e 8 meses de reclusão, pela prática do delito do art. 288 do CPB (*quadri-lha ou bando*), em concurso material de crimes (art. 69 do CPB), o que resultou em um total **de 10 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado** (art. 33, parág. 2º, alínea a, do CPB);

1.2 **VALDEREZ CORDEIRO DE SANTANA:** foi condenado à **pena de 5 anos e 10 meses de reclusão**, e 200 dias-

multa, na razão de 1/20 do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito capitulado no art. 180, parág. 1º, do CPB (*receptação qualificada*), em regime semiaberto (art. 33, parág. 2º, alínea *b*, do CPB);

1.3 **EDMAR BARBOSA DA SILVA**: foi condenado à pena de 8 anos e 4 meses de reclusão, e 400 dias-multa, na razão de 1/20 do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito capitulado no art. 180, parág. 1º, do CPB (*receptação qualificada*); e de 2 anos de reclusão, pela prática do delito do art. 288 do CPB (*quadrilha*), em concurso material de crimes (art. 69 do CPB), o que resultou em um total de **10 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado** (art. 33, parág. 2º, alínea *a*, do CPB); e

1.4 **ADEILDO SEVERIANO DA SILVA**: foi condenado à pena de 6 anos e 3 meses de reclusão, e 250 dias-multa, na razão de 1/20 do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito capitulado no art. 180, parág. 1º, do CPB (*receptação qualificada*); e de 1 ano e 8 meses de reclusão, pela prática do delito do art. 288 do CPB (*quadrilha*), em concurso material de crimes (art. 69 do CPB), o que resultou em um total de **7 anos e 11 meses de reclusão, em regime semiaberto** (art. 33, parág. 2º, alínea *b*, do CPB).

2. Narra a denúncia (fls. 03/18) que o acusado SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS, valendo-se do cargo de auxiliar de enfermagem do Hospital da Restauração e de função exercida no Hospital Getúlio Vargas, desviou, no período entre 2005 e 2009, medicamentos e materiais hospitalares adquiridos com recursos do Sistema Único de Saúde - SUS, além de receptar medicamentos desviados por outros funcionários públicos, revendendo-os aos acusados VALDEREZ CORDEIRO DE SANTANA e ADEILDO SEVERIANO DA SILVA, que trabalhavam para a RANDEMED, empresa vinculada ao acusado EDMAR BARBOSA DA SILVA, que se encarregava de comercializar os remédios, repassando percentual sobre as vendas realizadas ao primeiro acusado.

3. Ainda de acordo com a peça acusatória, VALDEREZ CORDEIRO DE SANTANA, técnico de farmácia, era suposto consultor da RANDEMED, e, chefiado por EDMAR BARBOSA DA SILVA, atuava na receptação dos medicamentos e materiais desviados dos

hospitais públicos, exercendo a função de atravessador na organização criminosa. Quanto à EDMAR BARBOSA DA SILVA, relata que este efetuava a compra, por si próprio ou por meio de seus funcionários, de medicamentos furtados de hospitais públicos, adquiridos com recursos do SUS, utilizando-se da firma EDMAR BARBOSA DA SILVA - ME (nome de fantasia RANDEMED) e E.B. CASAL (nome de fantasia VitalMed) para dar aparência de legalidade às transações efetuadas, colocando os produtos receptados no mercado para venda ao consumidor final, isso no período de 2006 a 2010.

4. A exordial do *Parquet* registra também que o acusado ADEILDO SEVERIANO DA SILVA, empregado da empresa EDMAR BARBOSA DA SILVA - ME, exercia a função de atravessador, receptando remédios e materiais hospitalares desviados de hospitais públicos por SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS, e repassando-os a EDMAR BARBOSA para posterior comercialização, no período entre 2008 e 2010.

5. Do que se depreende da cota introdutória à denúncia (fls. 22/29), as investigações que resultaram na presente acusação foram efetivadas no Inquérito Policial 992/2006, bem assim na Interceptação Telefônica de número 0017506-27.2009.4.05.8300. Tem-se também a instauração de um segundo inquérito, de número 963/2009, conexo ao Inquérito Policial 992/2006, motivado pela prisão em flagrante dos acusados VALDEREZ CORDEIRO DE SANTANA e SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS, ocorrida em 29/12/2010, quando o primeiro fazia a entrega de remédios e materiais hospitalares ao segundo.

6. Na decisão ora em exame, o Magistrado de Primeira Instância condenou os acusados SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS, VALDEREZ CORDEIRO DE SANTANA, EDMAR BARBOSA DA SILVA e ADEILDO SEVERIANO DA SILVA, na forma explicitada acima. No que pertine ao acusado VALDEREZ CORDEIRO DE SANTANA, o Juízo *a quo* entendeu por absolvê-lo do ilícito previsto no art. 288 do CPB (*quadrilha ou bando*), nos termos do art. 386, inciso VII, do CPB.

7. O MPF apresentou recurso de apelação às fls. 421/430 dos autos, pleiteando, em síntese: (a) a condenação do réu SEVERI-

NO RAMOS ACIOLI DIAS pelo crime de receptação qualificada; (b) o aumento da pena-base dos réus pelo delito de receptação qualificada, e também da pena-base do acusado SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS, pelo delito de peculato; e (c) a desconsideração da atenuante de confissão ao acusado ADEILDO SEVERIANO DA SILVA.

8. O acusado SEVERINO RAMOS ACIOLI, apresentou seu recurso de Apelação Criminal às fls. 405/411 dos autos, sustentando a inexistência de provas no que pertine à prática dos crimes pelos quais foi condenado. Disse que não restou comprovada a autoria delitiva, sendo cristalina a negativa de subsídios e elementos convincentes e convergentes para a procedência das imputações. Requereu a absolvição e, subsidiariamente, a aplicação das penas no mínimo legal.

9. Em contrarrazões (fls. 416/420), o MPF afirmou que a condenação do acusado SEVERINO RAMOS ACIOLI está lastreada em robustas provas, sem que haja qualquer dúvida.

10. Na Apelação Criminal interposta às fls. 435/441 do feito, o acusado ADEILDO SEVERIANO DA SILVA, diz que são insuficientes as provas de autoria delitiva, pelo que deveria ser considerado o princípio do *in dubio pro reo*. Argumenta no sentido de que o depoimento de uma das testemunhas de acusação não pode fundamentar a condenação do acusado, quando os próprios policiais afirmam que não havia participação efetiva do acusado. Pleiteia a correção da pena aplicada, para que seja possível a aplicação de penas restritivas de direitos, bem assim o cumprimento da pena em regime aberto.

11. VALDEREZ CORDEIRO DE SANTANA apresentou o seu recurso de apelação às fls. 442/449, sustentando o seguinte: (a) que o acusado não tinha conhecimento da procedência do bem; (b) que houve excesso na acusação em relação à sua participação; e (c) que o crime de quadrilha é de autoria coletiva, não admitindo acusação genérica. Requer a correção da pena aplicada, para que seja possível a aplicação de penas restritivas de direitos, ou o cumprimento da pena em regime aberto.

12. EDMAR BARBOSA DA SILVA, teve seu recurso colacionado às fls. 450/460 dos autos, e alegou que: (a) houve excesso na

acusação, vez que a denúncia deixou de limitar o número de ocorrência do delito perpetrado; (b) não houve indicação do ato praticado pelo acusado na suposta organização criminoso; (c) que o crime de quadrilha é de autoria coletiva, não admitindo acusação genérica; (d) inexistente vínculo entre o acusado e os demais réus, bem assim a indicação precisa das tarefas desempenhadas por cada um. Requer a correção da pena aplicada, para que seja possível a aplicação de penas restritivas de direitos, ou o cumprimento da pena em regime aberto.

13. Contrarrazões de SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS, VALDEREZ CORDEIRO DE SANTANA, EDMAR BARBOSA DA SILVA e ADEILDO SEVERIANO DA SILVA às fls. 461/470, 471/475, 506/516 e 517/525, respectivamente.

14. Em contrarrazões às apelações dos acusados VALDEREZ CORDEIRO DE SANTANA, EDMAR BARBOSA DA SILVA e ADEILDO SEVERIANO DA SILVA (fls. 477/487v), o MPF pleiteia a manutenção da sentença condenatória, no que pertine às condenações pelos crimes de quadrilha ou bando e receptação qualificada.

15. No Parecer 1.396/2011 (fls. 527/533), a Procuradoria Regional da República da 5ª Região manifesta-se pelo provimento parcial da apelação interposta pelo MPF, bem assim pelo não provimento das apelações interpostas pelos acusados.

16. É o que havia a relatar.

17. Remetam-se os autos ao Revisor, por se tratar de apelações criminais em face de condenações pela prática de delitos punidos com pena de reclusão (art. 29, inciso IV, do Regimento Interno desta Corte Regional).

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT (Relator):

1. A decisão prolatada no Juízo da 13ª Vara Federal da SJ/PE condena os réus da seguinte maneira: (a) **SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS**, pela prática dos delitos peculato e quadrilha ou bando (art. 312, parágrafo. 1º, e art. 288 do CPB); (b) **EDMAR BARBOSA DA SILVA** e **ADEILDO SEVERIANO DA SILVA**, pela prática dos

delitos de receptação qualificada e quadrilha ou bando (art. 180, parág. 1º, do CPB e art. 288 do CPB); (c) **VALDEREZ CORDEIRO DE SANTANA**, pela prática do delito de receptação qualificada (art. 180, parág. 1º, do CPB). No que pertine ao acusado VALDEREZ CORDEIRO DE SANTANA, o Juízo *a quo* entendeu por absolvê-lo do ilícito previsto no art. 288, do CPB (quadrilha ou bando), nos termos do art. 386, inciso VII, do CPB.

2. Pois bem. A materialidade e autoria do delito de PECULATO (art. 312, parág. 1º, do CPB), perpetrado pelo acusado SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS, reconhecido na decisão condenatória, vem evidenciada pela vasta documentação produzida quando dos Inquéritos Policiais, destacando-se os seguintes elementos de convicção:

- (a) **AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, CONSTANTE DO IPL 963/2009-4-SR/DPF/PE**, (fls. 2/11), datado de 29/12/2009, quando foi preso o acusado SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS conduzindo envelopes dos medicamentos Clexane e Surgicel, em que constavam marcas de carimbo com a inscrição “H. RESTAURAÇÃO” e “FARMÁCIA”. No interrogatório realizado quando do auto de prisão em flagrante, o acusado referido disse que lhe pertenciam duas bolsas encontradas no momento da constrição, nas quais estavam os medicamentos oriundos de hospitais públicos;
- (b) **AUTO DE APRESENTAÇÃO E APREENSÃO**, colacionado às fls. 12, do IPL 963/2009, em que constam descritas 18 caixas de Clexane e 10 unidades do medicamento Surgicel, como tendo sido apreendidas em poder do acusado;
- (c) **OFÍCIO NÚMERO 170/2009**, encaminhado pelo Hospital da Restauração, colacionado à fl. 31, do IPL 963/2009, em que há a confirmação de que o medicamento Clexane, do lote 5959, apreendido quando da prisão do acusado SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS, foi adquirido pelo hospital mencionado;
- (d) **TERMO DE DECLARAÇÕES DE SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS, NO IPL 992/2006 - SR/DPF/PE**, de 29/04/2010, colacionado às fls. 2.038/2.040 do volume 2 de 10 do inquérito, em que o acusado reconhece como verdadeiras as imputações e provas que são apresentadas contra ele;

(e) **PROVAS ORAIS PRODUZIDAS NO DECORRER DO IPL 992/2006**, tais como relatos de outros investigados confessos, não processados neste feito, a exemplo de FÁBIO DE MELO CORREIA (fls. 1.966/1.971, do volume 1 de 10), ANANIAS FERREIRA DA COSTA (fls. 2.645/2.649, do volume 4 de 10), e relatos de outros acusados, como o de ADEILDO SEVERIANO DA SILVA (fls. 2.399/2.404, do volume 3 de 10); e

(f) **INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS**, e suas prorrogações, realizadas nos procedimentos 2005.83.00.006989-7 e 2009.83.00.017506-0, e amparadas em decisões devidamente fundamentadas.

3. Além disto, tem-se os demais depoimentos e declarações prestados na fase inquisitiva pelos demais acusados, e por outros investigados não constantes deste feito, nos autos do inquisitivo 992/2006, os interrogatórios dos réus nestes autos gravados em DVD constante à fl. 272, do volume 1 de 2, e as oitivas das testemunhas, tanto de acusação como de defesa, também constantes da gravação audiovisual da audiência realizada no dia 08/09/2010.

4. A materialidade e autoria do delito de RECEPÇÃO QUALIFICADA (art. 180, parág. 1º, do CPB), delito no qual foram condenados os acusados EDMAR BARBOSA DA SILVA, ADEILDO SEVERIANO DA SILVA e VALDEREZ CORDEIRO DE SANTANA, também restaram devidamente comprovadas neste feito.

5. Quanto aos acusados EDMAR BARBOSA DA SILVA e ADEILDO SEVERIANO DA SILVA, tem-se as **oitivas procedidas no decorrer do IPL 992/2006, fls. 2.220/2.225, do volume 2 de 10, e fls. 2.399/2.404, do volume 3 de 10, respectivamente**. Ainda as demais inquirições realizadas no decorrer do referido inquérito, em que outros investigados não constantes deste feito indicam a participação dos acusados ora referidos, bem assim as provas produzidas por meio de interceptações telefônicas (procedimentos 2005.83.00.006989-7 e 2009.83.00.017506-0).

6. Em relação ao acusado VALDEREZ CORDEIRO DE SANTANA, tem-se o seguinte: (a) **AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, CONSTANTE DO IPL 963/2009-4-SR/DPF/PE**, (fls. 2/11), datado de 29/12/2009, quando foi preso, juntamente ao acusado SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS; (b) **AUTO DE APRESENTA-**

ÇÃO E APREENSÃO, colacionado à fl. 12, do IPL 963/2009, em que constam descritas 18 caixas de Clexane e 10 unidades do medicamento Surgicel, como tendo sido apreendidas quando da prisão em flagrante do acusado; (c) **OFÍCIO NÚMERO 170/2009**, encaminhado pelo Hospital da Restauração, colacionado à fl. 31, do IPL 963/2009, em que há a confirmação de que o medicamento Clexane, do lote 5959, foi adquirido pelo hospital mencionado; (d) **TERMO DE DECLARAÇÕES NO IPL 992/2006 - SR/DPF/PE**, prestado em 05/05/2010, colacionado às fls. 2.970/2.971, do volume 5 de 10 do inquérito; (e) **PROVAS ORAIS PRODUZIDAS NO DECORRER DO IPL 992/2006**, tais como relatos de outros investigados confessos, não processados neste feito, bem assim relatos de outros acusados (fls. 2.038/2.040 do volume 2 de 10 do inquérito); e (f) **INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS**, realizadas nos procedimentos 2005.83.00.006989-7 e 2009.83.00.017506-0.

7. No que pertine ao delito de QUADRILHA OU BANDO (art. 288 do CPB), registro, desde logo, que acertada foi a conclusão a que chegou Magistrado *a quo*, no sentido de que tal ilícito foi perpetrado pelos acusados SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS, EDMAR BARBOSA DA SILVA e ADEILDO SEVERIANO DA SILVA, não havendo prova conclusiva acerca do seu cometimento pelo acusado VALDEREZ CORDEIRO DE SANTANA. Neste ponto, também foi irrepreensível a sentença condenatória ora examinada, e sobre este aspecto me deterei minuciosamente abaixo, haja vista o recurso de apelação apresentado pelo órgão ministerial.

8. A seguir, serão esmiuçados os elementos de prova existentes nos autos, acima descritos, que confirmam as condutas de cada um dos acusados constantes deste feito, bem assim examinados os recursos de apelação interpostos pelos réus.

SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS

9. O acusado SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS, conhecido por ACIOLI, técnico de enfermagem do Hospital da Restauração e contratado do Hospital Getúlio Vargas, tem sua participação evidenciada nos depoimentos prestados no Inquérito Policial, tanto por policiais que realizaram sua condução no flagrante delito, como pelos demais acusados e outros investigados não constantes deste feito, destacando-se os seguintes:

DEPOIMENTO PRESTADO PELO CONDUTOR JOSÉ SILVESTRE DA SILVA no auto de prisão em flagrante, IPL 963/2009-4 (fls. 2/3): (...); (...) estava apurando informes relacionados a desvios de remédios fornecidos pelo SUS a hospitais públicos pernambucanos, quando se logrou identificar que um enfermeiro que trabalha nos Hospitais Agamenon Magalhães e da Restauração forneceria medicamentos desviados a um indivíduo, para posterior comercialização; (...); **que por volta das 12:40 um veículo modelo tempra de cor azul estacionou próximo a casa de VALDEREZ; que minutos depois VALDEREZ foi visto caminhando na rua em direção ao citado veículo, portando uma mochila aparentemente vazia; que ele veio a adentrar o veículo que estava estacionado, no interior do qual se achava a pessoa agora identificada como o enfermeiro SEVERINO RAMOS DE ACIOLI DIAS; (...);** que Valderez de imediato passou a resistir à abordagem, aduzindo que não tinha nada a ver com isso(...); que procedida vistoria no interior do veículo, foram encontradas algumas mochilas, e, em duas delas, havia medicamentos, enquanto que as demais estavam praticamente vazias; **que numa mochila preta estampada com a logomarca da Prefeitura da cidade do Recife foram encontradas as caixas do medicamento CLEXANE ora apreendidas; que na bolsa também de cor preta, com logomarca da faculdade Maurício de Nassau, foram encontrados envelopes de SURGICEL, agulhas especiais para raquianestesia, lâmina de bisturi e outros objetos também arrecadados;** que nos envelopes de SURGICEL haviam **carimbos que continham o escrito H. RESTAURAÇÃO e, logo abaixo, FARMÁCIA, indicativos de sua provável origem;** que a mala que VALDEREZ levava estava completamente vazia, o que fez presumir que de fato estava recebendo os remédios que estavam no veículo no momento da abordagem; (...). (fls. 2/3).

DEPOIMENTO PRESTADO PELO ACUSADO ADEILDO SEVERIANO DA SILVA, nos autos do IPL 993/2006 (fls. 2.399/2.404, do volume 3 de 10): (...); que sua companheira (...) desconhecia que a empresa para a qual o interrogado trabalha, EDMAR BARBOSA DA SILVA (RANDMED), **comercializava medicamentos desviados de hospitais públicos; que já ouviu falar de SEVERINO ACIOLI**

na empresa EDMAR BARBOSA DA SILVA; (...) que confirma que a RANDMED receitava medicamentos do SUS, desviados de hospitais públicos para que fossem vendidos à rede privada de saúde; que isso ocorria por ordem de EDMAR BARBOSA; **que a RANDMED comprava os medicamentos desviados do SUS, pelo que sabe e do que se recorda, às pessoas de Portela, Jair e ACIOLI; (...).** (fl. 2.401).

DEPOIMENTO PRESTADO PELO INVESTIGADO FÁBIO DE MELO CORREIA, investigado nos autos do IPL 993/2006 (fls. 1.966/1.971, do volume 1 de 10): (...); que Marcelo Araújo já forneceu fio cirúrgico e agulha com ele, e pelo que sabe ele labora em uma ONG, tendo negociado por duas vezes com ele, tendo o conhecido através de SEVERINO ACIOLI, (...), **que SEVERINO ACIOLI é auxiliar de enfermagem do Hospital da Restauração e faz faculdade, imaginando que este traz os medicamentos de tais locais, e que os adquiridos pelo interrogado não seriam marcados pelo hospital pelo baixo valor comercial. (...).** (fl. 1.969).

DEPOIMENTO PRESTADO POR ANANIAS FERREIRA DA COSTA, técnico em enfermagem do Hospital da Restauração, nos autos do IPL 993/2006 (fls. 2.645/2.649, do volume 4 de 10): (...); **conhece EDILSON PIRES, tendo o conhecido através de SEVERINO RAMOS ACIOLI, tendo o conhecido justamente com o objetivo de comercializar com este a venda de medicamentos desviados do Hospital da Restauração;** que decidiu, desta forma, a partir deste momento, espontaneamente, após ter sido viabilizado a audições dos diálogos, conforme alhures pontuado, confessar o seu envolvimento com a conduta criminosa em investigação; (...); (fl. 2.647).

10. Em sua oitava procedida nos autos do inquisitivo 993/2006 (fls. 2.038/2.040, do volume 2 de 10), o acusado confirmou que subtraía medicamentos e materiais hospitalares, comprados com recursos do SUS, valendo-se para tanto do cargo ocupado nos hospitais em que trabalhava, revendendo-os, dentre outras pessoas, aos demais acusados, que comercializavam tais produtos; veja-se fragmentos de sua oitava:

(...); que EDVALDO INÁCIO e VALDEREZ CORDEIRO, como já dito no início, são as pessoas envolvidas nos fatos que ensejaram sua prisão no ano passado, sendo que EDVALDO trabalha no hospital da restauração, onde trabalha no laboratório como auxiliar de serviços gerais, Hospital Miguel Arraes em Paulista, onde exerce a função que o declarante não sabe precisar; (...); que das pessoas citadas o declarante admite que recebeu medicamentos desviados apenas de EDVALDO INÁCIO; **que confessa já ter revendido medicamentos desviados apenas para VALDEREZ CORDEIRO, FÁBIO CORREIA e EDMAR, (...); que admite que entre os produtos desviados e revendidos estavam CLEXANE e SURGICEL, e agulhas de rack; (...); que embora tivesse ligações mais fortes no desvio e fornecimento a terceiros de medicamentos do sistema de saúde com VALDEREZ CORDEIRO DE SANTANA e EDVALDO INÁCIO DA CRUZ, o declarante também forneceu medicamentos a SILVIA, CARLOS SOUZA e FÁBIO CORREIA; (...); que reconhece como verdadeiras as imputações e provas que são apresentadas contra si; (...); que sua atuação dentro do grupo investigado se caracterizava como responsável por receber os medicamentos e quem tinha acesso aos locais de depósito do hospital, notadamente de EDVALDO INÁCIO DA CRUZ, repassando-os a terceiros que se encarregavam de comercializá-los.** (fls. 2.039/2.040).

11. Tal versão apresentada pelo acusado quando de sua oitava na Polícia Federal, mostra-se totalmente coerente com os demais elementos colhidos no decorrer das investigações, e durante a instrução criminal. Veja-se que o acusado afirma inclusive que recebia remédios desviados de outro servidor do Hospital da Restauração, EDVALDO INÁCIO, também contratado do Hospital Miguel Arraes, para repassar a terceiros, isso sabendo que se tratava de medicamento desviado de forma ilícita. Também em seu interrogatório judicial, o acusado mencionou o repasse de medicamentos por EDVALDO INÁCIO (áudio de gravação da audiência de instrução).

12. Depreende-se, então, que os medicamentos e materiais oriundos de hospitais públicos, ora eram recebidos para comer-

cialização ilícita, ora subtraídos diretamente pelo acusado, para em seguida serem repassados por este a determinadas pessoas, indicadas nas investigações como sendo os atravessadores, podendo-se citar FÁBIO CORREIA, referido pelo acusado em seu relato, e também ao acusado neste feito VALDEREZ CORDEIRO DE SANTANA, igualmente mencionado por SEVERINO RAMOS.

13. Em diálogo travado entre SEVERINO RAMOS e pessoa de nome ASSIS ONORATO, verifica-se claramente o ilícito perpetrado pelo acusado; veja-se:

(...); ACIOLI pergunta se ASSIS quer CATETER SUBCLÁVIA e ASSIS diz que quer também, mas o preço de ACIOLI está caro. ACIOLI diz que não está. ASSIS diz que está comprando a quatro e pergunta como ACIOLI está. ACIOLI diz que pegar de quatro é foda. ASSIS diz que é melhor conversarem pessoalmente. (...).

14. Da mesma forma, os demais diálogos interceptados demonstram a prática do delito de peculato por parte do acusado, que desviava os medicamentos para revenda a terceiros. O decreto condenatório procedeu à transcrição de trechos desses diálogos às fls. 368/369 dos autos, que incorporo nesta ocasião a este voto, por ser clara em tal prova a conduta ilícita perpetrada pelo acusado SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS.

15. Como registrado, quando da prisão em flagrante do acusado foram apreendidas 18 caixas de Clexane e 10 unidades do medicamento Surgicel (fl. 12, do IPL 963/2009), e no Ofício Número 170/2009, encaminhado pelo Hospital da Restauração, colacionado à fl. 31, do IPL 963/2009, há a confirmação de que o medicamento Clexane, do lote 5959, apreendido quando da prisão do acusado SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS, foi adquirido pelo hospital mencionado.

16. Com efeito, as provas produzidas na instrução deste feito ratificaram o apurado no decorrer do inquérito, evidenciando a prática dos ilícitos pelos acusados. Embora tenha o acusado SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS alterado parcialmente em Juízo a versão inicialmente apresentada (áudio de gravação da audiência de instrução), o que se tem é que seu primeiro relato muito mais se harmoniza ao contexto probatório produzido, revelando de manei-

ra detalhada a ação criminosa intentada, e se adequando de forma precisa aos demais depoimentos prestados pelos investigados.

17. Sobre este ponto, os colendos STF e STJ, têm entendido que os depoimentos prestados no Inquérito Policial podem ser valorados, mesmo quando não ratificados em Juízo, sempre se levando em conta o conjunto probatório dos autos.

18. As testemunhas de acusação ouvidas também confirmaram os elementos de convicção colhidos nestes autos. Já as testemunhas arroladas pela defesa não trouxeram qualquer fato considerável em relação ao acusado.

19. Na hipótese em apreço, restou devidamente comprovada a prática do delito de peculato pelo acusado, previsto no parág. 1º do art. 312 do CPB, que descreve o peculato-furto, hipótese em que o funcionário público não tendo a posse do bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se da facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário. Ficou comprovado, assim, que o acusado se valeu da facilidade proporcionada pelo desempenho da função de técnico de enfermagem nos hospitais públicos, o que possibilitou seu acesso aos medicamentos e materiais hospitalares.

20. De igual modo, penso que os elementos probatórios colhidos no feito convencem quanto à participação do acusado SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS no delito de quadrilha ou bando (art. 288 do CPB), pelo que mantenho a condenação proferida no decreto condenatório. Como bem registrou o Magistrado de Primeira Instância, restou evidenciada a vinculação subjetiva de SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS ao também servidor do Hospital da Restauração, EDVALDO INÁCIO, e aos compradores FÁBIO CORREIA, FRANCISCO DE ASSIS, VALDEREZ CORDEIRO e EDMAR BARBOSA (fl. 383).

21. O delito previsto no art. 288 do CPB, consiste em associarem-se, unirem-se, agruparem-se, mais de três pessoas em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes. A doutrina destaca que se computam nesse número os inimputáveis, os componentes não identificados do grupo, e aqueles em relação aos quais tenha sido reconhecida a extinção da punibilidade. (JOÃO PAULO

BALTAZAR JÚNIOR *in* Crimes Federais, Ed. Livraria do Advogado, Sétima Edição, 2011, p. 114).

22. Cuida-se de crime autônomo, de perigo abstrato, permanente e de concurso necessário, inconfundível com o simples concurso eventual de pessoas. De acordo ainda com o Professor JOÃO PAULO BALTAZAR JÚNIOR, em sua obra acima citada: *não se exige, para o reconhecimento da quadrilha, a nítida divisão de funções, hierarquia, ou mesmo contato pessoal dos agentes, nem publicidade ou notoriedade, bastando “organização rudimentar”* (Crimes Federais, Ed. Livraria do Advogado, Sétima Edição, 2011, p. 114).

23. Pouco importa que os seus componentes não se conheçam reciprocamente, que haja um chefe ou líder, que todos participem de cada ação delituosa, o que importa, verdadeiramente, é a vontade livre e consciente de estar participando ou contribuindo de forma estável e permanente para as ações do grupo (ROGÉRIO GRECO, na obra Código Penal Comentado, Editora Impetus, Segunda Edição, 2009, página 682).

24. Na situação, o que os autos demonstram é que as ligações do acusado SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS com as pessoas acima referidas (EDVALDO INÁCIO, FÁBIO CORREIA, FRANCISCO DE ASSIS, VALDEREZ CORDEIRO e EDMAR BARBOSA) estavam relacionadas a vínculos formados com a intenção de praticar os ilícitos penais em apreciação.

25. Os relatos dos demais investigados são no sentido de que o acusado vinha de forma reiterada vendendo os medicamentos que subtraía dos hospitais em que exercia função de técnico de enfermagem, para tanto fazia contatos com os atravessadores, apresentava estes entre si, levava os medicamentos para serem entregues aos mesmos, sendo citado como sendo aquele que desviava o medicamento, e os vendia aos atravessadores, para posterior venda a terceiros.

26. Observe-se que o próprio acusado em sua oitiva menciona sua ligação estreita aos demais acusados, e a outros investigados: **que embora tivesse ligações mais fortes no desvio e fornecimento a terceiros de medicamentos do sistema de saúde**

com VALDEREZ CORDEIRO DE SANTANA e EDVALDO INÁCIO DA CRUZ, o declarante também forneceu medicamentos a SILVIA, CARLOS SOUZA e FÁBIO CORREIA. (fl. 2.039).

27. Também o vínculo com EDVALDO INÁCIO restou devidamente comprovado. Confirmam-se novamente os seguintes trechos das declarações prestadas pelo acusado ainda na fase inquisitorial: *que EDVALDO INÁCIO e VALDEREZ CORDEIRO, como já dito no início, são as pessoas envolvidas nos fatos que ensejaram sua prisão no ano passado, sendo que EDVALDO trabalha no hospital da restauração, onde trabalha no laboratório como auxiliar de serviços gerais, Hospital Miguel Arraes em Paulista, onde exerce a função que o declarante não sabe precisar; (...); que das pessoas citadas o declarante admite que recebeu medicamentos desviados apenas de EDVALDO INÁCIO. (...).* (fl. 2.039).

28. Portanto, também devidamente comprovada a prática do delito capitulado no art. 288 do CPB pelo acusado SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS, não havendo que se falar em inexistência de provas referentes à prática dos crimes pelos quais foi condenado, argumento trazido nas razões de apelação de fls. 405/411, e que aqui não pode prosperar. Também carece de qualquer fundamento a alegação de que a autoria delitiva não restou evidenciada.

VALDEREZ CORDEIRO DE SANTANA

29. O acusado VALDEREZ CORDEIRO DE SANTANA, técnico de farmácia, trabalhava para RANDMED, sendo chefiado pelo acusado EDMAR BARBOSA DA SILVA, e atuava na receptação dos medicamentos e materiais desviados dos hospitais públicos, exercendo a função de atravessador. Restou comprovado pelos relatos dos investigados que o referido acusado receptava os medicamentos desviados principalmente pelo acusado SEVERINO ACIOLI, repassando-os a EDMAR BARBOSA, ou revendendo-os diretamente a terceiros.

30. Depreende-se do auto de prisão em flagrante, procedido no IPL 963/2009, que o acusado foi surpreendido, juntamente ao acusado SEVERINO ACIOLI, dentro de veículo no qual foi apreendida mochila contendo medicamentos oriundos de hospitais públicos; observe-se, mais uma vez, fragmentos do depoimento prestado pelo condutor do flagrante:

DEPOIMENTO PRESTADO PELO CONDUTOR JOSÉ SILVESTRE DA SILVA NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, IPL 963/2009-4 (fls. 2/3): (...); **que por volta das 12:40 um veículo modelo tempra de cor azul estacionou próximo a casa de VALDEREZ; que minutos depois VALDEREZ foi visto caminhando na rua em direção ao citado veículo, portando uma mochila aparentemente vazia; que ele veio a adentrar o veículo que estava estacionado, no interior do qual se achava a pessoa agora identificada como o enfermeiro SEVERINO RAMOS DE ACIOLI DIAS; (...); que numa mochila preta estampada com a logomarca da Prefeitura da cidade do Recife foram encontradas as caixas do medicamento CLEXANE ora apreendidas; que na bolsa também de cor preta, com logomarca da faculdade Maurício de Nassau, foram encontrados envelopes de SURGICEL, agulhas especiais para raqui-
nestesia, lâmina de bisturi e outros objetos também arrecadados; que nos envelopes de SURGICEL haviam carimbos que continham o escrito H. RESTAURAÇÃO e, logo abaixo, FARMÁCIA, indicativos de sua provável origem; que a mala que VALDEREZ levava estava completamente vazia, o que fez presumir que de fato estava recebendo os remédios que estavam no veículo no momento da abordagem; (...).** (fls. 2/3).

31. No auto de prisão em flagrante referido acima, o acusado fez as seguintes afirmações:

(...); que ultimamente vinha prestando consultoria à empresa acima mencionada, veio a conhecer a pessoa de ACIOLI em razão de este ter ido à referida firma algumas vezes; que certa vez chegou a dizer ao mesmo que se acaso não conseguisse se comunicar com EDMAR, proprietário da RANDMED, ligasse para o declarante para que fosse repassado o recado para o mesmo; que em razão disto ACIOLI entrou em contato com o interrogando, oferecendo os medicamentos CLEXANE ora apreendidos; (...). (fls. 10/11, do inquérito 963/2009).

32. Quando ouvido nos autos do inquisitivo 993/2006 (fls. 2.970/2.971, do volume 5 de 10), o acusado negou seu envolvimento nos fatos em apuração, afirmando que não era empregado da RANDEMED, mas que prestou consultoria para a referida empresa no

período em que ocorreu sua prisão em flagrante delito. Continuou dizendo que teria conhecido SEVERINO ACIOLI dentro da empresa RANDEMED, desconhecendo o relacionamento do acusado SEVERINO com a empresa, bem assim a profissão exercida por este.

33. A negativa apresentada pelo acusado não se sustenta diante dos demais elementos produzidos no feito, os acusados, e demais investigados na operação não constantes deste feito, indicam a venda de medicamentos desviados ao acusado VALDEREZ CORDEIRO DE SANTANA, e que este venderia os remédios a clientes da empresa EDMAR BARBOSA DA SILVA (RANDEMED); merece destaque trechos das oitivas de alguns dos investigados:

DEPOIMENTO PRESTADO POR SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS: (...); **que EDVALDO INÁCIO e VALDEREZ CORDEIRO, como já dito no início, são as pessoas envolvidas nos fatos que ensejaram sua prisão no ano passado, (...); que confessa já ter revendido medicamentos desviados apenas para VALDEREZ CORDEIRO, FÁBIO CORREIA e EDMAR, (...); que admite que entre os produtos desviados e revendidos estavam CLEXANE e SURGICEL, e agulhas de rack; (...); que embora tivesse ligações mais fortes no desvio e fornecimento a terceiros de medicamentos do sistema de saúde com VALDEREZ CORDEIRO DE SANTANA e EDVALDO INÁCIO DA CRUZ, o declarante também forneceu medicamentos a SILVIA, CARLOS SOUZA e FÁBIO CORREIA; (...).** (fls. 2.039/2.040).

DEPOIMENTO PRESTADO PELO ACUSADO ADEILDO SEVERIANO DA SILVA, nos autos do IPL 993/2006 (fls. 2.399/2.404, do volume 3 de 10): (...); **que VALDEREZ CORDEIRO é vendedor da empresa EDMAR BARBOSA DA SILVA (RANDEMED); que VALDEREZ CORDEIRO vende a clientes da EDMAR BARBOSA DA SILVA (RANDEMED) os produtos comercializados pela empresa; (...).** (fl. 2.401).

34. No que diz respeito ao fato de conhecer o acusado VALDEREZ BARBOSA DA SILVA a origem dos medicamentos que lhe eram repassados por SEVERINO ACIOLI, restou devidamente comprovado pelas interceptações das conversas telefônicas dos

acusados, amparadas em decisão prolatada pelo Juízo de Primeira Instância. Nos diálogos colacionados ao decreto condenatório, fl. 374 dos autos, que trago a esta decisão, se observa claramente a desenvoltura dos dois acusados ao combinarem a entrega das medicações, e quais seriam conseguidas por SEVERINO, a evidenciar um total conhecimento por parte do acusado VALDEREZ BARBOSA DA SILVA a respeito da ilicitude perpetrada.

35. Mais ainda, como registrado no decreto condenatório *as dez unidades do medicamento homotostático absorvível, da marca Surgicel, apreendido na ocasião de sua prisão em flagrante, traziam o carimbo do Hospital da Restauração – Farmácia, conforme auto de apreensão de fl. 12 do IPL 963/2009 (fl. 375)*, o que também demonstra um total conhecimento do acusado acerca do ilícito perpetrado.

36. A meu ver, as provas produzidas neste feito são aptas a demonstrar que o acusado conhecia a origem ilícita dos medicamentos que receitava, sobretudo diante das interceptações realizadas, que evidenciam sua atuação junto ao acusado SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS. As testemunhas de acusação ouvidas em Juízo, policiais federais, confirmam os fatos constantes do auto de prisão em flagrante.

37. Portanto, tem-se por provada a atuação do acusado no delito de receptação qualificada. A respeito do delito previsto no parág. 1º do art. 180 do CPB, o Professor GUILHERME NUCCI leciona o seguinte: *é um crime próprio, mais grave porque praticado pelo comerciante ou industrial, melhor aparelhados a se tornarem empresários do crime, pela facilidade que possuem na atividade natural de negociação que os envolve no cotidiano; (...)*. (Código Penal Comentado, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 764). Importante registrar que o tipo penal em exame traz expressão que consagra o dolo eventual, considerando como suficiente à configuração do delito o risco assumido pelo agente, que devia saber da proveniência ilícita do objeto material.

38. Destarte, não há como levar adiante os argumentos trazidos por este acusado em seu recurso de apelação às fls. 442/449, no que se refere à insuficiência de provas da autoria delitiva.

39. Quanto ao delito de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal), também imputado ao acusado VALDEREZ BARBOSA DA SILVA, da mesma forma que a decisão prolatada na Primeira Instância, penso que não existem elementos suficientes a sua caracterização.

EDMAR BARBOSA DA SILVA E ADEILDO SEVERIANO DA SILVA

40. No que pertine ao acusado EDMAR BARBOSA DA SILVA, as investigações comprovaram que este comprava, diretamente, ou através dos funcionários de suas empresas, remédios e materiais hospitalares desviados ilicitamente de hospitais públicos, isso consciente de que se tratavam de bens cuja origem era ilícita.

41. Em sua oitava, realizada no IPL 992/2006 (fls. 2.220/2.225, do volume 2 de 10), o referido acusado não confirmou qualquer dos fatos que lhe foram apresentados, nem mesmo os trechos dos áudios, registrando sempre que se reservaria ao direito de permanecer calado. Ocorre que a prática do delito de receptação qualificada por parte do acusado EDMAR BARBOSA DA SILVA é revelada pelos demais investigados, que confirmam que a empresa de propriedade deste acusado, RANDEMED, receptava medicamentos desviados de hospitais públicos, para revenda a terceiros; vejamos:

DEPOIMENTO PRESTADO SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS (autos do inquisitivo 993/2006, fls. 2.038/2.040, do volume 2 de 10): (...); **que confessa já ter revendido medicamentos desviados apenas a VALDEREZ CORDEIRO, FÁBIO CORREA e EDMAR**, este dono de uma distribuidora de medicamentos, localizada próximo ao terminal de jardim Atlântico, Olinda/PE; que admite que entre os produtos desviados e revendidos estavam CLEXANE e SURGICEL, e agulhas de Rack; (...). (fl. 2.039).

DEPOIMENTO PRESTADO POR ADEILDO SEVERIANO DA SILVA, nos autos do IPL 993/2006 (fls. 2.399/2.404, do volume 3 de 10: (...); que sua companheira (...) desconhecia que a empresa para a qual o interrogado trabalha, EDMAR BARBOSA DA SILVA (RANDEMED), **comercializava medicamentos desviados de hospitais públicos; que já ouviu falar de SEVERINO ACIOLI na empresa EDMAR BARBOSA DA SILVA; (...)** que confirma que a

RANDMED receptava medicamentos do SUS, desviados de hospitais públicos para que fossem vendidos à rede privada de saúde; que isso ocorria por ordem de EDMAR BARBOSA; que a RANDMED comprava os medicamentos desviados do SUS, pelo que sabe e do que se recorda, às pessoas de Portela, Jair e ACIOLI; (...). (Fl. 2.401).

42. As afirmativas do acusado, tanto no inquérito, como em Juízo, não se amoldam ao contexto dos autos. Em complemento, têm-se os diálogos interceptados, em parte carreados ao decreto condenatório, fl. 378, que aqui mais uma vez trago a este julgamento. Nestas conversas, se percebe claramente a atuação do acusado na compra dos medicamentos, tanto em diálogos com o acusado SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS, como também com o acusado VALDEREZ.

43. Da mesma forma, os elementos probatórios colhidos convencem quanto à participação do acusado ADEILDO SEVERIANO DA SILVA no delito de peculato. Eis o que afirmou o acusado em sua oitava, nos autos do IPL 993/2006 (fls. 2.399/2.404, do volume 3 de 10):

Que mantém vínculo empregatício com a empresa EDMAR BARBOSA DA SILVA, cujo titular é homônimo, há aproximadamente 2 anos, que serão completados em junho; que a empresa EDIMAR Barbosa da Silva tem o nome fantasia RANDEMED; (...); que sua companheira (...) desconhecia que a empresa para a qual o interrogado trabalha, EDMAR BARBOSA DA SILVA (RANDMED), **comercializava medicamentos desviados de hospitais públicos; que já ouviu falar de SEVERINO ACIOLI na empresa EDMAR BARBOSA DA SILVA; (...) que confirma que a RANDEMED receptava medicamentos do SUS, desviados de hospitais públicos para que fossem vendidos à rede privada de saúde; que isso ocorria por ordem de EDMAR BARBOSA; que a RANDMED comprava os medicamentos desviados do SUS, pelo que sabe e do que se recorda, às pessoas de Portela, Jair e ACIOLI; (...); que confessa que na qualidade de empregado da RANDEMED receptou de intermediários, cumprindo ordens de EDMAR, medicamentos que haviam sido desviados de hospitais públicos; (...).** (Fl. 2.401)

44. No que pertine ao acusado ADEILDO SEVERIANO DA SILVA, o investigado LÚCIO PEDRO ALVES DA SILVA, Técnico em Enfermagem, registrou que conheceu ADEILDO na firma qualidade hospitalar onde trabalhava, e que ADEILDO fazia parte do esquema criminoso; (...). (fl. 2.019, do volume 2 de 10, IPL 992/2006).

45. Igualmente, no que pertine a tal acusado, a sentença trouxe trechos de diálogos interceptados, que bem demonstram a atuação deste na prática criminosa, pelo que receitava medicamentos que sabia serem provenientes de hospitais públicos (fls. 381/382).

46. Aqui destaco que, tudo o que foi dito acima, quando da análise da imputação da figura típica do art. 288, do CPB, ao acusado SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS, quanto aos elementos caracterizadores do delito em questão, aplica-se, na sua totalidade, em relação aos acusados EDMAR BARBOSA DA SILVA e ADEILDO SEVERIANO DA SILVA.

47. Neste ponto, mister se faz transcrever trechos do decreto condenatório: (...); *Quanto ao denunciado EDMAR BARBOSA DA SILVA, restou evidenciada a vinculação subjetiva deste com os seus funcionários VALDEREZ CORDEIRO DE SANTANA e ADEILDO SEVERIANO DA SILVA, para a prática do ilícito de receptação, bem assim entre o denunciado e o captador SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS e o fornecedor LÚCIO PEDRO e ao fornecedor LÚCIO PEDRO, entre outros. (...); Por fim, no que se refere a ADEILDO SEVERIANO DA SILVA restou evidenciada a vinculação subjetiva deste com seu empregador EDMAR BARBOSA DA SILVA, bem assim entre o denunciado e os atravessados João Batista Portela, Jair Pereira e Lúcio Pedro para a prática dos ilícitos de receptação qualificada.*

48. Diante do contexto supra, não há como levar adiante a alegação do acusado ADEILDO SEVERIANO DA SILVA, na sua Apelação Criminal (fls. 435/441), no que diz que são insuficientes as provas de autoria delitiva. De igual modo, não houve condenação amparada no depoimento de uma única testemunha, sobretudo porque o próprio acusado, por ocasião do procedimento inquisitivo, relatou os fatos tidos por ilícitos, indicando as pessoas envolvidas nos mesmos, tudo em total coerência com o contexto dos autos.

49. Já EDMAR BARBOSA DA SILVA teve seu recurso colacionado às fls. 450/460 dos autos, e alegou que: (a) houve excesso na acusação, vez que a denúncia deixou de limitar o número de ocorrência do delito perpetrado; (b) não houve indicação do ato praticado pelo acusado na suposta organização criminosa; (c) que o crime de quadrilha é de autoria coletiva, não admitindo acusação genérica; (d) inexistiu vínculo entre o acusado e os demais réus, bem assim a indicação precisa das tarefas desempenhadas por cada um.

50. Aqui, do mesmo modo, não pode prosperar a arguição de excesso na acusação, ante a alegação de ausência de delimitação quanto ao número de delitos perpetrados. A denúncia narrou as condutas perpetradas por cada um dos acusados, precisando o período em que cada um permaneceu na prática dos crimes.

51. De toda sorte, em se tratando de crimes de autoria coletiva, não se faz necessário individualizar a conduta de cada réu, bastando que a denúncia contenha a qualificação do acusado e a descrição do fato delituoso a este imputado, conferindo condições ao acusado de exercer o contraditório e a ampla defesa.

52. A respeito do tema, confira-se o fragmento de julgado abaixo transcrito:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO CULPOSO. CRIME DE AUTORIA COLETIVA: INÉPCIA DA DENÚNCIA: ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE. QUANTIDADE DE TESTEMUNHAS ARROLADAS PELA ACUSAÇÃO. CÓPIA DE LAUDO PERICIAL NÃO AUTENTICADA: NÃO CARACTERIZA PROVA ILÍCITA. LAUDO PERICIAL DE ENGENHARIA SUBSCRITO POR PROFISSIONAL NÃO INSCRITO NO CREA.

1. Não é inepta a denúncia que expõe, com precisão e clareza, o fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e a classificação do crime, preenchendo assim os requisitos do artigo 41 do CPP.

2. Nos crimes multitudinários, ou de autoria coletiva, a denúncia pode narrar genericamente a participação de cada agente, cuja conduta específica é apurada no curso do processo.

3. A exigência de indicação na denúncia de “todas as circunstâncias do fato criminoso” (CPP, artigo 41)

vem sendo mitigada pelos pretórios quando se trata de crime de autoria coletiva, desde de que se permita o exercício do direito de defesa. Precedente.

4. (...). (HC 78937, Ministro Maurício Côrrea, STF).

53. No que diz respeito ao delito de quadrilha ou bando, perfílo, ainda, o entendimento apresentado pelo *Parquet*, no Parecer 1.396/2011, no que diz que: *houve participação ativa dos denunciados na cadeia de aquisição e repasse de fármacos e materiais hospitalares desviadas de hospitais públicos, ainda que desconhecem as atividades desempenhadas, especificamente, por um ou outro integrante do bando. Posto que considerado o desconhecimento mútuo dos integrantes da cadeia, bem como da contribuição de cada indivíduo, o intuito associativo permanece caracterizado.* (fl. 531v).

54. E continua: *assim é que foram colacionadas a denúncia diversas transcrições de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente, nas quais os denunciados conscientes da origem pública dos medicamentos e materiais hospitalares, acertam sobre tipo de material e nome de medicamento, quantidade, valores, forma de pagamento, entrega etc.* (...). (fl. 531v).

55. Diante de tudo que se apresentou, o que se conclui é que o suporte probatório acostado aos autos foi bastante para justificar a condenação dos acusados pelo cometimento dos delitos acima referidos, não havendo como prosperar os argumentos direcionados a desconstituir o julgado.

56. Também o Ministério Público Federal interpôs Apelação Criminal, que passarei a examinar a seguir.

ARGUMENTAÇÕES TRAZIDAS PELO MPF EM SEU RECURSO DE APELAÇÃO

57. No recurso de fls. 421/430, o MPF postulou a reforma parcial da decisão prolatada no juízo *a quo*, pleiteando, em síntese: (a) a condenação do réu SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS pelo crime de receptação qualificada; (b) o aumento da pena-base dos réus pelo delito de receptação qualificada, e também da pena-base do acusado SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS, pelo delito de peculato; e (c) a desconsideração da atenuante de confissão ao acusado ADEILDO SEVERIANO DA SILVA.

58. Discordo do primeiro ponto trazido pelo MPF. A meu ver, o que restou provado nos autos foi que o acusado SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS, valendo-se do cargo desempenhado nos hospitais públicos, desviava medicamentos destes, isso juntamente com outros servidores dos hospitais. Não restou evidenciado nos autos de forma precisa como se dava esse repasse dos medicamentos pelo também servidor EDVALDO INÁCIO DA CRUZ, o que se demonstrou foi que EDVALDO entregava os medicamentos a SEVERINO ACIOLI dentro do contexto da prática do delito de peculato.

59. Acertada, portanto, a decisão do Magistrado de Primeira Instância, que considerou que o recebimento, por parte de SEVERINO RAMOS, dos medicamentos desviados por EDVALDO INÁCIO, caracteriza-se como um dos atos da conduta desvio. Igualmente se posicionou o *Parquet* em atuação nesta Instância Recursal, consignando que *pela leitura do material probatório, é difícil precisar em que momento o recebimento, por si só, constituiria uma conduta com desígnio autônomo, apto a ensejar a condenação de SEVERINO por receptação qualificada* (fl. 530v).

60. Desse modo, mantenho a condenação do acusado SEVERINO RAMOS ACIOLI pela prática do delito inscrito no art. 312, parág. 1º, tal qual procedido no decreto condenatório.

61. O MPF também pleiteia a desconsideração da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do CPB, em relação ao acusado ADEILDO SEVERIANO DA SILVA, aduzindo que este refutou a autoria dos diálogos interceptados, se insurgindo, também, frente à reprodução de seu relato procedido na Polícia Federal.

62. Veja-se que os primeiros fatos trazidos pelo acusado, quando de sua oitiva no procedimento inquisitivo, contribuíram para apuração dos crimes, e conseqüentemente embasaram o decreto condenatório, o que, de acordo com a jurisprudência pátria, é suficiente a aplicação da atenuante analisada, ainda que haja retratação em Juízo.

63. Acerca do assunto, confira-se julgado prolatado no Preterito Excelso:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. RÉU QUE SE RETRATOU EM JUÍZO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL QUE EMBASA O DECRETO CONDENATÓRIO. HARMONIA DA CONFISSÃO COM O CONJUNTO PROBATÓRIO.

1. “Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:” (...) “g) de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada” (artigo 14, 3, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos). Esse efetivo direito a não se autoincriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do processo acusatório e do direito à presunção de não culpabilidade. A revelar que o processo é o meio de plena demonstração da materialidade do delito e da autoria.

2. A confissão extrajudicial retratada em Juízo constitui circunstância atenuante (alínea d do inciso III do art. 65 do CP), quando embasar a sentença penal condenatória. O que se deu no caso concreto.

3. Ordem concedida. (HC 91654, Relator Ministro CARLOS BRITTO, Primeira Turma, DJe 06-11-2008).

64. A jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, quando diz não ser necessária uma confissão completa, englobando todos os detalhes da empreitada criminosa, destaca a necessidade de que esta tenha contribuído para a apuração da verdade real; confira-se:

HABEAS CORPUS. NARCOTRÁFICO, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO DE MENORES. PENA DEFINITIVA EM: 10 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. RECONHECIMENTO. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ART. 67 DO CPB. PRECEDENTES DO STJ. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INADMISSIBILIDADE. PROVA DA MATERIALIDADE E AUTORIA DAS CONDUTAS DELITUOSAS. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL.

IMPOSSIBILIDADE DA ABSOLVIÇÃO. PARECER PELA DENEGAÇÃO DO *WRIT*. ORDEM DENEGADA.

1. **Para o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, não é necessário que esta seja completa, bastando que tenha contribuído para a apuração da verdade real. Precedentes do STJ.**

2. Entretanto, a circunstância agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do CPB. Precedentes do STJ.

3. Se as provas dos autos evidenciam a ocorrência do crime de associação para o tráfico, não há como se revolver matéria fático-probatória pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de *Habeas Corpus*, com a finalidade de absolvição do réu.

4. O crime tipificado no art. 1º da Lei 2.252/54 é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos.

5. Caracterizado está o crime de corrupção de menores, ainda que o menor possua antecedentes infracionais, tendo em vista que a norma do art. 1º da Lei 2.252/54 visa também impedir a permanência do menor no mundo do crime.

6. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial. (HC 179.080/SP, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, julgado em 03/02/2011, *DJe* 21/02/2011).

65. Desta feita, correta a consideração da atenuante em apreço, na segunda fase de dosagem da reprimenda.

66. Examinados dois dos argumentos postos no apelo ministerial, passo à análise da dosimetria efetuada pelo Juízo *a quo*, momento em que apreciarei o pleito do MPF de exasperação da pena-base fixada aos acusados.

DOSIMETRIA DA PENA

67. Primeiramente, observo não assistir razão ao MPF, quando diz que o Magistrado fixou a reprimenda básica em desacordo com o total de circunstâncias judiciais que teve por desfavoráveis aos réus. A meu ver, sopesou corretamente o Juízo o *quantum* a ser aplicado inicialmente, mais precisamente no que diz respeito

aos crimes de peculato e receptação qualificada (art. 312, parág. 1º, do CPB e art. 181, parág. 1º, do CPB), em 6 anos de reclusão e 5 anos de prisão, respectivamente, não chegando ao termo médio nas reprimendas básicas fixadas para estes delitos.

68. No que diz respeito ao delito de quadrilha ou bando, cujo preceito secundário do art. 288 do CPB fixa uma penalidade de 1 a 3 anos, entendo que se afastou o Magistrado dos parâmetros inicialmente observados, fixando a pena básica no termo médio de 2 anos. Para mim, resta mais adequada a fixação da pena-base em 1 ano e 6 meses de prisão, isso tendo em consideração o fundamento da própria decisão.

69. Considerando que foi reconhecida a atenuante da confissão espontânea (art. 65, inciso III, *d*, do CPB), no que pertine às infrações cometidas pelos acusados SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS e ADEILDO SEVERIANO DA SILVA, e tendo o magistrado procedido à diminuição em 1/6, a alteração da pena-base do delito de quadrilha para o *quantum* de 1 ano e 6 meses, repercute na modificação da pena intermediária para 1 ano e 3 meses. Ausentes causas de aumento e diminuição, tem-se tal pena como definitiva para o delito de quadrilha cometido pelos acusados em exame.

70. E aqui registro que o Juiz criminal, ao proceder à fixação da pena a ser imposta ao réu deve sempre o fazer na medida certa de sua culpabilidade, observando e pontuando concretamente quais circunstâncias judiciais tem por negativas, impondo, assim, uma sanção necessária e suficiente à reprovação da infração penal perpetrada, servindo como prevenção à prática de ilícitos, mas também o fazendo de forma adequada, em um *quantum* condizente com a situação específica de cada acusado, e com a posterior reinserção deste ao meio social. Na hipótese, entendo como suficiente à pena-base fixada acima do mínimo legal, vez que presentes circunstâncias desfavoráveis aos acusados, porém discordo de sua fixação no termo médio.

71. Mais ainda, quando da terceira fase da dosagem, o Magistrado de Primeira Instância, no exame da continuidade delitiva, no que se refere aos delitos de peculato e receptação qualificada, aplicou aos acusados SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS e EDMAR

BARBOSA DA SILVA o aumento máximo de $2/3$, isso tendo em consideração o período de mais de quatro anos que permaneceram os referidos réus na prática criminosa. Para estes acusados a denúncia descreve o período preciso de mais ou menos 5 anos de prática do delito. Penso que foi excessivo o aumento em porcentagem máxima, isso considerando o aumento no mínimo de $1/6$ para o acusado VALDEREZ CORDEIRO DE SANTANA, que praticou o delito no período por 1 ano.

72. Também no que diz respeito ao acusado ADEILDO SEVERIANO DA SILVA, que perpetrou o delito por mais ou menos três anos, penso que o aumento pela continuidade na metade foi excessivo, igualmente tendo em consideração o *quantum* atribuído pelo Magistrado ao acusado que perpetrou o crime de receptação qualificada em menor período, VALDEREZ CORDEIRO DE SANTANA. Repita-se que o crime perpetrado por este se deu no ano de 2009, e para tanto o decreto teve por suficiente o aumento no mínimo de $1/6$.

73. Portanto, entendo por mais adequada a fixação do aumento em $1/2$ pela continuidade delitiva, para os acusados SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS e EDMAR BARBOSA DA SILVA, o que repercute em uma pena 7 anos e 6 meses de reclusão para os delitos de peculato e receptação qualificada, respectivamente. Cabe registrar que para o delito de peculato foi fixada pelo Magistrado *quo* a pena-base em 6 anos, tendo o acusado SEVERINO RAMOS ACIONLI DIAS a diminuição de $1/6$, haja vista ter confessado o delito, o que repercutiu em 5 anos de pena intermediária para este. Já para o acusado EDMAR BARBOSA DA SILVA foi fixada a pena-base em 5 anos de reclusão, que se tornou intermediária, em razão da inexistência de circunstâncias agravantes e atenuantes.

74. Do mesmo modo, diminuo o percentual previsto em virtude da continuidade, para o acusado ADEILDO SEVERIANO DA SILVA, e o aplico em $1/4$, o que repercute em um pena de 5 anos, 2 meses e 15 dias pelo delito de receptação qualificada. Para este acusado a pena-base pelo crime de receptação qualificada foi aplicada em 5 anos, e houve na segunda fase de dosagem a diminuição em virtude da confissão, o que repercutiu na pena intermediária de 4 anos e 2 meses de reclusão.

75. Em resumo, ficam as penas-definitivas dos acusados fixadas da seguinte maneira:

(a) **VALDEREZ CORDEIRO DE SANTANA:** para este acusado mantenho a pena definitiva fixada no decreto condenatório, em **5 anos e 10 meses de reclusão** pela prática do delito de receptação qualificada;

(b) **SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS:** para este acusado, pelo delito de peculato, fica a pena fixada em 7 anos e 6 meses, para o delito de quadrilha, a pena é de 1 ano e 3 meses, o que, em decorrência do concurso material, repercute em uma pena definitiva de **8 anos e 9 meses de reclusão;**

(c) **EDMAR BARBOSA DA SILVA:** para este acusado, pelo delito de receptação qualificada, fica a pena fixada em 7 anos e 6 meses, para o delito de quadrilha, a pena é de 1 ano e 6 meses (não foi reconhecida atenuante de confissão quanto a este), o que, em decorrência do concurso material, repercute em uma pena definitiva de **9 anos de reclusão;**

(d) **ADEILDO SEVERIANO DA SILVA:** para este acusado, pelo delito de receptação qualificada, fica a pena fixada em 5 anos, 2 meses e 15 dias, para o delito de quadrilha, a pena é de 1 ano e 3 meses, o que, em decorrência do concurso material, repercute em uma pena definitiva de **6 anos, 5 meses e 15 dias de reclusão;**

76. Mantenho o regime de cumprimento fixado na decisão condenatória. Também a pena de multa, mantenho tal qual estipulada no decreto de Primeira Instância.

77. Por tudo isto, nego provimento à apelação do MPF, e julgo parcialmente procedente os apelos dos acusados SEVERINO RAMOS ACIOLI DIAS, EDMAR BARBOSA DA SILVA e ADEILDO SEVERIANO DA SILVA, apenas para alterar o quanto fixado como pena-base para o delito de quadrilha ou bando, bem assim o percentual de aumento pela continuidade delitiva.

78. Eis o meu voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 8.385-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO (CONVOCADO)
Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E JOSÉ DE JESUS FERREIRA
Apelados: FARHAD MARVIZI E CLÁUDIO DO NASCIMENTO CARDOSO
Advs./Procs.: DRS. DANIEL ARAGÃO ABREU E OUTRO, FLÁVIO JACINTO DA SILVA E OUTRO E RAFAEL GONÇALVES MOTA

EMENTA: PROCESSUAL PENAL E PENAL. CRIMES DE HOMICÍDIO (UM TENTADO E DOIS CONSUMADOS). DENÚNCIA ÚNICA. INEXISTÊNCIA DE CONEXÃO. PROCESSO DESMEMBRADO. REMESSA DOS AUTOS DO PROCESSO-CRIME DERIVADO AO JUÍZO ESTADUAL COMPETENTE. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA PELO JUÍZO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. NULIDADE DA SENTENÇA. CRIMES DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. SUMÁRIO DE CULPA. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA INTELECTUAL EM DESFAVOR DO APELADO. PRONÚNCIA. APELAÇÕES PROVIDAS.

- Padece de nulidade a sentença que absolve sumariamente um dos réus por crimes em relação aos quais o próprio Juiz, na sentença, reconheceu a incompetência absoluta da Justiça Federal. Nulidade da sentença nesse capítulo.

- Em se tratando de juízo de prelibação, próprio da primeira etapa dos processos reservados ao Tribunal do Júri, para procedência da denúncia é suficiente a existência de prova da materialidade do fato e de indícios suficientes de autoria ou participação (art. 413 do CPP). Não se exige prova cabal de que o réu praticou ou colaborou com a prática do delito, até porque tais questões, inerentes ao próprio mérito da causa, devem ser

analisadas pelo Tribunal do Júri, órgão que tem competência constitucional para julgar os crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, c).

- Sendo incontroversa a materialidade do fato narrado na inicial acusatória (tentativa de homicídio praticada contra auditor da Receita Federal) e havendo indícios suficientes de autoria intelectual em face do apelado, de rigor a prolação de sentença de pronúncia.

- Apelações providas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 18 de outubro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA
CANUTO - Relator Convocado

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação criminal interposta de sentença pela qual o Juízo da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará:

- a) Declarou a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes de homicídio praticados contra Carlos José Medeiros Magalhães e Maria Elizabeth Almeida Bezerra, determinando a remessa de cópia dos autos à Justiça Estadual;
- b) Absolveu sumariamente o réu Cláudio do Nascimento Cardoso, na forma do art. 415, II, do Código de Processo Penal, determinando que, após o trânsito em julgado em relação ao mesmo, sejam disponibilizados eventuais bens ainda apreendidos; e
- c) Impronunciou o réu Farhad Marvizi, nos termos do arti-

go 414 do Código de Processo Penal, por entender que, malgrado provada a existência do crime, não havia indícios acerca da autoria do crime de tentativa de homicídio do auditor fiscal José de Jesus Ferreira. (Fls. 3495-3528 - vol. 13)

O MPF interpôs recurso de apelação visando à anulação da sentença no ponto em que absolveu sumariamente Cláudio do Nascimento Cardoso e sua reforma quanto à impronúncia do réu Farhad Marvizi. Como esclarecido na peça recursal, não obstante discordasse da declaração de incompetência da Justiça Federal para processar e julgar os homicídios praticados em detrimento de Carlos José Medeiros Magalhães e Maria Elizabeth Almeida Bezerra, o *Parquet* deixou de recorrer em prol da celeridade da persecução penal (fls. 3557/3580 – vol. 14).

Consta nas razões recursais que o Juízo Federal de Primeiro Grau não poderia absolver sumariamente Cláudio do Nascimento Cardoso se, na própria sentença, declarara a incompetência da Justiça Federal para julgar os crimes de homicídio contra Carlos José Medeiros Magalhães e Maria Elizabeth Almeida Bezerra. Assim, o MPF defende a nulidade da sentença nesse ponto.

Quanto à impronúncia de Farhad Marvizi, o MPF postula a reforma da sentença ao fundamento de que existem nos autos prova da materialidade do crime de homicídio tentado contra o auditor José de Jesus Ferreira e de vários indícios da autoria intelectual do réu iraniano.

José de Jesus Ferreira, assistente de acusação, interpôs apelação do capítulo da sentença que impronunciou o réu Farhad Marvizi, postulando a sua reforma. Para tanto, aduz que nos autos há prova da materialidade do fato delituoso e indícios de autoria em desfavor do réu (fls. 3594/3607 – vol. 14).

Farhad Marvizi apresentou contrarrazões pugnando pela manutenção da sentença de impronúncia, escorando-se basicamente em transcrições de seu conteúdo (fls. 3623/3632 – vol. 14).

Cláudio do Nascimento Cardoso também apresentou contrarrazões ao apelo, nas quais aduziu que o próprio MPF, em sede de alegações finais, postulara a sua impronúncia à míngua de indícios de sua participação nos crimes (fls. 3634/3639 – vol. 14).

A Procuradoria Regional da República na 5ª Região manifestou-se pelo provimento das apelações do MPF e do Assistente de Acusação (fls. 3651/3665 – vol. 14).

Foram juntados expedientes visando à transferência de Farhad Marvizi da Superintendência Regional da Polícia Federal para estabelecimento prisional federal (fls. 3666/3685 – vol. 14), tendo a Procuradoria Regional da República da 5ª Região pugnado pela aplicação do art. 5º, § 2º, da Lei nº 11.671/2008 e, após, por nova vista dos autos (fl. 3688v. – vol. 14).

É o relatório

VOTO

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

Entendendo inexistir conexão entre os crimes de homicídio praticados contra o casal Carlos José Medeiros Magalhães e Maria Elizabeth Almeida Bezerra e a tentativa de homicídio perpetrada em detrimento do auditor da Receita Federal José de Jesus Ferreira, o Juízo de Primeiro Grau declarou a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar os delitos consumados. Apesar disso, absolveu sumariamente o réu Cláudio do Nascimento Cardoso, que somente fora denunciado pelos crimes quanto aos quais foi reconhecida a incompetência da Justiça Federal.

Se o Juízo Federal reconheceu sua incompetência absoluta para julgar a causa em relação aos crimes de homicídio de Carlos José Medeiros Magalhães e Maria Elizabeth Almeida Bezerra, não poderia ter absolvido sumariamente réu acusado apenas da prática desses delitos. Tal caberia exclusivamente ao Juízo Estadual ao qual, em face de determinação constante na própria sentença, veio a ser distribuída a ação penal desta desmembrada.

Diante da inexistência de recurso de qualquer das partes, transitou em julgado o capítulo da sentença que reconheceu a incompetência da Justiça Federal para julgar os crimes de homicídio de Carlos José Medeiros Magalhães e Maria Elizabeth Almeida Bezerra. Por isso, de rigor a anulação da sentença quanto à absolvição sumária de Cláudio do Nascimento Cardoso.

Passo à análise das apelações interpostas pelo MPF e pelo Assistente de Acusação quanto à impronúncia de Farhad Marvizi em relação ao crime de tentativa de homicídio perpetrado contra o auditor da Receita Federal José de Jesus Ferreira.

Segundo a acusação, os fatos desenrolaram-se da forma a seguir.

No dia 09/12/2008, entre 12h20min e 13h, na Cidade de Fortaleza, no cruzamento das ruas Meruoca e Dr. José Lino, no bairro da Varjota, foi perpetrado um atentado contra a vida de José de Jesus Ferreira, auditor lotado na Divisão de Repressão ao Contrabando e ao Descaminho da Receita Federal do Brasil (DIREP) em Fortaleza. A vítima foi alvejada com cinco disparos de arma de fogo de uso restrito (pistola calibre 9mm), com plena potencialidade de ceifar-lhe a vida, o que somente não ocorreu por motivos alheios à vontade dos agentes.

O crime foi praticado por dois indivíduos que trafegavam numa moto, ambos usando capacetes, que seguiram a vítima e abordaram-na no momento em que ela reduzia a velocidade de seu veículo ao aproximar-se da esquina já mencionada. Um deles efetuou pelos menos os cinco disparos que alvejaram o auditor.

As munições atingiram José de Jesus Ferreira em áreas letais do corpo (uma no queixo, três na face e uma no membro superior esquerdo). Depois de intenso tratamento médico, a vítima conseguiu sobreviver, mas ainda traz consigo sequelas da ação criminosa (debilidade permanente da função neuro-motora dos quatro membros), o que implicou em sua incapacidade para o trabalho.

Segundo o MPF, os autores imediatos ainda não foram descobertos, mas o réu Farhad Marvizi foi identificado como autor intelectual do crime. O atentado contra a vida do auditor teria sido motivado porque ele, Chefe da DIREP, intensificara a fiscalização sobre empresas que comercializavam produtos internalizados ilegalmente, por contrabando ou descaminho, causando prejuízo milionário ao réu, real proprietário de empresas em diversos *Shoppings Centers* de Fortaleza.

Ainda de acordo com o MPF, Farhad Marvizi, por intermédio de Francisco Cícero Gonçalves de Souza, conhecido como “Paulo”,

a quem pagaria R\$ 15.000,00, contratou os dois meliantes (ainda desconhecidos) para executar o crime que, por circunstâncias alheias a sua vontade, não se consumou.

Passo à análise das provas.

Inexiste dúvida quanto à materialidade do atentado contra a vida do auditor da Receita Federal José de Jesus Ferreira, conforme Laudo de Corpo de Delito (Lesões Corporais) (fls. 1410/1410v. - vol. 06). Tanto que as partes debatem somente sobre a existência ou não de indícios suficientes de autoria mediata (intelectual) do réu Farhad Marvizi. É o que passo a apreciar.

Narra a inicial que o iraniano é o real proprietário de estabelecimentos comerciais instalados em vários *Shoppings Centers* de Fortaleza, nos quais comercializa produtos trazidos ilegalmente para o país (frutos de contrabando e descaminho). Diante disso, seus estabelecimentos foram intensamente fiscalizados pela Receita Federal entre os anos de 2006 e 2008, causando-lhe prejuízo que superou a R\$ 1.000.000,00. À frente da Divisão de Repressão ao Contrabando e ao Descaminho da Receita Federal do Brasil em Fortaleza (DIREP), órgão responsável pelas fiscalizações, estava o auditor José de Jesus Ferreira, o qual passou a ser tratado por Farhad Marvizi como verdadeiro algoz.

Tais fatos foram objeto de declarações prestadas por várias pessoas, conforme se vê pelos trechos abaixo transcritos:

(...) que **o depoente assinava todas as representações fiscais para fins penais, mesmo que as fiscalizações tivessem ocorrido sob a égide de outros fiscais;** (...) chamava a atenção a comercialização de produtos eletrônicos e de informática a preços flagrantemente abaixo do mercado e mesmo próximos ao valor de custo; que **o principal comerciante com tais características era conhecido no mercado por TONY, possuindo várias lojas, mas em nome de sua esposa/companheira, cunhada e sogra;** que dito iraniano não possuía restrições fiscais para aparecer como dono de tais empresas; que, salvo engano, **foram realizadas 4 (quatro) operações nas lojas de dito comerciante, todas contando com pena de perdimento dos produtos arrecadados, com as consequentes representações fiscais para fins penais;**

(...) que nas mesmas operações também foram fiscalizadas empresas concorrentes de TONY, tais como AMERICAN CELULAR, TAGARELA e outras que o depoente não recorda; que as operações distanciavam-se de 3 (três) a 4 (quatro) meses entre si, recordando que **as informações eram no sentido de que as atividades irregulares continuavam;** (...) que recorda que as empresas de TONY contavam com mudança de sócios, esclarecendo ainda que empresas sucediam as iniciais, nos mesmos endereços, mas contando sempre com a propriedade de TONY, sendo que este se apresentava como proprietário e oferecia mercadorias; que **recorda que o fiscal SULIANO comentou com o depoente atitudes irreverentes de TONY quando de uma fiscalização, conforme consta de seu depoimento já confirmado,** bem como que o fiscal SULIANO comentou ter sido seguido por TONY e outras 2 (duas) pessoas no interior do Shopping Iguatemi; que, quando das apreensões, proprietários, representantes, advogados ou procuradores comparecem à DIREP com a documentação pertinente; que **recorda de um advogado de nome TITO, que lá compareceu, mas não apresentou a documentação relativa a mercadorias apreendidas nas empresas de TONY;** que a fiscalização se desenvolve de maneira impessoal, o que foi esclarecido a dito advogado; que, na ocasião, **dito advogado chegou a afirmar que a fiscalização perseguia seu cliente,** não sabendo o depoente se tal afirmação partiu de TONY ou foi originária do advogado; (...) que **as investigações e fiscalizações continuavam sendo realizadas nas empresas de TONY em data próxima à do atentado contra o depoente¹;** que o depoente tinha encaminhado intimações aos shoppings onde se localizavam tais lojas, solicitando informações a respeito dos aluguéis e faturamento das mesmas; que os shoppings apenas forneceram informações relativas ao aluguel, afirmando proprietários diversos de TONY, no caso LILIAN, recordando ainda que o Shopping Aldeota confir-

¹ Vejam-se os termos de intimações de fls. 2085/2105, expedidos em 2008 pela DIREP, a vários Centros Comerciais, assinados por JESUS, pedindo informações a estabelecimentos indicadamente pertencentes a TONY, em nome de prepostos.

... que a loja lá existente era de propriedade de TONY; que, salvo engano, **as operações de fiscalização lograram arrecadar mercadorias de TONY em torno de R\$ 3.000.000,00** (três milhões de reais), esclarecendo que a Receita Federal pode informar com maior exatidão; (...). (destaques nossos) - Depoimento prestado por JESUS às fls. 2549/2543.

(...) QUE por ocasião da fiscalização houve um descontentamento do iraniano, alegando que as empresas eram de sua propriedade; QUE, como as empresas estavam registradas em nome de terceiros, o depoente determinou que o iraniano se retirasse do local, tendo o mesmo gesticionado de forma descontente e com certo deboche, (...). - Depoimento de Manoel Suliano Moreira da Costa Lima à autoridade policial - fls. 20/23

(...) a partir de 2006 as operações centraram-se em fiscalização de eletroeletrônicos, em lojas em shoppings da cidade, resultando na apreensão de grande quantidade de mercadorias; que tais fiscalizações lograram identificar que as pessoas que constavam como proprietárias não o eram, podendo existir terceiras pessoas responsáveis; **que o réu FARHAD MARVIZI é um de tais proprietários, sendo que a esposa do mesmo, de nome LILIAN, inicialmente apareceu como proprietária de uma loja no North Shopping; que em tal fiscalização FARHAD MARVIZI acabou se apresentando como proprietário;** que várias mercadorias foram apreendidas em tal fiscalização e em outras, em lojas que FARHAD tinha em nome de terceiros; que recorda de grande apreensão de mercadorias na residência do próprio iraniano; **que recorda que um advogado esteve, em nome do iraniano, na DIREP, tendo este iraniano e sua esposa permanecido no carro;** que o depoente anotou a placa de dito veículo, a pedido de JESUS; que, após as fiscalizações, em 2008, o depoente se encontrou ocasionalmente com FARHAD MARVIZI no Shopping Iguatemi, notando que dito réu e outras duas pessoas passaram a seguir o depoente de longe, em dito shopping, (...) QUE **confirma o inteiro teor de seu depoimento prestado perante a autoridade policial, cujo termo consta às fls. 20/23.** (destacamos) - Depoimento de Manoel Suliano Moreira da Costa Lima em Juízo - fls. 20/23.

(...) que **recorda de fiscalizações em empresas que comercializavam com produtos eletroeletrônicos, dentre as quais as empresas indicadas como sendo de um turco, posteriormente identificado como sendo TONY**; que nenhuma das empresas estava em nome do mesmo, mas sim de terceiros; que a documentação apresentada era insignificante para comprovar a regularidade das mercadorias apreendidas em ditas lojas, evidentemente no que se refere aos valores das mercadorias; que tais lojas estavam localizadas no North Shopping e Shopping Diogo; que o depoente participou de 2 (duas) operações, sendo uma em cada shopping, esclarecendo que não apenas as lojas do iraniano foram fiscalizadas, mas várias outras; que recorda que **JESUS comentou com o depoente que em uma ocasião um advogado compareceu à DIREP e insinuou que JESUS estaria perseguindo a empresa DIGIMAX, tendo insistido para a liberação da mercadoria**; que recorda que, após as fiscalizações, as empresas mudavam de sócios, ou mesmo de nomes, mas permaneciam com as mesmas atividades e proprietário, no caso o iraniano; (...) que, **segundo JESUS, as mercadorias apreendidas nas lojas do iraniano foram orçadas em cerca de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) a R\$ 5.000.000,00** (cinco milhões de reais);(...). (Destques nossos) - trechos de depoimento de Carlos Alberto Menezes de Farias - fls. 2552/2553.

Sentindo-se perseguido pelo auditor fiscal e visando dele se vingar, o MPF sustenta que o réu Farhad Marvizi, por intermédio de Francisco Cícero Gonçalves de Souza, conhecido como “Paulo”, a quem pagaria R\$ 15.000,00, contratou os dois meliantes (ainda desconhecidos) para executar o crime que, por circunstâncias alheias a sua vontade, não se consumou.

Carlos José Medeiros Magalhães e Alan de Freitas Guimarães, que até certa época eram fiéis parceiros comerciais de Farhad Marvizi, afirmando temer pelas próprias vidas e de seus familiares, prestaram declarações no sentido de que a morte do auditor José de Jesus Ferreira fora encomendada pelo iraniano.

Carlos José Medeiros Magalhães compareceu inicialmente à sede da Polícia Federal, em 06/01/2010, e narrou vários crimes supostamente cometidos por Farhad Marvizi, dentre os quais a

tentativa de homicídio do fiscal José de Jesus. O depoimento foi registrado em mídia audiovisual e sintetizado em informação policial (fls. 1320/1341 - vol. 05), cuja transcrição encontra-se acostada às fls. 2619/2657 (vol.10). Posteriormente o depoimento foi formalizado através de termo de declarações (fls. 653/655 - vol. 03).

Eis os principais trechos dos depoimentos prestados por Carlos José Medeiros Magalhães à autoridade policial, antes de ceifada sua vida:

(...) Que a motivação da denúncia é porque TONY também quis lhe matar; **QUE quem mandou assassinar JESUS foi TONY, o qual contratou um eletricista para o serviço, tendo o referido eletricista, mais ou menos seis meses depois, aparecido morto;** Que o eletricista que tentou assassinar JESUS é uma pessoa que ele próprio (o depoente) levou até a casa de TONY para fazer “gato” de energia elétrica, (...); (...) **Que sobre a tentativa de assassinato de JESUS, tem a dizer que TONY, após o ocorrido, ficou acompanhando os acontecimentos relativos ao fato nos jornais e ficou dizendo para quem tinha providenciado o serviço (o eletricista):** “vagabundo não morreu, vagabundo era para morrer, ficou em coma”; **Que ele próprio (o depoente) levou uma parte do dinheiro, R\$ 4.000, para o eletricista, e que ele lhe disse que os R\$ 4.000 era para o serviço de JESUS;** (...) **Que quem tentou executar JESUS foi contratado pelo eletricista, o qual morava no Parque São José e foi executado em uma Pizzaria que fica próxima ao Posto Carioca;** (...) **Que quando foi levar os R\$ 4.000 para o eletricista, ele mesmo lhe disse que aqueles R\$ 4.000 eram pela cabeça de JESUS, pois ele tinha tomado as mercadorias de TONY, de forma que, três ou quatro dias depois ocorreu a tentativa de assassinato de JESUS;** Que, como o acerto pelo crime ficou em R\$ 15.000, logo depois da tentativa de assassinato de JESUS levou o eletricista em seu carro para buscar o resto do pagamento, R\$ 11.000, mas que TONY só deu mais R\$ 4.000 e disse que só daria o restante do total acertado, R\$ 15.000, quando soubesse da notícia no jornal: “morreu”; (...) **Que todo dia o eletricista ia na casa de TONY para buscar o resto do dinheiro, alegando que JESUS tinha ficado vivo, mas ia ficar igual a morto, sem cons-**

ciência das coisas, sem saber o que fazia; (...). (Trechos da informação de fls. 633/637 - vol. 03).

Esse depoimento foi confirmado no Termo de Declarações de fls. 653/655 (vol. 03), em 24/03/2010, último antes da morte do próprio depoente (Carlos José Medeiros Magalhães). *Ipsis litteris*:

(...) o próprio TONY falou para o declarante que estava sendo perseguido pelo chefe da fiscalização da Receita Federal de nome JESUS, o qual havia apreendido todos os estoques de suas lojas no North-Shopping, nesta Capital; (...) QUE, a partir de então TONY passou a manter um sentimento de rancor em relação ao fiscal JESUS, em razão da apreensão de suas mercadorias, tendo afirmado o seguinte: “AQUELE FILHO DA PUTA LEVOU TODA A MINHA MERCADORIA, EU VOU FUDÊ-LO”; (...) QUE, TONY contratou PAULO para manipular os medidores de energia em suas residências (...); **QUE, PAULO afirmou para o declarante que TONY o havia contratado pela importância de R\$ 15.000,00 para “resolver” um problema relacionado ao fiscal da Receita Federal JESUS (...);** (...) QUE, PAULO afirmou que já havia recebido R\$ 4.000,00; QUE, em outra oportunidade, TONY solicitou que o declarante fosse a sua residência para pegar uma encomenda para PAULO; **QUE, ao repassar a citada encomenda para PAULO, este afirmou que se tratava de mais R\$ 4.000,00 como pagamento pelo assassinato do fiscal JESUS; (...).**

O comerciante Allan de Freitas Guimarães, em depoimento de fls. 656/658 (vol. 03), disse que Tony (Farhad Marvizi) demonstrava muita raiva do fiscal José de Jesus em razão de constantes fiscalizações em suas lojas, o qual lhe comentara um dia após o atentado, em 10/12/2008, mostrando-lhe um jornal: *olha o que fizeram com o vagabundo Jesus, deram três tiros na cara dele no bairro da Varjota, mataram*. Esse depoimento foi corroborado em Juízo (fls. 2677/2679 - vol. 10), *in verbis*:

(...) que o depoente trabalhou para TONY por cerca de 6 (seis) a 7 (sete) meses e no ano 2008, após a grande apreensão realizada pela Receita Federal na loja de TONY localizada no North Shopping; que TONY comentava que JESUS o perseguia, prejudicando-o e não fiscalizando os concorrentes; que PAULO FALCÃO frequentava o aparta-

mento de TONY, sendo que o comentário era que PAULO trabalhava na COELCE e estava ali para realizar um “gato”; que viu três ou quatro vezes PAULO no apartamento de TONY, sempre conversando na cozinha; que PAULO andava armado e demonstrava arrogância, tratando TONY como patrão; que PAULO FALCÃO é o que se encontra reproduzido à fl. 641 do volume 3; que CARLOS também vendia produtos para TONY e fazia muitos favores ao mesmo; que CARLOS também frequentava o apartamento de TONY, quase diariamente; que a esposa de CARLOS, ELISABETE, já tinha trabalhado em uma loja de TONY, no North Shopping; **que, conforme já confirmara, TONY comentou com o depoente, mostrando o jornal, a respeito da notícia que indicava a tentativa de homicídio do fiscal JESUS, tendo tal fato ocorrido na manhã do dia 10/12/2008, ou seja, no dia seguinte ao atentado, não demonstrando satisfação pelo ocorrido;** (...) que as pessoas do meio comercial atribuíam a TONY a autoria do atentado a JESUS, tendo em vista as fiscalizações pelo último empreendidas; que TONY chegou a comentar que JESUS dera muito prejuízo ao mesmo, utilizando linguagem chula; que, pelo que sabe, TONY não tem medo de nenhuma autoridade pública; (...) **que CARLOS também comentava com o depoente a atribuição a TONY da tentativa de homicídio de JESUS, sem entrar em maiores detalhes;** que tem medo de ser a próxima vítima de TONY, andando com seguranças desde a onda de crimes em 2010; que atribui tal temor à possibilidade de TONY achar que o depoente sabe demais; (...). que, quando prestou depoimento na Polícia Federal, CARLOS já estava na Polícia Federal; que só sabia que CARLOS tinha prestado depoimento antes do depoente, mas não que o mesmo já colaborava com a polícia; (...) QUE confirma o inteiro teor de seu depoimento prestado na Polícia Federal, cujo termo consta às fls. 656/658 (vol. 3).

Antônio Agenor Sousa Moreira declarou que Paulo Falcão (apelo do eletricitista Francisco Cícero) dissera-lhe que fora contratado por Tony para assassinar o auditor José de Jesus, além de lhe convidar para praticar outro homicídio (contra seu sócio) encomendado por “*um gringo muito rico*” “*que mexia com importação de aparelhos eletrônicos*”.

(...) QUE conheceu PAULO FALCÃO, salvo engano em 2001 para 2002, esclarecendo que o mesmo mexia em medidores de energia; **que, seis meses antes de PAULO ser assassinado, o mesmo chegou a, por diversas vezes, convidar o depoente para assassinar o sócio de “um gringo muito rico” e que mexia com importação de aparelhos eletrônicos; que PAULO chegou a mostrar ao depoente o revólver novo que tal gringo teria fornecido a PAULO, esclarecendo ainda que tal gringo pagaria R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) pelo homicídio e poderia o depoente ficar com a própria arma;** que o depoente recusou tais propostas; que PAULO chegou a convidar o depoente apenas para dirigir a moto, onde outra pessoa cometeria o homicídio, tendo o depoente também recusado tal proposta; que PAULO tinha uma pequena pizzaria e o depoente o ajudava esporadicamente; que, por algumas vezes, PAULO afirmou estar sendo pressionado por tal gringo, para cometimento do homicídio do sócio; que PAULO afirmou que já estivera nas proximidades do local de trabalho da vítima, localizada nas proximidades de um shopping na Avenida 13 de Maio, afirmando PAULO da facilidade de tal execução; **que PAULO chegou a comentar com o depoente ter participado de uma primeira execução, cuja vítima fora um funcionário da Receita, de quem tal gringo teria muita raiva, por tê-lo encaminhado à prisão;** (...) que o tal gringo era tido por PAULO como pessoa de alta importância; que PAULO comentou com o depoente que tal gringo já tinha sido preso pela Polícia Federal, acusado de “tráfico internacional de eletroeletrônicos” e que já estivera adoentado, tendo PAULO ido visitá-lo em casa; que PAULO também comentou que tal gringo possuía uma casa perto do Náutico, onde PAULO realizou serviço de adulteração de medidor de energia, bem como um sítio em Canindé/CE, onde PAULO também realizou serviços semelhantes; (...) **que PAULO comentou que teria ganho do gringo R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por ter “derrubado o cara da Receita”;** (...) **que PAULO não comentava qualquer intriga, mas apenas a preocupação de ter que “derrubar o cara da Receita”;** (...). (fls. 2674/2676 - vol. 10).

Charles Herbert Martins Ferreira, ex-sócio do apelado, que era réu neste processo (até seu desmembramento), declarou em seu interrogatório judicial que o iraniano Farhad Marvizi dissera-lhe que *mandara matar o auditor fiscal da Receita Federal, como já afirmado, em conversa no North Shopping, ocorrida após a morte* (fls. 2956/2964 - vol. 11).

Analisando os extratos das linhas telefônicas utilizadas por Carlos Medeiros e pelo apelado Farhad Marvizi no período de 02 a 16.12.2008, principalmente em 09/12/2008 (data do atentado contra a vida do auditor fiscal), a Polícia Federal concluiu que os locais percorridos e os respectivos horários estão em sintonia com a conclusão de que, por meio de Carlos, Francisco Cícero (Paulo Falcão) foi contratado para contratar os executores do crime. Tudo isso consta no Relatório de Análise nº 108/10, assim posto:

1 - Quando comparado com outros dias analisados no mesmo mês, verifica-se uma quantidade atípica de chamadas entre CARLOS JOSÉ MEDEIROS e FARHAD MARVIZI, no dia do atentado. CARLOS recebeu cinco chamadas da linha 85-8768.2824 (às 13:05, 16:08, 16:15, 16:25 e 18:20h) e uma chamada da linha 85-8768.2823 (às 13:03h), cadastrada em nome da **empresa DIGITAL EXPRESS ELETRONIC COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA ME, CNPJ 06.972.220/0001-63**, endereço Av. Bezerra de Menezes, 2450, PA1 MUC 406, São Gerardo, Fortaleza/CE ambas utilizadas no dia 09/12/2008;

2 - As Estações Rádio Base - ERBs localizadas nos Bairros Vila União e Fátima, utilizadas por FARHAD MARVIZI na manhã do dia 09/12/2008, são compatíveis com a versão de que o mesmo esteve numa oficina de blindagem de veículos naquela região (B3 Blindagem - Av. Luciano Carneiro, 2423, Vila União, Fortaleza/CE) encomendando tal serviço para um veículo seu, conforme consta no Termo de Depoimento de ALLAN DE FREITAS GUIMARÃES, prestado aos 24/03/10, nesta Polícia Federal, na forma a seguir transcrita:

“QUE no dia seguinte ao retorno de Recife, ou seja, dia 09.12.2008, por volta das 09hs, o depoente acompanhou TONY até a empresa B3 BLINDAGEM, com objetivo de blindar a HI-LUX nova; QUE o depoente conduziu a HI-LUX

antiga (2008) e TONY a HI-LUX nova para ser blindada; QUE ambos retornaram na HI-LUX antiga (2008) até a residência de TONY, localizada na Rua Antônio Lima, tendo a HI-LUX permanecido na Empresa B3 para ser blindada; QUE ao chegar a residência de TONY, por volta das 10:00hs, o depoente apanhou seu veículo e foi para sua residência, enquanto TONY permaneceu em casa, juntamente com a HILUX antiga (2008).”

3 - Os celulares usados tanto por FARHAD MARVIZI quanto por CARLOS fizeram/receberam ligações nas imediações do Porto do Mucuripe no horário próximo à realização do atentado, sendo certo que o Auditor Fiscal JOSÉ JESUS FERREIRA, prestava expediente normal naquele local em 09/12/2008. Tal fato evidencia que CARLOS e TONY estariam à espreita de sua vítima, talvez para apontá-la aos pistoleiros;

4 - O registro de imagens de um veículo muito assemelhado ao de FARHAD MARVIZI (Hillux SW4, preta) deslocando-se pela Via Expressa, em companhia de uma moto com dois ocupantes, momentos antes do atentado, configura-se em mais um elemento a indicar que TONY seguiu o mesmo trajeto adotado pelo auditor no dia 09/12/2008;

5 - CARLOS e FARHAD MARVIZI estavam provavelmente em veículos distintos, posto que foi necessária a comunicação via telefonia celular entre os dois;

6- A cronologia das ligações e os locais das Estações Rádio Base - ERBs utilizadas pelos envolvidos são compatíveis com o horário e local em que sucedeu o atentado que quase vitimou o auditor fiscal (*vide* figuras 01,02 e 03): (...). (fls. 2.569/2600 - vol. 10).

No aludido relatório, especificamente às fls. 2576/2578 (vol. 10), está a provável sequência cronológica do ocorrido em 09.12.2008, de acordo com os extratos fornecidos pelas companhias telefônicas.

O Relatório de Análise nº 12/2011 (fls. 3203/3230 - vol. 12), que complementa o Relatório de Análise nº 108/10, também revela que muitos foram os contatos mantidos entre “Paulo Falcão” e Carlos Medeiros no dia 09.12.2008, inclusive com maior incidência no horário próximo ao do crime (tabela de fl. 3205). Isso indica a sinceridade da confissão de Carlos Medeiros, no sentido de que

participara da contratação de “Paulo Falcão” para promover a morte do auditor fiscal.

As provas constantes neste caderno processual revelam a existência de indícios suficientes de que o apelado Farhad Marvizi foi o autor intelectual do atentado à vida do auditor José de Jesus Ferreira, o que em se tratando de juízo de prelibação, próprio da primeira etapa dos processos reservados ao Tribunal do Júri (sumário de culpa ou *judicium accusationis*), é suficiente para prolação da sentença de pronúncia (art. 413 do CPP).

Neste momento processual, não se exige prova cabal de que o réu efetivamente praticou ou colaborou com a prática do delito, até porque tais questões, inerentes ao próprio mérito da causa, devem ser analisadas pelo Tribunal do Júri, órgão constitucionalmente competente para julgar os crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, c).

Com a devida vênia ao ilustre Juiz Federal *a quo*, entendo que o juízo de valor acerca dos fatos narrados na inicial e das provas constantes nos autos não se conforma com a análise perfunctória a ser exercida no sumário de culpa. A sentença evidencia um exame excessivamente aprofundado, resultado de verdadeira cognição exauriente, o que, em se tratando de crime doloso contra a vida, compete privativamente ao Tribunal do Júri.

Por esses motivos, entendo que o apelado Farhad Marvizi deve ser pronunciado pelo crime de homicídio tentado perpetrado em face do auditor da Receita Federal José de Jesus Ferreira no dia 09/12/2008.

Mercê do exposto, dou provimento às apelações para: (a) anular o capítulo da sentença que absolveu sumariamente o apelado Cláudio do Nascimento Cardoso pelos crimes de homicídio contra Carlos José Medeiros Magalhães e Maria Elizabeth Almeida Bezerra; (b) pronunciar Farhad Marvizi pelo crime de homicídio tentado contra o auditor da Receita Federal José de Jesus Ferreira.

É como voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N° 2.219-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Suscitante: CONDOMÍNIO DO RESIDENCIAL GUARARAPES
Suscitados: JUÍZO DA 30ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO E JUÍZO DA 21ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Parte Int.: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Adv./Proc.: DR. PEDRO DE ALCÂNTARA SILVA DE ALENCAR (SUSCTE.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL E VARA COMUM FEDERAL. PRELIMINARMENTE. AÇÃO PROPOSTA NA VARA COMUM FEDERAL E NO JEF. EXTINÇÃO DO FEITO. PROCESSO ELETRÔNICO. CONHECIMENTO DO CONFLITO. MÉRITO. CONDOMÍNIO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ARTIGO 6º, I, DA LEI Nº 10.259/01. PREPONDERÂNCIA DO CRITÉRIO DA EXPRESSÃO ECONÔMICA SOBRE A NATUREZA DAS PESSOAS QUE FIGURAM NO POLO ATIVO. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL.

- Ação de cobrança intentada originalmente no Juizado Especial Federal - 30ª Vara Federal de Pernambuco, tendo sido o feito extinto sem exame do mérito, e proposta novamente na justiça comum federal. Distribuídos os autos à 21ª Vara Federal de Pernambuco, foi pronunciada a extinção do processo sem resolução do mérito.

- O Plenário desta Corte, expressamente fundamentado na teoria instrumentalista do processo, vem entendendo pela admissibilidade de conflitos de competência similares ao presente, desde que se configure uma efetiva colisão de pronunciamentos entre juizado especial federal e vara comum da Justiça Federal no que atine à competência, mesmo quando uma das manifes-

tações tenha sido mediante sentença extintiva do processo por incompetência.

- O valor da causa atribuído na peça exordial foi de R\$ 12.000,00, de modo que, sendo inferior a sessenta salários mínimos, está compreendido no limite estabelecido pelo artigo 3º da Lei nº 10.259/01.

- O artigo 6º, I, da Lei nº 10.259/01 estabelece que podem ser partes no Juizado Especial Federal Cível, como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, o que levaria a crer, à primeira vista, que os condomínios não poderiam demandar perante os JEFs.

- A jurisprudência do STJ, seguida por esta Egrégia Corte, vem se posicionando no sentido de que, embora não conste o condomínio no rol elencado no dispositivo legal acima invocado, o critério da expressão econômica da lide, que norteia os Juizados Especiais Federais deve preponderar sobre a natureza das pessoas que figuram no polo ativo.

- Conflito negativo de competência que se conhece para declarar competente a 30ª Vara Federal de Pernambuco.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, CONHECER DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO DA 30ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO, 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, 16 de novembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de Conflito Negativo de Competência, suscitado pelo Condomínio do Residencial Guararapes nos autos da ação de cobrança de encargos condominiais que move em face da Caixa Econômica Federal.

Narra o suscitante que ingressou com a referida demanda no Juizado Especial Federal - 30ª Vara Federal de Pernambuco, tendo sido o feito extinto sem exame do mérito, de modo que intentou a mesma ação na justiça comum federal. Distribuídos os autos à 21ª Vara Federal de Pernambuco, este Juízo se pronunciou pela extinção do processo sem resolução do mérito, motivo pelo qual vem suscitar o presente conflito de competência.

O Juízo da 30ª Vara Federal alega que os Juizados Especiais Federais não possuem competência para o julgamento da lide apresentada, na medida em que o condomínio não figura entre as partes previstas no artigo 6º, I, da Lei nº 10.259/01. Assim, extinguiu o feito, deixando de encaminhá-lo para o juízo que entende competente por tratar-se de processo digital.

Por sua vez, o Juízo da 21ª Vara Federal asseverou não ter competência para apreciar a demanda, sob o argumento de que a causa se insere no âmbito da competência absoluta dos Juizados Especiais Federais.

O Ministério Público Federal, na qualidade de *custos legis*, apresentou parecer, opinando pela fixação da competência da 30ª Vara Federal de Pernambuco.

É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

1. Preliminarmente. Do conhecimento do conflito.

Este egrégio Plenário, expressamente fundamentado na teoria instrumentalista do processo, vem entendendo pela admissibi-

lidade de conflitos de competência similares ao presente, desde que se configure uma efetiva colisão de pronunciamentos entre juizado especial federal e vara comum da Justiça Federal no que atine à competência, mesmo quando uma das manifestações tenha sido mediante sentença extintiva do processo por incompetência. Senão, vejamos:

PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CANCELAMENTO. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO OU CANCELAMENTO DE ATO ADMINISTRATIVO FEDERAL. INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL.

1. Hipótese em que a ação foi proposta originalmente perante a 21ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco (juízo comum), que, entendendo ser incompetência para julgar a demanda, extinguiu o feito sem julgamento do mérito. Desse modo, extinto o processo na 21ª Vara/PE por incompetência, a parte repropôs a ação perante os JEF's, tendo a 15ª Vara/PE decidido por sua incompetência e, por isso, suscitado o presente conflito.

2. O Pleno deste Tribunal Regional Federal da 5ª Região, inspirado por uma visão instrumentalista do processo, vem entendendo pela admissibilidade do conflito de competência desde que haja uma efetiva colisão de pronunciamentos entre juizado especial federal e vara comum da Justiça Federal quanto ao tema da competência, ainda que uma das manifestações tenha sido mediante sentença extintiva do processo por incompetência.

3. Versando a pretensão autoral sobre anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, no caso, ato de registro de marca praticado pelo INPI, o julgamento da ação não se insere na competência dos juizados especiais federais, em razão da regra exclusiva do art. 3º, 1º, III, da Lei nº 10.259/2001, independentemente do valor da causa.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do juízo federal comum, ora suscitado. (TRF5 - Pleno. DJE: 16/12/2010. Relator: Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima. Relator para acórdão: Desembargador Federal Convocado Leonardo Resende Martins)

Nesse passo, deve ser conhecido o presente conflito de competência.

2. Mérito.

Ressalte-se de início que o valor da causa atribuído na peça exordial foi de R\$ 12.000,00, de modo que, sendo inferior a sessenta salários mínimos, está compreendido no limite estabelecido pelo artigo 3º da Lei nº 10.259/01.

Noutro aspecto, o artigo 6º, I, da Lei nº 10.259/01 estabelece que podem ser partes no Juizado Especial Federal Cível, como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, o que levaria a crer, à primeira vista, que os condomínios não poderiam demandar perante os JEFs.

Contudo, a jurisprudência do STJ, seguida por esta egrégia Corte, vem se posicionando no sentido de que, embora não conste o condomínio no rol elencado no dispositivo legal acima invocado, o critério da expressão econômica da lide, que norteia os Juizados Especiais Federais deve preponderar sobre a natureza das pessoas que figuram no polo ativo. Senão, vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL E JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE COTA CONDOMINIAL. COMPETÊNCIA DEFINIDA PELO VALOR DA CAUSA. ARTS. 3º E 6º DA LEI Nº 10.259/2001.

I - Consoante entendimento da c. 2ª Seção, pode o condomínio figurar no polo ativo de ação de cobrança perante o Juizado Especial Federal, em se tratando de dívida inferior a 60 salários mínimos, para a qual a sua competência é absoluta.

II - Embora o art. 6º da Lei nº 10.259/2001 não faça menção a condomínio, os princípios que norteiam os Juizados Especiais Federais fazem com que, na fixação de sua competência, prepondere o critério da expressão econômica da lide sobre a natureza das pessoas que figuram no polo ativo. Precedente: CC 73.681/PR, Relª. Minª. NANCY ANDRIGHI, DJ 16.8.07. Agravo Regimental improvido. (AGRCC 200701716999, SIDNEI BENETI, STJ - SEGUNDA SEÇÃO, DJE DATA: 23/02/2010)

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DEMANDA AJUIZADA POR CONDOMÍNIO DE EDIFÍCIOS. VALOR DA CAUSA INFERIOR A 60 (SESSENTA) SALÁ-

RIOS MÍNIMOS. JUÍZADOS ESPECIAIS. POSSIBILIDADE. EXEGESE DO ART. 6º DA LEI Nº 10.259/01.

1 - Conflito negativo de competência em que figuram, como suscitante, o Juízo Federal da 5ª Vara, e, na qualidade de suscitado, o Juízo da 30ª Vara, ambos da Seção Judiciária de Pernambuco.

2 - A motivação do ato declinatório, no entender do Juízo da 5º Vara, consistiu no reconhecimento da competência absoluta dos Juizados Especiais Federais para o processamento e julgamento das causas envolvendo valores inferiores a 60 (sessenta) salários mínimos, ainda que ajuizadas por condomínio de edifícios, como na hipótese, a despeito de esses não constarem expressamente no rol de possíveis autores de que trata o art. 6º da Lei nº 10.259/2001.

3 - Muito embora não figurem os condomínios expressamente como possíveis demandantes ou demandados no comando transcrito, pois não são pessoas naturais nem tampouco microempresas ou empresas de pequeno porte, o c. Superior Tribunal de Justiça e esta e. Corte já se debruçaram sobre o tema, entendendo ambos pela possibilidade de demandarem os condomínios nos juizados especiais federais, ao fundamento de que “os princípios que norteiam os Juizados Especiais Federais fazem com que, na fixação de sua competência, prepondere o critério da expressão econômica da lide sobre a natureza das pessoas que figuram no polo ativo”. Precedentes: STJ - AGRCC nº 200700408540, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, publicado em 23/02/2010; CC nº 200602307846, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, publicado em 16/08/2007; TRF5 - CC nº 200805000905990, Rel. Desembargador Federal Cesar Carvalho (convocado), Pleno, publicado em 21/05/2009.

4 - Conflito conhecido. Fixação da competência do Juízo suscitado, da 30ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco. (TRF - 5ª Região. Pleno. CC 2221/PE. Relator: Desembargadora Federal Cíntia Menezes Brunetta (Convocada) Diário da Justiça Eletrônico - Data: 20/09/2011 - Página: 96)

Por tais fundamentos, conheço do conflito, declarando a competência da 30ª Vara Federal de Pernambuco.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 4.455-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Impetrantes: DRs. JOSÉ LUÍS MENDES DE OLIVEIRA LIMA E OUTRO
Impetrado: JUÍZO DA 4ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Paciente: MARCELO SILVA RAMOS (RÉU PRESO)

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SUPOSTO ESQUEMA DE CORRUPÇÃO ENTRE POLICIAIS RODOVIÁRIOS FEDERAIS (ARTS. 288 E 317, § 1º, CP). LICITUDE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. DENÚNCIA ANÔNIMA. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. PEÇA INFORMATIVA. LEGALIDADE. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

- Descabe pretender anular-se interceptações telefônicas – quebra e prorrogações – que se deram em observância às regras impostas pela Lei nº 9.296/96, antecedidas por autorizações judiciais adequadamente motivadas.

- Impossível é o reconhecimento da nulidade do inquérito policial, uma vez que a primeira decisão autorizando o monitoramento telefônico dos investigados somente foi proferida quando já cotejados elementos informativos que conferiam plausibilidade à denúncia anônima.

- Ainda que os sujeitos investigados nos dois inquéritos policiais não fossem os mesmos, ambas as linhas de investigação tinham por alvo um amplo esquema de corrupção envolvendo policiais rodoviários federais no Estado de Pernambuco, de modo que a reunião dos feitos era providência necessária.

- O valor probatório do inquérito policial, por sua natureza eminentemente administrativa e preliminar, é, sabidamente, relativo, sendo caudalosa a jurisprudência no sentido da sua dispensa-

bilidade para a propositura da ação penal, de sorte que os vícios daquele não contaminam esta.

- O relevante é que se tem uma denúncia proposta com justa causa, recebida mediante decisão fundamentada do juízo, sendo certo que todas as interceptações telefônicas e demais medidas cautelares foram devidamente autorizadas, em procedimento duradouro e bem executado.
- Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do Relatório, Voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 20 de setembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Cuida-se de ordem de *habeas corpus* impetrada por JOSÉ LUIS MENDES DE OLIVEIRA LIMA e outro em favor de MARCELO SILVA RAMOS objetivando pôr cobro a constrangimento ilegal atribuído ao ilustre Juízo da 4ª Vara Federal de Pernambuco, que, nos autos da Ação Penal nº 0010053-44.2010.4.05.83.00, ratificou o recebimento de denúncia baseada em prova ilícita.

Relata que, após uma longa e sigilosa investigação, realizada nos autos do IPL 1.059/06 – iniciada com base em denúncia anônima e fundada em posteriores quebras de sigilo telefônico, bancário e fiscal, ordens de busca e apreensão e conduções coercitivas –, o paciente, policial rodoviário federal, foi denunciado pela suposta prática dos delitos tipificados nos arts. 288 e 317, § 1º, do CP.

No tocante ao inquérito supracitado, ressalta que foi ele instaurado após requisição do Ministério Público Federal, baseada em uma carta-denúncia, sem que antes fosse realizada qualquer diligência prévia no sentido de se averiguar a mínima veracidade dos fatos noticiados. Acrescenta que há numerosas evidências no sentido de que a autoridade policial, em verdade, só deu início às investigações após a abertura do inquérito.

Sustenta que essa forma de proceder traduz constrangimento ilegal, porque afrontoso à vedação ao silêncio de que cuida o art. 5º, inc. IV, da Constituição da República. Diz que, por mais que pretendesse agir com discricção e parcimônia no curso das investigações, não poderia a autoridade policial instaurar o procedimento inquisitorial a partir de uma denúncia anônima, sem antes efetuar qualquer diligência prévia.

Já a respeito das interceptações telefônicas, salienta terem sido realizadas em afronta aos ditames da Lei nº 9.296/96, uma vez que, a despeito de sua excepcionalidade, perduraram por quase 4 (quatro) anos e foram autorizadas e prorrogadas por decisões destituídas de fundamentação idônea, por não demonstrarem a presença dos requisitos disciplinados pelo art. 2º da Lei nº 9.296/96.

Por essas razões, requer a concessão de liminar, no sentido de se suspender o trâmite da ação penal, até que a impetração seja definitivamente julgada. No mérito, pugna pela concessão da ordem, para declarar-se a nulidade da exordial e de toda a prova originada das interceptações telefônicas inutilizadas (fls. 2/44).

Dispensadas as informações da autoridade impetrada, os autos foram encaminhados à douta Procuradoria Regional da República, que opinou pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

EMENTA: PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. POLICIAIS RODOVIÁRIOS FEDERAIS. ARTS. 288 E 333, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. LICITUDE DAS PROVAS E LEGALIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO EVIDENCIADAS.

- O trancamento de ação penal por falta de justa causa, pela via estreita do *habeas corpus*, é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade, a ausência de indícios de autoria e de prova da materialidade, circunstâncias essas, *in casu*, não evidenciadas.

- O inquérito não se baseou em exclusiva denúncia anônima. Ao contrário, foram realizadas várias diligências que evidenciaram um esquema de corrupção envolvendo Policiais Rodoviários do Estado de Pernambuco, findas as quais restou clara a plausibilidade dos fatos delatados naquela notícia.

- As interceptações telefônicas – quebra e prorrogações –, se deram com total observância das regras impostas pela Lei nº 9.296/96, sempre antecedidas por autorizações judiciais.

- Na hipótese dos autos, a peça acusatória preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do Código de Processo Penal, pois narra, de forma suficiente, as condutas do paciente tidas como delituosas, possibilitando sua defesa sem qualquer dificuldade, existindo, por sua vez, justa causa para o prosseguimento da persecução penal.

- Trata-se de ação penal que apura condutas ilícitas complexas, dentre elas, condescendência criminosa, corrupção ativa e passiva, formação de quadrilha, prevaricação, concussão, crimes contra a ordem econômica, falsidade ideológica, tráfico de influência e advocacia administrativa, as quais caracterizariam, em tese, delitos previstos nos arts. 316, 317, 319, 321, 325, 344, parágrafo único, do 288, todos do Código Penal, e no art. 17 da Lei nº 10.826/2003, envolvendo vários acusados, cujos fatos não podem ser objeto de análise na via estreita do *habeas corpus*.

- Denegação da ordem. (fls. 57/61v).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Os elementos coligidos no inquérito policial evidenciam que a conduta praticada por vários policiais rodoviários federais, com

atuação na capital e no interior pernambucano, era a de, em associação, valer-se da função para intimidar e negociar a liberação de veículos apreendidos por transitarem irregularmente, mediante o pagamento de dinheiro ou o oferecimento de outro tipo de vantagem econômica (materiais de construção e materiais perecíveis) deixando de praticar atos de ofício e/ou os praticando contra a lei.

Pois bem. Não há como prosperar nenhum dos pleitos dos impetrantes.

Primeiro, é de se afastar a alegação de ilicitude das interceptações telefônicas realizadas. O fato de terem perdurado por lapso superior a 15 (quinze) dias não as torna ilícitas, posto que as extensões a que se referem os impetrantes se deram com total observância das regras impostas pela Lei nº 9.296/96, sempre antecedidas por autorizações judiciais devidamente fundamentadas e colacionadas ao presente *writ*.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, CONTRABANDO, FALSIFICAÇÃO DE PAPÉIS PÚBLICOS E LAVAGEM DE DINHEIRO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. MEDIDA INDISPENSÁVEL DIANTE DA EXTENSÃO, INTENSIDADE E COMPLEXIDADE DAS CONDUTAS DELITIVAS INVESTIGADAS E DO NÍVEL DE SOFISTICAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. DEFERIMENTO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA PELO PRAZO DE 30 DIAS CONSECUTIVOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STF. PRORROGAÇÕES INDISPENSÁVEIS À CONTINUIDADE DAS INVESTIGAÇÕES. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO *WRIT*. ORDEM DENEGADA.

1. Ao que se tem dos autos, o paciente é acusado de fazer parte de extensa quadrilha voltada para a prática de crimes, entre eles contrabando, tráfico de drogas e lavagem de dinheiro.

2. Estando devidamente fundamentada a decisão que deferiu a escuta telefônica, bem como a que determinou a sua prorrogação, por absoluta necessidade da investigação, dada a quantidade de envolvidos e a complexidade das suas atividades, não há qual-

quer nulidade a ser sanada em *Habeas Corpus*.

3. Nos termos da Lei 9.296/96, que regulamentou a escuta telefônica autorizada judicialmente, o prazo definido para a interceptação é de 15 dias, permitida a renovação por igual período; todavia, não há qualquer restrição legal ao número de vezes em que pode ocorrer essa renovação, desde que comprovada a sua necessidade, bem como se admite, diante das especificidades do caso, a autorização desde o começo pelo prazo de 30 dias. Precedente do STF. (STJ, 5ª T., HC 138933, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 30.11.2009) - destacamos.

Conforme salienta o magistrado, ainda que longo o lapso temporal desde a primeira até a última interceptação, percebe-se que houve grandes intervalos de tempo em que nenhuma diligência foi efetuada. Além disso, nos períodos de efetiva escuta, os terminais investigados variavam conforme a necessidade da investigação (troca de terminais pelos investigados/cessação de escuta de algumas pessoas/notícias de novos envolvidos).

Ou seja, os sucessivos períodos de escutas só existiam justamente porque novos fatos eram descobertos e novas pessoas passavam a fazer parte das investigações, o que foi considerado pelo juízo *a quo* para justificar a prorrogação das diligências, nos moldes requeridos pela Polícia e pelo MPF e autorizados pelo primeiro.

No tocante à argumentação de que a interceptação seria nula, por não existir degravação de todas as escutas, há que se registrar que tal providência não foi realizada por real falta de utilidade, pois só não houve degravação de todas as conversas para preservar a privacidade dos investigados em relação a dados e informações sem caráter ilícito.

Sustenta-se, ainda, que a instauração de procedimento investigatório estaria maculada de ilegalidade pelo fato de a autoridade policial só ter dado início às investigações após a abertura do inquérito policial. Mas a isso também respondeu o ilustre Juízo impenetrado, como se lê no seguinte texto de decisão proferida nos autos:

(...) Tampouco se sustentam as alegações de nulidade decorrente de investigação baseada exclusivamente em

denúncia anônima, ou de ausência de fundamentação das decisões judiciais.

Como se vê dos autos da interceptação, primeiramente houve uma denúncia anônima relatada à Polícia Federal sediada em Caruaru. Outra denúncia anônima foi encaminhada à Polícia Federal sediada em Recife com relatos bastante semelhantes.

A fim de verificar a veracidade de tais denúncias, o Núcleo de Inteligência Policial da DPF de Caruaru realizou diligências acerca das pessoas denunciadas junto a colaboradores. Comparou os dados com o patrimônio dos envolvidos, gerando um relatório em que se conclui pela existência de um esquema de corrupção envolvendo muitos policiais, empresas privadas e, inclusive, o Superintendente da PRF à época.

Só então é que foi autorizada a primeira quebra de sigilo telefônico, autorizada pelo Juízo Federal de Caruaru por 15 dias (1º.03.07 a 15.03.07), findo os quais restou clara a plausibilidade das denúncias anônimas.

Diante da complexidade e amplitude das condutas criminosas vislumbradas nessa primeira etapa de escutas, bem como pela deficiência estrutural da Polícia Federal daquela cidade para empreender investigação dessa natureza, não houve prosseguimento imediato das investigações.

Em seguida, percebeu-se que a investigação em andamento em Recife abrangia os fatos já apurados em Caruaru, razão pela qual foram reunidos os dois inquéritos policiais. Nesse meio tempo, outra denúncia anônima foi prestada, dessa vez para a Controladoria-Geral da União, onde também são indicados novos fatos semelhantes e nomes de envolvidos.

Isto gerou mais uma série de diligências pelo Núcleo de Inteligência da Polícia Federal, focando nas informações patrimoniais dos principais chefes de Delegacia da PRF/PE denunciados, quando se verificou que também estes outros policiais tinham patrimônio incompatível com a renda declarada à Receita Federal.

Assim, é evidente que as interceptações telefônicas não decorreram exclusivamente de denúncia anônima. Ao contrário, foram feitas pesquisas de campo que levantaram uma série de indícios de ilegalidade

que mereciam ser aprofundados. Ademais, vê-se que não se trata de uma denúncia anônima, mas de três denúncias distintas, dirigidas a órgãos distintos, com altíssimo grau de detalhes (delimitando fatos e pessoas), a demonstrar maior plausibilidade.

Neste ponto, aquelas diligências que estavam ao alcance da Polícia Federal já haviam sido realizadas e, como bem pontuou a autoridade policial (fl. 11 do apenso III):

(...) há que se ressaltar que a apuração da prática dos crimes anteriormente citados é por demais crítica, tendo em vista que o local em que costumeiramente são praticados, estradas, bem como pela qualidade que ostentam seus supostos autores.

Em crimes dessa natureza, o instrumento do monitoramento tem propiciado a possibilidade efetiva de responsabilização penal dos envolvidos, sendo instrumento seguro e prático de auxílio nas investigações criminais, notadamente quando envolve organizações criminosas.

No presente caso, vislumbra-se a inexistência de qualquer outro meio operacional para se apurar a materialidade e autoria dos delitos investigados, que senão a realização de monitoramento telefônico dos terminais telefônicos utilizados pelos investigados.

É certo que a simples realização de monitoramento não há de ser a única forma de investigação a ser utilizada no presente caso, mas se afigura imprescindível para a obtenção de elementos outros para a conclusão das investigações.

Com base nesses dados, em diversos documentos apresentados pela autoridade policial, e nestes mesmos fundamentos apresentados por ele, foi proferida a primeira decisão deste Juízo autorizando as interceptações telefônicas devidamente fundamentada, e que observou todos os requisitos para tanto. (...) (fls. 1.275/1.279, vol. 3 do apenso 7).

Como se depreende da leitura do excerto acima, não há espaço para o reconhecimento da nulidade do inquérito policial, uma vez que a primeira decisão autorizando o monitoramento telefônico dos investigados somente foi proferida quando já cotejados elementos informativos que conferiam plausibilidade à denúncia anônima.

Nesse contexto, impende rechaçar expressamente a alegação de que os dois inquéritos policiais – aquele instaurado em Caruaru/PE (IPL nº 061/07) e o que já existia em Recife/PE (IPL nº 1.059/06) só passaram a tramitar em conjunto “casualmente e por conveniência”. Na verdade, tal qual esclareceu a autoridade policial, na transcrição supracitada, *a investigação em andamento em Recife abrangia os fatos já apurados em Caruaru, razão pela qual foram reunidos os dois inquéritos policiais.*

Assim, ainda que os sujeitos investigados não fossem os mesmos, ambas as linhas de investigação tinham por alvo um amplo esquema de corrupção envolvendo policiais rodoviários federais no Estado de Pernambuco, de modo que a reunião dos feitos era providência necessária.

De resto, não é demais rememorar a natureza eminentemente administrativa e preliminar do inquérito policial, cujo valor probatório é, sabidamente, relativo. Com efeito, caudalosa é a jurisprudência e a doutrina no sentido da dispensabilidade do inquérito para a propositura da ação penal, de sorte que os vícios daquele não contaminam esta.

Por essa razão, ainda que se reconheça que o inquérito policial em questão fora deflagrado sem a realização de diligências prévias, não se pode ignorar a produção, com base em decisões judiciais – tanto na fase meramente informativa, quanto na própria ação penal –, de elementos indicadores da materialidade e autoria dos delitos noticiados.

Seria, no mínimo, irrazoável desconsiderar os resultados obtidos em 4 (quatro) anos de investigação, de grande valia para a persecução criminal e indispensáveis à punição dos culpados, entendimento esse que, ainda uma vez, encontra agasalho no STJ:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE USURA E SONEGAÇÃO FISCAL. NULIDADE. DENÚNCIA ANÔNIMA. POSSIBILIDADE. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

1. “Ainda que com reservas, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação, como o inquéri-

to policial, conforme contenham ou não elementos informativos idôneos suficientes, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado” (HC 44.649/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, *DJ* 8/10/07). Precedente do STF (AgRg na MC em MS 24.369-4/DF).

2. A proteção aos sigilos de dados não é direito absoluto, podendo ser quebrados quando houver a prevalência do direito público sobre o privado, na apuração de fatos delituosos ou na instrução dos processos criminais, desde que a decisão esteja adequadamente fundamentada na necessidade da medida. Precedentes do STJ.

3. Na hipótese em exame, deve subsistir a decisão judicial que, motivadamente, determinou a quebra do sigilo bancário do paciente, uma vez que demonstrados os indícios de prática delituosa, os motivos pelos quais a medida se faz necessária, bem como o objeto da investigação e a pessoa do investigado.

4. Ordem denegada. (STJ, 5ª T., HC 114846, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, *DJe* de 02/08/2010).

HABEAS CORPUS - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - CORRUPÇÃO PASSIVA - INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO E QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO COM BASE EM DENÚNCIAS ANÔNIMAS - POSSIBILIDADE - *WRIT* DENEGADO.

1. Para determinação da quebra de sigilo telefônico, há exigências de que existam indícios de autoria, não havendo, por outro lado, impedimento de que o inquérito policial tenha se iniciado após denúncias anônimas.

2. *Writ* denegado. (STJ, 6ª T., HC 97212, Rel. Min. Convocada JANE SILVA, *DJe* de 30/06/2008).

Avulta salientar que não se trata de uma simples denúncia anônima, mas de três denúncias distintas, com altíssimo grau de detalhes (delimitando fatos e pessoas), a demonstrar maior plausibilidade, dirigidas a órgãos distintos e detentores do dever de garantir a segurança e o interesse público.

A ação penal foi iniciada após o recebimento de denúncia detalhada quanto à materialidade e autoria dos delitos, em decorrência de elementos coligidos ao longo do inquérito policial, com base em decisões judiciais, tais como interceptações telefônicas, vídeos filmados pela Polícia Federal, depoimentos das vítimas, reconhe-

cimentos fotográficos e laudo financeiro decorrente das quebras de sigilos fiscal e bancário.

Na hipótese dos autos, a peça acusatória preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, pois narra, de forma suficiente, as condutas tidas como delituosas, possibilitando que a defesa seja exercida sem qualquer dificuldade.

O papel da instrução criminal é o de esclarecer e pormenorizar de que forma se deu a pretensa participação dos denunciados, ensejando ampla discussão dos fatos e provas, quando a defesa poderá levantar todos os aspectos que julgar relevantes.

Relevante, neste momento processual, é que se tem uma denúncia proposta com justa causa, recebida mediante decisão fundamentada do juízo, sendo certo que todas as interceptações telefônicas e demais medidas cautelares foram autorizadas pelo magistrado, em procedimento duradouro e bem executado.

Forte em tais argumentos, denego a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 4.477-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO
Impetrante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Impetrado: JUÍZO DA 2ª VARA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
Paciente: JAMES DEAN DE LIMA ASSUNÇÃO (RÉU PRESO)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INICIAL DESACOMPANHADA DE DOCUMENTOS. ALEGAÇÕES DE EXCESSO DE PRAZO E PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INFORMAÇÕES INSTRUÍDAS DA AUTORIDADE IMPETRADA. CONHECIMENTO EM PARTE. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. PACIENTE PROCESSADO POR ROUBO QUA-

LIFICADO. ART. 155, § 4º, II E IV, DO CÓDIGO PENAL. ART. 1º, VII, DA LEI Nº 9.613/98, C/C ARTS. 29 E 70, CP. CRIMES DE INFORMÁTICA. FURTO QUALIFICADO E CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FRAUDES ATRAVÉS DA INTERNET. TRANSFERÊNCIA FRAUDULENTE DE DINHEIRO PARA A CONTA DE TERCEIROS E PARA PAGAMENTO DE BOLETOS BANCÁRIOS. CRIMES CUJA PENA MÁXIMA É SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA CONDICIONADA AO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES IMPOSTAS PELO JUÍZO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.403.2011. CONDIÇÕES DESCUMPRIDAS PELO PACIENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM DENEGADA. HABEAS CORPUS CONHECIDO EM PARTE E DENEGADO.

- Habeas corpus impetrado em face do indeferimento do pedido de liberdade provisória ao paciente, preso preventivamente desde o dia 20.07.2007, e processado pelos crimes previstos no art. 1º, inc. I, da Lei nº 9.034/95, art. 10 da Lei nº 9.296/96, art. 10 da LC nº 105/2001, arts. 288, 155, § 4º, II e IV, c/c os arts. 69 e 71 do Código Penal, em virtude de, supostamente, obterem, via Internet e de forma fraudulenta, dados bancários de correntistas para a subtração de valores de diversos bancos, fundamentando-se no excesso de prazo e na ausência dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

- Apesar de a petição inicial do habeas corpus, estar desacompanhada de documentos, as informações da autoridade impetrada trouxeram elementos suficientes para a análise de parte das alegações dos impetrantes, permitindo o conhecimento do pedido de liberdade provisória em

face do disposto no art. 312 do CPP.

- Ausência de elementos de prova necessários para a verificação do alegado excesso de prazo. Não conhecimento dos habeas corpus nesta parte.

- Paciente que, em 17 de setembro de 2009, antes da vigência da Lei nº 12.403/2011, foi beneficiado com a liberdade provisória mediante a imposição de determinadas condições, nos moldes das medidas cautelares hoje previstas e admitidas no art. 282 do Código de Processo Penal.

- Liberdade provisória convertida em 24 de dezembro de 2009 em prisão domiciliar (em instituição adequada) para tratamento de vício em entorpecentes. Verificação, pelo Juízo, do abandono, pelo paciente, do tratamento, além da agressão a internos e funcionários da instituição, não tendo sido encontrado no local no momento da visita realizada pelo Oficial de Justiça. Nova prisão preventiva decretada.

- Paciente que, além de estar sendo processado por crimes cuja pena máxima são superiores a 04 (quatro) anos de reclusão, ainda descumpriu as condições impostas para a concessão da liberdade provisória, mesmo antes da vigência da Lei nº 12.403/2011, incidindo no parágrafo único do art. 312 do CPP, segundo o qual a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

- Tais fatos justificam a constrição cautelar que, nos termos do artigo 312 do CPP vigente, se justifica, na medida em que transparecem indicações concretas de que, solto, o paciente poderá (em tese) inviabilizar a aplicação da lei penal, ou mesmo dificultar o alcance da verdade real, objetivo da persecução penal.

- Habeas corpus denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, não conhecer, em parte, do *habeas corpus* e negar provimento ao restante da impetração, 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, 27 de outubro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Habeas Corpus liberatório, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de James Dean de Lima Assunção, visando a concessão de liberdade provisória ao paciente, preso preventivamente desde o dia 20.07.2007, conforme determinado pelo Juízo da 2ª Vara Federal do Estado do Rio Grande do Norte em decisão proferida nos autos da Ação Criminal nº 0007969-66.2007.4.05.8400.

Sustenta a impetrante, em síntese, que o paciente se encontra preso há (04) quatro anos, sendo desproporcional a medida em face do excesso de prazo na conclusão da ação penal, caracterizando a coação ilegal, por ter o paciente permanecido preso durante todo este período sem a prolação da sentença, ressaltando que faz 01 (um) ano desde o retorno do paciente pelo fracasso do tratamento de internação contra entorpecentes sem que a sentença tenha sido prolatada, estando o processo concluso para sentença, sem o prosseguimento do feito por culpa exclusiva do Poder Judiciário.

Pede-se, ao fim, a concessão de liminar, para que seja deferida a liberdade provisória, tornando-se a prisão sem efeito até o

juízo final do presente *Habeas Corpus*, e fazendo-se expedir o alvará de soltura.

Em face da ausência de prova pré-constituída, determinei a intimação da impetrante para a juntada da documentação necessária à análise do pedido liminar – fl. 14.

Ausente a documentação requerida, indeferi a liminar – fl. 23.

As informações repousam às fls. 26/28-v, e nelas consta o histórico das condições do paciente, processado como incurso nas penas dos crimes previstos no art. 1º, inc. I, da Lei nº 9.034/95, art. 10 da Lei nº 9.296/96, art. 10 da LC nº 105/2001, 288, 155, § 4º, II e IV, c/c os arts. 69 e 71 do Código Penal, obteve liberdade provisória condicionada em 11.10.2007, devendo ele cumprir diversas condições como não se ausentar da comarca em que reside sem autorização do Juízo; comparecer mensalmente em Juízo no 1º dia de cada mês; não frequentar *lan houses*; matricular-se em instituição de ensino para dar continuidade ao seu grau regular de estudo, comprovando em Juízo a frequência e o aproveitamento e não fazer uso de substâncias entorpecentes, entre outros.

Esclarecem que no dia 24 de dezembro de 2009, a prisão preventiva foi convertida em domiciliar a ser cumprida em instituição para dependentes químicos, em face do envolvimento do ora paciente com entorpecentes. Por fim, afirmaram que, no dia 27 de maio de 2010, em face da inaptidão e da impossibilidade da permanência do réu no tratamento do vício em drogas, foi determinada a sua prisão preventiva em cárcere privado.

O douto *Parquet* Federal, em pronunciamento que demora às fls. 30/33, opinou, em preliminar, pelo não conhecimento da ordem, em face da inexistência de prova pré-constituída, e no mérito, pela denegação da ordem, porque o alegado excesso de prazo, além de não ter sido comprovado pelo paciente, não ocorreu por mora do Judiciário, estando o processo já concluso para julgamento – fls. 30/33.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Penso, averbando a costumeira vênia aos pensamentos dissonantes, que não merece ser acolhido o pedido articulado na petição inicial desta impetração.

Com relação à alegação ministerial de não conhecimento do presente *habeas corpus* em face de instrução suficiente, porque a impetrante não teriam trazido com a inicial os documentos, verifico que as informações da autoridade impetrada trouxeram elementos suficientes para a análise de parte das alegações dos impetrantes, permitindo o conhecimento de alguns dos fatos sobre os quais versa o presente *writ*.

Nesse sentido assim se posicionou este Tribunal:

PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. INICIAL DESACOMPANHADA DE DOCUMENTOS. INFORMAÇÕES ROBUSTAMENTE INSTRUÍDAS. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA PREJUDICADA. EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO PREVENTIVA. INOCORRÊNCIA.

1. O *writ of habeas corpus*, dado o rito expedito que o caracteriza, exige inexoravelmente prova pré-constituída; considera-se, porém, suprida a omissão do impetrante em trazê-las aos autos, se, junto com as informações prestadas pela autoridade apontada coatora, vêm elementos de convicção que permitem seguro conhecimento dos fatos sobre que versa o remédio heroico, em homenagem ao princípio da verdade material;

2. O excesso de prazo na instrução processual é de ser visualizado tendo-se em conta a gravidade do crime, a complexidade da relação jurídico-processual e a eventual letargia do aparato punitivo estatal em diligenciar o correto e possível andamento do feito, não sendo razoável reputar-se morosa demanda que teve fluência compatível com as peculiaridades de que se reveste;

3. Ordem denegada. (Segunda Turma, HC nº 1.331/RN, Rel Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, julg. 02.10.2001, publ. DJU 23.10.2002, págs. 939).

Com relação ao excesso de prazo, observa-se que não há elementos nos autos para a sua verificação, porque a impetrante não trouxe provas suficientes do sequencial da ação penal, a fim de que pudesse ser analisada eventual demora na instrução do processo, de forma que não conheço do *habeas corpus* nesta parte.

No tocante ao pedido de concessão da liberdade provisória, observo presentes os requisitos autorizadores para a manutenção da prisão preventiva.

A Lei nº 12.403/2011, em vigor desde 04.07.2011, alterou a sistemática das prisões cautelares, dando nova redação aos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal, *verbis*:

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.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Da leitura deste artigo depreende-se que, para a concessão da liberdade provisória, é preciso que o réu, além de ser primário e

ter bons antecedentes, não deve preencher os requisitos do art. 312, do CPP, ou responder por crime cuja pena máxima em abstrato seja igual ou inferior a 04 (quatro) anos de reclusão. É uma cláusula legal objetiva, introduzida pela Lei nº 12.403/2011, que deu nova redação ao art. 313, I, do Código Penal.

O ora paciente está sendo processado e julgado pelos crimes previstos no art. 1º, inc. I, da Lei nº 9.034/95, art. 10 da Lei nº 9.296/96, art. 10, da LC nº 105/2001, arts. 288, 155, § 4º, II e IV, c/c os arts. 69 e 71 do Código Penal, em virtude de, supostamente, obterem, via Internet e de forma fraudulenta, dados bancários de correntistas para a subtração de valores de diversos bancos, crimes cujas penas máximas são superiores a 04 (quatro) anos de reclusão.

No meu entender, ele não atende a um dos requisitos fixados pela Lei nº 12.403/2011 para a concessão da liberdade provisória.

Além disso, o mesmo ocorre com as outras condições para a concessão da liberdade provisória.

De acordo com as informações trazidas pela autoridade impenetrada, o paciente, em 17 de setembro de 2009, muito antes da vigência da Lei nº 12.403/2011, foi beneficiado com a liberdade provisória mediante a imposição de determinadas condições, nos moldes das medidas cautelares hoje previstas e admitidas no art. 282 do Código de Processo Penal – fls. 23/28.

Menos de três meses depois (24 de dezembro de 2009), devido às informações trazidas pelo MPF acerca do descumprimento das condições impostas para a concessão da liberdade provisória, esta foi convertida em prisão domiciliar (em instituição adequada) do paciente para tratamento de vício em entorpecentes, durante seis meses.

Na metade deste período, o Oficial de Justiça atestou ao Juízo, em visita ao local da internação, que no meio de outros 70 (setenta) internos para tratamento da dependência química no Instituto Potiguar de Prevenção e Combate às Drogas e segundo os relatos dos funcionários e internos do Instituto, o paciente *apresenta dificuldades para submeter-se à rotina da instituição, obedecer-lhe o regulamento além de apresentar comportamento violento*.

to. Agrediu fisicamente dois internos, sendo que um deles abandonou o tratamento na instituição por este motivo; já foi flagrado com dinheiro e celular nas dependências da instituição, o que é terminantemente proibido; estava ausente na data em que estive na instituição. É habitual ausentar-se mesmo sem autorização, oportunidade em que volta a fazer uso de drogas; costuma intimidar os outros internos para impor-lhes sua vontade, como por exemplo, tomar-lhes o lugar nas atividades de lazer. Não apresenta, enfim, progresso na sua reabilitação além de perturbar a reabilitação dos outros internos. – fls. 27-v/28.

Portanto, observa-se que o paciente descumpriu as condições impostas para a concessão da liberdade provisória, mesmo antes da vigência da Lei nº 12.403/2011, incidindo no parágrafo único do art. 312 do CPP, segundo o qual *a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).*

Tenho, para mim, que, ao menos em tese, a aplicação da lei penal estará em risco, se a pretensão for deferida, na medida em que, de acordo com os documentos colacionados aos autos, e com a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente (muito bem fundamentada, diga-se de passagem), indicam, ao meu pensar, um alto grau de probabilidade de que o paciente volte a delinquir ou se oculte à aplicação da lei penal, se porventura for posto em liberdade.

Tais fatos, ao meu sentir, são bastantes a justificar a constrição cautelar, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal - CPP vigente, na medida em que transparecem indicações concretas de que, solto, o paciente bem poderá (em tese) atentar contra a aplicação da lei penal.

Nessa toada, e como o direito penal se vale da formulação de juízos de probabilidade para aferir se é ou não necessária a decretação, **ou, como no caso, a manutenção de uma constrição cautelar**, as provas constantes dos autos apontam na direção de uma possibilidade concreta da ocultação de seu paradeiro com o fito de se evadir à aplicação da lei e/ou de voltar à prática delituosa e só

isso, ao meu pensar, já seria suficiente para a denegação da ordem requestada.

O colendo Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, em caso a este em tudo assemelhado, mantendo a constrição preventiva, pelos mesmos argumentos ora expostos:

CRIMINAL. HC. FURTO QUALIFICADO. FRAUDES POR MEIO DA INTERNET. PROGRAMA TROJAN. OPERAÇÃO CONTROLALT DEL. PRISÃO PREVENTIVA. POSSIBILIDADE CONCRETA DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. ORDEM DENEGADA.

Hipótese na qual o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime de furto qualificado, pois seria integrante de grupo organizado com o fim de praticar fraudes por meio da Internet, concernentes na subtração de valores de contas bancárias, em detrimento de diversas vítimas e instituições financeiras, entre elas a Caixa Econômica Federal, a partir da utilização de programa de computador denominado TROJAN.

Não há ilegalidade na decretação da custódia cautelar do paciente, tampouco no acórdão confirmatório da segregação, pois a fundamentação encontra amparo nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal e na jurisprudência dominante.

As peculiaridades concretas das práticas supostamente criminosas revelam que a liberdade do réu poderia ensejar, facilmente, a reiteração da atividade delitiva, indicando a necessidade de manutenção da custódia cautelar.

As eventuais fraudes podem ser perpetradas na privacidade da residência, do escritório ou, sem muita dificuldade, em qualquer lugar em que se possa ter acesso à rede mundial de computadores.

A real possibilidade de reiteração criminosa, constatada pelas evidências concretas do caso em tela, é suficiente para fundamentar a segregação do paciente para garantia da ordem pública. Ordem denegada. (STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC - 81638/PA, QUINTA TURMA, Decisão: 12/06/2007, DJDATA: 06/08/2007, PÁGINA: 598, Relator GILSON DIPP).

Tudo isso, ao meu pensar, justifica a manutenção da prisão preventiva, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal - CPP vigente, na medida em que transparecem indicações concretas de que, solto, o paciente bem poderá (em tese) pôr em risco a aplicação da lei penal, com a ocultação de seu paradeiro, bem como voltar a praticar delitos.

Sob o influxo de tais considerações, não conheço de parte do *writ* quanto à alegação de excesso de prazo e denego a ordem de *habeas corpus* no tocante à presença dos requisitos previstos no art. 312 do CPP.

É como voto.

INQUÉRITO Nº 1.401-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Indic./Invdo.: SEM INDICIADO
Investigados: JÂNIO GOUVEIA DA SILVA
 JOSÉ ROBERTO DO NASCIMENTO
Advvs./Procs.: DRS. JOSE TAVEIRA DE SOUZA E SANDRO CORREA DOS SANTOS E OUTRO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA IMPUTANDO AOS INVESTIGADOS A PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI 201/67, POR, SUPOSTAMENTE, HAVEREM, NA CONDIÇÃO DE PREFEITO E SECRETÁRIO DE SAÚDE, DESVIADO VERBA DO SUS, ATRAVÉS DE EXAME LABORATORIAIS FICTÍCIOS. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES PARA A CARACTERIZAÇÃO DOS FATOS, A PONTO DE JUSTIFICAR A INSTAURAÇÃO DE UMA AÇÃO PENAL.

- Ausência de indícios suficientes para calcar a acusação ora examinada, à vista da mínima comprovação dos fatos narrados na exordial acusatória.

- Ao revés, a Tomada de Contas especial realizada pelo TCU, com base em auditoria do Departamento Nacional de Auditoria do SUS, concluiu que o único beneficiário dos atos esquadrinhados foi o próprio Município, bem assim que os valores, supostamente desviados, foram consideravelmente menores do que o reclamado na exordial acusatória.

- Ademais, a incidência da norma que se extrai do inciso I do art. 1º do Decreto-Lei 201/67 depende da presença de um claro elemento subjetivo do agente político: a vontade livre e consciente (dolo) de lesar o Erário, pois é assim que se garante a necessária distinção entre atos próprios do cotidiano político-administrativo e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais. No caso, o órgão ministerial público não se desincumbiu do seu dever processual de demonstrar, minimamente que fosse, a vontade livre e consciente do agente em lesar o Erário. Ausência de demonstração do dolo específico do delicto, com reconhecimento de atipicidade da conduta dos agentes denunciados, já reconhecida nesta Suprema Corte (Inq. 2.646/RN, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 7/5/10) (AP 372/SE, min. Dias Toffoli, julgada em 16 de dezembro de 2010).

- Consequentemente, é de se concluir na afirmativa de que o Ministério Público Federal não logrou se desincumbir do ônus de demonstrar que os réus, livre e conscientemente, perseguiram o fim de se apropriarem das verbas públicas esquadrinhadas, ou mesmo de desviá-las para terceiros, mesmo porque o Tribunal de Contas da União julgou não constar dos autos menções a locupletamento, por parte de ex-gestores, de vez que a utilização dos valores se deu em benefício da própria municipalidade (fl. 725).

- Denúncia rejeitada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o egrégio Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar a denúncia, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 16 de novembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Denúncia oferecida contra Jânio Gouveia da Silva e José Roberto do Nascimento, imputando-lhes a prática do crime previsto no artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/67.

Narra a exordial acusatória que o investigado Jânio Gouveia da Silva, atual prefeito do Município de Amaraji, Estado de Pernambuco, no período de novembro de 2001 a julho de 2002, quando também se encontrava à frente da mencionada Urbe, desviou verbas provenientes do Sistema Único de Saúde, através de exames laboratoriais fictícios, porquanto o equipamento necessário para a realização destes exames (espectofotômetro) fora retirado do laboratório do município, no dia 26 de novembro de 2001, em razão da falta de pagamento do aluguel à empresa contratante (Drogamédica Heliopólicia Ltda.).

Consta da vestibular, outrossim, que, à época dos fatos, o investigado José Roberto do Nascimento ocupava o cargo de Secretário de Saúde, e que, ao todo, foram apresentados seis mil trezentos e setenta e quatro procedimentos de patologia clínica, provocando um prejuízo aos cofres municipais de, aproximadamente, noventa e quatro mil reais.

Por fim, atoa o *Parquet* que a conclusão que se tem é no sentido de que os recursos federais foram sacados da conta respectiva, a pretexto inclusive de realização de exames laboratoriais, que, na verdade, não poderiam ter sido realizados, sendo caso de apropriação ilícita de tais recursos, pelo menos no período en-

tre dezembro de 2001 a julho de 2002, quando era Secretário de Saúde José Roberto do Nascimento e exercia o cargo eletivo de Prefeito Jânio Gouveia da Silva, sendo caso de responsabilizá-lo por haver promovido os saques de valores na aludida conta, sem que ficasse comprovada a aplicação das verbas pela pasta que era capitaneada por José Roberto do Nascimento (fl. 03).

José Roberto do Nascimento apresenta resposta preliminar negando, inicialmente, a existência dos desvios narrados na denúncia (fls. 707-711). Assevera, igualmente, que o único beneficiário das supostas irregularidades foi o próprio Município de Amaraji, trazendo, nesse sentido, traslado de julgado do Tribunal de Contas da União (fls. 718-727), que reconheceria, *peremptoriamente, não ter ocorrido locupletação ou favorecimento dos ex-gestores, mas sim que a utilização dos recursos se deu em benefício da própria municipalidade* (fl. 709). Sustenta, ainda, que não pode ser responsabilizado por ilícito previsto no Decreto-Lei 201, pois nunca fora prefeito, mas, apenas, um secretário municipal. Por fim, atribui a acusação a inimigos políticos.

Jânio Gouveia da Silva, por seu turno, apresenta resposta preliminar calcada em idênticos argumentos de defesa, inclusive subscrita pelo mesmo causídico (fls. 713-717).

Retornaram os autos ao Ministério Público Federal, que apresentou promoção reiterando o pedido de recebimento da peça acusatória (fls. 743-745).

No que interessa, é o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

A denúncia em análise imputa aos investigados – na condição de Prefeito (Jânio Gouveia da Silva) e de Secretário de Saúde (José Roberto do Nascimento) do Município de Amaraji, neste Estado – a prática do ilícito previsto no artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/67, que coloca na cadeira de infrator quem *apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio.*

Conforme a exordial acusatória, os denunciados, supostamente, desviaram, para proveito próprio, verbas provenientes do Siste-

ma Único de Saúde, através de exames laboratoriais fictícios, aproveitando-se de que o equipamento necessário para a realização destes exames – espectrofotômetro, que serve para a realização de exames de sangue (colesterol total, glicose, triglicerídeos, ácido úrico, creatinina e ureia) – fora retirado do laboratório do Município, no dia 26 de novembro de 2001, em razão da falta de pagamento do aluguel à empresa contratante (Drogamédica Heliopolícia Ltda.).

Outros exames, que não dependiam do espectrofotômetro, continuaram sendo realizados, centralizando-se a peça acusatória apenas nos exames já apontados.

Narra a peça vestibular, em suma, que *a conclusão que se tem é no sentido de que os recursos federais foram sacados da conta respectiva, a pretexto inclusive de realização de exames laboratoriais, que, na verdade, não poderiam ter sido realizados, sendo caso de apropriação ilícita de tais recursos, pelo menos no período entre dezembro de 2001 a julho de 2002, quando era Secretário de Saúde José Roberto do Nascimento e exercia o cargo eletivo de Prefeito Jânio Gouveia da Silva, sendo caso de responsabilizá-lo por haver promovido os saques de valores na aludida conta, sem que ficasse comprovada a aplicação das verbas pela pasta que era capitaneada por José Roberto do Nascimento* (fl. 03).

Portanto, os fatos se direcionam para os exames de sangue, na pesquisa do colesterol total, glicose, triglicerídeos, ácido úrico, creatinina e ureia, no período iniciado em dezembro de 2001 e encerrado em julho de 2002.

Entretanto, analisando minuciosamente todos os elementos carreados à investigação, não é possível vislumbrar a presença de indícios suficientes para calcar a acusação ora examinada, à vista da mínima comprovação dos fatos narrados na exordial acusatória.

Muito pelo contrário.

De logo, salta à vista que, ao apresentarem suas defesas preliminares, os investigados trouxeram a lume cópia do acórdão da Tomada de Contas Especial realizada pelo Tribunal de Contas de

União (Acórdão 2966/2011, Primeira Câmara, fls. 718-727), em que essa augusta corte contábil conclui pela inexistência dos desvios esquadrinhados, afirmando que, se alguém se beneficiou, foi o próprio Município de Amaraji.

De fato, concluiu o TCU que (fl. 725):

(...) 23. A par destas considerações, com efeito as informações presentes nos autos conduzem a concluir que o beneficiário dos valores foi o ente municipal, em que pese transferidos em montante indevido, ao ter presente não corresponderem a serviços comprovadamente prestados. Dessa forma, devem ser restituídos pelo ente municipal.

24. Assim, não cabe solidariedade aos ex-secretários, uma vez que não restou demonstrado que tenha ocorrido locupletação ou favorecimento aos ex-gestores, mas sim que a utilização dos recursos se deu em benefício da própria municipalidade.

25. Reforça esta compreensão anotação constante do multimencionado relatório de auditoria, item VI - Da apuração da Denúncia, ao noticiar que foram feitas verificações “mediante levantamento em Notas de Empenho/Notas Fiscais” (fl. 34-v.P).

26. Ademais, não constam dos autos menções a locupletamento, por parte dos ex-gestores. De vez que a utilização dos valores se deu em benefício da própria municipalidade, afigura-se-me apropriada a imputação do débito ao município, uma vez que foi o único a se beneficiar do mún-público. (...)

Aliás, a auditoria realizada pelo Departamento Nacional de Auditoria do SUS, que serviu de base para o procedimento de Tomada de Contas Especial em comento, já havia constatado que os valores apenas foram glosados em decorrência da falta de apresentação, no devido tempo, do livro de registro das requisições médicas.

Não obstante, chegou à conclusão que isto se deveu ao fato do referido livro haver sido subtraído ilegalmente pelo servidor Luiz Carlos de Freitas Cavalcanti, da Funasa, ali trabalhando, então denunciante, bem assim que o suposto débito seria bem menor do que o ora reclamado na denúncia, porquanto *somente poderiam ser glosados os valores relativos aos exames do período de*

27/11/2001 a 31/7/2002, que totalizaram R\$ 21.167,95. Entretanto, esses valores corresponderiam ao total de repasses do Ministério da Saúde ao Município de Amaraji relativos a todos os tipos de exame e não apenas às dosagens bioquímicas (fl. 719).

Ainda nessa toada, cumpre mencionar que, devolvidos os autos ao Ministério Público Federal, após a apresentação do indigitado acórdão pelos investigados, o *Parquet* apresentou promoção, onde, conquanto reiterando o pedido de recebimento da exordial acusatória, reconheceu que o único beneficiário dos atos em tela seria a própria Urbe, tecendo as seguintes considerações (fls. 743-744):

(...) 6. A denúncia há de ser recebida. O documento novo, decisão do TCU, com a devida vênia, não socorre aos imputados, porquanto concluiu que “subsiste a configuração de ocorrência de atos com infração da norma legal”. Entretanto, é forçoso reconhecer que a decisão também contém: “(...) o beneficiário dos valores foi o ente municipal, em que pese transferido em montante indevido (...)”. Ou seja, a decisão do TCU é contraditória e controversa, ademais da separação das instâncias penal e administrativa. Enfim, não há como vincular a aceitação da denúncia, até porque não se baseou em todas as provas, mas apenas no relatório da auditoria do SUS, e ainda não foi aberto o contraditório, pois a ação ainda não se iniciou com o recebimento da denúncia. (...).

Em resumo, não é possível depreender, da exaustiva análise destes cadernos processuais, a presença dos mínimos indícios que possam conferir aos fatos narrados na exordial acusatória a verossimilhança necessária para a instauração de uma ação penal.

Vale ainda registrar que o ilícito impingindo aos investigados é daqueles que necessita, para sua consumação, da presença do dolo específico, caracterizado pelo chamado *animus rem sibi habendi*. Isto é, faz-se necessário que haja a presença do inequívoco propósito de subtrair a coisa alheia para si ou para outrem, sem o que o delito não se consuma.

Nessa esteira, resulta imperioso que a denúncia, ao narrar a conduta criminosa, indique, claramente, onde reside o dolo espe-

cífico da apropriação, declinando de que modo, e em que medida, o suposto agente criminoso, livre e conscientemente, dirigiu sua conduta para o fim de tomar algo para si, ou desviá-lo para terceiro.

Nessa vereda, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem, reiteradamente, atreando que *a incidência da norma que se extrai do inciso I do art. 1º do Decreto-Lei 201/67 depende da presença de um claro elemento subjetivo do agente político: a vontade livre e consciente (dolo) de lesar o Erário, pois é assim que se garante a necessária distinção entre atos próprios do cotidiano político-administrativo e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais. No caso, o órgão ministerial público não se desincumbiu do seu dever processual de demonstrar, minimamente que fosse, a vontade livre e consciente do agente em lesar o Erário. Ausência de demonstração do dolo específico do delito, com reconhecimento de atipicidade da conduta dos agentes denunciados, já reconhecida nesta Suprema Corte (Inq. 2.646/RN, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 7/5/10) (AP 372/SE, min. Dias Toffoli, julgada em 16 de dezembro de 2010).*

Por outro lado, se, no decisório do Tribunal de Contas da União, *a utilização dos valores se deu em benefício da própria municipalidade*, fl. 725, não há como vislumbrar a caracterização, mesmo para fins de recebimento da denúncia, de um delito a englobar apropriação de bens ou rendas públicas ou ao desvio em próprio nome ou alheio, sobretudo porque as autoridades municipais não se confundem com o ente municipal nem com a municipalidade.

Não aponta a denúncia o número de exames realizados no período já mencionado, e, em consequência, não se sabe o *quantum* nesta direção foi pago, visto que o valor, que a peça acusatória declina, ou seja, R\$ 94.049,42, abrange todo o período, destinando-se aos exames realizados e os incluídos na peça inicial acusatória como não realizados.

Em suma, à míngua da mínima comprovação dos fatos narrados na vestibular acusatória, e com arrimo na orientação jurisprudencial supra mencionada, revela-se, em cores fortes, que não há justa causa para a instauração de uma ação penal.

Dessa forma, é de se concluir na afirmativa de que o Ministério Público Federal não logrou se desincumbir do ônus de demonstrar que os réus, livre e conscientemente, perseguiram o fim de se apropriarem das verbas públicas esquadrihadas, ou mesmo de desviá-las para terceiros, visto que o único beneficiado pelos fatos em foco, em tese, foi o próprio Município de Amaraji.

Consequentemente, ante todo o exposto, rejeito a denúncia.

É como voto.

INQUÉRITO Nº 2.203-AL

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Indic./Invdo.: SEM INDICIADO
Investigados: MARIA CATHIA LISBOA FREITAS E INÁCIO LOIOLA DAMASCENO FREITAS
Adv./Proc.: DR. FÁBIO COSTA FERRARIO DE ALMEIDA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. REALIZAÇÃO DE OBRAS EM ÁREA INSERIDA EM SÍTIO HISTÓRICO E PAISAGÍSTICO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO. ART. 63 DA LEI Nº 9.605/1998. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. NULIDADE DO INQUÉRITO E PROVAS COLHIDAS. NÃO SUBMISSÃO AO TRIBUNAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO OU DE CONTRANGIMENTO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. REQUISITOS DO ART. 41, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ATENDIMENTO. TOMBAMENTO DA ÁREA. COMPROVAÇÃO EM LAUDO PERICIAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO QUANTO AO TOMBAMENTO. DISCUSSÃO EM SEDE ADMINISTRATIVA E NÃO PENAL. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES. DESCONSTITUIÇÃO DAS ALTERAÇÕES IRREGULARMENTE IMPLANTADAS APÓS EMBARGO PELO IPHAN/AL. AUTORIZAÇÃO

POSTERIOR PARA CONSTRUÇÃO DE ATRACADOURO. TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA. SUBMISSÃO DE PROJETO DE OBRAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO NAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E CÍVEL. APLICABILIDADE. DENÚNCIA REJEITADA ART. 395, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

- Ao Tribunal, por intermédio do relator, compete dirigir o inquérito instaurado contra pessoas que gozam do foro privilegiado por prerrogativa de função, contudo, como a pessoa detentora do privilégio não se viu compelida, na qualidade de investigada, a comparecer perante a autoridade policial, mas sim, como havia sucedido anteriormente com os demais moradores com situação irregular, ser ouvida sobre a intervenção ocorrida no imóvel de sua propriedade não há que se falar em prejuízo ou constrangimento.

- A denúncia contempla a totalidade dos requisitos exigidos no art. 41 do Código de Processo Penal, estando ali descrita de forma circunstanciada o fato, de forma a propiciar a ampla defesa e o contraditório, a participação transcrita pela propriedade do imóvel, que os próprios denunciados reconhecem.

- A conduta descrita no art. 63 da Lei nº 9.605/1998 não traz em seu bojo a necessidade de produção de prejuízo, mas sim o prévio assentimento por parte do órgão competente em vista da inserção do imóvel em área tombada.

- Laudo de Exame presente nos autos demonstra que o imóvel periciado insere-se integralmente na poligonal definida pelo Tombamento do Sítio Histórico e Paisagístico de Piranhas, publicado no DOU Nº 235, Seção 3, em 03/12/2003, e homologado pela Portaria nº 264, de 08/09/2004, do Ministério da Cultura, bem como está inserido em Área de Preservação Permanente, que se

constitui de área protegida nos termos do artigo 2º, alínea a, da Lei 4.771/65, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

- O tombamento do imóvel de propriedade dos denunciados, em vista de se tratar de distinto procedimento administrativo, não está afeto ao Ministério Público, não sendo uma eventual ausência de intimação causa de nulidade da persecução penal. Ademais, o denunciado reconheceu perante a autoridade policial que, na época do tombamento do sítio era Prefeito do município, o que, ainda que não afaste, fora da esfera penal, a verificação do rito procedimental adequado, demonstra que ele, até mesmo pelas funções políticas exercidas, não desconheceria de toda a ocorrência do tombamento histórico e paisagístico naquele município.

- O fato delituoso capitulado no art. 63 da Lei nº 9.605/1998, é o desrespeito ao tombamento federal advindo da inexistência de autorização de quem competente para alterações e/ou construções constatadas pela fiscalização empreendida pelo IPHAN/AL, porém, se acaso autorizada, desapareceria o ilícito penal, o que veio a ocorrer posteriormente em uma das alterações estruturais elencadas como irregular (atracadouro), além de haver sido firmado Termo de Acordo e Conduta com a posterior desconstituições das obras irregularmente implantadas.

- Ainda que a desconstituição das obras não impliquem, efetivamente, na desnaturação do ilícito penal como tipificado na legislação específica, tem-se que os denunciados, demonstrando, salvo melhor juízo, refutar nocivo precedente com a sua conduta, buscaram adequar-se à nor-

ma legal, agindo na qualidade de cidadãos preocupados com o patrimônio cultural e preservação dos recursos hídricos.

- A jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal, no tocante à aplicabilidade do princípio da insignificância, vem buscando eliminar da seara penal condutas irrelevantes, de pouca expressão e que possam, de algum modo, ser repassadas ou sancionadas por outras vias menos gravosas, reservando-se o direito penal para os casos de real gravidade, evitando a punição por atos menores, por não se mostrar socialmente útil a apenação de tal conduta.

- Denúncia rejeitada, a teor do art. 395, III, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de inquérito, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em rejeitar a denúncia, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 19 de outubro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
- Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Cuida-se de denúncia oferecida em desfavor de MARIA CATHIA LISBOA FREITAS e de INÁCIO LOIOLA DAMASCENO FREITAS, a primeira, à época dos fatos, Deputada Estadual em Alagoas, pela prática, em tese, da ação delituosa capitulada no art. 63 da Lei nº 9.605/1998, consistente na realização de obra de construção de um píer particular, sem autorização do órgão competente, em área posterior a terreno de sua propriedade que se encon-

tra inserido em área de sítio histórico e paisagístico do município de Piranhas/AL, que foi objeto de tombamento federal (Portaria nº 264/2004, do Ministério da Cultura), e em área de preservação permanente da faixa marginal do rio São Francisco.

Notícia a peça acusatória que foi realizada visita técnica no dia 18 de março de 2009, ocasião em que foi constatada a obra em referência, restando embargada com a paralisação imediata dos trabalhos e concedendo prazo de apresentação de projeto, o qual, até 21 de julho de 2009, não foi objeto de encaminhamento ao IPHAN/AL.

Acrescenta que parecer técnico datado de 23 de julho de 2009 informa haver sido concluída a obra.

Em resposta à denúncia (fls. 101/155), em preliminar requerem os acusados a declaração de nulidade do inquérito e provas colhidas em decorrência das diligências realizadas pela autoridade policial, a partir do momento em que se tomou conhecimento do envolvimento da denunciada, deputada estadual, com foro por prerrogativa de função perante este egrégio Regional, o qual deveria presidir o procedimento.

Ainda, a inépcia da peça acusatória por não descrever circunstancialmente o fato criminoso, participação dos acusados ou prejuízos eventualmente causados, obstaculizando a ampla defesa e o contraditório, bem como não haver discorrido sobre o dolo.

Também, não haver o Ministério Público Federal comprovado ser a área em questão efetivamente tombada, bem como restar ausente intimação dos acusados para, querendo, impugnar o tombamento do imóvel de sua propriedade.

Por fim, que não desobedeceram a ordem de embargo, mas ao contrário, desconstituíram a obra e assumiram compromisso de custear pesquisas ambientais sobre o rio São Francisco, havendo o IPHAN, órgão competente para a autorização da obra, anuído, o que impediria a persecução penal, eis que a conduta caracterizaria mera irregularidade formal no procedimento administrativo, além do que obteve, após, a necessária autorização, acarretando a desnaturação do ilícito penal, subsistido um ilícito administrativo que, inclusive, já teve sua punição imposta e integralmente cumprida.

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas consta que o denunciado INÁCIO LOIOLA DAMASCENO FREITAS foi eleito no último pleito para o cargo de Deputado Estadual, remanescendo o foro por prerrogativa de função que anteriormente a codenunciada era detentora, mantendo-se a competência desta egrégia Corte.

Manifestação do Órgão Ministerial, às fls. 159/171, pela rejeição das preliminares e o recebimento da denúncia.

É o relatório.

Peço inclusão do feito em pauta para julgamento.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Teve origem o presente inquérito em procedimento administrativo no âmbito do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional em Alagoas - IPHAN/AL com o fito de apurar eventuais irregularidades em área localizada em faixa de tombamento rigoroso no município de Piranhas/AL, no caso específico, a reforma em imóvel sem autorização prévia pela Superintendência Regional daquele órgão, de propriedade dos denunciados.

Pugnam eles, em preliminar, pela nulidade do inquérito e provas colhidas em decorrência das diligências realizadas pela autoridade policial, a partir do momento em que se tomou conhecimento do envolvimento da primeira denunciada, com foro por prerrogativa de função.

De início é de se considerar a natureza administrativa do inquérito policial, que busca apenas a produção de provas para instruir futura denúncia do órgão acusador.

A partir de uma análise dos autos, tem-se que a ora denunciada prestou esclarecimentos à autoridade policial, em 27 de julho de 2009, não estando ali na condição de indiciada, o que apenas veio a acontecer, de forma indireta, em 19 de agosto. Nesta mesma data foi ouvido o ora denunciado, já na condição de indiciado.

Aguardou-se a chegada de laudo pericial, solicitado naquele mesmo 27 de julho, porém apenas concluído em 6 de outubro do

mesmo ano (fls. 49/59), vindo a seguir o relatório final, no dia 8 subsequente, ali se consignando a competência deste egrégio Regional.

É certo que ao Tribunal, por intermédio do relator, compete dirigir o inquérito instaurado contra pessoas que gozam do foro privilegiado por prerrogativa de função, contudo, como já expendido, a pessoa detentora do privilégio não se viu compelida, como investigada, a comparecer perante a autoridade policial, mas sim, como havia sucedido anteriormente com os demais moradores com situação irregular, ser ouvida sobre a intervenção ocorrida no imóvel de sua propriedade.

Desta forma, não se tem qualquer prejuízo às partes, mas ao contrário, foi facultada aos ora denunciados a possibilidade de prestar esclarecimentos quanto ao fato narrado pelo órgão fiscalizador, além do que as provas carreadas não se demonstram eivadas de nulidade a comprometer a persecução penal.

Ainda em preliminar, suscita a inépcia da peça acusatória por não descrever circunstancialmente o fato criminoso, participação dos acusados ou prejuízos eventualmente causados, obstaculizando a ampla defesa e o contraditório, bem como não haver decorrido sobre o dolo.

Em contraposição ao alegado, verifico que a denúncia contempla a totalidade dos requisitos exigidos no art. 41 do Código de Processo Penal, estando ali descrita de forma circunstanciada o fato, de forma a propiciar a ampla defesa e o contraditório, a participação transcrita pela propriedade do imóvel, que os próprios denunciados reconhecem.

A conduta descrita no art. 63 da Lei nº 9.605/1998 não traz em seu bojo a necessidade de produção de prejuízo, mas sim o prévio assentimento por parte do órgão competente em vista da inserção do imóvel em área tombada.

Outra preliminar diz respeito a não haver o Ministério Público Federal comprovado ser a área em questão efetivamente tombada, bem como restar ausente intimação dos acusados para, querendo, impugnar o tombamento do imóvel de sua propriedade.

Consoante o Laudo de Exame de fls. 49/59, tem-se por dirimi-
da tal questão, como se extrai do ali contido, à fl. 51, *verbis*:

O imóvel periciado insere-se integralmente na poligonal definida pelo Tombamento do Sítio Histórico e Paisagístico de Piranhas, publicado no *DOU* nº 235, Seção 3, em 03/12/2003, e homologado pela Portaria nº 264, de 08/09/2004, do Ministério da Cultura, bem como está inserido em Área de Preservação Permanente, que se constitui de área protegida nos termos do Artigo 2º, alínea a, da Lei 4.771/65, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

No tocante à ausência de intimação no procedimento de tombamento do imóvel de sua propriedade, não vislumbro a competência do Ministério Público, ou mesmo ser esta a seara própria para tal discussão, em vista de se tratar de distinto procedimento administrativo. Ademais, como reconheceu o ora denunciado INÁCIO LOIOLA DAMASCENO FREITAS, em seu interrogatório perante a autoridade policial (fls. 35/37), *na época do tombamento federal da cidade de Pinhas/AL [sic] exercia o cargo de prefeito municipal, porém somente recentemente, e em razão da intimação da polícia federal, passou a verificar os contornos do tombamento federal*, o que, ainda que não afaste, fora da esfera penal, a verificação do rito procedimental adequado, demonstra que ele, até mesmo pelas funções políticas exercidas, não desconheceria de toda a ocorrência do tombamento histórico e paisagístico naquele município.

Posto isso, rejeito as preliminares suscitadas, passando ao exame do mérito.

Assim dispõe o art. 63 da Lei nº 9.605/1998, destacando-se o que se mostra de interesse ao deslinde da questão aqui posta:

Art. 63. Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autoriza-

ção da autoridade competente ou em desacordo com a concedida.

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Colhe-se do Laudo de Exame, às fls. 53/54:

O Parecer Técnico nº 129/2009 (DIVITEC - 17º SR/AL) - IPHAN, de 23/07/2009, às folhas 14 e 15 dos autos, trata de intervenção realizada no imóvel, “consistindo a mesma em modificações na área posterior da edificação, voltada para o Rio São Francisco, caracterizando-se pelo colocação de píer de acesso ao rio, caramanchão (pergolado) em estrutura de madeiramento e área de lazer e permanência com fechamento em guarda-corpo de madeira”.

Contudo, quando da realização dos exames periciais, não foi encontrada a totalidade das estruturas descritas no Parecer Técnico nº 129/2009 (DIVITEC - 17º SR/AL) - IPHAN, pois, segundo informações prestadas pela Srª. Marli, o proprietário decidiu remover parte destas estruturas quando tomou conhecimento do embargo.

Quando da resposta à denúncia, vieram aos autos documentos, contemporâneos dos fatos aqui narrados, justificando a necessidade de construção de um píer, bem como solicitação de permissão para a construção de um atracadouro, por parte da Colônia de Pescadores - Z30, aprovada pelo IPHAN/AL (Parecer Técnico nº 42/2010 - DIVITEC - 17ª SR/AL, fl. 147).

Também, Termo de Acordo e Conduta firmado pela Superintendência Regional do IPHAN e o ora denunciado, na qualidade de proprietário do imóvel, ali se consignando haver sido providenciada a demolição imediata do píer e das demais execuções irregulares (fls. 149/152).

Como se infere do dispositivo legal suso mencionado, o fato delituoso aqui perseguido, ou seja, o desrespeito ao Tombamento Federal adveio da inexistência de autorização de quem competente para alterações e/ou construções constatadas pela fiscalização empreendida pelo IPHAN/AL. Se acaso autorizada, desapareceria o ilícito penal.

No presente caso, tem-se informações de órgão oficial, inseridas no já mencionado Termo de Acordo e Conduta, de um lado, haver sido desconstituídas as obras irregularmente implantadas

e, de outro, o início do procedimento regular à obtenção da necessária licença. Ainda, haver sido autorizada a implantação do atracadouro.

Ainda que a desconstituição das obras não impliquem, efetivamente, na desnaturação do ilícito penal como tipificado na legislação específica, tem-se que os denunciados, demonstrando, salvo melhor juízo, refutar nocivo precedente com a sua conduta, buscaram adequar-se à norma legal, agindo na qualidade de cidadãos preocupados com o patrimônio cultural e preservação dos recursos hídricos.

Em outro ponto, à luz do documento de fls. 149/152, as modificações inseridas que contrariavam o édito foram retiradas e, ainda, buscou-se adequar um projeto de obra à situação de preservação daquele sítio histórico-cultural.

Se, da mesma forma que as águas que passam não voltam, a ação omissiva já perpetrada não se desfaz, imperioso verificar a demonstração do senso de cidadania efetivado pelos denunciados, deixando um novo exemplo a ser seguido.

Ademais, o próprio laudo não se mostra conclusivo quanto a algumas das supostas alterações verificadas, no que se refere a época da sua execução, podendo ser até anteriores ao tombamento, por exemplo, ou ainda a verdadeira amplitude da alardeada degradação, eis que alguns dos exemplares descritos da flora, ainda que não perfeitamente nativas, pois objeto de inserção na área de plantio propriamente dita, não se pode ser consideradas exóticas, eis que presentes naquela região.

Tem-se, assim, configurada mais uma transgressão administrativa, até mesmo em vista da própria ação fiscalizatória do IPHAN/AL, ao conceder prazo para apresentar projeto de obra com vistas à autorização.

Desta forma, pela conduta ao final demonstrada mais se aproximar o contido na denúncia em contrariedade administrativa, acostome ao posicionamento adotado pelo excelso Pretório de buscar eliminar da seara penal condutas irrelevantes, de pouca expressão material e que possam, de algum modo, ser repassadas ou sancionadas por outras vias menos gravosas ao cidadão (esferas

cíveis, administrativas e disciplinares), e com isso reservar-se ao direito penal apenas os casos de real gravidade, evitando a punição por atos menores, passíveis de reparação.

Posto isso, a teor do art. 395, III, do Código de Processo Penal, rejeito a denúncia.

É como voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA

6378-AL Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho 13

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR

4271-CE Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima..22

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

6530-PE Rel. Des. Federal Élio Siqueira (Convocado) 29

10294-RN Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães 35

11166-PE Rel. Des. Luiz Alberto Gurgel de Faria 48

13349-RN Rel. Des. Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá
(Convocado) 56

19195-SE Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior ... 70

APELAÇÃO CÍVEL

374053-PE Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano 93

407541-PE Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira 102

409979-SE Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt..... 111

421293-CE Rel. Des. Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá
(Convocado) 125

452597-RN Rel. Des. Federal Élio Siqueira (Convocado) 144

468301-SE Rel. Des. Federal José Maria Lucena 154

517806-CE Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior.. 163

522401-SE Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães 172

525772-PE Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias..... 178

526321-PE Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias..... 204

526323-SE Rel^a. Des^a. Federal Margarida Cantarelli 213

APELAÇÃO CRIMINAL

6638-RN Rel. Des. Federal José Maria Lucena 222

6809-CE Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria ... 240

7948-PE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	257
8385-CE	Rel. Des. Federal Rubens de Mendonça Canuto (Convocado)	290

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

2219-PE	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	306
---------	--	-----

HABEAS CORPUS

4455-PE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo	312
4477-RN	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	322

INQUÉRITO

1401-PE	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho	332
2203-AL	Rel ^a . Des ^a . Federal Margarida Cantarelli	340

ÍNDICE ANALÍTICO

A

- Adm e PrCv Ação popular. Obra de esgotamento sanitário. Contrato. Arguição, em preliminar, de cerceamento de defesa e de inépcia da inicial por ausência de causa de pedir e por impossibilidade jurídica do pedido. Improcedência das preliminares suscitadas. Demonstração nos autos de licenciamento ambiental para instalação de esgotamento sanitário. Concessão da aludida licença e verificação de seu impacto ambiental e econômico levada a cabo com a observância de todos os requisitos necessários. Sistema de esgotamento contratado dentro das hipóteses analisadas e reconhecidamente viáveis. Renovação de contrato suspenso, unilateralmente pela Administração, por insuficiência de recursos. Ajuste no contrato de modo a acompanhar o avanço tecnológico no âmbito da engenharia sanitária. Possibilidade. Obra de relevante interesse público. Parecer ministerial pelo não provimento dos recursos voluntários e da remessa oficial. APELREEX 10.294-RN 35
- PrCv Ação rescisória. Pretensão de desconstituição de julgado proferido pela primeira turma desta Corte. Consagração da correção da tabela de preços dos serviços prestados ao SUS. Aplicação do fator de conversão de 2,750. Período de JUL/94 a NOV/99. Duas violações literais a dispositivos de lei. Ocorrência de erro de fato. AR 6.378-AL .. 13
- PrCv Agravo regimental. Interposição de agravo regimental contra decisão emanada do Vice-Presidente que inadmitiu o agravo de instrumento manejado contra decisão que

	negou seguimento a recurso especial, porque absolutamente inadmissível. Precedente da Corte Especial do STJ. AC 407.541-PE 102
Adm	Assédio moral comprovado. Superior hierárquico. Indenização devida. Prescrição quinquenal. AC 526.321-PE 204

C

Trbt	Certidão de regularidade fiscal. Dívidas tributárias da câmara municipal. Responsabilidade do município. Solvabilidade do ente público. Possibilidade de expedição de CPD-EN. AC 468.301-SE 154
PrPen e Pen	Crimes de contabilidade paralela (caixa dois) e evasão de divisas. Autoria e materialidade comprovadas. Dosimetria da pena exacerbada. Ajuste. Prescrição da pretensão punitiva em relação ao tipo previsto no art. 16 da Lei nº 7.492/86. ACR 6.809-CE . 240
PrPen e Pen	Crimes de homicídios (um tentado e dois consumados). Denúncia única. Conexão inexistente. Desmembramento do processo. Remessa dos autos do processo-crime derivado ao juízo estadual competente. Impossibilidade da absolvição sumária pelo juízo federal. Nulidade da sentença. Crimes da competência do Tribunal do Júri. Sumário de culpa. Existência de indícios de autoria intelectual em desfavor do apelado. Pronúncia. ACR 8.385-CE 290

Ct e Adm	Cultivo ilegal de plantas psicotrópicas (<i>Cannabis Sativa Linneu</i>). Gleba rural. Desapropriação. Responsabilidade objetiva do proprietário. Localização. Não determinada. Laudo de exame da substância. Necessidade. Devido processo legal. APELREEX 11.166-PE 48
----------	--

D

PrPen e Pen	Denúncia anônima. Instauração de inquérito policial. <i>Habeas corpus</i> . Suposto esquema de corrupção entre policiais rodoviários federais. Licitude das interceptações telefônicas. Peça informativa. Legalidade. Presença de justa causa. Denegação da ordem. HC 4.455-PE 312
-------------	--

PrPen e Pen	Denúncia apresentada que imputa aos investigados, em tese, a prática do crime capitulado no artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/67 por, supostamente, haverem desviados verba do SUS, mediante a realização de exames laboratoriais fictícios, atribuídos ao prefeito e secretário de saúde do município. Inexistência de indícios suficientes para a caracterização dos fatos, a ponto de justificar a instauração de uma ação penal. INQ 1.401-PE 332
-------------	---

Ct, Adm e PrCv	Direito à saúde. Legitimidade ativa da União. Inocorrência de litispendência. Serviços de saúde prestados por entidades privadas. Possibilidade de fiscalização estatal nessas entidades. Ingerência na administração hospitalar. Não obstante a relevância do serviço – saúde, a Administração Pública, nas atribuições que lhe conferem o seu Poder
----------------	---

de Polícia, pode e deve praticar atos de fiscalização e monitoramento nas entidades privadas que prestam o serviço de saúde. Não pode, entretanto, impor a adoção de uma estrutura rígida quanto ao modo de funcionamento, estrutura e tipos de especialidade médica, obrigando a entidade a manter atendimento pediátrico na urgência. Inversão do ônus da sucumbência. AC 522.401-SE 172

E

- PrCv ENEM-2011. Cabimento do pedido de suspensão. Identificação de ameaça de lesão à ordem pública (em sua feição administrativa). Demonstração nos autos de limitada vulneração de sigilo alusivo ao conteúdo das provas aplicadas (formuladas em prol dos discentes de certa escola de Fortaleza/CE). Manifesta desproporcionalidade de anulação das questões a abranger todos os alunos do país. Ausência de solução legal para a situação como a examinada. Proposta de saída razoável pela Administração com o fito de dirimir o imbróglio. Impossibilidade de sindicabilidade judicial do ato em questão. AgRg na SL 4.271-CE 22
- PrCv Trbt Execução Fiscal. Embargos de terceiro. Afastamento da nulidade da penhora e da arrematação. Bem indivisível. Meação do cônjuge. Possibilidade da penhora e hasta pública. Reserva da meação. Impossibilidade de inovação recursal. AC 452.597-RN 144

PrPen e Pen	Extorsão mediante sequestro. Apelação criminal. Quadrilha armada. Seqüestro de tesoureiro e de porteiro da Caixa juntamente com membros de suas famílias. Demonstração da autoria e materialidade presentes no édito condenatório. Inocorrência do crime de roubo. Absorção pelo delito de extorsão mediante seqüestro. Afastamento do crime extorsão mediante sequestro atribuída a uma das acusadas. Ausência de provas. Redução da pena aplicada. ACR 6.638-RN 222
-------------	---

H

PrPen e Pen	<i>Habeas corpus</i> . Inicial desacompanhada de documentos. Alegações de excesso de prazo e pedido de liberdade provisória. Informações instruídas da autoridade impetrada. Conhecimento em parte. Decretação da prisão preventiva. Paciente processado por roubo qualificado. Crimes de informática. Furto qualificado e crime de lavagem de dinheiro. Organização criminosa. Fraudes perpetradas através da Internet. Transferência fraudulenta de dinheiro para a conta de terceiros e para pagamento de boletos bancários. Crimes cuja pena máxima é superior a quatro anos de reclusão. Liberdade provisória concedida antes do advento da Lei nº 12.403/2011. Condições não cumpridas pelo paciente. Garantia da ordem pública. Presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva. Ordem denegada. HC 4.477-RN 322
-------------	--

J

PrCv	Juizado Especial Federal e vara comum federal. Conflito negativo de competência. Preliminarmente. Ação intentada na vara comum federal e no Juizado Especial Federal. Extinção do feito. Processo eletrônico. Conhecimento do conflito. Mérito. Condomínio. Ausência de previsão legal. Preponderância do critério da expressão econômica sobre a natureza das pessoas que figuram no pólo ativo. Competência do Juizado Especial Federal. CC 2.219-PE 306
------	--

M

Adm	Missão de paz em Kosovo. Força multinacional da ONU. Militares brasileiros enviados pelo governo brasileiro. Postulação de indenizações decorrentes da atuação como força de paz. Possibilidade. APELREEX 6.530-PE 29
-----	---

R

PrPen e Pen	Realização de obras em área inserida em sítio histórico e paisagístico. Ausência de autorização. Inquérito. Foro por prerrogativa de função. Inquérito e provas colhidas reputadas como nulas. Não submissão ao tribunal. Ausência de prejuízo ou de constrangimento. Inépcia da denúncia. Tombamento da área. Comprovação em laudo pericial. Ausência de intimação quanto ao tombamento. Discussão em sede administrativa e não penal. Preliminares rejeitadas. Alterações irregularmente implantadas desconstituídas após embargo pelo IPHAN/AL.
-------------	--

	Autorização posterior para construção de atracadouro. Termo de ajuste de conduta. Submissão de projeto de obras. Princípio da insignificância. Possibilidade de reparação nas esferas administrativa e cível. Aplicabilidade. Precedentes jurisprudenciais. INQ 2.203-AL 340
PrCv e Prev	Recolhimento de FGTS. Período de 1983 a 1988. Usina sucroalcooleira. Empresa considerada industrial. Trabalhador Rural. Prescrição trintenária. Ilegitimidade passiva da União Federal. Desentranhamento de documentos juntados em sede recursal. Isenção do FGTS. Recurso repetitivo do STJ. AC 374.053-PE 93
Ct	Repatriação. Ação de busca, apreensão e restituição e menores filhos de pai australiano e mãe brasileira. Convenção de Haia sobre os aspectos civis do seqüestro internacional de crianças. Sentença estrangeira. Regulamentação do direito de guarda e visita. Retenção ilícita dos menores em território nacional. Repatriação imediata. Cabimento da antecipação de tutela. Não cabimento dos honorários advocatícios em favor do assistente litisconsorcial. AC 525.772-PE 178
Ct	Responsabilidade civil. Ação de dano moral proposta pela União Federal contra particular. Atribuição de condutas delitivas por parte de membros da Advocacia-Geral da União. Inocorrência de prescrição. Possibilidade de dano moral contra pessoa jurídica. Natureza institucional da advocacia pública. Inviabilidade de se considerar como antijurídico o insulto generalizado contra a

	atuação de órgão público. Calibramento do direito de liberdade de expressão. <i>Fighting words doctrine</i> . Impossibilidade de a União Federal pleitear em nome próprio o dano praticado contra seus agentes. AC 421.293-CE 125
PrCv e Prev	Revisão de aposentadoria. Caducidade. Inexistência. Ausência de inércia. Requerimento administrativo de revisão da renda mensal inicial no prazo decenal. Reconhecimento de tempo especial. Previsão da atividade (escavação de superfície e de subsolo) como de tempo especial. Majoração do percentual incidente sobre o salário de benefício. Incidência imediata dos juros de mora. APELREEX 19.195-SE 70

S

Adm	Servidor público. Cômputo do tempo de serviço público prestado à sociedade de economia mista para fins de adicional por tempo de serviço, licença-prêmio e para satisfazer os requisitos da Emenda Constitucional nº 41/2003. Possibilidade. AC 517.806-CE 163
Adm e Cv	Sistema financeiro de habitação - SFH. Atraso na entrega da obra. Residencial Villas de São Cristóvão. Responsabilidade da construtora e da CEF. Rescisão contratual. Possibilidade. AC 409.979-SE 111
Ct	Situação de apátrida imprópria. Ausência de documentação. Comprovação de nacionalidade originária não demonstrada. Ausência de interesse processual. Utilidade da

demanda evidenciada mercê da negativa da condição de nacional pelo Estado do Burundi. Reconhecimento do *status* de apátrida. Aplicação da convenção de Nova York de 1954. APELREEX 13.349-RN 56

PrPen e Pen Subtração de medicamentos e materiais hospitalares oriundos de hospitais públicos. Peculato-furto. Autoria e materialidade sobrejamente comprovadas nos autos. Recepção qualificada. Não configurada quanto a um dos acusados. Quadrilha ou bando. Existência de vínculo associativo entre os condenados. ACR 7.948-PE 257

T

Ct e Adm Telefones de uso público adaptados para deficientes auditivos e da fala a serem instalados. Existência de limite de 2% do total de telefones públicos do Estado de Sergipe. Legitimidade dos portadores de deficiência e das entidades que os representam. AC 526.323-SE 213