

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

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

Número 95 - Janeiro/Fevereiro - 2012

R. TRF 5ª Região, nº 95, p. 1-338, Janeiro/Fevereiro - 2012

**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	327
III - Índice Analítico	331

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 6.669-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Autoras: FRANCISCA MEDEIROS DE CASTRO, HELENA MEDEIROS DE LIMA SOARES E FÁTIMA MEDEIROS DE LIMA
Ré: UNIÃO
Advs./Procs.: DRA. KAROL CAMPOS CRUZ

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. DEMANDA OBJETIVANDO A RESCISÃO DE JULGADO DE PRIMEIRO GRAU QUE NÃO CONSIDEROU O CIVIL, QUE TRABALHAVA NA MARINHA MERCANTE, COMO EX-COMBATENTE (“O QUE NÃO SE PODE ADMITIR, CONTUDO, É QUE QUALQUER CIVIL QUE EXERCERA A PROFISSÃO DE MARÍTIMO À ÉPOCA DA DEFLAGRAÇÃO MUNDIAL POSSA SER ENQUADRADO COMO EX-COMBATENTE PARA EFEITO DE RECEBIMENTO DA PENSÃO ESPECIAL”, FL. 50).

- A ação rescisória não substitui a via recursal, nem o prolapado equívoco do julgador pode ser encarado como erro de fato, a teor do inc. IX e § 1º do art. 485 do Código de Processo Civil. A sentença rescindenda, ao não considerar o civil, integrante de uma barcaça, sem se saber de sua origem, como ex-combatente, não proclamou inexistente um fato existente, nem tampouco existente um fato inexistente, sobretudo porque não é factível revestir-se da condição de ex-combatente o civil que fez mais de duas viagens a zona de possíveis ataques submarinos, sem se saber se estava ou não a serviço das forças armadas brasileiras, circunstâncias que a certidão de fl. 39 não enfrenta. Impossibilidade de enquadrar a pretensão, na sombra do alegado equívoco, em outro inciso do referido art. 485.

- Ademais, tendo falecido na condição de segurado da Previdência Social, em 29 de março de 1985, já se encontrava vigente a Lei 5.698, de 31 de agosto de 1971, que, exclui, como dependente, a filha maior de vinte e quatro anos.
- Improcedência da ação. Sem ônus sucumbenciais, em face da parte autora litigar sob os auspícios da Justiça Gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o egrégio Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, julgar improcedente a ação rescisória, 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 SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Francisca Medeiros de Castro e outra ajuizaram ação rescisória objetivando desconstituir a r. sentença proferida nos autos da Ação Ordinária [Processo 752-61.2010.4.05.8401], da 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte.

Alegam as autoras, em suma, que a presente situação deve ser regulada pelas Leis 3765/60 e 4242/63, salientando que o óbito do genitor ocorreu em 29 de março de 1985, fl. 3, além de considerar *demonstrada o total equívoco do julgador de 1º Grau, uma vez que, a jurisprudência sobre o assunto é pacificada e entende ex-combatente é aquele que participou, como integrante da Marinha mercante, de pelo menos duas viagens em zonas de ataques submarinos durante o período da Segunda Guerra Mundial*, fl. 4. Sustentam, em síntese, que o seu pai deve se enquadrar no conceito de ex-combatente.

Na contestação, afirma a União a impossibilidade de a filha maior não inválida obter pensão de ex-combatente após a edição da Lei 5.698/71, nos moldes de jurisprudência desta eg. Corte Regional, consoante ementas as quais transcreve.

O Opinativo do douto *Parquet* foi pelo não cabimento da ação rescisória e, no mérito, pela sua não procedência.

É o relatório.

Ao eminente revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

A rescisória em foco se volta contra o r. julgado na Ação Ordinária [Processo 752-61.2010.4.05.8401], da 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, cuja cópia acompanhou a inicial, ainda que faltando uma página, fls. 47-52.

No decisório rescindendo, foi negado às autoras, filhas de ex-combatente, maiores de vinte e um anos, o direito à pensão especial deixada por óbito do pai, na soleira de ter as ora demandantes demonstrado que seu finado fez parte de tripulação de embarcação mercante, fls. 48-49, não sendo possível qualquer civil que exercera a profissão de marítimo à época da deflagração mundial possa ser enquadrado como ex-combatente, fl. 50.

A argumentação desenvolvida pelas autoras, aqui, na presente rescisória, calca-se no fato de que a situação factual deve ser regulada pelas Leis nºs 3765/60 e 4242/63, fl. 6, destacando que o óbito do pai ocorreu em 29 de março de 1985, fl. 3, além de considerar *demonstrada o total equívoco do julgador de 1º Grau, uma vez que, a jurisprudência sobre o assunto é pacificada e entende ex-combatente é aquele que participou, como integrante da Marinha mercante, de pelo menos duas viagens em zonas de ataques submarinhos durante o período da Segunda Guerra Mundial*, fl. 4.

Pois sim.

Da pretensão se esbarra em dois obstáculos de ordem processual.

O primeiro, na tentativa de transformar a demanda em via recursal, na medida em que a inicial registra ter sido equivocadamente julgado, fl. 4, em estar *mais do que provado que o pai das autoras enquadra-se no conceito de ex-combatente*, fl. 6. Desnecessário apregoar que a ação rescisória não substitui a via recursal, nem faz o seu papel.

O segundo, na fundamentação no inc. IX do art. 485 do Código de Processo Civil, isto é, em erro de fato, que, em verdade, não ocorre, levando em consideração, nas pegadas do § 1º do referido art. 485, que há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

Não é aqui o caso do julgado rescindendo, visto que a sentença em foco não admitiu um fato inexistente, nem considerou inexistente um fato efetivamente ocorrido. Ou mais precisamente, a r. decisão não refutou as viagens realizadas pelo finado pai das autoras, em número superior a duas, *em zonas de possíveis ataques submarinos*, fl. 39, considerando-as inexistentes. O que da sentença se depreende é não ter considerado o falecido, na sua condição de civil, como ex-combatente.

A teor da r. decisão atacada, *o que não se pode admitir, contudo, é que qualquer civil que exercera a profissão de marítimo à época da deflagração mundial possa ser enquadrado como ex-combatente para efeito de recebimento da pensão especial. Tal conclusão se revela patente na medida em que atentamos para o fato de o legislador constituinte ter se utilizado do advérbio de modo “efetivamente” (art. 53, caput, ADCT), o que de forma evidente revela seu propósito de restringir o benefício criado àqueles que real e indiscutivelmente se dedicaram a operações de natureza bélica, ainda que de caráter auxiliar, ou mesmo que em território nacional*, fl. 50.

A conclusão da r. sentença, em sua essência, não simboliza para um erro de fato, de acordo com as diretrizes que o § 1º do art. 485 da lei processual civil delimita, o que, de antemão, afasta a possibilidade, por mais remota que seja, de se aplicar ao caso a norma encastelada no inc. IX do referido art. 485.

Por outro lado, o aludido equívoco do julgador de primeiro grau não se enquadra em nenhum dos incisos que formam o já mencionado art. 485, de modo que não há como se consagrar a pretensão levando em consideração a sua colocação na via rescisória, limitada estritamente aos casos indicados nos incisos supramencionados.

Depois, não é possível revestir-se da condição de ex-combatente a pessoa que, numa barcaça, de origem desconhecida, sem ter nenhuma ligação com as forças armadas brasileiras, fez mais de duas viagens a *zonas de possíveis ataques submarinos*, fl. 39, desprovido da condição de integrante das mencionadas forças armadas, ou seja, como mero civil, não estando, por outro lado, a serviço do país em missão de vigilância. A certidão de fl. 39, por si só, não é suficiente para embasar no falecido o rótulo de ex-combatente.

Por fim, ainda que fosse o finado pai das autoras considerado ex-combatente, o fato de ter falecido na condição de segurado da Previdência Social, como atesta a certidão de óbito, ocorrido em 29 de março de 1985, faz com que sua situação passasse a ser regido pela Lei 5.698, de 31 de agosto de 1971, a não consagrar mais a filha solteira, de qualquer idade, como sua dependente, circunstância que, também, brota em desfavor da pretensão.

Por este entender, julgo improcedente, deixando de condenar as autoras em ônus sucumbenciais por se encontrarem sob os benefícios da justiça gratuita.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 10.829-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

Apelante: UNIÃO, UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC E FUNDAÇÃO COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR - CAPES

Apelado: AGAPITO MACHADO JÚNIOR

Recte. Ades.: AGAPITO MACHADO JÚNIOR

Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Advs./Procs.: DRS. ANGELA MARIA CASTELO BRANCO MACHADO E OUTRO (APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO AFASTADA. DISPONIBILIZAÇÃO INTEGRAL DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO NA INTERNET. PORTARIA Nº 13/2006 - CAPES. OFENSA AO DIREITO DE PROPRIEDADE. FRUSTRAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE PUBLICAÇÃO DE LIVRO. DANO MORAL CONFIGURADO. DANO MATERIAL AFASTADO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÕES DA UNIÃO, DA UFC E DA CAPES NÃO PROVIDAS. RECURSO ADESIVO PARCIALMENTE PROVIDO.

- O sítio da internet em que ocorreu a publicação da obra do autor é de propriedade da União, sendo, portanto parte legítima a figurar no polo passivo da demanda.

- A Portaria 13/2006 apenas foi publicada em fevereiro de 2006, quando o autor, cursando o mestrado desde o ano de 2004, já se encontrava em vias de concluir o seu curso, razão pela qual, não é dado presumir o amplo conhecimento do postulante acerca do teor da Portaria e da habitualidade das publicações.

- É inquestionável a ocorrência do dano moral

na dor sofrida com a veiculação, na íntegra, da dissertação de mestrado do autor na rede mundial de computadores, sem a sua expressa anuência, e o desrespeito ao seu direito de propriedade, que teve por consequência a impossibilidade de publicação de seu livro.

- A compensação pela dor – que não possui valor econômico imediato, mas sim o intuito de proporcionar uma reparação ao ofendido, bem como uma punição para o ofensor – é capaz de ser realizada a contento se deferida no valor requerido pelo autor, ora recorrente adesivo, pois, além de estar em consonância com precedentes jurisprudenciais, sanciona os autores do ilícito pelo seu comportamento, não representando enriquecimento sem causa e inexistindo ofensa ao art. 944 do Código Civil.

- A teoria da perda de uma chance tem como pressuposto a ocorrência de uma chance séria e real, devendo, a priori ser analisado o “plano de existência” da oportunidade para, em seguida, verificar-se a probabilidade de a vítima vir a lograr êxito na persecução da vantagem esperada. Na hipótese sub examine, não se pode afirmar com certeza que a publicação ocorreria e ainda que o postulante, de fato, viesse a publicar o livro, não se pode arbitrar com exatidão os lucros oriundos da publicação da obra, principalmente por cuidar-se do primeiro livro do autor.

- Negar provimento à remessa oficial e às apelações apelações da União, da UFC e da CAPES e dar parcial provimento ao recurso adesivo, apenas para majorar a indenização por danos morais para o valor de R\$ 13.000,00 (treze 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, negar provimento à remessa oficial e às apelações da União, da UFC e da CAPES e dar parcial provimento ao recurso adesivo do autor, nos termos do voto do Relator.

Recife, 8 de novembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE
JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR:

Cuida-se de recursos de apelação e de recurso adesivo interpostos em face da sentença de fls. 170-180 que julgou improcedente o pedido de indenização por danos materiais e procedentes os demais pedidos para: “a) anular o ato administrativo de inserção da dissertação do autor em site público; b) condenar as rés a se absterem de inserir a obra em qualquer site da internet; c) condenar as promovidas a se absterem de condicionar a emissão do certificado do título de Mestre em Direito à veiculação da dissertação em site público; d) condenar as promovidas, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais)”.

Às suas razões recursais (fls. 183-186), a União alega, preliminarmente, não ser parte ilegítima a figurar no polo passivo da demanda, e no mérito, assevera que: a) o autor foi notificado para confirmar a sua permissão ou não para a divulgação do conteúdo na internet e ficou inerte; b) a veiculação dos trabalhos de conclusão de curso é prática habitual da Coordenação do Curso de Mestrado da UFC; c) a editora teria utilizado a propagação da dissertação do autor na internet como pretexto para não publicar o livro; d) inexistem danos a serem reparados, sejam materiais ou morais.

De seu turno, a Universidade Federal do Ceará apresenta recurso de apelação (fls. 188-191) alegando, em breve síntese, que:

a) o autor/apelado confessa que conhecia o teor da Portaria 13/2006 da CAPES; b) a UFC agiu dentro dos ditames da legalidade; c) ao deixar de apresentar formalmente a sua não autorização para a publicação de sua dissertação, o autor, tacitamente, teria autorizado a veiculação da mesma; d) inexistente nexos causal a supedanejar a condenação da UFC em danos morais, pois que a instituição agiu em exercício regular de direito; e) ocorreu na hipótese, culpa exclusiva da vítima.

A Coordenação de aperfeiçoamento de pessoa de nível superior - CAPES também oferece recurso de apelação argumentando que: a) a eventual responsabilização pelo suposto dano não poderá recair sobre a CAPES, uma vez que partiu da UFC a autorização para a divulgação do autor; b) a veiculação pela internet não reduz o interesse da editora na publicação da obra, ao revés proporciona divulgação do tema abordado; c) a CAPES agiu dentro da estrita legalidade; d) inexistem danos morais a serem indenizados; e) a sentença deixou de observar a ocorrência da sucumbência recíproca.

Contrarrazões apresentadas pelo autor às fls. 201-222.

Recurso adesivo de apelação às fls. 223-230, no qual, postula o particular: a) a condenação da ré em indenizá-lo pelos danos materiais suportados em decorrência da não publicação do livro de sua autoria; b) a majoração da indenização por danos morais, para o patamar de R\$ 13.000,00 (treze mil reais).

Contrarrazões da União às fls. 234-245 e da Universidade Federal do Ceará às fls. 256-262, na qual alega preliminares de inatempividade e deserção do recurso adesivo.

É o relatório.

VOTO

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

Princípio por analisar as preliminares suscitadas.

1. Da legitimidade passiva da União.

A eventual responsabilidade da União apenas poderá ser aferida quando do julgamento do mérito, pelo que exsurge como parte

legítima a figurar no polo passivo da demanda, porquanto o site da internet em que ocorreu a publicação da obra do autor é de propriedade da União. Em assim sendo, não merece acolhida a preliminar suscitada.

2. Da tempestividade do recurso adesivo.

Infere-se dos autos que a publicação do despacho para o oferecimento das contrarrazões aos recursos de apelação ocorreu em data de 21/10/2009 (fl. 200), apresentado o recurso adesivo de apelação em data de 05/11/2009 (fl. 223), manifesta a sua tempestividade.

3. Do preparo do recurso adesivo.

À fl. 231 consta o DARF de pagamento correspondente às custas recursais do recurso adesivo, não havendo que se falar, portanto, em deserção.

Passo ao mérito da demanda.

O cerne da questão trazida a esta instância recursal cinge-se a saber se Agapito Machado Junior faz jus a indenização por danos morais e materiais em virtude da veiculação, em sítio da internet, de sua dissertação de conclusão de mestrado sem a sua expressa autorização, fato que teria retirado-lhe a oportunidade de publicação de um livro, ante a prévia divulgação do conteúdo integral da obra em meio eletrônico.

Ante o cenário posto o douto juízo de origem julgou improcedente o pedido de indenização por danos materiais e procedentes os demais pedidos para: “a) anular o ato administrativo de inserção da dissertação do autor em site público; b) condenar as rés a se absterem de inserir a obra em qualquer site da internet; c) condenar as promovidas a se absterem de condicionar a emissão do certificado do título de Mestre em Direito à veiculação da dissertação em site público; d) condenar as promovidas, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais)”.

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

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

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

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

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

Consigna o art. 37, § 6º, da Constituição Federal acerca da responsabilidade civil:

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

[...] *omissis*

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

Sabe-se que no campo da responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva com base no risco administrativo, mister se conjuguem três elementos para que se configure o dever de indenizar: a conduta atribuída ao poder público (comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima), o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade entre o atuar do ofensor e o dano sofrido pela vítima.

A teoria do risco administrativo não leva à responsabilidade integral do Poder Público, para indenizar em todo e qualquer caso, mas sim dispensa a vítima da prova da culpa do agente da Administração, cabendo a esta a demonstração da culpa total ou parcial do lesado, para que então fique ela total ou parcialmente livre da indenização. Na realidade, qualquer que seja o fundamento invocado para embasar a responsabilidade objetiva do Estado, coloca-se como pressuposto primário da determinação daquela responsabilidade a existência de um nexo de causalidade entre a atuação ou omissão do ente público, ou de seus agentes, e o prejuízo reclamado pelo particular.

Sendo a existência do nexo de causalidade o fundamento da responsabilidade civil do Estado, esta deixará de existir ou incidirá de forma atenuada quando o serviço público não for a causa do dano ou quando estiver aliado a outras circunstâncias, ou seja, quando não for a causa única. Conclui-se que o fato de terceiro, o fato da vítima, e o caso fortuito ou de força maior, excluem o dever de indenizar. Saliente-se, inclusive, que o fato da vítima, quando concorrente, reduz a indenização, da mesma forma que na responsabilidade aquiliana, ao passo que se exclusivo, interrompe o nexo causal.

Saliente-se, outrossim, que muito embora o art. 37, § 6º, da CF, para fins de caracterização da responsabilidade estatal, dispense a existência de ação culposa do respectivo servidor, não menos correto afirmar que, num primeiro momento, tal responsabilidade somente ocorre com a prática de atos ilícitos.

Na hipótese dos autos, o autor, aluno do curso de Mestrado da Universidade Federal do Ceará interpôs a presente ação com o intuito de se ver ressarcido pelos danos morais e materiais que alega ter sofrido em virtude da veiculação, na íntegra, de sua dissertação de conclusão de curso, em sítio da internet.

Infere-se da Portaria nº 13/2006 da CAPES que:

Art. 1º Para fins do acompanhamento e avaliação destinados à renovação periódica do reconhecimento, os programas de mestrado e doutorado deverão instalar e manter, até 31 de dezembro de 2006, arquivos digitais, acessíveis ao público por meio da Internet, para divulgação das dissertações e teses de final de curso.

§ 1º Os programas de pós-graduação exigirão dos pós-graduandos, a entrega de teses e dissertações em formato eletrônico, simultânea à apresentação em papel, para atender ao disposto neste artigo.

§ 2º Os arquivos digitais disponibilizarão obrigatoriamente as teses e dissertações defendidas a partir de março de 2006.

§ 3º A publicidade objeto deste artigo poderá ser assegurada mediante publicação através de sítio digital indicado pela CAPES, quando o programa não dispuser de sítio próprio.

No particular, socorro-me das bem lançadas razões da sentença, cujos percucientes argumentos adoto desde logo como razão para decidir, *in verbis*¹:

Colhe-se do art. 1º da Portaria nº 13/2006 da CAPES que a finalidade da disponibilização, por meio digital, das teses e dissertações, para fins de sua inserção na rede mundial de computadores, consiste num incremento na eficiência do acompanhamento e avaliação dos programas de mestrado e doutorado, uma vez que “a produção científica discente é um relevante indicador da qualidade” desses programas.

Destarte, tem-se que a CAPES, com a edição do referido ato normativo, tem o intuito de prestigiar o princípio constitucional da eficiência, buscando, no caso em liça, assegurar um controle cada vez mais efetivo dos cursos de pós-graduação em sentido estrito, o que, por sua vez, colaborará para a formação de capital humano excelente, o que, indubitavelmente, conspira para o desenvolvimento do País.

Em adição, pode-se vislumbrar, no citado ato normativo, a presença, ainda que implícita, do desejo de facilitar o acesso a trabalhos doutrinários de qualidade por parte outros pesquisadores, além de homenagear, notadamente no caso dos bolsistas (art. 5º), o princípio da transparência, à medida que dá ensejo ao controle, pela sociedade, quanto aos resultados do emprego de dinheiro público no fomento da educação superior.

¹ Fls. 175-178.

Como reconhece o autor em sua petição inicial, o meio adotado pela CAPES para atingir tais fins parece, a uma primeira vista, adequado (subprincípio da adequação). Contudo, para que se possa sustentar que determinada norma atende aos ditames do *substantive due process of Law*, direito fundamental de onde emana a possibilidade de controle, pelo Poder Judiciário, da proporcionalidade e razoabilidade dos atos legislativos e administrativos, mister é que o meio eleito passe pelos sucessivos testes impostos pelo princípio da proporcionalidade, quais sejam, os subprincípios da necessidade (meio mais suave) e da proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento entre benefícios e malefícios gerados pela restrição a determinado direito fundamental).

Pois bem, é justamente quando submetida ao teste do subprincípio da necessidade que a indigitada portaria comete grave pecado.

Com efeito, tendo em conta a finalidade da norma – incremento na eficiência do acompanhamento e avaliação dos programas de mestrado e doutorado –, depreende-se que a restrição ao direito de propriedade do autor (CF/88, art. 5º, XXII e XXVII) foi exorbitante. Para que os órgãos e entes públicos pudessem acompanhar e avaliar a qualidade dos trabalhos produzidos, existe meio mais suave, qual seja, a disponibilização dos textos, quer por meio físico, quer por meio digital, às pessoas competentes para o exercício do controle, não havendo necessidade de divulgação pela internet, inclusive possibilitando a realização de download. Por outro prisma, a sociedade em geral e os pesquisadores em particular podem ter acesso aos trabalhos em bibliotecas, bastando o conhecimento da existência do trabalho, o que pode ser feito, inclusive, pela internet, sendo, no entanto, suficiente a publicação de mero resumo do trabalho – e não da obra na íntegra! –, que servirá de orientação aos interessados.

Aliás, a própria Portaria nº 13/2006, em seu art. 2º, prevê a possibilidade de existência de justificativa para eventual ausência de depósito de obra na forma nela disciplinada, motivada pela proteção ao sigilo industrial ou ético. Objetivando preservar a validade do ato em destaque, deveriam as promovidas interpretar a expressão “proteção do sigilo industrial” de forma a abranger proteção do direito autoral, mormente em situações como a de que se está diante,

em que jovem estudioso do Direito, que ensaiava seus primeiros passos no mundo da literatura jurídica, viu sua pretensão ser frustrada pelo Estado.

Cumprido, ainda, frisar que a Constituição de 1988, em seu art. 5º, XXVII, expressamente assegura que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. Essa norma, além de constituir manifestação do direito de propriedade também protegido pela Carta Magna, tem por fim estimular a criação literária nacional.

Desse modo, como direito fundamental que é, o direito autoral não pode ser indevidamente restringido, como sói ocorrer na espécie. Na prática, a Portaria nº 13/2006 da CAPES implica uma espécie de desapropriação indireta do direito de publicação da obra do promovente, visto que disponibiliza a toda a sociedade, sem justa e prévia indenização e sem o devido processo legal, obra individual.

Outrossim, totalmente desproporcional o condicionamento da outorga do título de mestre ao fornecimento de tese ou dissertação para ser disponibilizada na internet, seja pelos motivos já expostos, seja porque, ao concluir os créditos exigidos e defender, com êxito, a tese ou dissertação, tem o indivíduo direito subjetivo ao título proporcionado pelo curso por ele freqüentado, eis que, a essa altura, o título nada mais será do que o reconhecimento de uma situação já consolidada no mundo dos fatos. Em outras palavras, a outorga do título de mestre terá natureza meramente declaratória, e o condicionamento em comento, sem dúvidas, configura “sanção pedagógica”, destinada a compelir o estudante a ceder aos desígnios do Estado, uma vez que é forçado a abrir mão de direitos sem o devido processo legal, para que possa usufruir outro direito: o de ostentar um título por sua destacada formação intelectual. Não se pode sustentar, como quer a UFC, que tal modo de agir esteja amparado por sua autonomia didático-científica, tendo em conta que, sob tal manto, não podem ser acobertadas violações a direitos fundamentais de seu corpo discente. Se a universidade possui autonomia de cunho didático-científico por um lado, por outro se vincula ao efetivo cumprimento dos direitos fundamentais, dado seu caráter objetivo.

A simples ciência da malsinada portaria por parte do aluno

não implica o seu assentimento quanto à disponibilização do seu trabalho na íntegra, mormente em meio digital que leva a publicidade a níveis antes não imaginados.

No que diz respeito à defesa da CAPES, cumpre salientar que é irrelevante o fato de ter sido a UFC a responsável por exigir do aluno a autorização, eis que ela, CAPES, deveria ter se certificado de que tal autorização havia sido concedida, não sendo lícito presumi-la. Além disso, o fomento à produção científica não pode se dar à custa de desrespeito ao direito autoral, eis que tal forma de agir acarretará efeito totalmente diverso, qual seja, o desestímulo à produção científica, na medida em que os pesquisadores não terão o resultado de seu trabalho protegido contra cópias não autorizadas.

Destarte, resta evidente a violação do direito do promovente, eis que, como visto, as promovidas publicaram, na rede mundial de computadores, obra intelectual sem a devida e expressa autorização de seu autor, desrespeitando o seu direito de propriedade.

Resta saber se o agir das rés ocasionou danos materiais e morais ao autor, de forma a atrair a sua responsabilidade civil.

Não vislumbro os danos materiais alegados. Com efeito, é cediço que os lucros cessantes só são devidos quando há comprovação de que a vítima do dano teria justa expectativa de receber determinados valores não fosse a conduta do causador do dano. No caso em apreço, não se pode sustentar, de forma razoável, que o autor iria obter os valores mencionados na inicial. A uma, porque se trata do primeiro livro do autor, o que impede que se tenha precedentes que demonstrem um determinado volume de venda de suas obras. A duas, porque, ainda que se tivesse tais precedentes, não se teria a base para afirmar que essa obra específica venderia tal ou qual número de exemplares. A três, porque o número de exemplares a serem publicados em uma 1ª edição e o seu preço, tal como mencionados na inicial, retratam mera especulação. Assim, rejeito o pedido de condenação das rés ao pagamento de danos materiais.

Quanto aos danos morais, tem-se que estes não demandam prova de sua existência, eis que defluem do próprio constrangimento a que foi submetida a vítima.

No caso em liça, como já explanado, o promovente estava

na expectativa de publicar, por editora com destaque no mercado nacional, seu primeiro livro, o qual, indubitavelmente, foi resultado de meses de esforço físico e intelectual, privando-o de momentos de lazer e acarretando-lhe sobrecarga de trabalho.

São mais do que presumidos os constrangimentos perante seus pares e perante a editora (fls. 49/50), bem como a raiva, frustração e tristeza desproporcionais a que foi submetido o autor quando viu concretamente ameaçadas suas chances de realizar um sonho: a publicação de um livro. Tais agravos ao autor não podem ser considerados meros dissabores, de forma que reputo demonstrados os prejuízos não materiais postulados na inicial.

As promovidas, pessoas jurídicas de Direito Público, atuaram com imprudência ou, pelos menos, com grave negligência ao darem ensejo a que a dissertação de mestrado do autor fosse publicada na íntegra na internet, havendo, inclusive, a possibilidade de realização de *download*, o que, flagrantemente, fugia à finalidade expressa da Portaria nº 13/2006, qual seja, um incremento na eficiência do acompanhamento e avaliação dos programas de mestrado e doutorado.

A não publicação do livro pela editora Impetus decorreu, imediata e diretamente, como provam os documentos de fls. 49/50, da publicação da dissertação do autor no site www.dominiopublico.gov.br, destarte indiscutível é o nexo de causalidade.

As promovidas, cada uma a seu modo, contribuíram para a ocorrência do dano. A UFC por ter exigido, até em desacordo com a malsinada portaria, como disse a CAPES em sua peça defensiva, do autor a disponibilização integral de sua obra para a publicação na rede mundial de computadores e até condicionado à obtenção do título de mestre ao cumprimento dessa obrigação. Além disso, não poderia a UFC ter equiparado, sem norma expressa nesse sentido, mormente em situação em que, nitidamente, restringe-se direito fundamental, o silêncio de alguns alunos à autorização para publicação da obra (fl. 90).

A CAPES e a União contribuíram para o dano por terem agido de forma descuidada ao publicarem dissertação de mestrado sem se certificarem da expressa existência de autorização do titular do direito autoral.

Merece ressalva, ademais, o fato de que a Portaria 13/2006 apenas foi publicada (fev/2006) quando o autor já se encontrava em vias de concluir o seu curso de mestrado, razão pela qual, não é dado presumir o amplo conhecimento do postulante acerca do teor da Portaria e da habitualidade das publicações.

Dessa forma, tenho que a conduta ilícita das rés encontra-se comprovada, bem como o nexo de causalidade entre o ato e o dano.

Ressalte-se que não há nos autos hipótese de caso fortuito, força maior ou, ainda, prova contundente de que a veiculação da obra na internet teria ocorrido por culpa exclusiva da vítima ou que esta teria contribuído para o ocorrido, a fim de afastar o dever de indenizar.

Passo, pois, a apreciar o *quantum* fixado pelo juízo de origem a título de indenização por danos morais.

Na hipótese em análise, em face da indevida veiculação da dissertação de conclusão do curso de mestrado do autor, o juiz sentenciante condenou as requeridas, ora apelantes, a indenizar autor no valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), de forma solidária, pelos danos ao seu patrimônio imaterial.

É certo que a finalidade da indenização por dano moral, consistente também em desestimular o infrator da ordem jurídica na continuidade de suas práticas ilícitas, estaria frustrada se imposto o pagamento de quantia irrisória.

É, ainda, inquestionável a ocorrência do dano moral na dor sofrida com a publicação, na íntegra, da obra do autor e o desrespeito ao seu direito de propriedade, que teve por consequência a impossibilidade de publicação de seu livro.

A compensação pela dor – que não possui valor econômico imediato, mas sim o intuito de proporcionar uma reparação ao ofendido, bem como uma punição para o ofensor – é capaz de ser realizada a contento se deferida no valor requerido pelo autor, ora recorrente adesivo, pois, além de estar em consonância com precedentes jurisprudenciais, sanciona os autores do ilícito pelo seu comportamento, não representando enriquecimento sem causa e inexistindo ofensa ao art. 944 do Código Civil.

Em assim sendo, sou de que, no particular, impõe-se a majoração da indenização por danos morais para o patamar requerido pelo autor, ou seja, R\$ 13.000,00 (treze mil reais)

No que concerne aos supostos danos materiais, compartilho do entendimento do juízo de origem que rejeitou o pedido indenizatório ao argumento de que os lucros cessantes apenas são devidos quando a vítima comprove que teria a justa expectativa de receber certos valores se afastada a conduta do causador do dano.

É que a teoria da perda de uma chance tem como pressuposto a ocorrência de uma chance séria e real, devendo, a priori ser analisado o “plano de existência” da oportunidade para, em seguida, verificar-se a probabilidade de a vítima vir a lograr êxito na persecução da vantagem esperada.

Na hipótese *sub examine*, ainda que o autor, de fato, viesse a publicar o livro, não se pode arbitrar com exatidão os lucros oriundos da publicação da obra, principalmente por cuidar-se do primeiro livro do autor.

Com tais considerações, nego provimento à remessa oficial e às apelações da União, da UFC e da CAPES e dou parcial provimento ao recurso adesivo, apenas para majorar a indenização por danos ao patrimônio imaterial do autor para o valor de R\$ 13.000,00 (treze mil reais).

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 16.084-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR
Apelante: UNIÃO
Apelado: EDMAR JOSÉ BARBOSA ACIOLI
Parte R.: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - FUB/UNB
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. ANA PATRÍCIA VIEIRA DE ALMEIDA E OUTRO (APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. ESCRIVÃO DA POLÍCIA FEDERAL. EXAME PSICOTÉCNICO. CANDIDATO NÃO RECOMENDADO. VALIDADE DO EXAME. ULTERIOR VEDAÇÃO À UTILIZAÇÃO DO PERFIL PROFISSIONAL. ART. 14 DO DECRETO 6.944/2009. NOVA REDAÇÃO DADA PELO DECRETO 7.308/2010. RESTRIÇÃO À UTILIZAÇÃO DO PERFIL PROFISSIONAL AFASTADA. APELAÇÃO PROVIDA.

- À vista da autorização constitucional (CF, art. 37, I), é legítima a exigência de exame psicotécnico em concurso público destinado ao provimento de determinados cargos ou empregos públicos, desde que prevista em lei (STF, AI 692194 AgR/DF, RE 340413 AgR/RN; STJ. REsp 328748). A exigência do exame psicotécnico no concurso público para o provimento do cargo de escrivão da polícia federal encontra previsão no art. 9º, inciso VII, da Lei nº 4.878/65 e art. 8º, inciso III, do Decreto Lei nº 2.320/87.

- Ausente falha da comissão do certame, quanto aos critérios utilizados pela Administração e ao resultado obtido pelo candidato no exame psicotécnico, que em seu proceder cuidou critério-

samente no atendimento aos mandamentos legais e princípios constitucionais, pelo que não se há falar em possibilidade de o Poder Judiciário questionar os critérios e métodos utilizados pelos examinadores, haja vista ser vedado substituir-se à Banca Examinadora, perquirindo critérios de oportunidade e conveniência que incumbem apenas ao administrador.

- Em cumprimento ao disposto no Edital nº 14/2009, o exame psicológico em questão tomou por base, para a avaliação dos candidatos, o perfil profissiográfico do cargo, o que passou a ser vedado pelo Decreto nº 6.944, de 21/08/2009, o qual dispõe, entre outras coisas, sobre normas gerais relativas a concursos públicos.

- Mesmo que se entenda que o Decreto nº 6.944/2009, porquanto editado no uso da atribuição conferida pelo art. 84, VI, alínea a, da Constituição Federal, configure decreto autônomo e, logo, tenha força normativa para revogar a legislação anterior, ele não pode retroagir para modificar o resultado da prova já realizada e, muito menos, os editais do certame. Ademais, o artigo 14 do Decreto nº 6.944/2009 teve sua redação modificada pelo Decreto 7.308/2010, de tal forma que a restrição à utilização do exame psicotécnico para a aferição de perfil profissiográfico foi afastada.

- Apelação e remessa oficial providas.

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 e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator.

Recife, 13 de dezembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE
JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR:

Diante da v. sentença de fls. 334-342, a qual julgou parcialmente procedente o pedido para, confirmando os efeitos da tutela antecipada, declarar a nulidade da avaliação psicológica a que se submeteu o autor, sem prejuízo da repetição do ato, a União Federal interpõe recurso de apelação. Remessa oficial *ex lege*.

Em seu arrazoado recursal, aduz a apelante, preliminarmente: a) a incompetência absoluta do juízo, haja vista o disposto no art. 3º da Lei nº 10.259/01; b) a impossibilidade jurídica do pedido; c) a necessidade de citação dos litisconsortes passivos necessários.

No mérito, defende a recorrente que: a) a força vinculante das regras estabelecidas no edital do concurso; b) as previsões do Decreto 6.944/2009, de 21 de agosto de 2009, aplicam-se apenas aos concursos autorizados após a data de sua publicação; c) é legal e necessária a exigência de avaliação psicológica para a matrícula no Curso de Formação Profissional na Academia Nacional de Polícia; d) o perfil profissiográfico tem por objetivo reunir e fornecer informações sobre os vários fatores considerados determinantes ao exercício do cargo, tais como: tarefas, requisitos, restrições e necessidades do cargo (art. 3º da IN 01/2009 - DGP/DPF); e) foi disponibilizado ao candidato, o perfil de cada cargo e as tabelas de normas percentílicas de cada teste aplicado, sendo mostrada a distância real entre o que o candidato obteve e o esperado no teste; f) a avaliação psicológica aplicada não é inconsistente e subjetiva, ostentando, critérios fixos, rígidos e objetivos; g) a qualificação e capacitação da banca examinadora; h) a ofensa ao princípio da isonomia.

Certidão de fl. 369v noticia que a parte apelada não ofereceu contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

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

Princípio por analisar as preliminares suscitadas pela União Federal.

No que concerne à alegada incompetência absoluta do juízo, não merece acolhida a preliminar, eis que o objeto da demanda é a anulação de ato administrativo, matéria estranha a competência dos Juizados Especiais Federais (art. 3º, § 1º, III, da Lei nº 10.259/01).

No tocante à alegação de impossibilidade jurídica do pedido, é certo que o controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário deverá ser realizado de forma excepcional sob pena de invasão nas esferas de competências.

Segundo Maria Sylvia Zanella de Pietro, “Existe tendência da doutrina de ampliar o alcance da apreciação do Judiciário, não havendo então a invasão na discricionariedade administrativa, o que se procura é colocar tal discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da interpretação e impedir arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente”.

Com efeito, dentro da mais moderna doutrina do Direito Administrativo existe a possibilidade de verificação por parte do Poder Judiciário do mérito do ato administrativo para verificação do cumprimento dos princípios constitucionais por parte do Administrador Público. Por certo não pode o Julgador substituir o Administrador Público sob pena de inversão de competências e de fuga das atribuições do Poder Judiciário.

Na realidade a possibilidade de controle jurisdicional sobre ato da Administração Pública não autoriza o Judiciário a imiscuir-se no poder de decisão administrativo e substituir o administrador em pronunciamentos que lhe são privativos, mas apenas a chance de atestar se ela agiu em consonância com a lei e com a Constituição, examinando a legalidade do procedimento adotado.

Nesta linha de entendimento, afasto a alegação de impossibilidade jurídica do pedido.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que em se tratando de concurso público não há formação de litisconsórcio passivo necessário, visto que os candidatos possuem apenas mera expectativa de direito à nomeação, ainda que aprovados (por todos, o AgRg nos EDcl no Ag 1344291/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/03/2011, *DJe* 01/04/2011).

Referida orientação encontra respaldo no entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que:

A aprovação em concurso não gera direito à nomeação, constituindo mera expectativa de direito. Esse direito somente surgira se for nomeado candidato não aprovado no concurso ou se houver o preenchimento de vaga sem observância de classificação do candidato aprovado. Súmula 15 - STF (MS 21.870, Carlos Velloso, *DJ* 19.12.94)

Em assim sendo, tampouco merece acolhida a preliminar de litisconsórcio passivo necessário.

Passo a análise do mérito recursal.

À vista da autorização constitucional (CF, art. 37, I), é legítima a exigência de exame psicotécnico em concurso público destinado ao provimento de determinados cargos ou empregos públicos, desde que prevista em lei, como forma de avaliar se o candidato possui o perfil psicológico necessário ao exercício das funções a eles inerentes. Esse entendimento, inclusive, encontra-se consolidado na jurisprudência dos tribunais superiores, consoante emerge destas ementas:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. LEGISLAÇÃO LOCAL. SÚMULA 280 DO STF. OFENSA INDIRETA. EXAME PSICOTÉCNICO. LEI EM SENTIDO ESTRITO. SÚMULA 686 DO STF. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO CONSTANTE DOS AUTOS. SÚMULA 279 DO STF. I - A Suprema Corte já fixou sua jurisprudência de que somente com autorização de lei em sentido estrito pode-se sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público. Aplicação da Súmula 686 do Supremo Tribunal Federal.

II - Matéria que demanda a análise de fatos provas e a análise da legislação local, o que atrai a incidência das Súmulas 279 e 280 do STF.

III - Agravo regimental improvido.

(STF, AI 692194 AgR/DF, 1ª T., Relator Min. Ricardo Lewandowski, julg. 26/08/2008, unân., DJe 12/09/2008).

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se consolidou no sentido de que o exame psicotécnico, de caráter eliminatório, deve constar de lei em sentido formal para ser exigível quando da realização de concurso público. Isto segundo o inciso I do artigo 37 da Carta Magna (RE 330.546-AgR, Relator Ministro Carlos Velloso, e o RE 342.405-AgR, Relator Ministro Eros Grau, entre outros).

Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, RE 340413 AgR/RN, 1ª T., Relator Ministro Carlos Britto, julg. 30/08/2005, unân., DJ 16/12/2005, p. 79).

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA FEDERAL. EXAME PSICOTÉCNICO. LEGITIMIDADE. REVERSIBILIDADE E PUBLICIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO DE EXAME PSICOTÉCNICO REALIZADO ANTERIORMENTE. ARTIGO 10 DO DECRETO-LEI Nº 2.320/87.

1. A exigência do exame psicotécnico é legítima, autorizada que se acha na própria Constituição da República, ao preceituar que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;” (artigo 37, inciso I, da Constituição Federal).

(*omissis*)

(STJ, REsp 328748, 6ª T., Relator Min. Vicente Leal, julg. 22/10/2002, unân., DJ 04/08/2003, p. 447).

A exigência do exame psicotécnico no concurso público para o provimento do cargo de escrivão da Polícia Federal encontra previsão no art. 9º, inciso VII, da Lei nº 4.878/65 e art. 8º, inciso III, do Decreto Lei nº 2.320/87. Eis a redação dos dispositivos legais mencionados:

Art. 9º São requisitos para matrícula na Academia Nacional de Polícia:

[...]

VII - possuir temperamento adequado ao exercício da função policial, apurado em exame psicotécnico realizado pela Academia Nacional de Polícia;

Art. 8º São requisitos para a matrícula em curso de formação profissional, apurados em processo seletivo, promovido pela Academia Nacional de Polícia:

III - possuir temperamento adequado ao exercício das atividades inerentes à categoria funcional a que concorrer, apurado em exame psicotécnico.

Ademais, o Edital nº 14/2009 - DGP/DPF, de 24/07/2009 (fls. 17/27), que fixou as normas para a realização do concurso público para o provimento de cargos de escrivão da Polícia Federal prestado pelo ora apelado, também estabeleceu que o certame se comporia de 2 (duas) etapas: a 1ª etapa conteria 6 (seis) fases, inclusive uma prova de aptidão psicológica de caráter eliminatório; e 2ª etapa consistiria no curso de formação. Esse edital salientou ainda que, para o candidato participar da 2ª etapa do certame, seria necessário que ele tivesse obtido a aprovação na primeira etapa. Tudo isso consta dos itens 1.3, 1.3.1, 1.3.2 e 14.4 do Edital nº 14/2009 - DGP/DPF, conforme se observa abaixo:

1.3 A seleção de que trata este edital será realizada em duas etapas, conforme especificado a seguir.

1.3.1 A primeira etapa do concurso público destina-se à admissão à matrícula no Curso de Formação Profissional e será executada pelo Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESPE/UnB), em todas as capitais das unidades da Federação e no Distrito Federal, e abrangerá as seguintes fases:

a) exame de habilidades e conhecimentos aferidos por meio de aplicação de prova objetiva, de caráter eliminatório e classificatório;

b) exame de habilidades e conhecimentos aferidos por meio de aplicação de prova discursiva, de caráter eliminatório e classificatório;

c) avaliação psicológica, de caráter unicamente eliminatório;

d) exame médico, de caráter unicamente eliminatório;

e) exame de aptidão física, de caráter unicamente eliminatório;

f) prova prática de digitação, de caráter unicamente eliminatório.

1.3.2 A segunda etapa do concurso público consistirá de Curso de Formação Profissional, de caráter eliminatório, de responsabilidade da Academia Nacional de Polícia, a ser realizado no Distrito Federal, podendo, a critério da Administração, ser desenvolvidas atividades em qualquer unidade da Federação.

14.4 Somente participará da segunda etapa do concurso público o candidato convocado na forma do subitem anterior, classificado dentro do número exato de vagas previsto neste edital, observando-se o disposto no subitem 17.1.4.

A jurisprudência pátria tem entendido, contudo, que a legitimidade da exigência do exame psicotécnico em concurso público destinado ao provimento de cargos ou empregos públicos depende ainda da objetividade e da publicidade dos critérios da avaliação bem como da possibilidade de recurso administrativo contra o resultado do candidato. Nesse sentido, v.g., o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça proferiram os seguintes julgados:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. EXAME PSICOTÉCNICO.

Somente lei pode exigir exame psicotécnico como requisito para a nomeação em cargo público. Precedentes: RE 230.197 e AGRAG 182.487. O acórdão recorrido concluiu que a legislação potiguar não exige o teste psicotécnico para a investitura no cargo de Policial Militar, premissa que não pode ser impugnada em sede extraordinária pelo óbice da Súmula STF nº 280. A jurisprudência desta Corte assentou que é ilegítimo o exame psicotécnico baseado em entrevista, com critério subjetivos e sigilosos e sem direito à recurso administrativo. Precedentes: RE 243.926 e RE 125.556.

Agravo regimental desprovido.

(STF, RE 344880 AgR/RN, 1ª T., Relatora Min. Ellen Gracie, julg. 08/10/2002, unân., DJ 06/12/2002, p. 66).

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. EXAME PSICOTÉCNICO. REPROVAÇÃO. VALIDADE. CRITÉ-

RIOS. PREVISÃO LEGAL. OBJETIVIDADE. RECORRIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

I - A jurisprudência desta c. Corte Superior tem se firmado no sentido de que a legalidade do exame psicotécnico em provas de concurso público está condicionada à observância de três pressupostos necessários: previsão legal, cientificidade e objetividade dos critérios adotados; e possibilidade de revisão do resultado obtido pelo candidato.

II - *In casu*, verifica-se que as três condições de validade (previsão legal, objetividade e recorribilidade) estão devidamente obedecidas, o que atesta a legalidade do exame realizado pelo recorrente.

III - Recurso ordinário desprovido.

(STJ, RMS 29087, 5ª T., Relator Min. Félix Fisher, julg. 05/05/2009, unân., DJe 05/06/2009).

In casu, o Edital nº 14/2009 - DGP/DPF prescreveu, no item 8.1, que os critérios e a regulamentação da prova de aptidão psicológica seriam aqueles previstos na Instrução Normativa nº 001, de 23/07/2009 DGP/DPF, que regulamenta a avaliação psicológica nos concursos públicos para provimento de cargos policiais do Departamento de Polícia Federal. A Instrução Normativa nº 001/2009, por sua vez, dispõe, no art. 1º, parágrafo único, c/c art. 6º que, para os efeitos dessa instrução, a prova de aptidão psicológica consiste num “processo realizado mediante o emprego de um conjunto de procedimentos científicos, que permite identificar aspectos psicológicos do candidato compatíveis com o perfil fisiográfico exigido para o cargo pretendido.”, no qual devem ser utilizados “testes psicológicos validados em nível nacional e aprovados pelo Conselho Federal de Psicologia, em conformidade com a Resolução CFP nº 002/2003.”

Outrossim, o laudo síntese, a resposta fundamentada ao recurso administrativo, a ata as sessão de conhecimento das razões de não recomendação e o parecer psicológico da não recomendação e juntados aos autos (fls. 185/199) demonstram a observância a uma forma padronizada no exame psicotécnico a que o autor fora submetido, afastando a subjetividade dos critérios utilizados.

Como visto, a interposição de recurso administrativo foi assegurada e exercida pelo candidato, embora não tenha logrado êxito

na reforma da sua “não recomendação” no exame psicotécnico. Restou demonstrada, dessarte, a validade do exame psicotécnico, realizado que fora sob critérios objetivos, respeitado o princípio da publicidade, e sem vestes de irrecorribilidade.

Merece ressalva, ademais, que ao contrário do que alega o candidato, consta dos autos documento (fl. 194) assinado por ela e por sua psicóloga contratada, Dra. Luciana Santiago, do qual se extrai a informação de que “o (a) candidato (a) teve acesso a todos os testes aplicados e aos critérios utilizados, bem como às explicações referentes aos motivos de sua não recomendação”.

Quanto aos critérios utilizados pela Administração e ao resultado obtido pelo candidato no exame psicotécnico, cumpre observar, ainda, que a apreciação do mérito administrativo é vedada ao Judiciário, haja vista o princípio constitucional da separação dos poderes (CF, art. 2º). Nessa seara, a análise judicial deve cingir-se à legalidade da atuação da Administração Pública, verificando se os testes encontram-se revestidos da necessária objetividade, bem como se o resultado foi levado ao conhecimento do candidato e se houve possibilidade de interposição de recurso. A vedação, inclusive, também é pacífica na jurisprudência dos tribunais superiores, como se vislumbra nestas ementas:

ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO DE SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO. PRETENSÃO DE ANULAR QUESTÃO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. INCURSÃO NO MÉRITO ADMINISTRATIVO.

1. *Omissis*.

2. Segundo o entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, bem como no do Supremo Tribunal Federal, é vedado ao Poder Judiciário o reexame dos critérios usados pela banca examinadora na elaboração, correção e atribuição de notas em provas de concursos públicos, devendo limitar-se ao exame da legalidade do procedimento administrativo e da observância das regras contidas no edital. Precedentes.

3. No caso dos autos, a pretensão do recorrente, muito embora esteja amparada na alegação de que a administração incorreu em ilegalidade, aplicando prova objetiva contendo questão sem resposta correta, tem como objeti-

vo principal, em verdade, refutar o mérito administrativo, o que, indubitavelmente, não encontra amparo neste Superior Tribunal.

4. Assim, tendo em vista que a pretensão é revisar o mérito da questão, ou seja, modificar os critérios de elaboração e avaliação de questões, já reexaminadas em recurso administrativo, não pode obter êxito o impetrante, visto que a atuação do judiciário cinge-se ao controle jurisdicional da legalidade do concurso público.

5. *Omissis*.

(STJ, RMS 20984/RS, 1ª T., Relator Min. Benedito Gonçalves, julg. 03/11/2009, unân., DJe 12/11/2009).

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DISTRIBUIDOR-CONTADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. QUESTÃO DE PROVA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO. LIMITES. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DA SÚMULA 182/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

I - O Supremo Tribunal Federal, bem como o Superior Tribunal de Justiça possuem jurisprudência uniforme no sentido de que, em concurso público, não cabe ao Poder Judiciário examinar o critério de formulação e avaliação das provas e notas atribuídas aos candidatos, ficando sua competência limitada ao exame da legalidade do procedimento administrativo. Aliás, raciocínio diverso culminará, na maioria das vezes, na incursão do mérito administrativo, o que é defeso ao Poder Judiciário. Precedentes.

II - *Omissis*.

(STJ, AgRg no RMS 20772/RS, 5ª T., Relator Min. Gilson Dipp, julg. 18/05/2006, unân., DJ 12/06/2006, p. 505).

Com tais considerações não antevejo falha da comissão do certame, que em seu proceder cuidou criteriosamente no atendimento aos mandamentos legais e princípios constitucionais, pelo que não se há falar em possibilidade de o Poder Judiciário questionar os critérios e métodos utilizados pelos examinadores, haja vista ser vedado substituir-se à Banca Examinadora, perquirindo critérios de oportunidade e conveniência que incumbem apenas ao administrador.

Por fim, é certo que, em cumprimento ao disposto no Edital nº 14/2009, o exame psicológico em questão tomou por base, para a

avaliação dos candidatos, o perfil profissiográfico do cargo, o que passou a ser vedado pelo Decreto nº 6.944, de 21/08/2009, o qual dispõe, entre outras coisas, sobre normas gerais relativas a concursos públicos. Diz o art. 14, § 2º, do Decreto nº 6.944/2009:

Art. 14. [...]

§ 2º É vedada a realização de exame psicotécnico em concurso público para a aferição de perfil profissiográfico, avaliação vocacional ou de quociente de inteligência.

Todavia, mesmo que se entenda que o Decreto nº 6.944/2009, porquanto editado no uso da atribuição conferida pelo art. 84, VI, alínea a, da Constituição Federal, configure decreto autônomo e, logo, tenha força normativa para revogar a legislação anterior, ele não pode retroagir para modificar o resultado da prova do autor e, muito menos, os editais do certame. Com efeito, é princípio constitucional a irretroatividade da lei para atingir o ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI).

Caberia esclarecer, ademais, que o referido artigo 14 do Decreto nº 6.944/2009 teve sua redação modificada pelo Decreto 7.308/2010, de tal forma que a restrição à utilização do exame psicotécnico para a aferição de perfil profissiográfico foi afastada. Eis a nova redação conferida ao dispositivo legal em comento:

Art. 1º O art. 14 do Decreto nº 6.944, de 21 de agosto de 2009, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 14. A realização de avaliação psicológica está condicionada à existência de previsão legal específica e deverá estar prevista no edital.

§ 1º Para os fins deste Decreto, considera-se avaliação psicológica o emprego de procedimentos científicos destinados a aferir a compatibilidade das características psicológicas do candidato com as atribuições do cargo.

§ 2º A avaliação psicológica será realizada após a aplicação das provas escritas, orais e de aptidão física, quando houver.

§ 3º Os requisitos psicológicos para o desempenho no cargo deverão ser estabelecidos previamente, por meio de estudo científico das atribuições e responsabilidades dos cargos, descrição detalhada das atividades e tarefas, identificação dos conhecimentos, habilidades e características pessoais necessários para sua execução e identifica-

ção de características restritivas ou impeditivas para o cargo.

§ 4º A avaliação psicológica deverá ser realizada mediante o uso de instrumentos de avaliação psicológica, capazes de aferir, de forma objetiva e padronizada, os requisitos psicológicos do candidato para o desempenho das atribuições inerentes ao cargo.

§ 5º O edital especificará os requisitos psicológicos que serão aferidos na avaliação. (NR)

Com essas considerações, sou de que à míngua de qualquer ilegalidade, impõe-se o provimento do recurso de apelação.

Em assim sendo, dou provimento ao recurso de apelação e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 17.532-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Apelantes: ANTONIO DE PAIVA GADELHA NETO (INCAPAZ) E UNIÃO
Apelados: OS MESMOS
Repte.: MARCOS ANTONIO DE PAIVA GADELHA
Adv./Proc.: DR. JIMMY ABRANTES PEREIRA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL E MATERIAL. EXISTÊNCIA. INDENIZAÇÕES DEVIDAS. CRIANÇA. POLIOMIELITE ADQUIRIDA APÓS VACINAÇÃO. PARALISIA DOS MEMBROS INFERIORES. CONFIGURAÇÃO DO DANO E DO NEXO DE CAUSALIDADE. HONORÁRIOS. REDUÇÃO.

- O ordenamento jurídico pátrio adota a tese da responsabilidade objetiva do Estado, seguindo a teoria do risco administrativo, segundo a qual não se exige a culpa do agente, mas, tão somen-

te, a demonstração da ocorrência do fato e a consequente lesão ocasionada (nexo causal), conforme o art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

- Hipótese em que ficou demonstrado, através de perícia médica judicial e documentos acostados aos autos, que o autor, atualmente com 8 (oito) anos de idade, adquiriu paralisia infantil (paraplegia flácida dos membros inferiores) em decorrência de vacina contra a poliomielite, aplicada quando contava com quatro meses de idade, restando, assim, comprovado o dano e o nexo causal entre este e a conduta estatal.

- Consideradas as circunstâncias do caso concreto, em que o autor, gozando de plena saúde, foi levado por seus pais, aos quatro meses de idade, para receber a vacina contra a pólio oferecida pelo Estado e adquiriu a doença após a inoculação, ficando paraplégico e sofrendo as privações inerentes a essa condição, mostra-se justa e razoável a manutenção do valor fixado na sentença, a título de danos morais, em R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

- O fato de o Ministério da Saúde haver noticiado, conforme informações colhidas em seu site e outros sites de notícias, que, no próximo ano (2012), irá implantar a substituição da vacina Sabin, a atual, produzida a partir do vírus atenuado (mais barata e de administração oral), pela Salk (mais cara e injetável), com vírus inativado e, portanto, mais segura, revela que a aplicação da primeira gera um risco, embora pequeno, de desencadear a pólio vacinal, como ocorreu com o autor, de modo que a União deve arcar com as consequências de sua opção pelo método Sabin.

- Há que ser, igualmente, a União condenada ao pagamento de danos materiais, levando-se em conta as despesas com tratamento médico e fisioterápico a que o autor terá que se submeter pelo resto da vida, bem assim considerando o

fato de residir no interior da Paraíba onde nem sempre contará com o fornecimento de tais serviços, e constatando-se, ainda, a diminuição de sua capacidade laborativa, há que ser mantida a pensão concedida na sentença, devendo, entretanto ter como termo inicial a data da citação e ser majorada para meio salário-mínimo até que complete 14 (catorze) anos de idade e, a partir de então, um salário-mínimo, até completar 65 (sessenta e cinco) anos ou até o seu óbito, o que ocorrer primeiro.

- Em consonância com o art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, mostra-se justa e razoável a fixação dos honorários advocatícios no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

- Apelação da União, remessa oficial e apelo do particular parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento às apelações e à remessa oficial, nos termos do relatório, do voto do relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 15 de dezembro 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 apelações interpostas pela União e por Antonio de Paiva Gadelha Neto, menor impúbere, representado pelo seu genitor, contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido de indenização por danos morais e

materiais, em razão de paralisia infantil (poliomielite) desenvolvida pelo autor, quando contava com 4 (quatro) meses de vida, após tomar vacina Sabin, em 2004. A título do primeiro foi a ré condenada ao pagamento de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), acrescido de correção monetária a partir da data do arbitramento, 13/12/2010, e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde o evento danoso, 06/04/2004, nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal, devendo ser aplicada a Lei nº 11.960/2009, a contar de sua vigência. A título de danos materiais, determinou o magistrado *a quo* o pagamento de pensão, no valor de 1/3 (um terço) do salário-mínimo, a partir da data em que o demandante completar 14 (catorze) anos de idade e, a contar dos 25 (vinte e cinco) anos, tal quantia será majorada para (2/3) dois terços do salário-mínimo, até que complete 65 (sessenta e cinco) anos de idade ou até o seu óbito, o que ocorrer primeiro. Foram fixados honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento) sobre a soma das parcelas vencidas a título de danos morais, mais um ano das vincendas a título de danos materiais, devidamente atualizadas.

Em seu apelo, a União alega, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva, bem como a prescrição da pretensão autoral. Quanto ao mérito, argumenta que: a) há necessidade de comprovação de culpa, uma vez que se trata de responsabilidade por suposto ato omissivo, consistente em uma “possível impropriedade material da vacina”, o que não restou provado nos autos; b) os pais do autor foram negligentes, pois somente o levaram para vacinação aos quatro meses, quando o correto seria aos dois meses, conforme indicação do Ministério da Saúde, sendo possível que a criança tenha contraído a poliomielite antes de ter tomado a vacina, de modo que inexistente nexos causal entre a administração da vacina e a doença, que acometeu o autor em razão de caso fortuito ou negligência dos pais; c) os efeitos da vacina podem ser decorrentes, também, de sensibilidade orgânica do autor, configurando-se a hipótese de caso “fortuito interno”; d) os valores das indenizações são exorbitantes, além de haver *bis in idem*, pois a pensão já engloba os danos morais e materiais; e) por fim, requer a redução do montante dos honorários ou a fixação da sucumbência recíproca.

O autor, por sua vez, pugna pela majoração do montante fixado a título de danos morais, requerendo, quanto aos materiais, que o termo *a quo* da pensão seja a data do evento danoso, 15/05/2004, e que seja arbitrado no valor de um salário-mínimo até a perspectiva de vida do brasileiro, aos 65 (sessenta e cinco) anos ou até seu óbito, o que ocorrer primeiro.

Contrarrazões apresentadas por ambas as partes.

O Ministério Público Federal ofertou parecer às fls. 285/302, opinando pelo não provimento do apelo da União e pelo parcial provimento do recurso do autor, a fim de que os danos morais sejam fixados na quantia de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e que a pensão seja majorada para meio salário-mínimo desde a data da propositura da ação e, a partir da data em que o postulante completar 14 (catorze) anos até a sua morte, seja-lhe paga no valor de um salário-mínimo.

É o relatório.

VOTO

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

A matéria devolvida ao exame desta Corte diz respeito à indenização por danos morais e materiais requerida por criança acometida de poliomielite, aos quatro meses de vida, após inoculação de vacina para prevenção da citada patologia.

Inicialmente, cumpre examinar as preliminares suscitadas pela União.

No que tange à alegação de ilegitimidade passiva, tenho que sua análise confunde-se com o exame do próprio mérito da demanda, oportunidade em que será averiguada a existência de responsabilidade do referido ente pela ocorrência do fato.

Quanto à arguição de prescrição, verifico que ela não corre contra os incapazes, nos termos dos arts. 198, I, e 3º, do Código Civil, sendo certo que, quando da interposição desta ação o autor contava com apenas 5 (cinco) anos de idade (cf. fls. 02, 19 e 20).

Passando ao mérito, observo que, no âmbito do direito público, o ordenamento jurídico pátrio adota a tese da responsabilidade objetiva, disciplinada no art. 37, § 6º, da CF, *in verbis*:

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

De acordo com o comando constitucional, para o surgimento do direito à indenização é suficiente a demonstração do dano e do nexo de causalidade entre este e a conduta do agente público, sendo prescindível perquirir-se a respeito da existência da culpa, cuja comprovação será essencial apenas em futura ação regressiva a ser promovida pelo Estado contra o seu preposto.

Destaque-se que o dano a ser analisado, *in casu*, é de cunho patrimonial e moral, conforme previsto no art. 5º, V, da CF/88.

Da análise dos documentos acostados aos autos depreende-se que o autor foi contaminado com o vírus da poliomielite após ter sido vacinado contra esta patologia (em 06/04/2004 - fl. 24v), conforme laudo médico elaborado pelo perito judicial, acostado às fls. 116/117 e complementado à fl. 141.

Segundo o experto, o demandante sofre de paraparesia flácida dos membros inferiores (paraplegia), tendo como causa a vacina contra pólio que lhe foi aplicada, justificando sua conclusão acerca do caso na resposta ao quesito “b”, à fl. 116, *in verbis*:

(...) desde o início do quadro o menor foi internado no HUAC - Campina Grande e a enfermidade foi investigada com a coparticipação do neurologista da vigilância epidemiológica do estado e confirmado o diagnóstico pela constatação do póliovírus na amostra de fezes enviada à FIOCRUZ na época da doença mostrando homologia genômica > 99% com a amostra vacinal SABIN da região VP1. (Grifo acrescido)

Há que ser ressaltado, pela sua importância para o deslinde da controvérsia, o documento de fl. 44, que consiste no resultado do exame acima referido pelo médico-perito, realizado pela Fundação Oswaldo Cruz - FIOCRUZ, a qual constatou a identidade

entre o vírus constante na amostra de material do autor e aquele existente na vacina Sabin na região VP1.

Conforme observou o magistrado em sua sentença (fl. 160), mesmo não tendo os pais levado o autor para ser vacinado aos dois meses de idade, como recomendado pelo SUS no cartão da criança (fl. 23), mas sim aos quatro meses, tal fato não tem o condão de eximir a União da responsabilidade pelo evento danoso, haja vista a afirmação categórica do perito de que a idade de quatro meses também é indicada para o início da vacinação contra paralisia infantil (fls. 117 e 141), complementando que a patologia do postulante não foi ocasionada pela aplicação da vacina fora do período indicado (resposta ao quesito “d” - fl. 117).

Evidenciado, portanto, está o dano e o nexo de causalidade existente entre ele e a ação estatal de vacinação, devendo ser rejeitada, ainda, a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela ré, já que é a responsável pela compra das vacinas e pelas campanhas de vacinação, ainda que com o apoio dos Estados e Municípios.

Impende registrar que, conforme explicado pela União (fls. 223/224), existem dois tipos de vacina contra a poliomielite, a Sabin e a Salk, sendo a primeira produzida a partir do vírus atenuado, de administração oral e baixo preço, enquanto a segunda, contém o vírus inativado, é injetável e mais cara. O Governo Brasileiro optou pela Sabin, a qual teria uma alta eficácia, mas não uma total segurança, já que, como ela própria admite, a segunda vacina é mais estável. Dessa forma, deve arcar com os riscos decorrentes do método de vacinação escolhido.

Curiosamente, no Portal da Saúde¹, link do Ministério da Saúde, no “Informe Técnico da Campanha Nacional de Vacinação Contra a Poliomielite 2011”, o referido Ministério informa que, em 2012, realizará uma campanha com a vacina inativada.

¹ Disponível em http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/informe_tecnico_campanha_poliomielite_2011_final.pdf, p. 05

A adoção da vacina Salk, programada para o próximo ano, foi alvo de notícias veiculadas em *sites* como o da revista *Veja*² e o da *Globo*³, dentre outros, que ouviram especialistas sobre o assunto, os quais afirmaram que a mudança deve-se ao fato de que a mencionada forma de combate à paralisia infantil é considerada mais segura, por ser produzida com o vírus morto, o que não acontece com a Sabin, em que há uma chance rara, mas há, de que a criança imunizada desenvolva a pólio vacinal. Acrescentam que a substituição da Sabin pela injetável já foi efetivada em países como Estados Unidos, Canadá e europeus e é uma recomendação da OMS - Organização Mundial da Saúde.

Tais notícias, inclusive a do próprio Ministério da Saúde, revelam que o Governo Brasileiro tem motivos para alterar a sua estratégia de combate à paralisia infantil, dentre elas, o risco de contração da doença em razão da vacina com o vírus atenuado, que, embora mínimo, existe e traz consequências permanentes para as crianças que o adquirem.

Caso semelhante ao dos autos já foi julgado pelo TRF da 1ª Região, conforme mencionado pelo magistrado *a quo*, sendo válida a transcrição da ementa do referido acórdão:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. UNIÃO. DANO MORAL E MATERIAL. SEQUELAS DECORRENTES DE INOCULAÇÃO DE VACINA CONTRA POLIOMIELITE. DEMONSTRAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O FATO E OS DANOS SOFRIDOS. DEVER DE INDENIZAR. CARACTERIZAÇÃO.

1. Demonstrado, por meio de perícia, que a paralisia que acometeu o autor decorreu de reações à vacina antipoliomielite, fornecida pelo Sistema Único de Saúde, deve a União arcar com a indenização pelos danos materiais e morais sofridos pelo autor.

2. Condenação em valor adequado, que se mantém.

² Disponível em <http://veja.abril.com.br/noticia/saude/vacina-da-poliomielite-sera-injetavel>

³ Disponível em <http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2011/09/vacina-injetavel-deve-substituir-gotas-na-prevencao-contrapolio-diz-medico.html>

4. Sentença confirmada.

5. Remessa oficial desprovida.

(TRF - 1ª R, 6ª T., REO 200138000336429, Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, e-DJF1 07/06/2010, p. 281)

Passando ao exame da ocorrência do dano moral, segundo José de Aguiar Dias (*in* Da responsabilidade civil, vol. II, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 730.), para caracterizá-lo, basta compreendê-lo em relação ao seu conteúdo, que “... não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra *dor* o mais largo significado.”

Para Maria Helena Diniz (*in* Curso de direito civil brasileiro. Responsabilidade civil, 7º vol., 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 82.), “o direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente”.

Na hipótese de que se cuida a existência do dano moral é irrecusável. Não se pode negar o sofrimento por que passa o autor, que, aos quatro meses de idade, na condição de um bebê saudável, foi levado pelos pais ao posto de saúde para ser imunizado contra a poliomielite e, justamente a vacina (oferecida pelo Estado) que deveria protegê-lo da paralisia infantil, foi a causadora da patologia que o acompanhará pelo resto da vida, privando-o de uma infância “normal”, de correr, dançar, jogar bola e favorecendo uma adolescência e uma fase adulta cheia de limitações em todos os aspectos, físicos, sociais, emocionais etc.

No que tange à fixação da indenização pecuniária a que faz jus a demandante (art. 5º, V, CF), tarefa das mais árduas, fica a critério do Magistrado, conforme destaca Clayton Reis, *apud* Antônio Montenegro, ao afirmar que, em nossa doutrina nacional, “predomina o entendimento de que a fixação da reparação do dano moral deve ficar ao prudente arbítrio dos juízes. Comungam desse sentir, entre nós, Wilson Melo da Silva e Aguiar Dias, para quem o arbitramento é critério por excelência para indenizar o dano moral”

(in Dano moral. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 84), sustentando, ainda, que essa ideia ganha corpo na jurisprudência, “na medida em que transfere para o juiz o poder de aferir, com o seu livre convencimento e tirocínio, a extensão da lesão e o valor da reparação correspondente.” (ob. cit. p. 85).

Maria Helena Diniz, por sua vez, sustenta que “na avaliação do dano moral o órgão julgante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável. (...) Na reparação do dano moral o juiz determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum* da indenização devida, que deverá corresponder à lesão, e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência”. (Ob. cit. p. 89)

No caso dos autos, atento às nuances reveladas, entendo que se faz razoável a indenização no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), conforme fixado na sentença, montante este que não propiciará o enriquecimento ilícito do demandante e, ao mesmo tempo, será capaz de minorar o seu sofrimento, representando uma contrapartida às dificuldades que, certamente, irá enfrentar em toda sua vida, na condição de deficiente físico.

Tal quantia deverá ser acrescida de correção monetária, a contar da data do arbitramento (13/12/2011 - fl. 169), conforme a Súmula nº 362 do STJ, aplicado o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. Os juros moratórios devem incidir a partir da data do evento danoso (06/04/2004 - fl. 24-v), nos termos da Súmula 54 do STJ, no percentual de 1% (um por cento) ao mês, aplicando-se o art. 1º-F acima mencionado, a partir da vigência da Lei nº 11.960/09, não merecendo retoque a sentença quanto a este ponto.

Acerca dos juros de mora, colho o seguinte precedente do eg. STJ:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. CONCURSO PÚBLICO. PRETERIÇÃO DE CANDIDATO. DANOS MORAIS E MATERIAIS.

1. Caso no qual a recorrente Tânia Luíza Stigger Vieira alega que, à luz da jurisprudência do STJ, tem direito ao recebimento de indenização por danos materiais corres-

pondente aos que deixou de auferir caso tivesse sido empossada no cargo, bem como direito à majoração do montante fixados a título de danos morais, o qual, no seu entender, foi arbitrado inadequadamente. A União Federal, por sua vez, alega que: (I) a responsabilidade civil da administração pública, no que toca aos danos morais, é subjetiva, não podendo, por isso, ser presumida; (II) os valores arbitrados a título de danos morais fogem da razoabilidade e da proporcionalidade; (III) os juros de mora devem ser calculados à taxa de 0,5% ao mês a partir da citação.

(...)

8. As disposições do art. 1º-F da Lei 9.494/97 não se aplicam nas ações indenizatórias decorrentes de responsabilidade extracontratual do Estado. Considerando que os autos tratam de fato ocorrido em 2004, após a vigência do Código Civil de 2002, correta a fixação dos juros de mora em percentual de 1% ao mês a partir do evento danoso, nos termos da Súmula nº 54 do STJ.

9. Não se verificam, pois, as alegadas violações ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 e ao art. 219 do CPC.

(...) (1ª Turma, REsp 1056871/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 01/07/2010) (grifo acrescido)

Quanto aos danos materiais, entendo igualmente cabíveis, pois, consoante registrou o magistrado *a quo*, a doença que acomete o autor compromete a sua capacidade laborativa e a sua vida independente, sendo cabível a fixação de pensão mensal, conforme previsão do art. 950 do Código Civil, não afastando a pretensão indenizatória o fato de o demandante ser criança quando da ocorrência do dano.

Acrescente-se que, conforme lembrou o *Parquet* Federal (fl. 302), “desde o início, os responsáveis pelo menor tiveram que arcar com cuidados médicos, medicamentos e fisioterapia” (cf. fls. 39/40, 46), e ainda terão que pagar tais despesas e outras, como, por exemplo, de transporte, pois, como se sabe, o Estado nem sempre oferecerá o tratamento mais adequado, ainda mais levando em conta que o autor reside em cidade no interior da Paraíba, sendo necessário, na maioria das vezes, recorrer aos serviços de fisioterapeutas e médicos particulares e/ou de cidades maiores (o autor reside em Sousa-PB e sua internação e a maioria dos exa-

mes foram feitos em Campina Grande-PB e João Pessoa-PB - fls. 26, 27, 29/40).

Assim, considero dentro da razoabilidade a fixação do termo inicial da pensão a data da citação e os valores ponderados pelo representante do MPF (fl. 302), de meio salário mínimo até a data em que completar 14 (catorze) anos de idade, quando deverá ser paga ao autor um salário mínimo, até que complete 65 (sessenta e cinco) anos ou até o seu óbito, o que ocorrer primeiro, conforme requerido na inicial (fl. 16) e no apelo (fl. 189), sob pena de julgamento *ultra petita*.

Sobre o pagamento de pensão mensal, em razão da diminuição da capacidade laboral, já se manifestou o STJ:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INFECÇÃO HOSPITALAR. SEQUELAS IRREVERSÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CULPA CONTRATUAL. SÚMULA 7. DENUNCIÇÃO DA LIDE. DANO MORAL. REVISÃO DO VALOR. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. DATA DO ARBITRAMENTO. REDUÇÃO DA CAPACIDADE PARA O TRABALHO. PENSÃO MENSAL DEVIDA.

(...)

5. É devido o pensionamento vitalício pela diminuição da capacidade laborativa decorrente das sequelas irreversíveis, mesmo estando a vítima, em tese, capacitada para exercer alguma atividade laboral, pois a experiência comum revela que o portador de limitações físicas tem maior dificuldade de acesso ao mercado de trabalho, além da necessidade de despendar maior sacrifício no desempenho do trabalho.

(...) (4ª Turma, REsp 903.258/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 17/11/2011).

As parcelas vencidas a título da pensão deverão ser acrescidas de juros moratórios de 1% ao mês e correção monetária nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal, devendo ser aplicado o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, a partir de sua vigência.

Quanto aos honorários advocatícios, penso que, considerando o zelo do profissional e a natureza da causa, conforme o dis-

posto no art. 20, §§ 3º e 4º, mostra-se justa e razoável a sua fixação no montante de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Com essas considerações, dou parcial provimento à apelação da União e à remessa oficial, apenas para fixar o montante dos honorários advocatícios em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) e dou parcial provimento ao apelo do autor, a fim de, quanto aos danos materiais, fixar como termo inicial da pensão a data da citação e estabelecer os valores de meio salário-mínimo até a data em que o demandante completar 14 (catorze) anos, e, a partir de então, o de um salário mínimo, até a idade de 65 (sessenta e cinco) anos ou seu óbito, o que ocorrer primeiro. As parcelas vencidas da pensão deverão ser acrescidas de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal, devendo ser aplicado o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, a partir de sua vigência.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 18.080-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARIA JOSÉ DOS SANTOS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. GEOVANA RIOS BASTOS E OUTRO (APDA.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. DECADÊNCIA. LEI Nº 9784/99 E MP Nº 138/03. INOCORRÊNCIA. SUSPENSÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO. APOSENTADORIA POR VELHICE. DECRETO Nº 83.080/79. REQUISITOS. TRATAMENTO DESIGUAL ENTRE SEGURADOS HOMENS E MULHERES NÃO RECEPCIONADO PELA CF/88. DIREITO AO BENEFÍCIO RECONHECIDO. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- Apelação do INSS e remessa obrigatória contra sentença que extinguiu o feito com resolução de mérito por reconhecer a decadência do direito da autarquia previdenciária de revisar o ato de concessão do benefício e de suspender o seu pagamento, determinando o restabelecimento da aposentadoria da autora com todos os atrasados desde a data da suspensão indevida, com juros e correção monetária, confirmando, ainda, a antecipação da tutela anteriormente deferida.

- A teor do art. 54 da Lei nº 9.784, de 29.01.99, o direito da Administração de anular os seus atos que gerem efeitos favoráveis para seus administrados é de cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. Ocorre que foi editada a Medida Provisória nº 138, de 19.11.2003, posteriormente convertida na Lei nº 10.839/04, que estabeleceu um prazo específico de 10 anos para a Previdência Social ter revisto os seus próprios atos, através da inserção do art. 103-A na Lei nº 8.213/91.

- Há de se notar que nem mesmo os benefícios concedidos em data anterior ao advento do diploma legal instituidor do prazo de decadência escapam dos seus efeitos, sendo que o cômputo do referido prazo se dará apenas a partir da vigência da norma.

- Tem-se que, em havendo lei nova estabelecendo prazo mais longo para efeito de prescrição e decadência, este novo prazo prevalecerá, incorporando-se, entretanto, no seu cômputo, o prazo já transcorrido com base na lei anterior para completar o lapso fixado pela lei nova. Assim, considerando-se que a aposentadoria do autor teve início em 13.09.1988, o prazo decadencial quinquenal, instituído pela Lei nº 9.784/99, começou a correr a partir de sua vigência, i.é., fevereiro de 1999, mas, tendo sido alterado para 10 anos, pela MP nº 138/03, de 19.11.03, convertida

posteriormente na Lei nº 10.839/2004, o cômputo do referido prazo foi estendido para os 10 anos, aproveitando-se, entretanto, o tempo já transcorrido entre as datas do início de vigência dos citados diplomas legais. Tem-se, portanto, com base nesta orientação, que o prazo máximo para revisão do benefício pelo INSS seria fevereiro de 2009. Precedentes do eg. STJ e deste TRF-5ª Região.

- Na hipótese dos autos, não restou configurada a decadência, porquanto o ato de suspensão do benefício, ora guerreado, foi praticado em março de 2008, ficando, assim, a salvo da referida prejudicial.

- A autora fez jus à aposentadoria por velhice em 13.09.88, na vigência do Decreto nº 83.080/79, que previa como um dos requisitos para a concessão do benefício em epígrafe o de a autora ser chefe ou arrimo da unidade familiar, status esse que, no caso de o segurado ser mulher, implicaria não só no fato de ela dirigir e administrar os bens do casal, mas também no de seu esposo não perceber aposentadoria por velhice ou invalidez. Como no ato do requerimento da aposentadoria da autora, o seu cônjuge já fazia jus a uma aposentadoria por velhice, entendeu o INSS em suspender o pagamento do benefício à mesma no intuito de sanar a irregularidade apontada.

- A partir da Constituição Federal de 1988, promulgada em 05.10.88, os direitos dos cônjuges, homem e mulher, foram equiparados, a teor do seu art. 5º, I. A nova ordem constitucional não recepcionou qualquer tipo de discriminação e disto resulta que, não obstante à época anterior ao advento da CF/88, a percepção do benefício pela autora tivesse sido irregular, deixou de ser a partir de então, tornando-se inócua, pois, a alegação do referido vício em data posterior a 05.10.88. Precedentes.

- Direito reconhecido à autora ao restabelecimento do benefício e ao pagamento das parcelas vencidas desde a suspensão, com juros e correção monetária.

- Correção monetária de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal e juros moratórios a contar da citação e à razão de 1% ao mês, ambos até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, porque, a partir de então, serão computados nos termos nela prescritos.

- Antecipação de tutela confirmada em face do preenchimento dos requisitos legais para seu deferimento.

- Honorários advocatícios mantidos em 10% sobre o valor da condenação, mas ajustados aos termos da Súmula nº 111-STJ.

- 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, 24 de novembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de remessa obrigatória e de apelação cível contra a sentença que, ratificando os termos da antecipação de tutela, julgou procedente o pedido da autora, condenando o INSS a restabelecer-lhe a aposentadoria por idade e ao pagamento das parcelas vencidas e não pagas a partir da suspensão do benefício, corrigi-

das monetariamente segundo o Manual de Cálculos da Justiça Federal e acrescidas dos juros de mora à razão de 1% ao mês, a contar da citação, até 30.06.2009, e de 0,5% a partir de então. Determinou, ainda, que o INSS se abstinhasse de cobrar da autora a repetição de valores recebidos a título de aposentadoria tratada nos autos e condenou-o ao pagamento de honorários fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Nas razões do recurso, o INSS defende a inaplicabilidade ao caso concreto do art. 2.028 do Código Civil por se tratar o referido dispositivo de regra de transição com incidência apenas sobre os prazos reduzidos pelo próprio CC e não por outros diplomas normativos, além do fato de o ato de revisão ter se dado em 2008 antes dos 10 anos da edição da Lei nº 9.871/99. Por outro lado, insiste no cabimento da devolução dos valores indevidamente recebidos com fulcro no art. 15 da Lei nº 8.213/91.

Requer, ainda, caso não sejam acatadas as teses defendidas, a redução da verba honorária para 5% sobre as parcelas vencidas.

Nas contrarrazões, pugna a parte autora pela manutenção do *decisum*.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Discute-se através do presente recurso e da remessa obrigatória, em preliminar, a decadência do direito do INSS de suspender o pagamento do benefício da parte autora, assim como o cabimento da devolução dos valores do benefício percebidos indevidamente pela autora.

A parte autora teve concedida a sua aposentadoria por velhice na condição de trabalhadora rural em 13.09.1988, cujo pagamento foi cancelado em março de 2008 sob o argumento de que sua concessão teria se dado de forma irregular, haja vista o não preenchimento dos requisitos para sua obtenção à luz do art. 297, § 3º, II, letra “b”, do Decreto nº 83.080/79, vigente à época da concessão.

O douto sentenciante declarou a decadência do direito da autarquia previdenciária para rever o ato de concessão e ressaltou, ainda que a extinção do direito não tivesse ocorrido, não se haveria de cogitar de devolução dos valores percebidos em face do caráter alimentar dos benefícios e da presunção de boa-fé da postulante.

Analisemos, pois, a ocorrência ou não da decadência.

Assiste razão ao INSS.

A teor do art. 54 da Lei nº 9.784, de 29.01.99, o direito da Administração de anular os seus atos que gerem efeitos favoráveis para seus administrados é de cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Há que se notar, ainda, que nem mesmo os benefícios concedidos em data anterior ao advento do referido diploma legal escapam dos efeitos da decadência, sendo que o cômputo do novo prazo instituído pela norma se dará apenas a partir de sua vigência.

Em 19.11.2003, foi editada a Medida Provisória nº 138, posteriormente convertida na Lei nº 10.839/04, que estabeleceu um prazo específico para a Previdência Social ter revisto os seus próprios atos, através da inserção do art. 103-A na Lei nº 8.213/91, de teor:

Art. 103-A. O direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo decadencial contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Em havendo lei nova estabelecendo prazo mais longo para efeito de prescrição e decadência, este novo prazo prevalecerá, incorporando-se, entretanto, no seu cômputo, o prazo já transcorrido com base na lei anterior para completar o lapso fixado pela lei nova.

Neste sentido, já decidiu o eg. STJ, em sede de recurso repetitivo, de teor:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA A DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS CONCEDIDOS EM DATA ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 9.787/99. PRAZO DECADENCIAL DE 5 ANOS, A CONTAR DA DATA DA VIGÊNCIA DA LEI 9.784/99. RESALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. ART. 103-A DA LEI 8.213/91, ACRESCENTADO PELA MP 19.11.2003, CONVERTIDA NA LEI 10.839/2004. AUMENTO DO PRAZO DECADENCIAL PARA 10 ANOS. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, NO ENTANTO.

1. A colenda Corte Especial do STJ firmou o entendimento de que os atos administrativos praticados antes da Lei 9.784/99 podem ser revistos pela Administração a qualquer tempo, por inexistir norma legal expressa prevendo prazo para tal iniciativa. Somente após a Lei 9.784/99 incide o prazo decadencial de 5 anos nela previsto, tendo como termo inicial a data de sua vigência (01.02.99). Ressalva do ponto de vista do Relator.

2. Antes de decorridos 5 anos da Lei 9.784/99, a matéria passou a ser tratada no âmbito previdenciário pela MP 138, de 19.11.2003, convertida na Lei 10.839/2004, que acrescentou o art. 103-A à Lei 8.213/91 (LBPS) e fixou em 10 anos o prazo decadencial para o INSS rever os seus atos de que decorram efeitos favoráveis a seus beneficiários.

3. Tendo o benefício do autor sido concedido em 30.7.1997 e o procedimento de revisão administrativa sido iniciado em janeiro de 2006, não se consumou o prazo decadencial de 10 anos para a Autarquia Previdenciária rever o seu ato.

4. Recurso especial do INSS provido para afastar a incidência da decadência declarada e determinar o retorno dos autos ao TRF da 5ª Região, para análise da alegada inobservância do contraditório e da ampla defesa do procedimento que culminou com a suspensão do benefício previdenciário do autor.

(RESP 200900002405, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - TERCEIRA SEÇÃO, DJE DATA: 02/08/2010.)

Nessa oportunidade, inclusive, a Exma. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, ao proferir o seu voto, esclarece:

Em resumo, tendo a Medida Provisória nº 138/2003, convertida na Lei nº 10.839/2004, sido publicada ainda dentro do prazo quinquenal previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99, o prazo decadencial para a Administração Pública rever os atos que gerem vantagem aos segurados será por ela disciplinado, descontado o prazo já transcorrido antes do advento da aludida Medida Provisória.

Além disso, considerando que a Lei nº 9.784/99 passou a vigorar em 1º de fevereiro de 1999 e que o prazo decorrido ainda no seu período de vigência deverá ser descontado para fins de aplicação da nova legislação, é certo que os atos relativos a benefícios previdenciários serão afetados pela decadência estabelecida nos termos do art. 103-A da Lei nº 8.213/91 apenas a partir de 1º de fevereiro de 2009.

Adotando esta mesma linha de raciocínio, são os precedentes deste eg. Tribunal a seguir transcritos:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO. PENSÃO POR MORTE DE EX-COMBATENTE. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. ART. 54 DA LEI Nº 9.784/99. ART. 103-A, DA LEI 8.213/91. INOCORRÊNCIA. OBEDIÊNCIA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. DEVOLUÇÃO DE VERBAS. BOA-FÉ. IMPOSSIBILIDADE. TETO REMUNERATÓRIO. EC Nº 41/03.

1. Pretensão da apelante de que o INSS se abstivesse de revisar e de efetivar qualquer desconto no benefício de pensão por morte de ex-combatente que percebe desde 17.10.95, tendo em vista que teria transcorrido o lapso decadencial para a revisão do referido ato.

2. O prazo decadencial quinquenal referido na Lei nº 9.784/99 só começou a fluir para a Administração quando a mesma foi publicada, em 29.1.99; antes da sua edição, a Administração podia rever, a qualquer tempo, seus próprios atos eivados de ilegalidade, tal como previsto no art. 114, da Lei nº 8.112/90, e nas Súmulas 346 e 473, do Supremo Tribunal Federal.

3. Considerando-se que o benefício foi concedido a partir de 17.10.95, sendo o marco inicial para a contagem do prazo decadencial quinquenal em 29.01.99, quando do advento da Medida Provisória nº 138, em 19.11.2003, pos-

teriormente convertida na Lei nº 10.839/2004, que fixou em 10 (dez) anos o referido prazo, não havia transcorrido, em sua totalidade, o lustro antes previsto, o qual somente iria se esgotar em 29.01.2004; passou, então, a incidir, imediatamente, o prazo decenal instituído pela referida MP, aproveitando-se, todavia, o tempo já decorrido sob a égide da lei revogada.

4. Assim, uma vez que a revisão da pensão da autora-apelante ocorreu em setembro de 2008 (fls. 34/47), o INSS não havia ainda decaído do direito de fazê-lo, pois, somente após 1º.2.2009, é que se poderia cogitar da extrapolação do referido prazo decadencial decenal.

5. A revisão do benefício fora precedida do devido processo legal, eis que houve prévio procedimento administrativo, com a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

6. Os valores recebidos pela autora, em face do recebimento de boa-fé, bem como da natureza jurídica das verbas havidas – alimentar – e consumidas, são insuscetíveis de restituição. Em função disso, os valores, porventura descontados da pensão da autora devem ser restituídos, devidamente atualizados.

7. Juros de mora fixados em 0,5% (meio por cento), a partir da citação, uma vez que a ação foi ajuizada após a edição da Medida Provisória 2.180-35, de 24-8-2001, que acrescentou o art. 1º-F à Lei nº 9.494/97, e até a vigência da Lei nº 11.960/09; a partir de então, nos termos que dispôs este diploma legal.

8. O teto remuneratório que deve ser aplicado, no caso sob exame, é o previsto na Emenda Constitucional nº 41/2003, segundo os valores estabelecidos pelo STF, eis que a partir da publicação da citada Emenda, o valor da pensão não poderá ultrapassar o subsídio de ministro do STF.

9. Honorários advocatícios mantidos em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Apelação da autora improvida. Apelação do INSS e remessa necessária providas, em parte (itens 4 e 7). (APELREEX 200984000001599, Desembargador Federal Geraldo Apoliano, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data: 02/06/2010 - Página: 645.)

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. REVISÃO ADMINISTRATIVA DE PENSÃO POR MORTE DE EX-COMBATENTE. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

REDUÇÃO DO BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE. DESCONTO DE 30%. INDEVIDO. RECEBIMENTO DE BOA-FÉ.

1. Objetiva-se no presente *mandamus* desconstituir ato administrativo que, revisando o cálculo da pensão por morte de ex-combatente recebida pela impetrante desde 08/03/1985, determinou a diminuição de seu valor de R\$ 1.609,65 (mil seiscentos e nove reais, e sessenta e cinco centavos) para R\$ 681,27 (seiscentos e oitenta e um reais, e vinte e sete centavos), bem como o desconto mensal de 30% do valor do referido benefício, para fins de devolução da quantia alegada como indevida.

2. O prazo decadencial fixado no art. 103-A da Lei nº 8.213/91, por se dirigir, de forma ampla e irrestrita, à Previdência Social alcança todos os atos por ela praticados mesmo antes de sua vigência, ainda mais quando guardem relação com as prestações por ela mantidas, inclusive os benefícios previdenciários pagos a ex-combatentes ou a seus dependentes com base na Lei nº 5.698/71.

3. Contudo, no cômputo do prazo de 10 (dez) anos de que trata o art. 103-A da Lei nº 8.213/91, instituído pela MP nº 138/2003, convertida na Lei nº 10.839/2004, deve ser considerado o tempo decorrido entre as datas de vigência da Lei nº 9.784/99 e da MP nº 138/2003. Precedente do STJ, em sede de recurso especial repetitivo (REsp 1.114.938-AL, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, Julg.: 14/04/2010, Dec.: Unânime.)

4. Assim, todos os atos administrativos que antecederam a Lei nº 9.784/99, passaram a ter como termo inicial 01/02/1999 e final 01/02/2009, por força da MP nº 138/2003, de modo que não se consumou a decadência, porquanto a notificação para apresentar defesa no processo administrativo de revisão foi expedida em 19/12/2008.

5. O falecimento do instituidor do benefício ocorreu sob a égide da Lei nº 5.698/71, devendo ser aplicadas as disposições nela constantes para fins de reajustamentos do benefício, não havendo que se falar em direito adquirido dos dependentes do ex-combatente, por força do parágrafo único, do art. 6º daquela lei.

6. Constatada a ocorrência de irregularidade no valor do benefício previdenciário que vinha sendo pago à impetrante, é lícito ao Instituto Previdenciário proceder à revisão daquela pensão, promovendo, inclusive, a sua redução para adequá-la ao valor correto.

7. No entanto, tendo o pagamento indevido ocorrido por erro da Administração quanto à aplicação da legislação que regula o benefício, as parcelas foram recebidas pela pensionista de boa-fé, pelo que não são devidos descontos dos valores em discussão, devendo ser restabelecido à impetrante o *quantum* indevidamente recolhido.

8. Apelação do INSS e remessa oficial parcialmente providas, para reconhecer a possibilidade de redução do valor do benefício, adequando-o ao valor correto, sem, contudo, efetuar desconto dos valores recebidos de boa-fé.

(APELREEX 200984010001626, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data: 22/07/2010 - Página: 408.)

Assim, considerando-se que a aposentadoria do autor teve início em 13.09.1988, o prazo decadencial quinquenal, instituído pela Lei nº 9.784/99, começou a correr a partir de sua vigência, i.e., fevereiro de 1999, mas, tendo sido alterado para 10 anos, pela MP nº 138/03, de 19.11.03, convertida posteriormente na Lei nº 10.839/2004, o cômputo do referido prazo foi estendido para os 10 anos, aproveitando-se, entretanto, o tempo já transcorrido entre as datas do início de vigência dos citados diplomas legais. Tem-se, portanto, com base nesta orientação, que o prazo máximo para revisão do benefício pelo INSS seria fevereiro de 2009.

Na hipótese dos autos, não restou configurada a decadência, porquanto o ato de suspensão do benefício, ora guerreado, foi praticado em março de 2008, ficando, assim, a salvo da referida prejudicial.

Superada, pois, esta prefacial, passo a análise do mérito propriamente dito da lide.

A matéria trazida para deslinde consiste na verificação do direito da autora ao restabelecimento de sua aposentadoria por velhice que foi suspensa sob o argumento de que não satisfazia, à época de sua concessão, a exigência contida no art. 297, II, *b*, do Decreto nº 83.080/79 de ser chefe da unidade familiar.

Inicialmente, impende avivar que a concessão de benefícios previdenciários em favor do segurado ou de seus dependentes é regida pela legislação em vigor à época da ocorrência do fato gerador do direito consoante o princípio do *tempus regit actum*.

A autora fez jus ao referido benefício em 13.09.88, na vigência do Decreto nº 83.080/79, que previa como um dos requisitos para a concessão do benefício em epígrafe o de a autora ser chefe ou arrimo da unidade familiar, *status* esse que, no caso de o segurado ser mulher, implicaria não só no fato de ela dirigir e administrar os bens do casal, mas também no de seu esposo não perceber aposentadoria por velhice ou invalidez. Como no ato do requerimento da aposentadoria da autora, o seu cônjuge já fazia jus a uma aposentadoria por velhice, entendeu o INSS em suspender o pagamento do benefício à mesma no intuito de sanar a irregularidade apontada.

No entanto, há que se observar que, a partir da Constituição Federal de 1988, promulgada em 05.10.88, os direitos dos cônjuges, homem e mulher, foram equiparados.

Assim, consoante o art. 5º, I, da Carta Magna, *in verbis*:

Art. 5º (...)

I. homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Nestes termos, não vejo como se sustentar a irregularidade acima apontada, uma vez que nenhum tipo de discriminação entre homens e mulheres foi recepcionada pela nova ordem constitucional. Disto resulta que, não obstante à época anterior ao advento da CF/88 a percepção do benefício pela autora tivesse sido irregular, deixou de ser a partir de então, tornando-se inócua, pois, a alegação do referido vício em data posterior a 05.10.88.

Neste sentido, colhem-se os seguintes arestos:

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. APOSENTADORIA RURAL. DECRETO Nº 83.080/79 APLICADO À ÉPOCA. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. DECADÊNCIA. LEI Nº 9.784/99. IMPOSSIBILIDADE. ISONOMIA CONSTITUCIONAL. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. O STJ firmou entendimento de que, antes do advento da Lei 9.784/99, podia a Administração rever, a qualquer tempo, seus próprios atos quando eivados de nulidade, mas, após a sua vigência, esse prazo seria de cinco anos.

2. Considerando como termo inicial do prazo de decadência a data da edição da Lei 9.784 - janeiro de 1999, apenas

em fevereiro de 2004 teria a Administração decaído do direito de revogar ou anular seus atos, contudo, antes de consumido o prazo decadencial estabelecido na Lei 9.784, foi editada a Medida Provisória 138/03, posteriormente convertida na Lei 10.839/04, a qual inaugurou o art 103-A, determinando prazo decenal.

3. Apenas em fevereiro de 2009 estaria consumada a decadência do direito de a autarquia revisar/anular a aposentadoria da segurada. O procedimento revisional que culminou com o cancelamento do benefício da autora iniciou-se em junho de 2008, portanto não há que se falar em decadência.

4. A presente controvérsia se resume na impossibilidade de se conceder o benefício de aposentadoria rural à pessoa que não comprovou ser a provedora econômica da família à época da concessão do benefício, nos termos do artigo 297, item b, do Decreto 83.080/79.

5. A despeito de ser inerente à Administração Pública a prerrogativa de rever seus atos, importante sopesar o caráter estritamente legal com o fim social da norma jurídica em sentido amplo, sobretudo quando a cessação de um benefício se dá já na vigência de um novo ordenamento jurídico-constitucional não receptivo ao vício que poderia fulminar o direito em questão.

6. Importante destacar que, não obstante a autora tenha alcançado a concessão do benefício de aposentadoria por velhice como segurada especial em 27.10.1987, sua cessação, em razão da revisão, deu-se apenas em 2008, já sob a égide de uma nova Constituição Federal, que tem como um dos pilares de suporte o Princípio da Isonomia. Logo, desde 5 de outubro de 1988, restou extinta a figura do “chefe de família”, por não mais se admitir quaisquer formas desiguais de tratamento entre homens e mulheres com escopo discriminatório, como se verifica no dispositivo em comento.

7. Entender em sentido diverso é, no mínimo, insensato e extremamente injusto, até mesmo, considerando que, acaso a impetrante houvesse requerido sua aposentadoria após a Constituição de 1988, certamente tê-la-ia deferida, por inocorrência de qualquer óbice ao seu direito, já que o único motivo alegado para o cancelamento do benefício pleiteado, qual seja, a não caracterização da autora como chefe da unidade familiar, não mais subsiste.

8. Deve ser mantida a concessão da segurança, embora por outro fundamento, reconhecendo-se o direito da impetrante ao restabelecimento do benefício de aposentadoria rural, com pagamento dos valores atrasados desde a impetração do presente *mandamus*, com juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação, e correção monetária de acordo com os índices recomendados pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

9. Apelação e remessa oficial (APELREEX 20098102 0007140, Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão, TRF5 - Primeira Turma, 18/03/2010)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR INVALIDEZ. CONCESSÃO APÓS A PROMULGAÇÃO DA CF/88 MAS AINDA NA VIGÊNCIA DO DECRETO Nº 83.080/79. ACUMULAÇÃO COM PENSÃO POR MORTE. POSSIBILIDADE. ART. 124 DA LEI Nº 8.213/91. PAGAMENTO DE VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ. IMPOSSIBILIDADE.

1. Com a entrada em vigor da atual Constituição (05.10.88), o art. 295 do Decreto nº 83.080/79 que limitava a concessão de benefício previdenciário ao trabalhador rural que fosse chefe ou arrimo de família foi revogado do ordenamento jurídico, tendo em vista a sua incompatibilidade com a igualdade de direitos entre homens e mulheres, estabelecida pela nova ordem constitucional. Caso em que a aposentadoria rural por invalidez da impetrante foi concedida em 20.03.89 (fl. 27), não merecendo reproche a r. sentença que restabeleceu o benefício, independente da demandante ser ou não chefe ou arrimo da unidade familiar.

2. A condição de beneficiária da impetrante (aposentadoria rural por invalidez, DIB 20.03.89) não é óbice ao recebimento da pensão por morte (DIB 26.11.93, fl. 28) deixada pelo seu falecido esposo, trabalhador rural aposentado por idade, uma vez que os dois benefícios possuem naturezas distintas. Ademais, ainda que não fosse assim, vê-se que a pensão por morte foi concedida na vigência da Lei nº 8.213/91, quando já não havia mais qualquer controvérsia a respeito da possibilidade de acumulação dos supracitados benefícios.

3. A jurisprudência deste egrégio Tribunal tem entendimento pacificado no sentido de que, desde que recebidos de boa-

fê, os valores pagos indevidamente à pensionista não são passíveis de restituição. Inteligência da Súmula nº 106/TCU.

4. Precedentes desta Corte.

5. Apelação e remessa oficial improvidas.

(APELREEX 200884010016650, Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 12/11/2009 - Página: 250.)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ESPOSO NÃO INVÁLIDO. VIGÊNCIA DO DECRETO 89.312/84. ÓBITO OCORRIDO APÓS A PROMULGAÇÃO DA CF/88. DESCABIMENTO DE QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ENTRE HOMEM E MULHER. DIREITO AO BENEFÍCIO RECONHECIDO. HONORÁRIOS. SÚMULA Nº 111-STJ.

- A concessão de pensão por morte, devida a dependentes de segurado falecido, deve observar os requisitos da lei vigente à época do óbito.

- Comprovado, nos autos, que a segurada faleceu sob a vigência da CLPS (Dec. 89.312/84), a pensão somente seria devida ao marido inválido, entretanto, como o óbito ocorreu em 1990, sob a égide da Constituição Federal de 1988, que conferiu ao cônjuge, seja homem ou mulher, o direito à pensão por morte, tendo, inclusive, assegurado a igualdade de direitos e deveres a ambos os sexos descabido se torna restringir o direito apenas ao marido inválido, a partir de então.

- Adequação dos honorários advocatícios aos termos da Súmula nº 111 do STJ. Apelação improvida. Remessa oficial parcialmente provida.

(AC 9805368289, Desembargador Federal Augustino Chaves, TRF5 - Primeira Turma, DJ - Data: 13/10/2005 - Página: 861 - Nº: 197.)

Desconfigurada, pois, restou a irregularidade apontada pelo INSS a justificar a suspensão do pagamento do benefício em favor da autora, cabendo o seu restabelecimento com o pagamento das parcelas vencidas desde a data da suspensão, com juros e correção monetária.

Outrossim, não há que se cogitar de devolução de valores percebidos pela autora a título da aposentadoria a que fez jus desde 1988. Ainda que eles fossem considerados indevidos, o que

não é o caso em apreço, por se tratarem de benefício previdenciário, de natureza alimentar, percebidos de boa-fé, a jurisprudência já se pacificou no sentido de considerar a devolução descabida.

Neste aspecto, deverá ser mantida a r. sentença, confirmando-se a antecipação da tutela anteriormente deferida, ainda que por outros fundamentos, para reconhecer à autora o direito aos proventos de aposentadoria desde a data do cancelamento do seu pagamento.

Com relação aos juros e à correção monetária, os seus critérios de aplicação deverão ser ajustados aos termos em que vem decidindo esta eg. Primeira Turma.

Juros moratórios fixados à razão de 1% ao mês, a contar da citação e correção monetária de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal, sendo ambos cobrados desta forma até o advento da Lei nº 11.960/09, a partir de quando eles incidirão de acordo com os critérios por ela ditados.

Também há de ser alterada a r. sentença no tocante aos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação, para que sejam adequados aos termos da Súmula nº 111-STJ.

Posto isso, dou parcial provimento à apelação e à remessa obrigatória para afastar a preliminar de decadência e para reconhecer à autora o direito ao restabelecimento do benefício, com o pagamento das parcelas vencidas com juros e correção monetária nos termos acima estabelecidos, bem como para adequar a verba honorária ao teor da Súmula nº 111-STJ.

Assim voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 18.655-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Apelantes: REAL HOSPITAL PORTUGUÊS DE BENEFICÊNCIA EM PERNAMBUCO E UNIÃO
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. MARCONI ANTONIO PRAXEDES BARRETTO JUNIOR E OUTROS

EMENTA: ADMINISTRATIVO. REAL HOSPITAL PORTUGUÊS. IMÓVEL ASSENTADO EM TERRENO DE MARINHA. DEMARCAÇÃO DA LINHA PREAMAR MÉDIA/1831. NOTIFICAÇÃO PESSOAL DO AUTOR PARA O PROCESSO DEMARCATÓRIO: DESCABIMENTO. LPM/1831 APROVADA EM 1964 E PUBLICADA EM 1968. ATO ADMINISTRATIVO ESCORREITO E PROTEGIDO PELA PRESCRIÇÃO. FEITURA DE NOVO PROCESSO DE DEMARCAÇÃO: IMPOSSIBILIDADE MATERIAL. CONCLUSÕES DO ENGENHEIRO PERITO DO JUÍZO. REAJUSTE DO VALOR DA TAXA DE OCUPAÇÃO. INDEXADOR PERMITIDO PARA A CORREÇÃO DO VALOR DO TRIBUTO: VALOR ATUALIZADO DE MERCADO DO IMÓVEL. PRECEDENTE: RECURSO REPETITIVO DO STJ. VALORES JÁ RECOLHIDOS DO TRIBUTO: COMPENSAÇÃO COM FUTURAS QUANTIAS COBRADAS COM BASE NO VALOR VENAL DO IMÓVEL. DIVISÃO EQUÂNIME DOS HONORÁRIOS DO PERITO ENTRE AS PARTES: DECISÃO ESCORREITA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. APELOS DESPROVIDOS.

- Apelações em ação declaratória de nulidade do procedimento demarcatório. O pedido autoral foi julgado parcialmente procedente, declarando-se que a taxa de ocupação do terreno da Fazenda Pública ocupado por hospital particular (área de 62.587,40m²), a partir do exercício financeiro de

2003 deveria ser calculada sobre o valor atualizado do domínio pleno do terreno, com a alíquota de 2% (dois por cento) com relação a 61.314,07m², e com a alíquota de 5% (cinco por cento) com relação a 1.273,33m².

- O imóvel onde se situa o hospital particular é terreno de marinha desde há longos anos, e que não é possível novo processo demarcatório da linha de preamar média, consoante opinião abalizada do engenheiro responsável pela perícia judicial. De acordo com o experto, não houve demarcação da LPM de 1831 em data recente, não havendo que se falar em falta de notificação pessoal do autor para acompanhar a demarcação da LPM de 1831, pois esta foi aprovada em 1964 e publicada em 1968, ato administrativo complexo, escorreito e já coberto pelo manto da prescrição.

- A respeito da discussão acerca do poder de autotutela da Administração em fixar os valores correlatos a taxas de ocupação dos terrenos de marinha, levando-se em consideração o reajuste que o Poder Público venha a fazer no valor venal do imóvel, sem que o proprietário seja ouvido em processo administrativo instaurado para esse fim, a matéria veio a ser solucionada de forma definitiva pelo eg. STJ no julgamento do Recurso Repetitivo em REsp nº 1.150.579/SC, considerando-se que “[...] 3. Na forma que dispõe o art. 1º do Decreto nº 2.398/87, compete ao Serviço do Patrimônio da União - SPU a atualização anual da taxa de ocupação dos terrenos de marinha; 4. A norma contida no art. 28 da Lei nº 9.784/99 cede lugar à aplicação do art. 1º do Decreto nº 2.398/87; 5. Em primeiro lugar, porque o Decreto nº 2.398/87 é diploma normativo específico, incidindo, no caso, os arts. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil e 69 da Lei nº 9.784/99; 6. Em segundo lugar, porque não se trata de im-

posição de deveres ou ônus ao administrado, mas de atualização anual da taxa de ocupação dos terrenos de marinha. À luz do art. 28 da Lei nº 9.784/99 – e da jurisprudência desta Corte Superior –, a classificação de certo imóvel como terreno de marinha, esta sim depende de prévio procedimento administrativo, com contraditório e ampla defesa, porque aí há, em verdade, a imposição do dever; 7. Ao contrário, a atualização das taxas de ocupação – que se dá com a atualização do valor venal do imóvel – não se configura como imposição ou mesmo agravamento de um dever, mas sim recomposição de patrimônio, devida na forma da lei. Daí porque inaplicável o ditame do dispositivo mencionado; 8. Não fosse isso suficiente, cumpre destacar que é possível a incidência, na espécie, embora com adaptações, daquilo que vem sendo decidido pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da atualização da planta de imóveis para fins de cobrança de IPTU; 9. Nestes casos, é necessária a edição de lei (princípio da legalidade), mas não é necessário que o Poder Público abra procedimento administrativo prévio para justificar os comandos legais que venham a ser publicados. [...]”. Ressalvado o ponto de vista pessoal do Relator, impõe-se a adaptação do julgado do STJ ao caso em epígrafe.

- Os valores depositados eventualmente a menor pelo contribuinte, em relação à taxa de ocupação do imóvel, devem ser aproveitados e abatidos, pela Fazenda Pública, quando esta for cobrar o valor da taxa de terreno de marinha com base no valor atualizado de mercado do imóvel.

- Houve equívoco da Fazenda Pública em aplicar a alíquota de 5% (cinco por cento) sobre o valor total do terreno. A alíquota a ser aplicada sobre parcela do terreno onde se encontra o hospital apelante, qual seja, 61.314,07m², seria de apenas

de 2% (dois por cento), posto que tal área majoritária do imóvel foi requerida em aforamento pelo autor em processo administrativo datado de 1928, conforme conclusões do perito do Juízo, sendo que tal requerimento foi inscrito na DPU antes de 30.09.1988. A alíquota de 5% (cinco por cento) deve ser aplicada em relação ao restante minoritário do imóvel, o qual lhe pertence. Logo, deduz-se que o valor da dívida cobrada reduziu-se em mais de 50% (cinquenta por cento), já que a maior parte do terreno foi requerida em aforamento pelo hospital particular e sobre tal parte somente incidirá a alíquota de 2% (dois por cento). Assim, não há falar em honorários de sucumbência a ser fixados somente em desfavor da parte autora, mas sim em sucumbência recíproca dos litigantes.

**- Com a prolação da sentença de mérito, os agravos de instrumentos interpostos pela Fazenda Pública perdem sua eficácia, o que ora se decreta.
- Apelos conhecidos, mas desprovidos.**

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 a ambos os apelos, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 8 de novembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS -
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

1. Trata-se de apelo em ação declaratória de nulidade do procedimento demarcatório, interposto pelo Real Hospital Português contra sentença proferida pelo Juízo Federal *a quo*.

O pedido inicial foi formulado no sentido de se obter a anulação do processo administrativo de demarcação nº 04962.001637/2007-81 e respeitar a demarcação fixada e homologada por aquele Juízo na presente ação, excluindo do cadastro da SPU as áreas não reconhecidas como de marinha e acrescidas de marinha. Postulou-se também que, para cobrança da taxa de ocupação, não fosse utilizado, como critério de atualização, o valor de mercado do imóvel, mas a simples correção monetária dos valores anteriormente cobrados, ou, alternativamente, que fosse excluído da base de cálculo o valor das benfeitorias realizadas.

O pedido foi julgado parcialmente procedente, declarando-se que a taxa de ocupação do terreno da União ocupado pelo Real Hospital Português (área de 62.587,40m²), a partir do exercício financeiro de 2003, devendo ser calculada sobre o valor atualizado do domínio pleno do terreno com a alíquota de 2% (dois por cento) com relação a 61.314,07m² e com a alíquota de 5% (cinco por cento) com relação a 1.273,33m².

2. Nas razões de seu apelo, o Real Hospital Português argumentou que:

(I) ocorreram indevidamente cobranças referentes às taxas de ocupação anuais, dos anos de 2003, 2004, 2005, 2006 e 2007, sendo que desde 1930 não havia sua cobrança usando como referência a base de cálculo ora proposta (área extensa que a apelante não reconhece como sendo terreno de marinha) e em valores tão vultosos como apurado em perícia judicial;

(II) ocorreu a nulidade de sua notificação pelo SPU para participar de novo Processo Demarcatório, por não ter se dado de forma pessoal, ferindo-se frontalmente o princípio do contraditório tendo-se considerado como bem da União o terreno ocupado há mais de 100 (cem) anos pelo apelante.

(III) é plenamente necessário se manter a liminar deferida pelo Juízo *a quo* até o desfecho do presente apelo, diante do *periculum in mora*, da irreversibilidade do dano e da ausência de prejuízo à Fazenda Pública.

Requeru que:

(a) fosse respeitada a linha preamar média de 1831 fixada na perícia;

(b) fossem excluídas do cadastro dos bens de marinha e acrescidos de marinha as áreas hoje demarcadas e que não foram reconhecidas como tal na perícia;

(c) fosse anulado o registro do imóvel na GRPU, pela União, os imóveis sob a influência da maré relativamente à posição da LPM/1831;

(d) nas áreas em que a perícia tenha atestado a influência das marés, deverão ser incluídos no cadastro apenas aquelas situadas dentro da faixa de 33 metros da LPM/1831 fixada na perícia judicial;

(e) fosse anulado o processo demarcatório em que o interessado, Real Hospital Português, não tenha sido notificado pessoalmente;

(f) fosse anulada a cobrança da taxa de ocupação reajustada com recente atualização do valor de mercado do domínio pleno, determinando-se que se proceda à cobrança com base na atualização monetária das taxas então vigentes;

(g) caso não se acolha o pleito supra, requereu a exclusão do valor das benfeitorias realizadas por terceiros na avaliação do domínio pleno;

(h) em caso de improcedência do pedido principal da alínea anterior, que a União seja condenada a respeitar a vedação de atualização do valor de mercado do domínio pleno em relação às enfiteuses e às ocupações regularmente cedidas antes do advento da Lei nº 7.450/85, aplicando-se em relação a elas unicamente a atualização monetária dos foros e taxas de ocupação.

3. Nas razões de seu apelo, a União requereu, preliminarmente, o julgamento dos Agravos de Instrumento nº 93903-PE e 93137-PE, que se encontram retidos nos autos. No mérito, apontou equívoco da sentença recorrida, pois partilhou as despesas do perito em 50%, em razão da alegada sucumbência recíproca, embora não tenha havido sucumbência da União e sim do próprio autor.

4. Foram ofertadas contraminutas por ambos os litigantes.

5. Aberta vista dos autos à Procuradoria Regional da República, o opinativo ofertado foi no sentido da reforma parcial da sentença, apenas para condenar-se o autor a arcar sozinho com o ônus da sucumbência, inclusive em relação aos honorários periciais e advocatícios.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

1. Trata-se de apelo em Ação Declaratória de Nulidade do Procedimento Demarcatório, interposto pelo Real Hospital Português, contra sentença proferida pelo Juízo Federal *a quo*.

O pedido inicial foi formulado no sentido de se obter a anulação do processo administrativo de demarcação nº 04962.001637/2007-81 e respeitar a demarcação fixada e homologada por aquele Juízo na presente ação, excluindo do cadastro da SPU as áreas não reconhecidas como de marinha e acrescidos de marinha. Postulou-se também que, para cobrança da taxa de ocupação, não fosse utilizado, como critério de atualização, o valor de mercado do imóvel, mas a simples correção monetária dos valores anteriormente cobrados, ou, alternativamente, que fosse excluído da base de cálculo o valor das benfeitorias realizadas.

O pedido foi julgado parcialmente procedente, declarando-se que a taxa de ocupação do terreno da União ocupado pelo Real Hospital Português (área de 62.587,40m²), a partir do exercício financeiro de 2003, devendo ser calculada sobre o valor atualizado do domínio pleno do terreno com a alíquota de 2% (dois por cento) com relação a 61.314,07m² e com a alíquota de 5% (cinco por cento) com relação a 1.273,33m².

2. DA DEMARCAÇÃO DA LINHA PREAMAR MÉDIA DE 1831.

Do laudo pericial acostado aos autos extraio os seguintes excertos, plenamente elucidativos da questão trazida a exame:

[...] O Processo Administrativo da SPU nº 411^a/68 (...) tratou da demarcação da linha de preamar média LPM do ano de 1831, no trecho da margem esquerda do rio Capi-

baribe, compreendido entre o Pontilhão do Paissandú e a Ponte do Lassere, o qual inclui o terreno objeto deste feito.

Conforme consta à fl. 6 do processo acima citado, para determinação do traçado da linha de preamar média, a SPU se baseou numa planta, fornecida pelo autor, datada de 1928.

Dita planta não se chocou com a planta oficial mais antiga da cidade do Recife, datada de 1906, de autoria do engenheiro inglês Sir Douglas Fox, elaborada a serviço da Recife Drainage Company.

(...)

À fl. 165 do aludido processo, o autor, em 18.06.75, em aditamento ao pedido de aforamento encaminhado à SPU, alterou os quantitativos das áreas inicialmente pretendidas em aforamento, restando a seguinte situação (...):

* área de terreno de marinha = 19.700m².

* área de terreno acrescido de marinha = 23.550m².

* área total de marinha = 43.250m².

(...)

O anexo 17, à fl. 91 deste trabalho, corresponde à ortofotocarta da SPU de 2007, onde estão traçadas a LPM de 1831 e a respectiva LLTM, na área onde se situa o terreno do autor, bem como o traçado de todo o perímetro de seu terreno.

De acordo com o RIP nº 2531.0116265-45 daquela GRPU **[número do cadastro do processo administrativo sob o qual o terreno em pauta se encontra cadastrado na SPU]**, que constitui o anexo nº 18 à fl. 92, estão consignadas as seguintes áreas:

* área de terreno da União = 62.587,40m².

* área de terreno total = 83.935,93m².

[por subtração, obtém-se a parte alodial, ou de terreno próprio, qual seja, 21.398,53m²]

(...)

Quanto à possibilidade de ser efetuada nova delimitação da LPM de 1831 no terreno do autor, o perito é de opinião que isto não seria mais possível, uma vez que a configuração do terreno veio sendo alterada ao longo destes anos, ou seja, a situação do terreno hoje é totalmente diferente daquela existente por ocasião da demarcação da LPM de 1831 efetuada, aprovada e publicada no ano de 1973. [...]

De acordo com a resposta do perito ao quesito nº 6.2.1 da União (“Se o processo administrativo de nº 04962.001637/07-81 trata de inscrição *ex officio* ou novo processo demarcatório da LPM de 1831?”), referido processo administrativo tratou tão somente do recadastramento do terreno do autor na parcela dele correspondente à sua parte de marinha e acrescidos de marinha.

De acordo com a resposta do perito ao quesito nº 6.2.6 da União (“Se houve notificação da GRPU/PE informando do recadastramento? Em caso afirmativo, qual a data da notificação?”), consta da cópia do Processo Administrativo da SPU nº 04962.001637/2007, que trata da inscrição de ocupação do terreno do autor, correspondente ao anexo I dos autos, à sua fl. 9, que em 29.02.2008 o autor teria se recusado a receber a notificação para comparecer à SPU para providências com vistas ao recadastramento do bem em foco.

De acordo com a resposta do perito ao quesito nº 6.2.8 da União (“Se ocorreu majoração das taxas de ocupação dos anos de 2003 a 2008 para o imóvel?”), observou-se, a partir do ano de 2002, um redução da ordem de 15% (quinze por cento) no valor da aludida taxa de ocupação.

3. Nas razões de seu apelo, o Real Hospital Português requereu que:

(a) fosse respeitada a linha preamar média de 1831 fixada na perícia;

(b) fossem excluídas do cadastro dos bens de marinha e acrescidos de marinha as áreas hoje demarcadas e que não foram reconhecidas como tal na perícia;

(c) fosse anulado o registro do imóvel na GRPU, pela União, os imóveis sob a influência da maré relativamente à posição da LPM/1831;

(d) nas áreas em que a perícia tenha atestado a influência dos mares, deverão ser incluídos no cadastro apenas aquelas situadas dentro da faixa de 33 metros da LPM/1831 fixada na perícia judicial;

(e) fosse anulado o processo demarcatório em que o interessado, Real Hospital Português, não tenha sido notificado pessoalmente;

Do exposto, observa-se que o imóvel onde se situa o apelante é terreno de marinha desde há longos anos, e que não é possível novo processo demarcatório da linha de preamar média, consoante opinião abalizada do engenheiro responsável pela perícia judicial.

De acordo com o experto, não houve demarcação da LPM de 1831 em data recente. Assim, não há falar em falta de notificação pessoal do autor para acompanhar a demarcação da LPM de 1831, pois esta foi aprovada em 1964 e publicada em 1968, ato administrativo complexo, esborçado e já coberto pelo manto da preclusão. Também não há falar em nova demarcação do terreno, já que o perito concluiu haver impossibilidade material a respeito de tal pleito.

Os demais pleitos formulados pelo autor neste tópico também caem por terra.

4. Dos critérios de reajuste do valor da taxa do Terreno de Marinha em discussão.

Nas razões de seu apelo, o Real Hospital Português igualmente requereu que:

(a) fosse anulada a cobrança da taxa de ocupação reajustada com recente atualização do valor de mercado do domínio pleno, determinando-se que se proceda à cobrança com base na atualização monetária das taxas então vigentes;

(b) caso não se acolha o pleito supra, requereu a exclusão do valor das benfeitorias realizadas por terceiros na avaliação do domínio pleno;

(c) em caso de improcedência do pedido principal da alínea anterior, que a União seja condenada a respeitar a vedação de atualização do valor de mercado do domínio pleno em relação às enfiteuses e às ocupações regularmente cedidas antes do advento da Lei nº 7.450/85, aplicando-se em relação a elas unicamente a atualização monetária dos foros e taxas de ocupação.

No caso, o apelo do particular em tela discute o poder de autotutela da Administração em fixar os valores correlatos à taxa de ocupação dos terrenos de marinha, levando em consideração o reajuste que o Poder Público venha a fazer no valor venal do imóvel, sem que o proprietário seja ouvido em processo administrativo instaurado para esse fim.

A matéria veio a ser solucionada de forma definitiva pelo Eg. STJ no REsp nº 1.150.579/SC, decidido sob os auspícios da sistemática do regime de recurso repetitivo, considerando-se o que adota o Código de Processo Civil na atualidade, face ao que dispõe o seu art. 543-C, vinculando os demais órgãos julgadores a seguir tal orientação face ao princípio da igualdade e da unicidade das decisões judiciais com relação aos seus destinatários.

Vejamos o que estabeleceu o mencionado julgado do STJ:

“[...]ADMINISTRATIVO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. TERRENO DA MARINHA. TAXA DE OCUPAÇÃO. ATUALIZAÇÃO. ART. 28 DA LEI Nº 9.784/99. CONTRADITÓRIO PRÉVIO. DESNECESSIDADE. ART. 1º DO DECRETO Nº 2.398/87. SIMPLES RECOMPOSIÇÃO PATRIMONIAL.

1. Trata-se de recurso especial interposto por particular, com fulcro nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em que se entendeu legal o processo administrativo adotado pela Administração Pública para fins de atualização da taxa de ocupação dos terrenos de marinha.

2. Nas razões do especial, sustenta o recorrente ter havido violação aos arts. 3º, 26, 27 e 28 da Lei nº 9.784/99, 1º do Decreto nº 2.398/87 e 67 e 101 do Decreto-lei nº 9.760/46, ao argumento principal de que a majoração da taxa de ocupação de terreno da marinha, que se efetivou mediante a atualização do valor do imóvel, depende da participação do administrado, com prévia notificação individual da parte sobre a reavaliação do seu imóvel.

3. Na forma que dispõe o art. 1º do Decreto nº 2.398/87, compete ao Serviço do Patrimônio da União - SPU a atualização anual da taxa de ocupação dos terrenos de marinha.

4. A norma contida no art. 28 da Lei nº 9.784/99 cede lugar à aplicação do art. 1º do Decreto nº 2.398/87.

5. Em primeiro lugar, porque o Decreto nº 2.398/87 é diploma normativo específico, incidindo, no caso, os arts. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil e 69 da Lei nº 9.784/99.

6. Em segundo lugar, porque não se trata de imposição de deveres ou ônus ao administrado, mas de atualização anual da taxa de ocupação dos terrenos de marinha. À luz do art. 28 da Lei nº 9.784/99 – e da jurisprudência desta Corte Superior –, a classificação de certo imóvel como terreno de marinha, esta sim depende de prévio procedimento administrativo, com contraditório e ampla defesa, porque aí há, em verdade, a imposição do dever.

7. Ao contrário, a atualização das taxas de ocupação – que se dá com a atualização do valor venal do imóvel – não se configura como imposição ou mesmo agravamento de um dever, mas sim recomposição de patrimônio, devida na forma da lei. Daí porque inaplicável o ditame do dispositivo mencionado.

8. Não fosse isso suficiente, cumpre destacar que é possível a incidência, na espécie, embora com adaptações, daquilo que vem sendo decidido pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da atualização da planta de imóveis para fins de cobrança de IPTU.

9. Nestes casos, é necessária a edição de lei (princípio da legalidade), mas não é necessário que o Poder Público abra procedimento administrativo prévio para justificar os comandos legais que venham a ser publicados.

10. A Súmula nº 160 desta Corte Superior diz que “[é] defeso, ao Município, atualizar o IPTU, mediante decreto, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária”.

11. Veja-se, no entanto, que a vedação imposta pelo verbete sumular diz respeito apenas ao meio utilizado para a atualização – qual seja, o decreto –, por conta do princípio da legalidade tributária, nada tendo a ver com uma impossibilidade genérica de atualização anual da base de cálculo do imposto através de revisitação da planta de valores venais ou com a necessidade de que, antes de editada a norma adequada para revisão da base de cálculo, seja aberto contraditório e ampla defesa a todos os interessados.

12. Similarmente, no caso das taxas de ocupação dos terrenos de marinha, é despciendo procedimento administrativo prévio com participação dos administrados interessados, bastando que a Administração Pública siga as normas do Decreto nº 2.398/87 no que tange à matéria.

13. Após a divulgação da nova planta de valores venais e da atualização dela advinda, aí sim os administrados podem recorrer administrativa e judicialmente dos pontos que consideram ilegais ou abusivos.

14. Não há, portanto, que se falar em necessidade de contraditório para a incidência do art. 1º do Decreto nº 2.398/87.

15. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 8/08.[...].”

(STJ. REsp 1.150.579/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 10/08/2011, DJe 17/08/2011).

De fato, o julgado do STJ em seara de recursos repetitivos se amolda ao caso concreto, no qual se combate a atualização, pela SPU, do valor da taxa de terreno de marinha com base no valor de mercado do imóvel (valor venal). Ressalvado o ponto de vista pessoal deste relator, impõe-se a adaptação do julgado do STJ ao caso em epígrafe.

Observe-se também que a Súmula nº 160 daquela Corte Superior diz que “[é] defeso, ao Município, atualizar o IPTU, mediante decreto, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária”, impondo vedação apenas “[...]ao meio utilizado para a atualização – qual seja, o decreto –, por conta do princípio da legalidade tributária, nada tendo a ver com uma impossibilidade genérica de atualização anual da base de cálculo do imposto através de revisão da planta de valores venais ou com a necessidade de que, antes de editada a norma adequada para revisão da base de cálculo, seja aberto contraditório e ampla defesa a todos os interessados. [...]”.

Os valores depositados eventualmente a menor pelo contribuinte, em relação à taxa de ocupação do imóvel, devem ser aproveitados e abatidos, pela União, quando esta for cobrar o valor da taxa de terreno de marinha com base no valor atualizado de mer-

cado do imóvel.

Assim, os pleitos formulados pelo autor neste tópico também restam rejeitados.

5. Honorários do perito repartidos em 50% (cinquenta por cento): decisão escorreita. Sucumbência recíproca dos litigantes corretamente decretada.

Nas razões de seu apelo, a União requereu, preliminarmente, o julgamento dos Agravos de Instrumento nº 93903-PE e nº 93137-PE, que se encontram retidos nos autos. **No mérito**, apontou equívoco da sentença recorrida, pois partilhou as despesas do perito em 50%, em razão da alegada sucumbência recíproca, embora não tenha havido sucumbência da União e sim do próprio autor.

O apelo da Fazenda Pública deve ser **desprovido**. Realmente, houve equívoco da mesma em aplicar a alíquota de 5% (cinco por cento) sobre o valor total do terreno.

Na verdade, a alíquota a ser aplicada sobre parcela do terreno onde se encontra o Hospital Português, qual seja, **61.314,07m²**, **seria apenas de 2% (dois por cento)**, posto que tal área majoritária do imóvel foi requerida em aforamento pelo autor em processo administrativo datado de 1928, conforme conclusões do perito do Juízo, sendo que tal requerimento foi inscrito na DPU antes de 30.09.1988.

A alíquota de **5% (cinco por cento)** deve ser aplicada em relação ao restante minoritário do imóvel, o qual pertence à União.

Do exposto, deduz-se que o valor da dívida cobrada reduziu-se em mais de 50% (cinquenta por cento), já que a maior parte do terreno foi requerida em aforamento pelo Real Hospital Português, e sobre tal parte somente incidirá a alíquota de **2% (dois por cento)**.

Logo, não há falar em honorários de sucumbência a ser fixados em desfavor da parte autora, mas sim em **sucumbência recíproca dos litigantes**.

Pleito de decreto da sucumbência integral do autor, for-

mulado pela União, que se rejeita.

Com a prolação da sentença de mérito, os agravos de instrumento interpostos pela União perdem sua eficácia, o que ora se decreta.

6. Isso posto, conheço mas nego provimento aos apelos interpostos pelo Real Hospital Português e pela União.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 20.412-CE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI

Apelantes: DRS. JOSÉ SERAFIM DA SILVA E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Repte.: PROCURADORIA DO INSS

Apelados: OS MESMOS

Advs./Procs.: DRS. WILTON IZAIAS DE JESUS

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. MECÂNICO DE AERONAVES. RUÍDOS. APOSENTADORIA ESPECIAL. COMPROVAÇÃO DAS CONDIÇÕES ESPECIAIS DAS ATIVIDADES. PERFIL PROFISSIONGRÁFICO PREVIDENCIÁRIO. CTPS. LAUDOS TÉCNICOS. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. INÍCIO DO BENEFÍCIO EM 23/04/2009. SÚMULA Nº 111 DO STJ.

- Estabelece o art. 57 da Lei nº 8.213/91 que 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.

- Deve ser considerado como especial o período trabalhado independente de apresentação de laudo até a Lei 9.032/95, e após o advento da referi-

da lei, de acordo com determinação especificada na norma.

- Dispõe ainda o § 2º do art. 68 do Decreto nº 3.048/99, com redação dada pelo Decreto nº 4.032/2001, que “a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário denominado perfil profissional previdenciário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho”.

- Da análise dos documentos acostados, torna-se incontroverso que o autor exerceu atividades, de modo habitual e permanente, exposto a níveis de ruído superiores a 90 decibéis.

- Sabe-se que as anotações na CTPS para fins de comprovação do tempo de serviço e de contribuição gozam de presunção juris tantum do tempo prestado perante a Previdência Social, podendo o INSS, em caso de dúvida fundada, apurar a veracidade das anotações quando o acervo probatório apresentado pelo segurado não seja suficiente para comprovação do tempo de serviço que se pretender provar (Precedente: AC503320-CE, Rel. Des. Fed. Margarida Cantarelli, Quarta Turma, TRF5, 16/11/2010).

- Sobre o termo inicial da obrigação deve ser considerada a data do requerimento administrativo do benefício ou, na sua ausência, o da citação válida do INSS, nos termos da jurisprudência (AC nº 431238/CE, Quarta Turma, Rel. Ivan Lira de Carvalho (convocado), DJ 09/01/2008, p. 674) e respeitada a prescrição quinquenal. No caso em exame, considera-se termo inicial a data do requerimento administrativo, ocorrido em 23/04/2009.

- A correção monetária e os juros de mora de-

vem ser aplicados de acordo com o disposto na Lei nº 11.960/09, de 29/06/2009, dada a citação ter ocorrido após a sua vigência.

- Honorários advocatícios mantidos no montante de R\$ 1.000,00, em respeito ao artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC, observando-se a Súmula nº 111 do STJ.

- Antecipação de tutela concedida, nos termos do artigo 173 do CPC.

- Apelação provida, e remessa oficial parcialmente provida, para reconhecer como especial as atividades exercidas no interstício de 02/05/2001 a 20/04/2009, conceder a antecipação dos efeitos da tutela, determinar como termo inicial da obrigação a data do requerimento administrativo (23/04/2009), aplicar a Lei nº 11.960/2009 aos juros de mora e à correção monetária e para aplicar a Súmula nº 111 do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação/remessa oficial, em que são partes as acima mencionadas, acordam os desembargadores federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em dar provimento à apelação e parcial provimento à remessa oficial, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 17 de janeiro de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
- Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

José Serafim da Silva ajuizou ação ordinária contra o INSS, com pedido de antecipação de tutela, objetivando a concessão de aposentadoria especial por tempo de serviço, por ter exercido atividades sob condições especiais nos períodos de 01/12/1975 a

30/06/1977; 01/07/1977 a 30/12/1979; 01/09/1980 a 14/06/1991; 01/04/1992 a 10/02/1993; 01/01/1994 a 28/04/1995; 02/05/2001 a 20/04/2009.

O magistrado de 1º grau indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela e julgou parcialmente procedente o pedido, tão somente para condenar o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a contabilizar nos assentamentos correspondentes, para fins previdenciários, os períodos de 01/12/1975 a 30/06/1977; 01/07/1977 a 30/12/1979; 01/09/1980 a 14/06/1991; 01/04/1992 a 10/02/1993; 01/01/1994 a 28/04/1995 como tempo de serviço laborado, de modo habitual e permanente, sob condições especiais. Os honorários advocatícios foram fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos dos arts. 20, §§ 3º e 4º, e 21 do CPC.

Em suas razões recursais, aduz a parte autora que o tempo de serviço prestado no período de 02/05/2001 a 20/04/2009, como mecânico de aeronaves, tem de ser considerado especial, por estar evidenciado no Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP e no laudo pericial, ambos juntados aos autos.

Subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

É o relatório.

Peço inclusão do feito em pauta para julgamento.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Pretende o autor a concessão de aposentadoria especial.

A aposentadoria especial está disciplinada no art. 57 da Lei nº 8.213/91, que assim dispõe:

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.

O referido benefício tem natureza extraordinária e objetiva com-

pensar o trabalho dos segurados que são expostos a agentes físicos, químicos e biológicos, ou uma combinação destes, acima dos limites de tolerância aceitos, o que se presume produzir a perda da integridade física e mental em ritmo acelerado, diminuindo-lhe, inclusive, a expectativa de vida útil.

Daí a concessão de adicionais de insalubridade, penosidade ou periculosidade, bem como a contagem diferenciada de tempo de serviço, há muito conhecida pela legislação previdenciária, visando à compensação da saúde e da integridade física do trabalhador.

Saliento que compete ao INSS certificar o tempo de serviço prestado em atividade vinculada ao Regime Geral de Previdência Social, à luz do previsto no inciso II do artigo 203 do Decreto 611/92, devendo, inclusive, serem especificadas as condições de trabalho.

Cumpra destacar que até a edição da Lei 9.032/95 (29.4.95) era suficiente o exercício de atividade considerada como insalubre. A partir da Lei 9.032/95, com a edição do Decreto 2.172/97 (05.03.97) até a Lei 9.711/98 (28.05.98), passou-se a exigir que a atividade fosse exercida com efetiva exposição a agentes nocivos. Antes, tal comprovação era feita com os formulários SB-40 e DSS-8030 e, posteriormente, com apresentação de laudo técnico.

Dispõe ainda o § 2º do art. 68 do Decreto nº 3.048/99, com redação dada pelo Decreto nº 4.032/2001, que:

§ 2º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário denominado perfil profissiográfico previdenciário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

A respeito das condições especiais do exercício da profissão de mecânico, e de sua comprovação por meio do PPP, veja-se o seguinte julgado:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. RECONHECIDO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. COMPROVADA A EXPOSIÇÃO A RUÍDO ACI-

MA DOS LIMITES DE TOLERÂNCIA. SOMATÓRIO DO TEMPO ESPECIAL E COMUM SUFICIENTE PARA APOSENTADORIA INTEGRAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI 6.899/81. JUROS DE MORA. APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI 11.960/2009.

I. As categorias profissionais do promovente (servente, ajudante geral e mecânico de manutenção), relativas aos períodos cuja especialidade deseja demonstrar, não se enquadram nos anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79, havendo a necessidade de comprovação de que foram realizadas em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física.

II. O demandante apresentou formulário DIRBEN-8030 e Perfis Profissiográficos Previdenciários - PPP, os quais comprovam que, nos interstícios de 12/05/77 a 06/01/78, 01/04/78 a 23/12/78, 17/09/79 a 10/04/80 e 02/10/81 a 31/10/91, exerceu suas atividades em condições prejudiciais à saúde, exposto, de modo habitual e permanente, a ruído com intensidade de '90', '91,5', '86,8' e '85' dB(A), respectivamente, classificado como insalubre nos códigos 1.1.6 e 1.1.5 dos anexos dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79. Logo, as atividades que submetem o trabalhador a condições doentias, devem, sem dúvida, ser incluídas entre aquelas que ocasionam danos à saúde e ser compensadas com a proporcional redução do tempo exigido a fim de que tais danos sejam inativados.

III. Porém, em relação às atividades exercidas no intervalo de 01/11/1991 a 04/04/2006, o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, que repousa às fls. 92/93, assevera literalmente que "não houve exposição à ag. nocivo no período". Destarte, não há como reconhecer a especialidade do trabalho desenvolvido pelo promovente neste período.

IV. Nada obstante, o somatório do tempo de serviço especial e comum do autor, consoante restou apurado no juízo singular, é suficiente para a obtenção da aposentadoria por tempo de contribuição com proventos integrais, nos termos em que restou assegurada no *decisum* de 1º grau.

V. A correção monetária deve ser calculada segundo o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, a partir do ajuizamento da ação, conforme o disposto na Súmula 148 do STJ e no art. 1º, parágrafo 2º, da Lei 6.899/1981, até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009, que deu nova determinação no que tange à

correção monetária e aos juros de mora. - Os juros de mora, nas ações relativas a benefícios previdenciários, por sua vez, incidem a partir da citação válida, nos termos da Súmula nº 204 do STJ. Portanto, proposta a presente ação na 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.

VI. Apelação improvida. Remessa oficial parcialmente provida apenas para estabelecer que os valores atrasados deverão ser corrigidos monetariamente, desde o vencimento de cada parcela, de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal, até o advento da Lei 11.960, de 29/06/2009, quando, para fins de atualização monetária e compensação da mora, passará a haver a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, consoante os termos do art 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação da Lei nº 11.960/2009.

(APELREEX 14152-SE, Rel. Des. Fed. Edilson Nobre, Quarta Turma, TRF5, 08/11/2011).

Entretanto, o INSS não considerou como especial, para fins da concessão da respectiva aposentadoria, o período de 02/05/2001 a 20/04/2009.

Da análise dos documentos acostados, dentre eles a CTPS - Carteira de Trabalho e Previdência Social - (fls. 16/23) e Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) (fls. 24/27) e de Laudos Técnicos de Condições Ambientais de Trabalho (fls. 29/32), torna-se incontroverso que o autor exerceu a atividade de mecânico de aeronaves, de modo habitual e permanente, exposto a níveis de ruído superiores a 90 decibéis, também no período de 02/05/2001 a 20/04/2009.

Destaque-se que as cópias da CTPS (fls.16/23), juntadas aos autos pelo autor, são idôneas para comprovar o tempo de serviço. Veja-se o seguinte julgado da Quarta Turma do TRF 5ª Região:

PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE ESPECIAL. CONVERSÃO DO TEMPO ESPECIAL EM COMUM. POSSIBILIDADE. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. ANOTAÇÃO NA CTPS. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES. ENCARGO DO EMPREGA-

DOR.

I. Pretende a parte autora o reconhecimento do tempo de serviço comum prestado nos períodos indicados na inicial e da natureza especial do trabalho desempenhado durante os períodos de 01/04/1978 a 30/08/1979, de 01/11/1979 a 05/12/1979 e de 10/12/1979 a 31/07/2002, a fim de que, após a devida conversão para tempo comum, seja deferido o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

II. Os períodos de 03/01/1977 a 16/09/1977 e 01/10/1977 a 08/02/1978, referentes às funções de servente e auxiliar de almoxarife nas empresas POLISERVIS e ULTRALIM-PO, respectivamente, são contestados pela autarquia ré por não constarem no banco de dados do CNIS - Cadastro Nacional de Informações Sociais, aduzindo ser indispensável esta prova devido ao regime contributivo do RGPS.

III. Sabe-se que as anotações na CTPS para fins de comprovação do tempo de serviço e de contribuição gozam de presunção *juris tantum* do tempo prestado perante a Previdência Social, podendo o INSS, em caso de dúvida fundada, apurar a veracidade das anotações quando o acervo probatório apresentado pelo segurado não seja suficiente para comprovação do tempo de serviço que se pretender provar.

IV. Ressalte-se que a prova obtida pelos registros no CNIS não possui força probatória maior do que as demais, tal como o registro na CTPS, de tal modo que o fato das contribuições não estarem registradas no CNIS não é suficiente para desconstituir os registros da CTPS, não podendo ser afastada a contagem do período.

V. Ademais, em se tratando de relação empregatícia, a obrigação de recolher as contribuições previdenciárias é cabível ao empregador, não podendo incumbir este ônus ao empregado. Se o empregador não efetuou os recolhimentos devidos, cabe ao INSS proceder à cobrança, por via dos meios legalmente previstos.

VI. Deve ser considerado como especial o período trabalhado independente de apresentação de laudo até a Lei 9.032/95, e após o advento da referida lei, de acordo com determinação especificada na norma.

V. (...)

(AC 503.320-CE, Rel. Des. Fed. Margarida Cantarelli, Quarta Turma, TRF5, 16/11/2010).

Sobre o termo inicial da obrigação, entendo que deve ser considerada a data do requerimento administrativo do benefício ou, na sua ausência, o da citação válida do INSS, nos termos da jurisprudência (AC nº 431238/CE, Quarta Turma, Rel. Ivan Lira de Carvalho (convocado), *DJ* 09/01/2008, p. 674) e respeitada a prescrição quinquenal. No caso em tela, será considerado termo inicial da obrigação a data do requerimento administrativo, realizado em 23/04/2009 (fl. 40).

Tendo em vista que a citação foi realizada após a vigência da Lei nº 11.960/09, aplicam-se os juros de mora conforme as disposições do referido diploma legal. Mantenho os honorários advocatícios fixados no montante de R\$ 1.000,00, em respeito ao artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC, observando-se o disposto na Súmula nº 111 do STJ.

Em observância ao artigo 273 do CPC, concedo a antecipação dos efeitos da tutela.

Diante do exposto, dou provimento à apelação e parcial provimento à remessa oficial, para reconhecer como especial as atividades exercidas no interstício de 02/05/2001 a 20/04/2009, conceder a antecipação dos efeitos da tutela, determinar como termo inicial da obrigação a data do requerimento administrativo (23/04/2009), aplicar a Lei nº 11.960/2009 aos juros de mora e à correção monetária e para aplicar a Súmula nº 111 do STJ.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 20.691-PE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelantes: JATOBETON ENGENHARIA LTDA. E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. ANÍBAL CARNAÚBA DA COSTA ACCIOLY JÚNIOR E OUTROS

EMENTA: PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRABALHO FATAL. AÇÃO REGRESSIVA MOVIDA PELO INSS CONTRA O EMPREGADOR. ART. 120 DA LEI Nº 8.213/91. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA. REDUÇÃO DO PERCENTUAL DE RESSARCIMENTO. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. IMPOSSIBILIDADE. MULTA POR EMBARGOS DECLARATÓRIOS MANIFESTAMENTE PROTELATÓRIOS. POSSIBILIDADE.

- O art. 120 da Lei nº 8.213/91 possibilita o manejo de ações regressivas, contra os responsáveis, nas hipóteses em que houver negligência quanto às normas de padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva.

- A MM. Juíza a quo concluiu pelo julgamento antecipado da lide por entender que as provas já constantes nos autos são suficientes para o deslinde da demanda, não havendo necessidade de produção de provas, nos termos do art. 330, I, do Código de Processo Civil. Assim, o indeferimento de provas consideradas irrelevantes ou desnecessárias para o deslinde da causa não constitui nulidade, de forma a não caracterizar cerceamento de defesa, não havendo que se fa-

lar em violação ao artigo 5º, LIV e LV, da CF.

- Configuram-se como elementos indispensáveis para caracterizar a responsabilidade da empresa e a possibilidade de restituição à Previdência Social: o acidente de trabalho, a negligência das normas padrão de segurança e higiene do trabalho de serviços e o nexos de causalidade entre um e outro. É necessário também analisar se o empregador incorreu em culpa, relativamente ao cumprimento das normas legais.

- De acordo com os relatórios elaborados pela Delegacia Regional do Trabalho (fls. 27/31) e pela audiência de segurança promovida pela ré (fls. 79/80), constatou-se que o empregado Daniel da Silva, pedreiro, estava sobre um andaime situado na Ponte Duarte Coelho, sobre o rio Capibaribe. Em dado momento, o de cujus descolou-se para um ponto do andaime onde já estavam três companheiros, de modo que o excesso de peso fez com que o andaime se desprendesse de sua base na lateral da ponte. Daniel da Silva não sabia nadar, estava sem colete salva vidas, e veio a óbito em decorrência de asfixia por afogamento.

- A DRT apontou várias irregularidades na obra, como a ausência de memória de cálculo do andaime para dimensionamento da carga máxima suportável, (fl. 29); a ausência de cinto de segurança (fl. 30); a ausência de equipe de socorro no local para o caso de infortúnio (fl. 30); falta de uma política de segurança na empresa (fl. 30); ausência de um plano mínimo de emergência para casos de queda na água (fl. 30); a falha na seleção de pessoal, pela colocação, sobre a água, de trabalhador que não sabia nadar (fl. 30); treinamento insuficiente dos operários (fl. 31); e a insuficiência de supervisão das tarefas de risco (fl. 31).

- Há nos autos comprovação da entrega de Equi-

pamento de Proteção Individual ao funcionário Daniel da Silva, dentre os quais consta o colete salva-vidas (fl. 244). A empresa demandada também juntou aos autos as listas de presença de treinamento (fls. 270/309), comprovando a participação do de cujus nos treinamentos oferecidos, como os treinamentos de “Higienização, EPI’s, Uso de colete salva-vidas no flutuante” (fl. 275) e “Política de qualidade, Uso de colete salva-vidas” (fl. 276).

- Destarte, houve culpa concorrente da vítima e da empregadora, considerando que ambas as condutas importaram em desrespeito às normas de segurança e contribuíram para o evento morte.

- “Em se tratando de ressarcimento, via regressiva, dos valores despendidos pelo INSS em virtude de concessão de benefício previdenciário, não procede o pedido de ‘constituição de capital’ para dar conta das parcelas posteriores”. (TRF-4ª R. - Ap-RN 0000813-10.2008.404.7110/RS - 4ª T. - Relª Desª Fed. Marga Inge Barth Tessler - DJe 21.01.2011). Os artigos 20, § 5º, e 475-Q do CPC têm aplicação restrita às obrigações de caráter alimentar, hipótese esta não configurada nos autos, vez que a autarquia previdenciária já concedeu o benefício em favor do segurado. Precedente: AC 529173/RN - Des. Federal Francisco Barros Dias - Segunda Turma - Diário da Justiça Eletrônico (DJe) - 20/10/2011 - Página 267.

- Todos os argumentos levantados pela parte nos embargos declaratórios foram devidamente apreciados na r. decisum a quo. Caracterizada a situação enquadrada no art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, o qual prevê a possibilidade de incidência de multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa diante de embargos meramente protelatórios (EEREsp 435824 - DF - 2ª T. - Relª Min. Eliana Calmon - DJU 17.03.2003).

- Apelação do INSS e remessa oficial improvidas. Apelação da empresa demandada parcialmente provida, apenas para reduzir ao percentual de 50% (cinquenta por cento) o ressarcimento devido ao INSS, pelos valores que este despendeu a título de pensão por morte aos dependentes de Daniel Silva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação/reexame necessário, em que são partes as acima mencionadas, acordam os desembargadores federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em negar provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, e dar parcial provimento à apelação da empresa demandada, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 24 de janeiro de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
- Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de remessa oficial e de recursos de apelação interpostos contra sentença que, em ação regressiva, acolheu a preliminar de ilegitimidade da EMLURB e julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a empresa JATOBETON Engenharia Ltda., a ressarcir o INSS em 75% (setenta e cinco por cento) dos valores que despendeu a título de pensão por morte em decorrência do falecimento de Daniel Silva, a contar da concessão do benefício e até o trânsito em julgado da sentença e, mês a mês, os valores a serem pagos da data do trânsito em julgado até cessar a obrigação da Previdência Social de pagar o referido benefício. Foi indeferido o pedido de constituição de capital para garantia de pagamento das prestações futuras.

Apela JATOBETON Engenharia Ltda., alegando cerceamento de defesa, devido ao julgamento antecipado da lide, por entender ser necessária a realização de ouvida de testemunhas e juntada posterior de documentos. No mérito, alega que deve ser afastada a responsabilidade do empregador, em decorrência da culpa exclusiva da vítima, por não ter usado o devido Equipamento de Proteção Individual, o colete salva-vidas, embora treinada e advertida a respeito.

Ao final, se for considerada a culpa concorrente, requer que o percentual fixado na condenação seja diminuído para 50% (cinquenta por cento). Requer, ainda, que seja extirpada a multa fixada pela MM. Juíza *a quo*, de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, devido à oposição de embargos de declaração manifestamente protelatórios.

Apela o INSS, alegando que houve culpa exclusiva da empresa, motivo pelo qual o ressarcimento deve ser de 100% (cem por cento) dos valores que despendeu a título de benefício previdenciário. Alega que é dever da empresa não só entregar, mas também exigir o uso do Equipamento de Proteção Individual (mais especificamente, o colete salva-vidas e o cinto de segurança tipo paraquedista), e que fora uma falha gritante de seleção de pessoal colocar um operário que não sabia nadar para trabalhar em um andaime suspenso sobre um rio. Ao final, requer que seja determinada a constituição de capital, para que seja assegurado o adimplemento das prestações futuras.

Contrarrazões às fls. 505/526 e 530/534.

Subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

É o relatório.

Peço inclusão do feito em pauta para julgamento.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Apela JATOBETON Engenharia Ltda., alegando cerceamento de defesa, devido ao julgamento antecipado da lide, por entender

ser necessária a realização de ouvida de testemunhas e juntada posterior de documentos. Ao magistrado, condutor do processo, cabe analisar a necessidade da dilação probatória, conforme os artigos 125, 130 e 131 do Código de Processo Civil. Assim, o julgador, considerando a matéria contestada na ação, pode indeferir a realização de provas, por entendê-las desnecessárias.

Desta forma, se a questão a ser decidida pelo Juiz não depender de trabalho técnico do perito, sendo suficiente a análise de provas documentais carreadas aos autos, não há motivo para realização de perícia, sendo este o caso em tela. Consoante se observa na decisão singular, a MM. Juíza *a quo* concluiu pelo julgamento antecipado da lide por entender que as provas já constantes nos autos são suficientes para o deslinde da demanda, não havendo necessidade de produção de provas, nos termos do art. 330, I, do Código de Processo Civil. Assim, o indeferimento de provas consideradas irrelevantes ou desnecessárias para o deslinde da causa não constitui nulidade, de forma a não caracterizar cerceamento de defesa, não havendo que se falar em violação ao artigo 5º, LIV e LV, da CF.

No mérito, apela a empresa alegando que deve ser afastada sua responsabilidade, em decorrência da culpa exclusiva da vítima, por não ter usado o devido Equipamento de Proteção Individual, o colete salva-vidas, embora treinada e advertida a respeito. Por outro lado, apela o INSS, alegando que houve culpa exclusiva da empresa, por não ter exigido o uso do Equipamento de Proteção Individual (mais especificamente, o colete salva-vidas e o cinto de segurança tipo paraquedista), e que fora uma falha gritante de seleção de pessoal colocar um operário que não sabia nadar para trabalhar em um andaime suspenso sobre um rio.

O caso envolve a aplicação de dispositivos específicos da Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social, bem como a análise dos fatos, trazidos à apreciação do juízo.

O artigo 19, § 1º, da Lei nº 8.213/91 dispõe que é responsabilidade da empresa a adoção de medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador, além de dispor em seus artigos 120 e 121, o seguinte:

Art. 120. Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.

Art. 121. O pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem.

Como se observa, configuram-se como elementos indispensáveis para caracterizar a responsabilidade da empresa e a possibilidade de restituição à Previdência Social: o acidente de trabalho, a negligência das normas padrão de segurança e higiene do trabalho de serviços e o nexo de causalidade entre um e outro. É necessário também analisar se o empregador incorreu em culpa, relativamente ao cumprimento das normas legais.

De acordo com os relatórios elaborados pela Delegacia Regional do Trabalho (fls. 27/31) e pela audiência de segurança promovida pela ré (fls. 79/80), constata-se o seguinte: no dia 10/08/2009, o empregado Daniel da Silva, contratado para a função de pedreiro, estava posicionado sobre um andaime situado na Ponte Duarte Coelho, sobre o rio Capibaribe, juntamente com outros três colegas. Em dado momento, o *de cujus* descolou-se para um ponto do andaime onde já estavam seus três companheiros, de modo que o excesso de peso fez com que o andaime se desprendesse de sua base na lateral da ponte. Assim, dois dos trabalhadores caíram no rio, enquanto que os outros dois permaneceram agarrados à estrutura. Um dos empregadores, por saber nadar, conseguiu se salvar. Daniel da Silva não sabia nadar, estava sem colete salva-vidas, e veio a óbito em decorrência de asfixia por afogamento.

A DRT apontou, ainda, várias irregularidades na obra, como a ausência de memória de cálculo do andaime para dimensionamento da carga máxima suportável, com registro da Anotação de Responsabilidade Técnica - ART junto ao CREA (fl. 29); a ausência de cinto de segurança (fl. 30); a ausência de equipe de socorro no local para o caso de infortúnio (fl. 30); falta de uma política de segurança na empresa (fl. 30); ausência de um plano mínimo de emergência para casos de queda na água (fl. 30); a falha na sele-

ção de pessoal, pela colocação, sobre a água, de trabalhador que não sabia nadar (fl. 30); treinamento insuficiente dos operários (fl. 31); e a insuficiência de supervisão das tarefas de risco (fl. 31).

Em relação a andaimes, a Norma Regulamentadora nº 18 traz uma série de regras que devem ser observadas, evidenciando-se aqui as seguintes:

18.15.30.1 - Os andaimes suspensos deverão ser dotados de placa de identificação, colocada em local visível, onde conste a carga máxima de trabalho permitida. (118.678-7 - I2)

18.15.30.2 - A instalação e a manutenção dos andaimes suspensos devem ser feitas por trabalhador qualificado, sob supervisão e responsabilidade técnica de profissional legalmente habilitado obedecendo, quando de fábrica, as especificações técnicas do fabricante. (118.679-5 - I3)

18.15.30.3 - Deve ser garantida a estabilidade dos andaimes suspensos durante todo o período de sua utilização, através de procedimentos operacionais e de dispositivos ou equipamentos específicos para tal fim. (118.680-9 - I4)

18.15.31 - O trabalhador deve utilizar cinto de segurança tipo paraquedista, ligado ao trava-quedas de segurança este, ligado a cabo-guia fixado em estrutura independente da estrutura de fixação e sustentação do andaime suspenso. (118.681-7 - I4)

18.15.32 - A sustentação dos andaimes suspensos deve ser feita por meio de vigas, afastadores ou outras estruturas metálicas de resistência equivalente a, no mínimo, três vezes o maior esforço solicitante. (118.682-5 - I4)

Assim, a NR 18 exige o uso de cinto de segurança por parte dos trabalhadores, além do correto dimensionamento da estrutura do andaime para a carga aplicada. Contudo, ficou constatado que houve sobrecarga e subdimensionamento da estrutura e que, no momento do acidente, nenhum dos trabalhadores utilizava cinto de segurança.

Em depoimento à Delegacia Regional do Trabalho, afirmou o engenheiro de segurança, Sr. Lourival Almeida, que:

(...) o operário, no andaime, fazia acabamento na 8ª longarina da ponte. O acidente ocorreu sob a 1ª longarina, quan-

do ele deslocou-se para este ponto para pegar uma trincha. Antes de deslocar-se retirou o colete salva-vidas que sempre usava. Ficaram reunidos em um ponto ele e mais três operários o que sobrecarregou o pino de sustentação de um dos cabos de aço de suspensão do andaime. O pino cedeu sendo seguido por outros pinos, inclinando o andaime e desequilibrando os operários que caíram, dois na água e dois ficaram pendurados na estrutura do andaime. (...) (Fl. 28)

Observa-se, ainda, à fl. 75, no Registro de Investigação e Análise de Acidentes da própria demandada:

Descrição do acidente: Desnivelamento da plataforma, por sobrepeso, causou o desequilíbrio dos funcionários e, conseqüentemente, a queda na água do Rio Capibaribe.
Conclusão: O acidente ocorreu pela sobrecarga na plataforma devido à concentração de colaboradores em um ponto da mesma.

Em sua defesa, a empresa alegou que o acidente ocorrera por força de uma fatalidade e que, reconhecendo o risco de afogamento, forneceu treinamento adequado ao trabalhador (fls. 227/228). Em suas razões de apelação, afirma novamente que estava ciente da possibilidade de um acidente resultar em afogamento, *in verbis*:

Inclusive, o acidente sofrido pela vítima (afogamento) já estava devidamente classificado como possível na avaliação de riscos elaborados pelos especialistas, sendo classificado como categoria do risco 4. (...). (Fl. 471)

Sendo a empresa consciente do risco de um acidente provocar a morte de um empregado por afogamento, deveria ter selecionado, para trabalhar sobre uma plataforma colocada acima de um rio, somente os funcionários que soubessem nadar.

Resta caracterizado, portanto, o desrespeito às normas de segurança do trabalho por parte da empresa empregadora.

Em relação à ausência do uso de cinto de segurança e de colete salva-vidas por parte do pedreiro Daniel da Silva, consta do relatório da Delegacia Regional do Trabalho que a não utilização do EPI contribuiu para o evento morte:

Evidente também que o uso de EPI adequado ao risco de queda naquelas circunstâncias (cinto de segurança, colete salva-vidas) evitaria que aquele incidente da queda do andaime e dos trabalhadores se transformasse em acidente, já que este, por definição, ocorre quando existe lesão corporal ou morte. (Fl. 30)

Em se tratando de segurança do trabalho, mesmo que a empresa tome medidas preventivas contra acidentes, inequivocamente haverá uma parcela de risco cuja prevenção caberá à diligência e cautela de cada funcionário.

Há nos autos comprovação da entrega de Equipamento de Proteção Individual ao funcionário Daniel da Silva, em 08/10/2008, dentre os quais consta o colete salva-vidas (fl. 244). A empresa demandada também juntou aos autos as listas de presença de treinamento (fls. 270/309), comprovando a participação do *de cujus* nos treinamentos oferecidos, como os treinamentos de “Higienização, EPI’s, Uso de colete salva-vidas no flutuante” (fl. 275) e “Política qualidade, Uso colete salva-vidas” (fl. 276).

Destarte, houve culpa concorrente da vítima e da empregadora, considerando que ambas as condutas importaram em desrespeito às normas de segurança e contribuíram para o evento morte, de modo que não cabe falar em ressarcimento integral ao INSS dos valores que este despendeu a título de benefício previdenciário.

Considerando o desrespeito às normas de segurança do andaime, a ausência de cinto de segurança para os trabalhadores, a ausência de fiscalização quanto ao uso dos EPI’s, e a falha na seleção de empregados, resta caracterizado o desrespeito às normas de segurança do trabalho por parte da empresa empregadora.

Considerando ainda a culpa concorrente da vítima, por ter deixado de utilizar seus equipamentos de proteção individual, embora os tenha recebido com treinamento de uso, é de se atribuir à empresa o ressarcimento de 50% (cinquenta por cento) dos valores que o INSS despendeu a título de pensão por morte aos dependentes de Daniel Silva, a contar da concessão do benefício e até o trânsito em julgado da sentença e, mês a mês, os valores a serem

pagos da data do trânsito em julgado até cessar a obrigação da Previdência Social de pagar o referido benefício.

Quanto à insurgência formulada pela Autarquia Previdenciária, no que tange à constituição de capital para garantir o adimplemento das prestações vincendas do benefício previdenciário, entendendo que tal pretensão do INSS não pode prevalecer.

Sobre o tema, vejamos o que estabelece o art. 475-Q do Código de Processo Civil (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005):

Art. 475-Q. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, poderá ordenar ao devedor constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.

§ 1º Este capital, representado por imóveis, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do devedor.

§ 2º O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do beneficiário da prestação em folha de pagamento de entidade de direito público ou de empresa de direito privado de notória capacidade econômica, ou, a requerimento do devedor, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz.

§ 3º Se sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte requerer, conforme as circunstâncias, redução ou aumento da prestação.

§ 4º Os alimentos podem ser fixados tomando por base o salário mínimo.

§ 5º Cessada a obrigação de prestar alimentos, o juiz mandará liberar o capital, cessar o desconto em folha ou cancelar as garantias prestadas.

O pleito do INSS, em seu recurso de apelação, não pode ser procedente, na medida em que é assente na jurisprudência pátria o entendimento de que “em se tratando de ressarcimento, via regressiva, dos valores despendidos pelo INSS em virtude de concessão de benefício previdenciário, não procede o pedido de ‘constituição de capital’ para dar conta das parcelas posteriores”. (TRF-4ª R. - Ap-RN 0000813-10.2008.404.7110/RS - 4ª T. - Relª Desª Fed. Marga Inge Barth Tessler - *DJe* 21.01.2011).

Os artigos 20, § 5º, e 475-Q do CPC têm aplicação restrita às obrigações de caráter alimentar, hipótese esta não configurada nos autos, vez que a autarquia previdenciária já concedeu o benefício em favor do segurado. Neste sentido, jurisprudência deste egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA REGRESSIVA. INSS. ACIDENTE DE TRABALHO. ARTIGO 120 DA LEI Nº 8.213/91. CULPA DO EMPREGADOR CONFIGURADA. NECESSIDADE DE CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL AFASTADA.

1. Ação de regresso em acidente do trabalho. Dispõe o art. 120 da Lei nº 8.213/91 que, “nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis”. A Constituição prevê, de fato, “seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa” (art. 7º, XXVIII).

2. O sinistro foi causado pela conduta da empresa, que deixou de observar as normas de segurança na realização da atividade, o que resultou na amputação de parte do membro superior esquerdo de funcionário.

3. Estando caracterizada a responsabilidade da empresa pela ocorrência do acidente que vitimou o segurado, conforme a prova dos autos, deve a mesma ressarcir o INSS pelos pagamentos efetuados ao acidentado.

4. “Em se tratando de ressarcimento, via regressiva, dos valores despendidos pelo INSS em virtude de concessão de benefício previdenciário, não procede o pedido de ‘constituição de capital’ para dar conta das parcelas posteriores”. (TRF-4ª R. - Ap-RN 0000813-10.2008.404.7110/RS - 4ª T. - Relª Desª Fed. Marga Inge Barth Tessler - DJe 21.01.2011). Os arts. 20, parágrafo 5º, e 475-Q do CPC (antigo art. 602) têm aplicação restrita às obrigações de caráter alimentar, hipótese esta não configurada nos autos, vez que a autarquia previdenciária já concedeu o benefício em favor do segurado. Precedentes: **(TRF5ª R. - AC 200881000166322, Des. Federal Rubens de Mendonça Canuto, Segunda Turma, 31/03/2011; TRF1ª - R. - AC 199938000301683, Des. Federal Daniel Paes**

Ribeiro, Sexta Turma, 20/04/2010).

5. Manutenção da condenação da empresa ré ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), fixados em patamares razoáveis e em conformidade com o art. 20 do CPC.

6. Apelações da empresa demandada e do INSS não providas.

(TRF5 - AC529173/RN - Des. Federal Francisco Barros Dias - Segunda Turma - Diário da Justiça Eletrônico (*DJe*) - 20/10/2011 - Página 267). Grifado.

Em relação à aplicação da multa fixada pela MM. Juíza *a quo*, de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, devido à oposição de embargos de declaração manifestamente protelatórios, não assiste razão ao apelante.

De fato, todos os argumentos levantados pela parte nos embargos declaratórios foram devidamente apreciados na *r. decisum a quo*. O que se tem na hipótese é o uso dos embargos declaratórios com fins meramente protelatórios, pois destituídos de fundamentos ou qualquer razão plausível que justifique sua utilização.

Assim, os aclaratórios opostos atrasam o feito, de modo que se caracteriza a situação enquadrada no art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, o qual prevê a possibilidade de incidência de multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa diante de embargos meramente protelatórios (EEREsp 435824 - DF - 2ª T. - Relª Min. Eliana Calmon - *DJU* 17.03.2003).

Diante do exposto, nego provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, e dou parcial provimento à apelação da empresa demandada, apenas para reduzir ao percentual de 50% (cinquenta por cento) o ressarcimento devido ao INSS, pelos valores que este despendeu a título de pensão por morte aos dependentes de Daniel Silva.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 418.982-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT
Apelante: FAZENDA NACIONAL E CIA/AÇUCAREIRA USINA
CAPRICHIO
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. THIAGO MOURA DE ALBUQUERQUE ALVES
E OUTROS

EMENTA: TRIBUTÁRIO. ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA ISOLADA. COMPROVAÇÃO. EXIGÊNCIAS DE REGISTROS EM LIVROS CONTÁBEIS SUPRIDAS POR DEMONSTRAÇÃO PERICIAL DE PREJUÍZOS. APELAÇÃO E REMESSA IMPROVIDAS. APELAÇÃO DA EMPRESA PARA ELEVAR HONORÁRIOS PARCIALMENTE PROVIDA.

- Conforme os arts. 2º e 8º da Lei 9.430/96, ainda que sujeitas à tributação com base no lucro real, as pessoas jurídicas teriam que calcular e recolher imposto de renda relativo aos meses de janeiro e de fevereiro/97 sobre base de cálculo estimada, aplicando percentual sobre a receita bruta; o não recolhimento, a cada mês (na forma do art. 2º da Lei 9.430/96), impõe a aplicação de multa, ainda que ao final do ano tenha sido apurado prejuízo fiscal, sendo esta a previsão expressa do art. 44, inciso IV, da Lei 9.430/96.

- A Auditora da Receita Federal, que atuou na condição de Assistente Técnica da União, reconhece (fls. 286/287) a possibilidade de se afastar a multa em questão na hipótese de atendimento ao art. 35, § 1º, alínea a, da Lei 8.981/95, demonstrando-se o prejuízo através de balancetes de suspensão transcrito no livro Diário e no Livro de Apuração do Lucro Real - LALUR, até a data fixada para o pagamento do imposto no respectivo mês, sob pena de que os balanços/balancetes

sejam desconsiderados (arts. 13 e 15, § 3º da IN/SRF 93, de 24.12.97).

- A Assistente Técnica da União afirma que a empresa apurou prejuízo contábil em janeiro e fevereiro/97 (fls. 285), porém não fez os registros dos Balancetes de Suspensão no Livro Diário e no Livro de Apuração do Lucro Real - LALUR, conforme requer a legislação para que a empresa se enquadre na hipótese de suspensão do pagamento.

- Verificando-se que a fiscalização apenas ocorreu após o término do exercício (quando já apurado o resultado negativo) e a afirmação da própria Assistente Técnica da União de que a empresa apurou prejuízo contábil em janeiro e fevereiro/97 (fl. 285), há prova suficiente para suprir a exigência de registros nos livros Diário e LALUR.

- Apelação da empresa parcialmente provida, elevando-se os honorários para R\$ 3.000,00, tendo em vista, o tempo do processo e a necessidade de realização de perícia (art. 20, § 4º, do CPC).

- Remessa oficial e apelação da Fazenda Nacional improvidas; apelação da empresa parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AC 418.982-AL, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento à remessa oficial e à apelação da Fazenda Nacional e dar parcial provimento à apelação da empresa, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 1º de dezembro 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 e de remessa oficial contra sentença (332/336) que, considerando que foi demonstrada a realização de balancetes mensais em janeiro e fevereiro/97, julgou procedente o pedido decretando a nulidade dos autos de infração em questão e a inexigibilidade das multas de ofício por eles impostas; condenando a Fazenda Nacional em honorários fixados em R\$ 1.500,00.

2. A Fazenda Nacional, em suas razões recursais (fls. 340/350), defende que a) os valores não recolhidos de forma mensal, ou recolhidos a menor, servem de base de cálculo para a multa prevista no art. 44, § 1º, inciso IV, da Lei 9.430/96; b) a multa isolada está de acordo com os arts. 222, 843 e 957 do RIR/99; c) a declaração de imposto de renda às fls. 93/135 não contém a base de cálculo do tributo nos meses de janeiro e fevereiro, já que traz a apuração por trimestre; d) a referida declaração sucumbe diante da análise dos auditores fiscais que apuraram os tributos que incidiriam sobre o lucro que deveriam ser recolhidos nos meses em questão, conforme fls. 34/37 e 44/45, dando origem à multa, demonstrando a existência de lucro no período e a inexistência de qualquer ofensa ao art. 35 da Lei 8.981/95; e) a parte autora não se enquadra no *caput* do art. 35 da Lei 8.981/95 e transcreve apenas o § 2º do referido artigo na tentativa de ser dispensada da multa; f) na esfera administrativa ou com a petição inicial da ação, não houve demonstração de prejuízos por balancetes ou balanços mensais conforme determina a lei; g) o fato de existir uma DIPJ anterior à fiscalização não impede o Fisco de fazer revisão de ofício da declaração; h) a exclusão da multa representa incentivo à mora; i) a imposição da multa não tem qualquer relação com o art. 138 do CTN (denúncia espontânea), por se tratar de multa por descumprimento da legislação tributária; j) conforme parecer do assistente técnico (fls. 300/317) a empresa não fez os registros necessários no livro diário e no livro de registro de apuração do lucro real - LALUR, conforme art. 35, § 1º, da Lei 8.981/95; l) o referido livro da autora registra lucro no período autuado, o que demonstra acerto e legalidade da autuação.

3. Ao apresentar contrarrazões (fls. 361/374) a empresa defende que a) o art. 18, § 2º, da IN SRF 93/1997 dispensa do pagamento por estimativa as pessoas jurídicas que demonstrem a existência de prejuízos fiscais apurados a partir de janeiro do ano-calendário; b) a empresa apresentou prejuízo nos meses de janeiro e fevereiro/97, conforme balancetes às fls. 46 e 47 dos autos; c) apesar de o fisco não ter lançado tributos em relação ao meses em questão, em razão de ter sido apresentado prejuízo na declaração anual, houve lançamento de multa de ofício fixada em 75% sobre a CSLL e o IRPJ calculados por estimativa (receita bruta) em relação a fato gerador que não se realizou no trimestre, nem ao final do ano; d) por ocasião dos autos de infração em questão a União já tinha conhecimento, conforme DIPJ/1998 (fls. 95/135) dos autos, de que a empresa tinha acumulado prejuízos; e) o laudo pericial (fls. 247/253) constatou prejuízos no balancete de suspensão redução do primeiro trimestre de 1997 e na DIPJ/1998; f) a Fazenda Nacional não traz contraprova quando afirma que a empresa não demonstrou prejuízo no ano, conforme o próprio procedimento de fiscalização, não se apurou renda tributável (houve prejuízo), mas receita bruta, o que justificaria a cominação da multa; g) na tutela antecipada concedida no AGTR 53.004-AL, foi considerado que a não elaboração de balancetes ou sua não escrituração no livro Diário e no LALUR foi suprida com a inserção em sua declaração de rendimentos dos resultados negativos constantes dos balancetes trimestrais declarados ao Fisco antes da autuação em questão; h) observa-se prejuízo no primeiro trimestre do ano-calendário de 1997, cujo registro consta no Razão Analítico às fls. 304/313 dos autos, no Balancete Analítico às fls. 301/303 e no Balancete de suspensão às fls. 46/47; por fim, requer o improviamento do apelo da Fazenda Nacional.

4. A Empresa, em suas razões recursais (fls. 355/358), contra a verba honorária fixada em seu favor em R\$ 1.500,00; alega que realizou despesas superiores à condenação fixada na sentença, já que pagou R\$ 1.212,18 pelas custas iniciais e R\$ 3.000 pelos honorários; por fim, requer a reforma da sentença para elevar tal verba, fixando-se a verba honorária em 20% sobre o valor da causa.

5. Contrarrazões apresentadas pela Fazenda Nacional às fls. 379/386.

6. É o relatório.

VOTO

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

1. Os autos de infração em questão se fundamentam no art. 44, § 1º, IV, da Lei 9.430/96.

2. De início, cumpre salientar que a multa questionada não foi revogada, mas a Lei 11.488/2007 (art. 14) promoveu alteração na redação do dispositivo legal que embasa as autuações em questão e reduziu a penalidade questionada para 50%, conforme previsto, agora, no inciso II, *b, c/c* § 2º do art. 44 da Lei 9.430/96:

Lei 11.488/2007

Art. 14. O art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação, transformando-se as alíneas *a, b e c* do § 2º nos incisos I, II e III:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do *caput* deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado);

IV - (revogado);

V - (revogado pela Lei nº 9.716, de 26 de novembro de 1998).

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do *caput* e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

I - prestar esclarecimentos;

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991;

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei.

3. Nos termos do art. 106, inciso II, alínea c, do CTN, aplica-se a legislação tributária a ato ou fato pretérito não definitivamente julgado quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente à época de sua prática.

4. Diante do exposto, a multa ora questionada segue os parâmetros do inciso II, b, c/c § 2º do art. 44 da Lei 9.430/96.

5. Na redação anterior, os arts. 2º, 8º e 44 da Lei 9.430/96 dispunha:

Art. 2º A pessoa jurídica sujeita a tributação com base no lucro real poderá optar pelo pagamento do imposto, em cada mês, determinado sobre base de cálculo estimada, mediante a aplicação, sobre a receita bruta auferida mensalmente, dos percentuais de que trata o art. 15 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 29 e nos arts. 30 a 32, 34 e 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995.

Art. 8º As pessoas jurídicas, mesmo as que não tenham optado pela forma de pagamento do art. 2º, deverão calcular e pagar o imposto de renda relativo aos meses de janeiro e fevereiro de 1997 de conformidade com o referido dispositivo.

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo

de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

§ 1º As multas de que trata este artigo **serão exigidas**:

I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;

II - isoladamente, quando o tributo ou a contribuição houver sido pago após o vencimento do prazo previsto, mas sem o acréscimo de multa de mora;

III - isoladamente, no caso de pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto (carnê-leão) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de fazê-lo, ainda que não tenha apurado imposto a pagar na declaração de ajuste.

IV - **isoladamente**, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;

6. De tal forma, ainda que sujeitas à tributação com base no lucro real, as pessoas jurídicas teriam que calcular e recolher imposto de renda relativo aos meses de janeiro e de fevereiro/97 sobre base de cálculo estimada, aplicando percentual sobre a receita bruta.

7. O não recolhimento, *a cada mês* (na forma do art. 2º da Lei 9.430/96), impõe a aplicação de multa, ainda que ao final do ano tenha sido apurado prejuízo fiscal, sendo esta a previsão expressa do art. 44, inciso IV, da Lei 9.430/96.

8. O parâmetro utilizado para fixação da multa, à época, era o percentual de 75% sobre o tributo não recolhido (art. 44, inciso I, da Lei 9.430/96); não havendo o recolhimento exigido nos meses de janeiro e fevereiro, ainda que apurado ao final do ano prejuízo, apenas é afastada a existência de fato gerador dos tributos (lucro), que, no caso, não estão em cobrança; porém, a infração à legislação que impunha o recolhimento persiste e a multa em questão é a respectiva sanção; portanto, não há que se falar em cobrança de

multa sobre o tributo que não é devido, pois o tributo não recolhido é apenas parâmetro adotado pela legislação para tornar a sanção proporcional à infração.

9. A Auditora da Receita Federal, que atuou na condição de Assistente Técnica da União, reconhece (fls. 286/287) a possibilidade de se afastar a multa em questão na hipótese de atendimento ao art. 35, § 1º, alínea a, da Lei 8.981/95, demonstrando-se o prejuízo através de balancetes de suspensão transcrito no livro Diário e no Livro de Apuração do Lucro Real - LALUR, até a data fixada para o pagamento do imposto no respectivo mês, sob pena de que os balanços/balancetes sejam desconsiderados (arts. 13 e 15, § 3º da IN/SRF 93, de 24.12.97):

Lei 8.981/95

Art. 35. A pessoa jurídica poderá suspender ou reduzir o pagamento do imposto devido em cada mês, desde que demonstre, através de balanços ou balancetes mensais, que o valor acumulado já pago excede o valor do imposto, inclusive adicional, calculado com base no lucro real do período em curso.

§ 1º Os balanços ou balancetes de que trata este artigo:

a) deverão ser levantados com observância das leis comerciais e fiscais e transcritos no livro Diário;

b) somente produzirão efeitos para determinação da parcela do Imposto de Renda e da contribuição social sobre o lucro devidos no decorrer do ano-calendário.

§ 2º Estão dispensadas do pagamento de que tratam os arts. 28 e 29 as pessoas jurídicas que, através de balanço ou balancetes mensais, demonstrem a existência de prejuízos fiscais apurados a partir do mês de janeiro do ano-calendário. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)

§ 3º O pagamento mensal, relativo ao mês de janeiro do ano-calendário, poderá ser efetuado com base em balanço ou balancete mensal, desde que neste fique demonstrado que o imposto devido no período é inferior ao calculado com base no disposto nos arts. 28 e 29. (Incluído pela Lei nº 9.065, de 1995)

§ 4º O Poder Executivo poderá baixar instruções para a aplicação do disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 9.065, de 1995)

IN/SRF 93, de 24.12.97

SUSPENSÃO OU REDUÇÃO DO PAGAMENTO MENSAL

Art 10. A pessoa jurídica poderá:

I - suspender o pagamento do imposto, desde que demonstre que o valor do imposto devido, calculado com base no lucro real do período em curso, é igual ou inferior à soma do imposto de renda pago, correspondente aos meses do mesmo ano-calendário, anteriores àquele a que se refere o balanço ou balancete levantado;

II - reduzir o valor do imposto ao montante correspondente à diferença positiva entre o imposto devido no período em curso, e a soma do imposto de renda pago, correspondente aos meses do mesmo ano-calendário, anteriores àquele a que se refere o balanço ou balancete levantado.

§ 1º A diferença verificada, correspondente ao imposto de renda pago a maior, no período abrangido pelo balanço de suspensão, não poderá ser utilizada para reduzir o montante do imposto devido em meses subsequentes do mesmo ano-calendário, calculado com base nas regras previstas nos arts. 3º a 6º.

§ 2º Caso a pessoa jurídica pretenda suspender ou reduzir o valor do imposto devido, em qualquer outro mês do mesmo ano-calendário, deverá levantar novo balanço ou balancete.

Art. 11. O pagamento mensal, relativo ao mês de janeiro do ano-calendário, poderá ser efetuado com base em balanço ou balancete mensal, desde que neste fique demonstrado que o imposto devido no período é inferior ao calculado com base no disposto nos arts. 3º a 6º.

Parágrafo único. **Ocorrendo apuração de prejuízo fiscal, a pessoa jurídica estará dispensada do pagamento do imposto correspondente a esse mês.**

(...)

Art. 13. A demonstração do lucro real relativa ao período abrangido pelos balanços ou balancetes a que se referem os arts. 10 a 12, deverá ser transcrita no Livro de Apuração do Lucro Real - LALUR, observando-se o seguinte:

I - a cada balanço ou balancete levantado para fins de suspensão ou redução do imposto de renda, o contribuinte deverá determinar um novo lucro real para o período em

curso, desconsiderando aqueles apurados em meses anteriores do mesmo ano-calendário;

II - as adições, exclusões e compensações, computadas na apuração do lucro real, correspondentes aos balanços ou balancetes, deverão constar, discriminadamente, na Parte A do LALUR, para fins de elaboração da demonstração do lucro real do período em curso, não cabendo nenhum registro na Parte B do referido Livro.

(...)

Art. 15. O lançamento de ofício, caso a pessoa jurídica tenha optado pelo pagamento do imposto por estimativa, restringir-se-á à multa de ofício sobre os valores não recolhidos.

§ 1º As infrações relativas às regras de determinação do lucro real, verificadas nos procedimentos de redução ou suspensão do imposto devido em determinado mês, ensejarão a aplicação da multa de que trata o *caput* sobre o valor indevidamente reduzido ou suspenso.

§ 2º Na falta de atendimento à intimação de que trata o § 2º do artigo anterior, no prazo nela consignado, o Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional procederá à aplicação da multa de que trata o *caput* sobre o valor apurado com base nas regras dos arts. 3º a 6º, ressalvado o disposto no § 3º do artigo anterior.

§ 3º A não escrituração do livro Diário e do LALUR, até a data fixada para pagamento do imposto do respectivo mês, implicará a desconsideração do balanço ou balancete para efeito da suspensão ou redução de que trata o art. 10, aplicando-se o disposto no § 1º.

Art. 18. Excepcionalmente, nos meses de janeiro e fevereiro de 1997, todas as pessoas jurídicas deverão recolher o imposto correspondente a estes dois meses conforme as regras do pagamento por estimativa.

§ 1º O disposto neste artigo abrange inclusive as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro presumido ou arbitrado, bem como as tributadas com base no lucro real trimestral.

§ 2º Na apuração do imposto devido com base neste artigo, a pessoa jurídica poderá suspender ou reduzir o

imposto mediante levantamento de balanço ou balancete de suspensão ou redução.

§ 3º Utilizada a faculdade prevista no parágrafo anterior, a pessoa jurídica sujeitar-se-á à tributação com base no lucro real, podendo adotar a forma de pagamento do imposto trimestral ou optar pelo pagamento por estimativa.

10. A Assistente Técnica da União afirma que a empresa apurou prejuízo contábil em janeiro e fevereiro/97 (fl. 285), porém não fez os registros dos Balancetes de Suspensão no Livro Diário e no Livro de Apuração do Lucro Real - LALUR.

11. De outro lado, verifica-se que a fiscalização apenas ocorreu após o término do exercício (quando já apurado o resultado negativo) e a própria Assistente Técnica da União afirma que a empresa apurou prejuízo contábil em janeiro e fevereiro/97 (fl. 285), resultando em prova suficiente para suprir a exigência de registros nos livros Diário e LALUR.

12. Diante do exposto, voto pelo improvimento da apelação da Fazenda Nacional e da remessa oficial.

13. Quanto à apelação da empresa para elevação dos honorários, tendo em vista, o tempo do processo e a necessidade de realização de perícia, voto pela elevação da referida verba para R\$ 3.000,00, dando parcial provimento à apelação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

14. Remessa oficial e apelação da Fazenda Nacional improvidas; apelação da empresa parcialmente provida para elevação dos honorários.

15. É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 459.733-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelada: IRINALDA CARNEIRO DE MENEZES
Advs./Procs.: DRS. ANA GLORIA FEITOSA DE LIMA E OUTRO
(APDA.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. CHEQUE. LEGALIDADE.

- A Administração Fazendária detectou omissão de rendimentos do contribuinte em sua Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física de 1999.

- Não havendo reconhecimento do débito fiscal pelo contribuinte, os créditos tributários têm que ser constituídos pela Administração Tributária. Inteligência do art. 173, I, do CTN.

- Desta forma, se o lançamento deveria ter sido efetuado em 1999 (no caso pelo próprio contribuinte), e não o foi, contando-se cinco anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte, conclui-se que o Fisco teria até 2005 para constituir o crédito tributário, o que foi efetuado a tempo em 11/05/2004. Execução Fiscal ajuizada em 04/10/2004. Decadência e prescrição afastadas.

- As tentativas de intimação da apelada pela via postal foram frustradas no âmbito administrativo, o que provocou a intimação por edital, conforme previsão do art. 23, § 1º, do Decreto nº 70.235/72. Legalidade.

- Apelada que argumentou haver ajuizado ações cujos objetivos eram o de obter indenizações do seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre - DPVAT.

- Valia-se de uma sistemática de repasse das verbas recebidas pelas Seguradoras aos seus clien-

tes, na qual primeiramente depositava as importâncias em sua conta corrente bancária e após reter as despesas e a verba honorária, entregava o restante aos clientes/segurados.

- Sistemática de depósitos utilizada pela apelada que não estava acobertada pelo manto da legalidade uma vez que os cheques recebidos das Seguradoras possuíam a inscrição “Exclusivamente para depósito na conta bancária do beneficiário” e foram emitidos nominalmente para os beneficiários.

- O cheque é um título de crédito e assim, deve se submeter aos Princípios Cambiários, dentre eles o da Literalidade.

- As relações tributárias devem se revestir de estrita legalidade por tratar da principal fonte de renda do erário, que não se olvide, é patrimônio público.

- Omissão de rendimentos apontada pelo Fisco, cujo fundamento legal foi o art. 42 da Lei nº 9.430/96. Presunção de legitimidade e de veracidade da Dívida Ativa não infirmada.

- Apelação da Fazenda Nacional e remessa necessária providas. Condenação da apelada nos ônus da sucumbência, visto que se quedou inteiramente vencida na lide. Honorários advocatícios arbitrados em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), com fulcro no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

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 Fazenda Nacional e à remessa necessária, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 15 de dezembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Irinalda Carneiro de Menezes ajuizou a presente Ação Anulatória de Débito Fiscal consubstanciado no Processo Administrativo nº 19647.003877-2003-36, correspondente à Execução Fiscal nº 2004.83.0002125-2, em apenso, que efetuou cobrança relativa à omissão de rendimentos de Imposto de Renda-IR (pessoa física)/ 1998, no valor de R\$ 664.464,31 (seiscentos e sessenta e quatro mil, quatrocentos e sessenta e quatro reais e trinta e um centavos).

A autora, ora apelada, aduz, em preliminar, a prescrição do crédito tributário. No mérito, pretende anular o débito exequendo sob as seguintes arguições: a) que é advogada e costuma patrocinar causas relativas a indenizações decorrentes de Seguro Obrigatório - DPVAT; b) que as importâncias que os clientes auferiam eram depositadas em sua conta corrente transitoriamente para fins de assegurar o recebimento dos honorários e despesas dos processos, ação autorizada mediante procuração com finalidade específica; c) que o processo administrativo fiscal correu a sua revelia de maneira ilegal, porquanto foi intimada pela via editalícia (por não haver sido localizada) para exercer o contraditório e a ampla defesa; d) que a Secretaria da Receita Federal efetuou o lançamento de ofício sobre a suposta omissão de rendimentos no total de R\$ 632.601,07 (seiscentos e trinta e dois mil, seiscentos e um reais e sete centavos), e deduziu a importância de R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil) que havia declarado no exercício de 1998; e) que no ano de 1998 apenas recebeu a importância de R\$ 113.140,39 (cento e treze mil, cento e quarenta reais e trinta e nove centavos) a título de honorários advocatícios; f) que a conta-corrente nº 40013807-420-6, agência 0400, do Banco Sudameris Brasil, era mantida em conjunto com o seu cônjuge, Sr. Amaro Pradines de

Menezes, o qual apresentou a sua própria declaração de ajuste anual do IRPF/98 em separado, devendo, assim, serem deduzidos os depósitos efetuados pelo casal na proporção de 50% (cinquenta por cento).

Contestada a ação, o douto juiz *a quo* julgou-a procedente em parte para determinar à ré que retificasse o valor da CDA nº 40.1.04.006072-54 de modo a excluir da base de cálculo do imposto de renda as quantias repassadas pela demandante aos seus clientes, a título de indenização por infortúnio decorrente de acidente de trânsito, consoante recibos acostados aos autos.

Irresignada, a Fazenda Nacional apelou pugnando pela reforma do julgado (fls. 887/889), alegando, em síntese, o seguinte: a) que não há comprovação de que os depósitos efetuados na conta-corrente da apelada sejam relacionados aos recibos de fls. 216, 224, 226, 246, 251, 256, 266, 268, 269, 280, 289, 294, 304, 316, 353, 358, 370, 420, 423, 424, 430, 434, 447, 466, 507, 511, 517, 521 e 526, uma vez que não identifica o depositante; b) que os beneficiários do seguro não correspondem aos que apõem a assinatura dos recibos de fls. 221, 230, 241, 245, 266, 283, 294, 493, 497, 500, 503, 514, 538, 541 e 552; c) que os valores dos recibos acostados às fls. 234, 241, 266, 311, 376, 377, 392 e 535 não correspondem aos depósitos efetuados; d) que os valores correspondentes aos recibos de fls. 331 e 347, foram integrais.

As contrarrazões repousam às fls. 893/917. Sentença sujeita à remessa necessária. Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Cumpre, inicialmente, analisar a prescrição do crédito tributário.

A presente ação cuida de valores lançados de ofício pela Administração Fazendária após fiscalização na declaração do imposto de renda da contribuinte, na qual foi detectada omissão de rendimentos e ausência do recolhimento integral da exação.

No direito tributário a contagem do prazo de decadência e de prescrição está bem delineada.

No tocante à decadência, a regra básica estabelece que a autoridade fiscal dispõe de 5 (cinco) anos para constituir o crédito tributário, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I, do Código Tributário Nacional - CTN).

O prazo de prescrição, que está relacionado ao direito de ação assegurado à Fazenda Pública, para cobrar, em Juízo, os créditos tributários que já se encontrem definitivamente constituídos, está disciplinado no art. 174 do CTN.

Há de se atentar que na hipótese dos autos a contribuinte declarou o imposto de renda, porém informou ter auferido rendimentos tributáveis na importância de apenas R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil).

Após procedimento de fiscalização, o Fisco detectou omissão de rendimentos na importância de R\$ 664.464,31 (seiscentos e sessenta e quatro mil, quatrocentos e sessenta e quatro reais e trinta e um centavos), motivo pelo qual efetuou lançamento de ofício dos valores não declarados.

Nesse caso como não houve reconhecimento do débito fiscal pelo contribuinte, os créditos tributários têm que ser constituídos pela Administração Tributária, o que atrai a incidência do supra-mencionado art. 173, I, do CTN, e, por outro lado, afasta a inteligência da Súmula nº 436 do STJ-Superior Tribunal de Justiça¹.

Desta forma, se o lançamento deveria ter sido efetuado em 1999 (no caso pelo próprio contribuinte), e não o foi, contando-se cinco anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte conclui-se que o Fisco teria até 2005 para constituir o crédito tributário, o que foi efetuado a tempo na data de 11/05/2004, conforme atesta o Termo de Inscrição na Dívida Ativa de fls. 208/209.

¹ Súmula 436: A entrega da declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco.

A partir de 11/05/2004, então, a Fazenda poderia exercer em juízo o direito de ação até cinco anos após, nos moldes previstos pelo art. 174, cabeça, do CTN, o que foi realizado atempadamente em 04/10/2004, data do ajuizamento da correspondente Execução Fiscal, que está apensa aos presentes autos.

Nesse contexto, resta afastada a preliminar de decadência e de prescrição do crédito tributário discutido nos autos.

Passo a analisar a alegada nulidade do procedimento fiscal.

Compulsando os autos verifico que o procedimento de fiscalização se iniciou em agosto de 2002 (fl. 44) e o auto de infração foi lavrado em 07/11/2003 (fl. 47).

O termo de intimação do contribuinte (fl. 54) seguiu para o endereço cadastrado na Receita Federal, sito na Rua Domingos Sávio, 77, Jaboatão dos Guararapes-PE, porém, foi devolvido com o registro “mudou-se”.

Foi expedido novo termo de intimação, desta vez para o endereço informado pelo contribuinte na declaração do IRPF de 1998 (Av. Presidente Kennedy, 457, Jaboatão dos Guararapes-PE), o qual foi novamente devolvido com o registro “mudou-se”.

Assim, por se encontrar a contribuinte em lugar incerto e ignorado, foi expedido o Edital de intimação nº 129/2002 (fl. 65).

A apelada alega que a intimação por Edital foi irregular uma vez que a Fazenda teria conhecimento de seu novo endereço, conforme informado na declaração de rendimento do *“exercício de 2003, ano-calendário 2002, e dos exercícios de 2003 e 2004, respectivamente (doc. 02, em anexo)”*.

Analisando detidamente os autos percebe-se que a assertiva não condiz com o documento anexado pela parte. A declaração de rendimentos anexada como documento 02 é a referente apenas ao exercício de 2004, ano-calendário 2003, entregue em 15/04/2004 (fl. 41), ou seja, data posterior ao auto de infração, lavrado em 07/11/2003.

Só para relembrar, transcrevo o dispositivo legal que dispõe sobre a intimação no procedimento administrativo fiscal:

DECRETO Nº 70.235/72

Art. 23: Far-se-á a intimação:

(...)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo.

(...)

§ 1º Quando resultar improficuo um dos meios previstos no *caput* ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado:

(...).

Da leitura do dispositivo adrede transcrito pode-se inferir que as formas ordinárias de comunicação no âmbito do processo fiscal são: a intimação pessoal ou por via postal ou telegráfica, com aviso de recebimento. Frustrada a forma ordinária, a intimação deverá ser realizada através de edital, como excepcional medida de comunicação dos atos do processo, justamente visando salvar o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa.

O acervo probatório disponível nos autos demonstra que as tentativas de intimação da apelada pela via postal foram frustradas, o que provocou a intimação por edital, conforme previsão contida em lei. Não se pode olvidar que é do contribuinte o ônus de manter atualizadas as informações que constem, a seu respeito, no banco de dados da Administração Fazendária.

Diante do exposto, penso que não convalesce a alegativa de nulidade da notificação do lançamento tributário efetuado por meio de edital, após frustrada a intimação por via postal.

Passo a análise da questão central da controvérsia.

A apelada, advogada, patrocinou causas cujo objetivo era o de obter indenizações do seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre - DPVAT.

Utilizava uma sistemática de repasse das verbas recebidas pelas Seguradoras aos seus clientes, na qual primeiramente depositava as importâncias em sua conta corrente bancária e após reter as despesas e a verba honorária, entregava o restante aos clientes/segurados.

Ocorreu que os depósitos geraram movimentação bancária passível de fiscalização tributária, considerados legítimos pela jurisprudência pátria, senão vejamos:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C DO CPC. TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ARTIGO 144, § 1º, DO CTN. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE.

1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN.

2. O § 1º, do artigo 38, da Lei 4.595/64 (revogado pela Lei Complementar 105/2001), autorizava a quebra de sigilo bancário, desde que em virtude de determinação judicial, sendo certo que o acesso às informações e esclarecimentos, prestados pelo Banco Central ou pelas instituições financeiras, restringir-se-iam às partes legítimas na causa e para os fins nela delineados.

3. A Lei 8.021/90 (que dispôs sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais), em seu artigo 8º, estabeleceu que, iniciado o procedimento fiscal para o lançamento tributário de ofício (nos casos em que constatado sinal exterior de riqueza, vale dizer, gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte), a autoridade fiscal poderia solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no artigo 38 da Lei 4.595/64.

4. O § 3º do artigo 11 da Lei 9.311/96, com a redação dada pela Lei 10.174, de 9 de janeiro de 2001, determinou que a Secretaria da Receita Federal era obrigada a resguardar o sigilo das informações financeiras relativas à CPMF, facultando sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente.

5. A Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, revogou o artigo 38, da Lei 4.595/64, e passou a regular o sigilo das operações de instituições financeiras, preceituando que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações, à Secretaria da Receita Federal, sobre as operações financeiras efetuadas pelos usuários dos serviços (artigo 1º, § 3º, inciso VI, *c/c* o artigo 5º, *caput*, da aludida lei complementar, e 1º, do Decreto 4.489/2002).

6. As informações prestadas pelas instituições financeiras (ou equiparadas) restringem-se a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (artigo 5º, § 2º, da Lei Complementar 105/2001).

7. O artigo 6º, da lei complementar em tela, determina que: “Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.”

8. O lançamento tributário, em regra, reporta-se à data da ocorrência do fato ensejador da tributação, regendo-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada (artigo 144, *caput*, do CTN).

9. O artigo 144, § 1º, do *Codex Tributário*, dispõe que se aplica imediatamente ao lançamento tributário a legislação que, após a ocorrência do fato imponível, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

10. Consequentemente, as leis tributárias procedimentais ou formais, conducentes à constituição do crédito tributário não alcançado pela decadência, são aplicáveis a fatos pretéritos, razão pela qual a Lei 8.021/90 e a Lei Comple-

mentar 105/2001, por envergarem essa natureza, legitimam a atuação fiscalizatória/investigativa da Administração Tributária, ainda que os fatos imponíveis a serem apurados lhes sejam anteriores (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 806.753/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 22.08.2007, *DJe* 01.09.2008; EREsp 726.778/PR, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 14.02.2007, *DJ* 05.03.2007; e EREsp 608.053/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 09.08.2006, *DJ* 04.09.2006).

11. A razoabilidade restaria violada com a adoção de tese inversa conducente à conclusão de que Administração Tributária, ciente de possível sonegação fiscal, encontrar-se-ia impedida de apurá-la.

12. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º).

13. Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.

14. O suposto direito adquirido de obstar a fiscalização tributária não subsiste frente ao dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto.

15. *In casu*, a autoridade fiscal pretende utilizar-se de dados da CPMF para apuração do imposto de renda relativo ao ano de 1998, tendo sido instaurado procedimento administrativo, razão pela qual merece reforma o acórdão regional.

16. O Supremo Tribunal Federal, em 22.10.2009, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 601.314/SP, cujo *thema iudicandum* restou assim identificado: "For-

necimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao Fisco por meio de procedimento administrativo, sem a prévia autorização judicial. Art. 6º da Lei Complementar 105/2001”.

17. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.

18. Os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, *DJe* 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, *DJe* 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, *DJe* 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, *DJe* 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, *DJe* 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, *DJe* 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, *DJe* 29.09.2008).

19. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do *thema iudicandum*, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.

20. Recurso especial da Fazenda Nacional provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(RESP 200900670344, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, *DJe* DATA: 18/12/2009.)

Com base na movimentação bancária da apelada, a Administração efetuou Lançamento Tributário por considerar que houve

omissão de rendimentos na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda Pessoa Física, e conseqüente pagamento a menor da exação.

Cumpra que não se perca de vista que as relações tributárias devem se revestir de estrita legalidade por tratar da principal fonte de renda do erário, que não se olvide, é patrimônio público.

No caso, a sistemática de depósitos utilizada pela Apelada **não** está acobertada pelo manto da legalidade uma vez que os cheques recebidos das Seguradoras possuíam a inscrição “*Exclusivamente para depósito na conta bancária do beneficiário*” e foram emitidos nominalmente para os beneficiários, conforme se pode verificar dos documentos de fls. 214, 217, 220, 222, 232, 236, 24, 242, 244, 263, 265, 267, 279, 288, 292, 299, 302, 309, 313, 319, 323, 326, 330, 332, 333, 336, 340, 342, 343, 346, 348, 352, 360, 363, 365, 369, 375, 382, 385, 390, 394, 400, 406, 408, 412, 419, 439, 444, 446, 451, 460, 462, 465, 467, 470, 472, 475, 477, 488, 492, 499, 505, 510, 513, 523, 530, 531, 534, 537, 540, 542, 546, 550, 551 e 544.

Como se sabe, o cheque é um título de crédito e, assim, deve se submeter aos princípios cambiários, dentre eles o da Literalidade, segundo o qual deve valer o que nele está inscrito.

Desta forma, tenho como escorreita a omissão de rendimentos apontada pelo Fisco, cujo fundamento legal foi o art. 42, da Lei nº 9.430/96, *in verbis*:

Art.42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Há que se relembrar que a dívida ativa possui presunção de legitimidade e de veracidade, portanto, necessária seria a presença de prova irretorquível para que fosse elidida.

Com essas considerações, dou provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa necessária, por reconhecer a higi-

dez do lançamento tributário consubstanciado na Dívida Ativa nº 40.1.04.006072-54.

Translade-se cópia desta decisão para os autos da Execução Fiscal em apenso.

Condenação da apelada nos ônus da sucumbência, visto que se quedou inteiramente vencida na lide. 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 474.219-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO
Apelante: ENSINO SUPERIOR BUREAU JURIDICO S.A.
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. LÍTIO TADEU COSTA RODRIGUES DOS
SANTOS E OUTROS (APTE.)

**EMENTA: CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO CI-
VIL PÚBLICA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
INTERPOSTOS DA DECISÃO MONOCRÁTICA.
OMISSÃO INEXISTENTE. CARÁTER PROTELA-
TÓRIO. LEGALIDADE DA MULTA. ART. 538, PA-
RÁGRAFO ÚNICO DO CPC. INTERESSES INDI-
VIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE ATIVA
DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, PARA
PROPOR ACP EM CASO DE PROTEÇÃO A DI-
REITOS INDISPONÍVEIS DO PORTADOR DE
DEFICIÊNCIA. INTERESSE SOCIAL RELEVAN-
TE. ENSINO SUPERIOR. ALUNOS PORTADO-
RES DE DEFICIÊNCIA AUDITIVA. APOIO DE IN-
TÉRPRETE EM LÍNGUA DE SINAIS PARA
ACOMPANHÁ-LOS DURANTE AS AULAS E DE-
MAIS ATIVIDADES ACADÊMICAS. NECESSIDA-
DE.**

- Em face do caráter manifestamente protelatório do recurso, que cingiu-se a se manifestar acerca das mesmas questões discutidas no processo e ora aventadas na apelação, deve ser mantida a condenação da embargante/apelante a pagar a embargada multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 538, parágrafo único, do CPC.

- A suposta omissão da sentença se restringiria à “exclusão dos cadastros da demanda do nome de um dos advogados, que equivocadamente constou como causídico da universidade”, pedido que não tem qualquer relação com o mérito do acórdão embargado, e que foi formulado pela primeira vez no texto dos Embargos Declaratórios.

- Pedido que poderia ter sido formulado mediante simples petição a qualquer tempo, em nada interferindo no objeto da ação, restando clara a intenção do então embargante de fazer com que a matéria, pelo mérito, seja reexaminada, que não pode ocorrer nas vias estreitas dos embargos de declaração, sendo incabível ao juiz proferir um novo julgamento do tema trazido a lume, para modificar in totum a decisão proferida.

- Legitimidade do Ministério Público Federal. Medida que não se restringe a um aluno em específico, mas sim, a todo o universo de alunos, atuais e futuros, portadores de deficiência auditiva que, eventualmente, vierem a necessitar de atendimento especial na instituição educacional, de forma que resta configurada a proteção de direitos individuais homogêneos.

- O objeto da lide é o cumprimento, pela instituição de ensino promovida, da legislação pertinente aos portadores de deficiência, mais especificamente do disposto no art. 29 do Decreto nº 3.298/99 e no art. 2º, parágrafo único, b, da Por-

taria ME nº 1.679/99, para que a universidade disponibilize ao corpo discente que o necessitar, os serviços de um intérprete de Línguas Brasileira de Sinais - LIBRAS.

- O art. 2º da Portaria do MEC nº 3.284/2003 e do art. 27 do Decreto nº 3.298/99 (que regulamenta a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência prevista na Lei nº 7.853/89), instituem o dever legal de a apelante proporcionar, sempre que necessário, intérprete da língua de sinais - LIBRAS, entre outros recursos e profissionais, àqueles alunos portadores de deficiência auditiva que procederem à devida solicitação.

- A exigência de contraprestação financeira do estudante, além da mensalidade universitária, para a contratação de um profissional destinado a atender ao deficiente constituiria um óbice posto pela apelante para a integração do aluno na universidade, prejudicando seu desempenho escolar, em violação ao art. 17 da Lei nº 10.098/2000.

- Inexistência de criação de obrigações à Universidade por via oblíqua, como alega a apelante. Necessidade da Universidade obedecer princípios e regras que regulamentam a matéria e que a apelante, como realizadora de um serviço delegado pela União Federal, deve seguir.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, 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, 15 de dezembro de 2011 (data do julgamento).

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Apelação interposta em face de sentença que, em ação civil pública ajuizada em desfavor do Ensino Superior Bureau Jurídico Ltda., julgou procedente o pedido do Ministério Público Federal para que a instituição de ensino superior assegure aos alunos portadores de deficiência intérprete de Língua Portuguesa/Língua Brasileira de Sinais - LIBRAS, independentemente da cobrança de pagamento adicional pelos estudantes e também exclua de seus contratos as cláusulas que dispensem a Universidade de propiciar atendimento especial aos portadores de necessidades especiais ou que estabeleçam pagamento extra pelo atendimento diferenciado, condenando, ainda, a apelante ao pagamento de multa de 1% (um por cento) do valor da causa à ora apelante em face da interposição de embargos de declaração manifestamente protelatórios.

Em sua apelação, sustenta o Bureau Jurídico, em preliminar, a) o descabimento da multa aplicada em sede de embargos de declaração, afirmando que a sentença efetivamente apresentou omissões que motivaram o recurso, não havendo ainda interesse em procrastinar o feito por ser a ele o principal interessado na exclusão da obrigatoriedade de fornecimento de intérprete de LIBRAS a título gratuito aos estudantes; b) a afronta ao art. 535, II, do CPC, afirmando que houve negativa, pelo Juízo monocrático, do exame das omissões apontadas, requerendo a declaração de nulidade da sentença que decidiu os aclaratórios para a apreciação das omissões pelo Juiz Singular; c) a ilegitimidade do Ministério Público Federal para propor a presente ação, argumentando que esta visa apenas o benefício de apenas uma aluna (a Sra. Williane Virgínia Holanda de Souza), e, ainda que o objetivo ministerial fosse favorecer todos os alunos deficientes vinculados à instituição de ensino, ainda assim o MPF seria parte ilegítima, porque não se configuram os direitos individuais homogêneos e disponíveis que

caracterizam a propositura da ação civil pública; e d) inépcia da inicial em face da configuração de pedido genérico, ao invés de pedido certo e determinado, afirmando que se as necessidades do educando não se comportam à sua inserção na rede regular de ensino, devem ser criadas escolas especializadas, e não ser a instituição obrigada a fornecer profissionais com formação pertinente às deficiências dos alunos.

Com relação ao mérito, sustenta que a contratação de profissionais intérpretes de LIBRAS sem a exigência de contraprestação por parte dos alunos, afronta a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional no tocante à livre competência das unidades escolares para a fixação de seus serviços e à regulamentação de preços, sustentando a ausência de previsão legal que imponha a disponibilização de profissionais para atender à demanda de alunos com necessidades especiais.

Em suas contrarrazões, o MPF afirma, quanto às preliminares, a inexistência de omissão na sentença passível de oposição de embargos declaratórios, salientando que estes oram opostos com fins procrastinatórios, sendo cabível a multa pela litigância de má-fé.

No tocante à preliminar de ilegitimidade ativa do MPF, afirma que não se trata de direito individual, mas sim de proteção ao direito fundamental e universal de acesso à educação, pertencente a toda a coletividade, especialmente nos casos de portadores de deficiência.

Com relação à inépcia da inicial pelo pedido genérico, afirma que a petição inicial deixa claro o pedido, formulado em termos de tutela coletiva do acesso do deficiente à educação, não sendo necessário o MPF fiscalizar o ingresso de cada aluno na instituição.

Esclarece que a faculdade particular, como prestadora de serviço público, deve ser sujeitas às regras da administração, no tocante à fiscalização, regulamentação e controle, além de se submeterem aos princípios a ela inerentes, entre os quais o previsto no art. 208 da Constituição, no tocante ao acesso à educação mais elevada, sendo-lhe vedado inviabilizar, por qualquer meio, o acesso de pessoas com deficiência à educação superior, adotando exigências de caráter discriminatório - fls. 247/252-v.

Em seu parecer, a douta Procuradoria Regional da República reitera os argumentos das contrarrazões ministeriais, afirmando que a Lei nº 10.098/2000, determina a eliminação de barreiras na comunicação dos deficientes, impedindo a cobrança de taxa pela apelante para disponibilizar profissional especializado que ajude na inserção e no aprendizado dos alunos portadores de deficiência - fls. 259//268-v.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Com todo respeito aos entendimentos dissonantes, entendo que deva ser mantida a sentença. Explico.

No tocante ao pagamento de multa de 1% (um por cento) do valor da causa à ora apelante em face da interposição de embargos de declaração manifestamente protelatórios, penso que não assiste razão ao apelante.

Os embargos de declaração de fls. 195/199, são manifestamente protelatórios, vez que consistem em mera reiteração de alegações já rechaçadas pelo Órgão julgador, o que revela uma conduta questionável, por atentar contra o princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna), sem falar no desperdício de tempo e de material no exame e julgamento de recurso que já sido desafiado e que foi rechaçado, tempo esse que poderia ser utilizado no julgamento de um outro processo ou do recurso cabível, no caso, a apelação.

Desta forma, em face do caráter manifestamente protelatório do recurso, que cingiu-se a se manifestar acerca das mesmas questões discutidas no processo e ora aventadas na apelação, deve ser mantida a condenação da embargante/apelante a pagar a embargada multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 538, parágrafo único, do CPC.

No tocante à suposta afronta ao art. 535, II, do CPC, em face da negativa, do Juiz singular, do exame das omissões apontadas, melhor sorte não assiste à apelante.

Deveras não há omissão, contradição, ambigüidade ou obscuridade a justificar os presentes Declaratórios opostos pela apelante.

A suposta omissão restringiria à *“exclusão dos cadastros da demanda do nome de um dos advogados, que equivocadamente constou como causídico da universidade”*, pedido que não tem qualquer relação com o mérito do acórdão embargado, e que foi formulado pela primeira vez no texto dos embargos declaratórios.

O que se observa é que tal pedido, que poderia ter sido formulado mediante simples petição a qualquer tempo, nada interfere no objeto da ação, restando clara a intenção do então embargante de fazer com que a matéria, pelo mérito, seja reexaminada, que não pode ocorrer nas vias estreitas dos embargos de declaração, sendo incabível ao juiz proferir um novo julgamento do tema trazido a lume, para modificar *in totum* a decisão proferida, o que seria da competência deste Tribunal com a interposição do recurso cabível.

Além disso, observa-se que o pedido do embargante de exclusão do advogado era desnecessário, porque que, da certidão de intimação de fl. 207 nota-se que o advogado já não fazia parte dos cadastros relativos a este processo.

Ausente, pois, a alegada nulidade pela suposta afronta ao art. 535, II, do CPC.

Não vejo a alegada ilegitimidade do Ministério Público Federal para a proposição da presente ação.

Em que pese a demanda ter sido instaurada em face da necessidade de uma aluna com deficiência auditiva, o objeto da presente lide é no sentido de determinar-se o cumprimento, pela instituição de ensino promovida, da legislação pertinente aos portadores de deficiência, mais especificamente do disposto no art. 29 do Decreto nº 3.298/99 e no art. 2º, parágrafo único, *b*, da Portaria ME nº 1.679/99, para que a universidade disponibilize ao corpo discente que o necessitar, os serviços de um intérprete de Línguas Brasileira de Sinais - LIBRAS.

Desta forma, a medida judicialmente postulada, nestes autos, não se restringe a um aluno em específico, mas sim, a todo o

universo de alunos, atuais e futuros, que, eventualmente, vierem a necessitar de atendimento especial na instituição educacional, de forma que resta configurada a proteção de direitos.

Contrariamente ao alegado pela apelante, não há inépcia da inicial em face da configuração de pedido genérico, ao invés de pedido certo e determinado.

Os pedidos do MPF, formulados na petição inicial, são bem específicos:

3. A confirmação da tutela antecipatória, com a expedição de preceito mandamental dirigido à ré no sentido de garantir e propiciar aos alunos portadores de deficiência, sem exigência de pagamento adicional, intérpretes de LIBRAS e outros profissionais necessários à inserção desses alunos ao processo de aprendizagem e demais atividades curriculares.

4. Expedição de preceito mandamental dirigido à ré, no sentido de que retire dos contratos formulados com seus alunos todas as cláusulas eximindo a contratada de propiciar o atendimento especial aos portadores de necessidades especiais previsto em lei, bem como as que exijam pagamento por tal tipo de atendimento diferenciado - fls. 16/17.

No mérito, observo que o interesse maior da presente ação, embora presente demanda tenha sido instaurada em face da necessidade de uma aluna com deficiência auditiva, o objeto da presente lide é a proteção de interesses difusos, no intuito de que os estudantes atuais e futuros portadores de deficiência tenham garantidos os requisitos mínimos de acessibilidade ao ensino.

O art. 208, III e V, da Constituição Federal garante a permanência na escola (sentido lato) de qualquer aluno, garantindo a eles acesso ao nível mais elevado de ensino, incluídos aqueles com deficiência.

A apelante, como instituição privada de ensino, integra o sistema federal de educação (art. 16, II, da Lei nº 9.394/96 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação), sendo delegatária da União (art. 209, I, da Constituição Federal), devendo submeter-se às regras e princípio relativos à educação, especialmente no tocante ao atendi-

mento educacional especializado aos portadores de deficiência, consoante norma expressa da referida Lei (art. 59, III), que garante uma série de direitos educacionais aos portadores de deficiência, indicando, entre os vários direitos, o apoio especializado a suas peculiaridades.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/96), em seu art. 58, § 1º, estabelece que “haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender as peculiaridades da clientela de educação especial”.

Além disso, da leitura do art. 2º da Portaria do MEC nº 3.284/2003 e do art. 27 do Decreto nº 3.298/99 (que regulamenta a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência prevista na Lei nº 7.853/89) depreende-se o dever legal da apelante proporcionar, **sempre que necessário**, intérprete da língua de sinais - LIBRAS, entre outros recursos e profissionais, àqueles alunos que procederem à devida solicitação.

Transcrevo-os para melhor entendimento:

Art. 2º A Secretaria de Educação Superior, com apoio técnico da Secretaria de Educação Especial, estabelecerá os requisitos de acessibilidade, tomando-se como referência a Norma Brasil 9050, da Associação Brasileira de Normas Técnicas, que trata da Acessibilidade de Pessoas Portadoras de Deficiências a Edificações, Espaço, Mobiliário e Equipamentos Urbanos.

§ 1º (...)

III - quanto a alunos portadores de deficiência auditiva, compromisso formal da instituição, no caso de vir a ser solicitada e até que o aluno conclua o curso:

- a) de propiciar, **sempre que necessário**, intérprete de língua de sinais/língua portuguesa, especialmente quando da realização e revisão de provas, complementando a avaliação expressa em texto escrito ou quando este não tenha expressado o real conhecimento do aluno;
- b) de adotar flexibilidade na correção das provas escritas, valorizando o conteúdo semântico;
- c) de estimular o aprendizado da língua portuguesa, principalmente na modalidade escrita, para o uso de vocabulário pertinente às matérias do curso em que o estudante estiver matriculado;

d) de proporcionar aos professores acesso a literatura e informações sobre a especificidade linguística do portador de deficiência auditiva.

§ 2º A aplicação do requisito da alínea a do inciso III do parágrafo anterior, no âmbito das instituições federais de ensino vinculadas a este Ministério, fica condicionada à criação dos cargos correspondentes e à realização regular de seu provimento.

Art. 27. As instituições de ensino superior deverão oferecer adaptações de provas e os apoios necessários, previamente solicitados pelo aluno portador de deficiência, inclusive tempo adicional para realização das provas, conforme as características da deficiência.

§ 1º As disposições deste artigo aplicam-se, também, ao sistema geral do processo seletivo para ingresso em cursos universitários de instituições de ensino superior.

Observa-se, portanto, que a instituição de ensino tem o dever de proceder à contratação do profissional requisitado, nos termos do artigo *supra*, ainda que devido ao caráter excepcional e eventual da requisição, quando os alunos portadores de necessidades especiais solicitarem, a fim de garantir-lhes o pleno acesso à educação.

Considero inaceitáveis as alegações da apelante de que a contratação de um intérprete de Línguas Brasileiras de Sinais - LIBRAS, sem a contraprestação do aluno inviabilizaria o funcionamento da universidade.

A Lei nº 10.098/2000, em seus arts. 2º, II, *d* e 17, determina que sejam eliminadas as barreiras para a comunicação dos deficientes e na sua integração na sociedade, *verbis*:

Art. 2º Para os fins desta Lei são estabelecidas as seguintes definições:

(...)

II - barreiras: qualquer entrave ou obstáculo que limite ou impeça o acesso, a liberdade de movimento e a circulação com segurança das pessoas, classificadas em:

(...)

d) barreiras nas comunicações: qualquer entrave ou obstáculo que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens por intermédio dos meios ou sis-

temas de comunicação, sejam ou não de massa;
(...)

Art. 17. O Poder Público promoverá a eliminação de barreiras na comunicação e estabelecerá mecanismos e alternativas técnicas que tornem acessíveis os sistemas de comunicação e sinalização às pessoas portadoras de deficiência sensorial e com dificuldade de comunicação, para garantir-lhes o direito de acesso à informação, à comunicação, ao trabalho, à educação, ao transporte, à cultura, ao esporte e ao lazer.

A exigência de contraprestação financeira do estudante, além da mensalidade universitária, para a contratação de um profissional destinado a atender ao deficiente constituiria um óbice posto pela apelante para a integração do aluno na universidade, prejudicando seu desempenho escolar, em violação ao art. 17 da referida Lei.

Nem se argumente de que a contratação de profissional de LIBRAS sem contraprestação financeira da beneficiada causaria a impossibilidade de funcionamento da Universidade.

Como bem indicado na representação ao MPF, outras instituições de ensino universitário (UNICAP, FIR, FUNESO FAFIRE, FAPE, etc) disponibilizam profissional de LIBRAS para a comunicação interativo do estudante portador de deficiência e nem por isso têm prejuízo ou impossibilidade na realização de sua atividade educacional.

Não há, portanto, a criação de obrigações à Universidade por via oblíqua, como alega a apelante. Trata-se de obediência aos princípios e regras que regulamentam a matéria e que a apelante, como realizadora de um serviço delegado pela União Federal, deve seguir.

Sobre a matéria, esse é o posicionamento dos Tribunais Regionais Federais:

ENSINO SUPERIOR. ALUNA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA AUDITIVA. PRETENSÃO DA ALUNA DE OBTER APOIO DE INTÉRPRETE EM LÍNGUA DE SINAIS, PARA ACOMPANHÁ-LA DURANTE AS AULAS E DEMAIS ATIVIDADES ACADÊMICAS. POSSIBILIDADE.

1. Consiste em dever constitucional do Estado ofertar a educação escolar às pessoas que requerem cuidados especiais (CF, art. 208, inciso III) .

2. A impetrante é deficiente auditiva, portadora de surdez profunda bilateral congênita, razão pela qual, necessita de um intérprete em LIBRAS - Língua Brasileira de Sinais, a fim de viabilizar a realização de seus estudos no curso superior de Pedagogia.

3. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/96), em seu art. 58, § 1º, dispôs que “haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender as peculiaridades da clientela de educação especial”.

4. O Ministério de Estado da Educação, considerando “a necessidade de assegurar aos portadores de deficiência física e sensorial condições básicas de acesso ao ensino superior”, editou a Portaria nº 1.679/99, revogada pela Portaria 3.284/03, que incorporou em seu texto a mesma norma no sentido de determinar que nos instrumentos destinados a avaliar as condições de oferta de cursos superiores, para fins de sua autorização e reconhecimento, haverá a inclusão de requisitos de acessibilidade.

5. A mencionada portaria não restringiu o acompanhamento de um intérprete em LIBRAS, quando da realização e revisão de provas, restando, portanto, patente o direito vinculado.

6. Remessa oficiali improvida.

(TRF 1ª Região, REOMS 2005.38.00.012888-4/MG, Des. Fed. Selene Maria de Almeida, DJ de 09/04/2007, p. 149).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. ALUNA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA AUDITIVA. PRETENSÃO DA ALUNA DE OBTER APOIO DE INTÉRPRETE EM LÍNGUA DE SINAIS PARA ACOMPANHÁ-LA DURANTE AS AULAS E DEMAIS ATIVIDADES ACADÊMICAS. POSSIBILIDADE.

1. É dever do Estado ofertar educação escolar às pessoas portadoras de deficiência (CF, art. 208, inciso III), propiciando, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades dessa clientela (Lei 9.394/96, art. 58, § 1º). No plano infralegal, a Portaria/MEC nº 1.679/99, em vigor na época em que foi concedida a autorização para o funcionamento do

curso de Fisioterapia ministrado pela apelante, do qual a recorrida é aluna, exigia compromisso formal da instituição de proporcionar, caso fosse solicitada, intérpretes de língua de sinais (art. 2º, parágrafo único, alínea c).

2. Desse modo, a apelada, que é portadora de surdez profunda bilateral congênita (deficiência auditiva) e que, em razão disso, tem tido dificuldades para acompanhar as aulas e demais atividades acadêmicas, deve ter o apoio de um intérprete em LIBRAS - Língua Brasileira de Sinais, a fim de viabilizar a continuação de seus estudos no curso superior de Fisioterapia.

3. Apelação e remessa *ex officio* improvidas.

(TRF 1ª Região, AMS 2003.38.00.053317-2/MG, Des. Fed. Fagundes de Deus, DJ de 24/02/2005, p. 42)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA VISANDO À CONTRATAÇÃO E À DISPONIBILIZAÇÃO DE INTÉRPRETE NA LINGUAGEM DA LÍNGUA BRASILEIRA DE SINAIS - LIBRAS. CONCESSÃO DO AMPARO MANDAMENTAL.

Além de reconhecer a obrigação imposta pela Lei 10.098/00 e pelo Decreto 5.626/05, a universidade impetrada deve disponibilizar ao impetrante intérprete da LIBRAS, de modo a afastar prejuízo ao seu desempenho estudantil.

(TRF 4ª Região, APELREEX 200870000173655/PR, Rel. Des. Federal VALDEMAR CAPELETTI, julg. 12.08.2009, publ. DJe 24.08.2009)

Deve, portanto, ser cumprida, pela instituição de ensino recorrente, a legislação pertinente aos portadores de deficiência, mais especificamente do disposto no art. 29 do Decreto nº 3.298/99 e no art. 2º, parágrafo único, *b*, da Portaria ME nº 1.679/99, para que a universidade disponibilize ao corpo discente os serviços de um intérprete de Línguas Brasileira de Sinais - LIBRAS, sempre que necessários.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 496.615-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES

Apelante: MUNICÍPIO DE MACEIÓ - AL, MUNICÍPIO DE UNIÃO DOS PALMARES - AL, MUNICÍPIO DE ARAPIRACA - AL, ESTADO DE ALAGOAS, MUNICÍPIO DE SÃO MIGUEL DOS CAMPOS - AL E MUNICÍPIO DE PALMEIRA DOS ÍNDIOS - AL

Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

Advs./Procs.: DRs. FERNANDO SÉRGIO TENÓRIO DE AMORIM E OUTROS, RUBENS MARCELO PEREIRA DA SILVA E OUTROS, JOSÉ SOARES DA SILVA E OUTROS, MÁRIO HENRIQUE MENEZES CALHEIROS E OUTROS, DAVID ARAÚJO PADILHA E OUTROS E ALDO DE SÁ CARDOSO NETO E OUTROS

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÕES INTERPOSTAS CONTRA SENTENÇA QUE IMPÔS ÀS MUNICIPALIDADES DISPONIBILIZAR LEITOS SUFICIENTES DE UTI NEONATAL E UCI A TODOS OS RECÉM-NASCIDOS NO ESTADO DE ALAGOAS QUE DELES NECESSITAREM. DIREITO À SAÚDE.

- Possibilidade do Poder Judiciário atender apenas às situações individuais de preservação desse núcleo essencial. Não pode o Poder Judiciário “substituir” o Executivo, determinando quais medidas político-sociais deve este implementar, sob pena de clara ofensa ao princípio da separação e independência dos Poderes Constitucionais (art. 2º da CR/88).

- Inobstante a garantia constitucional do direito à saúde, há de ser observado o princípio da reserva do possível. Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

- Apelações providas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 15 de dezembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Trata-se de apelações interpostas contra sentença da lavra do MM. Juiz da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Alagoas, Dr. Sérgio José Wanderley de Mendonça, que assim dispõe na sua parte dispositiva:

Em face do exposto, confirmo e reitero, na íntegra, a decisão concessiva de todos os pedidos antecipatórios, julgando totalmente procedente a pretensão autoral, devendo os réus proceder em estreita observância do que preceitua a Portaria MS/GM 1.101, de 12 de junho de 2002, bem como o estabelecido no Plano Diretor de Regionalização das Ações de Saúde em Alagoas - PDR, aprovado em 2001 pela Comissão Intergestora Bipartite de Alagoas (Resolução CIB nº 45/2001) e pela Comissão Tripartite do Ministério da Saúde em 2002 (Portaria GH 776, de 17.04.02) e demais legislações correlata.

Às fls. 2664/2683, o Município de Maceió interpôs recurso de apelação, sustentando, resumidamente, que as determinações impostas pela sentença fogem aos estritos limites da legalidade, norteadora dos atos da Administração Pública. Afirma que a aquisição de medicamentos e leitos hospitalares é tarefa complexa que torna imprescindível a realização de certame licitatório, que não se irá concluir em prazo exíguo. Sustenta ainda a discricionariedade da Administração em relação ao orçamento público.

Às fls. 2684/2695, o Município de União dos Palmares/AL interpôs recurso de apelação, afirmando ser imprescindível grande aporte de recursos financeiros, visto que a implantação desses setores exige um somatório de requisitos que deverão ser observados. Afirma que os municípios dependem de recursos provenientes da União e do Estado para implementar ações na área de saúde, não apresentando suficiência financeira para custear a construção de leitos de UTI's e UCI's neonatal e pediátrica, bem como todo o aparato necessário ao funcionamento destes sem a ajuda de outros entes federados.

Às fls. 2696/2720, o Município de Arapiraca/AL interpôs recurso de apelação, sustentando, preliminarmente, a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da presente demanda, sob o argumento de que a gestão da política de alta complexidade/custo é do gestor estadual. No mérito, argumenta que deve ser levada em conta a situação financeira e a possibilidade de disponibilização dos recursos por parte dos demais entes federados. Aduz ainda que a manutenção da sentença implica em ofensa ao princípio da separação dos poderes (art. 2º da CR/88). Invoca o princípio da reserva do possível.

Às fls. 2721/2730, o Estado de Alagoas interpôs recurso de apelação pugnando pela harmonia entre os princípios constitucionais, valorando, *in casu*, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e a reserva do possível na atuação administrativa. Alega que, da sua parte, não há omissão ou negligência em relação aos cuidados com a saúde dos neonatos, uma vez que vem instalando tantos leitos quanto forem possíveis, de acordo com os recursos disponíveis.

Às fls. 2731/2741, o Município de São Miguel dos Campos/AL interpôs recurso de apelação, invocando a aplicação dos princípios da separação dos poderes, da reserva do possível, da razoabilidade e da proporcionalidade. Afirma que a implantação dos leitos de UCI e UTI Neonatal necessitam de elevado montante financeiro, visto que tal implantação não requer somente a aparelhagem, mas também a capacitação de pessoal especializado nesse tipo de atendimento, o que se torna inviável tal dispêndio tão somente através dos cofres municipais.

Às fls. 2743/2753, o Município de Palmeira dos Índios/AL interpôs recurso de apelação, pugnando para que sejam observados os princípios constitucionais da independência dos poderes e da reserva do possível. Afirma que a Lei Complementar nº 101/2000 impõe requisitos específicos para hipótese de criação de despesas de caráter continuado, e que a obrigação imposta na sentença é de tal caráter, pois o Município deverá arcar com as despesas decorrentes da implementação de todos os serviços de saúde objeto da condenação.

Contrarrazões apresentadas pelo Ministério Público Federal às fls. 2765/2777.

Às fls. 2785/2789, parecer da Procuradoria Regional da República opinando para que sejam os recursos conhecidos e parcialmente providos, apenas para que a condenação, respeitando o princípio orçamentário e a reserva do possível, seja cumprida de forma partilhada em duas parcelas iguais no prazo de dois anos, contando a partir do exercício seguinte ao seu trânsito em julgado.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Os municípios de Maceió, Arapiraca, União dos Palmares, São Miguel dos Campos, Palmeira dos Índios e o Estado de Alagoas apelam de sentença que, em sede de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público daquele Estado, determinou aos réus a tomarem as providências no sentido de disponibilizar leitos suficientes de UTI Neonatal e UCI a todos os recém-nascidos do Estado de Alagoas que deles necessitarem.

Como todas as apelações alegam, praticamente, nos mesmos fundamentos, analiso-as conjuntamente.

É fato que a Constituição da República erigiu o direito à saúde à categoria de direito fundamental, estatuindo em seu art. 196 que *“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de*

doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Antenados com a vontade do Constituinte, os tribunais brasileiros vêm, nos últimos tempos, dando maior concretude a tal direito, impondo ao administrador público a tarefa de garantir, de forma concreta, a preservação do direito fundamental subjetivo à saúde.

Entretanto, não há norma constitucional absoluta: a Constituição busca também que sua aplicação seja de forma a conciliar seus mais diversos princípios, sejam eles explícitos ou implícitos.

Sobre esses princípios, várias das apelações suscitaram, dentre outros, que fosse o presente caso julgado à luz dos seguintes princípios: da razoabilidade; da proporcionalidade; da autonomia dos Poderes Constitucionais; e o principal para o deslinde da presente questão, que é o da reserva do possível.

Sobre o princípio da autonomia dos Poderes Constitucionais, explicitamente velado no art. 2º da Carta Magna, tenho entendido que a preservação do núcleo essencial mínimo do direito fundamental público subjetivo à saúde, quando se está diante de situação de risco grave à integridade física e/ou à vida, com a imposição ao Poder Público de prática de ato concreto de fornecimento de medicamento e/ou tratamento de saúde, não representa ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes, vez que a medida judicial específica visa, apenas, atender à situação individual de preservação desse núcleo essencial referida.

Ou seja, diante de situações concretas que são levadas à apreciação do Judiciário, cabe a este adotar as medidas possíveis a fim de tutelar o(s) direito(s) supostamente violado(s), conforme art. 5º, inc. XXXV, da CR/88. Porém, não pode o Poder Judiciário “substituir” o Executivo, determinando quais medidas político-sociais deve este implementar, sob pena de clara ofensa ao princípio da separação e independência dos Poderes Constitucionais (art. 2º da CR/88).

Assim entendeu o Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da ADI nº 183 (julg. em 07/08/1997):

Separação e independência dos Poderes: critério de identificação do modelo positivo brasileiro. O princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal apriorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República.

Na situação aqui trazida, o *Parquet* visa obter provimento judicial que imponha o Poder Público a proceder à implantação de equipamentos de saúde de alto custo e complexidade para as edificações. Louvável a atuação dos Ministérios Públicos autores, cuja legitimidade para tanto deriva diretamente do texto constitucional (art. 129, II, III, VI, CR/88). Porém, há de ser observado o princípio da reserva do possível.

O pedido estampado na inicial, totalmente acolhido pelo julgador *a quo*, tem por objeto “*a implantação de leitos de UTI Neonatal e UCI a todos os recém-nascidos do Estado de Alagoas que deles necessitarem [...]*”. Ocorre que, além do alto custo da aparelhagem a ser adquirida, há também a demanda por contratação e capacitação de pessoal para operar tais equipamentos, o que não tem como ocorrer em prazo exíguo.

Não se está aqui afirmando a irresponsabilidade do Poder Público em prover meios que garantam o direito fundamental à saúde, apenas entendo que devem ser cuidadosamente observados os meios de atingir tal finalidade, que é a proteção à saúde coletiva. Colaciono trecho do Parecer nº 2837/2011, da Procuradoria Regional da República desta região (fl. 2789):

[...] Por força disso, urge que os entes envolvidos no dever de prestar saúde, através do SUS, planejem as ações necessárias para a otimização dos serviços, desenvolvendo-as no tempo previsto, para, com isso, fazer com que o dispositivo constitucional tenha relevante eficácia.

No entanto, quando os entes estatais se omitem e deixam a população ao léu, é evidente o interesse do Ministério

Público a que esse interesse difuso seja concretizado em casa indivíduo que necessita do serviço, razão pela qual se apresenta legítima, em casos tais, a provocação da função jurisdicional, do mesmo modo como também é legítimo o controle realizado pelo Poder Judiciário.

As providências administrativas buscadas na inicial, que tiveram por base estudos especializados demonstrativos de sua necessidade, no entanto, exigem recursos e autorização orçamentária que, é fácil presumir, superam as previsões legais para sua prestação em cada exercício, de modo que, com observância do princípio orçamentário e respeitando a “reserva do possível”, devem ser concretizadas ao longo de um tempo razoável, mesmo porque devem ser devidamente planejadas.

Assim, em observância ao princípio da reserva do possível, segundo o qual os entes públicos devem fornecer um serviço que atenda as necessidades sociais em conformidade com suas disponibilidades orçamentárias, reconheço a impossibilidade do Judiciário impor à Administração Pública a aquisição dos aparelhos de alto custo/complexidade requeridos na inicial.

Ante o exposto, dou provimento às apelações.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 498.117-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: PAULO CAUBY BATISTA LIMA
Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. PAULO CAUBY BATISTA LIMA E OUTRO (APTE.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CONTRA SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE A AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRA-

DITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NÃO CONFIGURADA. PROVA EMPRESTADA SUFICIENTE PARA ELUCIDAÇÃO DOS FATOS.

- Agente público que fornecia informações sigilosas da Polícia Federal a particulares. Advocacia administrativa. Incidência do art. 11, caput, e inc. I e III da Lei nº 8.429/92.

- Não se justifica a aplicação das sanções do art. 12, inc. III, da Lei nº 8.429/92 em seu grau máximo. Redução para 10 (dez) vezes o valor da remuneração percebida pelo Delegado da Polícia Federal a título da multa civil a ser paga.

- Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 6 de dezembro 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 procedentes os pedidos, aplicando ao Delegado de Polícia Federal Paulo Cauby Batista Lima as sanções da Lei nº 8.429/92, consistente na proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios fiscais ou creditícios, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos; suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 (cinco) anos; multa civil a ser paga no valor de 100 (cem) vezes a remuneração percebida por Delegado de Polícia Federal; além da perda do cargo exercido pelo demandado.

Às fls. 2701/2859 o demandado interpôs recurso de apelação, acompanhado dos documentos de fls. 2860/3033.

O apelante sustenta, preliminarmente, violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, já que não foi realizada a instrução probatória por ele requerida às fls. 2628/2634. No mérito, aduz a ilegalidade da violação do sigilo de comunicação de dados, sustentando ser ilegal a busca e apreensão decretada para fins de instrução da ação penal a que respondia. Afirma que inexistente comprovação de que tenha incorrido na prática de advocacia administrativa e de que tenha vazado informações sigilosas atinentes à função. Ao final, pugna para que seja provido o recurso de apelação, ou, alternativamente, que haja melhor dosimetria na aplicação das sanções.

Às fls. 3036/3049 e 3051/3058, o Ministério Público Federal e a União apresentaram, respectivamente, contrarrazões à apelação, pugnando pelo desprovimento do recurso.

Às fls. 3102/3110, parecer da Procuradoria Regional da República opinando pelo desprovimento da apelação.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

O Ministério Público Federal propôs a presente ação civil pública por ato de improbidade administrativa em desfavor do Delegado de Polícia Federal Paulo Cauby Batista Lima, no intuito de vê-lo condenado nas sanções do art. 12, inc. III, da Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa.

Preliminarmente, não vislumbro qualquer violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Com efeito, embora a parte tenha manifestado a intenção de produzir novas provas em juízo (fls. 2628/2634), percebe-se que as diligências ali requeridas já se encontram suficientemente demonstradas por meio da cópia integral do PAD nº 15/03-SR/DPF/CE, bem como de provas produzidas no âmbito da Ação Penal Pública nº 2003.81.00.018218-4.

Assim entendeu o MM. sentenciante (fls. 2684/2685):

1. Das provas requeridas pelo Ministério Público Federal e pela defesa

Inicialmente, entendo que o conjunto probatório já constante dos autos configura-se suficiente à formação do convencimento acerca do ato de improbidade administrativa atribuído ao réu Paulo Cauby Batista Lima.

Com efeito, a documentação trazida à lume tanto pela parte autora quanto pelo réu mostra-se satisfatória e razoável para a formação da convicção deste magistrado.

Desse modo, entendo que a produção das provas requeridas pelo MPF e pelo réu, além daquelas que já foram produzidas nos autos, faz-se desnecessária, **configurando-se em mera protelação da fase instrutória. Assim, seu indeferimento não traz qualquer prejuízo para a apuração da verdade substancial, dizendo respeito a questões periféricas.**

Assim, passo ao exame do mérito.

2. Da prova emprestada

As provas nas quais se baseia o Ministério Público Federal para a propositura da presente demanda foram produzidas no âmbito da Ação Penal Pública nº 2003.81.00.018218-4, ajuizada perante a 11ª Vara Federal desta Seção Judiciária.

Apesar de a instrução probatória não ter tido lugar nos autos desta ação, mas na referida ação penal pública, verifico que, na verdade, este magistrado está diante de uma prova emprestada, tendo em vista que foi produzida em outra ação judicial, com a observância do contraditório e da ampla defesa naquela ação (v. fls. 2674/2677). Além disso, vislumbro a identidade total das partes que compõem ambos os processos e aponto que os dois tratam da mesma situação fática.

Desse modo, aproveito integralmente a documentação de fls. 17/423, que passam a configurar prova emprestada.

Entendo razoáveis tais fundamentos, acostando-me inteiramente a eles, pelo que rejeito as preliminares.

Da análise do vasto acervo documental que integra os presentes autos, constata-se que o réu, ora apelante, incorreu na prática de atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública.

As mensagens eletrônicas encontradas no computador apreendido denotam a existência de diálogo entre o Sr. Alexander Diógenes e o titular da conta de correio eletrônico “irmaodobaixinho@ig.com.br”.

O teor de tais mensagens revela a ocorrência de vazamento de informações sigilosas ao Sr. Alexander Diógenes, uma vez que os e-mails contêm dados relevantes a respeito de investigações realizadas em seu desfavor pelo Departamento de Polícia Federal no Ceará. Através de diligências realizadas por Agentes de Polícia Federal, descobriu-se que o registro da conta de e-mail “irmaodo baixinho@ig.com.br” ocorreu em um computador cujo endereço IP correspondia a uma máquina pertencente ao Departamento de Polícia Federal no Ceará. Além disso, averiguou-se que o IP utilizado para acessar referida conta estava alocado a Sra. Wilma Batista Siqueira de Lima, esposa do demandado.

Desse modo, os seguintes fatos restam evidenciados: 1) o conteúdo das mensagens eletrônicas demonstra claramente o vazamento de informações privilegiadas sobre a atuação do DPF no Ceará ao Sr. Alexander Diógenes; 2) o IP utilizado para o cadastro da conta de e-mail “irmaodobaixinho@ig.com.br” pertence ao DPF no Ceará; e 3) o IP utilizado para acessar a referida conta de e-mail pertence à esposa do demandado, que à época dos fatos ocupava o cargo de Delegado de Polícia Federal no Departamento de Polícia Federal no Ceará.

Não há que se falar em violação ao direito fundamental à inviolabilidade do domicílio e da comunicação de dados, eis que devidamente fundamentada a decisão judicial de busca e apreensão. Nesse sentido, transcrevo trecho do parecer da Procuradoria da República (fl. 3107):

A norma constitucional em questão, por conseguinte, não abrange o registro dos dados, por exemplo, e-mails armazenados em uma máquina apreendida legitimamente em virtude de ordem judicial, mas sim a interceptação não autorizada desses registros quando da comunicação intersubjetiva, o que não se verificou, neste caso.

Restam, pois, provadas a materialidade e a autoria dos fatos. Com efeito, o demandado, titular da referida conta de endereço

eletrônico, elaborou e enviou as mensagens remetidas ao Sr. Alexander Diógenes, contendo informações de caráter sigiloso referentes a investigações desenvolvidas pela Polícia Federal no Ceará, mormente aquelas em desfavor do destinatário de tais e-mails.

Tais condutas amoldam-se perfeitamente ao disposto no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

[...]

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

[...]

Nesse sentido, colaciono jurisprudência deste eg. Tribunal nesse sentido:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDEPENDÊNCIA ENTRE A INSTÂNCIA CÍVEL E A PENAL. PRÁTICA DE ATOS TIPIFICADOS COMO CORRUPÇÃO PASSIVA E ADVOCACIA ADMINISTRATIVA. EXISTÊNCIA DE PROVAS PARA CONDENAÇÃO. SANÇÕES. PROPORCIONALIDADE COM OS ILÍCITOS. IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO.

- A ação de improbidade administrativa tem natureza cível, pelo que o princípio da independência entre as instâncias cível e penal apenas não poderia ser aplicado se o réu houvesse sido absolvido no processo-crime por inexistência do fato ou negativa de autoria (art. 935 do Código Civil e art. 66 do Código de Processo Penal). Hipótese na qual o processo-crime contra o réu ainda está em tramitação na Justiça Militar.

- Há nos autos provas de que o réu, militar lotado na Divisão de Inativos e Pensionistas da 7ª Região Militar do Exército Brasileiro, solicitou e recebeu vantagens financeiras de pretensos beneficiários de ex-combatentes para dar andamento mais celeridade aos respectivos procedimentos administrativos e indicou aos interessados um supos-

to advogado a fim de que representasse os interesses dos mesmos junto ao órgão em que trabalhava.

- As sanções aplicadas – perda do cargo público, multa civil de R\$ 10 mil e proibição de contratar ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos – guardam relação de proporcionalidade com a gravidade dos atos ilícitos praticados.

- Apelação improvida.

(TRF 5ª Região - Segunda Turma. AC478724. Rel. Des. Fed. Rubens de Mendonça Canuto (Conv.). DJe de 16/06/2011)

Ademais, ressalte-se que foram encontrados entorpecentes e armas sem registro na residência do réu, o que faz incidir o disposto no *caput* do dispositivo legal supratranscrito, consistente na deslealdade às instituições, por ser absolutamente anormal que um Delegado da Polícia Federal tenha em seu poder tais objetos.

No que se refere à dosimetria das sanções, vale ressaltar que, na fixação das penas previstas na LIA, o julgador deve levar em conta a extensão do dano causado. As condutas praticadas pelo réu, ora apelante, favoreciam organizações criminosas, consistentes no fornecimento de informações sigilosas da Polícia Federal, denotando gravidade e representando perigo a toda coletividade. Contudo, no caso em análise, entendo que não se justifica a aplicação das sanções do art. 12, inc. III, da Lei nº 8.429/92 em seu grau máximo, razão pela qual reduzo para 10 (dez) vezes o valor da remuneração percebida pelo Delegado da Polícia Federal a título da multa civil a ser paga.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação, apenas para reduzir o valor da multa civil na forma acima estipulada.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 514.667-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelante: ASSOCIAÇÃO CEARENSE DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO - ACERT
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ AFRO LOURENÇO FERNANDES E OUTROS (APTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO PELO STF. COMPENSAÇÃO. VEICULAÇÃO OBRIGATÓRIA DE PROPAGANDA ELEITORAL E PARTIDÁRIA GRATUITA. LEIS NºS 9.096/95 E 9.504/97. DECRETO Nº 5.331/05. INEXISTÊNCIA DE EXTRAPOLAÇÃO NA REGULAMENTAÇÃO.

*- **Apelação contra sentença que julgou improcedente pedido para declarar a ilegalidade do Decreto nº 5.331/2005, sendo autorizada às radio difusoras afiliadas a compensação fiscal integral e irrestrita dos créditos decorrentes da veiculação obrigatória de propaganda eleitoral e partidária gratuita.***

*- **O Pretório Excelso, em recente julgamento (RE nº 566621/RS, julgado em 04/08/20110 e publicado no DJe 11/10/2011), decidiu acerca da aplicação da prescrição de 5 anos estabelecida pela LC nº 118/05 às ações ajuizadas após a sua vacatio legis.***

*- **A insigne Relatora, Min^a Ellen Gracie, destacou no voto que “vencida a vacatio legis de 120 dias, é válida a aplicação do prazo de cinco anos às ações ajuizadas a partir de então, restando inconstitucional apenas sua aplicação às ações ajuizadas anteriormente a esta data”.***

*- **Tendo a ação ordinária sido ajuizada em 19/11/2009 e almejando-se a restituição/compensação de valores indevidamente pagos, estão prescri-***

tos os créditos anteriores a 19/11/2004.

- As Leis nºs 9.096/95 e 9.504/97 dispuseram sobre a possibilidade de compensação fiscal pela cedência do horário para a propaganda, sem pormenorizar a forma como tal direito poderia ser exercido.

- O art. 52, parágrafo único, da Lei nº 9.096/95 e o art. 99 da Lei nº 9.504/97 dispuserem que: “as emissoras de rádio e televisão terão direito a compensação fiscal pela cedência do horário gratuito previsto nesta Lei”.

- Ao regulamentar os referidos dispositivos, o Decreto nº 5.331/2005 permitiu a exclusão do lucro líquido, na apuração do imposto de renda, de determinado percentual, para a realização da compensação fiscal prevista nas normas supracitadas. O decreto impugnado está claramente em consonância com as leis que regulamenta, não havendo que se falar em excesso na regulamentação.

- Apelação não provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 15 de dezembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Cuida-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedente pedido para declarar a ilegalidade do Decreto nº

5.331/2005, sendo autorizada às radiodifusoras afiliadas a compensação fiscal integral e irrestrita dos créditos decorrentes da veiculação obrigatória de propaganda eleitoral e partidária gratuita.

Nas razões recursais, alega-se:

a) a falta de motivação da sentença com relação ao acolhimento parcial da prejudicial de prescrição;

b) que deve ser declarado ilegal o Decreto nº 5.331/05, por extrapolar os limites da regulação dos dispositivos do Parágrafo único do art. 52 da Lei nº 9.096/95 – Lei dos Partidos Políticos – e do art. 99 da Lei nº 9.504/97 – Lei das Eleições;

c) a inexistência de prescrição quinquenal, por estarem os créditos sujeitos à sistemática anterior à vigência da LC nº 118/05.

Por fim, postula o provimento do apelo, a de fim de que seja julgado procedente o pleito formulado na exordial.

Contrarrazões apresentadas pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Em exame apelação interposta contra sentença que julgou improcedente pedido para declarar a ilegalidade do Decreto nº 5.331/2005, sendo autorizada às radio difusoras afiliadas a compensação fiscal integral e irrestrita dos créditos decorrentes da veiculação obrigatória de propaganda eleitoral e partidária gratuita.

Nas razões recursais, alega-se:

a) a falta de motivação da sentença com relação ao acolhimento parcial da prejudicial de prescrição;

b) que deve ser declarado ilegal o Decreto nº 5.331/05, por extrapolar os limites da regulação dos dispositivos do parágrafo único do art. 52 da Lei nº 9.096/95 – Lei dos Partidos Políticos – e do art. 99 da Lei nº 9.504/97 – Lei das Eleições;

c) a inexistência de prescrição quinquenal, por estarem os créditos sujeitos à sistemática anterior à vigência da LC nº 118/05.

Não lhe assiste razão.

As bem-elaboradas motivações esposadas pelo ilustre Magistrado singular, em sua r. sentença às fls. 77/78, encontram-se em perfeita harmonia com a posição deste Relator, pelo que as transcrevo como razões de decidir:

Por meio da presente ação, pretende a autora a autorização para compensação fiscal integral do valor da veiculação obrigatória da propaganda eleitoral e partidária.

Acolho a alegativa de prescrição de créditos que venham a ser declarados, eventualmente, na presente ação, referente aos anos de 2000, 2002 e 2004, vez que se aplica ao caso o prazo de cinco anos previsto no art. 168 do CTN.

O fundamento do requesto reside, basicamente, na suposta extrapolação do poder regulamentar do Decreto nº 5.331/2005 que dispõe, *in verbis*:

Art. 1º As emissoras de rádio e televisão obrigadas à divulgação gratuita da propaganda partidária ou eleitoral poderão, na apuração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), excluir do lucro líquido, para efeito de determinação do lucro real, valor correspondente a oito décimos do resultado da multiplicação do preço do espaço comercializável pelo tempo que seria efetivamente utilizado pela emissora em programação destinada à publicidade comercial, no período de duração da propaganda eleitoral ou partidária gratuita.

A análise dos dispositivos legais pertinentes leva à conclusão de que a pretensão da autora não deve prosperar. Isso porque as Leis nº 9.096/95 e nº 9.504/97 apenas dispuseram sobre a possibilidade de compensação fiscal pela cedência do horário para a propaganda, sem pormenorizar a forma como tal direito poderia ser exercido. Tem-se o disposto no art. 52, parágrafo único, e art. 99 das Leis nº 9.096/95 e nº 9.504/97, respectivamente: “as emissoras de rádio e televisão terão direito a compensação fiscal pela cedência do horário gratuito previsto nesta Lei”.

Ao regulamentar os referidos dispositivos, o Decreto nº 5.331/

2005 permitiu a exclusão do lucro líquido, na apuração do imposto de renda, de determinado percentual, para a realização da compensação fiscal prevista nas normas supracitadas. O decreto impugnado está claramente em consonância com as leis que regulamenta, não havendo que se falar em excesso na regulamentação.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo improcedentes os pedidos autorais.

Assim, corroboro as assertivas desenvolvidas no decisório supra.

Esclareço, apenas, com relação à prescrição, que não ocorreu falta de motivação na sentença recorrida, pois o MM. Juiz singular, apesar de sucinto, fundamentou no art. 168 do CTN.

Ademais, a referida matéria foi julgada pelo distinto STJ no REsp nº 1002932/SP, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 18/12/2009, **decidido sob a égide do regime de recurso repetitivo**, com a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.

1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspectiva.

2. O advento da LC 118/05 e suas consequências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime

previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

3. Isto porque a Corte Especial declarou a inconstitucionalidade da expressão “observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional”, constante do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005 (AI nos EREsp 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007).

4. (...)

5. Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028 do Código Civil de 2002, segundo o qual: “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”).

6. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o *dies a quo* do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

7. In casu, insurge-se o recorrente contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal a quo, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27.11.2002, razão pela qual forçoso concluir que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC 118/2005, por isso que a tese aplicável é a que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.

8. Impende salientar que, conquanto as instâncias ordinárias não tenham mencionado expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que os mesmos foram efetuados sob a égide da LC 70/91, uma

vez que a Lei 9.430/96, vigente a partir de 31/03/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da COFINS.

9. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expandida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

Neste passo, de acordo com o entendimento ocorrendo os recolhimentos indevidos antes do advento da LC nº 118/2005, a tese aplicável seria a que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova, ou seja, à data de 09/06/2005.

Assim, tendo a presente ação sido ajuizada em 19/11/2009, deveriam ser restituídos os valores pagos no período compreendido entre 11/1999 e 11/2009.

No entanto, o Pretório Excelso, em recentíssimo julgamento realizado no RE nº 566621/RS (julgado em 04/08/20110 e publicado no *DJe* 11/10/2011), decidiu acerca da aplicação da prescrição de 5 anos estabelecida pela LC nº 118/05 às ações ajuizadas **após a sua *vacatio legis***. Do voto da insigne Min^a Ellen Gracie, destaco o seguinte trecho, bastante esclarecedor:

Assim, vencida a *vacatio legis* de 120 dias, **é válida a aplicação do prazo de cinco anos às ações ajuizadas a partir de então**, restando inconstitucional apenas sua aplicação às ações ajuizadas anteriormente a esta data.

No caso dos autos, a ação foi ajuizada anteriormente à vigência da LC 118/05, em 2 de junho de 2005, antes, pois, do prazo fatal que se esgotava em 8 de junho. Correta, pois, a aplicação, pelo Tribunal *a quo*, do prazo de dez anos anteriormente vigente.

Isso posto, conheço do recurso extraordinário da União, mas, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/05 por violação do princípio da segurança jurídica, nos seus conteúdos de proteção da confiança e de acesso à Justiça, com suporte implícito e expresso nos arts. 1º e 5º, inciso XXXV, e **considerando válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão so-**

mente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005, nego-lhe provimento. Aos recursos sobrestados, que aguardavam a análise da matéria por este STF, aplica-se o art. 543-B, § 3º, do CPC. (Destaquei)

Vide, também, o Informativo STF nº 585, que retrata o início do julgamento e reproduz o voto da Exmª Srª Ministra.

Destarte estão prescritos os créditos anteriores a 19/11/2004.

Diante disso, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 522.653-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Apelante: VERTICAL ENGENHARIA E INCORPORAÇÕES LTDA.
Apelado: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. TALDEN FARIAS E OUTROS (APTE.)

EMENTA: AMBIENTAL E ADMINISTRATIVO. CONSTRUÇÃO DE LOTEAMENTO. LICENCIAMENTO E FISCALIZAÇÃO DA OBRAS. COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA DOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE. DESCUMPRIMENTO DA LICENÇA AMBIENTAL. PENA DE DEMOLIÇÃO. CABIMENTO. AUTOEXECUTORIEDADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO. VÍCIOS. INEXISTÊNCIA. IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO. - Compete ao órgão ambiental estadual o licenciamento de obra de construção de loteamento residencial quando não houver impacto ambiental de âmbito nacional ou regional. Art. 4º da Resolução nº 237/97 do CONAMA.

- Embora não tenha competência para licenciar a obra, compete ao IBAMA, supletivamente, a fiscalização do cumprimento da licença concedida pelo órgão ambiental estadual. Incidência do art. 11, § 1º, da Lei nº 6.938/81, ante a omissão dos órgãos ambientais do Estado e do Município na fiscalização das obras.

- É incontroverso que a licença ambiental foi descumprida pelo autor, incorporador de loteamento residencial, porquanto: a) parte do empreendimento (Lotes 02, 03, 04 e 05 da Quadra B) foi demarcada dentro de uma APP, onde houve supressão de 1,0 hectare de vegetação; b) houve desmatamento de 0,5 hectare de área verde do loteamento, em desconformidade com a licença; c) foram demarcados lotes não indicados nas plantas apresentadas; d) foram desmatados 4,4 hectares no interior de APP; e) foram realizadas construções a menos de 100 metros de bordas de falésias.

- Áreas comuns de loteamento que foram construídas em área de preservação permanente mesmo depois de embargo do IBAMA. Pena de demolição cominada no art. 72, VII, da Lei nº 9.605/98, a qual, por força da autoexecutoriedade dos atos administrativos em geral, pode ser executada pela própria Administração, como previsto no art. 19, § 1º, do Decreto nº 6.514/08. Precedentes desta Corte: AC 416.916, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Segunda Turma, 01/07/2009; AC 364.594, Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo, TRF5 - Terceira Turma, 29/10/2009.

- Inexistência de vícios no processo administrativo que ensejou a aplicação da sanção de demolição. O interessado foi intimado de todos os atos processuais, pessoalmente ou por seu advogado. Inexistência de dever do IBAMA notificar os adquirentes de lotes, porquanto não foram

responsáveis pela infração objeto de apuração nem requereram sua intervenção na condição de terceiros interessados, a teor do art. 9º, II, da Lei nº 9.784/99. Sanção de demolição que não foi aplicada de forma repentina, havendo diversas sugestões nesse sentido ao longo do processo administrativo.

- Improvimento da apelação.

ACÓRDÃO

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

Recife, 6 de dezembro de 2011. (Data do julgamento)

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de apelação interposta por Vertical Engenharia e Incorporações Ltda. de sentença que denegou mandado de segurança impetrado contra o Superintendente do IBAMA no Estado da Paraíba visando à anulação de ato que ordenou a demolição do loteamento Praia do Amor *Condominium Club* até o limite de 100 metros da borda da falésia ou, subsidiariamente, que se reconheça que a decisão administrativa não é autoexecutória.

O apelante sustenta, preliminarmente, a ocorrência do que denominou “preclusão hierárquica”, pois a liminar concedida por este Tribunal em sede de agravo de instrumento mantém eficácia mesmo após a prolação de sentença de improcedência pelo Juízo de Primeira Instância.

A nulidade do ato administrativo do IBAMA é alegada com base nos seguintes fundamentos: (a) ausência de intimação de seu advogado, nomeado nos autos do processo administrativo, acerca da decisão que determinou a demolição do imóvel; (b) inexistência de intimação dos condôminos do empreendimento, os quais são coproprietários das áreas comuns cuja demolição foi determi-

nada; (c) aplicação repentina da sanção de demolição, sem que lhe fosse assegurado direito à manifestação prévia.

O apelante ainda afirma que está comprovada a concessão de licenças ambientais (Prévia, de Instalação e de Operação) pela SUDEMA/PB (Superintendência de Administração do Meio Ambiente da Paraíba), que o IBAMA não teria competência administrativa e que o empreendimento situa-se em área urbana, no qual o uso do solo disciplinado pelo Plano Diretor do Município de Conde.

Ao final, o apelante requer a concessão de efeito suspensivo ativo ao recurso e que seja dado provimento à apelação para conceder a segurança.

O IBAMA apresentou contrarrazões indicando os dispositivos legais e constitucionais que teriam sido violados pelo apelante e requerendo o improvimento do apelo (fls. 736-746).

A Procuradoria Regional da República na 5ª Região emitiu parecer no sentido de que seja negado provimento ao recurso (fls. 768-773).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Registro, inicialmente, que esta colenda Turma, valendo-se do poder geral de cautela, deu provimento ao AGTR 112.929-PB para atribuir efeito suspensivo a presente apelação. O julgado está assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO DE APELAÇÃO. EXISTÊNCIA DE LIMINAR ANTERIOR FAVORÁVEL. UTILIDADE DA ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO APELO. PROVIMENTO.

1. Recurso em que busca a agravante a reforma da decisão agravada a fim de que o recurso de apelação por ela manejado seja recebido também no efeito suspensivo.
2. Quando a parte apelante requer o recebimento do apelo também no efeito suspensivo visa, em verdade, ao restabelecimento de eventual decisão que lhe foi favorável.

3. *In casu*, o provimento judicial que se pretende restabelecer é a decisão proferida em sede liminar no AGTR nº 106328/PB, que sobrestou os efeitos do Ofício nº 00389/2010-GAB-IBAMA-PB – que determinava a demolição da construção edificada no empreendimento denominado Praia do Amor *Condominium Club*, situado no Distrito de Jacumã, Município do Conde/PB – até ato judicial ulterior. Utilidade da atribuição de efeito suspensivo ao apelo.

4. Utilização do poder geral de cautela, conforme disposições do art. 804 do CPC, devendo ser paralisadas quaisquer edificações na área em questão até o trânsito em julgado da decisão de mérito.

5. Agravo de instrumento provido.

Já tendo sido atribuído efeito suspensivo à apelação, está prejudicado o pleito idêntico que foi formulado no bojo da peça apelatória.

A concessão de medida liminar pelo Tribunal não impede o Juízo de Primeiro Grau de julgar improcedente a ação. A liminar, seja ela antecipatória ou cautelar, é resultado de juízo de cognição sumária, enquanto a sentença é proferida com base em cognição exauriente; a primeira funda-se em probabilidade ou possibilidade, ao passo que a segunda é respaldada em um juízo de certeza. Por isso, a aparente incompatibilidade entre a medida liminar concedida pelo Tribunal e a sentença de improcedência deve ser resolvida em favor desta.

Nessa mesma trilha caminha o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. EXTENSÃO DOS EFEITOS ATÉ TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. PREJUDICIALIDADE DO JUÍZO SUMÁRIO DE VEROSSIMILHANÇA. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. REFORMA AGRÁRIA. LEI 9.394/96 (LEI DAS DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL). AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. POLÍTICAS AFIRMATIVAS.

1. A tutela antecipada pelo Tribunal *a quo*, ao julgar agravo de instrumento contra decisão interlocutória que indefere a medida, não tem efeitos prolongados até o trânsito em julgado da demanda, tornando-se prejudicada, caso a decisão do juízo monocrático seja

de improcedência.

2. A eficácia das medidas liminares – as quais são fruto de juízo de mera verossimilhança e dotadas de natureza temporária – esgota-se com a superveniência de sentença cuja cognição exauriente venha a dar tratamento definitivo à controvérsia. Precedentes do STJ. (...) (REsp 1.179.115, 2ª Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJE de 12/11/2010)

Não se pode reconhecer a subsistência de medida liminar concedida pelo Tribunal à sentença de improcedência nem, muito menos, a existência de preclusão que impeça o Juízo de Primeira Instância de julgar a causa de acordo com o seu livre convencimento. O instituto chamado pelo apelante de “preclusão hierárquica” não tem a extensão por ele atribuída.

O apelante defende que a competência para licenciamento do seu loteamento é do órgão ambiental estadual (SUDEMA/PB), que lhe concedera a Licença Prévia nº 1469/05, as Licenças de Instalação nºs 1644/06 e 993/09 e a Licença de Operação nº 591/09 (fls. 21-24). Por isso, entende ser inválido o ato do IBAMA que determinou a demolição das construções realizadas a menos de 100 metros da borda da falésia.

O art. 23, VI e VII, da Constituição Federal atribui à União, Estados, ao Distrito Federal e Municípios competência comum para “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas” e “preservar as florestas, a fauna e a flora”. O art. 24, VI, estabelece a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre “florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição”. O art. 30, I e II, atribui aos municípios competência para “legislar sobre assuntos de interesse local” e “suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”. O art. 225, § 1º, IV, dispõe que compete ao Poder Público (conceito que abrange todas as pessoas políticas) “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”.

A análise conjunta desses dispositivos constitucionais evidencia que a competência legislativa e administrativa em questões

afetas à tutela do meio ambiente é atribuída concorrentemente a todos os entes federativos. Assim, devido à autonomia de tais entes, em princípio cada um pode exercer sua competência independentemente dos demais.

No exercício de sua competência legislativa, a União editou a Lei nº 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente. Em seu art. 10, *caput* e §§ 3º e 4º, com redação dada pela Lei nº 7.804/89, está disposto que:

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

(...)

§ 3º O órgão estadual do meio ambiente e o IBAMA, este em caráter supletivo, poderão, se necessário e sem prejuízo das penalidades pecuniárias cabíveis, determinar a redução das atividades geradoras de poluição, para manter as emissões gasosas, os efluentes líquidos e os resíduos sólidos dentro das condições e limites estipulados no licenciamento concedido.

§ 4º Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA o licenciamento previsto no *caput* deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional.

O IBAMA tem competência privativa para o licenciamento ambiental “no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional” e competência supletiva em qualquer outro caso.

No exercício do poder regulamentar conferido pelo art. 8º, I, da Lei nº 6.938/81, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) editou a Resolução nº 237/97, que assim disciplina a distribuição entre os entes federativos da competência para o licenciamento ambiental:

Art. 4º Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, órgão executor do SISNAMA, o licenciamento ambiental, a que se refere o artigo 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a saber:

I - localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; em terras indígenas ou em unidades de conservação do domínio da União.

II - localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados;

III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados;

IV - destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN;

V - bases ou empreendimentos militares, quando couber, observada a legislação específica.

§ 1º O IBAMA fará o licenciamento de que trata este artigo após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Estados e Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento.

§ 2º O IBAMA, ressalvada sua competência supletiva, poderá delegar aos Estados o licenciamento de atividade com significativo impacto ambiental de âmbito regional, uniformizando, quando possível, as exigências.

Art. 5º Compete ao órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades:

I - localizados ou desenvolvidos em mais de um Município ou em unidades de conservação de domínio estadual ou do Distrito Federal;

II - localizados ou desenvolvidos nas florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente relacionadas no artigo 2º da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, e em todas as que assim forem consideradas

por normas federais, estaduais ou municipais;
III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais de um ou mais Municípios;
IV - delegados pela União aos Estados ou ao Distrito Federal, por instrumento legal ou convênio.

Parágrafo único. O órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal fará o licenciamento de que trata este artigo após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento.

Art. 6º Compete ao órgão ambiental municipal, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio.

O art. 7º dessa resolução dispõe que “os empreendimentos e atividades serão licenciados em um único nível de competência, conforme estabelecido nos artigos anteriores”. Para o licenciamento ambiental afastou-se a competência concorrente entre os entes federativos, somente sendo exigida a concessão da licença por aquele que, nos termos da resolução, for competente.

O loteamento Praia do Amor *Condominium Club* não se enquadra em nenhuma das situações postas no art. 4º da Resolução nº 237/97 do CONAMA. Assim, não havia necessidade de licenciamento junto ao IBAMA, tendo razão, neste ponto, o apelante.

Isso não significa que o IBAMA não podia fiscalizar o cumprimento dos termos da licença ambiental concedida pelo órgão ambiental estadual. Uma coisa é a competência para o licenciamento; outra é a competência para fiscalizar o respeito aos termos da licença concedida.

Conforme art. 11, § 1º, da Lei nº 6.938/81, “a fiscalização e o controle da aplicação de critérios, normas e padrões de qualidade ambiental serão exercidos pelo IBAMA, em caráter supletivo da atuação do órgão estadual e municipal competentes”. Assim, se

os órgãos ambientais do Estadual e do Municipal não fiscalizarem o respeito aos termos da licença, caberá ao IBAMA fazê-lo.

Foi o que ocorreu neste caso. A licença concedida pela SUDEMA/PB foi desrespeitada pelo apelante. Como destacado pelo MPF, “entre os condicionantes da licença de instalação nº 1644/06 consta a obrigação de respeitar as Áreas de Preservação Permanente - APP's, de acordo com a Lei Federal nº 4.771/1965 (Código Florestal e suas atualizações e Resolução do CONAMA nº 303/2002)” (fl. 772). Porém, de acordo com o Laudo Técnico do IBAMA (fls. 272-274): a) parte do empreendimento (Lotes 02, 03, 04 e 05 da Quadra B) foi demarcada dentro de uma APP, onde houve supressão de 1,0 hectare de vegetação; b) houve desmatamento de 0,5 hectare de área verde do loteamento, em desconformidade com a licença; c) foram demarcados lotes não indicados nas plantas apresentadas; d) foram desmatados 4,4 hectares no interior de APP; e) foram realizadas construções a menos de 100 metros de bordas de falésias.

As constatações do IBAMA sequer foram impugnadas pelo apelante. A existência das irregularidades, em momento algum foi questionada, é incontroversa.

Tendo havido desrespeito aos termos da licença e sendo os órgãos ambientais estadual e municipal omissos na fiscalização, cabia ao IBAMA, no exercício das suas atribuições, aplicar as sanções administrativas cabíveis.

A incidência da legislação ambiental, com a aplicabilidade das penas nela cominadas, ocorre mesmo em se tratando de área urbana. O Estatuto da Cidade, aprovado pela Lei nº 10.257/01, em diversos dispositivos estabelece a necessidade de tutela do meio ambiente. Assim, o uso e aproveitamento do solo urbano devem ser realizados em conformidade não só com o Plano Diretor Municipal, mas também com as leis ambientais, entre elas a Leis nºs 4.771/65 e 6.938/81, como, aliás, expressamente afirmado no art. 2º, parágrafo único, do primeiro diploma legal.

O apelante sustenta a nulidade do ato administrativo do IBAMA em razão da falta de intimação de seu advogado da decisão que determinou a demolição, da inexistência de intimação dos condô-

minos e pela aplicação repentina da sanção de demolição, sem que lhe fosse assegurado direito à manifestação prévia.

A íntegra dos autos dos processos administrativos foi apresentada pelo IBAMA (fls. 226-561). A análise dos documentos nelas constantes demonstra que o ora apelante foi devidamente intimado de todos os atos praticados, seja pessoalmente seja por meio de seus advogados. Diversos pedidos foram formulados, todos devidamente apreciados pelas autoridades administrativas competentes.

Ainda que houvesse algum vício por falta de intimação dos advogados do ora apelante, a decretação dessa nulidade pressuporia a comprovação do prejuízo. É que não se trata de nulidade absoluta – inexistência de intimação/notificação –, mas de nulidade relativa, pois é incontroverso que a própria empresa interessada foi cientificada da decisão final. No entanto, sequer foi alegada a existência de prejuízo.

A aplicação da pena sanção de demolição decorreu da prática de ato contrário à legislação e à licença ambiental. Trata-se de sanção imposta em decorrência de infração. Como a responsabilidade pela infração foi exclusiva da incorporadora, esta é quem deveria ter sido notificada.

Por serem condôminos das áreas comuns, os adquirentes de lotes no loteamento Praia do Amor *Condominium Club* poderiam intervir no feito administrativo na condição de interessados (art. 9º, II, da Lei nº 9.784/99). No entanto, nenhum deles o requereu, não houve requerimento nesse sentido por parte da incorporadora nem seria o caso de o IBAMA proceder *ex officio* à convocação, pois, tal como ocorre no processo civil, o terceiro interessado em auxiliar uma das partes deve intervir espontaneamente.

Também não prospera a alegação de que a demolição foi determinada repentinamente. A necessidade de demolição já vinha sendo mencionada no processo administrativo muito antes de sua efetiva determinação, conforme se verifica no Laudo Técnico de fls. 359-364, datado de 05/10/2009, bem como das notificações e auto de infração lavrados em 13/10/2009 (fls. 366-370). Ademais, essa sanção somente precisou ser infligida porque o apelante,

descumprindo embargo do IBAMA, construiu áreas comuns do loteamento (destinadas ao lazer) em bem de uso comum do povo (praia) e área de preservação permanente (a menos de 100 metros da borda de falésias).

Aplicada a sanção de demolição, cominada no art. 72, VII, da Lei nº 9.605/98, a Administração pode aplicá-las ao infrator e adotar as medidas necessárias a sua concretização. Esse atributo, próprio dos atos administrativos, é que se denomina autoexecutoriedade. Especificamente em relação à sanção de demolição está previsto expressamente no art. 19, § 1º, do Decreto nº 6.514/08, pelo qual “a demolição poderá ser feita pela administração ou pelo infrator, em prazo assinalado, após o julgamento do auto de infração, sem prejuízo do disposto no art. 112”.

A jurisprudência desta Corte, inclusive desta colenda Turma, firmou-se no sentido de reconhecer a autoexecutoriedade da sanção de demolição aplicada ao responsável pelo ilícito ambiental:

ADMINISTRATIVO. CONSTRUÇÃO. BARRACA. IMPOSSIBILIDADE. TERRENO DE MARINHA. PRAIA. BEM DE USO COMUM DO POVO. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.

(...)

- A demolição da barraca pode ser determinada na esfera administrativa, vez que precedida de regular processo e levando-se em consideração que a autoexecutoriedade é um dos atributos do ato administrativo.

- Apelação improvida. (AC 416.916, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Segunda Turma, 01/07/2009)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IBAMA. DEMOLIÇÃO DE OBRA JÁ EDIFICADA. AUTOEXECUTORIEDADE. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. Falta de interesse processual do IBAMA em ajuizar ação civil pública com a intenção de obter a demolição de prédio já construído em área proibida quando poderia ser aplicada penalidade administrativa pela própria autarquia sem necessidade do referido ajuizamento.

2. A demolição de obra está prevista no art. 72, VIII, da Lei nº 9.605/98 como penalidade administrativa a ser aplicada pelo IBAMA.

3. Havendo a determinação legal autorizando a Administração a agir, estamos frente ao poder de polícia da Administração que traz como atributos a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade. Segundo Maria Sylvania Zanella di Pietro, “A autoexecutoriedade é a possibilidade que tem a Administração de, com os próprios meios por em execução as suas decisões, sem precisar recorrer previamente ao Poder Judiciário”.

4. A expressão “obra” utilizada pelo texto legal deve ser interpretada não apenas como aquela em fase de construção, mas também para abranger o prédio já edificado. Melhor interpretação dada ao sistema normativo, até porque o parágrafo 7º do mesmo dispositivo se refere a possibilidade de demolição de “estabelecimento”, expressão que, necessariamente, se refere a obra, não apenas concluída.

5. Após a autuação, a autarquia deve instaurar o regular processo administrativo, assegurando o contraditório e a ampla defesa devendo, ela própria, aplicar a pena de demolição, se concluir por sua adequação ao caso concreto, podendo o interessado socorrer-se do Poder Judiciário para evitar a execução da ordem administrativa.

6. Apelação não provida. (AC 364.594, Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo, TRF5 - Terceira Turma, 29/10/2009)

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 523.219-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Apelantes: MARIA DO SOCORRO DOS SANTOS MOREIRA E
UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
Apelados: OS MESMOS
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª RE-
GIÃO
Advs./Procs.: DRS. ÉRIKA DE FÁTIMA SOUZA PEREIRA E OU-
TRO

EMENTA: CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL UNIVERSITÁRIO. PARTO. GÊMEOS. NASCIMENTO COM VIDA. DESAPARECIMENTO DE RECÉM-NASCIDOS. MAJORAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS PARA R\$ 150.000,00 (CENTO E CINQUENTA MIL REAIS). PRECEDENTE: APELREEX 200684000059618, DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO, TRF5 - SEGUNDA TURMA, DJE - DATA: 09/10/2009. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PERCENTUAL DE 10% (DEZ POR CENTO) SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO.

- Trata-se de apelações e remessa obrigatória de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado pela parte autora, para condenar a UFPB a fornecer a declaração de nascimento das filhas da autora, na forma do art. 10, IV, da Lei nº 8.069/90, bem como a pagar indenização por danos morais no valor de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais).

- Apela a autora para que seja majorada o quantum indenizatório para o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) conforme o pedido da petição inicial e que sejam arbitrados honorários advocatícios, porque não foram na sentença ver-gastada.

- Apela a UFPB aduzindo, preliminarmente a ilegitimidade passiva ad causam da Universidade

e, no mérito, defende que o valor da indenização fixado pelo juízo monocrático foi exorbitante para a realidade da demandante e que neste aspecto não cumpriu o princípio da razoabilidade que deve nortear tal fixação.

- Preliminar de ilegitimidade passiva ad causam rejeitada. Não faz qualquer sentido que havendo o parto das crianças desaparecidas ocorrido nas instalações do Hospital Universitário da ré, conforme comprovam inúmeros documentos (fls. 47/58) e depoimentos contidos no bojo dos autos (fls. 175/178), demonstrando, indubitavelmente, que a responsabilidade é da Universidade e a legitimação passiva também. Preliminar rejeitada.

- A questão posta a deslinde cinge-se à verificação da responsabilidade civil do Hospital Universitário da UFPB, onde em 12 de outubro de 2004 desapareceram duas recém-nascidas sem que seus genitores sequer tivesse acesso aos corpos das mesmas.

- O Hospital Universitário alega ter incinerado os corpos dos bebês, sob a justificativa de foram fruto de aborto, pois as crianças ao nascerem se encontravam no sexto mês gestacional, por isso muito frágeis, que dificilmente sobreviveriam.

- Entrementes, a justificativa apresentada pela instituição não aplaca o dano moral que causou por não haver oportunizado aos pais sepultá-las ou proceder a alguma cerimônia de acordo com suas crenças religiosas, haja vista que nascidas com vida.

- Neste contexto, é compreensível a dor moral intensamente sofrida pela demandante que recebeu a notícia da morte de suas recém-nascidas quando estava, como toda parturiente, em estado psíquico delicado e ainda mais estando desacompanhada de qualquer familiar.

- “De acordo com a melhor doutrina, a teoria do risco administrativo prevista no art. 37, § 6º, da

CF, prescinde da demonstração da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando apenas que a vítima demonstre a ocorrência do evento danoso em virtude de ação ou omissão do ente público. No caso dos autos, restou demonstrado que o dano moral consistente na morte do filho recém-nascido da autora foi causado pela demora e pelo descaso quando de seu atendimento na APAMI - Associação de Proteção e Assistência à Maternidade e à Infância de São Tomé, no Estado do Rio Grande do Norte (Maternidade Rita Leonor de Medeiros), onde a paciente em trabalho de parto levou 4 horas para ser atendida e deslocada à sala de parto, circunstância absurda, eis que a gestante já tinha comparecido à referida unidade hospitalar no turno da manhã, sendo orientada a retornar quando sentisse maiores dores, bem como pela inexistência de corpo médico especializado e capacitado para a realização de cesáreas e, finalmente, pela ausência de estrutura adequada para o recebimento de pacientes prestes a dar a luz, o que acarreta a obrigação da Administração em indenizar. Diante da alta gravidade do evento danoso, caracterizada pela extrema dor (física e moral), aflição e temor causados à jovem gestante (25 anos à época) desde o instante que adentrou na indigitada unidade hospitalar até o momento da perda prematura de seu primeiro filho, deve ser mantida a condenação da União e da APAMI na quantia de R\$ 150.000,00 a título de indenização por danos morais como forma de minorar o sofrimento causado à demandante. (STJ, REsp 402874/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Indenização mantida em 300 salários mínimos; e TRF 2ª, AC 267.113/RJ, Rel. Des. Fed. Vera Lúcia Lima. Indenização majorada para R\$ 150.000,00). Grifei (APELREEX 200684000059618, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5

- Segunda Turma, DJE - Data: 09/10/2009 - Página: 138 - Nº: 27.)

- Conforme o precedente jurisprudencial acima, em que houve majoração para o valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e levando em consideração que in casu o dano moral sofrido pela autora é decorrente do desaparecimento de duas recém nascidas, quando no precedente foi de apenas um. Ademais, que no presente caso, conforme provam os autos, nasceram com vida, majoro o valor indenizatório para fixá-lo em R\$ 150.000 (cento e cinquenta mil reais).

- Quanto aos honorários advocatícios não fixados na sentença vergastada, arbitro no valor de 10% (dez por cento) sobre o quantum indenizatório e pelo grau de complexidade da demanda.

- Apelação da parte autora parcialmente provida para majorar a indenização por danos morais para R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), bem como para arbitrar a verba honorária, devida ao patrono da autora, para 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. Apelação da UFPB e remessa obrigatória improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação da parte autora para majorar a indenização por danos morais para R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), bem como para arbitrar a verba honorária, devida ao patrono da autora, para 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, e negar provimento à apelação da UFPB 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, 13 de dezembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de apelações e remessa obrigatória de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado pela parte autora, para condenar a UFPB a fornecer a declaração de nascimento das filhas da autora, na forma do art. 10, IV, da Lei nº 8.069/90, bem como a pagar indenização por danos morais no valor de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais).

Apela a autora para que seja majorada o *quantum* indenizatório para o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) conforme o pedido da petição inicial e que sejam arbitrados honorários advocatícios, porque não foram na sentença vergastada.

Apela a UFPB aduzindo, preliminarmente a ilegitimidade passiva *ad causam* da Universidade e, no mérito, defende que o valor da indenização fixado pelo juízo monocrático foi exorbitante para a realidade da demandante e que neste aspecto não cumpriu o princípio da razoabilidade que deve nortear tais fixação do *quantum* indenizatório.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

A questão posta a deslinde cinge-se à verificação da responsabilidade civil do Hospital Universitário da UFPB, onde em 12 de outubro de 2004 desapareceram duas recém-nascidas sem que seus genitores sequer tivesse acesso ao corpos das mesmas.

Primeiramente vejamos a preliminar levantada pela UFPB de sua ilegitimidade passiva *ad causam*. Rejeito tal preliminar, não faz qualquer sentido que havendo o parto das crianças desaparecidas ocorrido nas instalações do Hospital Universitário da ré, conforme comprovam inúmeros documentos (fls. 47/58) e depoimentos contidos no bojo dos autos (fls. 175/178), demonstrando, indubitavelmente, que a responsabilidade é da Universidade e a legitimação passiva também.

Preliminar rejeitada.

Passo, doravante, ao exame do mérito.

O Hospital Universitário alega ter incinerado os corpos dos bebês, sob a justificativa de foram fruto de aborto, pois as crianças ao nascerem se encontravam no sexto mês gestacional, por isso muito frágeis, que dificilmente sobreviveriam.

Entrementes, a justificativa apresentada pela instituição não aplaca o dano moral que causou por não haver oportunizado aos pais sepultá-las ou proceder a alguma cerimônia de acordo com suas crenças religiosas, haja vista que nascidas com vida.

Neste contexto, é compreensível a dor moral intensamente sofrida pela demandante que recebeu a notícia da morte de suas recém nascidas quando estava, como toda parturiente, em estado psíquico delicado e ainda mais estando desacompanhada de qualquer familiar.

O julgador monocrático julgou parcialmente procedente o pedido fundamentando a sentença, que passo a transcrição, em parte, no tocante ao dano moral e responsabilidade civil do Estado, *in verbis*:

A autora alega a existência de responsabilidade civil extracontratual do Estado por falha no serviço, que teriam causado danos morais à autora, consistente no atendimento defeituoso enquanto esteve no Hospital Universitário Lauro Wanderley e o desaparecimento dos cadáveres de suas filhas.

De acordo com o art. 37, § 6^o, da Constituição Federal, o constituinte adotou a teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado, determinando que este é o responsável pelos danos causados pelos seus agentes.

Logo, para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado, exige-se unicamente a presença de três requisitos: conduta de agente público, no uso de suas atribui-

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

ções, vinculado à Administração direta ou à Administração indireta, desde que prestadora de serviço público; dano; e nexo de causalidade entre aquele e este.

Já o dano moral, segundo a doutrina mais abalizada, são “(...) aqueles suportados na espera dos valores da moralidade pessoal ou social, e, como tais, reparáveis, em sua integralidade, no âmbito jurídico. Perceptíveis pelo senso comum – porque legados à natureza humana – podem ser identificados, em concreto, pelo juiz à luz das circunstâncias fáticas e das peculiaridades da hipótese *sub litem*, respeitado o critério da repercussão do dano na esfera do lesado.”²

Feitas essas considerações, é possível se concluir que a falha na prestação do serviço causou danos morais à autora, ensejando a responsabilidade civil extracontratual do Estado.

Primeiro, porque houve falha no serviço. Entendo, contudo, que esta falha se restringiu ao tratamento dado aos cadáveres das crianças (ato comissivo), porque no que diz respeito à falta de informação, não vejo falhas.

A autora reconhece que foi informada da morte das duas filhas, não tendo sido sonegada tais notícias. Observa-se que toda a situação descrita pela ré para os acontecimentos estava descrita nos prontuários da autora (fls. 53/58), principalmente no que tange ao precário estado no qual nasceram as crianças. Assim, logo após entrar em um estado de ânimo mais calmo, a autora poderia consultar seus prontuários para saber como toda a situação se desenvolveu.

Entretanto, o tratamento dado aos cadáveres das crianças causaram danos à autora. Conforme explicitado acima, a despeito do entendimento médico de que a situação se tratava de um aborto, os conceitos respiraram, adquirindo, portanto, direitos da personalidade. Destaco, inclusive, que tal situação foi observada por parentes da autora, com se vê no depoimento de fl. 171.

² Bittar, Carlos Alberto. *Reparação Civil por danos morais / Atualização* Eduardo Carlos Bianca Bittar - 3 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pp. 43/44.

Assim, era dever do hospital não só mostrar os cadáveres, mas entregar-lhes para que seus genitores pudessem efetuar as cerimônias póstumas que entendessem convenientes. A este respeito, é sabida a importância de tais cultos para maioria das pessoas, haja vista a ligação à valores morais, culturais e religiosos.

A meu ver, mesmo que os conceitos tivessem sequer respirado, ainda assim, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, deveria o hospital pelo menos mostrar os fetos aos genitores.

Esta era uma providência necessária para estancar dúvidas e inquietações inerentes aos pais das crianças, que ainda que fossem fetos em vias de desenvolvimento, naturalmente já deviam estar envolvidos pelo carinho e afeto dos seus familiares.

Ademais, no que tange à prova destes fatos, vejo-os como incontroversos, uma vez que a ré não desmente a versão da autora de que não viu os cadáveres, limitando-se apenas a mencioná-los como produto de aborto, razão pela qual foram encaminhados à incineração.

Por outro lado, não há que se falar em responsabilidade subjetiva do Estado, afastando-se, assim, os argumentos da ré, porque a situação descrita se tratou de ato comissivo dos agentes públicos que causou danos morais à demandante.

Configurado o dever da ré – UFPB – de indenizar a autora pelos prejuízos psíquicos sofridos, passo a fixar o valor da indenização.

Entendo que a sentença vergastada não merece reparos quanto ao discernir de que houve danos morais *in casu*, mas no tocante ao *quantum* indenizatório, devemos reconsiderar, visto que esta egrégia Turma Julgadora possui precedente jurisprudencial em matéria similar a esta tratada nos autos, em que o valor foi majorado para R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), conforme o aresto abaixo:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DEMORA NO ATENDIMENTO DE GESTANTE EM UNIDADE HOSPITALAR MANTIDA COM RECURSOS DO SUS. MORTE DE RÉCEM-NASCIDO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE

PASSIVA DA UNIÃO REJEITADA. DANOS MORAIS. PROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO.

1. Rejeitada a alegação de ilegitimidade passiva da União, eis que ela responde pelos atos praticados pelas pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviço público delegado, considerando que, na hipótese, a União possui atribuição legal de controle e fiscalização de serviços na área da saúde, nos termos da art. 6º, VII, da Lei 8.080/90, que trata do Sistema Único de Saúde.

2. De acordo com a melhor doutrina, a teoria do risco administrativo prevista no art. 37, § 6º, da CF, prescinde da demonstração da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando apenas que a vítima demonstre a ocorrência do evento danoso em virtude de ação ou omissão do ente público.

3. No caso dos autos, restou demonstrado que o dano moral consistente na morte do filho recém-nascido da autora foi causado pela demora e pelo descaso quando de seu atendimento na APAMI - Associação de Proteção e Assistência à Maternidade e à Infância de São Tomé, no Estado do Rio Grande do Norte, (Maternidade Rita Leonor de Medeiros), onde a paciente em trabalho de parto levou 4 horas para ser atendida e deslocada à sala de parto, circunstância absurda, eis que a gestante já tinha comparecido à referida unidade hospitalar no turno da manhã, sendo orientada a retornar quando sentisse maiores dores, bem como pela inexistência de corpo médico especializado e capacitado para a realização de cesáreas e, finalmente, pela ausência de estrutura adequada para o recebimento de pacientes prestes a dar a luz, o que acarreta a obrigação da Administração em indenizar.

4. Diante da alta gravidade do evento danoso, caracterizada pela extrema dor (física e moral), aflição e temor causados à jovem gestante (25 anos à época) desde o instante que adentrou na indigitada unidade hospitalar até o momento da perda prematura de seu primeiro filho, deve ser mantida a condenação da União e da APAMI na quantia de R\$ 150.000,00 a título de indenização por danos morais como forma de minorar o sofrimento causado a demandante. (STJ,

REsp 402874/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Indenização mantida em 300 salários mínimos; e TRF 2ª, AC 267.113/RJ, Rel. Des. Fed. Vera Lúcia Lima. Indenização majorada para R\$ 150.000,00).

5. Sobre o montante indenizatório deverão incidir tão somente juros de mora com base na taxa SELIC e a partir da ocorrência do evento danoso, tendo em vista a impossibilidade de cumulação da referida taxa com outro índice de atualização, seja de juros, seja de correção monetária. APELREEX4496-RNA-02

6. Redução da verba honorária de 10% sobre o valor da condenação para a quantia de R\$ 7.500,00, levando-se em consideração a relativa complexidade da matéria discutida nos autos e o curto tempo de tramitação do feito (ajuizamento em 2006), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Grifei)

7. Apelação e remessa oficial parcialmente providas. (APELREEX 200684000059618, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 09/10/2009 - Página: 138 - Nº: 27)

Conforme o precedente jurisprudencial acima, em que houve majoração para o valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e levando em consideração que *in casu* o dano moral sofrido pela autora é decorrente do desaparecimento de duas recém-nascidas, quando no precedente foi de apenas um. Ademais, que no presente caso, conforme provam os autos, nasceram com vida, majoro o valor indenizatório para fixá-lo em R\$ 150.000 (cento e cinquenta mil reais).

Quanto aos honorários advocatícios não fixados na sentença vergastada, arbitro no valor de 10% (dez por cento) sobre o *quantum* indenizatório e pelo grau de complexidade da demanda.

Pelo exposto, dou parcial provimento à apelação da parte autora, para majorar a indenização por danos morais para R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), bem como para arbitrar a verba honorária, devida ao patrono da autora, para 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, e nego provimento à apelação da UFPB e à remessa obrigatória.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.316-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ (CONVOCADO)
Apelantes: LUIZ CARLOS LINS MENDES DE HOLANDA E SÔNIA DE AGUIAR MENDES DE HOLANDA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. ROBERTA CRISTINA CAMPOS DE OLIVEIRA E OUTROS

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. DELITOS CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. “OPERAÇÃO CÂMBIO”. PLEITO DE DEVOLUÇÃO DE PASSAPORTES, BENS E NUMERÁRIOS APREENDIDOS. FORTES INDÍCIOS DE ORIGEM ILÍCITA. PODER GERAL DE CAUTELA. MEDIDA RAZOÁVEL. REVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO. AUSÊNCIA DE MAIORES DANOS AOS APELANTES, QUE CONTINUAM NA POSSE DOS BENS. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA NATUREZA EXCLUSIVAMENTE ALIMENTAR DO NUMERÁRIO REMANESCENTE. PERSISTÊNCIA DA CONSTRIÇÃO, DADA A CONTINUIDADE DA AÇÃO PENAL. IMPÕE-SE NEGAR PROVIMENTO AOS APELOS.

- Os direitos e garantias individuais previstos no art. 5º da CF/88 não são absolutos, devendo ceder ante a interesses de ordem pública. O fato de os réus serem funcionários de empresa de turismo denota, ao menos a priori, maior facilidade de obtenção de passagens aéreas e levantamento de numerário a fim de evadirem-se do país, acaso assim o desejem.

- Importa notar que o presente feito versa acerca de condutas de elevada culpabilidade, que geraram enormes prejuízos ao Erário Público – privado dos tributos devidos em virtude das transações financeiras efetuadas – e ao Sistema Financeiro Nacional como um todo, haja vista a

insegurança econômica advinda do delito. Nessa circunstância, ante a gravidade de crime, é de interesse público que os réus sejam privados de seus passaportes como medida cautelar que visa evitar furtarem-se eles à aplicação da lei penal. Trata-se do poder geral de cautela atribuído ao Poder Judiciário como meio de salvaguarda da ordem legal. Precedentes do e. STJ.

- É de notar, ainda, que dos autos constam indícios veementes da prática de ilícito penal (mormente o depoimento que presta outro acusado pelo delito, no qual basicamente confessa a prática do crime), de modo que, in casu, se mostra assaz razoável a manutenção da medida constritiva.

- Assiste aos réus a faculdade de requisitarem ao Juízo de 1º grau a devolução temporária de seus documentos, o que lhes será deferido se tal se mostrar razoável em face das circunstâncias concretas. Ademais, persistem na posse de seus bens, de modo que se caracteriza amplamente a reversibilidade da medida de caráter construtivo na hipótese de eventual absolvição.

- No que tange ao bloqueio dos valores constantes das contas correntes dos acusados, observo que não se desincumbiram os apelantes do ônus de infirmar o interesse público, inato à persecução penal, de manutenção da apreensão dos valores, como prescreve o art. 118 do CPP. Também não foi convincentemente afastada pelo recorrente, a possibilidade de estar a verba objeto do bloqueio sujeita à pena de perdimento prevista no art. 91, II, b, do Código Penal.

- Apelações improvidas.

ACÓRDÃO

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações, nos ter-

mos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 1º de dezembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelos criminais interpostos por Sônia de Aguiar Mendes de Holanda (fls. 90/131) e por Luiz Carlos Mendes Lins de Holanda (fls. 132/173) em face de decisão judicial que determinou a constrição de seus passaportes, bem como o sequestro e a apreensão de seus bens, ante a indícios de participação em atividade criminosa.

De logo observo que os apelos foram interpostos com teses idênticas, pelo que, em nome da celeridade processual, opto por julgá-los em conjunto.

O presente feito origina-se de denúncia intentada em desfavor de Sônia de Aguiar Mendes de Holanda, pela prática, em tese, dos delitos previstos nos arts. 11, 16 e 22, *caput*, e parágrafo único, da Lei nº 7.429/86, art. 1º, § 2º, II, e § 4º, da Lei nº 9.613/98 c/c arts. 288 e 71 do CP; e de Luiz Carlos Mendes Lins de Holanda, em virtude da suposta prática das condutas tipificadas no art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, art. 1º, § 2º, II, e § 4º, da Lei nº 9.613/98 c/c arts. 288 e 71 do CP.

Trata-se de ação penal oriunda da chamada Operação Câmbio, realizada pela Polícia Federal, no ano de 2003, visando apurar irregularidades na empresa Norte Câmbio Turismo Ltda., referentes à evasão de divisas do país e à prática de operações de câmbio sem a devida autorização do Banco Central.

Segundo emerge da exordial acusatória, o apelante Luiz Carlos Mendes Lins de Holanda atuava no esquema criminoso como “mula”, transportando valores, de maneira ilegal, para o exterior.

Por sua vez, Sônia de Aguiar Mendes de Holanda, conforme aduz o *Parquet* Federal, fazia “*parte de escalão inferior ao de Jorgeane e Maria Izabel dentro da hierarquia da organização criminosa, exercendo funções executivas dentro da organização*” (fl. 56).

Recebida a denúncia às fls. 87/89, o MM. Magistrado a quo prolatou decisão acatando o pleito ministerial de depósito em juízo dos passaportes dos acusados, devendo os mesmos comprometerem-se a não deixar o país sem prévia autorização enquanto perdurar a instrução processual (fl. 74).

Ademais, entendeu ainda o Juiz Federal da 4ª Vara Criminal/PE por determinar o sequestro de todos os bens imóveis dos acusados, e a apreensão dos bens móveis, inclusive aplicações financeiras e valores depositados em contas correntes, expedindo-se ofícios à Corregedoria-Geral de todos os Tribunais de Justiça da Federação, aos cartórios de registro de imóveis da capital, aos DETRANS e ao Banco Central do Brasil a fim de darem cumprimento à ordem.

Inconformados com a decisão, os ora apelantes interpuseram recurso de apelação com fulcro no art. 593, II, do CPP, aduzindo, em síntese, que as medidas cautelares implementadas pelo Juízo de primeiro grau violam os incisos XIII e XV do art. 5º da CF/88. Alegam que sobre os bens de que dispõem não recai qualquer presunção de que sejam produtos do crime, mormente porque foram adquiridos em período anterior à sua admissão na qualidade de funcionários da empresa Norte Câmbio Turismo Ltda.

Ambos afirmam, ainda, disporem tão somente de um automóvel popular cada qual – adquiridos muito antes do ingresso na Norte Câmbio Turismo Ltda. –, os quais foram sendo substituídos progressivamente, dentro do mesmo padrão. Almejando comprovar suas alegações, juntam cópias das Declarações de Imposto de Renda dos exercícios de 2000, 2001, 2002, 2003 e 2004, além de extrato do DETRAN do qual consta lista com a relação integral dos veículos já possuídos por cada um dos apelantes.

No que tange ao bloqueio e apreensão de valores em conta corrente, aduzem que “*esta conta é movimentada para recebimento de sua remuneração tendo, assim, caráter subsidiário alimentar, sendo, portanto, impenhorável ou insusceptível de bloqueio*” (fl. 93).

Observam, por derradeiro, que o MM. Magistrado *a quo* se furtou a demonstrar, em sua decisão, os elementos formadores de sua convicção, “visto que não foram ouvidas quaisquer testemunhas, e sim apenas depoimentos dos acusados, não havendo qualquer prova documental ou mesmo testemunhal com relação à aquisição dos bens dos acusados” (fl. 94).

Requerem, desta feita, a reforma da decisão *a quo* para determinar a liberação das restrições impostas aos bens do casal, além da restituição dos passaportes porventura apreendidos.

Foram apresentadas contrarrazões pelo Ministério Público Federal às fls. 291/300, aduzindo a constitucionalidade da adoção de medidas alternativas à prisão processual ante ao poder geral de tutela de que dispõe o Magistrado.

Ademais, afirma o *Parquet* que os apelantes conheciam o proprietário da Norte Câmbio antes mesmo de nela ingressarem como funcionários, além de não terem conseguido demonstrar que exerciam atividade lícita por ocasião da compra dos bens judicialmente constrictos. Entende que o sequestro dos bens não causa danos irreversíveis, pois estes continuam na posse dos acusados. Por fim, verifica que, a teor do disposto no art. 1º c/c art. 3º, VI, da Lei nº 8.009/90, não há obstáculo à perda de bens em favor da União quando provenientes de lucros auferidos com a prática de crime.

Corroborando o entendimento da acusação, o Ministério Público Federal, agindo na qualidade de *cujus legis*, opinou pelo improvimento do recurso interpostos pelos réus.

É o relatório. Ao Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Consoante aduzido por ocasião do relatório, cuida-se de duas apelações distintas interpostas por cada um dos réus no presente feito. Consigno, mais uma vez, a opção por proceder ao julgamento conjunto dos recursos, em homenagem ao princípio da celeridade processual, ante o fato de esposarem idênticas teses.

Isto posto, passo à análise do mérito recursal, primeiramente no que tange à decisão de determinar a constrição dos passaportes dos réus.

Deveras, almejando obter a reforma da decisão *a quo* que determinara a apreensão de seus passaportes, os ora apelantes alegam que se trata de medida inconstitucional por violar o disposto nos incisos XIII e XV do art. 5º da CF/88, *in verbis*:

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

De logo consigno, entretanto, que os direitos e garantias individuais previstos no art. 5º da CF/88 não são absolutos, devendo ceder ante a interesses de ordem pública. *In casu*, visou-se assegurar a aplicação da lei penal, visto que os acusados, na condição de funcionários de uma empresa de turismo, teriam, ao menos *a priori*, maior facilidade para obter passagens aéreas e estadia, de modo a evadirem-se do país se assim o desejassem.

Não se trata, ainda, de violação ao princípio da presunção da inocência, posto que, consoante aduzido acima, este pode/deve ser ressalvado nas hipóteses em que colida com normas jurídicas atinentes à salvaguarda dos direitos da coletividade.

Importa notar que o presente feito versa acerca de condutas de elevada culpabilidade, que geraram enormes prejuízos ao Erário Público – privado dos tributos devidos em virtude das transações financeiras efetuadas – e ao Sistema Financeiro Nacional como um todo, haja vista a insegurança econômica advinda do delito. Nessa circunstância, ante a gravidade de crime, é de interesse público que os réus sejam privados de seus passaportes como medida cautelar que visa evitar furtarem-se eles à aplicação da lei penal.

A esse propósito, importa notar que a apreensão de passaportes é medida que encontra respaldo no poder geral de cautela de que é revestida a função jurisdicional, conforme entendimento jurisprudencial consolidado no âmbito dos Tribunais Superiores pá-

trios. Apesar de não vislumbrar maiores complicações acerca do tema, destaco ainda que a novel legislação, mais benéfica, (Lei nº 12.403/2011) expressamente prevê que a prisão preventiva, atendidos seus pressupostos, somente poderá ser decretada quando não puder ser substituída por outra medida cautelar (art. 282, § 6º, do CPP).

Em que pese não haja previsão explícita da hipótese de apreensão de passaportes, tal medida pode ser entendida como decorrente do poder geral de cautela, atribuído ao Magistrado com o objetivo de garantir a tutela processual (art. 798 do CPC c/c art. 3º do CPP). Nesse sentido firmou-se o entendimento do e. STF, conforme denota arresto abaixo ementado:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. FACILITAÇÃO DE DESCAMINHO. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. RESTITUIÇÃO DE PASSAPORTES: CAUSA DE PEDIR PRÓXIMA. LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO: CAUSA DE PEDIR REMOTA. APREENSÃO DE PASSAPORTES COMO MEDIDA ACAUTELATÓRIA. CONSTITUCIONALIDADE.

1. O *habeas corpus* não tutela “direitos que têm na liberdade física apenas a sua condição de exercício, objeto, não imediato, mas mediato, do pedido, não estando, assim, afetada imediatamente, mas apenas de modo oblíquo, a liberdade de locomoção” (HC nº 81.814-Agr/SP, Relator o Ministro MOREIRA ALVES, Pleno, DJ de 08.05.2002).

2. Pedido é “o bem da vida pretendido pelo autor (...). Divide-se em pedido imediato (sentença) e pedido mediato (bem da vida). Pede-se a prolação de uma sentença (imediato) que garanta ao autor o bem da vida pretendido (mediato)” (Código de processo civil comentado e legislação extravagante. Nery Júnior, Nelson e Nery, Rosa Maria de Andrade - 10ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pág. 550).

3. Na hipótese dos autos, o pedido mediato é a devolução definitiva dos passaportes; a liberdade de locomoção constitui apenas o pedido imediato. Pleiteia-se a restituição dos passaportes (pedido mediato) a fim de que possam realizar viagens ao exterior, exercendo seu direito de liberdade de locomoção (pedido imediato).

4. É cediço na Corte, consoante destaca o Membro do *Parquet*, a constitucionalidade da apreensão de passaportes como medida acautelatória no processo penal (Precedente: HC n° 94.147/RJ, Relatora a Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma DJ de 12.06.2008).

5. É o que registrou o parecer da Procuradoria Geral da República, *verbis*:

“HABEAS CORPUS. APREENSÃO DE PASSAPORTE. PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PELO CONHECIMENTO E/OU DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. A retenção de passaporte pelo magistrado de primeiro grau tem clara natureza acautelatória, inserindo-se, portanto, no poder geral de cautela, o qual é depreendido de normas processuais dispostas no art. 3º do CPP, e do art. 798 do CPC.

2. ‘Se o direito brasileiro admite a decretação da prisão temporária e preventiva, entre outras medidas restritivas da liberdade de locomoção da pessoa, no momento anterior ao trânsito em julgado de sentença condenatória, com muito mais razão revela-se admissível a imposição de condições para o acusado durante o processo, como a entrega do passaporte, a necessidade de obtenção de autorização judicial para empreender viagens ao exterior, entre outras’ (HC 94.147/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 13.06.2008)

3. Parecer pelo conhecimento e indeferimento da ordem”.

7. Ordem indeferida.

(STF, HC 101830, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., 12/04/2011)

Ademais, saliento que, na hipótese de ser necessário o empreendimento de viagem ao exterior, assiste aos réus a faculdade de requisitarem ao Juízo de 1º grau a devolução temporária de seus documentos, o que lhes será deferido se tal se mostrar razoável em face das circunstâncias concretas.

A esse respeito, socorro-me ainda das palavras do douto Procurador Regional da República:

No tocante ao direito de livre exercício de qualquer trabalho, também não há que se falar em violação ou embaraço, pois, há registro nos autos, colacionado pelo apelado

(fls. 296-297), que o Juízo *a quo* concedeu autorização de viagem para a Argentina, à ré Mirella Mayone Ribeiro Dias, por motivo de negócios, na mesma Ação Penal nº 2004.83.00.026319-3” (fl. 308).

Desta feita, não vislumbro *in casu* qualquer óbice à apreensão dos passaportes dos acusados e à sua sujeição à prévia autorização judicial acaso desejem ausentar-se do país.

Idêntica, aliás, foi a decisão prolatada por esta Terceira Turma no julgamento de *habeas corpus* intentado em face de decisão similar proferida no bojo de ação penal proposta em face de algumas das pessoas relacionadas ao esquema da Norte Câmbio, para o julgamento de delitos contra o Sistema Financeiro Nacional apurados quando da Operação Farol da Colina. Atente-se, nesse sentido, para o mencionado julgado:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E DE “LAVAGEM” DE DINHEIRO. OPERAÇÃO “FAROL DA COLINA”. DEPÓSITO DE PASSAPORTES DOS PACIENTES EM JUÍZO. DECISÃO DE NATUREZA CAUTELAR. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL AO DIREITO DE LOCOMOÇÃO.

1. A decisão hostilizada, de natureza cautelar, em razão de apresentar-se por texto lacônico, e não repetitivo da motivação e dos fundamentos jurídicos do pleito formulado pelo Ministério Público Federal, em promoção apresentada no mesmo dia em que ofertada a denúncia, não caracteriza ato de constrição ilegal na liberdade de ir e vir dos ora pacientes, que são acusados da possível prática de delitos contra o sistema financeiro nacional e de lavagem de dinheiro.

2. No caso, a retenção dos passaportes deve produzir o efeito imediato de coibir que os pacientes possam se furta à aplicação da lei, sem que resulte qualquer característico de ameaça à liberdade de locomoção. A medida em si mesma considerada, neste ponto, nos estritos limites do poder de cautela do juiz, revela-se assecuratória e visa, por primeiro, o resguardo do cumprimento da pena que possa vir a ser imposta aos pacientes e, depois, impedir que possam eles se ausentar do país antes do juízo de culpa.

3. Ordem de *habeas corpus* denegada.
(TRF5, HC 200505000064531, Rel. Des. Federal Paulo Gadelha, 3ª T., DJe 01/09/2005)

Superada esta questão, passo à análise da legalidade do ato jurisdicional no que toca à decisão de sequestro dos bens do casal.

O MM. Juiz Federal da 4ª Vara Criminal/PE determinou, com fulcro no art. 125 do CPP e no art. 4º da Lei nº 9.613/98, o sequestro dos bens imóveis dos acusados, bem como a apreensão dos móveis, inclusive aplicações financeiras e valores depositados em contas correntes, nos seguintes termos, *in verbis*:

Havendo indícios veementes da proveniência ilícita dos imóveis dos pretensos culpados, é o *quantum satis* para que se determine medida coercitiva de natureza real, consistente no sequestro dos seus bens. A prova testemunhal, documental e pericial produzida até o momento faz plausíveis os indícios de autoria e materialidade dos crimes praticados contra o sistema financeiro e de ocultação de bens e valores provenientes do crime (fl. 89).

Observo que as provas juntadas à inicial, em especial o depoimento do corréu Zaiser Eberhard Hermann (fls. 77/82), configuram indícios fortes de materialidade e autoria do delito, ao menos em juízo preliminar.

No que tange aos indícios de materialidade do crime, destaco as seguintes conclusões a que chegou a perícia contábil:

Quesito 04 - Com sabe nos documentos encontrados nos computadores submetidos a exame, e que ensejaram a elaboração dos mencionados laudos periciais, pode (sic) os senhores peritos identificar o registro de transações em que a empresa Norte Câmbio atuasse como instituição financeira, tendo como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários, nos termos do art. 1º, *caput*, da Lei nº 7.492/86?

- (...) Dessa forma, os peritos qualificam os registros existentes como registros de operações de captação e intermediação de recursos financeiros, com transações remuneradas de valores, cobranças de taxas e comissões relacionadas com operações de câmbio, atuando como instituição financeira em operações não declaradas ao Banco Central do Brasil.

(...)

Quesito 06 - Igualmente, as transações, operações e outras evidências verificadas nos documentos objeto de exame e que resultaram nos referidos laudos, configuram ocultação de dinheiro nos termos do art. 1º, VI, parágrafo 1º, II, do parágrafo 2º, incisos I e II e parágrafo 4º, da Lei nº 9.613/98?

- As transações registradas na contabilidade paralela foram efetuadas com o objetivo de ocultar a movimentação de recursos decorrentes das atividades exercidas pela Norte Câmbio Turismo LTDA., conforme descrito na resposta ao quesito 04. (Fls. 33/35).

Extraio, ademais, do depoimento que presta o acusado Zaiser Eberhard Hermann, os seguintes excertos:

QUE o pagamento destas importações foi feito, uma parte, pela empresa NORTE-CÂMBIO e outra parte era feita através de transferência via Banco do Brasil; QUE todos os pagamentos efetuados pela empresa NORTE-CÂMBIO eram feitos diretamente ao declarante na Alemanha em todos os tipos de moedas; QUE as pessoas que lhe entregavam o dinheiro do pagamento por estes negócios na Alemanha eram funcionários da NORTE-CÂMBIO, tais como EMERSON (que possui olhos verdes), ARTHUR TILLMAN, MARIA JASMIN, LUIZ CARLOS LINS MENDES DE HOLANDA; QUE estes pagamentos diretos eram efetuados também diretamente por MARIA DEL PILAR NOGUES DIAS e JACINTO MONTEIRO DIAS; (...); QUE, em relação ao câmbio que foi praticado com a NORTE-CÂMBIO, o declarante assinala que funcionários da NORTE-CÂMBIO chegavam com moedas estrangeiras e *travellers-checks* em “malas” ou tais moedas eram remetidas via postal; QUE a NORTE-CÂMBIO tinha uma conta junto à empresa de câmbio do declarante, a ZAIZER GRBH FINAN-

ZDIENST LEISTUNGSINTITUT; QUE este tipo de procedimento é perfeitamente legal na Alemanha; QUE o declarante, então, fazia a compra destas moedas à NORTE-CÂMBIO, cobrando um deságio por estas operações sobre a diferença das moedas; (...) QUE LUIZ CARLOS MENDES DE HOLANDA é esposo de SÔNIA e fez viagens para levar dinheiro ao declarante a mando de JACINTO DIAS (fls. 77/82).

Corroboro, portanto, o entendimento do MM. Juiz *a quo* no sentido de ser razoável assumir que os bens do casal possam provir de lucro auferido com a prática de ilícitos penais.

Ademais, verifico que, muito embora aleguem que seus bens foram adquiridos em período anterior à admissão na empresa Norte Câmbio, os ora apelantes possuem uma relação profissional ainda mais antiga com o proprietário da empresa Norte Câmbio, o Sr. Jacinto Dias.

Veja-se, assim, o depoimento que presta o acusado Luiz Carlos Lins Mendes de Holanda:

(...) Que conhece JACINTO DIAS porque sua esposa SÔNIA DE AGUIAR MENDES DE HOLANDA, já prestou serviços para a matriz da empresa NORTE CÂMBIO; (...) Que, na verdade, o declarante já trabalhou como representante comercial para a empresa LICÍNIO DIAS E CIA. LTDA.; Que LICÍNIO DIAS era o pai de JACINTO DIAS (fl. 831 do vol. 3 do apenso).

Nesse sentido, faz-se mister também reproduzir trecho do parecer ministerial:

Ademais, os recorrentes não comprovaram que exerciam atividade lícita quando adquiriram os bens sequestrados. O apelante Luiz Carlos Lins Mendes de Holanda limitou-se a afirmar não ser proprietário de bens imóveis e que o automóvel registrado em seu nome não poderia ser considerado crime, já que possuía veículos desde 1987. No entanto, consoante trechos da denúncia (fls. 38-41 e 58-60), verifica-se que o réu transportou ilegalmente valores em espécie para fora do país, como um dos colaboradores da Norte Câmbio, empresa que desde a sua constituição, em 1991, tinha por fim o exercício de atividade de câmbio e remessas ilegais de divisa para o exterior (fl. 309).

Por derradeiro, impende analisar a decisão *a quo* no que toca à determinação de penhora dos valores disponíveis na conta bancária dos acusados.

Há intrincada controvérsia associada à origem de parte dos haveres depositados nas contas bancárias dos apelantes, posto que dos autos constam indícios veementes de sua proveniência ilícita.

Anote-se, ainda, não haverem os apelantes se desincumbido, satisfatoriamente, do seu ônus de infirmar o interesse público, inato à persecução penal, de manutenção da apreensão dos valores, como prescreve o art. 118 do CPP:

Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo.

Também não foi convincentemente afastada pelos recorrentes, a possibilidade de estar a verba objeto do bloqueio sujeita à pena de perdimento prevista no art. 91, II, *b*, do Código Penal:

São efeitos da condenação: (...); II- a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: (...): b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Tenho, assim, como questão crucial a envolver os valores objeto do bloqueio em exame, a impedir sua imediata liberação, a inafastável possibilidade de sua sujeição à pena de perdimento, nos termos do dispositivo legal antes indicado, acaso efetivamente comprovada a origem ilícita de sua obtenção, sanção esta a depender, ainda, do devido processo legal, pelo que deve-se manter a cautelar decretada, para fins de assegurar, se o caso, o devido ressarcimento de valores aos cofres do erário.

Trata-se de decisão judicial cuja legislação de regência, incluindo o Código Penal, mas, especificamente, a Lei nº 9.613/98, confere integral possibilidade de somente ocorrer o levantamento dos valores ao fim e ao cabo das investigações, consoante prescrição contida no § 1º do art. 4º da aludida Lei nº 9.613/98, desde que em consonância com o que preceitua o § 2º (origem lícita) do mesmo artigo, *verbis*:

Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público em vinte e quatro horas, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão ou o sequestro de bens, direitos ou valores do acusado, ou existentes em seu nome, objeto dos crimes previstos nesta Lei, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

§ 1º As medidas assecuratórias previstas neste artigo serão levantadas se a ação penal não for iniciada no prazo de cento e vinte dias, contados da data em que ficar concluída a diligência.

§ 2º O juiz determinará a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou sequestrados quando comprovada a licitude de sua origem.

Como visto, apesar da faculdade de se comprovar a licitude da origem do numerário em questão, para fins de levantamento da constrição, tal situação ainda não se observou, remanescendo incerteza quanto à origem dos recursos depositados nas contas bancárias do recorrente, na esteira do pronunciamento ministerial produzido nesta instância e adiante reproduzido somente em parte:

Ademais, os recorrentes não comprovaram que exerciam atividade lícita quando adquiriram os bens sequestrados. O apelante Luiz Carlos Lins Mendes de Holanda limitou-se a afirmar não ser proprietário de bens imóveis e que o automóvel registrado em seu nome não poderia ser considerado crime, já que possuía veículos desde 1987. No entanto, consoante trechos da denúncia (fls. 38-41 e 58-60), verifica-se que o réu transportou ilegalmente valores em espécie para fora do país, como um dos colaboradores da Norte Câmbio, empresa que desde a sua constituição, em 1991, tinha por fim o exercício de atividade de câmbio e remessas ilegais de divisas para o exterior (fl. 309).

No que tange à acusada Sônia, inobstante não vislumbre nos autos provas conclusivas a respeito de suas relações profissionais com a empresa Norte Câmbio Ltda. no período anterior ao ano de 2000, entendo que deve ser considerada, ante a ausência de elementos aptos a ilidir tal presunção, beneficiária dos provei-

tos eventualmente ilícitos de seu marido Luiz Carlos, de modo que sobre a mesma também deve recair a medida judicial de caráter constritivo.

Desta feita, observo que persistem as razões para manutenção da medida acautelatória de bloqueio dos valores apreendidos, mormente em razão da ausência de exata comprovação de sua origem lícita ou de sua natureza exclusivamente alimentar.

Ante o exposto, entendo pela manutenção da decisão *a quo*, ressaltando ainda, como o fez o *Parquet* Federal, que os bens constritos encontram-se em poder dos acusados, pelo que não se vislumbra a irreversibilidade da medida na hipótese de posterior absolvição dos apelantes.

Com essas considerações, nego provimento aos apelos.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.634-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Apelante: ADMIR BATISTA DA SILVA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Adv./Proc.: DR. NILSON MAGALHÃES (APTE.)

EMENTA: PROCESSUAL PENAL E PENAL. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR E FALSO TESTEMUNHO. EMENDATIO LIBELLI. ADITAMENTO DA DENÚNCIA E OITIVA DO RÉU. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. INCABIMENTO. AUSÊNCIA DE RECEBIMENTO DA DEFESA PRELIMINAR. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO.

- A emendatio libelli (art. 383 do Código Penal) não hostiliza o princípio do contraditório ou a

garantia da amplitude da defesa, uma vez que o réu se defende de fatos e não da tipificação, podendo a mesma ser aplicada em qualquer instância.

- Caso em que o magistrado, após a instrução do processo e por ocasião da prolação da sentença, verificou a necessidade de correção da capitulação do delito pelo qual o acusado havia sido denunciado, desclassificando-o para as figuras típicas adequadas.

- “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (1) ano” (Súmula 243/STJ).

- A defesa preliminar é peça de apresentação facultativa, de modo que, uma vez oferecida fora do prazo legal, a consequência lógica é o seu não recebimento.

- Inexistindo nos autos certidão que comprove ter expirado o prazo para interposição de recurso pela acusação, deve ser afastada a prescrição retroativa, diante da falta de preenchimento dos requisitos constantes do § 1º do art. 110 do CP.

- A contagem do lapso prescricional, então, deve ser feita levando-se em consideração o máximo da pena cominada aos delitos, nos termos do art. 109 do Estatuto Repressor.

- Hipótese em que o lapso temporal observado entre a consumação das infrações e a data de recebimento da denúncia e entre esta e a prolação da sentença não excede o prazo legal, não havendo ensejo para a extinção da punibilidade pela prescrição em abstrato.

- Ainda que fosse o caso de aferir-se a prescrição retroativa, esta não estaria configurada, uma vez que, consideradas as penas aplicadas na sen-

tença, de dois anos e onze meses de reclusão, para o crime de falso testemunho, e de dois anos e um mês de reclusão, para o delito de falsificação de documento particular, o lapso de oito anos (art. 109, IV, CP), contado entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia e entre esta e a prolação da sentença, não estaria ultrapassado.

- Os delitos de falsificação de documento particular e falso testemunho encontram-se tipificados no art. 298 e art. 342, § 1º, do CP.

- Comprovadas a materialidade delitiva e a autoria, impõe-se a manutenção do decreto condenatório.

- Preliminares rejeitadas. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 15 de dezembro 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 apelação criminal interposta por Admir Batista da Silva contra sentença que o condenou a cinco anos de reclusão e multa (trinta dias-multa, no valor de um salário-mínimo), pela prática dos crimes previstos no art. 298 c/c o art. 342, § 1º, e c/c o art. 71, todos do Código Penal.

Sustenta o réu, em síntese: a) afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório, ao argumento de que o juiz aplicou o

instituto da *mutatio libelli* sem que oportunizasse o aditamento da denúncia ou sem a oitiva da defesa; b) cerceamento de defesa, já que a peça referente à defesa preliminar não foi aceita, em razão da intempestividade; c) ausência de proposta de suspensão condicional do processo; d) ocorrência da prescrição intercorrente; e) não houve oportunidade para contestar a perícia de fls. 37/44; f) inexistem elementos indicativos do cometimento dos delitos dos arts. 342, § 1º, e 298 do CP; g) que ocorreu a *mutatio libelli*. Pugna, alfim, por sua absolvição.

Contrarrazões.

O Ministério Público Federal, no seu parecer, opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório. Ao revisor.

Antes, porém, remetam-se os autos à Distribuição, a fim de que seja retificado o nome do apelante (Admir Batista da Silva – grafia correta, ao invés de Ademir) na etiqueta de autuação.

VOTO

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

A pretensão de Admir Batista da Silva é formulada no sentido de reformar a sentença que o condenou pela prática dos crimes de falsificação de documento particular e falso testemunho.

Consta dos autos que o Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra o recorrente, atribuindo-lhe o cometimento do delito previsto no art. 339, § 1º, do CP (denúnciação caluniosa), ao argumento de que ele deu causa à instauração de processo judicial (Processo nº 2004.83.00.023938-5) em face do Sr. João Barbosa da Silva, ao imputar-lhe fatos que, em tese, configurariam o crime de contrabando, além de declarar perante a autoridade policial e em juízo que havia locado ao mencionado senhor o imóvel no qual foi apreendida grande quantidade de cigarros contrabandeados.

Narra a denúncia, ainda, que, mediante perícia grafotécnica realizada no contrato de locação em referência, constatou-se que as assinaturas nele apostas, em nome de João Branco da Silva

(João Barbosa da Silva), teriam partido do punho do apelante, Sr. Admir Batista da Silva.

Encerrada a instrução processual e por ocasião da prolação da sentença, em audiência, o magistrado *a quo* convenceu-se de que, na verdade, as condutas atribuídas ao réu subsumiam-se aos crimes previstos nos arts. 298 (falsidade de documento particular) e 342, § 1º (falso testemunho com causa de aumento), c/c o art. 71, todos do CP, razão pela qual, aplicando à hipótese o disposto no art. 383 do Código de Processo Penal (*emendatio libelli*), efetuou a desclassificação do delito descrito na peça acusatória, condenando o acusado, em consequência, nas penas daquelas infrações, alcançando a sanção um total de cinco anos de reclusão, além de multa.

Alega o recorrente que o juiz aplicou o instituto da *mutatio libelli*, sem que antes fosse permitido o aditamento da denúncia, nem lhe fosse conferida oportunidade para defender-se, afrontando, assim, os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Observo, no entanto, que dita alegação não merece guarida, uma vez que, ao promover a desclassificação do delito, o magistrado não alterou o conteúdo da vestibular acusatória, nem, muito menos, modificou os fatos nela narrados, tendo se limitado a ajustar as condutas do réu, ali descritas, aos tipos penais adequados, segundo lhe faculta o art. 383 do CPP, *in verbis*:

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

Tal corrigenda não hostiliza o princípio do contraditório ou a garantia da amplitude da defesa, uma vez que o réu se defende de fatos e não da tipificação, podendo a mesma ser aplicada em qualquer instância.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. RÉU DENUNCIADO COMO INCURSO EM HOMICÍDIO SIMPLES. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. INCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO MOTIVO FÚTIL. DECISÃO FUNDAMENTADA NOS FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA. POSSIBILI-

DADE. *EMENDATIO LIBELLI*. ART. 383 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM DENEGADA. DECISÃO LIMINAR REVOGADA.

1. Nosso sistema processual penal autoriza o julgador a dar nova definição jurídica à imputação fática constante na denúncia, tendo em vista que o réu se defende dos fatos narrados e não da sua classificação legal, logo, restando caracterizada a *emendatio libelli* e não *mutatio libelli*, desnecessária a observância das disposições do art. 384 do Código de Processo Penal.

2. A inclusão da qualificadora do motivo fútil não causou prejuízo à defesa, porquanto a sentença de pronúncia entendeu-se tratar de homicídio qualificado e não de homicídio simples, baseando-se no mesmo contexto fático descrito pela exordial acusatória. Precedentes.

3. Ordem denegada, com a revogação da liminar anteriormente deferida. (STJ, 5ª T., HC 143603 / SE, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 15/09/2011)

In casu, relata a denúncia que o réu deu causa à instauração de processo judicial (Processo nº 2004.83.00.023938-5) em face do Sr. João Barbosa da Silva, ao imputar-lhe fatos que, em tese, configurariam o crime de contrabando, tendo declarado em juízo que havia celebrado contrato de locação com o referido senhor, constatando-se que o recorrente falsificou a assinatura deste, com o intuito de incriminá-lo pela prática do delito de contrabando. Em face dessas condutas, o MPF denunciou o apelante como incurso nas penas do art. 339 do CP (denúncia caluniosa).

Ocorre que, um estudo atento aos elementos constantes dos autos, levou o magistrado à conclusão de que as condutas do recorrente se enquadravam nas figuras típicas constantes dos arts. 298 e 342, § 1º, c/c o art. 71, todos do CP, de modo que o ajuste por ele efetuado, na capitulação do crime, não conduz a qualquer afronta ao devido processo legal e ao contraditório e à ampla defesa, eis que, todo o tempo, o acusado se defendeu dos fatos narrados na denúncia.

Verifica-se que, no caso em comento, havia elementos suficientes para a aplicação da *emendatio libelli*, instituto previsto no art. 383 do CPP, o qual permite, inclusive, que a correção da capitulação da infração implique a imposição de pena mais grave ao réu, inexistindo, portanto, razões para falar-se em *mutatio libelli*.

Em consequência disso, não há que se falar em nulidade do feito em decorrência da ausência de proposta do MPF pela suspensão do processo (Súmula 337/STJ), conforme alega o recorrente, pois, *in casu*, existia óbice ao deferimento desse benefício, tendo em vista que, na hipótese de concurso material, se a soma das penas ultrapassar um ano, é incabível a aplicação do *sursis* processual, tal como ocorreu no caso em tela. Nesse sentido, veja-se o que estabelece a Súmula nº 243 do STJ:

O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (1) ano.

No tocante à alegação de que incorreu o magistrado em cerceamento de defesa quando deixou de receber a defesa preliminar do apelante, por considerá-la intempestiva, ressalto que a mesma deve ser rechaçada, pois dita peça é de apresentação facultativa, sendo certo que, uma vez oferecida fora do prazo legal, a consequência lógica é o seu não recebimento.

Ademais, vale destacar que, em momento algum, o acusado demonstrou a ocorrência de prejuízo sofrido em razão da falta de recebimento da defesa preliminar, de modo que nulidade alguma contaminou o regular processamento da ação penal.

Registre-se, por oportuno, que a Súmula nº 523 do STF prevê que “no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

Inexistindo prova do alegado prejuízo, afasta-se a preliminar de cerceamento de defesa.

Em relação à prejudicial de prescrição, destaco, inicialmente, que, quando houver o trânsito em julgado da sentença para a acusação, a prescrição regula-se pela pena *in concreto*, a teor do art. 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal, que ostenta este teor:

Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.

§ 2º A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.

Ocorre, no entanto, que não há nos autos certidão que comprove ter expirado o prazo para interposição de recurso pela acusação, de maneira que, como bem lembrou a representante do Ministério Público Federal, no parecer de fls. 132/151, deve ser afastada a prescrição retroativa, diante da falta de preenchimento dos requisitos constantes do § 1º do art. 110 do CP.

Em consequência, a contagem do lapso prescricional deve levar em consideração o máximo da pena cominada aos delitos, nos termos do art. 109 do Estatuto Repressor, que assim dispõe:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

In casu, no tocante ao crime previsto no art. 298 do CP, cuja pena máxima é de cinco anos, observo que não se configurou a prescrição, eis que, entre a consumação da infração, levada a efeito com a elaboração do documento particular (contrato de locação), em 01.05.2001 (fl. 20), e a data de recebimento da denúncia (02.10.2008 – fl. 46), bem como entre esta e a prolação da sentença (09.02.2009 – fl. 77), não decorreram doze anos.

Em relação ao delito previsto no art. 342, § 1º, do Código Penal, o qual se consumou com a declaração falsa feita em juízo, na audiência realizada no dia 13.01.2005 (fls. 10 e 12), também não se concretizou a prescrição em abstrato, pois, entre a data do fato e o recebimento da peça acusatória, e entre essa data e a prolação da sentença, não transcorreram oito anos.

Vale destacar, por oportuno, que, mesmo se fosse aferida a prescrição retroativa, a extinção da punibilidade não se consuma-

ria por tal motivo, uma vez que, consideradas as penas aplicadas na sentença, de dois anos e onze meses de reclusão, para o crime de falso testemunho, e de dois anos e um mês de reclusão, para o delito de falsificação de documento particular, o lapso de oito anos (art. 109, IV, CP), contado entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia e entre esta e a prolação da sentença, não restou ultrapassado.

Vencidas as questões preliminares, passo à análise do mérito.

Alega o apelante que inexistem nos autos elementos que apon-tem ter ele cometido os crimes previstos nos arts. 298 e 342, § 1º, do CP, a seguir descritos:

Art. 298 - Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: (Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001)

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

§ 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta. (Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001)

Analisando os autos, verifico que a materialidade delitiva e a autoria restaram plenamente demonstradas, sendo certo afirmar que as condutas do apelante se encaixam de maneira perfeita aos tipos penais acima mencionados, uma vez que ficou comprovado nos autos que o réu, na qualidade de testemunha, fez declaração inverídica em juízo, ao afirmar que havia locado para o Sr. João Barbosa da Silva o imóvel onde foi encontrado o produto do crime de contrabando (cigarros cuja venda era proibida no Brasil), assim agindo com o objetivo, conforme se constatou ao longo da instrução processual, de livrar o seu sobrinho (verdadeiro dono do imó-

vel) de qualquer imputação relativa à prática do referido delito de contrabando.

Para tanto, falsificou a assinatura do Sr. João Barbosa da Silva no aludido contrato de locação, tendo dita falsificação sido atestada através do laudo pericial de fls. 37/44, o qual se mostra plenamente válido para provar a conduta do recorrente, ao contrário do que ele alega. Eis o teor da conclusão a que chegaram os peritos:

Os lançamentos manuscritos questionados, em nome de João Branco da Silva, apostos nos documentos descritos no item II, convergiram para o material gráfico tomado como padrão em nome de Admir Batista da Silva, ou seja, a luz do material gráfico padrão fornecido, os signatários confirmam a autoria para o punho fornecedor do material padrão.

(...)

Os lançamentos à guisa de assinaturas apostadas nos documentos descritos no item “II - Do Material Questionado”, em nome de Plásticos Novavia Ltda e João Branco da Silva não foram produzidos pelo punho de João Barbosa da Silva à luz do material gráfico padrão descrito no item “IV - Do Material Padrão” do corpo deste laudo. (Fl. 43)

Corroborando a convicção aqui exposta, ainda, o fundamento utilizado na sentença, às fls. 80/86, acerca da autoria delitiva:

(...)

Dentro desse quadro, resulta acima de questionamento que o acusado, por duas oportunidades distintas, praticou o crime de falso testemunho, asseverando fatos falsos em processo judicial, de natureza penal. Também não há menor dúvida de que empregou, ele próprio, documento que falsificou. O laudo de fls. 37/44 é inequívoco ao apontar o acusado como autor da falsificação, indigitando a ele a aposição da suposta assinatura de João Branco da Silva, no atrás referido documento. Então, já não bastassem os dois crimes acima referidos, ainda entregou documento falso na tentativa de eximir o sobrinho Emerson de responsabilidade e imputar a culpa a João Barbosa da Silva. Suficientemente delineada, portanto, a prática criminosa levada a efeito pelo réu. Releva a grafar, em rebate à alegação erigida pela defesa, a plena validade do laudo pericial encartado aos autos, porquanto do processo penal não há

previsão legal de que as partes possam oferecer quesitos ou nomear assistentes técnicos. A prova rege-se pelo que dispõe os arts. 158 e seguintes do CPP e não há, na que foi realizada, qualquer procedimento que destoe das exigências da legislação processual penal. (...)

Inquestionável, portanto, a partir da análise das provas carreadas ao feito, que o comportamento do recorrente se amolda aos delitos previstos nos arts. 298 e 342, § 1º, do CP, sendo certo que a aplicação da *emendatio libelli* ocorreu de maneira correta, em obediência aos ditames do art. 383 daquele Diploma Legal, desmerecendo a sentença vergastada qualquer retoque.

À vista do exposto, rejeito as preliminares suscitadas e, no mérito, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.827-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Apelante: CLÁUDIA MARIA PEREIRA PESSOA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Adv./Proc.: DR. JOÃO OLYMPIO VALENÇA DE MENDONÇA
(APTE.)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS E ALTERAÇÃO DE DADOS CORRETOS EM SISTEMA INFORMATIZADO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EXTRAVIO DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS FISCAIS. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. DOLO PRESENTE. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. PATROCÍNIO DE INTERESSE PRIVADO PERANTE A ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA. AUSÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA REDUÇÃO DA PENA.

- Os argumentos expendidos pela defesa foram suficientemente analisados na sentença condenatória, não havendo que se falar, portanto, em nulidade da condenação por cerceamento de defesa. Preliminar rejeitada.

- O fato de terem sido constatados erros, cometidos por outros servidores, em alguns processos no âmbito da PFN/PE, não tem o condão de descaracterizar o dolo da conduta da recorrente, o qual restou suficientemente demonstrado em todas as condutas de inserção de dados falsos e alteração de dados corretos no sistema informatizado da Procuradoria da Fazenda Nacional e, ainda, no extravio de três processos administrativos fiscais.

- O delito tipificado no artigo 3º, III, da Lei 8.137/90, exige do agente a assunção da postura de verdadeiro defensor dos interesses privados perante a administração fazendária. Assim, não basta a mera solicitação de celeridade no atendimento de um contribuinte para a configuração do crime, sendo necessário que o funcionário público verdadeiramente assuma a defesa do interesse privado, valendo-se, para tanto, da facilidade de acesso junto a seus colegas servidores. O interesse privado em tela – que obviamente consistia no fornecimento de certidão negativa de débitos – não restou propriamente defendido pela recorrente, motivo pelo qual deve ser absolvida da imputação.

- O constrangimento ilegal sofrido pela recorrente é flagrante, no tocante à dosimetria, por não terem sido expostos motivos suficientes para justificar tamanha exasperação da pena, a qual foi unificada na sentença condenatória em 29 (vinte e nove) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, justificando-se, por essa razão, a concessão de habeas corpus de ofício para a sua redução, com diminuição equivalente da

pena de multa aplicada.

- Fixação da pena privativa de liberdade unificada em 14 (catorze) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, com diminuição da pena de multa para 245 (duzentos e quarenta e cinco) dias-multa, à razão de 1/5 (um quinto) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

- Apelo provido, em parte, para absolver a recorrente da imputação relativa ao crime de patrocínio de interesse privado perante a administração fazendária (artigo 3º, III, da Lei 8.137/90) e concessão de habeas corpus, de ofício, para redução da pena privativa de liberdade e de multa aplicadas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento, em parte, ao recurso de apelação e conceder, de ofício, *habeas corpus* para a redução da penas impostas, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 10 de janeiro de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Cuida-se de apelação criminal interposta por Cláudia Maria Pereira Pessoa contra sentença da lavra do il. Juiz Federal da 13ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, que condenou a ré à pena privativa de liberdade unificada de 29 (vinte e nove) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

Entendeu o il. magistrado que a ré, na condição de funcionária da Procuradoria da Fazenda Nacional no Estado de Pernambuco,

e, posteriormente, quando se encontrava em exercício provisório na Gerência Regional do Ministério da Fazenda em Pernambuco, teria cometido, em concurso material de crimes, as condutas tipificadas nos seguintes dispositivos:

- i) art. 313-A, c/c art. 327, § 2º, ambos do CP, por uma vez (inserção de dados falsos em sistema informatizado);
- ii) art. 313-A, c/c art. 327, § 2º, ambos do CP, por uma vez (inserção de dados falsos em sistema informatizado);
- iii) art. 3º, I, da Lei 8.137/90, por três vezes, em continuidade delitiva (extravio de processos administrativos fiscais);
- iv) art. 313-A, c/c art. 327, § 2º, ambos do CP, por duas vezes, em continuidade delitiva (alteração de dados corretos constantes de sistema informatizado); e
- v) art. 3º, III, da Lei 8.137/90, por uma vez (patrocínio de interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público).

A recorrente Cláudia Maria Pereira Pessoa sustenta, em síntese:

- i) a nulidade da sentença condenatória, por cerceamento de defesa, uma vez que não teria apreciado os argumentos expostos pela defesa;
- ii) que as irregularidades apontadas pela comissão de inquérito administrativo foram precipitadamente atribuídas à práticas dolosas da acusada, mas, na verdade, teriam decorrido de erros de digitação, equívocos e erros outros praticados por servidores de todos os níveis e setores, tudo em virtude da desorganização e precariedade da estrutura do Serviço Público, a exemplo do que ocorre no âmbito da PFN/PE;
- iii) no que tange ao cancelamento das inscrições da dívida referentes à empresa ULTRALIMPO - Empreendimentos e Serviços Ltda., que tudo foi realizado com o devido lastro documental, documentos esses que, embora não tenham sido localizados, deverão ainda sê-lo, bem assim que a alteração dos valores pagos teria decorrido de erro de digitação;

iv) no que toca à alteração dos dados cadastrais da empresa Suínos Ltda., que efetuada com base em documento ordenatório da providência, o qual ainda não foi encontrado. Recorda, todavia, que realizado um segundo pedido de parcelamento da dívida pela referida empresa, no mesmo mês em que promovidas as alterações em seu CNPJ, de sorte que não havia razão para a alteração maldosa de seus dados;

v) quanto ao extravio dos processos administrativos fiscais, não se poder atribuir a ela a falta, uma vez que se demonstrou não ser confiável o sistema de controle processual; e

vi) por fim, que a intermediação de interesses de terceiro nunca ocorreu, tendo a apelante se limitado a telefonar para uma funcionária em Petrolina, solicitando que a mesma apenas recebesse um representante da empresa GEL - GARANHUNS, sem que lhe tenha sugerido a prática de qualquer irregularidade.

Requeru, alfim, a absolvição das imputações que lhe foram feitas.

Contrarrrazões apresentadas às fls. 327-336.

Instada a se manifestar, limitou-se a douta Procuradoria Regional da República a secundar a fundamentação constante das contrarrrazões.

É o relatório. Submeti o feito à apreciação da douta Revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

De início, afasto a preliminar de nulidade da sentença condenatória, por cerceamento de defesa.

É que os argumentos expendidos pela defesa nas alegações finais, ora reproduzidos no recurso de apelação, foram suficientemente debatidos na sentença condenatória.

Como ressaltou a douta Procuradora Regional da República, subscritora das contrarrrazões de apelação de fls. 327-336, no caso dos autos, *“longe está de restar configurada, seja de forma direta,*

seja de forma indireta, a alegada violação ao artigo 5º, LV e 93, IX da Carta Magna, inclusive porque a sentença atacada analisou, de forma clara e fundamentada, além de notório caráter didático, todas as questões envolvidas na causa”.

Isso é tão verdadeiro que, como se verá, no presente voto, adotarei a fundamentação expendida na sentença condenatória para refutar a maior parte das teses arguidas pela defesa.

De mais a mais, sabe-se que *“embora seja necessário apreciar as teses ventiladas pela defesa, torna-se despiciendo a menção expressa a cada uma das alegações se, pela própria decisão, resta claro que o Julgador adotou posicionamento contrário porém suficiente para embasar o julgado”* (STJ, REsp 906197, Quinta Turma, Ministra Laurita Vaz, 27/9/2010).

Superada a preliminar, passo ao mérito da apelação.

A recorrente, de modo geral, atribui as irregularidades constatadas pela comissão de inquérito administrativo a erros de digitação, equívocos e erros outros praticados por servidores de todos os níveis e setores, tudo em virtude da desorganização e precariedade da estrutura da PFN/PE.

A argumentação não procede.

O fato de terem sido constatados erros, cometidos por outros servidores, em alguns processos no âmbito da PFN/PE, não tem o condão de descaracterizar o dolo da conduta da recorrente, o qual penso ter sido suficientemente demonstrado.

No que tange ao cancelamento das inscrições da dívida referentes à empresa ULTRALIMPO - Empreendimentos e Serviços Ltda., alega a apelante que tudo foi realizado com o devido lastro documental, documentos esses que, embora não tenham sido localizados, ainda deverão sê-lo. Aduziu, outrossim, que a alteração dos valores pagos teria decorrido de erro de digitação.

Quanto a essa argumentação, adoto como razão de decidir a fundamentação vertida na sentença condenatória, nos seguintes termos:

Conforme se infere dos autos, máxime dos documentos que compõem o Processo Administrativo nº 12883.

0000132/2006-26, verifica-se que a denunciada, de modo consciente e voluntário, em 21/06/2002, na condição de funcionária lotada no âmbito da Procuradoria da Fazenda Nacional no Estado de Pernambuco, viabilizou a baixa irregular das inscrições da dívida ativa da União nº 40 5 02 002884-56 e nº 40 5 01 000102-27 da empresa ULTRALIMPO EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS LTDA., por meio da inclusão de pagamento sem a devida justificativa no sistema SINAL, conforme se denota das fls. 02/18 do apenso.

As aludidas inclusões foram realizadas pelo número 91.477 (fl. 05 e fl. 10 do apenso), que corresponde exatamente à matrícula da denunciada, donde se infere a autoria delitiva.

[...]

Interrogada, tanto em sede administrativa (fls. 413/415 do apenso), quanto em judicial (fls. 34/36), a denunciada não negou as aludidas inclusões, limitando-se a aventar que, possivelmente, as mesmas se deveram a erros de digitação.

Ora, seria até crível supor que a denunciada houvesse errado um ou dois números de valor digitado. Entretanto, conforme se infere das fl. 33 e fl. 36, a mesma alterou o valor de R\$ 19.463,98 para R\$ 20.569,00 e o de R\$ 17.998,40 para R\$ 19.284,00. Como se verifica, portanto, a denunciada alterou os sete dígitos, evento que torna absolutamente inverossímil a tese de que o fez por mero erro de digitação.

Ao reverso, torna-se patente que a mesma, dolosamente, acresceu quantias substanciais aos valores pagos, com o claro intuito de assim viabilizar a baixa da inscrição da aludida pessoa jurídica na dívida ativa da União.

Portanto, certo se mostrou o primeiro conjunto de crimes.

Observe-se que para o acolhimento da tese defensiva, de que tudo ocorreu por erro, ter-se-ia que admitir a existência não apenas de um, mas de uma sucessão de equívocos e acasos associados à mesma inclusão de dados no sistema informatizado da Procuradoria da Fazenda Nacional.

Com efeito, há (i) o extravio dos documentos que justificariam a alteração feita, os quais nunca foram encontrados; (ii) o fato de não ter sido realizada a devida justificativa no sistema SINAL; (iii) o fato de não haver semelhança alguma entre os valores digitados e os reais, uma vez que quase todos os algarismos são diferentes; (iv) o fato de terem sido aumentados os dois valores equivocadamente digitados, quando poderiam ter sido diminuídos, já que fruto de erro; e, (v) por fim, o fato de os valores indevidamente acrescidos terem sido suficientes para viabilizar a baixa das inscrições da dívida ativa da União relacionadas à empresa beneficiada.

É inverossímil, portanto, a tese defensiva. A presença do dolo, por outro lado, parece-me evidente, mormente pelo fato de ter sido viabilizada a baixa das inscrições da dívida ativa da União relacionadas à empresa ULTRALIMPO - Empreendimentos e Serviços Ltda.

No que toca à inclusão de dados referentes a parcelamentos de débitos tributários da empresa Suínos Ltda., confira-se o que dito pelo magistrado *a quo*:

[...] certo que a denunciada, nos mesmos moldes acima aventados, inseriu, em 04/11/2004, dados inverídicos acerca de parcelamento com o fito de favorecer a empresa SUÍNOS LTDA.

Nesse sentido, após a análise de todos os documentos que compõem os autos, o “ato de ultimação da instrução e indiciamento” confeccionado pela Comissão de Processo Administrativo Disciplinar foi claro e objetivo, senão vejamos:

(...) 19. Em segundo lugar, apurou-se que a acusada inseriu no sistema informatizado da dívida ativa da União dados referentes a parcelamentos cuja materialidade documental inexistente, suspendendo indevidamente a exigibilidade de débitos tributários inscritos em nome da pessoa jurídica Suínos Ltda., referentes aos Processos Administrativos Fiscais nº 19647005183/2003-33, 19647005184/2003-88 e 19647005185/2003-22 (fls. 485, 491, 503 e 515 do anexo II).

20. Convém ressaltar que tais atos garantiram à referida pessoa jurídica a indevida obtenção de certidão negati-

va de débito, assim como a irregular retirada de seu nome do registro de Cadastro de Inadimplentes - CADIN. (...)
(Fls. 416/419)

De fato, das páginas listadas na aludida transcrição, denota-se de forma inquestionável a inserção de dados incondizentes com a realidade com o fito de favorecer a pessoa jurídica mencionada.

Nesse sentido, claros também se mostraram os depoimentos das testemunhas, máxime o já acima listado e negrito, que por ora se repete:

(...). Que em relação à pessoa jurídica Suínos Ltda., débito proveniente da DRF/Recife, constatou a inclusão de parcelamento no sistema sem despacho do procurador da Fazenda Nacional, alteração injustificada do CNPJ da referida empresa, e baixa da inscrição mediante solicitação constante em memorando que se verificou ter sido montado, todas realizadas com a matrícula da acusada, sendo que os respectivos autos de processo administrativo fiscal não foram localizados. (...)
(JOAQUIM LUSTOSA FILHO, fls. 132/133 do apenso.)

Certo, portanto, que a denunciada, mais uma vez, de forma consciente e voluntária, inseriu dados falsos relativos à parcelamento da pessoa jurídica SUÍNOS LTDA. com o fito de favorecê-la, nos termos já ensaiados

A recorrente, mais uma vez, atribui a responsabilidade à desorganização estrutural da PFN/PE, por não ter sido localizado o necessário despacho do Procurador da Fazenda Nacional, o qual permitia a inclusão do parcelamento no sistema informatizado da Procuradoria da Fazenda Nacional.

A tese não convence.

É que apesar da alegação da servidora, no sentido de que o parcelamento teria se dado de forma regular, verifica-se que os débitos parcelados alcançaram o valor de R\$ 679.755,08, montante que, de acordo com a Lei 10.522/02 e Portaria Conjunta PFGN-SRF 2/2002, exige o oferecimento de garantia real correspondente ao valor da dívida para que se efetive o parcelamento. Ocorre que

o documento comprobatório dessa exigência, a exemplo dos demais, nunca foi encontrado.

Ademais, para a comprovação do dolo, basta verificar que a recorrente favoreceu a empresa Suínos Ltda. em outras oportunidades, como se verá adiante.

Importa destacar, ainda, que o fato de a empresa Suínos Ltda. ter, supostamente, apresentado pedido de parcelamento de dívida em 4 de maio de 2005, isto é, seis meses após a inclusão indevida do parcelamento no sistema, não descaracteriza o dolo da agente e a consciência da ilicitude de sua conduta.

Quanto às alterações do CNPJ da empresa Suínos Ltda., ocorridas em 27 de maio de 2005 e 22 de junho de 2005, para o número pertencente à pessoa jurídica Suínos S/A, veja-se o que foi dito pelo il. magistrado *a quo*:

[...] também incontroversa se mostrou a alteração de dados corretos no sistema informatizado, nos moldes insculpidos no quarto bloco de condutas, relativa à alteração dos dados cadastrais da pessoa jurídica SUÍNOS LTDA. – qual seja, a mudança de CNPJ em 27 de maio de 2005 para o número pertencente à pessoa jurídica Suínos S/A., e retornou aos dados anteriores, em 13 de junho de 2005, com nova mudança em 22 de junho de 2005 –, garantindo-lhe, assim, a indevida obtenção de certidão negativa de débitos e exclusão de registro no CADIN, consoante se infere do “ato de ultimação de instrução e indiciamento” (fls. 416/419), bem como das fl. 512 do anexo II.

Elucidando tal prática segue o “Relatório conclusivo dos trabalhos” (fls. 723/738), máxime quando assim pontuou:

(...) 65. A terceira infração imputada à indiciada consistiu exatamente na alteração injustificada do número de inscrição do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica Suínos Ltda.

66. Com efeito, as diligências realizadas na instrução deste processo disciplinar revelaram que, em 27 de maio de 2005, a indiciada fez incluir nos dados cadastrais da Suínos Ltda., o número do CNPJ da Suínos S/A., pessoa jurídica diversa que, estando inativa, não apresentava débitos inscritos, re-

tornando o registro dos dados originais, em 13 de junho de 2005 (fl. 515, 521 e 523 do Anexo II).

67. Não obstante a Suínos Ltda. possuía, na ocasião, 4 inscrições ativas, **totalizando o valor superior a R\$ 600.000,00**, a manobra fraudulenta garantiu a expedição, via internet, a certidão negativa em seu favor, no dia 31 de maio de 2005 (fl. 307).

68. Concluída a operação, **foi a própria indiciada quem se encarregou de desfazer a operação espúria.**

69. A fraude foi repetida em 22 de junho de 2005, sendo emitida novas certidões negativas pela internet, em 23 de junho, 11 de julho e 16 de agosto de 2005 (fl. 307). (Fls. 723/738)

Como se verifica, portanto, máxime das páginas listadas no aludido relatório, a denunciada agiu de forma ardilosa e acintosa, tendo procurado pessoa jurídica de nome semelhante à SUÍNOS LTDA. que se encontrava inativa – logo, sem débitos –, para inserir o CNPJ dela e assim ludibriar o sistema e viabilizar, com a manobra, a obtenção de certidões negativas.

A prova do dolo é tão evidente que foi a própria denunciada quem, posteriormente, corrigiu a alteração do CNPJ, evento que torna absolutamente inverossímil a tese de que agiu com base em documento ordenatório, até porque esse nunca chegou a ser encontrado, justamente porque inexistente

Com efeito, a atuação dolosa da recorrente é evidente e teve o fim de possibilitar, em duas oportunidades distintas, a emissão de certidão negativa de débitos em favor da empresa Suínos Ltda.

Anote-se, nesse ponto, que o suposto pedido de parcelamento de débitos que teria sido feito pela empresa Suínos Ltda., não tem o condão de excluir o dolo da conduta da recorrente.

A alteração do CNPJ da empresa, para o de uma outra de nome semelhante, revela o dolo da agente de alterar dados corretos do sistema informatizado da Procuradoria da Fazenda Nacional, tudo com o fito de beneficiar a empresa Suínos Ltda.

Ademais, embora tenha sido arrecadado o valor de R\$ 2.456,61, em 3 de maio de 2005, não restou confirmada a formalização do

parcelamento, de sorte que não se encontrava suspenso o crédito tributário.

Mais uma vez, não há o que reparar na fundamentação vertida na sentença condenatória.

No que tange ao extravio dos processos administrativos fiscais 19647.005183/2003-33, 19647.005184/2003-88 e 19647.005158/2003-22, instaurados contra a empresa Suínos Ltda., sustenta a recorrente que o fato não lhe pode ser atribuído, em virtude de não ser confiável o sistema de controle da PFN/PE.

A tese defensiva, que só poderia ser acolhida em virtude do princípio do *in dubio pro reo*, não tem cabimento no caso concreto.

É que analisado o fato de forma contextualizada – e não isolada –, conclui-se ter sido a recorrente a responsável pelo extravio dos três processos administrativos fiscais, para além de qualquer dúvida razoável.

A sentença condenatória, mais uma vez, fundamentou suficientemente a autoria e a materialidade delitiva, como abaixo se observa:

[...] a denunciada desempenhava a função de chefe do SERDA - Serviço da Dívida Ativa da União da PFN/PE, o que é evento incontroverso.

Tinha, portanto, como função a de supervisionar e zelar pela organização das atividades daquele setor, inclusive no tocante à movimentação, registros de sistemas e instrução de processos administrativos, outro fato que não se contesta.

Cabível ainda ressaltar – como foi feito, inclusive, no relatório de fls. 723/738 – que os registros de movimentações de processos nos sistemas *light* e COMPROT devem ser alimentados pelo próprio servidor que neles atuou, antes de remeter ao próximo destinatário, somente assim ficando o servidor liberado da responsabilidade pela sua posse e guarda dos autos.

Frise-se ainda que, nos autos, tal dinâmica encontra-se detalhada e retratada no extrato de consulta de fls. 538 a 542 do anexo II, cessando o fluxo de movimentação após a destinação dos processos para a denunciada.

Pois bem.

Conforme se infere dos autos, especificamente do extrato de consulta do COMPROT citado, verifica-se que os registros de parcelamento e alterações indevidas de dados cadastrais realizadas pela denunciada – inclusão de CNPJ de outra pessoa jurídica em substituição ao da Suínos Ltda. – ocorreram em datas próximas às em que os processos lhe foram destinados, consoante se verifica das fls. 480/521 e fls. 524/542 do anexo II.

E mais: depois da destinação dos autos à sua pessoa, que ocorreu em março de 2005, os mesmos não foram mais movimentados, restando desde então extraviados.

Diante desta constatação, chega-se à outra: foi a denunciada – tanto por uma questão de leitura dos registros e das movimentações, quanto por uma questão de interesse em encobrir as ilegalidades cometidas – a responsável pelo extravio dos autos.

Assim, é de ser mantida a condenação nos três crimes descritos no artigo 3º, I, da Lei 8.137/90, os quais, por terem sido cometidos nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar, forma de execução e outras assemelhadas, devem ser havidos como perpetrados em continuidade delitiva (artigo 71 do Código Penal).

Por fim, no que toca à intermediação de interesses da empresa GEL - Garanhuns Empreendimentos Ltda. perante a administração fazendária, conduta capitulada no artigo 3º, III, da Lei 8.137/90, sustenta a recorrente não ter cometido crime algum, uma vez que teria apenas *“telefonado para uma funcionária em Petrolina, solicitando que a mesma simplesmente recebesse um representante da dita empresa”*.

Com efeito, não enxergo nos autos provas suficientes das elementares do crime de patrocínio de interesse privado perante a administração fazendária.

É que o delito tipificado no artigo 3º, III, da Lei 8.137/90 exige do agente a assunção de uma postura de verdadeiro defensor dos interesses privados perante a administração fazendária.

Assim, não basta a mera solicitação de celeridade no atendimento de um contribuinte para a configuração do crime, sendo

necessário que o funcionário público verdadeiramente assuma a defesa do interesse privado, valendo-se, para tanto, da facilidade de acesso junto a seus colegas servidores.

A prova colhida nos autos demonstra que a recorrente, de fato, entrou em contato telefônico com a servidora Olina Machado Cordeiro, lotada na Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em Petrolina-PE, no dia 26 de abril de 2006, solicitado-lhe ajuda para a expedição de certidão relativa ao contribuinte GEL - Garanhuns Empreendimentos Ltda. Não restou demonstrada, todavia, a defesa do interesse privado perante a administração fazendária.

Com efeito, disse a servidora Olina Machado Cordeiro, à comissão de processo administrativo disciplinar (fls. 168-169 do apenso):

[...] Que no dia anterior à apresentação do pedido de certidão recebeu telefonema da acusada pedindo-lhe ajuda para a expedição da certidão daquele contribuinte, passando-lhe o número do CNPJ, para que pudessem ser adiantadas as consultas aos sistemas informatizados. [...] Que esta foi a única solicitação que recebeu da acusada. [...] que em nenhum momento a acusada pediu-lhe para infringir alguma norma, “dar um jeitinho”, ou outras alusões semelhantes.

Ouvida em juízo (fls. 119-120), a testemunha Olina Machado Cordeiro confirmou todo o depoimento prestado na fase administrativa, afirmando, ainda:

[...] que não houve insistência da ré no fornecimento de certidão negativa de débito, pois existiu apenas um único contato telefônico; [...].

Observo, então, que o interesse privado em tela – que obviamente consistia no fornecimento de certidão negativa de débitos – não restou propriamente defendido pela recorrente, motivo pelo qual deve ser absolvida da imputação.

Assim, dou provimento, em parte, ao apelo da ré Cláudia Maria Pereira Pessoa, para absolvê-la da imputação de prática do delito capitulado no artigo 3º, III, da Lei 8.137/90, mantidas as demais condenações.

De outro giro, embora o tema não tenha sido abordado no recurso de apelação, é flagrante o constrangimento ilegal sofrido pela recorrente, no tocante à dosimetria da pena, a qual, por não ter exposto motivos suficientes para justificar tamanha exasperação, afronta visivelmente o princípio da individualização da pena. Assim, deve ser concedido *habeas corpus* de ofício, para correção da ilegalidade.

O magistrado *a quo*, ao condenar a ré pela primeira conduta delitiva, qual seja, a inserção de dados falsos no sistema informatizado da Procuradoria da Fazenda Nacional, realizada em benefício da empresa ULTRALIMPO - Empreendimentos e Serviços Ltda., reputou desfavoráveis à ré, na primeira fase da dosimetria, as operativas da culpabilidade, da personalidade do agente, das circunstâncias do crime, das consequências do crime e do comportamento da vítima. Fixou a pena-base de 4 (quatro) anos de reclusão.

Bem examinando a fundamentação das operativas, observo que, em relação à culpabilidade, não logrou o magistrado *a quo* justificar a maior reprovabilidade na conduta do réu, apta a ensejar a majoração da pena-base. Ao contrário, limitou-se a reproduzir elementares do crime que, como se sabe, não se reveste de aptidão para exasperação da pena-base.

No que toca à personalidade da agente, limitou-se o magistrado a aduzir, de forma abstrata, cuidar-se a ré de *“pessoa articulada, ardilosa e de má-fé, que se valeu do cargo ocupado para, de forma astuciosa, causar uma série de prejuízos à União”*.

Ora, o crime descrito no artigo 313-A do CP é classificado como próprio, de sorte que só pode ser cometido por funcionário autorizado a inserir dados no sistema informatizado da administração pública. Dessa forma, não se pode considerar caractere da personalidade da agente o fato de se ter utilizado do cargo para o cometimento do delito em tela.

Por outro lado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se consolidou no sentido de que *“para o reconhecimento negativo da personalidade a fim de fundamentar o aumento da pena-base, é imprescindível que o julgador tenha, nos autos, dados su-*

ficientes para chegar a uma conclusão tecnicamente sustentável” (HC 200801676685, Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), STJ - Sexta Turma, DJE Data: 22/11/2010).

Por idênticas razões, afasto também o sopesamento negativo da operativa relacionada às circunstâncias do crime, uma vez que a utilização pela ré *“de seus conhecimentos sobre o sistema informatizado, a análise e empenho de maneiras para burlá-lo, bem como a inobservância e mesmo supressão de várias formalidades exigidas”*, cuida-se, em verdade, de etapas necessárias à consecução do delito, o qual, repita-se, só poderá ser cometido pelo funcionário autorizado a inserir dados no sistema informatizado da administração pública.

Quanto às consequências do delito, vislumbrou o magistrado o fato de ter a empresa ULTRALIMPO - Empreendimentos e Serviços Ltda. se beneficiado de tratamento incondizente com sua real – e irregular – situação perante o Fisco, evento que sopesou em prejuízo da ré.

Ocorre que o tipo penal já prevê, como elemento subjetivo especial do injusto, o especial fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou simplesmente de causar dano. Assim, mantido o entendimento adotado na sentença condenatória, estar-se-ia punindo a agente pelo simples fato de ter atingido o seu intento.

No meu sentir, a consequência do delito que enseja a exasperação da pena-base é aquela que transcende o resultado previsto na norma, não aquela que é objetivada pelo agente criminoso.

No que toca ao comportamento da vítima, adoto posicionamento contrário ao do douto julgador, uma vez que penso ser inviável a análise da operativa quando o ofendido for o Estado, que por sua própria natureza, assume uma posição de neutralidade, que em nenhum momento pode ser encarada como provocadora ou inibidora da conduta da ré.

Com efeito, *“não tendo o sujeito passivo, in casu, o Estado, efetivamente contribuído ou dificultado a prática delitiva, a circunstância judicial do comportamento da vítima deve ser tida como neutra”*. (TRF2, ACR8634, Primeira Turma Especializada, Des. Fed. Antônio Henrique C. da Silva, e-DJF2R: 23/08/2011).

Tecidas essas considerações, fixo a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão, o mínimo previsto para o tipo, a qual se eleva em 1/3 (um terço) em razão do aumento de pena previsto no § 2º do artigo 327 do Código Penal, restando definitivamente fixada em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

O quantitativo de dias-multa, a seu turno, deve ser adequado às circunstâncias elencadas no artigo 59 do Código Penal. Assim, considerada a fundamentação acima, reduzo a pena de multa ao patamar de 45 dias-multa.

Mantenho o valor do dia-multa em 1/5 (um quinto) do salário mínimo vigente à época do fato, em conformidade com a fundamentação exposta na sentença condenatória, o que resulta na multa de 9 (nove) salários mínimos vigentes na época da consumação do crime, valor sobre o qual deverá incidir a correção monetária oficial até a data do efetivo pagamento.

No que toca à segunda conduta pela qual restou a recorrente condenada, qual seja, a inserção de informações falsas acerca de parcelamento inexistente no sistema informatizado da Procuradoria da Fazenda Nacional, realizada em benefício da empresa Suínos Ltda., deixo de considerar em prejuízo da ré as operativas relacionadas à personalidade do agente, às circunstâncias do crime, às consequências do delito e ao comportamento da vítima, tudo em conformidade com a argumentação acima exposta.

Mantenho, todavia, o sopesamento negativo da operativa da culpabilidade, assim como o fez o magistrado *a quo*, máxime tendo em conta a quantia substancial que se deu equivocadamente como parcelada – R\$ 679.755,08 –, a qual, ausente de dúvida, enseja uma maior reprovabilidade da conduta da recorrente.

Tecidas essas considerações, fixo a pena-base em 3 (três) anos de reclusão, a qual se eleva em 1/3 (um terço) em razão do aumento de pena previsto no § 2º do artigo 327 do Código Penal, restando definitivamente fixada em 4 (quatro) anos de reclusão.

Na mesma esteira, reduzo o quantitativo de dias-multa ao patamar de 60 dias-multa, mantendo o valor do dia-multa em 1/5 (um quinto) do salário mínimo vigente à época do fato, em conformidade com a fundamentação exposta na sentença condenatória. Des-

sa operação resulta a multa 12 (doze) salários mínimos vigentes na época da consumação do crime, valor sobre o qual deverá incidir a correção monetária oficial até a data do efetivo pagamento.

No que tange à terceira conduta pela qual restou a recorrente condenada, qual seja, o extravio de três processos administrativos fiscais instaurados em face da empresa Suínos Ltda., deixo de considerar em prejuízo da ré as operativas relacionadas à culpabilidade, à personalidade do agente, às circunstâncias do crime, às consequências do delito e ao comportamento da vítima, tudo em conformidade com a argumentação exposta por ocasião da análise da dosimetria relativa à primeira conduta delitiva pela qual restou condenada a ré.

Tecidas essas considerações, fixo a pena-base em 3 (três) anos de reclusão, o mínimo previsto para o tipo, a qual majoro em 6 (seis) meses, em razão da agravante prevista no artigo 61, II, *b*, do Código Penal, uma vez que cometido o crime para assegurar a ocultação de um outro delito, restando provisoriamente fixada a pena em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Ato contínuo, exaspero a pena em 1/3 (um terço), em virtude da continuidade delitiva verificada, já que cometidos três crimes de extravio de processo fiscal, em semelhantes condições de tempo, lugar e maneira de execução, dessa operação resultando a pena privativa de liberdade definitiva de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Na mesma esteira, reduzo o quantitativo de dias-multa ao patamar de 90 dias-multa, mantendo o valor do dia-multa em 1/5 (um quinto) do salário mínimo vigente à época do fato, em conformidade com a fundamentação exposta na sentença condenatória, daí resultando a multa de 18 (dezoito) salários mínimos vigentes na época da consumação do crime, valor sobre o qual deverá incidir correção monetária até a data do efetivo pagamento.

Por fim, no que concerne à quarta e última conduta pela qual restou a recorrente condenada, qual seja, a alteração, por duas vezes, do CNPJ da empresa Suínos Ltda., modificando dados corretos constantes do sistema informatizado da Procuradoria da Fazenda Nacional, afasto o sopesamento negativo das operativas relacionadas à culpabilidade, à personalidade do agente, às cir-

cunstâncias do crime, às consequências do delito e ao comportamento da vítima, tudo em conformidade com a argumentação exposta por ocasião da análise da dosimetria relativa à primeira conduta delitiva pela qual restou condenada a ré.

Tecidas essas considerações, fixo a pena-base para esse delito em 2 (dois) anos de reclusão, o mínimo previsto para o tipo, a qual se eleva de 1/3 (um terço) em razão do aumento de pena previsto no § 2º do artigo 327 do Código Penal, e de mais 1/6 (um sexto) em virtude da continuidade delitiva verificada, já que cometidos dois crimes em semelhantes condições de tempo, lugar e maneira de execução, dessa operação resultando a pena privativa de liberdade definitiva de 3 (três) anos, 1 (mês) mês e 10 (dez) dias de reclusão.

Reduzo, ainda, o quantitativo de dias-multa ao patamar de 50 dias-multa, mantendo o valor do dia-multa em 1/5 (um quinto) do salário mínimo vigente à época do fato, em conformidade com a fundamentação exposta na sentença condenatória, daí resultando a multa de 10 (dez) salários mínimos vigentes na época da consumação do crime, valor sobre o qual deverá incidir a correção monetária oficial até a data do efetivo pagamento.

Fixadas as penas definitivas, devem ser elas unificadas, a teor do disposto no artigo 69 do Código Penal, dessa operação resultando o total de 14 (catorze) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 245 (duzentos e quarenta e cinco) dias-multa, à razão de 1/5 (um quinto) do salário mínimo vigente à época dos fatos, o que resulta na multa de 49 salários mínimos vigentes na época da consumação do crime, valor sobre o qual deverá incidir a correção monetária oficial até a data do efetivo pagamento.

Ante o exposto, dou provimento, em parte, ao apelo de Cláudia Maria Pereira Pessoa para absolvê-la da imputação relativa ao crime de patrocínio de interesse privado perante a administração fazendária (artigo 3º, III, da Lei 8.137/90) e concedo, de ofício, ordem de *habeas corpus*, para reduzir a pena privativa de liberdade e a pena de multa aplicadas, aos patamares de 14 (catorze) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 245 (duzentos e quarenta e cinco) dias-multa, à razão de 1/5 (um quinto) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.656-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA
Apelante: LUCICLEY BEZERRA DOS SANTOS
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Adv./Proc.: DRA. PAULA CALÁBRIA DA SILVA (APTE.)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. ARTIGOS 288 E 334, § 1º, C, DO CÓDIGO PENAL. CARGA DE CIGARROS CONTRABANDEADA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. NOVA DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. INQUÉRITOS E PROCESSOS CRIMINAIS AINDA EM CURSO. APLICABILIDADE DA SÚMULA 444 DO STJ.

- *Apelação criminal de sentença que, pela prática dos crimes tipificados nos artigos 288 e 334, § 1º, c, do Código Penal, condenou o apelante à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado para o início de cumprimento da pena.*

- *Noticia-se que o apelante, juntamente com outras três pessoas, foi preso por patrulheiros rodoviários federais, no dia 9 de novembro de 2009; na oportunidade, foi encontrada grande quantidade de mercadoria contrabandeada do Paraguai, destinada ao comércio de Garanhuns-PE. No momento da abordagem policial, os acusados confessaram participação no crime, pelo que foram presos em flagrante, incorrendo nas penas dos crimes de contrabando e formação de quadrilha.*

- *Materialidade e autoria comprovadas. Sólido conjunto probatório, consistente de autos de prisão em flagrante, de apresentação e apreensão, bem como laudo de exame merceológico. Prova testemunhal. Confissão do apelante. Presença do elemento subjetivo.*

- Aplicabilidade da Súmula nº 444 do colendo STJ, por cuja dicção é proibida a utilização de inquéritos policiais e ações penais sem certificação do trânsito em julgado para agravar a pena-base; no caso, não pode ser considerada negativamente a conduta social do apelante. Princípio da presunção de não culpabilidade.

- Nova dosimetria da pena, atendendo à pretensão recursal, para diminuir a pena-base, ajustada aos parâmetros da proporcionalidade. Quanto ao crime de quadrilha ou bando, considerando a análise das circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, fixada a pena-base em 1 ano e 6 meses de reclusão; em face da circunstância atenuante da confissão, a pena é atenuada em 3 meses; inexistência de causa de aumento ou de diminuição de pena; concretizada a pena em 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão. Quanto ao crime de contrabando ou descaminho, fixada a pena-base fixada em 2 (dois) anos de reclusão; na segunda fase, presente a atenuante da confissão, a pena é atenuada em 4 (quatro) meses; inexistência de causa de aumento ou de diminuição de pena; concretizada a pena em 1 (um) e 8 (oito) meses de reclusão. Em virtude do concurso material de crimes, a pena é fixada definitivamente em 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão.

- Apelação provida em parte.

ACÓRDÃO

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

Recife, 6 de dezembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de apelação contra sentença do Juízo Federal da 23ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, que, pela prática dos crimes tipificados nos artigos 288 e 334, § 1º, c, ambos do Código Penal, restou por condenar o ora apelante Lucicley Bezerra dos Santos à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, estabelecendo o regime fechado para o início do cumprimento da pena.

Nas razões recursais, coligidas às folhas 447/452, a defesa alega a inexistência de provas; aduz, no caso, que os depoimentos dos policiais não teriam apontado com segurança a responsabilidade do réu-apelante no *iter criminis*; o apelante teria, apenas, ajudado no descarregamento da mercadoria apreendida. Pontua, nessa linha, que a condenação teria sido baseada apenas em provas colhidas em inquérito policial.

Alega, com veemência, que não ficou configurado o delito de quadrilha ou bando, sustentando o argumento de não ser suficiente, apenas, a presença de mais de três agentes para a caracterização do crime, sendo necessárias ao grupo estabilidade e permanência com o fim de cometer crimes.

Defende que a pena-base deveria ser fixada em seu mínimo legal; isto porque, na primeira fase de aplicação da pena, foi valorado como maus antecedentes o fato do réu-apelante responder a processos ainda em curso.

Pugna pela absolvição, ou, subsidiariamente, pela descaracterização do crime de formação de quadrilha, estabelecendo-se o regime aberto para o cumprimento da reprimenda. Ainda, pede a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos.

Contrarrazões apresentadas, às folhas 531/542.

O parecer de folhas 554/556, que subscreve a procuradora regional da República Maria do Socorro Leite Paiva, é opinativo pelo não provimento da apelação.

É o relatório. Seguiram ao Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELLHA (Relator):

De início, insta consignar que esta egrégia Turma tem conhecimentos dos fatos noticiados, por ocasião dos julgamentos de *habeas corpus* impetrados em favor dos réus.

Noticia-se que o apelante, juntamente com outras três pessoas, foi preso por patrulheiros rodoviários federais, no dia 9 de novembro de 2009; na oportunidade, foi encontrada grande quantidade de mercadoria contrabandeada do Paraguai, destinada ao comércio de Garanhuns-PE. No momento da abordagem policial, os acusados confessaram participação no crime, pelo que foram presos em flagrante, incorrendo nas penas dos crimes de contrabando e formação de quadrilha.

Como visto, a defesa sustenta-se, primeiramente, na alegação de insuficiência de provas.

Ora, é robusto o conjunto probatório a demonstrar a materialidade e autoria delitivas, pelos autos de prisão em flagrante, de apresentação e apreensão e, também, do laudo de exame merceológico. A prova testemunhal, sobretudo, também não labora em favor da defesa. É bastante ver que o apelante tem contra si prisão em flagrante, havendo ele, inclusive, confessado o ilícito. Nesse tom discursivo, afasto a alegação de que a sentença considerou, apenas, as provas obtidas em inquérito policial, pelo que, ao dizer da defesa, não poderia resultar a condenação do apelante. No curso da instrução, foi oportunizada a defesa aos acusados. Houve ratificação dos elementos probatórios colhidos na fase de inquérito policial, não podendo haver desconsideração desse acervo de prova. Doutra feita, não revelou qualquer ofensa a qualquer princípio constitucional, sobretudo das garantias do contraditório e da ampla defesa, que bem exerceu a defesa.

Quanto ao argumento defensivo de que a existência de mais de três agentes não basta para configurar o delito de quadrilha ou bando, porque seriam necessárias, para a perfeição do tipo legal, estabilidade e permanência com o fim de cometer crimes, igualmente, cuida-se de argumento que, à vista dos autos, não proce-

de. A análise dos autos revela prova de tratar-se de verdadeira quadrilha, sim, com ânimo voltado à prática de contrabando de mercadorias. Posta a questão sob tal enfoque, transcrevo da sentença o seguinte, por necessário a dissipar quaisquer dúvidas a respeito:

Como se sabe, o delito de quadrilha ou bando caracteriza-se pela associação de mais de 3 (três) pessoas com a finalidade de cometer crimes. Para sua configuração, não se exige a demonstração da prática dos crimes para os quais os agentes da quadrilha se associaram, pois que o tipo se consuma com a mera associação voltada a esta finalidade.

No caso dos autos, a prova demonstrou não apenas a associação, mas também a prática do crime de contrabando ou descaminho pela quadrilha, haja vista a manutenção em depósito e transporte de cigarro de origem Paraguaia sem o devido selo.

A associação dos réus é inconteste. Mais do que interpretações e apreciações subjetivas, como tenta fazer crer a defesa, as provas colacionadas demonstram a efetiva associação dos réus, em comunhão de desígnios, para cometer crimes de contrabando. Os depoimentos dos réus perante a autoridade policial, acima transcritos, juntamente com as provas testemunhais, demonstram fartamente a associação: Ivanildo Maurício, proprietário da carga contrabandeadada, contratou Vando Pacheco para fazer o transporte da carga ilícita, cabendo a Jeckson Jeckson o contato com os clientes e a Licicley o descarregamento da mercadoria e a direção do veículo de apoio.

Além dos depoimentos e provas testemunhais, o material apreendido demonstra a existência de uma organização criminosa. Neste ponto, destaco a existência de documentação de transporte internacional de mercadorias, veículo utilizado para seu transporte e veículo de apoio, bem como diversos aparelhos e telefone celular e chips utilizados para a facilitação da ocorrência do delito, conforme discriminado em auto de apreensão de fls. 13/14 do IPL.

De se destacar também a grande quantidade de mercadoria apreendida por ocasião do flagrante – 700 caixas de

cigarro, o que equivale a 350.000 carteiras de cigarro –, demonstrando o potencial delitivo da quadrilha, tudo a indicar que não se trata de crime isolado, mas de organização criminosa, com grande acervo de material ilícito, elevado poderio financeiro e, ainda, alta capacidade de planejamento para distribuição da carga.

Por fim, ressalto que, subjetivamente, é pouco crível a existência de associação para a prática criminosa tendo em vista o histórico de antecedentes do réus: em desfavor de Ivanildo Maurício há Inquérito Policial 0472/2000, da Delegacia de Polícia de Itaquaquetuba, pela prática do delito inculcado (*sic*) no art. 180 do CP, bem como processo nº 200761190022597, distribuído na Comarca de Guarulhos/SP, pela prática do delito de contrabando ou descaminho (art. 333, § 1º, *d*, do CPB); em desfavor de Vando Pacheco há os Inquéritos 0071/2001, 0275/2003 e 0530/2003 (processo nº 725/2003), da Delegacia de Mogi das Cruzes/SP, pela prática dos delitos previstos nos arts. 180, 155 e 333 do CP, bem como os processos nº 369/2003 e 22668/2003, da 2ª Vara Criminal de Mogi das Cruzes, pela prática do delito do art. 155 do CP; em desfavor de Lucicley Bezerra há o processo nº 134/2002, da Comarca de Angelim/PE, pela prática do delito previsto no art. 121 do CP; e, em desfavor de Jeckson Jeckson, há os processos nº 050.00.094845-4, Foro Central Criminal de Barra Funda / SP, pela prática dos crimes de receptação e tráfico de drogas (art. 180 do CP, e art. 33 da Lei nº 11.343/2003).

Assim, há elementos concretos inseridos nos autos que levam à convicção de que os réus possuíam uma cadeia de contrabando bem organizada, com predisposição ao cometimento de crimes contra o patrimônio, tendo o réu Ivanildo Maurício posição de destaque na atividade criminosa, uma vez que organizava a cooperação na prática do delito, dirigindo a atividade dos demais agentes.

Por derradeiro, tenho por irrelevante, as negativas de Vando Pacheco, Jeckson Jeckson e Lucicley Bezerra, em juízo, das afirmações feitas perante a Autoridade Policial, notadamente porque as versões sustentadas nos interrogatórios em juízo não merecem crédito e são dissonantes das demais provas produzidas nos autos.

É preciso enfatizar que a fundamentação da sentença está de plena conformidade com os elementos probatórios dos autos.

A corroborar o entendimento aqui delineado, o opinativo ministerial pauta-se no mesmo sentido, em sua percuciente análise:

A materialidade do delito resta comprovada, *in casu*, por haver constatado a Polícia Federal que a quadrilha transportava, com objetivos comerciais, mercadoria de procedência estrangeira ilegalmente introduzida no País. O fato de o apelante alegar ser sua função a de apenas descarregar a mercadoria não é suficiente a descaracterização da conduta, pois, por se tratar de organização criminosa, a divisão de tarefas é característica desse tipo de delito, para o qual não existe um autor isolado que executa todo o *iter criminis* e sim vários coautores.

Já a autoria resta demonstrada pelas declarações prestadas pelo réu, ora apelante, à autoridade policial e pelo flagrante delito. Em interrogatório, afirmou ter sido contratado para ajudar a descarregar a mercadoria ilegal, demonstrando a presença da consciência da ilicitude. Ademais, quando do flagrante pela Polícia Federal o apelante era o responsável por conduzir veículo de apoio ao caminhão em cuja carroceria encontravam-se os cigarros apreendidos.

A alegação de insuficiência de prova contra o apelante, portanto, não deve prosperar. Lucicley Bezerra dos Santos foi preso em flagrante delito quando ajudava a transportar carga ilegal de cigarros contrabandeados conforme constata o auto de prisão em flagrante à fl. 02 do inquérito policial. Dos autos infere-se, ainda, ser o apelante o responsável por conduzir a viatura de apoio que dava cobertura ao caminhão onde se encontrava a mercadoria ilegal.

Além disso, o próprio apelante em fase de inquérito policial confessou ter sido contratado para ajudar a descarregar a mercadoria ilegal. Assim, não há que se falar em insuficiência de provas nem para o crime de descaminho, nem para o delito de formação de quadrilha, pois voluntariamente aderiu a bando criminoso.

Por fim, é de ver que a defesa volta-se, também, contra a pena concretizada na sentença, sob a alegação de que o magistrado

teria valorado negativamente, na dosimetria da pena-base, as ações ainda em curso contra o apelante. Copio da sentença:

- Quanto ao crime de Quadrilha ou Bando (art. 288 do CPB)

Em atenção às circunstâncias dos arts. 59 e 60 do Código Penal, infere-se o seguinte:

1) Culpabilidade: o réu agiu com culpabilidade normal à espécie nada tendo a se valorar.

2) Antecedentes: não constam antecedentes criminais em desfavor do réu, tendo em conta a ausência de condenação criminal transitada em julgado.

3) Conduta social: na conduta social, devem ser valorados o comportamento do agente no seio social, familiar e profissional. Neste ponto, precisas são as lições de Cezar Roberto Bitencourt: “não se pode ignorar que indivíduos com larguíssima folha de antecedentes, com dezenas de inquéritos policiais e processos criminais em curso, alguns deles inclusive prescritos, que fazem do crime um meio de vida, apresentam conduta socialmente inadequada. Inegavelmente esses aspectos podem ser valorados sob a epígrafe de conduta social, pois primariedade e bons antecedentes não podem ser invocados como alforria a quem vive do crime”. No caso dos autos, há registros que desabonam a conduta social do réu (certidões de fls. 283/284 e extratos de fls. 34/40 do PLP).

4) Personalidade: há nos autos dados que demonstram que o réu tem personalidade agressiva, haja vista a conduta violenta demonstrada na Unidade Prisional em que se encontrava recolhido (fl. 230).

(...)

Considerando que houve duas circunstâncias desfavoráveis, consistentes na má conduta social, com considerável quantidade de registros desabonadores da conduta do réu, bem como a sua natureza, e, na personalidade do agente, aplico a pena-base no patamar de 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão.

(...)

- Quanto ao crime de contrabando e descaminho (art. 334, § 1º, c, do CPB)

Em atenção às circunstâncias dos arts. 59 e 60 do Código Penal, infere-se o seguinte:

1) Culpabilidade: o réu agiu com culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar.

2) Antecedentes: não constam antecedentes criminais em desfavor do réu, tendo em conta a ausência de condenação criminal transitada em julgado.

3) Conduta social: na conduta social, devem ser valorados o comportamento do agente no seio social, familiar e profissional. Neste ponto, precisas são as lições de Cezar Roberto Bitencourt: “não se pode ignorar que indivíduos com larguíssima folha de antecedentes, com dezenas de inquéritos policiais e processos criminais em curso, alguns deles inclusive prescritos, que fazem do crime um meio de vida, apresentam conduta socialmente inadequada. Inegavelmente esses aspectos podem ser valorados sob a epígrafe de conduta social, pois primariedade e bons antecedentes não podem ser invocados como alforria a quem vive do crime”. No caso dos autos, há registros que desabonam a conduta social do réu (certidões de fls. 283/284 e extratos de fls. 34/40 do PLP).

4) Personalidade: há nos autos dados que demonstram que o réu tem personalidade agressiva, haja vista a conduta violenta demonstrada na Unidade Prisional em que se encontrava recolhido (fl. 230).

5) Motivos: foi detectada a presença de motivo especial, que seria a intenção de lucro fácil.

(...)

Considerando que houve três circunstâncias desfavoráveis (má conduta social – com considerável quantidade de registro desabonadores da conduta do réu –, personalidade do agente e motivos), aplico a pena-base no patamar de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

A sentença, neste particular, não se encontra na linha que tem perfilhado a jurisprudência, sobretudo do Superior Tribunal de Justiça, de que trago à colação:

Conforme entendimento desta Corte, inquéritos policiais e ações penais em andamento não podem utilizados como

fundamento para majoração da pena-base, a título de maus antecedentes, má conduta social e personalidade voltada para o crime.

(HC 200801396946, LAURITA VAZ, STJ - QUINTA TURMA, 07/02/2011)

Consoante orientação já sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de maus antecedentes para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de inocência. Exegese da Súmula 444 deste STJ.

(HC 200901205370, JORGE MUSSI, STJ - QUINTA TURMA, 01/02/2011)

A Súmula nº 444 do colendo STJ, em sua perfeita dicção, dispõe:

É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Com efeito, comporta a sentença, apenas, a necessidade de ser modificada na parte em que valorada negativamente a conduta social do apelante.

Assim, pois, em nova dosimetria da pena, diminuo a pena-base, ajustada aos parâmetros da proporcionalidade. Quanto ao crime de quadrilha ou bando, considerando a análise das circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 1 ano e 6 meses de reclusão; em face da circunstância da confissão, atenuo a pena em 3 meses; não havendo causa de aumento ou de diminuição, tenho por concretizada a pena em 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão. Quanto ao crime de contrabando ou descaminho, fixo a pena-base fixada em 2 (dois) anos de reclusão; presente, na segunda fase, a confissão, atenuo a pena para em 4 (quatro) meses; não havendo causa de aumento ou de diminuição, resta concretizada a pena em 1 (um) e 8 (oito) meses de reclusão. Em virtude do concurso material de crimes, a pena é fixada definitivamente em 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão.

Mantenho a sentença nos demais termos.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação, para reduzir a pena imposta ao réu.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 8.318-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelados: JOSÉ JÚNIOR MAIA REBOUÇAS E LÍLIA MARIA DE MELO SABINO REBOUÇAS
Advs./Procs.: DRS. DANIEL VICTOR DA SILVA FERREIRA E OUTROS (APDOS.)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. SUCESSÃO EMPRESARIAL. CONSTITUIÇÃO DE UMA NOVA EMPRESA. CONTINUIDADE DAS ATIVIDADES COMERCIAIS DA ANTERIOR. TRANSFERÊNCIA DE ATIVOS FINANCEIROS. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DA SUCESSORA. ART. 133 DO CTN. INDÍCIOS DE CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ESTELIONATO. ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

- Hipótese de imputação do crime de estelionato praticado contra entidade de direito público, em virtude de sucessão empresarial fraudulenta.

- Para a caracterização do crime de estelionato é indispensável a presença concomitante dos quatro requisitos exigidos no artigo 171 do Código Penal, quais sejam, a obtenção de vantagem ilícita, o efetivo prejuízo causado a outrem, a utilização de um artifício ou ardil e a indução ou manutenção de alguém em erro. Caso não coexistam todos esses elementos não se perfaz a figura delitiva do estelionato.

- A análise dos autos demonstra que os apelados se utilizaram de artifício jurídico para esvaizar o patrimônio de uma sociedade comercial que tinha pendências com a Fazenda Pública, mediante a constituição de uma nova sociedade

empresarial com o mesmo quadro social e idênticas características da anterior, bem como a transferência paulatina dos ativos da antiga para a nova empresa.

- As dívidas existentes em nome da empresa antiga, cujas atividades e patrimônio foram absorvidas pela mais nova, passaram a ser exigíveis da empresa sucessora e de seus respectivos sócios, a teor do disposto no artigo 133 do Código Tributário Nacional.

- No caso dos autos não ficou comprovado que a constituição da nova empresa, que passou a operar concomitantemente com a antiga, tinha por objetivo obter vantagem ilícita em prejuízo de terceiro. Ainda que com o tempo os denunciados tenham paulatinamente transferido os ativos da antiga empresa para a mais nova, tal prática comercial não caracteriza o delito ora imputado aos apelados.

- As provas existentes nos autos revelam que da conduta dos recorridos até poderiam advir prejuízos para a Fazenda Pública, caracterizando crime contra a ordem tributária, mas não o delito de estelionato tipificado no artigo 171, § 3º, do Código Penal.

- Apelação criminal 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 criminal, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 29 de novembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS -
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 8ª Vara Federal do Rio Grande do Norte, Dr. Newton Fladstone Barbosa de Moura, que julgou improcedente a pretensão deduzida na denúncia.

Narra a denúncia que os acusados José Júnior Maia Rebouças e Lília Maria de Melo Sabino Rebouças, empresários na Cidade de Mossoró (RN), cometeram fraude tributária ao criarem uma nova empresa para transferir os ativos de uma antiga que se encontrava em decadência, deixando apenas o passivo para a empresa original, prática esta que caracteriza o crime de estelionato previsto no artigo 171, § 3º, do Código Penal.

Segundo o *Parquet*, os denunciados adquiriram em maio de 2000 cotas da empresa Mercantil Rebouças Ltda. e em março de 2002 constituíram outra sociedade, denominada Rebouças e Sabino Ltda., com objeto social idêntico ao da empresa anterior. Porém, em junho de 2003 alteraram a razão social dessa última, que passou a se chamar Rebouças Supermercados Ltda., criando na ocasião três filiais, sendo que uma destas ficou sediada no mesmo endereço do Mercantil Rebouças Ltda., empresa pioneira adquirida em 2000.

Conforme consta da peça acusatória, no ano de 2004 as atividades do Mercantil Rebouças Ltda. começaram a ruir, enquanto a empresa Rebouças Supermercados Ltda. começou a apresentar significativo volume de suas operações, com expressivo crescimento de entrada e saída de mercadorias, além do que ficou constatada a gradativa transferência de bens da empresa pioneira para a nova, que apresentava forte trajetória ascendente. De acordo com o órgão ministerial, ficou comprovado que os empresários ora acusados cometeram estelionato ao se utilizarem de meios fraudulentos para se livrar do passivo fiscal da antiga empresa, sem ficar sujeito às restrições fiscais pertinentes.

O Magistrado de primeiro grau entendeu que não ficou devidamente comprovada a existência do delito imputado aos empresá-

rios acusados. Ressaltou que, não obstante ficar demonstrado nos autos que o patrimônio da empresa pioneira foi gradativamente transferido para a nova, o fato de ter sido constituída uma nova sociedade com o mesmo fim comercial e no mesmo endereço da antiga não significa, no caso presente, “que os denunciados tenham obtido, mediante fraude, vantagem patrimonial em prejuízo do Poder Público no que concerne ao pagamento de tributos federais”.

Para afastar a prática do crime imputado, o Juízo *a quo* argumentou que, no âmbito administrativo, para fins de responsabilidade tributária, os acusados são sócios de ambas as empresas e respondem a execução fiscal movida contra a pioneira, de forma que a conduta dos sócios em questão não teria gerado prejuízo ao Poder Público, mormente “quando se constata, na hipótese em apreço, que os denunciados estão sendo executados pelas dívidas da empresa Mercantil Rebouças Ltda., nos autos da Execução Fiscal nº 2004.84.01.001527-5”. Por tal razão, absolveu os réus sob o argumento de que o fato não constitui infração penal, a teor do disposto no artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

Em suas razões o apelante requer a reforma da sentença, alegando, em síntese:

a) as provas existentes nos autos são suficientes para comprovar a autoria e materialidade do delito imputado na denúncia, estando claro que os acusados criaram a nova empresa e para esta transferiram o patrimônio da antiga, com o objetivo de se furtarem ao pagamento de dívida tributária, bem como para não se sujeitarem aos impedimentos de praxe na obtenção de certidões negativas ou captação de crédito no mercado;

(b) a simples modificação do nome da empresa não justificaria a criação de uma outra sociedade, já que tal procedimento poderia ser efetuado por meio de alteração do contrato social, sendo desnecessária a constituição de outra sociedade e a transferência dos respectivos ativos para a nova empresa;

(c) as provas testemunhais apresentadas pela defesa não apresentaram elementos suficientes para afastar a responsabilidade dos réus em relação ao delito em comento, ao passo que a testemunha da acusação confirmou os fatos articulados na de-

núncia;

(d) o fato das empresas envolvidas possuírem os mesmos sócios, por si só, não afasta o caráter fraudulento da transação, tendo em vista que os acusados alcançaram o propósito de continuar atuando no mercado livres dos passivos tributários da antiga empresa e sem sujeição a cobranças fiscais ou impedimentos consignados em documentos de regularidade fiscal;

(e) após a instrução processual ficou devidamente comprovado que houve irregularidade na alteração contratual, na transferência de bens entre as empresas, na gradativa redução nas operações da empresa antecessora, além de demonstrado que a empresa antiga permaneceu com o passivo fiscal, enquanto a nova se valia da inexistência de restrições para exercer livremente sua atividade empresarial;

(f) é irrelevante a alegação de que não houve prejuízo à Fazenda Pública, pois o fato dos acusados responderem também pelas dívidas da empresa antecessora não torna o fato juridicamente lícito;

(g) a disponibilidade patrimonial constitui vantagem obtida por meio dos atos fraudulentos praticados, pois durante todo o tempo em que a dívida da antiga empresa permanece pendente de pagamento, os réus lograram vantagem patrimonial, já que permanecem com o ativo à sua disposição e continuam exercendo suas atividades sem qualquer restrição de natureza fiscal;

(h) as provas colhidas em juízo não comprovam o dolo por parte da sócia Lília Maria de Melo Sabino que, embora tenha assinado vários documentos na condição de sócia, “a instrução revelou que a mesma agia com base na confiança e nas decisões de seu marido, o também réu José Júnior Maia Rebouças”. Em consequência, este sócio é o responsável direto pelos atos fraudulentos descritos na denúncia.

Com estes argumentos, o representante do MPF requer a reforma da sentença ora combatida, para julgar procedente a pretensão condenatória contida na exordial em relação ao réu José Júnior Maia Rebouças.

Em sede de contrarrazões (fls. 396/403), os acusados defendem, em síntese:

(a) no caso presente não se caracterizou a fraude alegada na denúncia, pois ocorreu “tão somente a sucessão de uma empresa por outra, tendo em vista que a segunda, devido ao seu tamanho e maior capacidade de negociação, acabou por absorver os negócios da primeira”;

(b) não houve indução em erro por parte dos denunciados, em desfavor do Fisco, uma vez que ambas as empresas continuaram a funcionar conjuntamente, sendo descabida a alegação de que a nova empresa foi usada para esconder os débitos fiscais;

(c) para a caracterização do fato haveria a necessidade de comprovação da obtenção de uma vantagem ilícita de cunho patrimonial, em detrimento de um terceiro, o que não se verificou no caso presente;

(d) o fato dos acusados serem sócios de ambas as empresas atrai a solidariedade por todas as dívidas tributárias advindas da primeira empresa, na forma estatuída no artigo 135, III, do Código Tributário Nacional. Além disso, a sucessão da antiga empresa pela nova implica na responsabilidade subsidiária da sucessora em relação aos bens, empregados e outros negócios jurídicos, conforme previsto no artigo 132 do mesmo diploma legal;

(e) as alegações de que a criação da nova empresa visava a isenção quanto ao passivo fiscal da antiga é insubsistente, já que, na condição de sócios da empresa devedora, os denunciados continuaram a receber cobranças do órgão tributário;

(f) as empresas em questão não necessitam da obtenção de certidões de regularidade fiscal, pois não realizam operações comerciais com o Poder Público;

(g) os fatos imputados aos acusados não acarretaram qualquer prejuízo à Fazenda nacional, já que os débitos estão sendo cobrados judicialmente e, ao final, acaso seja reconhecidos como devidos, os valores cobrados serão satisfeitos, pois os sócios ora denunciados possuem patrimônio suficiente para tal fim.

O Ministério Público Federal que atua junto a este Regional apresentou o Parecer nº 2126/2011 (fls. 410/414) opinando pelo

não provimento da apelação criminal, tendo em vista que a conduta praticada pelos empresários denunciados não se subsume ao tipo penal do estelionato, bem como por estar prescrita a pretensão punitiva estatal para o crime contra a ordem tributária.

É o relatório.

Ao douto Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 8ª Vara Federal do Rio Grande do Norte, que julgou improcedente a pretensão deduzida na denúncia, absolvendo os acusados da prática do delito tipificado no artigo 171, § 3º, do Código Penal.

Reputando presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço da apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal.

A denúncia foi oferecida imputando aos acusados a prática do crime de estelionato contra entidade de direito público.

O Código Penal assim define o crime de estelionato, *verbis*:

Estelionato:

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

(...)

§ 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

De acordo com o dispositivo acima, o núcleo do tipo é obter vantagem ilícita em prejuízo alheio, com a indução a erro, mediante fraude, sendo o sujeito ativo aquele que se beneficia com a vantagem patrimonial ilicitamente auferida.

Para que uma conduta seja considerada crime, é indispensável que estejam presentes todos os elementos previstos no tipo legal (norma que incrimina a conduta). Sendo assim, no caso dos autos, para que o crime de estelionato fique caracterizado, é indispensável a presença concomitante dos quatro requisitos exigidos no artigo acima mencionado, quais sejam, a obtenção de vantagem ilícita, o efetivo prejuízo causado a outrem, a utilização de um artifício ou ardil e a indução ou manutenção de alguém em erro. Caso não coexistam todos esses elementos não se perfaz a figura delitiva, sendo possível se reconhecer a consumação de qualquer outro crime, menos o de estelionato.

De acordo com o dispositivo penal acima, para a configuração do estelionato é necessário se comprovar o efetivo prejuízo e também determinar quem sofreu tal dano.

Conforme será delineado a seguir, não prospera a alegação do recorrente quando afirma que a criação da nova empresa pelos denunciados, para explorar o mesmo ramo de atividade de outra já existente, implicou na obtenção de vantagem que caracteriza o delito ora imputado aos denunciados.

O recorrente afirma que a conduta dos acusados teve o escopo de isentá-los de cobranças fiscais e para viabilizar a captação de crédito mediante a utilização de certidões de regularidade fiscal.

No caso presente, para se caracterizar o crime de estelionato, a denúncia deveria comprovar que os acusados visavam obter vantagem de natureza pessoal para si mesmos, aferíveis em termos econômicos (patrimoniais), induzindo ou mantendo alguém em erro. A essa vantagem ilícita corresponderia necessariamente um prejuízo alheio.

A análise dos autos demonstra que houve de fato uma sucessão empresarial, a partir da aquisição inicial da empresa Mercantil Rebouças Ltda. em 2000, passando pela constituição da Rebouças e Sabino Ltda. em 2002 e, por fim, pela alteração contratual em 2003, que culminou com a mudança da razão social dessa nova empresa para Rebouças Supermercados Ltda. e a criação de três filiais desta última.

Cabe analisar se as operações de mudança de razão social e transferência de ativos relatadas na denúncia são suficientes para caracterizar a conduta ilícita imputada aos acusados ora recorridos e, por conseguinte, para embasar uma condenação pelo crime de estelionato.

O que se extrai dos autos é que os apelados se utilizaram de um artifício jurídico para promover a transferência do patrimônio de uma sociedade comercial que tinha pendências com a Fazenda Pública, mediante a constituição de uma nova sociedade empresarial com o mesmo quadro social e idênticas características da anterior.

É fato que a nova empresa foi criada para explorar o mesmo objeto social da antiga (comércio varejista de mercadorias). Outra questão incontroversa é a instalação de uma das filiais da nova empresa no mesmo endereço da antiga.

A justificativa dada pelos denunciados foi a de que pretendiam atuar no mercado adotando uma razão social mais imponente e mais competitiva. Entretanto, é inegável que esse fim poderia ser alcançado mediante simples aditamento contratual da empresa pioneira, medida jurídica cabível para se promover alterações de razão social, objeto social, capital social, endereço, constituição de filiais, etc. Sendo assim, a criação de uma nova empresa com o mesmo quadro societário, mesmo objeto social e com uma das filiais funcionando nas instalações da antiga empresa não se afigurava como a medida adequada para o fim colimado pelos denunciados.

Não obstante, no caso presente, não ficou cabalmente demonstrado que a constituição dessa nova empresa, que passou a operar concomitantemente com a antiga, tinha por objetivo obter vantagem ilícita em prejuízo de terceiro. Ainda que com o tempo os denunciados tenham paulatinamente transferido os ativos da antiga empresa para a mais nova, não se pode afirmar categoricamente que essa conduta implique na obtenção de vantagem ilícita exigida para caracterizar o estelionato.

Ademais, o quadro social da nova empresa era composto pelos mesmos sócios da empresa antiga, sendo inegável a continuidade da responsabilidade tributária em relação às dívidas da empresa anterior.

A esse respeito, é oportuno transcrever os dispositivos do Código Tributário Nacional que tratam da matéria:

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, **e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido**, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão. (Grifei)

De acordo com a legislação tributária, não há dúvida de que, no caso concreto, a pessoa jurídica Rebouças Supermercados Ltda., que sucedeu a antiga empresa Mercantil Rebouças Ltda., continuou responsável pelas dívidas da devedora original, na forma da lei.

Em seu depoimento, o Sr. Maurício Novaes Ferreira – Auditor Fiscal da Receita Federal responsável pela apresentação da Representação Fiscal para Fins Penais – arrolado como testemunha de acusação, afirmou que a fraude perpetrada pelos acusados restou configurada pelo fato de que, após a empresa Mercantil Rebouças Ltda. ter sido autuada pela Receita Federal, foi instalada uma filial da nova empresa no endereço da autuada. Entretanto, tal procedimento não é suficiente para enquadrar a conduta dos empresários denunciados como estelionato. Também não se pode reconhecer de plano que tal medida tivesse a intenção de se isentar do pagamento de tributos devidos pela empresa antiga.

A referida testemunha de acusação revelou que no âmbito administrativo, para fins de imputação de responsabilidade tributária, as duas empresas eram uma só. Neste caso, é aplicável a previsão legal supra transcrita (art. 133 do CTN), uma vez que a dívida em nome da empresa antiga, cujas atividades e patrimônio foram absorvidas pela mais nova, passou a ser exigível da empresa sucessora e de seus respectivos sócios.

É possível que o artifício contratual adotado pelos recorridos tivesse o escopo de, no futuro, vir a lesar a Fazenda Pública, o que poderia ocorrer, como afirmado na exordial, com o esvaziamento patrimonial da empresa pioneira – Mercantil Rebouças Ltda. – para frustrar o pagamento de dívidas fiscais daquela sociedade empresarial.

Partindo desse raciocínio, a migração dos ativos oriundos de uma empresa que já tinha pendências fiscais até demonstra a pretensão dos denunciados de se furtar ao pagamento de obrigações fiscais da antiga empresa. Se for considerado que a manobra adotada pelos acusados tinha por fim lesar a Fazenda Nacional, tal conduta caracterizaria o crime contra a ordem tributária, pela aplicação do princípio da especialidade, não se podendo cogitar da presença de elementares do tipo de estelionato.

Esta questão ficou perfeitamente delineada no Parecer nº 2126/2011, apresentado pelo representante do Ministério Público Federal que atua junto a este Regional. É oportuno transcrever excerto do referido opinativo, *verbis*:

(...) No caso em comento, a prova dos autos não permite concluir que os acusados almejassem obter outra vantagem ilícita, senão eximir-se do pagamento de tributo. A vontade e consciência estava voltada tão só à realização de crime contra a ordem tributária, não sendo possível constatar a ocorrência de outro prejuízo alheio suficiente para a condenação por crime patrimonial diverso daquele previsto na Lei nº 8.137/90. Dessarte, **impõe-se reconhecer não terem os réus, no caso sob comento, praticado o crime de estelionato.**

Por outro lado, a conduta descrita na denúncia também não dá ensejo à condenação pelo crime contra a ordem tributária previsto no art. 2º, I, da Lei nº 8.137/90, por estar prescrita a pretensão punitiva do Estado. De fato, considerando ser de dois anos a pena máxima para o crime tributário em questão, verifica-se a prescrição no prazo de quatro anos (art. 109, V, do Código Penal). No caso em tela, a fraude empregada para eximir-se do pagamento de tributo – sucessão empresarial fraudulenta – consistente na constituição de nova sociedade empresarial com o objetivo de absorver os bens e as atividades da empresa suce-

dida, deixando-a apenas com os débitos fiscais – ocorreu em março de 2003, porém a denúncia foi recebida apenas em 05/03/2008. Assim, tendo ocorrido lapso de cerca de cinco anos, resta patente a prescrição do crime contra a ordem tributária (...). (Grifei)

De acordo com a jurisprudência pátria, a conduta consistente no uso de artifício com o fim exclusivo de se isentar do pagamento de tributos, sem mais potencialidade lesiva para além da ordem tributária, configura crime dessa natureza e não de estelionato. Em tais casos, em face da especificidade, aplica-se o princípio da consunção, tendo em vista que o crime que se pretende imputar seria absorvido pela prática do delito contra a ordem tributária.

Transcrevo os seguintes precedentes que, *mutatis mutandis*, aplicam-se ao caso em análise:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. 1. FUNDO DE INVESTIMENTO DA AMAZÔNIA. FINANCIAMENTO. LIBERAÇÃO DE PARCELAS. **FRAUDE. ESTELIONATO. NÃO OCORRÊNCIA. CRIME PREVISTO NO ART. 2º, IV, DA LEI 8.137/90.** FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS. 2. 3. ORDEM CONCEDIDA.

1. Se a fraude é voltada para a obtenção de financiamento de projeto de desenvolvimento junto à SUDAM, **não se está a falar em crime de estelionato, mas de crime previsto no artigo 2º, inciso IV, da Lei 8.137/90, por sua especificidade.**

2. Realizados os crimes de falso como crime meio para a obtenção das parcelas relativas ao financiamento junto à SUDAM, ficam estes absorvidos pelo crime principal, descrito no artigo 2º, inciso IV, da Lei 8.137/90, ainda que àqueles seja cominada pena mais grave. Precedentes.

3. Ordem concedida para, reconhecendo a adequação típica dos fatos supostamente praticados pelos pacientes ao art. 2º, IV, da Lei nº 8.137/90, declarar extinta a punibilidade dos pacientes, pela ocorrência da prescrição.

(STJ. HC 200800662173, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA: 18/05/2009.). Grifei.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. LEI Nº 8.137/1990. PARCELAMENTO DO DÉBITO. SUSPENSÃO DA PRETEN-

SÃO PUNITIVA E DO PRAZO PRESCRICIONAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. AUSÊNCIA DE IMPUTAÇÃO NA DENÚNCIA. CRIME DE ESTELIONATO. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE.

1. Como os débitos foram parcelados pelo denunciado contribuinte, resta suspensa a pretensão punitiva e a prescrição do crime de sonegação fiscal, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003.

2. Pela descrição dos fatos feita na peça acusatória, não se vislumbra a imputação aos acusados do crime do art. 304 do Código Penal.

3. “No que tange à pretensão de que a denúncia seja recebida para ter os acusados como incursos nas penas do art. 171, § 3º, do Código Penal não pode ser acolhida, pois toda a conduta dos acusados foi perpetrada visando a reduzir o pagamento de tributos, e havendo norma penal específica no art. 1º, inciso I, do Código Penal, razão não há para se imputar aos acusados o crime de estelionato, pois seria um *bis in idem*” (Do opinativo ministerial, fl. 533).

4. Recurso não provido.

(TRF1. RSE 200938000251336, JUIZ FEDERAL MARCUS VINÍCIUS BASTOS (CONV.), QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA: 22/09/2010, PÁGINA: 28). Grifei.

Em conformidade com os precedentes acima, fica patente a impossibilidade de enquadramento da conduta dos denunciados como prática de crime de estelionato. Isto porque as provas existentes nos autos revelam que da conduta dos recorridos até poderiam advir fraudes contra o Fisco, mas não constituem vestígio do crime de estelionato.

À luz destas considerações, ao contrário do que alega o apelante, a conduta ora imputada aos apelados não se amolda perfeitamente no tipo penal descrito no artigo 171, § 3º, do Código Penal, o que enseja a absolvição dos empresários ora recorridos.

Isso posto, nego provimento à apelação, mantendo a sentença recorrida por seus próprios fundamentos.

É como voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 521.937-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: CASA NOVA MECANIZAÇÃO LTDA.
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Embargante: CASA NOVA MECANIZAÇÃO LTDA.
Advs./Procs.: DRS. RAIMUNDO DE SOUZA MEDEIROS JÚNIOR
E OUTRO (APTE.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. TURMA JULGADORA COMPOSTA POR MAIORIA DE MAGISTRADOS CONVOCADOS. LICITUDE. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO EXCELSO STF (RE 597.133 - ART. 543-B DO CPC). OMISSÕES. INEXISTÊNCIA. MERO INCONFORMISMO COM A DECISÃO PROFERIDA.

- Hipótese em que a parte recorrente suscita, em embargos de declaração, a nulidade do julgado aprovado por maioria de juízes convocados, o que contrariaria o princípio do juiz natural insculpido no art. 5º, inciso LIII, da Constituição da República. Assim também, insurge-se contra a ausência de menção expressa a preceitos legais que teriam amparado o acórdão da apelação.

- Embora o colegiado estivesse composto majoritariamente por magistrados convocados, estes assumem plenamente o exercício da jurisdição revisora, por força do art. 118 da LC nº 35/79. De tal modo, realizado o julgamento pelo órgão competente, o Tribunal Regional Federal, e distribuído o feito aleatoriamente à Primeira Turma, não se vislumbra ofensa ao princípio constitucional.

- Tampouco se pode ignorar a magnitude da própria finalidade da convocação como expressão do princípio da continuidade do serviço público

jurisdicional, que deve prosseguir nos casos de ausência do magistrado titular do cargo quando o afastamento superar o prazo de trinta dias (art. 118 da LOMAN).

- Precedente do Tribunal Pleno do e. STF julgado sob a sistemática prevista no art. 543-B do CPC: RE 597133; Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 17/11/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO; DJe-065, PUBLIC 06-04-2011. Precedentes de ambas as cortes de encerramento interpretativo.

- Finalmente, a alegação de ausência de fundamentação legal do acórdão foi provocada por equívoco nas premissas adotadas pelo recorrente. O suposto vício não pode ser constatado apenas a partir da análise da ementa do julgado.

- Com clareza, fundado na aplicação extensiva do art. 303, § 3º, do CPC, o ato decisório proclamou a existência de óbice intransponível ao conhecimento da prescrição e da ilegitimidade passiva ad causam dos executados, consistente no fato de que até as questões de ordem pública comportam pronunciamentos definitivos, não podendo, após o julgamento final de mérito em exceção de pré-executividade, serem reexaminados.

- Em relação à validade da CDA, o embargante se limita a demonstrar mero inconformismo com a interpretação sistemática dada aos arts. 2º, § 5º, inciso VI, da Lei nº 6.830/80, e art. 202, inciso II, do CTN, que chegou à conclusão de que “a embargante sequer apresentou questionamento direto e específico contrário aos critérios adotados na CDA, ou, ao menos, contrário a aplicação da legislação utilizada como amparo”.

- A omissão suscitada se revela, então, como mero pretexto para dar vazão ao anseio de reforma do embargante, o que não é suficiente para fazer prosperar o recurso.

- Embargos de declaração desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 15 de dezembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de embargos de declaração opostos contra acórdão proclamado por esta v. Primeira Turma, de teor:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO E ILEGITIMIDADE DA PARTE EXECUTADA. EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. VALIDADE DA CDA. REQUISITOS.

1. Pretende a parte autora rediscutir, em embargos à execução fiscal, o aperfeiçoamento da prescrição do crédito tributário, a ilegitimidade passiva dos executados e a nulidade da CDA por vícios formais. Nos dois primeiros pontos controvertidos, entretanto, a matéria foi anteriormente julgada quando da rejeição da exceção de pré-executividade.

2. Não mais recorrível, dispôs a decisão: a) acerca da ilegitimidade das partes: Destaque-se que os débitos discutidos nos autos têm fatos geradores ocorridos nos anos de 1992, 1996 e 1997, portanto, afigura-se patente a legitimidade passiva dos excipientes na condição de ex-integrantes do quadro societário e/ou sócios da empresa executada. (Fl. 364); b) sobre a prescrição: diante dessa realidade, considerando-se o reinício da contagem do prazo prescricional da data da rescisão [exclusão do parcelamento], o direito de cobrança da União poderia ser exercido até 01/11/2005. Portanto, agiu tempestivamente a exequente ao ajuizar o feito em 14/07/2004. (Fl. 367)

3. Formação não apenas da coisa julgada formal, mas da coisa julgada material, porquanto prescrição é questão prejudicial de mérito, inserta no art. 269 do CPC. Ademais, a decisão que afastou a extinção do crédito tributário, com esse fundamento, embora tenha natureza interlocutória, não tem caráter precário, temporário ou de cognição sumária, o que ratifica a impossibilidade de novo conhecimento da matéria.

4. Em relação à legitimidade passiva, o fato de ser matéria de ordem pública é irrelevante para a pretensão de reexame ora manifestada, pois essa qualidade nunca conferiu direito a indefinidas apreciações, mas, sim, o direito de suscitar a questão quando não conhecida em momento anterior, pouco importando a instância ordinária em que ocorrer, independentemente de configurar inovação em sede recursal.

5. Por fim, perquire-se a validade da CDA. A exigência de consignar a forma de calcular os juros de mora e a correção monetária não se confunde com a necessidade de exposição dos próprios cálculos. Para a primeira hipótese, basta a fundamentação legal para ser possível chegar ao montante devido constante da CDA. Precedentes desta eg. Primeira Turma. Apelação desprovida.

Nas razões recursais, a parte embargante suscita a nulidade do julgado aprovado por maioria de juízes convocados, o que contrariaria o princípio do juiz natural insculpido no art. 5º, inciso LIII, da Constituição da República¹. Afirmar, ainda, que teria havido violação do art. 93, incisos II e III, também da CRFB/88, e aos arts. 107 e 118 da LOMAN.

Na parte em que o acórdão trata da ilegitimidade passiva dos executados, da prescrição do crédito tributário e da validade da CDA, o recorrente se insurge contra a ausência de menção expressa aos preceitos legais que levaram às conclusões do acórdão.

Contrarrazões às fls. 453/455, nas quais a Fazenda Nacional comparece para ressaltar a inadequação dos embargos para provocar nova rediscussão da matéria.

Relatei.

¹ Art. 5º, LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Pela sua própria natureza jurídica, os embargos declaratórios devem referir-se a ponto sobre o qual pairar omissão, obscuridade ou contradição da decisão, nos termos do art. 535 do CPC, não podendo dirigir-se contra fatos e argumentos já decididos com clareza. Seu âmbito restrito, no entanto, não obsta o conhecimento de alegações de ordem pública, aptas a ensejarem a nulidade do julgado recorrido.

Atento a essas premissas, passo a apreciar os pontos controvertidos.

I. DO JUIZ NATURAL: princípio não afrontado pelo julgamento da AC nº 521.937-PE por maioria de juízes convocados.

Na mesma trilha singrada pela excelsa Corte Suprema, deve-se ressaltar que o postulado constitucional do juiz natural *acha-se tutelado por garantias irredutíveis **que se desdobram**, “na verdade, em três conceitos: só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências, que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja” (“O Processo em Sua Unidade - II”, p. 39, item n. 6, 1984, Forense - grifei)².*

Assim delimitado o instituto, em diversos arestos já foram afastados os argumentos apresentados pelo recorrente, contando atualmente com precedente do Tribunal Pleno do e. STF, julgado sob a sistemática prevista no art. 543-B do CPC:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL PENAL. JULGAMENTO DE APELAÇÃO POR TURMA JULGADORA COMPOSTA MAJORITARIAMENTE POR

² HC 106171, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-071 DIVULG 13-04-2011 PUBLIC 14-04-2011 - Inteiro Teor do eminente Ministro Relator, fl. 20, citando ADA PELLEGRINI GRINOVER.

JUÍZES FEDERAIS CONVOCADOS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.

I - Não viola o postulado constitucional do juiz natural o julgamento de apelação por órgão composto majoritariamente por juízes convocados, autorizado no âmbito da Justiça Federal pela Lei 9.788/1999.

II - Colegiado constituídos por magistrados togados, integrantes da Justiça Federal, e a quem a distribuição de processos é feita aleatoriamente.

III - Julgamentos realizados com estrita observância do princípio da publicidade, bem como do direito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório.

IV - Recurso extraordinário desprovido.

(RE 597133, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/11/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-065 DIVULG 05-04-2011 PUBLIC 06-04-2011 EMENT VOL-02497-02 PP-00273). Grifei.

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. JULGAMENTO DE APELAÇÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. JULGAMENTO. CÂMARA COMPOSTA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES CONVOCADOS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

I - Esta Corte já firmou entendimento no sentido da constitucionalidade da Lei Complementar 646/1990, do Estado de São Paulo, que disciplinou a convocação de juízes de primeiro grau para substituição de desembargadores do TJ/SP.

II - Da mesma forma, não viola o postulado constitucional do juiz natural o julgamento de apelação por órgão composto majoritariamente por juízes convocados na forma de edital publicado na imprensa oficial.

III - Colegiados constituídos por magistrados togados, que os integram mediante inscrição voluntária e a quem a distribuição de processos é feita aleatoriamente.

IV - Julgamentos realizados com estrita observância do princípio da publicidade, bem como do direito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório.

V - Ordem denegada.

(HC 96821, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/2010, DJe-116 DIVULG 24-06-2010, PUBLIC 25-06-2010, EMENT VOL-02407-02 PP-00319 LEXSTF v. 32, nº 380, 2010, p. 295-321) Grifei.

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. RECURSO DE APELAÇÃO JULGADO POR TURMA COMPOSTA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES FEDERAIS CONVOCADOS. NULIDADE. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES DA CORTE. ORDEM DENEGADA.

1. O princípio do juiz natural não apenas veda a instituição de tribunais e juízos de exceção, mas também impõe que as causas sejam processadas e julgadas por órgão jurisdicional previamente determinado a partir de critérios constitucionais de repartição taxativa de competência, excluída qualquer alternativa à discricionariedade.

2. A convocação de juízes de primeiro grau de jurisdição para substituir desembargadores não malfere o princípio constitucional do juiz natural, autorizado no âmbito da Justiça Federal pela Lei nº 9.788/99. Não se vislumbra, no ato de designação do juiz convocado, nenhum traço de discricionariedade capaz de comprometer a imparcialidade da decisão que veio a ser exarada pelo órgão colegiado competente.

3. *Habeas corpus* denegado.

(HC 101487, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-179 DIVULG 16-09-2011 PUBLIC 19-09-2011 EMENT VOL-02589-01 PP-00027)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO QUALIFICADO (ART. 157, § 2º, I E II, DO CP). COLEGIADO FORMADO MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES CONVOCADOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. [...].

1. O julgamento por Colegiado integrado, em sua maioria, por magistrados de primeiro grau convocados não viola o princípio do juiz natural nem o duplo grau de jurisdição. Precedentes: AI 652414-AGR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 17/8/2011; RE 597133/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, DJ de 6/4/2011.

2. A Lei Complementar nº 646/1990, do Estado de São Paulo, que ensejou a convocação dos Juízes que participaram do julgamento cuja nulidade se alega, é constitu-

cional. Precedentes: HC 96821/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, *DJ* de 24/6/2010; HC 97886/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, *DJ* de 19/8/2010.

[...]

7. Ordem concedida para deferir-se o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade. (HC 100211, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 20/09/2011, *DJe*-190 DIVULG 03-10-2011 PUBLIC 04-10-2011, EMENT VOL-02600-01 PP-00065)

Por identidade de razões, tome-se ainda por empréstimo:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO. TURMA COMPOSTA POR MAIORIA DE DESEMBARGADORES CONVOCADOS. POSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DA PARTE. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE.

1. Inexiste nulidade no fato de o julgamento de recurso especial se dar por Turma composta majoritariamente por Desembargadores convocados para substituição, nos termos dos arts. 118 da LOMAN e 56 do RISTJ, visto que assumem o cargo do Ministro afastado, investindo-se plenamente dos poderes a ele inerentes.

2. A atribuição de efeitos modificativos aos embargos declaratórios é possível apenas em situações excepcionais, em que sanada a omissão, contradição ou obscuridade, a alteração da decisão surja como consequência lógica e necessária.

3. Inexiste previsão no art. 535 do CPC, quer para reabertura do debate, quer para análise de questões não abordadas nos acórdãos recorridos, notadamente quando fundados os embargos de declaração no mero inconformismo da parte.

4. Os embargos declaratórios, mesmo manejados com o propósito de prequestionamento, são inadmissíveis se a decisão embargada não ostentar qualquer dos vícios que autorizariam a sua interposição.

5. Os embargos declaratórios não se prestam a viabilizar o acesso da parte ao recurso extraordinário, se a questão constitucional não surgiu no acórdão recorrido e nem foi suscitado em momento anterior.

6. Embargos de declaração no recurso especial rejeitados. (EDcl no REsp 1087783/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/10/2011, DJe 26/10/2011)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO. JULGAMENTO DA APELAÇÃO POR ÓRGÃO COMPOSTO MAJORITARIAMENTE POR JUÍZOS CONVOCADOS. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO DEFENSOR PÚBLICO. NULIDADE ABSOLUTA. PRERROGATIVA DE INTIMAÇÃO PESSOAL. PREJUÍZO AO DIREITO DE DEFESA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto esta Corte Superior firmaram entendimento de que o julgamento de recurso feito por órgão composto majoritariamente por juízes convocados em segundo grau de jurisdição não afronta o princípio do juiz natural se respeitadas as prescrições legais.

2. Este Tribunal Superior tem decidido, iterativamente, que a falta de intimação pessoal do defensor público ou dativo para a sessão de julgamento do apelo caracteriza nulidade absoluta do ato processual, por configurar hipótese de evidente cerceamento do direito de defesa do réu (cf. arts. 5º, § 5º, da Lei 1.060/50, 370, § 4º, do CPP e 128 da LC 80/94).

3. Ordem parcialmente concedida a fim de declarar a nulidade do julgamento do recurso de apelação para que outro seja feito, com a prévia intimação pessoal do defensor público.

(HC 159.024/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 15/06/2011)

Dessa feita, realizado o julgamento pelo órgão competente, o Tribunal Regional Federal, e distribuído o feito aleatoriamente à Primeira Turma, não vislumbro ofensa ao princípio constitucional.

Com efeito, o colegiado estava composto majoritariamente por magistrados que, embora convocados, assumem plenamente o exercício da jurisdição revisora, por força do art. 118 da LOMAN e do Ato nº 590 de 18/08/2011, convocatório da Excelentíssima Juíza Federal Cíntia Menezes Brunetta para o período de 24/08/2011 a 22/09/2011.

Ademais, não se pode ignorar a magnitude da própria finalidade da convocação como expressão do princípio da continuidade do serviço público jurisdicional, que deve prosseguir nos casos de ausência do magistrado titular do cargo quando o afastamento superar o prazo de trinta dias³.

Com esses fundamentos alinhados aos precedentes das cortes de encerramento interpretativo, desprovejo os embargos de declaração nesse ponto, tendo por válido e constitucional o modo de realização do julgamento.

II. DAS SUPOSTAS OMISSÕES: existência de fundamentação legal do acórdão que reconheceu a validade da Certidão de Dívida Ativa.

Inicialmente, o embargante afirma que a eg. Primeira Turma ratificou o entendimento expressado na sentença e, a seguir, tornou a discutir a impossibilidade de os sócios serem responsáveis tributários da pessoa jurídica empresária, exigindo, nestes embargos, que o acórdão demonstre em que inciso do art. 135 do CTN incorreram os executados.

No entanto, a alegação se funda em premissa falsa, uma vez que a matéria não foi redecidida. O julgado apenas proclamou a existência de óbice intransponível ao conhecimento da prescrição e da ilegitimidade passiva *ad causam* dos sócios, qual seja, o fato de que até as questões de ordem pública comportam pronuncia-

³ Art. 118. Em caso de vaga ou afastamento, por prazo superior a 30 (trinta) dias, de membro dos Tribunais Superiores, dos Tribunais Regionais, dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais de Alçada, (vetado) poderão ser convocados Juizes, em substituição (vetado) escolhidos (vetado) por decisão da maioria absoluta do Tribunal respectivo, ou, se houver, de seu Órgão Especial: (Redação dada pela Lei Complementar nº 54, de 22.12.1986).

Cumpra observar que o art. 107, também invocado pelo embargante, ressalva expressamente a possibilidade de convocação nos moldes do art. 118. Confira-se:

Art. 107 - É vedada a convocação ou designação de Juiz para exercer cargo ou função nos Tribunais, ressalvada a substituição ocasional de seus integrantes (art. 118).

mentos definitivos (fl. 436), não podendo, após o julgamento definitivo de mérito em exceção de pré-executividade, serem reexaminados.

Portanto, rejeitada a defesa na via da exceção e perdida a oportunidade de recorrer da decisão que não tem caráter precário, temporário ou de cognição sumária, cristalizou-se o pronunciamento judicial anteriormente firmado. No acórdão, houve, por isso, aplicação extensiva do art. 301, § 3º, do CPC, a alcançar e fulminar os presentes embargos à execução fiscal.

Finalmente, aduz que a decisão do colegiado regional deixou de embasar a validade da certidão de dívida ativa em preceitos legais. Mais uma vez, todavia, o embargante parte de equívoco. O alegado vício foi supostamente constatado na ementa, no item cinco:

5. Por fim, perquire-se a validade da CDA. A exigência de consignar a forma de calcular os juros de mora e a correção monetária não se confunde com a necessidade de exposição dos próprios cálculos. Para a primeira hipótese, basta a fundamentação legal para ser possível chegar ao montante devido constante da CDA. Precedentes desta eg. Primeira Turma.

Como é cediço, a ementa contém um resumo do julgamento, apresentando os principais aspectos abordados pelo órgão julgador e o dispositivo da decisão, sem se constituir isoladamente no ato decisório. Basta a releitura do inteiro teor do acórdão, nos termos do voto da relatora (fl. 439) para se perceber que foram interpretados sistematicamente os arts. 2º, § 5º, inciso VI, e artigo 3º da Lei nº 6.830/80, o inciso II do art. 202 e artigo 204 do CTN, chegando à conclusão de que *“a embargante sequer apresentou questionamento direto e específico contrário aos critérios adotados na CDA, ou, ao menos, contrário à aplicação da legislação utilizada como amparo”* (fls. 437 e 438).

A omissão suscitada se revela, então, como mero pretexto para dar vazão ao anseio de reforma do embargante, o que não é suficiente para fazer prosperar o recurso.

Vale registrar, ademais, que o tão só propósito de prequestionar a matéria a ser eventualmente levada ao conhecimento das

cortes superiores, sem que ocorra, na hipótese, quaisquer dos pressupostos elencados no art. 535 do Código de Ritos, não constitui razão suficiente para a oposição dos embargos declaratórios, consoante prega a pacífica jurisprudência do STJ, *in verbis*:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LIMITES. EMENDADA INICIAL. PRAZO DILATÓRIO REQUERIDO PELA PARTE. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PARA DAR CUMPRIMENTO. DESNECESSIDADE. DEVER DE COLABORAÇÃO.

1. O não acolhimento das teses contidas no recurso não implica obscuridade, contradição ou omissão, pois ao julgador cabe apreciar a questão conforme o que ele entender relevante à lide. O Tribunal não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame nos termos pleiteados pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento, consoante dispõe o art. 131 do CPC.

2. Os embargos declaratórios, mesmo quando manejados com o propósito de prequestionamento, são inadmissíveis se a decisão embargada não ostentar qualquer dos vícios que autorizariam a sua interposição.

(*Omissis*)

6. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1062994/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010)

Por seu turno, assim vem-se pronunciando a c. Primeira Turma deste Tribunal:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. APRECIÇÃO DE MATÉRIA NÃO DISCUTIDA NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO. NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS DECLARATÓRIOS.

1. Impossível a análise, pelo Tribunal, de pedido relativo a assunto não discutido dos autos.

2. São pressupostos necessários de admissibilidade dos embargos de declaração a existência de obscuridade, contradição ou omissão na decisão que se pretende integrar. Ausentes tais requisitos, impossí-

vel o acolhimento dos aclaratórios, mesmo que para fins de prequestionamento.

3. A falta de referência expressa aos dispositivos legais aplicáveis ao caso não configura omissão, bastando, para o pleno conhecimento da lide, o exame das questões jurídicas a ela subjacentes (REsp nº 166.147/SP, STJ. Corte Especial, Min. Eduardo Ribeiro, *DJ* 16/08/99, p. 37).

4. Não está o órgão julgador a analisar cada um dos argumentos e preceitos legais trazidos a seu conhecimento pelas partes, nem a ficar limitado aos fundamentos por elas indicados. Pode, outrossim, em razão da livre convicção do juiz, ficar adstrito apenas àqueles elementos que sejam suficientes para fundamentar adequadamente a decisão.

5. Hipótese em que pretende a embargante a modificação do acórdão embargado em virtude de julgamento, ainda em curso perante o STF, com maioria atual de votos favorável à tese dos contribuintes.

6. Inexistência, até o presente momento, de decisão com força vinculante sobre a matéria.

7. Acórdão devidamente fundamentado e amparado em precedentes desta Corte Regional.

8. Descabida a intenção de prequestionamento atribuída aos embargos de declaração quando ausentes os próprios requisitos inerentes a tal modalidade recursal.

9. Embargos de declaração conhecidos em parte e, neste ponto, improvidos. [Grifei]

(TRF da 5ª Região, Apelação Cível nº 453.736-SE, relator o Desembargador Federal Manoel Erhardt, Primeira Turma, unânime, julgado em 26.05.2011, *DJe* de 02.06.2011)

Em suma, a parte recorrente insurge-se contra a interpretação que fora adotada por esta Corte, o que não configura omissão, contradição, tampouco obscuridade, não dando ensejo ao acolhimento dos embargos de declaração.

Com tais fundamentos, nego provimento aos embargos declaratórios.

Assim voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 1.864-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Suscitante: JUÍZO DA 10ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Suscitado: JUÍZO DA 9ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Parte A.: LANCHONETE GUARARAPES LTDA.
Parte R.: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO
Embargante: LANCHONETE GUARARAPES LTDA.
Advs./Procs.: DRS. ALEXANDRE CARNEIRO GOMES (PARTE A.) E BRUNO BENEVIDES DUARTE LEITE E OUTROS (PARTE R.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE E AÇÃO DE CONCESSÃO DE USO DA ÁREA OBJETO DA REINTEGRAÇÃO. SÚMULA 235 DO STJ. INAPLICABILIDADE. DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA ANTES DO JULGAMENTO DA REINTEGRATÓRIA. OMISSÕES. INOCORRÊNCIA. EMBARGOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS.

- Embargos de declaração interpostos pela Lanchonete Guararapes Ltda. (PALHETA) em face de Acórdão proferido em sede de conflito de competência em que se reconheceu a competência do Juízo da 9ª Vara Federal de Pernambuco para processar a ação em que se busca a renovação de contrato de concessão de uso de área no Aeroporto Internacional dos Guararapes.

- Alega a embargante a ocorrência de omissões no julgado, consistentes na falta de enfrentamento da conexão entre o presente feito e a medida cautelar - MCTR 2832-PE - distribuída para o Desembargador Federal Paulo Gadelha; na ausência de ouvida do Juízo suscitado, na forma do artigo 119 do CPC; bem como a inexistência

de declaração de nulidade da sentença proferida na ação reintegratória.

- É descabida a alegação de conexão entre o presente feito e a ação cautelar invocada pela embargante, uma vez que, conforme explicitado nos próprios embargos, a medida de urgência pleiteada visava à suspensão de ambas as ações, enquanto o conflito de competência tem como escopo definir o juízo competente para processar a ação de renovação de contrato.

- Não se configurou, portanto, a identidade de objetos, de modo que o acórdão embargado não incorreu em omissão ao deixar de se manifestar acerca de suposta atração processual em face de conexão.

- No concernente à oitiva do Juízo Suscitado, observa-se que o despacho de fl. 66 cumpriu o determinado no artigo 119 do CPC, abrindo prazo ao Juízo da 9ª Vara Federal de Pernambuco para prestar as informações necessárias, muito embora o Juízo Suscitado tenha quedado silente. No caso, não há que se falar em prejuízo ao deslinde do feito uma vez que foi trasladada para os autos cópia da decisão declinatória daquele órgão jurisdicional, estando nela constantes as suas razões.

- Quanto à alegação de ausência de declaração de nulidade da sentença proferida nos autos da ação de reintegração de posse, observa-se que a prolação da sentença na ação reintegratória e a distribuição da ação renovatória serviram de fundamento, com base na interpretação do enunciado nº 235 da Súmula do STJ, para a fixação de competência do Juízo Suscitado.

- A referida disposição jurisprudencial determina que, mesmo apresentada hipótese de conexão, quando um dos feitos já tiver sido julgado, não resta configurado o caso de reunião dos processos.

- No caso concreto, concluiu-se que a distribuição da ação renovatória se deu anteriormente ao julgamento da ação de reintegração de posse, o que implica, unicamente, a inviabilidade da aplicação do enunciado, já que a atração de processos aqui se impõe, não tendo como consequência, por outro lado, a nulidade da sentença discutida.

- Embargos de declaração conhecidos e não providos.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento aos embargos de declaração, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 11 de janeiro de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Cuida-se de embargos de declaração interpostos pela Lanchonete Guararapes Ltda. (PALHETA) em face de acórdão proferido em sede de conflito de competência em que se reconheceu a competência do Juízo da 9ª Vara Federal de Pernambuco para processar a ação em que se busca a renovação de contrato de concessão de uso de área no Aeroporto Internacional dos Guararapes.

Nas suas razões, a embargante alega a ocorrência de omissões no julgado. Nesse sentido, apontou a falta de enfrentamento da conexão entre o presente feito e a medida cautelar – MCTR 2832-PE – distribuída para o Desembargador Federal Paulo Galinha.

Aduziu ainda a ausência de ouvida do Juízo suscitado, na forma do artigo 119 do CPC, bem como a inexistência de declaração de nulidade da sentença proferida na ação reintegratória.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

Os embargos de declaração destinam-se, precipuamente, a desfazer obscuridade, a afastar contradições e a suprir omissões que eventualmente se registrem na decisão judicial. Essa modalidade recursal só permite o reexame do *decisum* embargado para o específico efeito de viabilizar um pronunciamento jurisdicional de caráter integrativo retificador que esclareça o conteúdo do julgado.

O acórdão requestado assim se houve:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE E AÇÃO DE CONCESSÃO DE USO DA ÁREA OBJETO DA REINTEGRAÇÃO. SÚMULA 235 DO STJ. INAPLICABILIDADE. DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA ANTES DO JULGAMENTO DA REINTEGRATÓRIA.

1. Conflito negativo de competência, suscitado pelo Juízo Federal da 10ª Vara Federal de Pernambuco em face do Juízo Federal da 9ª Vara/PE, em ação em que se pretende a renovação de contrato de concessão de uso de área no Aeroporto Internacional dos Guararapes, proposta por Lanchonete Guararapes Ltda. (PALHETA) em desfavor do Aeroporto Internacional do Recife Guararapes/Gilberto Freire.

2. A controvérsia é restrita à aplicação, ou não, do teor do enunciado nº 235 da Súmula do STJ, que dispõe não ser o caso de reunião dos processos, mesmo que reste configurada a hipótese de conexão, se um dos feitos já tiver sido julgado.

3. A distribuição da ação renovatória se deu em 05/02/2010, conforme se extrai do termo de fl. 28. Nesse momento, a ação de reintegração não havia sido julgada, o que se infere da decisão de fl. 29, proferida em 08/02/2010, em que o Juízo da 9ª Vara Federal determinou a intimação da parte autora para apresentação de réplica, bem como da sentença de fls. 32/38, que foi assinada em 26/02/2010,

não havendo, portanto, que se falar na aplicação da súmula invocada.

4. No referido julgamento da ação reintegratória, o Juiz da 9ª Vara Federal determinou a reprodução de cópia da sentença nos autos da ação ordinária nº 0001645-64.2010.4.05.8300, correspondente à ação de concessão de uso que lhe foi distribuída por dependência.

5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal suscitado (Juízo da 9ª Vara Federal de Pernambuco).

É descabida a alegação de conexão entre o presente feito e a ação cautelar invocada pela embargante, uma vez que, conforme explicitado nos próprios embargos, a medida de urgência pleiteada visava à suspensão de ambas as ações, enquanto o conflito de competência tem como escopo definir o juízo competente para processar a ação de renovação de contrato.

Diante disso, conclui-se não ter se configurado a identidade de objetos, de modo que o acórdão embargado não incorreu em omissão ao deixar de se manifestar acerca de suposta atração processual em face de conexão.

No concernente à oitiva do Juízo Suscitado, observa-se que o despacho de fl. 66 cumpriu o determinado no artigo 119 do CPC, abrindo prazo ao Juízo da 9ª Vara Federal de Pernambuco para prestar as informações necessárias, muito embora o Juízo Suscitado tenha quedado silente. No caso, não há que se falar em prejuízo ao deslinde do feito uma vez que foi trasladada para os autos cópia da decisão declinatória daquele órgão jurisdicional, estando nela constantes as suas razões.

Quanto à alegação de ausência de declaração de nulidade da sentença proferida nos autos da ação de reintegração de posse, conclui-se também não assistir razão à embargante.

Com efeito, a prolação da sentença na ação reintegratória e a distribuição da ação renovatória serviram de fundamento, com base na interpretação do enunciado nº 235 da Súmula do STJ, para a fixação de competência do Juízo Suscitado.

A referida disposição jurisprudencial determina que, mesmo apresentada hipótese de conexão, quando um dos feitos já tiver sido julgado, não resta configurado o caso de reunião dos processos.

Contudo, no caso concreto, concluiu-se que a distribuição da ação renovatória se deu anteriormente ao julgamento da ação de reintegração de posse, o que implica, unicamente, a inviabilidade da aplicação do enunciado, já que a atração de processos aqui se impõe, não tendo como consequência, por outro lado, a nulidade da sentença discutida.

A embargante busca, portanto, rediscutir a matéria já decidida. Frise-se, entretanto, que os embargos de declaração, ainda que interpostos para fins de prequestionamento, não se prestam para a revisão do julgamento.

Outro não é, aliás, o entendimento já pacificado no âmbito deste Tribunal, valendo, por oportuno, conferir os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. REABERTURA DE DISCUSSÃO. MATÉRIA JÁ ANALISADA. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE.

I. O Código de Processo Civil, em seu artigo 535, condiciona o cabimento dos embargos de declaração à existência de omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, não se prestando este recurso à repetição de argumentação contra o julgamento de mérito da causa.

II. A menção a direito adquirido, e não a ato jurídico perfeito, ocorreu por apreciação jurídica dos fatos distinta daquela empreendida pelo autor, havendo divergência de interpretação e não omissão. Fundamento comum no art. 5º, XXXVI, da CF/88.

III. Ausência de manifesto interesse protelatório. Embargos utilizados para fins de prequestionamento explícito.

IV. Embargos improvidos. (TRF 5ª. EEIAC 397934/03/CE. Pleno. Rel. Des. Federal Margarida Cantarelli. DJ 06.03. 2008. p. 705)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE MÚTUO HABITACIONAL. IMÓVEL ADJUDICADO PELO CREDOR. INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REVISÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE.

- Os embargos declaratórios não se prestam a um reexame da matéria vista e devidamente discutida no *decisum* e, ainda que tenha nítido fim de prequestionamento, não está a Corte obrigada a responder questionário da parte,

principalmente quando fundamentado próprio e suficientemente o acórdão embargado. (EDROMS 10296/SC, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ*: 09/10/2000, p. 163).
- Embargos de declaração rejeitados. (TRF 5ª Região, EDAC390688/01/PE, Primeira Turma, *DJ* 28.03.2008, p. 1314)

Desta feita, conheço dos embargos de declaração para, entretanto, negar-lhes provimento.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 4.412-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT
Impetrantes: DRs. MARCO AURÉLIO FREIRE E OUTRO
Impetrado: JUÍZO DA 7ª VARA FEDERAL DE SERGIPE
Paciente: MÁRIO CESAR MARINHO DE CARVALHO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. OPERAÇÃO PASSADIÇO. CORRUPÇÃO PASSIVA QUALIFICADA. CORRUPÇÃO ATIVA E ADVOCACIA ADMINISTRATIVA. DELITOS COMETIDOS POR POLICIAIS RODOVIÁRIOS FEDERAIS. DENÚNCIAS ANÔNIMAS QUE NÃO FORAM OS ÚNICOS ELEMENTOS A JUSTIFICAR A EXCEÇÃO DO SIGILO TELEFÔNICO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. PRORROGAÇÕES. AUSÊNCIA DE QUALQUER IRREGULARIDADE. DESNECESSIDADE DE DEGRAVAÇÃO INTEGRAL DAS ESCUTAS. ORDEM DENEGADA.

- As denúncias anônimas serviram para dar início ao procedimento investigativo, realizado ainda no âmbito da PRF, e não foram utilizadas sozinhas como justificativa para a decretação da medida de quebra de sigilo telefônico. As diligências empreendidas culminaram na reunião de outros elementos indiciários, como a constatação referente ao desligamento sistemático das

câmeras de filmagem do posto de Cristinápolis/ SE, com a interrupção da gravação de dados em certos momentos, bem assim existência de arquivos com a imagem de gravação sendo apenas uma tela azul.

- As execuções das escutas pela Polícia Federal foram amparadas em autorizações judiciais emanadas do Juízo da 7ª Vara da SJ/SE, devidamente fundamentadas, como se percebe das decisões colacionadas aos autos. Quanto às sucessivas prorrogações, foram deferidas em virtude da magnitude do procedimento investigatório, a envolver um elevado número de pessoas, servidores públicos federais, em atuação de maneira conjunta, com indícios de prática de diversas condutas delituosas, em um contexto que pareceu razoável à continuidade da medida.

- As degravações foram feitas levando em consideração o que interessava à investigação, constando transcritos os fragmentos referentes às condutas ilícitas investigadas. Não houve qualquer ofensa a direito do paciente, pois a denúncia tomou por base justamente esses trechos em que constatada a prática dos ilícitos penais. Precedente: STF, HC 83515, Relator Ministro NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, 04/03/2005.

- Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de HC 4.412-SE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em denegar a presente ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 29 de setembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. No presente *habeas corpus*, o Advogado Marco Aurélio Freire postula a declaração de nulidade da Ação Penal 2008.85.02.000257-1, em trâmite em desfavor do ora paciente, Mário César Marinho de Carvalho, alegando a ausência de fundamentação das decisões que deferiram as interceptações telefônicas procedidas no decorrer das investigações, bem assim suas renovações, decisões estas prolatadas no Juízo da 7ª Vara Federal da SJ/SE.

2. Na exordial, o impetrante sustenta que o paciente Mário César Marinho de Carvalho, Policial Rodoviário Federal, foi condenado pelo Juízo de primeira instância sem que este examinasse os argumentos levantados pela defesa, quando de seu decreto, mais precisamente os referentes às nulidades ocorridas no desenvolvimento de operação realizada pela Polícia Federal, que foi denominada de Passadiço.

3. Afirma que a mencionada operação se fundou em delações apócrifas, bem assim que no decorrer de seu desenvolvimento foram realizadas interceptações telefônicas ilegais, amparadas em decisões judiciais desprovidas de necessária fundamentação, tendo havido afronta à privacidade de servidores públicos federais, sem que existissem indícios de materialidade e autoria delitiva.

4. Pleiteia, assim, a nulidade da Ação Penal 2008.85.02.000275-1, cujo recurso de apelação criminal tramita neste gabinete, haja vista a utilização de provas proibidas e inconstitucionais.

5. Às fls. 71/72 dos autos, foi indeferida a tutela liminar pleiteada.

6. As informações foram prestadas à fl. 74.

7. No Parecer 2.334/2011 (fls. 75/84), o Procurador Regional da República Joaquim José Barros Dias se manifestou pela denegação da ordem pretendida.

8. Eis o que havia a relatar.

VOTO

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

1. Insurge-se o impetrante em face das provas que deram ensejo à peça delatória do *Parquet*, especialmente frente às interceptações telefônicas realizadas no decorrer da operação Passadiço, provas cujos elementos, juntamente aos demais colhidos no decorrer da instrução criminal, foram utilizados como fundamento da decisão condenatória prolatada em desfavor do ora paciente Mário César Marinho de Carvalho.

2. Pois bem, passo ao exame dos argumentos trazidos pela defesa neste *writ*.

3. Diz o impetrante que: *as investigações formais foram iniciadas com base única e exclusivamente em delações apócrifas, bem como em nulidades que nasceram com atos e métodos ilegais utilizados pela Polícia Federal com a chancela do Juízo da 7ª Vara Federal de Sergipe, quando utilizou-se ab initio da violação da privacidade com utilização das Interceptações Telefônicas para inaugurar as investigações e, olvidando-se completamente dos requisitos elencados na Lei 9.296/96, devassaram a privacidade de inúmeros servidores públicos federais sem que para tanto demonstrassem quaisquer indícios de materialidade de delito, tampouco de sua autoria.*

4. Ao meu sentir, foram as interceptações telefônicas procedidas dentro dos ditames legais, bem assim as demais provas realizadas no decorrer da operação em comento. Veja-se que a investigação denominada Passadiço surgiu a partir de suspeitas de prática do delito de corrupção passiva, supostamente perpetrado por parte de policiais rodoviários federais lotados no posto da PRF de Cristinápolis/SE, suspeitas estas encaminhadas pela Corregedoria da Polícia Rodoviária Federal ao MPF.

5. A respeito dos indícios de prova que deram sustentação à decretação pelo afastamento do sigilo (fls. 35/37 do volume 1), o que se tem nos autos não são só denúncias anônimas, pois estas, encaminhadas à Corregedoria da PRF, dando conta da cobrança e do recebimento de propina por parte de servidores públi-

cos federais para liberação de automóveis com irregularidades (fls. 15/16, representação, volume 1), acabaram por somadas às apurações realizadas no Procedimento 08.672.001299/2006-12, que em Termo de Diligência registra a ocorrência de desligamento sistemático das câmeras de filmagem do posto mencionado acima, com a interrupção da gravação de dados em certos momentos, bem assim existência de arquivos com a imagem de gravação sendo apenas uma tela azul.

6. Desse modo, penso que o material probatório adunado à representação policial, no qual se amparou o Juízo, foi suficiente ao deferimento da medida. Confira-se o que relata o Delegado de Polícia Federal Tony da Costa Pedrosa Ferreira na representação pela quebra dos sigilos telefônicos (fls. 1/7, do volume 1):

Destarte, **em um mês de filmagem no circuito interno, o sistema foi desligado 21 vezes**, sendo que o desligamento ocorria de duas maneiras, ora era interrompida apenas a gravação das imagens, ora desligava-se a própria fonte de energia.

Os referidos desligamentos apontam inexoravelmente para a prática de irregularidades, haja vista que a empresa de energia SULGIPE foi consultada e informou que, no período pesquisado, ou seja, de 17/10/2006 a 17/11/2006, houve apenas duas interrupções no fornecimento de energia elétrica que atingiram a cidade de Cristinápolis/SE, concluindo-se, então, que as “quedas” de energia foram intencionalmente provocadas.

Ressalte-se, por oportuno, que no dia em que houve interrupção das filmagens, o nome de alguns policiais se repete, como é o caso do servidor CARLOS (Antônio Carlos Silva de Souza), em que trabalhou em 20 dias dos 21 em que houve o desligamento do circuito interno. Outros policiais também se repetem na escala dos dias em que houve o desligamento intencional das câmeras, tais como, ETIENE, ADMILSON, GERALDO, APARECIDO e ALBERTO.

Frise-se que as escalas são de, no mínimo, dois policiais, de forma que os parceiros dos que tem maior incidência de desligamento intencional merecem ser igualmente acompanhados.

Ademais, foi feito levantamento no local onde funciona o posto da PRF de Cristinápolis, a fim de montarmos campanha para flagrar a noticiada cobrança de propina por parte dos policiais rodoviários, no entanto, em razão da localização do posto, por ser um local isolado contiguamente à BR 101, sem vizinhança, é inviável, neste momento, qualquer trabalho policial de campanha/vigilância no local, consoante informou o agente investigador em sua informação. (Fls. 03/04)

7. Na hipótese, o que se verifica é que as denúncias anônimas foram apresentadas junto à Corregedoria de Polícia Rodoviária Federal, onde passou a tramitar procedimento administrativo a respeito. A partir de tais denúncias, foram realizadas algumas providências pelo Núcleo de Assuntos Internos da Polícia Rodoviária Federal, que, como dito acima, concluiu pela ocorrência do desligamento das câmeras do posto investigado, e pela incidência de interrupções efetuadas em ocasião da presença de uma mesma equipe de serviço, se posicionando pela necessidade de uma melhor apuração dos fatos (fls. 16/17).

8. Pelo que se percebe, as denúncias anônimas mencionadas serviram para dar início ao procedimento investigativo, realizado ainda no âmbito da PRF, e não foram utilizadas sozinhas na decretação da medida de quebra de sigilo telefônico. As diligências empreendidas culminaram na reunião de outros elementos indiciários, como a constatação referente ao desligamento da câmera do posto de Cristinápolis/SE. A meu sentir, o exame realizado pela autoridade policial, sobre esse conjunto de elementos indiciários, descrito na representação, somado à inviabilidade de realização de diligências no local, constituíram elementos suficientes à decretação da medida, e que foram considerados pelo Juízo da 7ª Vara Federal da SJ/SE.

9. Sobre a denúncia anônima, confirmaram-se os precedentes abaixo indicados:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. “DENÚNCIA ANÔNIMA” SEGUIDA DE INVESTIGAÇÕES EM INQUÉRITO POLICIAL. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E AÇÕES PENAIIS NÃO DECORRENTES DE “DENÚNCIA ANÔNIMA”. LICITUDE DA PROVA COLHIDA E DAS AÇÕES PENAIIS

INICIADAS. ORDEM DENEGADA.

Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada “denúncia anônima”, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados (86.082, rel. min. Ellen Gracie, DJe de 22.08.2008; 90.178, rel. min. Cezar Peluso, DJe de 26.03.2010; e HC 95.244, rel. min. Dias Toffoli, DJe de 30.04.2010). No caso, tanto as interceptações telefônicas, quanto as ações penais que se pretende trancar decorreram não da alegada “notícia anônima”, mas de investigações levadas a efeito pela autoridade policial. A alegação de que o deferimento da interceptação telefônica teria violado o disposto no art. 2º, I e II, da Lei 9.296/1996 não se sustenta, uma vez que a decisão da magistrada de primeiro grau refere-se à existência de indícios razoáveis de autoria e à imprescindibilidade do monitoramento telefônico. Ordem denegada. (HC 99490, JOAQUIM BARBOSA, STF)

HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE DINHEIRO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO. MONITORAMENTO TELEFÔNICO. DENÚNCIA ANÔNIMA. NECESSIDADE DA MEDIDA DEMONSTRADA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. COAÇÃO ILEGAL NÃO COMPROVADA. ORDEM DENEGADA.

1) O monitoramento telefônico foi autorizado, porque necessária a medida para dar prosseguimento às investigações.

2) Após o recebimento da denúncia anônima, foi observado que as agências não apresentavam movimento normal, de modo que não se pode alegar que o monitoramento telefônico foi autorizado com base somente na denúncia anônima.

3) O trancamento de ação penal, em tema de *habeas corpus*, é possível somente se o fato for atípico, se estiver extinta a punibilidade ou se não houver indícios de autoria.

4) Coação ilegal não comprovada.

5) Ordem denegada. (STJ, HC 200900279900, Relator Ministro CELSO LIMONGI (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, 04/10/2010)

10. Como anotado acima, não foram as notícias anônimas os únicos dados que serviram para embasar as interceptações, e a posterior peça acusatória apresentada pelo *Parquet*, de forma alguma. Outras diligências foram empreendidas, e através delas acabou-se por observar um anormal desligamento efetuado no sistema de gravação do posto, que coincidiria com uma mesma equipe de serviço, o que justificou a exceção do sigilo dos investigados.

11. E mais, não há também que se falar em irregularidade porque a execução da medida pela Polícia Federal foi amparada em autorização judicial emanada do Juízo da 7ª Vara da SJ/SE devidamente fundamentada, como se percebe da decisão colacionada às fls. 35/37, e das seguintes (fls. 97/100, fls. 130/134, fls. 177/181, fls. 212/215, fls. 268/272, fls. 316/320, fls. 371/374, fls. 523/526, fls. 579/562, fls. 624/625, fls. 695/696, fls. 753/756, fls. 821/824, fls. 860/863, dos volumes acostados). Destarte, foram as decisões proferidas com base nos elementos sólidos, apresentados inicialmente pela Polícia Federal, dados estes que, adicionados às posteriores degregações, mostraram a imperiosidade na adoção da medida para elucidação dos fatos.

12. Muito comum que seja determinada a interceptação telefônica, ainda no início das investigações, havendo indícios sérios de prática de delito, para que só após a coleta de elementos mais seguros, sejam então deferidas outras medidas, tais como a busca e apreensão, até porque muitas vezes estas outras diligências precisam de uma melhor delimitação da participação de cada um dos investigados nos eventuais crimes. Ademais, a interceptação, geralmente, é deferida antes de qualquer medida constritiva, em razão do sigilo no trâmite das investigações, sendo, em determinadas situações, o único meio disponível para se realizar a prova, como restou justificado no caso dos autos.

13. Quanto às sucessivas prorrogações, penso que foram deferidas em virtude da magnitude do procedimento investigatório, a envolver um elevado número de pessoas, servidores públicos federais, em atuação de maneira conjunta, com indícios de prática de diversas condutas delituosas, em um contexto que aqui me pareceu razoável à continuidade da medida.

14. Sabe-se que o art. 5º da Lei 9.296/96 fala no prazo de 15 dias para realização da interceptação, permitindo a renovação por igual período; a jurisprudência adota o entendimento de que as interceptações podem ser adotadas pelo prazo necessário à elucidação das investigações, desde que haja a necessária fundamentação. Confira-se:

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E PRORROGAÇÕES AUTORIZADAS POR DECISÕES FUNDAMENTADAS. INDISPENSABILIDADE PARA AS INVESTIGAÇÕES. QUADRILHA ESTÁVEL E ARTICULADA VOLTADA PARA A FRAUDE NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. PRISÃO PREVENTIVA. INDÍCIOS DE AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. AMEAÇA ÀS TESTEMUNHAS. INTEGRIDADE DA PROVA. NECESSIDADE DE DESMANTELAMENTO DO GRUPO, QUE, MESMO APÓS A PRISÃO DE ALGUNS INVESTIGADOS, CONTINUAVA A DELINQUIR. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. **Ausente, *in casu*, irregularidade no deferimento das interceptações telefônicas pelo Juízo Federal, que justificou suficientemente a imprescindibilidade da medida para o sucesso das investigações, que cuidava de apurar a atuação de quadrilha estável e estruturada especializada em fraudes na obtenção/concessão de benefícios previdenciários. As decisões de prorrogações, de igual, encontram-se suficientemente fundamentadas, e objetivaram, principalmente, identificar todos os envolvidos na prática dos referidos delitos e revelar por inteiro o iter criminoso.**

2. **Reveste-se de razoabilidade o tempo de duração das interceptações (aproximadamente 1 ano), pois intrincadas as relações estabelecidas, além de expressivo o número de pessoas envolvidas.**

3. **A legislação infraconstitucional (Lei 9.296/96) não faz qualquer limitação quanto ao número de terminais que podem ser interceptados, ou ao prazo de renovação da medida; tudo irá depender do tipo de investigação a ser feita – quanto mais complexo o**

esquema criminoso, maior é a necessidade da quebra do sigilo telefônico, de mais pessoas e por mais tempo, com vistas à apuração da verdade que interessa ao processo penal. Precedentes.

4. A constrição cautelar dos pacientes encontra-se plenamente justificada na garantia da ordem pública e na conveniência da instrução criminal, tendo em vista a necessidade do dismantelamento de complexa organização criminosa instalada por vários anos na Agência do INSS, de modo a cessar a prática de tais delitos, que continuaram a ser praticados mesmo após a prisão de alguns dos investigados, a demonstrar a propensão delitiva. Apurados, ainda, fatos concretos de ameaças às testemunhas, destacando-se a possibilidade de sumiço ou alteração da prova, dado o poder de influência de diversos investigados, alguns membros da elite política local, o que torna imperiosa a segregação preventiva também por conveniência da instrução criminal.

5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

6. Ordem denegada. (STJ, HC 200902259100, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, 13/12/2010)

*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 investiga-

ção, dada a quantidade de envolvidos e a complexidade das suas atividades, não há qualquer 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.

4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial. (STJ, HC 138.933/MS, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, julgado em 29/10/2009, DJ 30/11/2009)

HABEAS CORPUS. “OPERAÇÃO FURACÃO”. VASTO ACERVO DE ELEMENTOS INDICIÁRIOS QUE APONTAM PARA A EXISTÊNCIA DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA VOLTADA À EXPLORAÇÃO DE JOGOS ILEGAIS. O GRUPO, PARA A MANUTENÇÃO DA ATIVIDADE ILÍCITA, COMETIA INÚMEROS OUTROS CRIMES. REITERAÇÃO E AUDÁCIA. AFRONTA ÀS INSTITUIÇÕES ESTATAIS. ALEGADA INÉPCIA DA DENÚNCIA. IMPROCEDÊNCIA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. PRORROGAÇÕES. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRISÃO PREVENTIVA SOBEJAMENTE FUNDAMENTADA NA NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.

(...)

3. As interceptações telefônicas, pelo contexto delineado nos autos, mostraram ser medida necessária e imprescindível para revelar o *modus operandi* da organização criminosa investigada, identificando os vários agentes envolvidos. **A complexidade da atuação criminosa, por outro lado, ensejou as prorrogações sucessivas, como único meio de se esclarecer a existência dos inúmeros crimes e o envolvimento dos vários agentes na ampla rede de corrupção.**

4. O prazo previsto para a realização de interceptação telefônica é de 15 dias, nos termos do art. 5º da Lei nº 9.296/96, prorrogável por igual período, quantas vezes forem necessárias, até que se ultimem as

investigações, desde que comprovada a necessidade, observada a razoabilidade e a proporcionalidade. Precedentes do STJ e do STF.

(...)

9. Ordem denegada. (STJ, HC 88.241/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 29/09/2009, DJ 26/10/2009)

15. Igualmente, este Tribunal Regional Federal da 5ª Região tem entendido pela possibilidade de prorrogações sucessivas, para além do prazo previsto na legislação, desde que devidamente justificada a medida pela situação concreta apresentada, e amparada em decisão judicial devidamente fundamentada; confira-se:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. LEI Nº 9.296/1996. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. PRAZO DE 15 (QUINZE DIAS). POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO. PRECEDENTES DO STF. *DIES A QUO* PARA CONTAGEM DO PRAZO QUE NÃO SE CONFUNDE COM O DIA DA DECISÃO JUDICIAL QUE AUTORIZOU A DILIGÊNCIA.

- *Habeas corpus* impetrado por Leandro Duarte Vasques e Antonio de Holanda Cavalcante Neto em favor de Alejandro Magno Lima Leitão e Carlos Alberto Bezerra, contra ato praticado pelo Juízo Federal da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará consistente **na autorização de sucessivas prorrogações de interceptações telefônicas autorizadas em inquérito policial instaurado contra os pacientes, as quais perdurariam por quase dois anos.**

- Noticiam os autos que os pacientes, Alejandro Magno Lima Leitão e Carlos Alberto Bezerra, são auditores fiscais da Receita Estadual do Ceará - SEFAZ/CE e encontram-se indiciados no Inquérito Policial nº 0206/2007-SR/DPF/CE, instaurado em 03/04/2007, para apurar a prática de crimes contra a ordem tributária, corrupção passiva e ativa, quadrilha ou bando, dentre outros delitos, cujas investigações apontam para o envolvimento de servidores da Receita Federal e da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará - SEFAZ/CE para beneficiar empresas em débito com o fisco, inclusive com liberação indevida de mercadorias retidas mediante o pagamento de propinas.

Ao interpretar os arts. 4º e 5º da Lei nº 9.296/1996, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a limi-

tação de quinze dias prorrogáveis por igual período, estabelecida pelo legislador, não obsta a que se renovem as prorrogações para além de tal prazo, desde que por decisão da autoridade judicial competente e que esteja devidamente fundamentada quanto à sua indispensabilidade e necessidade para o prosseguimento das investigações, não havendo que se falar, em tal contextura, em ilicitude das provas derivadas da interceptação (cf. HC 85575/SP; Min. Joaquim Barbosa, j. 28/03/2006; HC nº 83.515/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, maioria, *DJ* de 04.03.2005; e HC nº 84.301/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, unanimidade, *DJ* de 24.03.2006).

No caso em destaque, além das decisões de prorrogação da interceptação estarem fundamentadas, verifico que se trata de crime complexo envolvendo um grande número de indiciados, muitos dos quais agentes públicos com exercício em órgãos de fiscalização tributária federal e estadual, a denotar a extrema dificuldade na colheita de provas e a indispensabilidade do procedimento de investigação através de interceptações telefônicas.

(...). (HC 00071336820104050000, Relator Desembargador Federal Convocado FREDERICO PINTO DE AZEVEDO, Quarta Turma, 23/06/2010)

16. Portanto, a meu ver, foram as interceptações telefônicas procedidas em consonância com a lei que regula a matéria, e com precedentes jurisprudenciais, bem assim suas prorrogações. Todas as autorizações para execução da medida foram suficientemente fundamentadas, e implementadas dentro do permissivo legal, inclusive no prazo estipulado pela norma. Não há como reconhecer, ainda, a nulidade por derivação das demais provas coletadas, uma vez que não se reconhece neste momento a própria nulidade das interceptações.

17. No que diz respeito às degravações, o que se verifica dos autos circunstanciados (a exemplo dos colacionados às fls. 106/125, fls. 188/207) é que foram feitas levando em consideração o que interessava à investigação, constando transcritos os fragmentos referentes às condutas ilícitas perpetradas pelos investigados na operação Passadiço. Não houve qualquer ofensa a direito do

acusado, pois a denúncia tomou por base justamente esses trechos que revelavam a suposta prática de crimes.

18. Sobre a questão examinada, elucidativos os julgados do Supremo Tribunal Federal; veja-se:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA PROBATÓRIA. OFENSA REFLEXA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS JUDICIALMENTE AUTORIZADAS. DEGRAVAÇÃO INTEGRAL. DESNECESSIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

I - Este Tribunal tem decidido no sentido de que o indeferimento de diligência probatória, tida por desnecessária pelo juízo *a quo*, não viola os princípios do contraditório e da ampla defesa. Precedentes.

II - No julgamento do HC 91.207-MC/RJ, Rel. para o acórdão Min. Cármen Lúcia, esta Corte assentou ser desnecessária a juntada do conteúdo integral das gravações das escutas telefônicas, sendo bastante que se tenham gravados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida.

III - Impossibilidade de reexame do conjunto fático probatório. Súmula 279 do STF.

IV - Agravo regimental improvido. (STF, AI-AgR 685878, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, 05/05/2009)

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. MEDIDA CAUTELAR. PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE LIMINAR PARA GARANTIR À DEFESA DO PACIENTE O ACESSO À TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS REALIZADAS NO INQUÉRITO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (ART. 5º, INC. LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): INOCORRÊNCIA: LIMINAR INDEFERIDA.

1. É desnecessária a juntada do conteúdo integral das gravações das escutas telefônicas realizadas nos autos do inquérito no qual são investigados os ora pacientes, pois bastam que se tenham gravados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida, não configurando, essa restrição, ofensa ao princípio do devido processo legal (art. 5º, inc. LV, da Constituição da República).

2. Liminar indeferida. (HC-MC 91207, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, 18/10/2007)

19. Como bem registrou o órgão ministerial em seu parecer, a transcrição de forma integral de toda e qualquer gravação telefônica autorizada exsurge como providência desnecessária, desarrazoada, eis que abrangeria fatos diversos, daqueles que constituem o objeto da ação penal em apreço e que, *a priori*, não se relacionariam com as imputações sob exame ou não se reputariam relevantes para o deslinde dos fatos descritos na denúncia. (Fl. 81)

20. Diante de todo o exposto, denego a ordem pleiteada, haja vista não ter reconhecido qualquer irregularidade nas interceptações telefônicas deferidas pelo Juízo de primeiro grau, que foram devidamente fundamentadas, bem assim por constatar que as prorrogações ocorreram tendo em consideração as particularidades do caso, a exigir uma investigação mais aprofundada.

21. É este o meu voto.

INQUÉRITO N° 2.269-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Indic./Invdo.: SEM INDICIADO
Investigado: JOÃO FRANCISCO DE LIRA
Advs./Procs.: DRS. EWERTON BEZERRA ALMEIDA DA SILVA E OUTRO (INVDO.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA IMPUTANDO A PREFEITO A PRÁTICA DO CRIME HOSPEDADO NO ARTIGO 132 DO CÓDIGO PENAL, COMBINADO COM OS ILÍCITOS PREVISTOS NO ARTIGO 93 DA LEI 8666/93, E, FINALMENTE, NO ARTIGO 1º, INCISOS III, IV E XIV, DO DECRETO-LEI 201/67. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA APLICAÇÃO DE RECURSOS DO FUNDEF, DESTINADOS À MANUTENÇÃO DE PROGRAMAS DE TRANSPORTE ESCOLAR,

BEM COMO DIRECIONAMENTO DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS PARA FAVORECER DETERMINADOS CONTRATANTES.

- Não há dificuldade na subsunção do art. 132 do Código Penal aos casos de transporte escolar irregular, mormente quando se verifica que o legislador, no parágrafo único desse dispositivo, elegeu majorante para o caso de a exposição da vida ou da saúde decorrer do transporte de pessoas em desacordo com as normas legais. (...) Caracterizado o risco real de ocorrência do delito do art. 132 do Código Penal, pois os estudantes eram transportados em veículos inapropriados, superlotados, conduzidos por motoristas inabilitados, ou habilitados em categoria diversa da prevista em lei para a condução escolar, sem o uso do cinto de segurança e assentadas em banco de madeira não acoplado ao veículo (*Inq. 2247/PE, Des. Luiz Alberto Gurgel de Faria, julgado em 1º de junho de 2011*).

- *Exordial acusatória que não traz a narrativa de qualquer fato que possa dar ensejo à instauração de ação penal destinada a investigar a eventual prática do crime hospedado no artigo 93 da Lei 8.666. Decerto, não é possível divisar na denúncia qualquer narrativa de ato em que o investigado, livre e conscientemente, possa ter se dirigido no desiderato de impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório.*

- *Investigado a quem se dirige a increpação de haver contratado pessoas que não satisfaziam os requisitos necessários para a execução dos serviços, bem como veículos em desacordo com as regras exigidas pela legislação de regência (Código Nacional de Trânsito [artigos 136 e 137] e Portaria 465/2005, do Departamento de Trânsito do Estado de Pernambuco), o que, em tese, pode dar azo, na dicção legal, a uma eventual*

aplicação indevida de verbas públicas (*inciso III*), emprego em desacordo com o programa a que se destinam (*inciso IV*), ou, até mesmo, inaplicação das leis atinentes à espécie (*inciso XIV*).

- Ademais, estas acusações parecem encontrar esteio em indícios suficientes, bastando citar, para tanto, o Relatório de Demandas Especiais 90019.028185/2006-21), exarado pela Controladoria-Geral da União, onde é possível visualizar, entre outras coisas, a indicação de falhas com indício de comprovação de dano ao erário, através do pagamento de dias não trabalhados (*fl. 04*).

- Denúncia recebida, para determinar a instauração de ação penal com vista a apurar a eventual prática do ilícito previsto no artigo 132 do Código Penal, bem como dos crimes abrangidos no artigo 1º, incisos III, IV e XIV, do Decreto-Lei 201.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o egrégio Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, receber, em parte, a denúncia, 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 SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Denúncia oferecida contra João Francisco de Lira, atual Prefeito do Município de Bom Jardim, neste Estado, imputando-lhe a prática do crime hospedado no artigo 132 do Código Penal, combinado com os ilícitos previstos no artigo 93 da Lei 8.666/93, e, finalmente, no artigo 1º, incisos III, IV e XIV, do Decreto-Lei 201/67.

Narra a exordial acusatória que, através de procedimento administrativo no âmbito da Procuradoria Regional da República, corroborado por Relatório de Demandas Especiais realizado pela Controladoria-Geral da União, foram constatadas supostas irregularidades na aplicação de recursos do FUNDEF, destinados à manutenção de programas de transporte escolar, nos anos de 2008/2009, bem como direcionamento de procedimentos licitatórios para favorecer determinados contratantes.

Afirma o Ministério Público Federal, outrossim, que o denunciado, na condição de Chefe do Executivo da mencionada Urbe, tem exposto as crianças e adolescentes a perigo, ao contratar veículos e condutores em desacordo com os critérios de segurança exigidos pelo Código Nacional de Trânsito e pelo Departamento Estadual de Trânsito de Pernambuco para prover o transporte escolar.

Documentação acostada às fls. 11-43 e 47-650.

O denunciado apresentou defesa preliminar refutando as acusações ministeriais (fls. 655-677), calcado, em síntese, no argumento de inexistir prova sobre a efetiva execução dos contratos investigados, tampouco indícios de que os veículos e condutores contratados foram os mesmos utilizados na execução dos serviços.

Atroa, igualmente, que os veículos contratados são os únicos compatíveis com o relevo da zona rural do Município, que afirma ser quase intransitável para automóveis do porte de uma kombi ou de um microônibus, razão pela qual seus proprietários sequer se apresentam para concorrer nos procedimentos licitatórios promovidos pela municipalidade. Dessa forma, viu-se obrigado a contratar os veículos que compareceram ao certame.

Nega, ainda, ter havido qualquer dano ao erário, aduzindo que as contas do Município de Bom Jardim foram julgadas regulares pelo Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco.

Por derradeiro, pede seja rejeitada a denúncia.

Conclusos os autos a minha relatoria, exarei decisão determinando que o Ministério Público Federal indicasse, expressamente, em que anos os fatos narrados na peça vestibular teriam ocorrido (fls. 686-687).

Em obediência, o *Parquet* ofereceu aditamento à denúncia (fls. 712-713), após o que o investigado se manifestou (fls. 724-740), reiterando, em síntese, a alegação de que inexistem indícios da prática dos ilícitos perquiridos, bem assim que o órgão acusador se baseara, unicamente, em um relatório preliminar encaminhado pela Controladoria-Geral da União, procedimento que escapa ao crivo do contraditório.

Novamente foram os autos ao Ministério Público Federal, ocasião em que apresentou promoção renovando o pleito de recebimento da exordial acusatória (fls. 743-744).

Por fim, voltaram-me os autos conclusos para o juízo de admissibilidade da ação penal, motivo por que os ponho, agora, em mesa.

No que interessa, o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

Em verdade, a presente denúncia calca as acusações dirigidas ao investigado em fatos que vêm sendo noticiados a este Pleno em diversos outros inquéritos, instaurados depois de deflagrada investigação em alguns municípios do interior pernambucano.

Decerto, desde as oportunidades anteriores, este Tribunal vem tomando conhecimento da situação em que, em tese, os contratos de licitação para o transporte escolar foram concertados pelas administrações interioranas nos anos próximos passados.

Por conseguinte, esta não é a primeira ocasião em que este colegiado começou a examinar a suposta existência de indícios suficientes para se instaurar ações criminais contra os prefeitos destes municípios.

É, justamente, a situação do presente inquisitório, instaurado com vista a perquirir a eventual prática destes ilícitos pelo investigado, João Francisco de Lira, atual Prefeito do Município de Bom Jardim, neste Estado (artigo 132 do Código Penal, combinado com o artigo 93 da Lei 8.666/93, e, finalmente, com o artigo 1º, incisos III, IV e XIV, do Decreto-Lei 201/67).

Entretanto, conforme já ocorreu, pelo menos, em um caso anterior (Inq. 2247/PE, Des. Luiz Alberto Gurgel de Faria, julgado em 1º de junho de 2011), concluiu que a exordial acusatória deve ser recebida, pelo menos em parte.

Deveras, no mencionado precedente, este Pleno teve a oportunidade de conhecer de acusação de suposta ofensa ao artigo 132 do Código Penal, fundada na hipotética ocorrência de fatos em tudo idênticos aos ora vislumbrados, em que se atribuiu ao investigado a responsabilidade por contratar motoristas e veículos que não atendem às normas legais atinentes à segurança dos passageiros, seja porque os condutores não detêm habilitação específica, seja porque a frota contratada não apresenta as características próprias dos veículos de transporte – por exemplo: tipo inadequado (toyota bandeirantes e motocicleta), ausência de carroceria pintada na cor amarela, lanternas de luz brancas, número de cintos de segurança igual ao número de passageiros etc.

Nessa toada, a primeira imputação narrada pelo Ministério Público Federal é a de que o denunciado praticara o ilícito de perigo para a vida ou saúde de outrem (artigo 132 do Código Penal), pois, *na condição de Prefeito de Bom Jardim, tem exposto as crianças e adolescentes a perigo, devido à falta de segurança com que referido transporte escolar que vem sendo oferecido, às expensas dos recursos destinados à manutenção de programas de transporte escolar* (fl. 04).

Ocorre que, assim como no precedente citado (Inq. 2247/PE, Des. Luiz Alberto Gurgel de Faria, julgado em 1º de junho de 2011), esta acusação se reveste da seriedade necessária para justificar a instauração da ação penal.

A propósito, trago a lume excertos da ementa do julgado a que me refiro, porquanto se prestam, em tudo, para balizar o entendimento ora esposado:

1. Constatada pela Controladoria-Geral da União a materialidade dos fatos imputados à denunciada, atinentes à falta de segurança do transporte escolar do Município de Casinhas/PE, bem como à aplicação de recursos do FUNDEF destinados à manutenção de tal programa.
2. Em que pese não ser presumível a responsabilidade

penal do prefeito, simplesmente por ostentar o cargo de Chefe do Poder Executivo Municipal, no caso presente, a conduta delitiva atribuída ao acusado acha-se perfeitamente descrita na peça acusatória, pois o denunciado, na condição de responsável pela gestão das verbas federais destinadas ao custeio do programa de transporte escolar, teve efetiva participação na prática de atos inquinados de ilícito pelo *Parquet*. Precedente do STF.

(...)

4. Caracterizado o risco real de ocorrência do delito do art. 132 do Código Penal, pois os estudantes eram transportados em veículos inapropriados, superlotados, conduzidos por motoristas inabilitados, ou habilitados em categoria diversa da prevista em lei para a condução escolar, sem o uso do cinto de segurança e assentadas em banco de madeira não acoplado ao veículo.

5. Não há dificuldade na subsunção do art. 132 do Código Penal aos casos de transporte escolar irregular, mormente quando se verifica que o legislador, no parágrafo único desse dispositivo, elegeu majorante para o caso de a exposição da vida ou da saúde decorrer do transporte de pessoas em desacordo com as normas legais.

Por outro lado, a alegação, declinada pela defesa, no sentido de que inexisteriam indícios de que os veículos e os motoristas contratados foram os mesmos que estariam praticando os serviços, é necessário observar que, nos contratos administrativos, milita em favor da Administração Pública uma presunção de veracidade no mínimo relativa, a autorizar concluir que as cláusulas pactuadas serão efetivamente cumpridas pelos contratados, sem qualquer alteração.

Trata-se de presunção de veracidade que só pode ser afastada mediante a apresentação de prova robusta, não produzida, no presente caso, pela defesa, e que, inclusive, é questionável se poderia ser produzida neste momento da marcha processual.

Ademais, o descumprimento das cláusulas pactuadas, em uma situação como a ora examinada, deveria reclamar a quebra da avença e a responsabilização do contratado, detalhe que somente corrobora o juízo de verossimilhança da tese da acusação, sob pena de o investigado ter se quedado omissos em zelar pela fiel execução do interesse público.

Igualmente desprovido de força se revela o argumento de que a peça vestibular estaria escorada, apenas, em um simples *relatório preliminar* encaminhado pela Controladoria-Geral da União.

A uma, porque a Controladoria-Geral da União é um órgão do Governo Federal vocacionado para a defesa do patrimônio público e, nesse passo, suas conclusões, até prova robusta em contrário, são dignas de crédito para a instauração de uma ação penal.

A duas, porque há, nos autos, vasto começo de prova material, traduzido em cinco volumes de documentos apensados, tudo parecendo corroborar o juízo de que a prestação dos serviços públicos de transporte escolar não fora realizada como manda o figurino, isto é, na conformidade dos mandamentos legais de regência.

Sob esse prisma, perfilhando o entendimento supra mencionado, recebo a denúncia, no pertinente à acusação da prática do crime previsto no artigo 132 do Código Penal.

Entrementes, passando adiante, rejeito a acusação calcada em suposta ofensa ao crime hospedado no artigo 93 da Lei 8.666, à míngua de qualquer narrativa fática trazida na exordial acusatória que possa dar ensejo a esta incursão penal.

Realmente, em conformidade com a lei de licitações, pratica este delito aquele que *impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório*. Nessa esteira, o crime em estudo só pode ser praticado através de três condutas: impedir, perturbar ou fraudar procedimento licitatório.

Assim sendo, impende perquirir, no caso concreto, a existência de alguma dessas condutas, conceituadas, pelo professor Diógenes Gasparini (Crimes na Licitação, Editora Nova Dimensão Jurídica Ltda., 3ª edição, 2004, p. 124-126), nos seguintes termos:

Impedir significa obstruir, embaraçar, obstar um evento, no caso, qualquer ato do procedimento licitatório. **Perturbar** quer dizer atrapalhar, tumultuar, criar desordem em qualquer ato do processo da licitação. **Fraudar** quer dizer enganar, burlar qualquer ato do procedimento licitatório. (...) A consumação ocorre, conforme o ato incriminado, em oportunidades diversas. No impedimento, o crime consuma-se no momento em que o ato deveria ser praticado e

não o foi por força da ação do agente. Na perturbação a infração consuma-se no momento em que o ato está sendo realizado anormalmente. Na fraude, o crime consuma-se no instante em que o ato é praticado de modo viciado, defeituoso.

No mesmo sentido, ensina Paulo José da Costa Jr. (Direito Penal das Licitações, Editora Saraiva, 2ª edição, 2004, p. 43) que:

Todos os verbos são transitivos. O que se vem a impedir, a perturbar ou a fraudar é a realização do procedimento licitatório, ou melhor, a execução de qualquer ato do aludido procedimento. Considera-se como tal desde o ato de abertura do processo, que deve ser protocolado e numerado, bem como os atos subsequentes (edital, apresentação de propostas e abertura), até os atos finais de julgamento e adjudicação (Paulo José da Costa Jr.).

Todavia, procedendo a uma leitura minuciosa da exordial acusatória, não entrevejo a narração de qualquer fato que possa dar suporte a esta acusação. Não há, decerto, qualquer narrativa de ato em que o investigado, livre e conscientemente, possa ter se dirigido no desiderato de perpetrar nenhum dos núcleos do tipo penal em comento.

Ao revés, o *Parquet* lhe imputa acusações acerca da realização de procedimento licitatório que chegou a seu término livre de qualquer turbação, através de atos procedimentais que atingiram plenamente suas finalidades, pois a notícia que nos chega é a de que o serviço de transporte público estava operante, pelo menos até o oferecimento da denúncia.

Forçoso concluir, por conseguinte, que não é possível divisar na denúncia qualquer conduta atribuída ao investigado no sentido de impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório.

Consequentemente, rejeito a denúncia quanto a esta acusação.

Por derradeiro, avanço para o exame da vestibular no que diz respeito aos supostos ilícitos previstos no artigo 1º, incisos III, IV e XIV, do Decreto-Lei 201/67.

Novamente, volto ao texto legal, para consignar que pratica estes ilícitos o Prefeito que:

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

IV - empregar subvenções, auxílios, empréstimos ou recursos de qualquer natureza, em desacordo com os planos ou programas a que se destinam;

XIV - negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente;

Quanto a estes tipos, entretanto, a situação é diferente, à medida que há, sim, fatos narrados na denúncia, corroborados por indícios suficientes, que podem justificar a instauração da ação penal.

De logo, observo que pesa contra o investigado a increpação de haver contratado pessoas que não satisfaziam os requisitos necessários para a execução dos serviços, bem como veículos em desacordo com as regras exigidas pela legislação de regência (Código Nacional de Trânsito [artigos 136 e 137] e Portaria 465/2005, do Departamento de Trânsito do Estado de Pernambuco), o que, em tese, pode dar azo, na dicção legal, a uma eventual *aplicação indevida de verbas públicas* (inciso III), *emprego em desacordo com o programa a que se destinam* (inciso IV), ou, até mesmo, inaplicação das leis atinentes à espécie (inciso XIV).

Destaque-se, outrossim, que estas acusações parecem encontrar esteio em indícios suficientes, bastando citar, para tanto, o Relatório de Demandas Especiais 90019.028185/2006-21), exarado pela Controladoria-Geral da União, onde é possível visualizar, entre outras coisas, a indicação de *falhas com indício de comprovação de dano ao erário, através do pagamento de dias não trabalhados* (fl. 04).

O aludido relatório faz ainda as seguintes considerações (fl. 08):

(...) Constatamos a inobservância aos incisos I e II do parágrafo 2º do art. 7º da Lei nº 8.666/93, que determina que os serviços sejam licitados apenas quando houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível

para exame dos interessados em participar do processo licitatório, e existir orçamento detalhado em planilha que expresse a composição de todos os seus custos unitários, haja vista que não há nos processos a quantidade de alunos que será transportada, tipo de acesso e orçamento estimativo por roteiro.

Estes fatos, portanto, podem, certamente, provocar a instauração de ação penal para investigar a prática dos indigitados ilícitos hospedados no Decreto-Lei 201.

Em adição, anoto que, no aresto citado como paradigma (Inq. 2247/PE, Des. Luiz Alberto Gurgel de Faria, julgado em 1º de junho de 2011), este Pleno também decidiu por receber a denúncia, na parte em que diz respeito ao Decreto-Lei 201.

Em arremate, registro ainda que, quanto à matéria arguida pelo investigado, quando da apresentação da defesa preliminar – especialmente no que pertine às alegações de inexistência de provas de que os contratos foram executados, ou de que os veículos contratados foram os mesmos utilizados para o transporte escolar (fl. 657) –, nenhum elemento foi carreado aos autos para sustentar a tese da defesa.

Concluo, portanto, que a denúncia, pelo menos parcialmente, encontra-se escorada em indícios suficientes para o seu recebimento, indícios estes que não foram suficientemente rebatidos pela defesa.

Desse modo, até em homenagem ao princípio *in dubio pro societate*, que deve nortear este momento inicial da marcha processual, é forçoso concluir que deve ser instaurada a ação penal, para que, realizados os atos de instrução processual, a verdade real possa, finalmente, ser descortinada.

Forte nessas considerações, recebo, em parte, a denúncia, para determinar a instauração de ação penal com vista a apurar a eventual prática do ilícito previsto no artigo 132 do Código Penal, bem como dos crimes abrigados no artigo 1º, incisos III, IV e XIV, do Decreto-Lei 201.

É como voto.

INQUÉRITO N° 2.282-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Indic./Invdo.: SEM INDICIADO
Investigado: JANDELSON GOUVEIA DA SILVA
Advs./Procs.: DRS. TYAGO DINIZ VAZQUEZ E OUTROS (INVDO.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME PREVISTO NO ART. 149 DO CÓDIGO PENAL (PLÁGIO). COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PREFEITO MUNICIPAL. PRERROGATIVA DE FORO. CONEXÃO. INEXISTÊNCIA. CONDIÇÕES DEGRADANTES DE TRABALHO. TRABALHADORES QUE NÃO SE ENCONTRAM SUBJUGADOS À VONTADE DO EMPREGADOR. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO NÃO VERIFICADA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA.

- Ação penal pública incondicionada proposta pelo Ministério Público Federal contra o atual Prefeito do Município de Escada, Pernambuco, imputando-lhe a prática do crime previsto no art. 149 do Código Penal (redução a condição análoga à de escravo).

- O Superior Tribunal de Justiça, firmando a sua compreensão sobre o art. 109, V-A e VI, da CF/1988, mantém-se firme no entendimento de que compete à Justiça Federal o julgamento do delito previsto no art. 149 do CP. Isso se confirma à vista dos autos do Conflito de Competência nº 113.428/MG, da relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado recentemente pela 3ª Seção em 13/12/2010 (publicação no DJE em 01/02/2011).

- Não é a posição topográfica do delito do art. 149 do CP que determina a competência para seu julgamento, mas o bem jurídico tutelado pela

norma que, ao transcender a liberdade de locomoção e qualquer perspectiva individualista – logo, não importa se o caso em concreto cuida de apenas 15 trabalhadores –, atinge a dignidade da pessoa humana, os “princípios democráticos (...) a própria ordem constitucional de proteção ao trabalho, suas instituições e órgãos” (STJ - CC nº 65567), de modo a atingir a própria organização do trabalho (STJ - HC nº 103568).

- Preliminar de incompetência da Justiça Federal rejeitada.

- O Ministério Público Federal também promoveu ação penal contra o irmão do denunciado, em virtude de idêntico crime (art. 149 do CP), feito distribuído ao Juízo da 13ª Vara Federal da SJPE sob o nº 0012984-54.2009.4.05.8300.

- Conquanto se esteja a tratar de um mesmo tipo penal (art. 149 do CP), os fatos a ele relacionados dizem respeito a sujeitos ativos e passivos distintos, estando ainda particularizados, como bem dito pelo MPF, por espaços geográficos delimitados e por elementos probatórios independentes, concluindo-se, assim, que os fatos imputados a um e outro denunciados mantêm a sua individualidade, não sendo o caso de uma apreciação unitária.

- A reunião de processos como efeito da conexão e da continência não é absoluta, pois a separação deles, de acordo com a dicção do art. 80 do CPP, será facultativa quando, também, o juiz reputá-la conveniente por outro motivo relevante.

- Preliminar de conexão rejeitada.

- Para a perfeita compreensão do tipo penal do art. 149 do CP, deve-se, de início, ter a exata ideia de seu objeto jurídico, quer-se dizer, do bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, pois, como bem lembra Ela Wiecko V. de Castilho (Considerações Sobre a Interpretação Jurídico-Penal em Matéria de Escravidão), “O bem jurídi-

co, além de cumprir uma função sistemático-classificatória, tem uma função exegética, porque auxilia na interpretação das normas jurídico-penais”.

- A redação originária do crime de redução a condição análoga à de escravo (o *plagium* dos romanos) era extremamente aberta, a ponto de dificultar a punição do delito.

- A Lei nº 10.803, de 11.12.2003, passou a especificar mais pormenorizadamente quais as ações que configurariam o tipo.

- À vista do art. 149 do CP, com a redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003, poder-se-ia dizer que o bem da vida protegido pelo tipo previsto no art. 149 do CP, seria “a liberdade da vítima, que se vê, dada a sua redução a condição análoga à de escravo, impedida do seu direito de ir e vir ou mesmo de permanecer onde queira” (GRECO, Rogério Greco. Código Penal comentado. Niterói: Impetus, 2008, pag. 567) – seria, então, apenas a liberdade de locomoção propriamente dita, considerada a partir do enquadramento do tipo na Seção I (“Dos Crimes Contra a Liberdade Pessoal”) do Capítulo VI (“Dos Crimes Contra a Liberdade Individual”) do Título I (“Dos Crimes Contra a Pessoa”) da Parte Especial do Código Penal.

- Essa é a primeira ideia que vem à mente, ao se pensar no crime de plágio: somente se reduz alguém a condição semelhante à de escravo se a vítima tem, de alguma forma, tolhida a sua liberdade de ir e vir, não só mediante encarceramento em determinada área, mas também por outros meios indiretos, como a retenção de salários e documentos ou os sistemas de “barracões”.

- As próprias normas internacionais que objetivavam o banimento do trabalho escravo, a exemplo da Convenção 29 da OIT, sempre levaram em conta, direta ou indiretamente, o fator liberdade

para fins de definição do que seria trabalho escravo ou a ele equiparado.

- Contudo, não é esse o entendimento que vem se firmando na doutrina e na jurisprudência, segundo as quais “o trabalho em condições análogas à de escravo deve ser considerado gênero, do qual o trabalho forçado e o trabalho em condições degradantes são espécies” (MACHADO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho com Redução do Homem à Condição Análoga à de Escravo e Dignidade da Pessoa Humana), incluída na segunda delas a jornada exaustiva. Assim, para o autor, “Não é somente a falta de liberdade de ir e vir, o trabalho forçado, então, que agora caracteriza o trabalho em condições análogas à de escravo, mas também o trabalho sem as mínimas condições de dignidade”. Enquadram-se, também, na espécie “trabalho forçado”, as formas de redução a condição análoga à de escravo por assimilação contempladas nos incisos I e II do § 1º do art. 149 do CP.

- Assim, o legislador de 2003, ao especificar as ações que configuram o tipo de plágio, aparentemente, foi mais além do que dispõem as convenções internacionais sobre o tema, acrescentando também o TRABALHO EM CONDIÇÕES DEGRADANTES, ao lado do TRABALHO FORÇADO.

- E para a caracterização do delito de plágio, sob a modalidade “trabalho em condições degradantes”, não seria necessária a restrição à liberdade de movimento da vítima, sendo suficiente a privação de outras liberdades, notadamente ligadas aos seus direitos personalíssimos e à sua dignidade.

- O elemento “dignidade”, portanto, parece definitivamente ter sido incorporado na exegese do art. 149 do CP, não somente pela doutrina, mas também pela jurisprudência (STJ - CC nº 113.428/

MG; TRF 1ª Região - HC nº 200901000770878).

- O problema reside em saber quando ocorreria o trabalho em condições de afronta à dignidade da pessoa do trabalhador, a ponto de caracterizar crime de plágio. A solução é encontrada na situação em que se retirasse dele o direito de escolha, com a sua plena submissão à vontade do empregador que, em razão de seu poderio, dispensasse àquele o tratamento que se dá a outros seres ou objetos. É o que a doutrina chama de “coisificação”, ou seja, “reduzir o seu igual à condição de coisa” (SOUZA, Tércio Roberto Peixoto. O Crime de “Redução à Condição Análoga de Escravo” e o Cumprimento de Direitos Trabalhistas), pois, segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT), “O controle abusivo de um ser humano sobre outro é a antítese do trabalho decente”.

- O crime do art. 149 do CP somente pode ocorrer quando presente uma relação de trabalho entre o agente e a vítima, e a sua consumação dá-se no exato momento em que o empregador suprime, de fato, o status libertatis do empregado, sujeitando-o “ao seu completo e discricionário poder” (CUNHA, Rogério Sanches. Código penal para concursos. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2011, pág. 277), não somente com a privação da liberdade de ir e vir, mas, também, pela supressão do poder de decisão espontânea sobre a aceitação ou permanência no trabalho e sobre as próprias condições em que o trabalho é prestado.

- Ao denunciado cabia a administração de uma área de aproximadamente 25 hectares, encontrando-se sob sua responsabilidade 15 trabalhadores.

- É fato que as condições a que expostos os trabalhadores fiscalizados nas terras sob a administração do denunciado são por demais precá-

rias, mas, na sua integralidade, revelam, infelizmente ainda, a dura realidade da zona rural nordestina, vivida não somente por empregados rurais, mas, também, por aqueles que, donos de sua própria terra, laboram em regime de economia familiar.

- Diante dessa realidade social, não se pode compreender que tais situações, quando verificadas num dado imóvel rural, sem que estejam aliadas à restrição das “liberdades” (em sentido amplo) do trabalhador, configurariam a “condição degradante” na forma como exigida pelo art. 149 do CP, pois é imprescindível que essa “situação de fato” esteja inserida num cenário em que os trabalhadores rurais efetivamente tenham a sua vontade de trabalhar ou de permanecer no trabalho cerceada, ou seja, que se sintam subjugados ao seu empregador, inclusive quanto às condições em que prestado o trabalho.

- Não é essa a situação narrada na denúncia. Em parte alguma a peça acusatória discorre sobre qualquer circunstância ou dado que revele o comprometimento da liberdade (poder de decisão) dos trabalhadores encontrados na porção de terra do Engenho Amorinha, administrada pelo denunciado. Ela apenas aponta as graves irregularidades trabalhistas lá constatadas que foram corrigidas administrativamente, inclusive com a assinatura de Termo de Ajustamento de Condução (TAC) pelo denunciado.

- Não é possível presumir, diante da necessidade de clareza da acusação imposta pelo art. 41 do CPP (exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias), que tal cerceamento de vontade tenha ocorrido diante das precárias condições de trabalho verificadas. Na verdade, ainda que admissível entendimento contrário, tal presunção restaria desconstituída em

virtude de o Relatório do Procedimento Administrativo nº 1.05.000.000641/2009-79, em que lastreada a denúncia, apontar que foram os trabalhadores que procuraram o emprego (logo, não houve aliciamento), a remuneração do trabalho era feita em dinheiro e semanalmente, não havia servidão por dívidas (truck-system), além de que, como já foi dito e isso sequer consta também na denúncia, não havia restrição à liberdade física deles.

- Desse modo, conclui-se que, da forma como dispostos os fatos na denúncia, os trabalhadores do denunciado, em que pequem as precárias condições de trabalho em que inseridos, não estavam impedidos de dar rumo às suas próprias vidas, logo, o fato descrito na denúncia não se adéqua ao tipo do art. 149 do CP, faltando, portanto, justa causa para o recebimento da denúncia.

- Denúncia rejeitada nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal, c/c o art. 6º da Lei nº 8.038/1990 e do art. 172 do Regimento Interno desta Corte.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide o Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, rejeitar a preliminar de incompetência da Justiça Federal, e, à unanimidade, rejeitar a preliminar de conexão para, no mérito, rejeitar a denúncia, considerando prejudicado o exame das demais questões preliminares, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 7 de dezembro de 2011. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de ação penal pública incondicionada proposta pelo Ministério Público Federal contra Jandelson Gouveia da Silva, atual Prefeito do Município de Escada, Pernambuco, imputando-lhe a prática do crime previsto no art. 149 do Código Penal (redução a condição análoga à de escravo).

Discorre a denúncia sobre os seguintes fatos:

I) consta do Procedimento Administrativo nº 1.05.000.000.641/2009-79, instruído com Relatório de Fiscalização produzido pelo Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM), do Ministério do Trabalho e Emprego, que foi realizada inspeção, no período compreendido entre 13 a 27/05/2009, nos Engenhos Amorinha e Manhoso, localizados no Município de Amaraji, Pernambuco, e de propriedade do espólio de João Gouveia da Silva, com o objetivo de se apurar a notícia da prática de crimes contra a organização do trabalho e existência de trabalhadores submetidos à condição análoga à de escravos;

II) nos Engenhos Amorinha e Manhoso, com área de 138 e 60 hectares, respectivamente, 50 trabalhadores exerciam suas atividades. A responsabilidade administrativa dos referidos engenhos encontrava-se dividida, em situações geográficas e grupos de trabalhadores diferentes e estanques, entre os sucessores de João Gouveia da Silva Filho e o denunciado;

III) ao denunciado cabia a administração de uma área de aproximadamente 25 hectares, conforme depoimentos dos demais herdeiros e dele próprio (fls. 97/100, fls. 101/102, fls. 103/104, 105/110 do Anexo III), encontrando-se sob sua responsabilidade 15 trabalhadores, conforme identificado pelo grupo de fiscalização (fl. 18 do Anexo III): Aguinaldo José da Silva, Almir Eduardo da Silva, Carlos dos Santos, Damião Eduardo da Silva, Ednaldo Manoel da Silva, Emerson da Silva Ferreira, José Márcio da Silva, Jurandir Francisco da Silva, Márcio dos Santos, Roberto Luís da Silva, Severino Adamastor Ferreira, Severino Amaro da Silva, Severino Pereira da Silva, Valmir Eduardo da Silva e Zaldir Ferreira de Lima;

IV) no Relatório de Fiscalização (fls. 02/55 - Anexo III) restou constatado que Severino Adamastor Ferreira, exercendo atividade de cabo (capataz), contratava informalmente os trabalhadores que procuravam serviço no engenho e os distribuía nas frentes de trabalho, fiscalizando o serviço e intermediando o pagamento. A produção de cada trabalhador era anotada, diariamente, em um caderno, sendo o pagamento realizado em dinheiro, e repassado ao cabo pelo “Sr. Moa”, sogro do denunciado, para distribuição entre os empregados (fls. 114/115);

V) na visita ao local, foi constatada a flagrante situação de trabalho em condição degradante, por diversos motivos apontados no Relatório, dentre os principais: a) os trabalhadores auferiam renda inferior ao salário mínimo mensal, inexistindo, ainda, assinatura em CTPS, registro em livro ou ficha de empregados; b) estavam alojados em moradias precárias, sem instalações sanitárias; c) não eram fornecidos equipamentos de proteção individual, tais como luvas e botas, sendo as ferramentas utilizadas para o trabalho (enxada, foice, facão) custeadas pelos próprios empregados; d) ausência de fornecimento de alimentação e de água potável pelo empregador, bem como de local apropriado para refeições nas frentes de trabalho; e) inexistência de treinamento e equipamentos de proteção para os empregados que manejavam agrotóxicos; f) não eram realizados exames médicos admissionais, tampouco exames periódicos anuais; g) inexistência de material necessário à prestação de primeiros socorros e de pessoa apta para prestá-los;

VI) ainda, conforme declarações dos trabalhadores e do próprio denunciado (Anexo III - fls. 105/110, fls. 114/115, fls. 116/117, fls. 136/137, fls. 138/139), este não pagava repouso semana remunerado, nem 13º salário, tampouco eram recolhidos o FGTS e demais contribuições previdenciárias, ou concedidas férias aos empregados.

Narra o MPF restarem comprovadas a materialidade e a autoria do delito previsto no art. 149 do CP por meio de farta documentação, fotografias e depoimentos dos empregados, verificando-se evidente situação de descumprimento dos direitos mais básicos assegurados aos trabalhadores, de forma a atingi-los em sua própria dignidade humana.

Ressalva o *Parquet* no que se refere à Parcela de trabalhadores sob responsabilidade do outro administrador dos Engenhos, João Gouveia da Silva Filho, irmão do denunciado, que contra ele foi oferecida denúncia em primeiro grau de jurisdição (Anexo I – volume 1 de 8 – apenso 8), uma vez que, em que pese o mesmo tipo penal praticado, levou-se em consideração que foram cometidos por pessoas distintas, contra trabalhadores diversos e em áreas apartadas e bem delimitadas dos referidos engenhos.

Notificado nos termos do art. 4º da Lei nº 8.038/1990, c/c o art. 171, *caput*, e § 1º, do Regimento Interno deste Tribunal, o denunciado, a par de arrolar 8 (oito) testemunhas, apresentou resposta (fls. 16/77) alegando, em defesa, os seguintes argumentos:

1º) incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito penal, haja vista que a competência dela somente se justifica quando em apuração fato que diga respeito à organização geral do trabalho ou direitos dos trabalhadores considerados coletivamente. No caso dos autos, os fatos referem-se apenas a um grupo de 15 trabalhadores individualizados, sem repercussão na esfera coletiva;

2º) nulidade do procedimento investigatório e de suas peças de informação, por afronta ao art. 29, X, da CF/1988, uma vez que instaurado pelo Ministério Público Federal no primeiro grau sem a supervisão do Tribunal, em razão da prerrogativa de foro do investigado, encontrando-se as provas nele produzidas nulas, em razão de patente ilicitude (art. 157 do CPP). Questiona, ainda, a razão de participação de um membro do *Parquet* Federal e da Polícia Federal no procedimento senão diante da natureza nítida de persecução criminal, e não com finalidade única de se apurar a responsabilidade trabalhista e administrativa dos investigados;

3º) conexão com a ação penal instaurada contra João Gouveia da Silva Filho, irmão do denunciado, pelos mesmos fatos, com a consequente avocação daqueles autos (Ação Penal 0012984-54.2009.4.05.8300);

4º) inépcia da denúncia pela falta de mínima descrição da conduta do denunciado e pela atipicidade dela, pois meras irregularidades no atendimento às normas trabalhistas não se confundem com “condições degradantes” previstas no art. 149 do CP, diante,

em especial, do objeto jurídico do tipo que é a privação da liberdade de ir, vir e ficar. Ademais, formalizou-se termo de ajustamento de conduta (TAC) em que pactuados todos os pagamentos das verbas laborais dos trabalhadores, cumprimento de outras obrigações trabalhistas e previdenciárias e ajustes quanto à adequação aos atos normativos que prescrevem as regras de segurança do trabalho. Isso importando a ausência de dolo – elemento subjetivo essencial ao tipo penal em comento.

Ao final, pugna pela rejeição da denúncia e, na hipótese de seu recebimento, pelo reconhecimento da conexão com o processo nº 0012984-54.2009.4.05.8300, e pela desclassificação do crime do art. 149 para o tipo previsto no art. 203 do Código Penal (frustração de direito assegurado por lei trabalhista).

Com vista à Procuradoria Regional da República, através da Promoção às fls. 94/97, o MPF corroborou os termos da denúncia requerendo o seu recebimento e citação do acusado para audiência de interrogatório e acompanhamento dos demais atos e termos do processo, na forma do art. 7º e seguintes da Lei nº 8.038/1990.

Determinei a inclusão do feito na pauta de julgamento pelo Plenário desta Corte, não sendo hipótese de remessa dos autos à revisão.

É o que importa relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

De início, passo ao exame das questões preliminares que interessam, uma vez que, a depender da solução que venha a ser dada ao presente litígio, a análise de algumas delas poderão restar prejudicadas.

- Incompetência da Justiça Federal:

O Superior Tribunal de Justiça, firmando a sua compreensão sobre o art. 109, V-A e VI, da CF/1988, mantém-se firme no entendimento de que **competete à Justiça Federal o julgamento do delito previsto no art. 149 do CP**. Isso se confirma à vista dos

autos do Conflito de Competência nº 113.428/MG, da relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado recentemente pela 3ª Seção em 13/12/2010 (publicação no *DJE* em 01/02/2011). Vejamos:

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA E AO SISTEMA PROTETIVO DE ORGANIZAÇÃO AO TRABALHO. ART. 109, V-A E VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. O delito de redução a condição análoga à de escravo está inserido nos crimes contra a liberdade pessoal. Contudo, o ilícito não suprime somente o bem jurídico numa perspectiva individual.

2. A conduta ilícita atinge frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, violando valores basilares ao homem, e ofende todo um sistema de organização do trabalho, bem como as instituições e órgãos que lhe asseguram, que buscam estender o alcance do direito ao labor a todos os trabalhadores, inexistindo, pois, viés de afetação particularizada, mas sim, verdadeiro empreendimento de depauperação humana. Artigo 109, V-A e VI, da Constituição Federal.

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 11ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais/MG, ora suscitante.

Percebe-se que não é a posição topográfica do delito do art. 149 do CP que determina a competência para seu julgamento, mas **o bem jurídico tutelado pela norma que, ao transcender a liberdade de locomoção e qualquer perspectiva individualista – logo, não importa se o caso em concreto cuida de apenas 15 trabalhadores –, atinge a dignidade da pessoa humana**, os *“princípios democráticos (...) a própria ordem constitucional de proteção ao trabalho, suas instituições e órgãos”* (STJ - CC nº 65567), de modo a atingir a própria organização do trabalho (STJ - HC nº 103568).

Portanto, rejeito a preliminar.

- **Conexão com a ação penal autuada sob nº 0012984-54.2009.4.05.8300, em curso na 13ª Vara Federal da SJPE:**

Conforme se verifica no Anexo I do procedimento administrativo que instrui a denúncia, o Ministério Público Federal também promoveu ação penal contra o irmão do denunciado, João Gouveia da Silva Filho, em virtude de idêntico crime (art. 149 do CP), feito distribuído ao Juízo da 13ª Vara Federal da SJPE sob o nº 0012984-54.2009.4.05.8300.

Segundo o MPF, conquanto os fatos imputados a um e outro tenham ocorrido nas terras do espólio de João Gouveia da Silva, pai dos denunciados, não se constatou entre eles conexão “*posto inexistir liame objetivo, intersubjetivo ou instrumental entre os ilícitos*”.

Em síntese, foram estes os argumentos aventados pelo *Parquet*:

Na ocasião, em que pese terem sido verificadas diversas irregularidades relacionadas aos 50 (cinquenta) trabalhadores, é preciso estar atento à divisão interna do quadro empregatício, separando as responsabilidades de cada empregador.

Não se observa a conveniência da reunião das ações em um só processo nem mesmo para fins probatórios, posto que as atividades dos engenhos eram anotadas e dirigidas por pessoas diversas, em cadernos apartados, como facilmente se percebe pela documentação apreendida em poder dos denunciados e de seus respectivos capatazes.

Assim, o tipo penal praticado é o mesmo (art. 149 do CPB), porém, cometido por pessoas distintas (JOÃO e JANDELSON) contra trabalhadores diversos (35 ligados a JOÃO GOUVEIA e 15 sob o comando de JANDELSON GOUVEIA), em áreas apartadas e bem delimitadas do Engenho Amorinha.

Pois bem.

Sobre a reunião de processos em virtude da conexão e contidência, dispõem os arts. 76 e 77 do Código de Processo Penal:

Art. 76. A competência será determinada pela conexão:
I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

- II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;
- III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Art. 77. A competência será determinada pela continência quando:

I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração;

II - no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1º, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal.

De plano, constata-se não ser o caso de reunião dos processos pela continência diante da falta de correspondência às hipóteses do art. 77 do CPP, *facilmente verificáveis pela simples leitura do dispositivo legal*.

Resta saber, então, se seria o caso de conexão.

Conforme ensina Nucci¹, a conexão significa “*o liame existente entre infrações, cometidas em situações de tempo e lugar que as tornem indissociáveis, bem como a união entre delitos, uns cometidos para, de alguma forma, propiciar, fundamentar ou assegurar outros, além de poder ser o cometimento de atos criminosos de vários agentes reciprocamente. Enfim, o vínculo surge, também, quando a produção escorreita e econômica das provas assim exige*”. (Original sem destaque)

In casu, conquanto se esteja a tratar de um mesmo tipo penal (art. 149 do CP), **os fatos a ele relacionados dizem respeito a sujeitos ativos e passivos distintos, estando ainda particularizados, como bem dito pelo MPF, por espaços geográficos delimitados e por elementos probatórios independentes, concluindo-se, assim, que os fatos imputados a um e outro denunciados mantêm a sua individualidade, não sendo o caso de uma apreciação unitária.**

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pág. 225.

Para exemplificar essa situação, à vista dos fatos relatados na denúncia e das hipóteses previstas no art. 76 do CPP que poderiam demandar alguma dúvida – inciso I, primeira (“*se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas*”) e segunda (“*por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar*”) partes, e inciso III – basta dizer o seguinte:

1. Os denunciados não praticaram os delitos conjuntamente, ou seja, não houve simultaneidade de fatos e de atuação (conexão intersubjetiva por simultaneidade);

2. Não existia liame subjetivo entre os denunciados na prática das infrações penais (conexão intersubjetiva por concurso), ou seja, cada um desempenhava, em território distinto, uma atividade gerencial própria e independente, totalmente desvinculada;

3. As circunstâncias que particularizam os fatos, ou seja, imputados a pessoas distintas, praticados contra trabalhadores diversos, em áreas apartadas e bem delimitadas, com registros “*em cadernos apartados, como facilmente se percebe pela documentação apreendida em poder dos denunciados e de seus respectivos capatazes*”, revelam a autonomia do conjunto probatório (não sendo o caso de conexão instrumental).

Ademais, destaque-se que a reunião de processos como efeito da conexão e da continência não é absoluta, pois a separação deles, de acordo com a dicção do art. 80 do CPP, será facultativa quando, também, o juiz reputá-la conveniente por outro motivo relevante.

Além dos elementos já indicados, que convergem à presença de motivo relevante a ensejar a conveniência da separação das ações penais, a prerrogativa de foro de um dos denunciados já serviu de base à separação de processos como, em diversos casos, já decidiu o STF:

COMPETÊNCIA. PRERROGATIVA DE FORO. DESMEMBRAMENTO.

A racionalidade dos trabalhos do Judiciário direciona ao desmembramento do processo para remessa à primeira instância, objetivando a sequência no tocante aos que não gozam de prerrogativa de foro, preservando-se com isso o

princípio constitucional do juiz natural. (STF, AP Nº 351/SC, RELATOR MINISTRO MARCO AURÉLIO, DJ 17/09/2004)

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PENAL. CRIME DE QUADRILHA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. SEPARAÇÃO DOS PROCESSOS. CPP, ART. 80. NÚMERO EXCESSIVO DE ACUSADOS. PREJUÍZO DA DEFESA. INEXISTÊNCIA.

I - O fato de um dos corréus ser Deputado Federal não impede o desmembramento do feito com base no art. 80 do Código de Processo Penal.

II - A possibilidade de separação dos processos quando conveniente à instrução penal é aplicável também em relação ao crime de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal).

III - Agravos não providos. (STF, AP Nº 336-AgR/TO, RELATOR: MINISTRO CARLOS VELLOSO, DJ 10/12/2004)

AGRAVO REGIMENTAL. INQUÉRITO. DESMEMBRAMENTO. POSSIBILIDADE. ART. 80 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ELEVADO NÚMERO DE INDICIADOS E COMPLEXIDADE DA CAUSA.

1. Na forma de inúmeros precedentes da Suprema Corte, o elevado número de agentes e de condutas demandam complexa dilação probatória a justificar o desmembramento do feito requerido pelo Ministério Público Federal, ressaltando-se que apenas um dos vinte e três indiciados detém prerrogativa de foro por ser Deputado Federal (art. 80 do Código de Processo Penal).

2. Agravo regimental desprovido. [STF - Tribunal Pleno - Inq-Agr 2706/BA - Rel. Min. Menezes Direito - 14/08/2008, DJ 26/09/2006 (...)]

AÇÃO PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. DESMEMBRAMENTO DO FEITO. ART. 80 DO CPP. APLICABILIDADE, NA HIPÓTESE. PRECEDENTES. QUESTÃO DE ORDEM ACOLHIDA, PARA QUE SEJAM APURADOS NESSA CORTE SOMENTE OS FATOS IMPUTADOS AO ACUSADO COM PRERROGATIVA DE FORO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. (...).

2. A doutrina e a jurisprudência são uníssonas no sentido de aplicar o art. 80 do Código de Processo Penal, nos

processos criminais em que apenas um ou alguns dos acusados detêm a prerrogativa de foro.

3. Não há, no caso, qualquer excepcionalidade que impeça a aplicação do artigo 80 do CPP.

4. Questão de ordem acolhida, para que sejam apurados nessa Corte somente os fatos imputados ao Deputado Federal envolvido, extraindo-se cópias dos elementos a ele relacionados para autuação de um novo inquérito. Baixa dos autos quanto aos demais acusados.

(STF, Tribunal Pleno - Inq-QO 2443/SP - Rel. Min. Joaquim Barbosa - 01/07/2008 - *in DJ* de 26/09/2008, p. 72)

Desse modo, rejeito a preliminar.

- Atipicidade dos fatos descritos na denúncia:

Vencidas as preliminares acima elencadas, faz-se necessário um breve comentário sobre o tipo penal previsto no art. 149 do CP, cuja prática o MPF imputa ao denunciado.

Inicialmente, vale registrar que a redação originária do crime de redução a condição análoga à de escravo (o *plagium* dos romanos) era extremamente aberta, a ponto de dificultar a punição do delito.

A Lei nº 10.803, de 11.12.2003, veio a especificar mais pormenorizadamente quais as ações que configurariam o tipo.

Assim, o art. 149 do CP passou a dispor:

Redução a condição análoga à de escravo

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I - contra criança ou adolescente;

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Para a perfeita compreensão do tipo penal em destaque, devemos, de início, ter a exata idéia de seu objeto jurídico, quero dizer, do bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, pois, como bem lembra Ela Wiecko V. de Castilho², *“O bem jurídico, além de cumprir uma função sistemático-classificatória, tem uma função exegética, porque auxilia na interpretação das normas jurídico-penais”*.

Partindo daí, poder-se-ia dizer que o bem da vida protegido pelo tipo previsto no art. 149 do CP, seria *“a liberdade da vítima, que se vê, dada a sua redução a condição análoga à de escravo, impedida do seu direito de ir e vir ou mesmo de permanecer onde queira”*³ – seria, então, apenas a liberdade de locomoção propriamente dita, considerada a partir do enquadramento do tipo na Seção I (“Dos Crimes Contra a Liberdade Pessoal”) do Capítulo VI (“Dos Crimes Contra a Liberdade Individual”) do Título I (“Dos Crimes Contra a Pessoa”) da Parte Especial do Código Penal.

Essa é a primeira ideia que vem à mente ao se pensar no crime de plágio: somente se reduz alguém a condição semelhante à de escravo se a vítima tem, de alguma forma, tolhida a sua liberdade de ir e vir, não só mediante encarceramento em determinada área, mas também por outros meios indiretos como a retenção de salários e documentos ou os sistemas de “barracões”.

As próprias normas internacionais que objetivam o banimento do trabalho escravo, a exemplo da Convenção 29 da OIT, sempre levaram em conta, direta ou indiretamente, o fator liberdade, para fins de definição do que seria trabalho escravo ou a ele equiparado.

² CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Considerações sobre a Interpretação Jurídico-Penal em Matéria de Escravidão*. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v14n38/v14n38a04.pdf>>. Acesso em: 05.dezembro.2011.

³ GRECO, Rogério Greco. *Código Penal comentado*. Niterói: Impetus, 2008, pag. 567.

Contudo, não é esse o entendimento que vem se firmando na doutrina e na jurisprudência.

A exemplo, merecem novamente conferência as palavras de Ela Castilho para quem:

(...) o conteúdo dominante no conceito comum de liberdade pessoal é o de liberdade física. Entretanto, a análise dos outros crimes classificados como contrários a liberdade pessoal, que são: o constrangimento ilegal, a ameaça, o sequestro e cárcere privado, leva à conclusão de que **o conceito de liberdade pessoal abrange uma esfera física e psíquica.**

No art. 146, tem-se o crime de constrangimento ilegal, definido como: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda. Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa”. Ao mencionar o meio utilizado – violência e grave ameaça – e o resultado – redução da capacidade de resistência – parece evidente que o bem jurídico tutelado é tanto a liberdade física quanto a liberdade psíquica.

No crime de ameaça (art. 147), consistente em “ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico de causar-lhe mal injusto e grave: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa”, o que o sujeito ativo pretende é interferir na autodeterminação da vítima, portanto, o objeto jurídico tutelado é a liberdade psíquica. No sequestro e cárcere privado, definido no art. 148, como “Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado: Pena - reclusão, de um a três anos”, a utilização das palavras sequestro (arbitrária privação da liberdade espacial) e cárcere privado (arbitrária privação da liberdade espacial em recinto fechado) evidencia que o objeto jurídico é à liberdade física, especialmente a liberdade de locomoção e movimento.

Portanto, a ameaça privilegia a ofensa à liberdade psíquica, o sequestro privilegia a ofensa a liberdade física, e o constrangimento ilegal pode ofender as duas liberdades ou apenas uma delas.

(...)

A doutrina não restringe o objeto jurídico do crime

de redução a condição análoga à de escravo. Ao contrário, é ensinamento antigo que “o crime existe, mesmo sem restrição espacial. A sujeição absoluta de um homem a outro realiza-se ainda que àquele seja consentida certa atividade, alguma liberdade de movimento (a supressão total desta não se compreendéria) etc., necessárias, aliás, frequentemente, para que o ofendido sirva ao seu senhor. Não é preciso também a infligção de maus-tratos ou sofrimentos ao sujeito passivo” (10). Por isso, uniformemente todos os doutrinadores referem que o objeto jurídico é o *status libertatis* do ser humano.

(...)

A conduta de escravizar não se limita à violação da liberdade física e pode existir mesmo havendo liberdade de locomoção. A vítima é livre do ponto de vista físico para deixar o trabalho, mas não o deixa porque se sente escravo. A escravidão se estabelece de forma sutil e complexa com a participação de vários agentes e até com o consentimento da vítima. (Original sem destaque)

De igual modo, mas também estabelecendo uma classificação para o art. 149 do CP, a lição de José Cláudio Monteiro de Brito Machado⁴, para quem “o trabalho em condições análogas à de escravo deve ser considerado gênero, do qual o trabalho forçado e o trabalho em condições degradantes são espécies”, incluída na segunda delas a jornada exaustiva⁵. Assim, para o autor, “Não é somente a falta de liberdade de ir e vir, o trabalho forçado, então, que agora caracteriza o trabalho em condições análogas à de es-

⁴ MACHADO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho com Redução do Homem à Condição Análoga à de Escravo e Dignidade da Pessoa Humana*. Disponível em <http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/brasil/documentos/dignidade/trabalhoescravo.pdf>. Acesso em: 05.dezembro.2011.

⁵ A classificação do art. 149 do CP também é mencionada por Carlos Henrique Bezerra Leite (A ação Civil Pública e a Tutela dos Interesses Individuais Homogêneos dos Trabalhadores em Condições Análogas à de Escravo. Disponível em <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/3761/doutrina9_tst_2-2005.pdf?sequence=1>. Acesso em: 05.dezembro.2011) para quem, no entanto, o trabalho realizado em jornada exaustiva consistiria a terceira espécie do crime.

cravo, mas também o trabalho sem as mínimas condições de dignidade". Na primeira espécie (trabalho forçado), também se incluíam as formas de redução a condição análoga à de escravo por assimilação contempladas nos incisos I e II do § 1º do art. 149 do CP⁶.

Assim, o legislador de 2003, ao especificar as ações que configuram o crime de "plágio", aparentemente, foi mais além do que dispõem as convenções internacionais sobre o tema, acrescentando também o TRABALHO EM CONDIÇÕES DEGRADANTES, ao lado do TRABALHO FORÇADO.

E para a caracterização do delito de plágio, sob a modalidade "trabalho em condições degradantes", não seria necessária a restrição à liberdade de movimento da vítima, sendo suficiente a privação de outras liberdades, notadamente ligadas aos seus direitos personalíssimos e à sua dignidade.

O elemento "dignidade", portanto, parece definitivamente ter sido incorporado na exegese do art. 149 do CP, não somente pela doutrina, mas também pela jurisprudência. Nesse sentido, vejamos os seguintes precedentes:

1. O delito de redução a condição análoga à de escravo está inserido nos crimes contra a liberdade pessoal. Contudo, o ilícito não suprime somente o bem jurídico numa perspectiva individual.
2. A conduta ilícita atinge frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, violando valores basilares ao homem, e ofende todo um sistema de organização do trabalho, bem como as instituições e órgãos que lhe asseguram, que buscam estender o alcance do direito ao labor a todos os trabalhadores, inexistindo, pois, viés de afetação particularizada, mas sim, verdadeiro empreendimento de depauperação humana. (...). (STJ - CC nº 113.428/MG - 3ª Seção - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - Public. DJE em 01/02/2011)

⁶ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Do Crime de Redução a Condição Análoga à de escravo, na redação da Lei nº 10.803/2003. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/6727/do-crime-de-reducao-a-condicao-analoga-a-de-escravo-na-redacao-da-lei-no-10-803-2003>>. Acesso em: 05.11.2011.

Tendo como parâmetro a dignidade da pessoa humana (art. 1º, *caput*, III, CF) e os preceitos de que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante e de que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, incisos III e XLI, respectivamente), é que deve ser considerado o crime de redução a condição análoga à de escravo, tipificado no artigo 149 do Estatuto Repressivo, dado que, se um ser humano está tendo tratamento assemelhado àquele conferido a um escravo (visto como uma propriedade de seu dono, e não como uma pessoa), por certo que seus mínimo direitos e liberdades não estão sendo garantidos, pelo que a dignidade da pessoa humana também não está sendo respeitada, a ensejar a punição na seara criminal. (TRF 1ª Região - HC nº 200901000770878 - 4ª Turma - Rel. Des. Federal Hilton Queiroz - e-DJF1 DATA: 22/02/2010)

Tendo como parâmetro a dignidade da pessoa humana (art. 1º, *caput*, III, CF) e os preceitos de que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante e de que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, incisos III e XLI, respectivamente), é que deve ser considerado o crime de redução a condição análoga à de escravo, tipificado no artigo 149 do Estatuto Repressivo, dado que, se um ser humano está tendo tratamento assemelhado àquele conferido a um escravo (visto como uma propriedade de seu dono, e não como uma pessoa), por certo que seus mínimo direitos e liberdades não estão sendo garantidos, pelo que a dignidade da pessoa humana também não está sendo respeitada, a ensejar a punição na seara criminal. (TRF 3ª Região - ACR nº 16940 - 5ª Turma - Rel. Des. Federal Suzana Camargo - Public. DJU08/08/2006)

Mas, então, quando seria possível reconhecer o trabalho em condições de afronta à dignidade da pessoa do trabalhador? Isso, de uma forma bastante didática, **ocorreria sempre que se retirasse dele o direito de escolha, com a sua plena submissão à vontade do empregador que, em razão de seu poderio, dispensa àquele o tratamento que se dá a outros seres ou objetos.** É o que a doutrina chama de “coisificação”, ou seja, “*reduzir o*

*seu igual à condição de coisa*⁷, pois, segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT), “*O controle abusivo de um ser humano sobre outro é a antítese do trabalho decente*”.

Enfim, não se esquecendo de que, à vista de sua redação, o crime do art. 149 do CP somente pode ocorrer quando presente uma relação de trabalho entre o agente e a vítima, a sua consumação dá-se no exato momento em que o primeiro suprime, de fato, o *status libertatis* do segundo, sujeitando-o “*ao seu completo e discricionário poder*”⁸, não somente com a privação da liberdade de ir e vir, mas, também, pela supressão do poder de decisão espontânea sobre a aceitação ou permanência no trabalho e sobre as próprias condições em que o trabalho é prestado.

Passo, agora, aos fatos imputados ao denunciado.

A denúncia narra que ao denunciado cabia a administração de uma área de aproximadamente 25 hectares, conforme depoimentos dos demais herdeiros e dele próprio (fls. 97/100, fls. 101/102, fls. 103/104, 105/110 do Anexo III), encontrando-se sob sua responsabilidade 15 trabalhadores, conforme identificado pelo grupo de fiscalização (fl. 18 do Anexo III): Aguinaldo José da Silva, Almir Eduardo da Silva, Carlos dos Santos, Damião Eduardo da Silva, Ednaldo Manoel da Silva, Emerson da Silva Ferreira, José Márcio da Silva, Jurandir Francisco da Silva, Márcio dos Santos, Roberto Luís da Silva, Severino Adamastor Ferreira, Severino Amaro da Silva, Severino Pereira da Silva, Valmir Eduardo da Silva e Zaldir Ferreira de Lima.

No Relatório de Fiscalização (fls. 02/55 - Anexo III) restou constatado que Severino Adamastor Ferreira, exercendo atividade de cabo (capataz), contratava informalmente os trabalhadores que procuravam serviço no engenho e os distribuía nas frentes de tra-

⁷ SOUZA, Tércio Roberto Peixoto. O Crime de “Redução à Condição Análoga de Escravo” e o Cumprimento de Direitos Trabalhistas. Disponível em <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/5236/O_Crime_de_Reducao_a_Condicao_Analogica_de_Escravo_e_o_Cumprimento_de_Direitos_Trabalhistas>. Capturado em 05.12.2011>. Acesso em: 05.dezembro.2011.

⁸ CUNHA, Rogério Sanches. Código penal para concursos. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2011, pág. 277.

balho, fiscalizando o serviço e intermediando o pagamento. A produção de cada trabalhador era anotada, diariamente, em um caderno, sendo o pagamento realizado em dinheiro, e repassado ao cabo pelo “Sr. Moa”, sogro do denunciado, para distribuição entre os empregados (fls. 114/115).

Desse modo, pode-se concluir, de início, até pela procura espontânea do trabalho no engenho, que não se trata da modalidade TRABALHO FORÇADO do crime de redução a condição análoga à de escravo.

Segundo aquele relatório, decorrente na visita ao local, teria sido constatada a situação de TRABALHO EM CONDIÇÃO DEGRADANTE, por diversos motivos nele apontados, dentre os principais:

a) os trabalhadores auferiam renda inferior ao salário mínimo mensal, inexistindo, ainda, assinatura em CTPS, registro em livro ou ficha de empregados;

b) estavam alojados em moradias precárias, sem instalações sanitárias;

c) não eram fornecidos equipamentos de proteção individual, tais como luvas e botas, sendo as ferramentas utilizadas para o trabalho (enxada, foice, facão) custeadas pelos próprios empregados;

d) ausência de fornecimento de alimentação e de água potável pelo empregador, bem como de local apropriado para refeições nas frentes de trabalho;

e) inexistência de treinamento e equipamentos de proteção para os empregados que manejavam agrotóxicos;

f) não eram realizados exames médicos admissionais, tampouco exames periódicos anuais;

g) inexistência de material necessário à prestação de primeiros socorros e de pessoa apta para prestá-los.

Ainda conforme declarações dos trabalhadores e do próprio denunciado (Anexo III - fls. 105/110, fls. 114/115, fls. 116/117, fls. 136/137, fls. 138/139), não havia:

h) o pagamento de repouso semanal remunerado, nem de 13º salário, tampouco eram recolhidos o FGTS e demais contribuições previdenciárias, ou concedidas férias aos empregados.

São esses os fatos relatados na denúncia.

Ora, à evidência, constata-se que, na exordial acusatória, **o MPF atribui responsabilidade penal ao denunciado Jandelson Gouveia da Silva pela prática do crime previsto no art. 149 do CP exclusivamente por ter mantido, sob condições degradantes de trabalho, 15 trabalhadores.** As circunstâncias que configurariam a situação “degradante” seriam aquelas elencadas nas alíneas *a* a *h* acima.

Feito esse relato, pergunta-se: as situações verificadas pelo Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM), integrado também por membros do MPF e do MPT, configurariam, *para um juízo positivo de admissibilidade da acusação*, o tipo do art. 149 do CP sob a espécie de “trabalho em condições degradantes”? Penso que não. Explico.

É fato que **as condições a que expostos os trabalhadores fiscalizados nas terras sob a administração do denunciado são por demais precárias, mas, na sua integralidade, revelam, infelizmente ainda, a dura realidade da zona rural nordestina**, vivida não somente por empregados rurais, mas, também, por aqueles que, donos de sua própria terra, laboram em regime de economia familiar.

É uma realidade bastante comum e próxima daqueles que tiveram ou mantêm relações com pessoas do campo.

Mas não é necessário frequentar o meio rural para se ter conhecimento das condições arcaicas que ainda vigoram em nossa região. Não é incomum, ainda hoje, verificar-se:

(a) a contratação de trabalhadores “diaristas”, ou para a realização de tarefas, sem o registro em CTPS e cumprimento de todos os demais encargos trabalhistas e previdenciários;

(b) a existência de moradias ainda muito precárias: construídas à taipa em pau-a-pique, quero dizer, estruturadas em ripas de madeira cujos vazios são preenchidos com barro amassado; sem instalações sanitárias adequadas, em que as necessidades fisio-

lógicas são feitas “no meio do mato”; em que a louça é levada fora da casa apenas com a água colocada em bacias e enxaguadas à água parada.

(c) o trabalho desempenhado sem qualquer equipamento de proteção individual, mas apenas com o uso de roupas que cobrem o corpo inteiro e de um chapéu para aliviar o sol escaldante;

(d) o trabalho, algumas vezes, distante da moradia, e por isso o alimento é levado em marmitas como forma de não comprometer o tempo de atividade, especialmente nas épocas próprias para plantio e colheita; a água para beber é levada em garrafas ou, quando não, obtida em cacimbas ou em poços naturais entre as pedras, isso quando a estiagem não compromete a própria captação da água em condições mínimas de consumo;

(e) que os trabalhadores rurais raramente recorrem à assistência médica, até porque é esporádica no meio rural, situação que se vem modificando com os programas do governo federal.

Enfim, desafortunadamente, esse ainda é o retrato da zona rural nordestina que embora venha se modificando para melhor com as ações do Ministério do Trabalho e do Emprego e de políticas públicas dos governos, ainda não chegou à situação ideal.

E, nesse contexto, digno de elogios a atuação firme do Ministério Público do Trabalho, que vem desenvolvendo atividades no sentido da melhoria das condições de trabalho do homem do campo.

No entanto, **diante dessa realidade social**, não se pode compreender que tais situações, quando verificadas num dado imóvel rural, sem que estejam aliadas à restrição das liberdades (em sentido amplo) configurariam a “condição degradante” na forma como exigida pelo art. 149 do CP⁹, pois, como visto em linhas anteriores,

⁹ “PENAL. ART. 149 DO CP. REDUÇÃO DE TRABALHADORES A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. CONDIÇÃO DEGRADANTE DE TRABALHO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. MANUTENÇÃO.

1. A ausência de provas de quaisquer das formas de submissão de trabalhadores à condição análoga à de escravo – trabalhos forçados, jornadas extenuantes de trabalho, condições degradantes de trabalho ou restrição à liberdade de locomoção –, na redação dada pela Lei 10.803/03, que conferiu nova definição ao crime tipificado no art. 149 do Código Penal, enseja a absolvição do réu.

é imprescindível que essa “situação de fato” esteja inserida num cenário em que os trabalhadores rurais efetivamente tenham a sua vontade de trabalhar ou de permanecer no trabalho cerceada, ou seja, que se sintam subjugados ao seu empregador, inclusive quanto às condições em que prestado o trabalho.

Não é essa a situação narrada na denúncia.

Em parte alguma a peça acusatória discorre sobre qualquer circunstância ou dado que revele o comprometimento da liberdade (poder de decisão) dos trabalhadores encontrados na porção de terra do Engenho Amorinha, administrada pelo denunciado Jandelson Gouveia da Silva. Ela apenas aponta as várias irregularidades trabalhistas lá constatadas que foram corrigidas administrativamente, inclusive com a assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) pelo denunciado.

Não é possível presumir, diante da necessidade de clareza da acusação imposta pelo art. 41 do CPP (exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias), que tal cerceamento de vontade tenha ocorrido diante das precárias condições de trabalho verificadas. Na verdade, ainda que admissível entendimento contrário, tal presunção restaria desconstituída em virtude de o Relatório do Procedimento Administrativo nº 1.05.000.000641/2009-79, em que lastreada a denúncia, apontar que foram os trabalhadores

2. O preceito penal primário do art. 149 do CP contém cláusulas indeterminadas – como, por exemplo, ‘condições degradantes de trabalho’ – que podem ser utilizadas indevidamente para permitir um alargamento exacerbado do suporte fático normativo, abrangendo todo e qualquer caso em que trabalhadores são submetidos a condições aparentemente indignas de trabalho. Tenha-se em mente, por exemplo, os fatos muito comuns em que as autoridades relatam como sendo caso de ‘trabalho escravo’ a existência de trabalhadores em local sem instalações adequadas, como banheiro, refeitório etc., sem levar em conta que o próprio empregador utiliza-se das mesmas instalações e que estas são, na maioria das vezes, o retrato da própria realidade interiorana do Brasil. Há que se estar atento, portanto, para a possibilidade de abusos na tipificação de fatos tidos como de ‘trabalho escravo’. (Ministro Gilmar Mendes - RE 398.041/PA)

3. Apelação não provida”.

(TRF 1ª Região - ACR nº 200843000017480 - 3ª Turma - Rel. Des. Federal Tourinho Neto - Public. DJ 05/11/2010)

que procuraram o emprego (logo, não houve aliciamento), a remuneração do trabalho era feita em dinheiro e semanalmente, não havia servidão por dívidas (*truck-system*), a jornada de trabalho não era extenuante (encerrada às 13 horas), além de que, como já foi dito e isso sequer consta também na denúncia, não havia restrição à liberdade física deles.

Desse modo, conclui-se que, da forma como dispostos os fatos na denúncia, **os trabalhadores do denunciado, em que pequem as precárias condições de trabalho em que inseridos, não estavam impedidos de dar rumo às suas próprias vidas**, logo, o fato descrito na denúncia não se adequa ao tipo do art. 149 do CP, faltando, portanto, justa causa para o recebimento da denúncia.

Ante o exposto, rejeito a denúncia nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal, c/c o art. 6º da Lei nº 8.038/1990 e do art. 172 do Regimento Interno desta Corte.

Resta prejudicada a análise das demais preliminares.

Após o trânsito em julgado do acórdão e efetuadas as comunicações de praxe, dê-se baixa na Distribuição.

Arquivem-se.

É como voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA

6669-RN	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho	13
---------	---	----

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

10829-CE	Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior ...	18
16084-PE	Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior ...	32
17532-PB	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria	44
18080-CE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	56
18655-PE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias	72
20412-CE	Rel. ^a . Des. ^a . Federal Margarida Cantarelli	86
20691-PE	Rel. ^a . Des. ^a . Federal Margarida Cantarelli	95

APELAÇÃO CÍVEL

418982-AL	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	108
459733-PE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	119
474219-PE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	131
496615-AL	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	144
498117-CE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	150
514667-CE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	157
522653-PB	Rel. Des. Federal Francisco Wildo	164
523219-PB	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	177

APELAÇÃO CRIMINAL

6316-PE	Rel. Des. Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá (Convocado)	187
6634-PE	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria ...	201
6827-PE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo	211
7656-PE	Rel. Des. Federal Paulo Gadelha	230
8318-RN	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias	240

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL

521937-PE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	253
-----------	---	-----

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA**

2282-PE Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira 266

HABEAS CORPUS

4412-SE Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt 272

INQUÉRITO

2269-PE Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho 286

2282-PE Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira 297

ÍNDICE ANALÍTICO

A

- Trbt Ação anulatória de auto de infração. Multa isolada. Comprovação. Exigências de registros em livros contábeis que foram supridas por demonstração pericial de prejuízos. AC 418982-AL 108
- Cv e PrCv Ação civil pública. Embargos de declaração interpostos da decisão monocrática. Omissão inexistente. Caráter protelatório. Legalidade da multa. Interesses individuais homogêneos. Legitimidade ativa do Ministério Público Federal para propor ACP em caso de proteção a direitos indisponíveis do portador de deficiência. Interesse social relevante. Ensino superior. Alunos portadores de deficiência auditiva. Apoio de intérprete em língua de sinais para acompanhá-los durante as aulas e demais atividades acadêmicas. Necessidade. AC 474219-PE 131

B

- Prev e PrCv Benefício previdenciário. Suspensão indevida. Aposentadoria por velhice. Requisitos. Tratamento desigual entre segurados homens e mulheres não recepcionado pela CF/88. Direito ao benefício reconhecido. Decadência. Não ocorrência. APELREEX 18080-CE 56

C

- Adm e PrCv Concurso público. Escrivão da polícia federal. Exame psicotécnico. Candidato não recomendado. Validade do exame. Ulterior vedação à utilização do perfil profissiográfico que foi posteriormente afastada. APELREEX 16084-PE 32

PrCv	Conflito de competência. Ação de reintegração de posse e ação de concessão de uso de área objeto da reintegração. Súmula 235 do STJ. Inaplicabilidade. Distribuição por dependência antes do julgamento da reintegratória. Omissões. Inocorrência. Embargos conhecidos e não providos. ED no Conflito de Competência 1864-PE 266
Amb e Adm	Construção de loteamento residencial. Licenciamento e fiscalização das obras. Competência administrativa dos órgãos de proteção ao meio ambiente. Descumprimento da licença ambiental. Pena de demolição. Cabimento. AC 522653-PB 164
Pen e PrPen	Contrabando de cigarros. Autoria e materialidade comprovadas. Nova dosimetria da pena. Circunstâncias judiciais. Inquéritos e processos criminais ainda em curso. Aplicabilidade da Súmula nº 444 do STJ. ACR 7656-PE 230
Pen e PrPen	Crime de exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo direto e iminente, combinado com os ilícitos previstos no art. 93 da Lei 8.666/93 e no art. 1º, incisos III, IV e XIV do Decreto-Lei 201/67. Supostas irregularidades na aplicação de recursos do FUNDEF destinados à manutenção de programas de transporte escolar, bem como direcionamento de procedimentos licitatórios para favorecer determinados contratantes. Afastada a prática do ilícito previsto no art. 93 da Lei 8.666/93. Denúncia recebida para determinar a instauração de ação penal com vista a apurar o cometimento dos demais ilícitos. INQ 2269-PE 286

Pen e PrPen	Crime previsto no Código Penal, art. 149 (Plágio). Competência da Justiça Federal. Prefeito Municipal. Prerrogativa de foro. Conexão. Inexistência. Condições degradantes de trabalho. Trabalhadores que não se encontram subjugados à vontade do empregador. Redução a condição análogo à de escravo. Não verificação. Rejeição da denúncia. INQ 2282-PE 297
-------------	---

D

PrPen	Delitos contra o sistema financeiro. “Operação câmbio”. Pleito de devolução de passaportes, bens e numerário apreendidos. Fortes indícios de origem ilícita. Poder geral de cautela. Medida razoável. Reversibilidade do provimento. Ausência de maiores danos aos apelantes, que continuam na posse dos bens. Persistência da constricção dada a continuidade da ação penal. ACr 6316-PE 187
-------	---

PrCv	Demanda que objetiva a rescisão de julgado de primeiro grau que não considerou civil, que trabalhava da Marinha Mercante, como ex-combatente. Pretensão de filhas, maiores de 21 anos, de serem consideradas dependentes. Ação rescisória que não substitui a via recursal. Inexistência de erro de fato. Improcedência da ação. AR 6669-RN 13
------	--

E

Ct e PrCv	Embargos de declaração. Improvimento. Princípio do juiz natural. Turma julgadora composta por maioria de magistrados con-
-----------	---

vocados. Licitude. Orientação firmada pelo STF. Omissões. Inexistência. Mero inconformismo com a decisão proferida. ED na AC 521937-PE 258

F

PrPen e Pen Falsificação de documento particular e falso testemunho. *Emendatio libelli*. Aditamento da denúncia e oitiva do réu. Desnecessidade. Violação à ampla defesa e ao contraditório. Inocorrência. Suspensão do processo. Incabimento. Prescrição. Não configuração. Autoria e materialidade comprovadas. ACr 6634-PE 201

H

Pen e PrPen *Habeas corpus*. Operação Passadiço. Corrupção passiva qualificada. Corrupção ativa e advocacia administrativa. Delitos cometidos por policiais rodoviários federais. Denúncias anônimas que não foram os únicos elementos a justificar a exceção de quebra do sigilo telefônico. Interceptação telefônica devidamente fundamentada. Ausência de qualquer irregularidade. Desnecessidade de degrevação integral das escutas. Denegação da ordem. HC 4412-SE 272

I

Trbt Imposto de renda. Lançamento tributário. Omissão de receitas. Depósitos bancários. Cheques. Presunção de legitimidade e de veracidade da dívida ativa não infirmada. AC 459733-PE 119

Pen e Prpen	Inserção de dados falsos e alteração de dados corretos em sistema informatizado da Administração Pública. Extravio de processos administrativos fiscais. Autoria e materialidade demonstradas. Dolo presente. Manutenção da condenação. Patrocínio de interesse privado perante a Administração Fazendária. Ausência de provas. Absolvição. Concessão de <i>habeas corpus</i> de ofício para redução da pena. ACr 6827-PE 211
-------------	---

M

Prev	Mecânico de aeronaves. Exposição a níveis de ruído superiores a 90 decibéis. Aposentadoria especial. Comprovação das condições especiais das atividades. Perfil profissional gráfico previdenciário, CTPS e laudos técnicos. Direito ao benefício a partir da data do requerimento administrativo. APELREEX 20412-CE 86
------	---

P

Trbt	Prescrição. Modificação do entendimento pelo STF. Compensação. Veiculação obrigatória de propaganda eleitoral e partidária gratuita. Leis nºs 9.096/95 e 9.504/97. Decreto nº 5.331/05. Inexistência de extrapolação na regulamentação. AC 514667-CE 157
------	--

R

Adm	Real Hospital Português. Imóvel assentado em terreno de marinha. Demarcação da linha preamar média/1831. Notificação pessoal do autor para o processo demarcatório. Descabimento. Linha preamar média/1831 que foi aprovada em 1964 e publicada
-----	---

	em 1968. Ato administrativo correto e protegido pela prescrição. Feitura de novo processo de demarcação. Impossibilidade material. Conclusões do engenheiro perito do juízo. Reajuste do valor da taxa de ocupação. Valor atualizado de mercado do imóvel que foi permitido como indexador para a correção do valor do tributo. Valores já recolhidos do tributo que poderão ser compensados com futuras quantias cobradas com base no valor venal do imóvel. APELREEX 18655-PE 72
PrCv	Responsabilidade civil. Acidente de trabalho fatal. Ação regressiva movida pelo INSS contra o empregador. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Culpa concorrente da vítima. Redução do percentual de ressarcimento. Constituição de capital. Impossibilidade. APELREEX 20691-PE 95
Cv	Responsabilidade civil. Hospital universitário. Parto. Gêmeos. Nascimento com vida. Desaparecimento dos recém-nascidos. Majoração da indenização por danos morais para R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). AC 523219-PB 177
Ct	Responsabilidade civil do Estado. Dano moral e material. Existência. Indenizações devidas. Criança que adquiriu poliomielite após vacinação. Paralisia dos membros inferiores. Configuração do dano e do nexo de causalidade. APELREEX 17532-PB 44

Adm	Responsabilidade civil do Estado. Preliminar de ilegitimidade passiva da União afastada. Disponibilização integral de dissertação de mestrado na internet. Ofensa ao direito de propriedade. Frustração da possibilidade de publicação de livro. Dano moral configurado. Dano material afastado. APELREEX 10829-CE 18
-----	---

S

Ct e Adm	Sentença que impôs às municipalidades disponibilizar leitos suficientes de UTI neonatal e UCI a todos os recém-nascidos no Estado de Alagoas que deles necessitarem. Direito à saúde. Possibilidade do Poder Judiciário atender apenas às situações individuais de preservação desse núcleo essencial. Impossibilidade do Poder Judiciário substituir o Executivo, determinando quais medidas político-sociais deve este implementar, sob pena de clara ofensa ao princípio da separação e independência dos Poderes Constitucionais. AC 496615-AL 144
Ct e Adm	Sentença que julgou procedente ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Não configuração. Prova emprestada suficiente para a elucidação dos fatos. Agente público que fornecia informações sigilosas da Polícia Federal a particulares. Advocacia administrativa. Redução da multa civil a ser paga. AC 498117-CE 150

Pen e PrPen	Sucessão empresarial. Constituição de nova empresa. Continuidade das atividades comerciais da anterior. Transferência de ativos financeiros. Responsabilidade tributária da sucessora. Indícios de crime contra a ordem tributária. Estelionato. Não caracterização. ACr 8318-RN 240
-------------	--