

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

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

Número 103 - Maio/Junho - 2013

R. TRF 5ª Região, nº 103, p. 1-448, Maio/Junho - 2013

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

**Diretor da Revista
DESEMBARGADOR FEDERAL
VLADIMIR SOUZA CARVALHO**

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 VLADIMIR SOUZA CARVALHO

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

FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - 15.08.03

Presidente

Desembargador Federal

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR - 21.07.10

Vice-Presidente

Desembargador Federal

FRANCISCO BARROS DIAS - 12.01.09

Corregedor

Desembargador Federal

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES - 30.03.89

Coordenador dos Juizados Especiais Federais

Desembargador Federal

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA - 29.04.92

Desembargador Federal

FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS - 13.03.96

Desembargadora Federal

MARGARIDA CANTARELLI - 09.12.99

Desembargador Federal

FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI - 03.07.00

Desembargador Federal

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - 03.07.00

Desembargador Federal

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - 17.05.01

Desembargador Federal
MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS - 03.12.03
Diretor da Escola de Magistratura Federal

Desembargador Federal
MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - 08.08.07

Desembargador Federal
VLADIMIR SOUZA CARVALHO - 27.02.08
Diretor da Revista

Desembargador Federal
ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA - 05.05.08

Desembargador Federal
FERNANDO BRAGA DAMASCENO - 15.05.13

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)

**Presidente: Desembargador Federal FRANCISCO WILDO L. DANTAS
Vice-Presidente: Desembargador Federal EDILSON NOBRE
Corregedor: Desembargador Federal FRANCISCO BARROS DIAS**

PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

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

SEGUNDA TURMA (terças-feiras)

**Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE O. LIMA - Presidente
Desembargador Federal VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Desembargador Federal FERNANDO BRAGA DAMASCENO**

TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)

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

QUARTA TURMA (terças-feiras)

**Desembargadora Federal MARGARIDA CANTARELLI - Presidente
Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES
Desembargador Federal ROGÉRIO FIALHO MOREIRA**

SUMÁRIO

1. Jurisprudência	13
2. Índice Sistemático	437
3. Índice Analítico	441

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 130.212-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ EDUARDO DE MELO VILAR FILHO (CONVOCADO)
Agravante: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SEÇÃO DO CEARÁ - OAB/CE
Agravado: MARCELO RIBEIRO UCHOA
Advs./Procs.: DRS. LUIZ CARLOS DE QUEIROZ JÚNIOR (AGRTE.) E JOSE AMAURY BATISTA GOMES FILHO (AGRDO.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO APENAS EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO, SEM HABILITAÇÃO NO PROCESSO ORIGINÁRIO. AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO A JUSTIFICAR A ATUAÇÃO PROCESSUAL. DECADÊNCIA DO MANDADO DE SEGURANÇA. 120 DIAS CONTADOS DO ATO CONCRETO QUE VIOLOU O DIREITO. QUINTO CONSTITUCIONAL. ELEIÇÃO DE LISTA SÊXTUPLA. TRIBUNAL COM JURISDIÇÃO EM APENAS UM ESTADO. COMPETÊNCIA DO CONSELHO SECCIONAL. PROVIMENTO 102/2004 CONSELHO FEDERAL DA OAB - CFOAB. RESOLUÇÃO 11/2010 OAB/CE. CONSULTA DIRETA À CLASSE. CARÁTER NÃO VINCULANTE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. AVANÇO DEMOCRÁTICO RECONHECIDO, ANTE A INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO LEGAL NA REALIZAÇÃO DA CONSULTA.

- Não pode o terceiro, in casu o Conselho Federal da OAB - CFOAB, habilitar-se para atuar em agravo de instrumento, na qualidade de assistente da parte, sem que tal medida tenha sido solicitada também e primordialmente na relação processual originária. A intervenção de terceiro não se dá per saltum e tão somente na tríade processual do agravo de instrumento.

- A intervenção de terceiro demanda a presença

de interesse jurídico no resultado da lide. A participação do CFOAB na eleição da lista sêxtupla para o quinto constitucional de tribunais cuja jurisdição esteja limitado a certo estado da federal limita-se à edição de ato normativa de caráter genérico a regular-lhe o procedimento. Tal atribuição normativa é insuficiente para configurar o interesse jurídico necessário à figura da assistência.

- O prazo decadencial de 120 dias para a impropriação, previsto no artigo 23 da Lei 12.016/2009, somente passa a correr no momento em que se torna concreto o ato em potência.

- A formação da lista sêxtupla no âmbito da OAB para vaga do quinto constitucional é, em essência, um ato político, de caráter discricionário, cuja sindicabilidade pelo Poder Judiciário está limitada à verificação de obediência da legalidade, não se podendo adentrar ao mérito do ato.

- Ao exigir uma convergência de vontades da OAB, tribunal de origem da vaga e Presidência da República, o legislador constituinte, inovando a sistemática anterior, procurou ter uma garantia, ainda que relativa, de que as escolhas seriam satisfatórias e atenderiam aos anseios da sociedade, estabelecendo aí o mecanismo de controle recíproco da margem de discricionariedade política dos envolvidos na escolha.

- “Compete privativamente ao Conselho Seccional: I - editar seu regimento interno e resoluções; (...) XIV - eleger as listas, constitucionalmente previstas, para preenchimento dos cargos nos tribunais judiciais, no âmbito de sua competência e na forma do Provimento do Conselho Federal, vedada a inclusão de membros do próprio Conselho e de qualquer órgão da OAB” (Art. 58, Estatuto da OAB).

- “O Conselho Seccional, mediante resolução, poderá disciplinar a consulta direta aos advoga-

dos nele inscritos, para a composição da lista sêxtupla que será submetida à sua homologação, devendo o advogado comprovar o atendimento às exigências previstas no art. 6º deste Provimento para inscrever-se no pleito”. (Art. 10, Provimento 102/2004 - CFOAB)

- A Resolução 11/2010 da OAB/CE disciplinou que a consulta direta dá-se da seguinte forma: inscrevem-se todos os advogados interessados a compor a lista e que preencham os requisitos constitucionais; a classe é consultada de suas preferências mediante voto direto, podendo cada advogado votar em três nomes; após a votação, o Conselho Seccional escolhe, dentre os doze melhor posicionados na consulta direta, os seis nomes para compor a lista que será remetida ao tribunal.

- O Provimento não estabeleceu que o Conselho Seccional poderia fazer eleição direta da lista ou mesmo escolha direta da lista. Falou apenas de consulta; e a consulta, por essência, é ato que não vincula o consulente. Temos, nesse contexto, dois vocábulos em sentidos opostos no mesmo dispositivo normativo. Ao tempo em que o uso da palavra “consulta” conduz ao entendimento da inexistência de vinculação ao seu resultado e da preservação da discricionariedade do Conselho, o termo “homologação” atrai um sentido que, se utilizado de modo estritamente técnico, impediria um juízo discricionário.

- A interpretação a ser dada ao artigo 10 do Provimento 102/2004 tem que ser compatibilizada com a regra de competência do EOAB. Não seria razoável que o provimento federal retirasse, sob pena de ilegalidade, a esfera de autonomia que a própria lei assegurou ao Conselho Seccional.

- A expressão “homologar” utilizada na redação do artigo 10 do Provimento 102/2004 não pode

conduzir à conclusão de que, na hipótese de consulta à classe, estaria suprimida a competência legal do Conselho Seccional e sua discricionariedade para a eleição da lista sêxtupla.

- A adoção da Consulta à classe pela OAB/CE representa, na verdade, grande avanço democrático, ao possibilitar a participação de todos os advogados na seleção que redundará na lista sêxtupla. Interpretação que suprimisse a participação do Conselho na escolha poderia ensejar, simplesmente, o retrocesso, com a opção de não se realizar sequer a consulta. Afinal, nem o art. 94 da CF/88 nem o Provimento 102/2004 do CFOAB estabelecem a obrigatoriedade da consulta. Trata-se de norma de autolimitação.

- Autolimitação do poder (administrative self-restraint), que tem em sua gênese a marcada ideia de que a Administração, por uma série de ações e limitações, exercite o poder de modo mais transparente, razoável e justo.

- Assim foi que a OAB/CE limitou a autonomia de seu Conselho Seccional na eleição da lista sêxtupla, reduzindo o universo de escolha apenas aos doze nomes de maior preferência na classe, indicados por meio da debatida consulta direta do artigo 10 do Provimento 102/2004.

- Agravo de instrumento a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

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

Recife, 5 de fevereiro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ EDUARDO DE MELO
VILAR FILHO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ EDUARDO DE MELO VILAR FILHO (Convocado):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ em face da decisão do ilustre Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, que deferiu liminar em mandado de segurança impetrado por MARCELO RIBEIRO UCHOÃ.

A decisão vergastada determinou, a propósito da formulação da lista sêxtupla da OAB para preenchimento de vaga do quinto no Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, que a agravante: a) tornasse sem efeito a lista sêxtupla resultante da 6ª Sessão Extraordinária do Conselho Seccional; b) homologasse lista sêxtupla composta dos seis nomes mais votados na consulta direta realizada à classe; e c) encaminhasse essa última lista para o TRT da 7ª Região.

Nos termos da decisão agravada, a OAB/CE teria agido de forma ilegal, ao formular a lista sêxtupla para o provimento de vaga de desembargador do Trabalho. Tal ilegalidade residiria no fato de que o Conselho Seccional não respeitara o resultado da consulta direta à classe para a indicação dos nomes da lista sêxtupla. Referida conduta, embora prevista na Resolução 11/2010 da OAB/CE, entraria em choque com o artigo 10 do Provimento 102/2004 do Conselho Federal da OAB. Assim, a título de fundamentação, a decisão agravada acolheu a tese deduzida na petição inicial da impetração, no sentido de que o artigo 10 do Provimento 102/2004 do Conselho Federal da OAB estabelece que, em havendo consulta à classe, competiria ao Conselho Seccional apenas homologar, de modo vinculado, os nome mais votados, sem margem de discricionariedade (fls. 44/48).

Contra referida decisão, argumenta a agravante que: i) houve a decadência do mandado de segurança, em virtude de ter decorrido mais de 120 dias desde o edital de abertura do processo seletivo para a formação da lista sêxtupla, ocorrido em 09.07.2012; ii) é da competência privativa do Conselho Seccional da OAB a escolha dos nomes que comporão a lista sêxtupla, nos termos do artigo 58 do Estatuto da OAB (Lei 8.906/94); e iii) o ato da OAB reveste-se de caráter público, só podendo ser revisto pelo Poder Judi-

ciário quando eivado de vício de legalidade, estando vedada a revisão do mérito do ato (discricionariedade). Por fim, assevera a agravante a existência de risco de difícil reparação.

O Conselho Federal da OAB veio aos autos solicitar sua habilitação na condição de assistente do Conselho Seccional, alegando que a Resolução 11/2010 da OAB/CE não está em confronto com o art. 10 do Provimento 102/2004 daquele Conselho Federal. Ressalta que o Provimento 102/2004 foi editado com espeque no Estatuto da OAB e que a redação de seu artigo 10 apenas faculta a realização de consulta direta aos advogados, sem estabelecer uma vinculação entre o resultado da consulta e a formação definitiva da lista sêxtupla, sendo que o próprio provimento 102 estabelece a obrigatoriedade de arguição pública dos candidatos para fins de formação da lista (fls. 170/183).

O agravado manifestou-se, contra-arrazoando o agravo (fls. 185/206) e a petição do Conselho Federal (fls. 250/256), defendendo a inexistência de decadência do mandado de segurança, porquanto tal prazo só começa a correr do momento em que existe o ato concreto. Destaca, igualmente, o acerto da decisão agravada, pelos seus próprios fundamentos. Relativamente a petição do Conselho Federal, o agravado sustenta que ela reflete apenas o entendimento pessoal de seu Presidente, o Dr. Ophir Cavalcante, de modo que não substitui as decisões do colegiado, órgão de deliberação máxima do CFOAB. Acrescenta que, nos termos do Provimento 102/2004 do CFOAB, haveria dois ritos diferentes para a formação da lista tríplice. O primeiro, sem a participação direta da classe, regido pelos artigos 8º e 9º do Provimento. O outro, com participação da própria classe, disciplinado no artigo 10, que ocorreria por meio de consulta direta aos advogados, limitando-se o Conselho Seccional a homologar o resultado da consulta.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ EDUARDO DE MELO VILAR FILHO (Relator Convocado):

De início, cumpre resolver o pedido do Conselho Federal da OAB para integrar o presente agravo de instrumento na condição de assistente do Conselho Seccional.

No ponto, estou em que o Conselho Federal não deve ser admitido neste recurso. Duas razões motivam essa conclusão. A primeira decorre do fato de não existir, nos autos do agravo de instrumento, qualquer elemento que indique tenha o Conselho Federal sido habilitado como parte ou assistente no processo de origem. Assim, não estando o Conselho Federal integrado na relação processual originária, entendo que não pode ele participar, *per saltum* e tão somente, na tríade processual do agravo de instrumento. Sendo a relação processual do agravo mera extensão da relação processual instaurada em primeiro grau, já que o direito ao recurso é mera repetição do direito de ação, não pode o terceiro pretender atuar no feito apenas para participar do agravo de instrumento.

Ainda que assim não fosse, e aqui está o segundo motivo para o indeferimento do pedido, não vislumbro na espécie a ocorrência de qualquer das hipóteses que, segundo o Código de Processo Civil, daria ensejo a participação de terceiro em processo alheio.

Resta evidente que o ato vergastado no mandado de segurança foi realizado pela OAB/CE, no uso de sua competência legal, explicitamente prevista no Estatuto da OAB (art. 58, Lei 8.906/94). O conteúdo de tal ato e, por consequência, o resultado da demanda, não afeta, sequer indiretamente, o CFOAB.

A participação do CFOAB na escolha dos desembargadores de tribunais cuja jurisdição esteja limitado a certo estado da federal limita-se à edição de provimento procedimental de tal escolha, isto é, a edição de norma procedimental de caráter genérico, sendo que tal atribuição normativa é insuficiente para atrair o interesse jurídico necessário à figura da assistência.

Examinando as implicações da competência normativa para fins de participação em processos judiciais, a Jurisprudência apreciou diversos casos em que se pretendia chamar à lide entes federais, pelo simples fato de terem editado regulamentação sobre dada matéria.

De fato, o interesse jurídico não há de ser vagamente alegado, mas precisa ser evidenciado pelos efeitos que o interessado sofrerá, em seu patrimônio, com eventual sentença de mérito da demanda.

Sobre o assunto, colho da Jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA CONTRA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA ESTADUAL. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA. LOCAL ONDE OCORREU O DANO. ART. 2º DA LEI Nº 7.347/85. APLICABILIDADE NA ESPÉCIE.

1. **A existência de um ato normativo expedido por um Órgão Federal não justifica, por si só, a presença da União no feito. O interesse da União na demanda não pode ser vagamente alegado, mas há de se traduzir numa posição processual definida.**

2. Descaracterizado o interesse jurídico da União na lide, tem-se que o critério determinador da competência, *in casu*, é aquele erigido pelo art. 2º da Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública).

3. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Pato Branco-PR. Decisão unânime.

(CC 199700630315, DEMÓCRITO REINALDO, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJ DATA: 25/02/1998 PG: 00010.)

PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. AÇÃO EM QUE SE QUESTIONA A LEGALIDADE DA TARIFAMENSAL DE TELEFONIA FIXA. MODIFICAÇÃO NO ENTENDIMENTO DO STJ SOBRE A MATÉRIA. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO DA ANATEL NO FEITO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. SÚMULA 150 DO STJ. AGTR IMPROVIDO.

1. A atual posição do STJ a respeito da matéria é no sentido de que nas ações em que se discute a legalidade da cobrança da tarifa fixa de assinatura telefônica, não se vislumbra interesse da União ou de qualquer dos seus entes elencados no art. 109 da Carta Magna, capaz de determinar a competência da Justiça Federal, **pois o fato de a ANATEL ser responsável pela expedição de atos normativos não a torna legítima para integrar o pólo passivo da lide; isto porque nem a Agência de Regulação nem a União serão prejudicadas ou beneficiadas patrimonialmente pela decisão proferida nessas espécies de ação.**

2. Assim como o consumidor não é legitimado para atuar em feito em que as partes litigantes sejam a ANATEL e a empresa concessionária, aquela não é parte legítima para figurar em ação que envolva a empresa concessionária e o consumidor, porquanto as relações jurídicas que se formam entre eles são independentes.

3. À luz do disposto no enunciado da Súmula 150 do STJ, à Justiça Federal compete decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas Autarquias ou Empresas Públicas, tendo, *in casu*, o Juízo Federal se manifestado em favor da declinação de sua competência, determinando a remessa dos autos à Justiça Estadual.

4. AGTR a que se nega provimento.

(AG 200605000087912, Desembargador Federal Napoleão Maia Filho, TRF5 - Segunda Turma, DJ - Data: 15/12/2006 - Página: 680 - Nº: 240.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FGTS. APLICAÇÃO DE EXPURGOS. CONTAS VINCULADAS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO FEDERAL. INTERVENÇÃO COMO ASSISTENTE. LEI Nº 9.469/97. POSSIBILIDADE.

1 - Cuidando a **hipótese de atualização de valores depositados em conta vinculada, cujos atos normativos, de caráter genérico, foram editados pela União Federal, não há que se falar em litisconsórcio passivo da mesma, falecendo-lhe, inclusive, a legitimidade passiva ad causam.**

2 - Todavia, de acordo com o art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.469/97, a União tem direito a intervir no processo em que figurarem como parte as empresas públicas, na qualidade de assistente, independentemente da demonstração do interesse jurídico.

3 - Agravo provido.

(AG 200005000267316, Desembargador Federal Petrucio Ferreira, TRF5 - Segunda Turma, DJ - Data: 22/06/2001 - Página: 221.)

PROCESSUAL CIVIL. REAJUSTE DE TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO FEDERAL PARA INTEGRAR ALIDE. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. A União Federal não pode ser considerada responsável juridicamente pelos atos normativos de caráter genéricos que expede. O ônus decorrente dos efeitos da aplicação das normas jurídicas é das partes envolvidas no ato ou no negócio jurídico.

2. A União Federal não tem interesse jurídico na relação processual. Somente a CEAL, concessionária dos serviços de energia elétrica é que tem interesse.

3. Há incompetência absoluta da Justiça Federal para processar e julgar ação desenvolvida entre as partes em que uma é pessoa jurídica e outra sociedade de economia mista (art. 109. VIII, da CF).

4. Acolho a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* da União, declaro a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar a causa. Determinando a remessa dos autos à Justiça Estadual.

(AC 9605316160, Desembargador Federal Araken Mariz, TRF5 - Segunda Turma, DJ - Data: 13/12/1996 - Página: 97011.)

Assim, é o caso de ser indeferida a integração do CFOAB ao presente agravo, mantendo-se nos autos a petição de fls. 170/179 apenas a título de informação.

Resolvida a participação do CFOAB neste agravo de instrumento, passo a analisar as razões recursais.

Três teses são deduzidas pela agravante em suas razões recursais, sendo que uma delas afeta diretamente a própria ação mandamental e as demais se relacionam propriamente com as questões de fundo da impetração.

A primeira questão a ser resolvida refere-se à decadência do mandado de segurança. Nada obstante a argumentação da agravante, observo que a decadência do mandado de segurança não importa extinção do processo com resolução de mérito, mas apenas a impossibilidade de a lide ser trazida ao Judiciário pela via do remédio heroico.

Assim, acaso acolhida a alegação de decadência do mandado de segurança, decorreria daí apenas a extinção do processo sem resolução de mérito, não obstante que o pedido fosse novamente deduzido pela via da ação ordinária.

Sabe-se que a decadência do mandado de segurança não afeta o direito material que se visa tutelar pela via do remédio heroico, mas apenas impossibilita o uso desse rito específico para se buscar a proteção jurisdicional, restando à parte, em tais casos, valer-se dos demais procedimentos estabelecidos na legislação processual civil.

Penso que, no caso, não houve decadência do mandado de segurança. É que o prazo de 120 dias para a impetração, previsto no artigo 23 da Lei 12.016/2009, somente passa a correr no momento em que se torna concreto o ato em potência. No caso, o direito verberado pelo impetrante/agravado não foi violado pelo edital da OAB/CE que abriu o prazo de inscrição para o processo de formação da lista sêxtupla. Naquele momento, o edital apenas fez remissão à Resolução 11/2010 da OAB/CE, enquanto ato normativo a regular a disputa. Somente com a efetiva formação da lista sêxtupla, o ato potencial de exclusão da lista dos mais votados tornou-se ato concreto, atraindo a possibilidade de impetração.

Nesse sentido, colho precedentes do STF, STJ e deste TRF:

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA.

1. Concurso Público.
2. Impetração contra a eliminação do candidato na fase de Teste de Aptidão Física, que se aponta como ilegal.
3. Preliminar de Decadência. **Termo inicial do prazo decadencial: data do efetivo prejuízo capaz de configurar violação a direito líquido e certo – no caso, eliminação no Teste de Aptidão Física.**
4. Decadência afastada para determinar o prosseguimento do *writ*. Agravo a que se dá provimento. (MS-AgR 29874, ELLEN GRACIE, STF)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. ART. 18 DA LEI Nº 1.533/51. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. **É pacífico o entendimento de que o prazo decadencial de cento e vinte dias para a impetração de mandado de segurança, que se insurge contra resultado obtido em exame psicotécnico, começa a fluir da ciência da sua publicação, e não da publicação do edital do certame.**

2. Precedentes: EDcl nos EDcl no RMS 29.703/ES, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, *DJe* 16.8.2010; AgRg no Ag 1.199.599/PE, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, *DJe* 8.3.2010; AgRg no Ag 1223042/AP, Rel. Min. Nilson Naves, Sexta Turma, *DJe* 28.6.2010; AgRg no REsp 1.052.083/BA, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, *DJe* 1º.6.2009. Agravo regimental improvido. (AGRESP 201001294858, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, *DJE* DATA: 14/12/2010.)

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. CIÊNCIA DO ATO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES.

1. **O ato de indeferimento de inscrição no curso de formação, e não o edital, inaugurou, para o impetrante, o prazo para a impetração do mandamus.** Indeferida a inscrição em 2/10/2008, não há falar em decadência do *writ* impetrado no dia seguinte.

2. Agravo regimental improvido.

(AGRESP 201000411079, JORGE MUSSI, STJ - QUINTA TURMA, *DJE* DATA: 07/06/2010.)

APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR DO ENSINO BÁSICO, TÉCNICO E TECNOLÓGICO. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA NÃO PREVISTA EM LEI. IMPOSSIBILIDADE.

1. **O termo inicial do prazo para impetrar o mandado de segurança não é a data da publicação do edital, mas a do ato administrativo que determina a eliminação do candidato. Precedentes.**

2. Caso em que o prazo decadencial teve seu início em 01/03/2011 e a ação foi interposta em 18/03/2011, não restando configurada a decadência do direito autoral.

3. Não podem ser criados, através de edital, requisitos não previstos em lei como óbice à posse de aprovados em concurso público. Precedente.

4. A única exigência legal para o cargo de Professor do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico é a licenciatura ou habilitação equivalente (art. 113, parágrafo 2º, I, Lei 11.748/08), requisito comprovadamente cumprido pelo autor.

5. Apelação provida para invalidar a sentença e, nos termos do art. 515, parágrafo 3º, CPC, conceder a segurança.

Superada a preliminar de decadência do mandado de segurança, passo a analisar as argumentações que dizem respeito ao mérito propriamente dito da decisão agravada.

Litigam as partes acerca da interpretação a ser dada ao artigo 10 do Provimento 102/2004 do CFOAB, daí decorrendo a (in)validade da Resolução 11/2010 da OAB/CE e a (ir)regularidade da lista sêxtupla escolhida na 6ª Sessão Extraordinária do Conselho Seccional.

O artigo 10 do Provimento 102/2004 está assim redigido:

Art. 10. O Conselho Seccional, mediante resolução, poderá disciplinar a consulta direta aos advogados nele inscritos, para a composição da lista sêxtupla que será submetida à sua homologação, devendo o advogado comprovar o atendimento às exigências previstas no art. 6º deste Provimento para inscrever-se no pleito.

O ponto controvertido fundamental ora trazido à cognição refere-se ao papel resguardado ao Conselho Seccional da OAB, a partir do uso da palavra “homologar”, no art. 10 do Provimento 102/2004.

Afinal, a Resolução 11/2010 da OAB/CE disciplinou que a consulta direta dá-se da seguinte forma: inscrevem-se todos os advogados interessados a compor a lista e que preenchem os requisitos constitucionais; a classe é consultada mediante voto direto de suas preferências, podendo cada advogado votar em três nomes; após a votação, o Conselho Seccional escolhe, dentre os doze melhor posicionados na consulta direta, os seis nomes para compor a lista que será remetida ao tribunal.

Segundo o impetrante, na tese acolhida pelo ilustre juiz prolator da decisão agravada, o termo homologar utilizado no dispositivo teria sido empregado em sua acepção mais técnica, segundo a qual seria ato administrativo de natureza vinculada destinado apenas e tão somente à aferição da regularidade do objeto da homologação. Assim, a OAB/CE teria necessariamente que homologar

os seis nomes melhor posicionados na consulta, não podendo fazer a escolha entre os doze mais votados, conforme previu a Resolução 11/2010.

Por outro lado, defende a OAB/CE, que a expressão homologar não afasta os demais dispositivos do Provimento 102/2004 nem retira a autonomia do Conselho Seccional para a escolha dos componentes da lista sêxtupla.

Penso que a simples interpretação literal não é suficiente para, no caso, extrair o sentido da norma em exame, devendo-se buscar a compreensão do dispositivo normativo que o compatibilize com o restante do ordenamento jurídico. Da mesma forma, o termo “homologar” não pode ser examinado isoladamente, desconsiderando-se o sentido do vocábulo “consulta”, ambos utilizados no mesmo dispositivo.

Antes de tudo, contudo, é importante registrar que a formação da lista sêxtupla no âmbito da OAB para vaga do quinto constitucional é, em essência, um ato político, de caráter discricionário, cuja sindicabilidade pelo Poder Judiciário está limitada à verificação de obediência da legalidade, não se podendo adentrar ao mérito do ato.

É certo que a Constituição estabeleceu alguns parâmetros a serem observados para a escolha dos integrantes do quinto constitucional, tais como: reputação ilibada e notório saber jurídico. É igualmente certo, contudo, que tais parâmetros funcionam apenas como elementos de qualificação mínima dos pretendentes à vaga. Preenchidos tais requisitos, poderá qualquer dos pretendentes ser escolhido em ato essencialmente político, cujo mérito não pode ser revisto pelo Poder Judiciário.

Na verdade, pode-se considerar que ao exigir uma convergência de vontades da OAB, do tribunal de origem da vaga e da Presidência da República, o legislador constituinte, inovando a sistemática anterior, procurou ter uma garantia, ainda que relativa, de que as escolhas seriam satisfatórias e atenderiam aos anseios da sociedade, estabelecendo aí o mecanismo de controle recíproco da margem de discricionariedade política dos envolvidos na escolha.

Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência pátria:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. QUINTO CONSTITUCIONAL. FORMAÇÃO DA LISTA SÊXTUPLA. DISCRICIONARIEDADE.

I - Escolha dos candidatos para compor a lista sêxtupla para concorrer a uma vaga de Desembargador do Tribunal de Justiça de Alagoas. Observância aos ditames da Lei nº 8.906/94 e do Provimento nº 80/96 do Conselho Federal da OAB.

II - A legislação que regula a questão da composição da lista sêxtupla olvidou de fixar critérios objetivos para votação dos candidatos, deixando ao alvedrio de cada um dos Conselheiros da OAB a apreciação subjetiva dos requisitos necessários à inclusão na lista, elencados no art. 94, caput, da Constituição Federal. Assim, dispõem eles de discricionariedade na sua valoração e na opção pelos candidatos.

III - Não compete ao Poder Judiciário rever os atos que sejam praticados com suporte na discricionariedade, a não ser no que tange ao aspecto da legalidade. No caso, a legalidade do ato restou comprovada. Inexistência de motivo a ensejar a concessão da ordem.

IV - Apelação improvida.

(AMS 200180000078217, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, TRF5 - Primeira Turma, DJ - Data: 15/10/2002 - Página: 1022.)

[...] II. O “quinto constitucional na ordem judiciária constitucional brasileira: fórmula tradicional, a partir de 1934 – de livre composição pelos tribunais da lista de advogados ou de membros do Ministério Público – e a fórmula de compartilhamento de poderes entre as entidades corporativas e os órgãos judiciários na seleção dos candidatos ao “quinto constitucional” adotada pela Constituição vigente (CF, art. 94 e parágrafo único).

1. Na vigente Constituição da República – em relação aos textos constitucionais anteriores – a seleção originária dos candidatos ao “quinto” se transferiu dos tribunais para “os órgãos de representação do Ministério Público e da advocacia” –, incumbidos da composição das listas sêxtuplas – restando àqueles, os tribunais, o poder de reduzir a três os seis indicados pelo MP ou pela OAB, para submetê-los à escolha final do Chefe do Poder Executivo.

2. À corporação do Ministério Público ou da advoca-

cia, conforme o caso, é que a Constituição atribuiu o primeiro juízo de valor positivo atinente à qualificação dos seis nomes que indica para o ofício da judicatura de cujo provimento se cogita.

3. Pode o Tribunal recusar-se a compôr a lista tríplice dentre os seis indicados, se tiver razões objetivas para recusar a algum, a alguns ou a todos eles, as qualificações pessoais reclamadas pelo art. 94 da Constituição (v.g. mais de dez anos de carreira no MP ou de efetiva atividade profissional na advocacia.)

4. A questão é mais delicada se a objeção do Tribunal fundar-se na carência dos atributos de “notório saber jurídico” ou de “reputação ilibada”: a respeito de ambos **esses requisitos constitucionais, o poder de emitir juízo negativo ou positivo se transferiu, por força do art. 94 da Constituição, dos Tribunais de cuja composição se trate para a entidade de classe correspondente.**

5. Essa transferência de poder não elide, porém, a possibilidade de o tribunal recusar a indicação de um ou mais dos componentes da lista sêxtupla, à falta de requisito constitucional para a investidura, desde que fundada a recusa em razões objetivas, declinadas na motivação da deliberação do órgão competente do colegiado judiciário.

6. Nessa hipótese ao Tribunal envolvido jamais se há de reconhecer o poder de substituir a lista sêxtupla encaminhada pela respectiva entidade de classe por outra lista sêxtupla que o próprio órgão judicial componha, ainda que constituída por advogados componentes de sextetos eleitos pela Ordem para vagas diferentes.

7. A solução harmônica à Constituição é a devolução motivada da lista sêxtupla à corporação da qual emanada, para que a refaça, total ou parcialmente, conforme o número de candidatos desqualificados: dissentindo a entidade de classe, a ela restará questionar em juízo, na via processual adequada, a rejeição parcial ou total do tribunal competente às suas indicações.

(MS 25.624, SEPÚLVEDA PERTENCE, STF)

Não se trata, portanto, de fazer prevalecer o entendimento desta Corte de como seria o modo ideal para a formação da lista sêxtupla da OAB, mas apenas de observar, de acordo com os cânones

legais, se desrespeitada foi alguma norma de procedimento, forma ou competência.

Volto-me, então, à discussão em pauta, de saber se houve, por parte da OAB/CE, desrespeito à regra procedimental do artigo 10 do Provimento 102/2004 do CFOAB.

Para tanto, reputo importante partir do próprio texto constitucional que dispõe, em seu artigo 94:

Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, **indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.**

Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

No plano infraconstitucional, o Estatuto da OAB, Lei 8.906/94, regulou a matéria nos seguintes termos:

Art. 58. **Compete privativamente ao Conselho Seccional:**

I - editar seu regimento interno e resoluções;

(...)

XIV - **eleger as listas**, constitucionalmente previstas, para preenchimento dos cargos nos tribunais judiciários, no âmbito de sua competência e na forma do Provimento do Conselho Federal, vedada a inclusão de membros do próprio Conselho e de qualquer órgão da OAB;

Por sua vez, o Conselho Federal da OAB editou o Provimento 102/2004, disciplinando a formação das listas sêxtuplas, no âmbito dos Conselhos Federal e Seccionais.

Estabelece o Provimento, logo em seu artigo 1º, § 2º, a competência dos Conselhos Seccionais para a formação da lista sêxtupla quando se tratar de tribunal com competência limitada a um estado. E não poderia ser diferente, já que tal competência vem estabelecida diretamente do Estatuto da OAB.

Na sequência, o Provimento dispõe acerca da arguição pública a que devem ser submetidos os candidatos (art. 8º) e da votação a ser realizada pelos conselheiros para a formação da lista. Mais à frente, em um único artigo, o Provimento trata da consulta direta à classe:

Art. 10. O Conselho Seccional, mediante resolução, poderá disciplinar a consulta direta aos advogados nele inscritos, para a composição da lista sêxtupla que será submetida à sua homologação, devendo o advogado comprovar o atendimento às exigências previstas no art. 6º deste Provimento para inscrever-se no pleito. (Grifei)

Da leitura da norma em exame, observa-se que é atribuída ao Conselho Seccional a disciplina de eventual consulta direta aos advogados para a formação da lista.

Note-se que o Provimento não disse que o Conselho Seccional poderia fazer eleição direta da lista ou mesmo escolha direta da lista. Falou apenas de consulta; e a consulta, por essência, é ato que não vincula o consulente.

Temos, nesse contexto, dois vocábulos em sentidos opostos no mesmo dispositivo normativo. Ao tempo em que o uso da palavra “consulta” conduz ao entendimento da inexistência de vinculação ao seu resultado e da preservação da discricionariedade do Conselho, o termo “homologação” atrai um sentido que, se utilizado de modo estritamente técnico, impediria um juízo discricionário.

Qual interpretação deve prevalecer? Penso que a resposta deve ser buscada na harmonização do art. 10 com as demais normas aplicáveis à espécie.

É certo que o EOAB atribuiu ao Conselho Seccional a competência para eleger a lista sêxtupla, em ato tipicamente discricionário. Diante disso, poderia o Conselho Federal impor ao Conselho Seccional norma que aniquilasse a autonomia deste na escolha da lista, reduzindo-lhe a esfera de discricionariedade política, que restaria projetada apenas na opção de consultar a classe?

A interpretação a ser dada ao artigo 10 do Provimento 102/2004 tem que ser compatibilizada com a regra de competência do EOAB e do próprio Provimento 102.

Não seria razoável que o provimento federal retirasse, sob pena de ilegalidade, a esfera de autonomia que a própria lei assegurou ao Conselho Seccional.

Entendo, assim, que a expressão “homologar” utilizada na redação do artigo 10 do Provimento 102/2004 não pode conduzir à conclusão de que, na hipótese de consulta à classe, estaria suprimida a competência legal do Conselho Seccional e sua discricionariedade para a escolha da lista sêxtupla.

Essa é, inclusive, a interpretação do próprio Conselho Federal da OAB, tanto que, ciente dos fatos, veio aos autos pleitear sua habilitação na condição de assistente da agravante.

Embora o agravado sustente que tal pleito representaria apenas a posição do Presidente do CFOAB e não a posição do Conselho em si, tenho que é o presidente que fala em nome do Conselho, não sendo de se admitir que outro seja o pensamento do Conselho quando não há nos autos qualquer elemento a assim indicar.

Importante lembrar, conforme já decidiu este Tribunal, em acórdão da lavra do Desembargador Federal Francisco Wildo Lacerda Dantas, que o artigo 94 da Constituição Federal não prevê a consulta direta, limitando-se a atribuir competência ao Conselho da OAB para a escolha da lista sêxtupla (AC 441.209-CE, Rel. Des. Fed. Francisco Wildo).

Eis a ementa do acórdão:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. OAB. LISTA SÊXTUPLA. ART. 94 DA CF/88. INDICAÇÃO PELA OAB. RESOLUÇÃO Nº 001/2006 DA SECCIONAL DA OAB/CE E PROVIMENTO 102/2004, DO CONSELHO FEDERAL DA OAB. PREVISÃO DE CONSULTA PRÉVIA PARA ELABORAÇÃO DA LISTA. CONSTITUCIONALIDADE.

1. Havendo o art. 94 da CF/88 atribuído aos órgãos de representação das respectivas classes, a indicação de lista sêxtupla para preenchimento das vagas reservadas ao quinto constitucional do Ministério Público e de advogados, é constitucional a decisão da OAB e da Seccional da Ordem no Ceará, que exercem essa representação, decidir que essa indicação se faça através de consulta a todos associados.

2. Exigência de que a escolha se faça independentemente da prévia manifestação do interessado em compor a lista da consulta que, ao contrário do que se alega, se manifesta contrária aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

3. Apelo improvido. Sentença mantida por seus próprios fundamentos.

(AC 200781000065410, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 09/09/2010 - Página: 175.)

Assim, a adoção da Consulta à classe pela OAB/CE representa, na verdade, um grande avanço democrático, ao possibilitar a participação de todos os advogados na seleção que redundará na lista sêxtupla. Interpretação que suprimisse a participação do Conselho na escolha poderia ensejar, simplesmente, o retrocesso, com a opção de não se realizar sequer a consulta. Afinal, repito, o art. 94 da CF/88 nada estabelece a respeito da consulta. E mais: o próprio Provimento 102/2004 estabelece apenas que o Conselho Seccional poderá, e não que ele deverá, realizar a consulta.

Tenho, então, que a Resolução 11/2010 da OAB/CE ao prever a consulta direta, o fez em típica medida de autolimitação do poder (*administrative self-restraint*), que tem em sua gênese a marcada ideia de que a Administração, por uma série de ações e limitações, exercite o poder de modo mais transparente, razoável e justo.

Assim foi que a OAB/CE limitou a autonomia de seu Conselho Seccional na eleição da lista sêxtupla, reduzindo o universo de escolha apenas aos doze nomes de maior preferência na classe, indicados por meio da debatida consulta direta do artigo 10 do Provimento 102/2004.

Por fim, registro que o assunto já visitou este eg. Regional, ainda que sob outro viés, no AGTR 86.197-SE (Rel. Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima), em que se discutia a resolução da OAB/SE que disciplinou a consulta direta para formação de lista do quinto constitucional. O feito não alcançou decisão colegiada, mas penso ser relevante anotar que também naquela ocasião a conclusão foi de que *“a lei acomete ao Conselho Seccional da Ordem a escolha da lista sêxtupla, e este, refiro-me*

ao Conselho, titular da competência administrativa, pode fazer ou não a consulta à categoria, aproveitar ou não a resposta colhida das urnas, editar a seu livre talante o disciplinamento da consulta, ainda que se preferir promover a consulta e editar regulamento para tanto a ele se vincula”.

Concluo, assim, que, ao se projetar sobre o artigo 10 do Provimento 102/2004 do CFOAB as luzes da interpretação sistemática, não há como deixar de reconhecer que a salutar consulta direta é um avanço democrático, nada obstante continue a ser apenas uma consulta, não retirando do Conselho Seccional a autonomia que o Estatuto da OAB lhe atribuiu para a eleição da lista sêxtupla, senão na medida em que estabelecida a norma de *self-restraint*.

Nessa esteira, dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 4.411-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS (PRESIDENTE)
Requerente: MUNICÍPIO DO RECIFE (PE)
Requerido: JUÍZO DA 12ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Parte A.: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Partes R.: INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL - IPHAN E NOVO RECIFE EMPREENDIMENTOS LTDA.
Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. LUIZ CLAUDIO DE FARIAS JUNIOR E OUTROS E JOÃO RAPHAEL CORREIA BARBOSA DE SÁ E OUTROS

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM SUSPENSÃO DE LIMINAR. PROJETO ARQUITETÔNICO “NOVO RECIFE”. DECISÃO QUE SUSPENDEU DELIBE-

RAÇÃO DO CONSELHO DE DESENVOLVIMENTO URBANO. HIPÓTESE QUE JUSTIFICA A CONCESSÃO DA CONTRACAUTELA POLÍTICA. LESÃO À ORDEM PÚBLICA. EXISTÊNCIA. IMPROVIMENTO.

- A medida suspensiva prevista, dentre outros, no art. 4º da Lei nº 8.437/92 está adstrita à análise da ocorrência de aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos consagrados naqueles preceitos normativos, quais sejam a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas.

- Impertinente se revela a pretensão do agravante de ver reconhecida a inconstitucionalidade da expressão “flagrante ilegitimidade” contida no art. 4º da Lei nº 8.437/92, considerando que o decisum fustigado limitou-se a afirmar a ilegitimidade do MPF para “demandar questões fundadas em direito urbanístico”, no que, a bem da verdade, apenas ratificou o que fora reconhecido na própria ação civil pública, por ocasião do deferimento da liminar.

- Viola a ordem pública o provimento jurisdicional que, concedendo liminar em ação civil pública, suspende decisão proferida pelo Conselho de Desenvolvimento Urbano, no tocante à aprovação dos projetos pertinentes ao empreendimento “Novo Recife”, em face da suposta necessidade de prévia manifestação da Agência Nacional de Transporte Terrestre - ANTT e do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte - DNIT.

- Cuida-se de ostensiva intromissão do Judiciário na gestão administrativa municipal, mediante a imposição de ritos que não se coadunam com a própria legislação local, embaraçando, assim, importante projeto para o desenvolvimento urbano da cidade.

- No espaço “mínimo de deliberação do mérito”

inerente à contracautela suspensiva – para utilizar a expressão do Min. Carlos Velloso, em voto proferido na SS 846 AgR/DJ –, tem-se que o iter procedimental seguido pela Administração Pública aparentemente não desborda do que preceitua a Lei Municipal nº 16.292/97, em seus arts. 269 e 270.

- Agravo regimental improvido. Suspensão da liminar mantida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 8 de maio de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - Relator Presidente

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDEDERAL FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS (Presidente):

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal em face da decisão com que o il. Des. Fed. Paulo Roberto de Oliveira Lima, então presidindo a Corte, deferiu pedido de suspensão de efeitos formulado pelo Município do Recife diante da liminar deferida na Ação Civil Pública nº 0001291-34.2013.4.05.8300, em trâmite na 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco.

Em suas razões recursais, o *Parquet* argumenta ser inconstitucional a expressão “flagrante ilegitimidade” incrustada no art. 4º da Lei nº 8.437/92, uma vez que, pela atual sistemática da suspensão das liminares, a questão da *legitimatío ad causam* seria examinada sem o necessário exercício do contraditório e da ampla defesa.

Ressalta que a legitimidade, de todo modo, é inequívoca, uma vez que a ação suscita tema relacionado com o patrimônio histórico nacional, estando presentes, no polo passivo, órgãos federais como o IPHAN, restando patente, ainda, a competência da Justiça Federal para julgá-la.

Pondera, ainda, não existir, na hipótese, qualquer ofensa à ordem pública, na sua acepção administrativa, como se sustentou, sem base fática, no pedido de suspensão em vertência.

Nesse contexto, acrescenta não se ter demonstrado de que maneira seria afetada a prestação do serviço público, limitando-se o requerente, apenas, a lançar mão de uma argumentação exclusivamente jurídica acerca de violações ao instituto processual da *legitimatio ad causam* e ao princípio da separação dos poderes.

Assevera que a liminar suspensa não provocou qualquer “atropelamento” do *iter* procedimental, notadamente porque se existe algum interesse estadual ou federal a ser afetado, tal discussão deve ter lugar antes da aprovação do projeto pelo município, e não depois.

Requer, afinal, as seguintes providências:

- a) preliminarmente, seja reconsiderada a decisão agravada, para o fim de se restaurar a eficácia da liminar objeto do pedido de suspensão; e
- b) seja a decisão submetida ao julgamento plural da Corte, onde, ao lado da declaração de inconstitucionalidade da expressão “flagrante ilegitimidade” contida no art. 4º da Lei nº 8.437/92, espera seja dado provimento ao agravo, restabelecendo-se a liminar concedida em primeiro grau de jurisdição (fls. 1.613-1.619).

É o relatório. Em mesa para julgamento.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS (Relator Presidente):

Para melhor compreensão da matéria, faço um breve retrospecto dos fatos.

O Ministério Público Federal propôs ação civil pública em face do Município do Recife, do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico nacional - IPHAN e da empresa Novo Recife Empreendimentos Ltda., objetivando provimento jurisdicional inibitório de atos supostamente ilícitos que poderiam causar dano ao patrimônio histórico e cultural brasileiro, mais precisamente ao Pátio Ferroviário das Cinco Pontas, situado na Av. Engenheiro José Estelita, s/n, no bairro de São José.

O escopo da demanda consiste em evitar que o Projeto Novo Recife, empreendimento imobiliário que prevê a construção de 13 torres de alto gabarito no local conhecido como Pátio Ferroviário das Cinco Pontas, seja levado a efeito tal qual concebido, sob pena de ocasionar-se “grande e irreversível dano, por um lado, ao próprio Pátio Ferroviário, representativo da memória ferroviária brasileira, e, por outro lado, à visibilidade do conjunto urbano de Santo Antônio e São José, que comporta 16 bens tombados individualmente pelo IPHAN” (fl. 36/v).

Ao final, requereu o *Parquet* uma série de providências:

(...) 8.4 - **em definitivo**, seja julgada procedente esta ação para declarar a nulidade da aprovação pelo Conselho de Desenvolvimento Urbano do Município do Recife, em 28.12.2012, do Projeto Novo Recife, a ser implementado na Av. Engenheiro José Estelita, s/n, bairro de São José, nesta Cidade do Recife;

8.5 - tendo sido a obra executada total ou parcialmente, no curso do feito nos moldes do projeto então aprovado pelo Município do Recife, seja condenada a Novo Recife Empreendimentos Ltda. à obrigação de fazer consistente na restituição ao *status quo ante*, mediante a demolição das obras ou restauração do que tenha sido demolido;

8.6 - seja julgada procedente a ação para condenar o Município do Recife a não aprovar qualquer projeto – inclusive, o “Novo Recife” – que tramite naquele órgão, para edificação no imóvel situado na Av. Engenheiro José Estelita, s/n, bairro de São José, Recife-PE (conhecido como Pátio Ferroviário das Cinco Pontas), sem que o projeto tenha sido aprovado previamente pela área técnica do IPHAN, de acordo com as diretrizes a seguir;

8.7 - por consequência, seja julgada procedente esta ação para condenar o Município do Recife à obrigação de não fazer consistente na não concessão de qualquer licença ou alvará de construção à Novo Recife Empreendimentos Ltda. em relação ao imóvel situado na Av. Engenheiro José Estelita, s/n, bairro de São José, Recife-PE (conhecido como Pátio Ferroviário das Cinco Pontas), sem que o projeto tenha sido aprovado previamente pela área técnica do IPHAN, de acordo com as diretrizes a seguir;

8.8 - na mesma linha, seja julgada procedente a ação para condenar o Município do Recife a não aprovar qualquer projeto – inclusive o “Novo Recife” – que tramite naquele órgão, para edificação no imóvel descrito no item acima, sem que tal projeto tenha sido submetido a parecer do DNIT e da ANTT, assim como sem a realização dos devidos EIA/RIMA e EIV, nos termos dos arts. 225, § 1º, da CF/88 e 188, § 2º, da Lei municipal nº 17.511/2008, sempre que tais estudos sejam exigidos, como no caso do “Novo Recife”;

8.9 - seja julgada procedente esta ação para condenar a Novo Recife Empreendimentos Ltda. na obrigação de não fazer consistente na não edificação do empreendimento imobiliário Novo Recife, a ser implementado na Av. Engenheiro José Estelita, s/n, bairro de São José, nesta Cidade do Recife, sem que o projeto tenha sido aprovado pelo IPHAN, bem como sem que tenha sido submetido a parecer do DNIT e da ANTT, assim como sem a realização dos devidos EIA/RIMA e EIV;

8.10 - seja julgada procedente a ação para condenar o IPHAN, nos termos do art. 9º da Lei nº 11.483/2007, a tomar ações visando à preservação e difusão da memória ferroviária em relação ao Pátio das Cinco Pontas, notadamente as sugeridas no Parecer Técnico de 17.12.2010 (fl. 370, Anexo I, vol. II), em especial a estipulação de diretrizes – com base em estudo ofertado por corpo técnico especializado, à semelhança do Grupo de Estudo multidisciplinar que elaborou o parecer retrocitado – de uso e ocupação do Pátio Ferroviário das Cinco Pontas, devendo levar em consideração a vocação do sítio (concepção espacial de ‘pátio’), bem como a necessidade de preservação da visibilidade e ambiência dos monumentos tombados nos

bairros de São José e Santo Antônio;

8.11 - seja julgada procedente a ação para condenar o IPHAN a analisar e aprovar qualquer projeto – inclusive, o “Novo Recife” – para edificação no imóvel situado na Av. Engenheiro José Estelita, s/n, bairro de São José, Recife-PE (conhecido como Pátio das Cinco Pontas), com base nas diretrizes estipuladas nos termos acima;

8.12. Fixação de multa em caso de descumprimento da tutela antecipada ou liminar e das condenações; (...) (fl. 57/frente e verso).

Após ter intimado os réus para apresentar informações no prazo de 72 (setenta e duas) horas e realizar audiência de justificação prévia no dia 26 de fevereiro de 2013, o il. Juízo da 12ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, convencido da presença dos requisitos inerentes à tutela de urgência, concedeu liminar cujos termos seguem transcritos, no que importa para o deslinde do caso:

(...) Diante de todo o exposto:

d) considerando que, na análise da tutela específica, o Juízo não se encontra adstrito às providências requeridas pela parte autora, mas deve buscar aquelas mais adequadas à tutela do bem jurídico em discussão, concedo a medida liminar para:

d.1) determinar ao Instituto do Patrimônio Histórico, Artístico e Nacional - IPHAN que proceda, de imediato, à abertura do processo de tombamento dos remanescentes do caminho de ferro, trecho Cinco Pontas - Cabo, inclusive com a fixação provisória de sua poligonal de entorno, voltando a analisar os projetos pertinentes ao empreendimento Novo Recife diante desse novo contexto;

d.2) suspender a decisão proferida pelo Conselho de Desenvolvimento Urbano, no tocante à aprovação dos projetos pertinentes ao empreendimento Novo Recife, em face da ausência de prévia manifestação da Agência Nacional de Transporte Terrestre - ANTT e do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte - DNIT; (...). (Fl. 135)

Irresignado com a decisão, o Município do Recife requereu a sua suspensão à Presidência deste TRF, sustentando os seguintes argumentos:

- a) a medida (suspensão de efeitos) encontraria justificativa à luz dos dispositivos elencados na legislação de regência;
- b) a decisão seria ilegal, por impor uma inversão da ordem dos atos administrativos emanados dos órgãos ligados à administração municipal;
- c) ilegitimidade do Ministério Público Federal para o ajuizamento da ação civil pública;
- d) ingerência do Poder Judiciário nos atos do Poder Executivo, causando grave lesão à ordem pública (administrativa); e
- e) posicionamento favorável da jurisprudência à pretensão da municipalidade (fls. 2-34).

Por seu turno, o então presidente da Corte, Desembargador Paulo Roberto de Oliveira Lima, deferiu o pedido de suspensão, em decisão vazada nos seguintes termos:

(...) É sabido e consabido que não se faz, no exíguo espaço deliberativo do Pedido de Suspensão, uma análise da causa a partir de seus elementos jurídico-normativos. Tal cotejo 'técnico' é próprio dos recursos, e ambos os meios de impugnação não se confundem entre si, senão que ocupam espaços cognitivos marcadamente díspares. Deixa-se para o expediente presente, com efeito, a aferição da conveniência na manutenção dos efeitos da decisão impugnada antes de seu trânsito em julgado. Trata-se de medida extrema, e que somente pode ser adotada em casos raríssimos.

Reconheço, outrossim, o zelo com que o juízo *a quo* conduz as causas que lhe são submetidas à apreciação. Bem por isso, identifico, neste processo, o mesmo rigor já contemplado outras vezes, n'outros feitos, e que sempre me pareceu orientado à melhor solução para os casos examinados.

Penso, nada obstante, que a suspensão é medida indispensável.

De saída, salta aos olhos a ilegitimidade da atuação do MPF para demandar questões fundadas em direito urbanístico, mormente se o assunto não resvalar, como aqui,

genuíno interesse da União. A própria decisão impugnada, aliás, reconheceu esta preliminar, esvaziando quase inteiramente o objeto da ação civil pública ao aduzir que, daquilo quanto trazido a lume, quase tudo diz respeito ao Plano Diretor do Recife e a sua correta aplicabilidade (fl. 127).

Esta referência – que se faz de passagem, dado o compromisso de deixar para a ambiência judicial os temas que lhe são naturais – importa ao exame do momento porque já delinea a fragilidade da jurisdição federal, quase uma réstia da atuação de sua congênera estadual, que já se noticia deflagrada.

Mas por que a competência da 12ª Vara Federal quedou mantida? A explicação radica-se no fato de que ACP teria a serventia de assegurar que certos entes federais (ANTT e DNIT) fossem ouvidos antes que o projeto “Novo Recife” findasse levado adiante.

Dado que a auscultação fosse indispensável – inclusive, segundo se quis fazer crer, para preservar direito de terceiros – e não que tenha sido elaborada previamente, reconheceu-se a nulidade da aprovação deliberada pelo Conselho de Desenvolvimento Urbano da cidade – CDU.

Trata-se de equívoco de monta. Por mais que não pretenda, aqui e agora, invadir a seara da atuação jurisdicional, penso, com todas as vênias, que a nulidade não precisava ter sido reconhecida e que, ao havê-la decretado, a decisão fustigada causou grave dano à ordem pública (administrativa).

Em primeiro lugar, registro, quanto à linearidade dos acontecimentos, que os atos administrativos complexos não são totalmente equivalentes. De fato, somente em alguns deles o encadeamento, então consubstanciado qual *iter* inflexível, põe-se como dado fundamental à validação derradeira. N’outros, a flexibilidade do procedimento, diante da ausência de qualquer possibilidade de prejuízo, enseja uma normal adaptabilidade às circunstâncias que estejam sendo vivenciadas.

Para a investidura de um desembargador pelo “quinto constitucional”, por exemplo, é fundamental que os atos estejam postos numa sequência invariável, a qual precisa ser respeitada obrigatoriamente: a publicação de Edital de va-

cância, o encaminhamento da lista sêxtupla pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a eleição da lista tríplice pelo TRF-5 e, ao cabo, a nomeação perpetrada pela Presidência da República. Os atos são esses e invertê-los é totalmente agressivo à Constituição Federal.

O mesmo não se dá, porém, no caso vertente. Veja-se que a decisão judicial impugnada fez referência à deliberação expedida pela Agência Estadual de Planejamento e Pesquisas de Pernambuco, a qual, emitindo certificado de anuência prévia, expressamente assevera sua condicionabilidade à existência de pareceres favoráveis (posteriores), a serem concedidos pelos demais órgãos interessados (fl. 134).

Se tal aquiescência já existisse, falar-se-ia possivelmente, no âmbito estadual, de uma certificação já tornada definitiva. Não existir, porém, não inibiria a certificação preliminar, como de fato não inibiu. A administração faz, enfim, o que é possível e com aquilo de que já disponha, trilhando o *iter* procedimental viável à luz do caso concreto.

Por que precisaria ser diferente com o município?

Dir-se-á que a pretensa inversão dos expedientes poria em risco a realização das medidas mitigadoras do empreendimento, aquelas capazes de reduzir o impacto das mudanças físicas perpetradas. Trata-se, todavia, de receitas mais aparente que real, porquanto a aprovação feita até o momento – precária, provisória – não significa senão um assentimento ao memorial apresentado, dependente, a bem de que se transforme em projeto, de todas as aprovações posteriores.

Alfim, tem-se uma certeza inabalável: de obra só se cuidará quando todas as aprovações estiverem disponíveis – se é que um dia elas estarão.

A decisão impugnada, por tudo o que se viu, interfere violentamente na gestão administrativa municipal, impondo ritos e rigores que, à margem da legislação do próprio Recife, causam embaraços a projeto importante para o desenvolvimento urbano da cidade, o qual depende – entre outras coisas – de um mínimo de estabilidade. E não há maior demonstração de instabilidade, para empreendimentos de vulto, do que aquela engendrada pela interferência

injustificada do Judiciário no gestual imanente ao Executivo.

Prova maior desta interferência é, com renovadas vênias ao juízo *a quo*, a necessidade de tombamento “dos remanescentes do caminho de ferro, trecho Cinco Pontas - Cabo, inclusive com a fixação provisória de sua poligonal de entorno”, determinada pela mesma decisão que reconheceu, em fundamentação (fl. 128), a existência, sobre o assunto, de “manifestações díspares no âmbito do IPHAN no Recife/PE”.

Não parece caber ao Judiciário realizar este tipo de escolha, operando em total substituição ao Poder Executivo, por mais vacilante que esteja. Neste particular, noto que a administração, cujos atos são dotados da característica da autoexecutoriedade, não só poderia como ainda pode realizar o tombamento, se e quanto supuser a área digna de tal medida. Impô-lo, porém, não é senão uma forma de criar embaraços à tramitação do “Novo Recife”, atuando, o Poder Judiciário, como mecanismo de entrave (o que se percebe na afirmação insuspeita de que será preciso voltar “a analisar os projetos pertinentes ao empreendimento Novo Recife diante desse novo contexto”, isto é, pós-tombamento).

Já vai longe o tempo que não se permitia ao Judiciário interferir na atuação do Executivo. Hoje, vigente a Inafastabilidade da Jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), isso é totalmente fora de cogitação.

Mas não é possível, à míngua de ilegalidade evidente, que um Poder interfira no outro, suplantando-o nas escolhas que fez e faz, mais ainda quando cria percalços artificiais a um projeto como este, há tempo aguardado – sem exa-geros – por toda a sociedade recifense.

No fim de contas, é enorme o dano que essas restrições cometem à coletividade de uma das cidades mais importantes do país, posto que a condenem ao convívio com espaços degradados de seu perímetro urbano, os quais não servem senão para demonstrar como não deve ser tratado o meio ambiente e a paisagem do lugar. (...). (Fls. 1.600-1.605)

Finalmente, o Ministério Público Federal, não satisfeito com a suspensão dos efeitos da liminar, interpôs o agravo regimental ora em apreciação, no qual, conforme sumariado acima, sustenta ser inconstitucional a expressão “flagrante ilegitimidade” contida no art. 4º da Lei nº 8.437/92, por permitir que a questão da *legitimatío ad causam* seja examinada sem o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Anota, ainda, que a legitimidade do *Parquet* seria inquestionável, à consideração de que a demanda versa sobre a preservação do patrimônio histórico nacional, figurando, em seu polo passivo, órgãos federais como o IPHAN, razão pela qual seria patente a competência da Justiça Federal para o seu julgamento.

Adverte, por fim, não existir qualquer ofensa à ordem pública, na sua acepção administrativa, a justificar a suspensão dos efeitos da decisão.

Pois bem. Conforme tenho assentado no exame de feitos semelhantes, a medida de que ora se trata, prevista – dentre outros dispositivos – no art. 4º da Lei nº 8.437/92, está adstrita à análise da ocorrência de aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos consagrados naqueles preceitos normativos, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas. Confira-se, porque oportuno, o regramento contido naquele dispositivo legal:

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

Decerto, consoante se pode inferir, o legislador valeu-se do adjetivo “grave” justamente como forma de evidenciar a excepcionalidade da medida suspensiva almejada, de modo que somente uma avaliação efetiva acerca da gravidade da lesão pode autorizar a concessão legítima da providência reclamada. Nesse sentido,

elucidativo é o voto do ex-Ministro do STF, Sepúlveda Pertence, no julgamento do AgRgSS 432-DF, *DJU* 12.2.1993:

(...) é medida excepcional de contracautela, destinada à salvaguarda de relevantes interesses públicos sob risco iminente, na hipótese de execução, ainda que provisória, da ordem judicial. (...)

O que a singulariza é, precisamente, que esses requisitos do *periculum in mora*, na suspensão de segurança, são qualificados. Não é qualquer risco que a justifica, não é qualquer possibilidade, não é, nem mesmo, a probabilidade de um risco qualquer: é apenas o risco de grave dano a interesses públicos relevantíssimos.

Com efeito, na apreciação desse instrumento extraordinário, o Judiciário deve agir com extrema cautela, pois, nos pedidos de suspensão, não há que se cogitar de lesão à ordem jurídica nem tampouco de exame de questões relativas ao próprio mérito da controvérsia, sabido serem matérias suscetíveis ao debate nas vias recursais ordinárias, instrumentos que ressamidamente permitem a verificação do acerto ou desacerto da decisão impugnada.

Feitas essas considerações iniciais, volto à análise do caso concreto, para concluir que a decisão agravada, da lavra de meu antecessor na presidência, Desembargador Paulo Roberto de Oliveira Lima, encontra-se inteiramente ajustada à orientação acima referenciada.

Nessa quadra, revela-se impertinente a pretensão do agravante de ver reconhecida a inconstitucionalidade da expressão “flagrante ilegitimidade” contida no art. 4º da Lei nº 8.437/92, considerando que o *decisum* fustigado limitou-se afirmar a ilegitimidade do MPF para “demandar questões fundadas em direito urbanístico”, no que, a bem da verdade, apenas ratificou o que fora reconhecido na própria ação civil pública, por ocasião do deferimento da liminar.

A propósito, consignou o douto Juízo da 12ª Vara Federal de Pernambuco:

(...) b) afastamento preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e reconhecimento, porém, **a ilegitimidade ad causam do Ministério Público Federal para a demanda fundada em questões de direito urbanístico**, exceção fei-

ta à necessidade de prévia participação de entes federais no licenciamento, **extinguindo o processo sem julgamento de mérito quanto a esta causa petendi, com a mencionada ressalva;** (...) (fl. 135) – destacamos.

Conclui-se, pois, que, ao suspender a liminar, o então presidente deste TRF, conquanto tecendo considerações passageiras acerca da ilegitimidade *ad causam* do Ministério Público Federal, não proferiu *decisão* sobre essa condição da ação, tanto mais porque o Magistrado singular sobre ela já se pronunciara, esvaziando a maior parte do objeto da ação civil pública, por entender que a maior parte da causa de pedir dizia respeito ao Plano Diretor do Recife e a sua correta aplicabilidade.

Assentada tal premissa, despropositado se revelaria o enfrentamento, pelo Pleno, da pretensa inconstitucionalidade do art. 4º da Lei nº 8.437/92. De igual modo, resultaria inócuo insistir-se na discussão acerca da legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação originária, quando esta sequer consistiu no tema objeto da decisão agravada.

Passo, por conseguinte, a examinar o único questionamento suscetível de exame neste julgamento, alusivo à suposta incoerência de agressão à ordem pública, na sua acepção administrativa, conforme supõe o agravante.

Ainda uma vez, penso que sobra razão ao ato decisório que suspendeu a liminar quando afirma tratar-se de violenta intervenção do Judiciário na gestão administrativa municipal, mediante a imposição de ritos que não se coadunam com a própria legislação local, embaraçando, assim, importante projeto para o desenvolvimento urbano da cidade.

No espaço “mínimo de delibação do mérito” inerente à contracautela suspensiva, para utilizar a expressão do Min. Carlos Velloso, em voto proferido na SS 846 AgR/DJ, tenho que o *iter* procedimental seguido pela Administração Pública aparentemente não desborda do que preceitua a Lei Municipal nº 16.292/97, em seus arts. 269 e 270 (citados, inclusive, pelo ora agravante):

Art. 269. As obras e instalações, que dependam da anuência prévia de órgãos da esfera estadual e federal, na forma da legislação pertinente, somente serão licenciadas

pelo Município após o cumprimento, pelo interessado, das exigências estabelecidas por aqueles órgãos.

Art. 270. Será de inteira responsabilidade do interessado a obtenção, junto aos órgãos competentes, de todos os elementos necessários à aprovação de projetos e licenciamento das obras de que trata esta Lei.

Nessa linha, observa-se ter a decisão de primeiro grau feito expressa referência à deliberação da Agência Estadual de Planejamento e Pesquisas de Pernambuco, a qual, no momento em que emitiu seu certificado de anuência prévia, ressaltou tratar-se de certificação condicionada a posteriores pareceres favoráveis, a serem elaborados pelos demais órgãos interessados.

Caso a aquiescência já existisse, bem ponderou o douto Des. Fed. Paulo Roberto, a hipótese seria de uma certificação definitiva, mas a sua inexistência não inviabilizaria a certificação preliminar, como, de fato, não inibiu. De sorte que a agência estadual percorreu o caminho possível nas circunstâncias.

Outro eloquente exemplo da intromissão do Judiciário na seara do Executivo – igualmente sublinhada pelo ex-presidente do Tribunal – reside na determinação de que se proceda ao tombamento “dos remanescentes do caminho de ferro, trecho Cinco Pontas-Cabo, inclusive com a fixação provisória de sua poligonal de entorno”, nada obstante tenha o próprio Juiz Federal reconhecido a existência de “manifestações díspares do IPHAN no Recife/PE” (fl. 128). Como é intuitivo, descabe ao Judiciário substituir o administrador público nesse tipo de escolha, a despeito da apatia que este último venha a demonstrar.

Por fim, diversamente do que entendeu o ilustrado Procurador Regional da República subscritor do agravo, que supõe ser o Novo Recife um projeto do interesse exclusivo da iniciativa privada “em busca de lucro junto às classes mais abastadas” (fl. 1.619), não me sinto autorizado a proceder a tal julgamento, sobretudo de forma unilateral, parecendo-me que se deixam vibrar concepções ideológicas que não merecem guarida em tais pronunciamentos, mesmo porque não subestimo os benefícios que poderão sobrevir à totalidade da população, em decorrência dos vultosos investimentos a serem feitos numa área há décadas condenada ao aban-

dono e à degradação, que agora se vê diante da animadora perspectiva de ser revitalizada, com a conseqüente geração de inúmeros postos de trabalho – durante e depois das obras.

Sendo esse o quadro, nego provimento ao agravo regimental, mantendo incólume a decisão recorrida.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 5.995-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Apelantes: OVILANDA DE OLIVEIRA E OUTRO E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS E UNIÃO
Apelados: OS MESMOS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ MARIA GAMA DA CÂMARA E OUTROS

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COMPLEMENTAÇÃO DA PENSÃO DE EX-FERROVIÁRIO. EX-FERROVIÁRIO ADMITIDO PELA RFFSA ANTES DE 31/10/1969. LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS E DA UNIÃO. AUTOR ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. PRAZO PRESCRICIONAL. NÃO CORRE. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. EQUIPARAÇÃO AOS PROVENTOS DA APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.186/91. TERMO INICIAL. VIGÊNCIA DA LEI. JUROS E CORREÇÃO. ARTIGO 1º-F, LEI Nº 9.494/97. APELAÇÃO DO AUTOR IMPROVIDA. REMESSA OFICIAL E APELAÇÕES DO INSS E DA UNIÃO PARCIALMENTE PROVIDAS.

- A legitimidade do INSS decorre de o objeto do pedido inicial ser a revisão de pensão de ex-ferroviário com posterior transferência das referidas quotas de pensões (da espécie 21 – previdenciária – para a espécie 22 – estatutária), e o

pagamento pelo INSS das diferenças financeiras entre o que entende devido e o que foi recebido até referida mudança na identificação das pensões, cumulada com o pedido de concessão de uma nova pensão, qual seja, a pensão especial prevista no art. 1º da Lei 6.782/80. Quanto à União, parte do pedido aduzido na exordial consiste na transferência da pensão para o Ministério dos Transportes, despesa esta que corre as suas expensas. Ademais, a Lei nº 8.186/91, fundamento da sentença vergastada, traz em seu bojo a previsão de despesas tanto para o INSS quanto para a União, legitimando-os a comporem o feito.

- Ainda em sede de preliminar, tem-se que o autor foi declarado absolutamente incapaz e, por isso, nos termos do art. 198, I, do Código Civil, contra ele não corre prescrição.

- No mérito, a controvérsia está em saber: a) se, ao determinar a complementação da pensão previdenciária, houve extrapolação na sentença aos limites do pedido contido na petição inicial, qual seja concessão de pensão estatutária; b) se o valor da pensão a ser paga com a complementação deve corresponder à importância percebida pelo instituidor se na ativa estivesse; c) qual o termo inicial dos efeitos financeiros da condenação e; d) qual percentual dos juros de mora.

- Na inicial, a pretensão autoral consiste reconhecer a condição de servidor estatutário para o instituidor da pensão a fim de obter as vantagens advindas do referido reconhecimento. Dentre as vantagens, está a cumulação das pensões previstas nas Leis 3.373/58 e 6.782/80 e a percepção do valor integral dos vencimentos do instituidor, nos termos do art. 40, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal. O Juízo a quo, por seu turno, reconheceu o direito à percepção da complementação prevista na Lei 8.186/91 para garantir ao dependente a percepção do valor que seria devido a

seu genitor se vivo e na ativa estivesse. Portanto, foi reconhecido o direito ao recebimento do valor que seria devido integralmente ao instituidor, embora por fundamento diverso daquele aduzido na inicial, não havendo que se falar em julgamento extra petita. Precedentes do STJ e desta Corte Regional: AgRg no AREsp 229.511/RS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 04/02/2013; AC 457529, Desembargador Federal José Maria Lucena, TRF5 - Primeira Turma, DJE 09/04/2010 - Página: 209.

- A interpretação dos artigos 1º, 2º e 5º, da Lei 8.186/91 permitem afirmar que o valor devido pelo INSS é aquele previsto na lei previdenciária vigente ao tempo da concessão do benefício, ou seja, na data da inativação para as aposentadorias e na data do óbito do ferroviário para as pensões, enquanto a União deverá complementar os valores pagos pelo INSS, assegurando a percepção pelos pensionistas dos valores equivalentes ao recebido pelos ferroviários na ativa. Nesse sentido, decisão do egrégio STJ proferida em recurso apreciado como representativo de controvérsia: REsp 1211676/RN, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 17/08/2012.

- Para fixar o termo inicial dos efeitos financeiros da condenação, cumpre observar que o diploma legal não traz exigência de requerimento administrativo prévio para a percepção da complementação pretendida e que, como já mencionado, o autor é absolutamente incapaz, não correndo contra ele prescrição. Assim, forçoso concluir que o termo a quo é a entrada em vigor da Lei 8.186/91. Ressalva-se que até o óbito de sua genitora, em 14.4.1996, o autor faz jus a percepção de metade do benefício, devendo-se ainda compensar qualquer pagamento administrativo efetuado.

- Sobre as parcelas devidas, incidirão juros de mora fixados no percentual de 6% (seis por cen-

to) ao mês, a contar da citação, até a vigência da Lei nº 11.690/09, que alterou o art. 1º-F da Lei 9.494/97, para que a correção monetária e os juros, a partir de então, sejam os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

- Quanto aos honorários, a sucumbência recíproca afasta a possibilidade em fixá-los a título de condenação.

- Apelação do autor improvida. Remessa oficial e apelações do INSS e da União parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELREEX 5995-RN, 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 apelação do autor e dar parcial provimento à remessa oficial e às apelações do INSS e da União, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 2 de maio de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Cuida-se de remessa oficial e apelações interpostas por Ovilanda de Oliveira e Manoel de Oliveira, pelo INSS e pela União contra sentença (fls. 128/140), proferida pelo Douto Juízo da 4ª Vara Federal da SJ/RN, que julgou parcialmente procedente o pedido da exordial. Rejeitou o pedido de concessão de pensão de estatutária, prevista na Lei nº 3.373/58, bem como de pensão especial, nos termos da Lei nº 6.782/80, por entender que o instituidor da pensão era celetista, vinculado, portanto, ao Regime Geral da Previdência Social, enquanto a legislação invocada se aplica

apenas aos servidores públicos estatutários. Acolheu, por outro lado, o pedido de receber a integralidade dos vencimentos que o instituidor perceberia se na ativa estivesse, nos termos do Decreto-Lei 956/69 e da Lei 8.186/91. Determinou, ainda, que os efeitos financeiros retroagiriam a 27.12.1989 (quinquênio anterior ao requerimento administrativo), incidindo sobre as diferenças em atraso juros de mora de 1% (um por cento).

2. Os autores, em suas razões recursais, sustentam que, apesar da procedência parcial do pedido, houve condenação integral do INSS, afastando a sucumbência recíproca em relação à autarquia.

3. A autarquia previdenciária, nas razões do apelo, sustenta inicialmente que o Juízo de primeiro grau, ao determinar a complementação da pensão nos termos da Lei 8.186/91, decidiu fora do pedido – vantagens inerentes ao servidor estatutário (Leis 3.373/58, 6.782/80 e 8.112/90) – sendo a sentença, desta feita, *extra petita* (arts. 2º, 128 e 460, do CPC) e, devendo, por isso, ser anulada. Caso não seja decretada a nulidade do *decisum* vergastado, requer a sua reforma parcial, uma vez que a complementação prevista na Lei 8.186/91 deve ser concedida em observância aos percentuais previstos nas normas de concessão de benefício da Lei Previdenciária, o que, para o presente caso, implicaria, não a integralidade da remuneração do instituidor se em atividade estivesse, mas a 70% (setenta por cento) desse valor. Requer, também, que o termo inicial do pagamento da complementação seja a data do ajuizamento da ação, pois não houve requerimento administrativo feito ao INSS. Pugna, ainda, pela aplicação dos juros de mora nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/97.

4. A União, inicialmente, aduz a legitimidade para recorrer em decorrência da previsão legal de transferência de recursos que terá que fazer ao INSS para o pagamento da complementação concedida. Sustenta, da mesma forma que o INSS, que a sentença extrapolou os limites do pedido – concessão de pensão estatutária – ao determinar a complementação da pensão previdenciária. Requer, caso seja superada a nulidade do *decisum*, que seja afastada a complementação integral, pois o cálculo do benefício dever ser feito nos termos da legislação em vigor à época do fale-

cimento do instituidor. Afirma, além disso, que o termo inicial para implementação da complementação deve ser a citação do INSS, porquanto o requerimento administrativo tratava de pagamento de pensão estatutária. Sustenta, outrossim, que os juros de mora a serem aplicados são aqueles previstos no art. 1º-F da Lei 9.494/97.

5. Contrarrazões apresentadas pelos autores (fls. 176/179) e pelo INSS (fls. 149/151). Devidamente intimada, a União não apresentou contrarrazões.

6. Cuidando-se de interesse de incapaz, foi oferecido parecer pelo Ministério Público Federal às fls. 92/104.

7. É o relatório.

VOTO

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

1. De início, cumpre analisar a legitimidade do INSS e da União para figurarem na demanda. No tocante ao INSS, haja vista que o pedido inicial foi de revisão de pensão de ex-ferroviário com posterior transferência das referidas quotas de pensões (da espécie 21 – previdenciária – para a espécie 22 – estatutária), o pagamento pelo INSS das diferenças financeiras entre o que entende devido e o que foi recebido até referida mudança na identificação das pensões, cumulada com o pedido de concessão de uma nova pensão, qual seja, a pensão especial prevista no art. 1º da Lei 6.782/80, dá ensejo a permanência do INSS na lide. Quanto à União, parte do pedido aduzido na exordial consiste na transferência da pensão para o Ministério dos Transportes, despesa esta que corre as suas expensas. Ademais, a Lei nº 8.186/91, fundamento da sentença vergastada, traz em seu bojo a previsão de despesas tanto para o INSS quanto para a União, legitimando-os a comporem o feito.

2. Ainda em sede de preliminar, passa-se ao exame da prescrição, destacando-se, precipuamente, que o autor Manoel de Oliveira foi declarado absolutamente incapaz (fl. 28) e, por isso, nos termos do art. 198, I, do Código Civil, contra ele não corre prescrição.

3. No mérito, a controvérsia está em saber: a) se, ao determinar a complementação da pensão previdenciária, houve extrapolção na sentença aos limites do pedido contido na petição inicial, qual seja concessão de pensão estatutária; b) se o valor da pensão a ser paga com a complementação deve corresponder à importância percebida pelo instituidor se na ativa estivesse; c) qual o termo inicial dos efeitos financeiros da condenação e; d) qual percentual dos juros de mora.

4. A leitura da inicial conduz a conclusão de que a pretensão autoral consiste em reconhecer a condição de servidor estatutário para o instituidor da pensão a fim de obter as vantagens advindas do referido reconhecimento. Dentre as vantagens, está a cumulação das pensões previstas nas Leis 3.373/58 e 6.782/80 e a percepção do valor integral dos vencimentos do instituidor, nos termos do art. 40, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal. O Juízo *a quo*, por seu turno, reconheceu o direito à percepção da complementação prevista na Lei 8.186/91 para garantir ao dependente a percepção do valor que seria devido a seu genitor se vivo e na ativa estivesse. Portanto, presente caso, foi reconhecido o direito do demandante de receber o valor que seria devido integralmente ao instituidor, ainda que por fundamento diverso daquele aduzido na inicial, não havendo que se falar em julgamento *extra petita*. Precedentes do STJ e desta Corte Regional:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. BRASIL TELECOM S.A. SUBSCRIÇÃO E COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES. DIVIDENDOS. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. IMPOSIÇÃO DE MULTA. ART. 557, § 2º, DO CPC.

1. A apreciação do pedido dentro dos limites postos pelas partes na petição inicial ou na apelação não revela hipótese de julgamento *ultra* ou *extra petita*.

2. De acordo com a jurisprudência desta Corte, não há falar em julgamento *extra petita* quando o juiz, adstrito às circunstâncias fáticas trazidas aos autos e ao pedido deduzido na inicial, aplicar o direito com fundamentos diversos daqueles apresentados pelo autor.

3. No caso concreto, tendo o Tribunal de origem decidido pela responsabilidade da empresa para responder pela

complementação de ações e, conseqüentemente, pelo pagamento de dividendos, não incorreu em nulidade ou em julgamento *extra petita*.

4. A interposição de recurso manifestamente inadmissível ou infundado autoriza a imposição de multa com fundamento no art. 557, § 2º, do CPC.

5. Agravo regimental desprovido com a condenação da agravante ao pagamento de multa no percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor corrigido da causa, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do respectivo valor (art. 557, § 2º, do CPC). (AgRg no AREsp 229.511/RS, Rel. Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, DJe 04/02/2013)

ADMINISTRATIVO E PROC. CIVIL. SENTENÇA *EXTRA PETITA*. INOCORRÊNCIA. CONTRATO DE CRÉDITO DIRETO-CEF-PESSOA FÍSICA. CONTRATO POSTERIOR A MARÇO DE 2000. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS EM PERÍODO INFERIOR A UM ANO. POSSIBILIDADE. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LEGALIDADE DE SUA COBRANÇA. INACUMULABILIDADE COM OUTRAS TAXAS: MULTA, JUROS, CORREÇÃO MONETÁRIA E RENTABILIDADE.

- Não se configurou o julgamento *extra petita*, a teor do art. 460 do CPC, apontado pelo recorrente, uma vez que a declaração da nulidade da cláusula contratual relativa à comissão de permanência constou do pedido inicial. O fato de o douto sentenciante a ter acolhido por fundamento diverso do constante da exordial não caracteriza o vício em alusão.

- É possível a cobrança de comissão de permanência quando pactuada e desde que não haja cumulação com juros e correção monetária. Entendimento da Súmula 30 do STJ.

- A jurisprudência dos Tribunais tem se consolidado no sentido de inadmitir, nos contratos de crédito bancários, a cumulação da comissão de permanência com índices de correção monetária, multa contratual, juros e taxa de rentabilidade.

- A capitalização de juros de ano a ano é permitida pelo art. 4º do Decreto nº 22.626/33 que, neste aspecto, não foi revogado pela Lei nº 4.595/64. A capitalização, porém, dos juros em período inferior a um ano foi admitida, nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema

Financeiro Nacional, a partir do advento da MP nº 1.963-17/2000 (reeditada sob o nº 2.170/36), desde que expressamente pactuada pelos contratantes.

- Na hipótese dos autos, o contrato foi celebrado com a CEF em data posterior à edição da mencionada medida provisória, razão pela qual, admite-se capitalização mensal dos juros.

- Direito reconhecido à CEF para cobrança da comissão de permanência desde que não cumulada com quaisquer outras taxas, do tipo: juros, correção monetária, multa ou rentabilidade, bem assim, da capitalização dos juros. Apeleação parcialmente provida.

(AC 457529, Desembargador Federal José Maria Lucena, TRF5 - Primeira Turma, DJE 09/04/2010 - Página: 209.)

5. No que pertine ao pagamento de valores em equivalência com àqueles percebidos pelo pessoal em atividade, para os ferroviários, este direito está regulamentado na Lei 8.186/91, que assim dispõe em seu artigos 1º, 2º e 5º:

Art. 1º É garantida a complementação da aposentadoria paga na forma da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) aos ferroviários admitidos até 31 de outubro de 1969, na Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA), constituída *ex vi* da Lei nº 3.115, de 16 de março de 1957, suas estradas de ferro, unidades operacionais e subsidiárias.

Art. 2º Observadas as normas de concessão de benefícios da Lei Previdenciária, a complementação da aposentadoria devida pela União é constituída pela diferença entre o valor da aposentadoria paga pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e o da remuneração do cargo correspondente ao do pessoal em atividade na RFFSA e suas subsidiárias, com a respectiva gratificação adicional por tempo de serviço.

Parágrafo único. O reajustamento do valor da aposentadoria complementada obedecerá aos mesmos prazos e condições em que for reajustada a remuneração do ferroviário em atividade, de forma a assegurar a permanente igualdade entre eles.

(...)

Art. 5º A complementação da pensão de beneficiário do ferroviário abrangido por esta lei é igualmente devida pela

União e continuará a ser paga pelo INSS, observadas as normas de concessão de benefícios da Lei Previdenciária e as disposições do parágrafo único do art. 2º desta lei.
(...)

6. A interpretação dos artigos *supra* permite afirmar que o valor devido pelo INSS é aquele previsto na lei previdenciária vigente ao tempo da concessão do benefício, ou seja, na data da inativação para as aposentadorias e na data do óbito do ferroviário para as pensões, enquanto a União deverá complementar os valores pagos pelo INSS, assegurando a percepção pelos pensionistas dos valores equivalentes ao recebido pelos ferroviários na ativa. Nesse sentido, decisão egrégio STJ proferida em recurso apreciado como representativo de controvérsia:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. PENSIONISTAS DE EX-FERROVIÁRIOS. DIREITO À COMPLEMENTAÇÃO DE PENSÃO RECONHECIDO NA FORMA DO ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.186/91. DEMANDA QUE NÃO CORRESPONDE AO TEMA DE MAJORAÇÃO DE PENSÃO NA FORMA DA LEI 9.032/95, APRECIADOS PELO STF NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 415.454/SC E 416.827/SC. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Controvérsia que se cinge ao reconhecimento, ou não, do direito à complementação da pensão paga aos dependentes do ex-ferroviário, mantendo-se a equivalência com a remuneração do ferroviário em atividade.

2. Defende a recorrente que as pensões sejam pagas na forma dos benefícios previdenciários concedidos na vigência do art. 41 do Decreto 83.080/79, ou seja, na proporção de 50% do valor da aposentadoria que o segurado percebia ou daquela a que teria direito, se na data do seu falecimento fosse aposentado, acrescida de tantas parcelas de 10% (dez por cento) para cada dependente segurado.

3. A jurisprudência desta Casa tem reiteradamente adotado o entendimento de que o art. 5º da Lei 8.186/91 assegura o direito à complementação à pensão, na medida em que determina a observância das disposições do parágrafo único do art. 2º da citada norma, o qual, de sua parte, garante a permanente igualdade de valores entre ativos e inativos.

4. Entendimento da Corte que se coaduna com o direito dos dependentes do servidor falecido assegurado pelo art. 40, § 5º, da CF/88, em sua redação original, em vigor à época da edição da Lei 8.186/91, segundo o qual “O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior”.

5. A Lei 8.186/91, destinada a disciplinar a complementação dos proventos dos ferroviários aposentados e das pensões devidas aos seus dependentes, por ser norma específica, em nada interfere na regra de concessão da renda mensal devida a cargo do INSS, a qual permanece sendo regida pela legislação previdenciária.

6. Ressalva de que o caso concreto não corresponde àqueles apreciados pelo Supremo Tribunal Federal nos RE 415.454/SC e RE 416.827/SC, ou ainda, no julgado proferido, com repercussão geral, na Questão de Ordem no RE 597.389/SP. Em tais assentadas, o STF decidiu ser indevida a majoração das pensões concedidas antes da edição da Lei 9.032/95, contudo, a inicial não veiculou pleito relativo a sua aplicação.

7. A Suprema Corte não tem conhecido dos recursos interpostos em ações análogas aos autos, acerca da complementação da pensão aos beneficiários de ex-ferroviários da extinta RFFSA, por considerar que a ofensa à Constituição, se existente, seria reflexa.

8. Recurso especial conhecido e não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1211676/RN, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 17/08/2012)

7. Quanto à fixação do termo inicial dos efeitos financeiros da condenação, cumpre observar que o diploma legal não traz exigência de requerimento administrativo prévio para a percepção da complementação pretendida, além disso, como já mencionado, o autor é absolutamente incapaz, não correndo contra ele prescrição. Assim, forçoso concluir que o termo *a quo* é a entrada em vigor da Lei 8.186/91. Ressalve-se que até o óbito de sua genitora, em 14.4.1996 (fl. 30), o autor faz jus a percepção de metade do benefício, devendo-se ainda compensar qualquer pagamento administrativo efetuado.

8. No que diz respeito aos juros, tem-se que sobre as parcelas devidas, estes incidirão no percentual de 6% (seis por cento) ao mês, a contar da citação, até a vigência da Lei nº 11.690/09, que alterou o art. 1º-F da Lei 9.494/97, para que a correção monetária e os juros, a partir de então, sejam os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

9. Quanto aos honorários, vê-se que, mesmo em relação ao INSS, o pleito foi acolhido parcialmente. Assim, resta caracterizada a sucumbência recíproca e afastada a possibilidade de condenação em honorários.

10. Posto isso, nego provimento à apelação do autor e dou parcial provimento à remessa oficial e às apelações do INSS e da UNIÃO para fixar como termo inicial para pagamento da complementação a vigência da Lei 8.186/91, bem como para determinar que os juros sobre as parcelas vencidas serão de de 6% (seis por cento) ao mês, a contar da citação, até a vigência da Lei nº 11.690/09, que alterou o art. 1º-F da Lei 9.494/97, para que a correção monetária e os juros, a partir de então, sejam os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

11. É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 22.211-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelantes: TECCOL ENGENHARIA LTDA. E UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE - UFS
Apelados: OS MESMOS
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. JULIO CARRERA CORREIA

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESSARCIMENTO. ALTERAÇÃO CONTRATUAL POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ADITIVO DE SERVIÇOS. TEORIA DA IMPREVISÃO. REAJUSTE E ATUA-

LIZAÇÃO DAS FATURAS DE SERVIÇOS EXECUTADOS APÓS UM ANO. ATRASO SUPERIOR A 30 DIAS EM ALGUMAS FATURAS.

- Prova pericial que comprova a execução de serviços além do contratado. Prova testemunhal que serviu para esclarecimento de questões não alcançadas pela perícia técnica.

- Presunção de veracidade do laudo pericial.

- Honorários e correção fixados dentro do limite legal.

- Honorários periciais que devem ser suportados pela parte vencida.

- Apelo da universidade improvido. Apelação do particular e remessa oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 16 de abril de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de apelações e remessa oficial contra sentença da lavra do MM. Juiz Federal da 2ª Vara de Sergipe, Dr. Ronivon de Aragão, que julgou procedentes os pedidos autorais, para condenar a requerida a ressarcir a empresa autora no montante de R\$ 141.857,87, conforme apurado em Laudo Pericial, devidamente corrigido a partir de 31/01/2010, tendo sido os honorários fixados em 10% sobre o valor a ser restituído pela instituição de ensino.

Recorre o particular pugnando pela condenação da ré ao pagamento dos honorários periciais adiantados pelo autor, bem como pela majoração da verba honorária para o percentual de 20% sobre o valor da condenação, corrigido desde o ajuizamento da ação, acrescido de juros de mora de 1% ao mês, dado o trabalho desenvolvido pelo causídico.

A Universidade Federal de Sergipe argumenta que a prova pericial não pode ser substituída pela prova testemunhal e que a parte autora não conseguiu se desincumbir do ônus de provar os fatos alegados. Afirma que não poderia haver condenação em relação à execução de 780 metros de instalações elétricas extras não faturadas, porque não há prova de que os serviços foram executados pela autora, até porque é impossível medir quanto de fiação existe numa obra já concluída. Utilizando-se dos mesmos argumentos, a apelante afirma que não há como provar se o cabeamento estruturado e as instalações sanitárias foram executados pela empresa. Aduz que a autora-contratada vistoriou e recebeu o local da obra em condições de executar os serviços, não havendo como alegar imprevisão somente após incorrer em mora. Assevera que improcede o pedido de reajuste, na medida em que deve ser considerada a evidência no processo de que a empresa contratada deu causa às prorrogações do contrato, até porque não há previsão contratual para reajuste. Por fim, argumenta que não houve atraso no pagamento das faturas, tendo em vista que o prazo de 30 dias deve ser contado a partir da data final de adimplemento de cada parcela, conforme se depreende da Cláusula Terceira, Parágrafo Terceiro, Alínea A do contrato (fl. 72 dos autos).

Contrarrazões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

A presente ação foi ajuizada pela empresa TECCOL Engenharia Ltda. em face da Universidade Federal de Sergipe - UFS, visando à condenação desta ao pagamento do valor, reajuste e atualização do aditivo de preço, bem como da atualização do aditivo de serviços e reajuste de faturas de serviços executados após

1 (um) ano. Objetiva também o pagamento da inadimplência, em razão das parcelas pagas em atraso, além de 30 (trinta) dias, no que se refere ao Contrato Administrativo nº 835.005/2008m sob o fundamento de que adimplira todas as exigências contratuais.

Primeiramente, registro que a sentença monocrática analisou detalhadamente o contrato e os serviços realizados com base no laudo do visto oficial, o qual goza de presunção de veracidade. A prova testemunhal não foi substituída pela prova pericial, e sim serviu de complementação em relação aos aspectos não alcançados pelo perito. Os argumentos do apelante não são suficientemente sólidos e capazes de comprometer as conclusões do perito, acolhidas pelo Juiz, conforme se depreende da análise detalhada que ora transcrevo:

Em decisão saneadora proferida por este juízo, fls. 498/499, foi fixado como ponto controvertido os efetivos serviços executados na obra contratada, com os possíveis danos materiais causados, sendo para isso designada perícia.

O *expert*, em seu laudo técnico confeccionado após criteriosa avaliação de todo o histórico contratual, conclui que:

- (...) 1 - Restou comprovado R\$ 23.192,16 (vinte e três mil cento e noventa e dois reais e dezesseis centavos) de serviços executados além do contratado (aditivo de serviços). Data base: 11/12/2007 (data da proposta contratual).
- 2 - O reajuste pelo INCC - Índice Nacional de Construção Civil do valor informado no item anterior (R\$ 23.192,16) corresponde a R\$ 2.859,41 (dois mil oitocentos e cinqüenta e nove reais e quarenta e um centavos).
- 3 - A atualização monetária, sem juros, até dezembro de 2010, do valor de R\$ 23.192,16 corresponde a R\$ 292,28 (duzentos e noventa e dois reais e dezesseis centavos).
- 4 - A atualização monetária, sem juros, até dezembro de 2010, do valor de R\$ 2.859,41 corresponde a R\$ 36,04 (trinta e seis reais e quatro centavos).
- 5 - Os reajustes das notas fiscais emitidas e pagas após 12 (doze) meses, totalizam R\$ 59.493,73 (cinqüenta e nove mil quatrocentos e noventa e três reais e setenta e três centavos).
- 6 - A atualização monetária, sem juros, até dezembro de

2010, do valor R\$ 59.493,73 corresponde a R\$ 749,78 (setecentos e quarenta e nove reais e setenta e oito centavos).

7 - A atualização monetária, sem juros, até dezembro de 2010, das faturas pagas após 30 (trinta) dias emitidas corresponde a R\$ 9.108,42 (nove mil cento e oito reais e quarenta e dois centavos).

8 - O somatório dos valores informados corresponde a R\$ 95.731,82 (noventa e cinco mil, setecentos e trinta e um reais e oitenta e dois centavos).

Complementando seu laudo pericial, respondeu o perito, da seguinte forma, aos quesitos e manifestações das partes:

Respostas do *expert* aos quesitos da demandante - TECCOL Engenharia Ltda. (fls. 761/772):

1) O “Cabeamento Estruturado” está ligado ao Centro de Computação da UFS?

Sim.

2) Com base na planta de levantamento com determinação da verdadeira extensão do “cabeamento estruturado”, acompanhada da planta de localização dos serviços executados com referência ao *layout* do *campus* universitário em anexo é possível quantificar o acréscimo de metros ao “cabeamento estruturado”?

O fato de ter sido apresentado as Plantas de Levantamento Topográfico e de Localização dos Serviços do cabeamento estruturado e das instalações sanitárias, não necessariamente significa dizer que estejam executados, salvo se a parte ré se pronunciar quanto à efetivação destes serviços. Caso contrário, torna-se necessário proceder inspeções, preferencialmente na companhia dos engenheiros fiscais da obra, para efetivamente caracterizar e quantificar os serviços efetivamente concluídos.

(...)

6) Queira o Douto Perito informar onde encontra-se ligada a “instalação sanitária” do prédio construído pela Requerente.

Em uma fossa situada na frente do prédio, ao lado do transformador.

(...)

Respostas do *expert* à manifestação da UFS (fls. 877/884):

1- Da compensação/Das Instalações Elétricas:

O signatário profissional que labuta há 30 (trinta) anos na área pericial judicial, ou seja, possui alguma experiência, informa ser praticamente impossível medir quanto existe de fiação em uma obra de edificação já concluída.

Foi informado no Laudo haver coerência (grifo nosso) no aditivo de 780,00 metros da Planilha Rerratificada.

Quanto a existência de item novo, é usual em obras de edificações o surgimento de item não previsto na planilha orçamentária da obra.

2 - Do Reajuste e Do *Bis in Idem*:

Quem vai julgar a ação é o juiz. De tal modo que, caso o fato de inexistir cláusula de reajuste no Contrato, mesmo em uma obra se prorrogada que atingiu mais de 12 (doze) meses de execução, seja motivo de indeferimento do pleito, ficará a decisão para o MM. Julgador.

Sobre o *bis in idem*, este Profissional entende que são coisas distintas o reajuste pelo INCC e a atualização pela TR. Mas, quem vai decidir é o MM. Julgador.

2 - Atraso nas faturas:

Não compete a um Laudo de Engenharia refutar temas da inicial e/ou da contestação, e sim, apresentar o entendimento técnico diante do caso concreto. Tal fato foi feito, inclusive colocando o Magistrado à disposição de julgar se a Autora tem ou não direito aos 8 (oito) itens elencados na conclusão.

(...)

Do que se depreende do laudo pericial, confeccionado após vistoria realizada pelo *expert* judicial no local da obra, restou apurado que a empresa autora realmente executou serviços além do contratado, no total de R\$ 26.379,89 (vinte e seis mil, trezentos e setenta e nove reais e oitenta e nove centavos), referente ao aditivo de serviço, reajuste e atualização monetária.

Necessária perfazer se tais adicionais no valor contratado devem ser suportados pela própria contratada ou pelo contratante.

Restou demonstrado nos autos que a empresa contratada ao executar o contrato deparou-se com situações não

previstas inicialmente no edital, tendo em vista que as interligações de água, energia, cabeamento estruturante e esgoto não condiziam com os elementos fornecidos no referido edital.

Diante dos referidos empecilhos, a empresa contratada, em 13 de abril de 2009, encaminhou planilha de aditivo de serviços no valor de R\$ 59.486,07 (cinquenta e nove mil quatrocentos e oitenta e seis reais e sete centavos) sob a justificativa de "(...) necessidade de fazer todas as interligações, como sendo, água, energia, esgoto, incêndio, lógica, além da necessidade de execução de subestação área, considerando que tais serviços não encontram-se na sua totalidade no escopo de trabalho da obra *supra* mencionada e considerando ainda que a Planilha Rerratificada não teve suporte para abranger tais serviços (...)". Demais disso, a contratada já tinha anteriormente tentado solucionar junto com a contratante os problemas apontados, mas não obteve resposta por parte da contratante.

Dessa forma, a empresa, objetivando a conclusão da obra contratada, arcou com os custos adicionais para adequar o projeto original, procedendo às adequações necessárias quanto às divisórias dos sanitários, instalações elétricas, serviços de cabeamento estruturado (telefone e lógica) e instalações sanitárias.

Ora, toda essa situação fática exposta diz respeito à alteração dos contratos administrativos pela administração pública e à necessidade de aplicação da consagrada teoria da imprevisão. Segundo essa teoria, diante das eventuais mudanças no contexto em que foi realizado o contrato administrativo, por fatores inesperados e alheios à atuação das partes, deve-se proceder à revisão do preço anteriormente ajustado.

Quanto à alteração contratual prevista no art. 65 da Lei nº 8.666/93, e à teoria da imprevisão, observe-se a lição de Marçal Justen Filho:

A hipótese da alínea a compreende as situações em que se constata supervenientemente a inadequação da concepção original, a partir da qual se promovera a contratação. Tal pode verificar-se em vista de eventos supervenientes. (...)

Também se admite a incidência do dispositivo para res-paldar modificações derivadas de situações preexistentes, mas desconhecidas por parte dos interessados. O grande

exemplo é o das “sujeições imprevistas”, expressão clássica no Direito francês e que indica eventos da natureza ou fora do controle dos seres humanos, existentes por ocasião da contratação mas cuja revelação se verifica apenas por ocasião da execução da prestação. O grande exemplo é o da falha geológica de terreno, que impede a implantação da obra tal como inicialmente prevista (...).

No mesmo sentido a jurisprudência do TCU:

(...) 8. Entendo que é praticamente impossível deixar de ocorrer adequações, adaptações e correções quando da realização do projeto executivo e mesmo na execução das obras. Mas estas devem se manter em limites razoáveis, gerando as consequências naturais de um projeto que tem por objetivo apenas traçar as linhas gerais do empreendimento. (...) Quando sempre, as alterações qualitativas são necessárias e imprescindíveis à realização do objeto e, conseqüentemente, à realização do interesse público primário, pois que este se confunde com aquele. As alterações qualitativas podem derivar tanto de modificações de projeto ou especificação do objeto quanto da necessidade de acréscimo ou supressão de obras, serviços ou materiais, decorrentes de situações de fato vislumbradas após a contratação. Conquanto não se modifique o objeto contratual, em natureza ou dimensão, é de ressaltar que a implementação de alterações qualitativas requer, em regra, mudanças no valor original do contrato (Acórdão nº 2.352/2006, Plenário, rel. Min. Marcos Vinícius Vilaça).

Assim, tem-se que o efeito da teoria da imprevisão possui duas vertentes. Ou ocorre a rescisão do contrato sem atribuição de culpa, no caso em que a parte prejudicada (contratado) não puder cumprir as obrigações contratuais, ou, em sendo possível o cumprimento, proceder-se-á à revisão do preço para restaurar o equilíbrio rompido.

Nesse sentido, é o seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO. LEI Nº 8.666/96. MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO. FATO DO PRÍNCIPE. MAJORAÇÃO DA COFINS. TEORIA DA IMPREVISÃO. CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO.

1. Trata-se de apelação interposta pela EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS - EBCT em desfavor da sentença que julgou procedente, em parte, o

pedido autoral, condenando a ré ao pagamento de R\$ 60.159,10 (sessenta mil, cento e cinquenta e nove reais e dez centavos), referente às diferenças devidas nas parcelas mensais do contrato de prestação de serviços de limpeza e conservação celebrado entre as partes (fls. 21/34), em função da manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro decorrente do aumento da alíquota da COFINS para 7,6%, em fevereiro de 2004, e das majorações salariais estabelecidas nas Convenções Coletivas com vigências a partir de maio de 2004 (fls. 161/179), maio de 2005 (fls. 180/194) e maio de 2006 (fls. 195/201).

2. Inicialmente, vale ressaltar que a proteção de garantia ao equilíbrio econômico-financeiro deve ser observada, mesmo em se tratando de contrato administrativo, pois resulta de dispositivo constitucional, qual seja, o art. 37, XXI.

3. Nesta perspectiva, o contratado, baseado na teoria da imprevisão, faz jus a restauração do equilíbrio contratual caso ocorram eventos imprevistos de ordem econômica ou que surtam efeitos de natureza econômica, alheios à ação das partes, que repercutam de maneira seriamente gravosa sobre o equilíbrio do contrato.

4. De acordo com o art. 65, II, *d*, da Lei nº 8.666/93, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, os contratos poderão ser alterados, com as devidas justificativas, por acordo das partes “para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”. (AC 200481000 220839, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, TRF5 - Primeira Turma, 21/12/2009)

5. Na hipótese, as Convenções Coletivas de Trabalho, que conferiram aos empregados o aumento salarial, datam dos anos de 2004, 2005 e 2006 e o contrato de prestação de serviços com a EBCT (fls. 21/34) fora firmado em 07/11/

2003, havendo, sim, a existência de fato superveniente (imprevisibilidade da alteração contratual), já que tal despesa não era previsível pela empresa contratada, o que autoriza a incidência do art. 65, II, *d*, da Lei nº 8.666/93. (REsp 554375 / RS, STJ, 2ª Turma, Relator: Ministro Castro Meira, Data do Julgamento: 16/12/2004)

6. No caso em exame, a majoração da COFINS de 3% para 7,6%, em fevereiro de 2004, dever ser qualificada como “fato do príncipe”, pois consistiu em ato do Poder Público com repercussão sobre o contrato.

7. Portanto, não merece reforma a sentença em questão, levando-se em consideração que, para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, os aumentos decorrentes das convenções coletivas e da alíquota da COFINS devem retroagir a data dos respectivos fatos ensejadores do desequilíbrio do pacto.

8. Apelação improvida.

(TRF 5ª R. AC 462852-AL. Relator Desembargador Federal Francisco Barros Dias. Data: 17/06/2010 - Página: 221 - Ano: 2010)

No caso dos autos, como acima já dito, a empresa contratada, diante da imprevisão ocorrida no decorrer da execução do contrato, arcou com o ônus derivado da adequação do projeto inicial, fazendo jus, portanto, ao ressarcimento do valor referente a todas as despesas suportadas, conforme apurado no laudo pericial de fls. 544/545.

Por outro lado, verifica-se que as constatações do laudo pericial não foram suficientes para esclarecer a execução dos acréscimos de obra referentes ao cabeamento estruturado e instalações sanitárias, tendo em vista que o material já se encontra internalizado na construção, impossibilitando eventual medição, conforme exposto pelo perito à fl. 541:

(...) 5. O item cabeamento estruturado (telefone e lógica) não foi possível aferir a quantidade de acréscimo em 627,00 metros por encontrar-se enterrada a tubulação e cabos.

6. O item Instalações Sanitárias no valor de R\$ 5.036,32 (cinco mil trinta e seis reais e trinta e dois centavos) não foi possível aferir a execução porque a obra já encontra-se concluída e a tubulação sob o piso.

7. A data dos preços unitários é 11 de dezembro de 2007 (data da proposta).

Em suma, dos R\$ 59.486,07 (cinquenta e nove mil quatrocentos e oitenta e seis reais e sete centavos) a perícia constatou a materialização de R\$ 23.192,16 (vinte e três mil cento e noventa e dois reais e dezesseis centavos) referente aos itens “Elevações” e “Instalações Elétricas”, mas não foi possível caracterizar R\$ 36.293,91 dos itens “Cabeamento Estruturado” e “Instalações Sanitárias” por encontrar-se a obra concluída e tais serviços devidamente ocultos.

Ante a impossibilidade da verificação *in loco* de tais serviços, foi oportunizada a oitiva de testemunhas, através das testemunhas arroladas pela parte autora Cid Ricardo Ferreira Lima e Jurandir Bezerra dos Santos, bem como do assistente técnico da UFS, José Antônio de Arruda Câmara, conforme termos e gravação audiovisual de fls. 870/875, que foram enfáticas em afirmar que houve adicionais na execução da obra suportados pela contratada diversamente das situações previstas no edital no tocante aos itens cabeamento estruturado e instalações sanitárias.

Dessa forma, verifica-se que a parte autora, através da produção de prova testemunhal, se desincumbiu do seu ônus probatório de comprovar seu direito constitutivo quanto aos aditivos de serviços referentes aos itens “cabeamento estruturado” e “instalações sanitárias”, sendo-lhe devida a importância de R\$ 36.293,91 (trinta e seis mil duzentos e noventa e três reais e noventa e um centavos).

Importa destacar que, além de as testemunhas ouvidas por este juízo terem sido uníssonas quanto a feitura de tal parcela da obra, há nos autos documentação suficiente acerca dos custos que foram suportados pela empresa autora na conclusão desse serviço.

Do que se vê, a parte contratante, mesmo sem qualquer previsão inicial do contrato e sem que a culpa coubesse à contratada, pretendeu imputar a responsabilidade à empresa. Ora, ao ente público, até por dever constitucional, incumbe atuar de forma legal, e também ética. Não se pode supor que o Estado exija postura ética e dentro da moralidade (princípio constitucional) dos administrados – contratados ou não pela Administração – e atue de forma contrária, quando exige adimplemento de obrigações, cujo dever é do próprio Estado.

Demais disso, diferentemente das alegações da requerida, não restou demonstrada a existência de serviços pa-

gos e não realizados pela contratada para uma possível compensação.

Nesse sentido, seguem os esclarecimentos do perito judicial no item 7.2 do laudo pericial (fl. 541):

Aduz a requerida à fl. 204 que a partir da 10ª medição até a 13ª medição houve pagamento de serviços sem a devida contraprestação. Nomina os itens de serviços 06.001.011, 06.011.012, 06.001.013 e 06.001.014 que na Planilha Orçamentária Rerratificada constam como suprimidos.

Na realidade, tais serviços foram devidamente compensados pelos itens que sofreram aditivos, noutro modo de dizer, a antepenúltima coluna da mencionada Planilha consta o valor global de R\$ 85.884,89 (oitenta e cinco mil oitocentos e oitenta e quatro reais e oitenta e nove centavos) de serviços suprimidos.

Assim, diante do princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, bem como da vedação do enriquecimento sem causa, cabe à contratante ressarcir as despesas adicionais efetivadas pela contratada, tendo em vista a conclusão satisfatória da obra.

2.2.2. Da atualização e do reajuste das faturas de serviços executados após 1 (um) ano:

Requer a autora o reajuste e a atualização das faturas de serviços executados após 1 (um) ano, fundamentando seu pedido no fato de que o saldo contratual deve ser ajustado quando ultrapassado o período de 12 (doze) meses contados a partir da data da submissão da proposta por força do § 1º do art. 3º da Lei Federal nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001.

Dispõe a Lei 10.192/2001:

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o *caput* deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

(...)

No caso, verifica-se que o prazo inicial para execução dos serviços contratados era de 270 (duzentos e setenta) dias corridos, contados a partir do recebimento pela contratada da ordem de serviço emitida pelo Departamento de Obras e Fiscalização da PREFCAMP/UFS, divididos em 9 (nove) etapas de 30 (trinta) dias cada, excluindo-se os dias em que, por motivo de força maior, houver interrupção dos trabalhos.

Da análise dos documentos, tem-se que a obra contratada teve início em 28/01/2008, conforme ordem de serviço sob nº 13/2008 de fl. 85 dos autos, tendo ocorrido duas prorrogações dando origem ao 1º termo aditivo que prorrogou por 90 (noventa) dias de 22/10/2008 a 19/01/2009 e ao 2º termo aditivo que prorrogou por mais 90 (noventa) dias de 22/01/2009 a 19/04/2009.

Dessa forma, constata-se que o referido contrato ultrapassou o período de 12 (doze) meses, sendo devido o reajustamento das faturas dos serviços prestados, bem como sua atualização monetária.

Nesse sentido, seguem as conclusões do perito judicial:

7.7 - Reajuste das Faturas de Serviços Executados Após 1 ano:

As notas fiscais de números 2329, 2346 e 2360 datam respectivamente de 19/01/2009, 16/03/2009 e 12/05/2009, correspondem às 11ª, 12ª e 13ª medições, os valores são R\$ 99.745,57, R\$ 114.102,68 e R\$ 268.695,02, totalizam R\$ 482.543,27 e portanto por compreenderem períodos superiores a 12 (doze) meses, são passíveis de reajustamentos.

(...)

VIII - CONCLUSÕES:

Conforme exposição técnica apresentada, conclui-se que:

(...)

5 - Os reajustes das notas fiscais emitidas e pagas após 12 (doze) meses, totalizam R\$ 59.493,73 (cinquenta e nove mil quatrocentos e noventa e três reais e setenta e três centavos).

6 - A atualização monetária, sem juros, até dezembro de 2010, do valor de R\$ 59.493,73 corresponde a R\$ 749,78 (setecentos e quarenta e nove reais e setenta e oito centavos).

(...)

Cabe ressaltar que, diferentemente da tese levantada pela requerida, não há que se falar em *bis in idem* quando da aplicação concomitante do reajuste com a atualização monetária, tendo em vista que são institutos distintos, pois aquele visa a evitar que, na fase de execução, seja rompida a equação econômica do contrato, ruptura essa decorrente da elevação dos preços dos insumos.

A correção monetária, por sua vez, tem por função evitar a depreciação da moeda, tanto no período entre o adimplemento da obrigação e o pagamento do preço ajustado, quando por eventuais atrasos de pagamento.

Dessa forma, mostra-se devido tanto o reajuste quanto a atualização monetária dos valores pagos pelos serviços executados após 1 (um) ano da data da submissão da proposta.

2.2.3. Da inadimplência - pagamento das faturas após 30 (trinta) dias:

A autora busca, também, a condenação da UFS nas correções advindas do pagamento das faturas após 30 (trinta) dias.

O contrato celebrado entre as parte, assim dispõe na sua cláusula 3ª, §1º, a:

a) As faturas serão protocoladas e encaminhadas ao Departamento de Obras e Fiscalização da PREFCAMP/UFS, para conferência e posterior pagamento da execução dos serviços/obras que disporá de até 30 (trinta) dias corridos, contados a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela; (...)

Demais disso, dispõe a cláusula nona, que trata das obrigações das partes, ser da contratante a obrigação de efetuar o pagamento à contratada nos termos deste contrato.

Conclusivo para o deslinde da questão, tem-se o laudo pericial, especificamente no seu item 7.9:

7.9 - Inadimplência (faturas pagas após 30 dias):

As notas fiscais de números 2179, 2188, 2305, 2329 e 2346 datam especificamente de 10/04/2008, 08/05/2008, 07/11/2008, 19/01/2009 e 16/03/2009, foram pagas em 11/06/2008, 11/06/2008, 23/12/2008, 02/03/2008 e 22/04/2008, os valores são R\$ 37.380,39, R\$ 80.305,51, R\$ 217.662,13, R\$ 99.745,57 e R\$ 114.102,68, totalizam R\$ 549.196,28,

foram pagas após 30 (trinta) dias, sendo, portanto passíveis de correções. (...)

E, nas suas conclusões, o *expert* traz que:

7 - A atualização monetária, sem juros, até dezembro de 2010, das faturas pagas após 30 (trinta) dias emitidas corresponde a R\$ 9.108,42 (nove mil cento e oito reais e quarenta e dois centavos).

Pelo que se depreende do laudo pericial, a empresa autora mais uma vez cumpriu com as suas obrigações contratuais, em que pese terem sido constatados atrasos no pagamento pela contratante.

A UFS não trouxe aos autos contraprova hábil capaz de retirar as conclusões do *expert*. Diante da complexidade da celeuma aqui apresentada, a prova pericial se mostra adequada para solucionar as controvérsias suscitadas, por se tratar de obra de grande vulto e que demanda análise criteriosa de toda a situação, partindo da análise do contrato até a finalização da obra e seu recebimento final.

Portanto, mostram-se devidas, também, as correções advindas do pagamento das faturas após 30 (trinta) dias.

No que se refere à irresignação do particular acerca dos honorários e fixação do percentual de juros de mora, a sentença monocrática ajusta-se ao entendimento desta Colenda Quarta Turma, no sentido de o valor corrigido obedecer ao disposto no Manual de Cálculos da Justiça Federal e fixação de honorários em 10% sobre o valor da condenação.

Já no que tange aos honorários periciais, estes, de fato, devem ser suportados pela parte vencida. Neste sentido, transcrevo precedente:

PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS PERICIAIS. CUSTEIO. PARTE SUCUMBENTE.

1. O art. 33 do CPC trata apenas do adiantamento dos honorários periciais, de modo que, ao final do processo, a parte sucumbente deve ressarcir à vencedora os honorários periciais por ela antecipados.

2. Apesar de a União ter requerido e antecipado os honorários periciais, os recorrentes devem ressarcir-la, pois o ente Federal restou vencedor na demanda, extinta sem resolução do mérito, por inadequação do pedido e da causa de pedir.

3. “O dever de adiantar os honorários periciais, consoante previsão do art. 33 do CPC, derivado do ‘Princípio da Personalidade das Despesas’ está ligado ao interesse processual, a utilidade que o requerente obterá com a produção da prova técnica para fins de demonstração de seu direito, e não se confunde com o dever de o vencido reembolsar o vencedor daquelas despesas adiantadas, porquanto, neste caso, é a sucumbência o critério utilizado para atribuição de referida obrigação, nos termos do *caput* do art. 20 do CPC”. (RESP 200900296051, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, 10/03/2010)

4. Apelação improvida.

(PROCESSO: 00044981419994058500, AC 524331/SE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS, Segunda Turma, JULGAMENTO: 30/08/2011, PUBLICAÇÃO: DJE 08/09/2011 - Página 163)

Por essas razões, nego provimento ao apelo da Universidade e dou parcial provimento à apelação do particular e à remessa oficial, tão somente para condenar o vencido ao pagamento dos honorários periciais adiantados pelo autor.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 24.686-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelado: JOZEF ELISABETH PIERRE VAN STEENBERGEN
Adv./Proc.: DR. MARIA JOSE DA SILVA E OUTRO (APDO.)

EMENTA: DIREITO ADUANEIRO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPORTAÇÃO. APREENSÃO DE BARCO VELEIRO UTILIZADO COMO MEIO DE TRANSPORTE. VIAGENS INTERNACIONAIS. PENA DE PERDIMENTO DA NAVE. NÃO CARACTERIZADA. MOTIVAÇÃO PER RELATIONE. APELO NÃO PROVIDO. REMESSA PREJUDICADA. - Trata-se de remessa oficial e de apelação cível contra sentença monocrática que em sede de

ação mandamental (fls. 341/344) concedeu a segurança, determinando à autoridade coatora, Inspetor da Divisão de Repreensão ao Contrabando e Descaminho da Superintendência da Receita Federal do Brasil, que se abstenha de continuar retendo a embarcação náutica pertencente ao impetrante/apelado, decretando, ademais, a nulidade de determinados atos administrativos relativos ao caso (Auto de Infração e decisão que aplicou a pena de perdimento da nave).

- A Suprema Corte do país firmou o entendimento de que a técnica da motivação per relationem é plenamente compatível com o princípio da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais, entalhado no art. 93, IX, da CF/88, de forma que a sua utilização não constitui negativa de prestação jurisdicional.

- Após minuciosa análise dos autos, verifica-se que os fundamentos exarados na decisão recorrida identificam-se, perfeitamente, com o entendimento deste Relator, motivo pelo qual passarão a incorporar formalmente o presente voto, como razão de decidir, mediante a utilização da técnica da motivação referenciada.

[...]

“A Autoridade apontada como coatora narra que numa fiscalização de rotina, feita no Cabanga late Clube de Pernambuco, na cidade do Recife-PE, e notou-se a presença da mencionada embarcação e, como os respectivos Agentes Fiscais teriam “considerados indícios de que a embarcação teria sido introduzida clandestinamente no País, ou importada irregular ou fraudulentamente, haja vista a ausência de documentos hábeis a demonstrar sua regular importação, ...”, resolveram efetuar “sua pronta retenção como medida acautelatória dos interesses da Fazenda Nacional”. Informou ainda que o ora Impetrante fora notificado a comprovar que teria importado a

embarcação regularmente e que também apresentasse a documentação e que comparecera no dia seguinte na Repartição Fiscal, mas o teria feito sem a documentação que atestasse a regularidade da referida importação, tampouco da regularidade da sua permanência no Brasil. E então, continua a Autoridade nas suas informações, foi lavrado o auto de infração nº 0415100/40049/11, datado de 20.04.2011, apreendendo-se a embarcação como mercadoria estrangeira sujeita à pena de perdimento, porque não haveria comprovação da sua regular importação, com o seguinte fundamento legal: inciso IV e § 1º do art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455/1976, combinados com o inciso X do art. 105 do Decreto-lei nº 37/1966, sendo todos eles regulamentados pelo inciso X do art. 689 do Decreto nº 6.759/2009.

[...] Constata-se nesse auto de infração e nos relatórios que dele fazem parte que o veículo marítimo, pelo qual o Impetrante atravessou mares para aqui chegar, foi transformado, pelas Autoridades alfandegárias do Brasil em mercadoria clandestina, para dela se apropriar o Estado, sem qualquer indenização e, como veremos, sem qualquer base legal, no que restou ferido o inciso II do art. 5º da Constituição da República.

[...] O Impetrante prova nos autos e provou perante a Autoridade apontada como coatora e também perante os Agentes dessa Autoridade, que passou pelo Porto de Fernando de Noronha (v. Passe de Saída nº 074/2011, de fl. 30), passou pela Capitania dos Portos do Recife (v. documento de fls. 31-32vº), pagando as respectivas taxas, comprovou a regularidade do seu barco no seu País de origem (fls. 33-37), que é casado com uma brasileira e que aqui veio a passeio, é tanto que deixou o seu barco atracado na marina do conhecido Cabanga late Clube, cujos sócios fazem parte da nata da sociedade recifense, região

quase central da cidade.

[...] Seria por demais cansativo continua examinando cada dispositivo legal indicado no indigitado auto de infração, pois os que seriam os principais, conforme demonstrado, ou não se aplicam ao caso dos autos, ou não autorizam a aplicação da pena de perdimento, o que nos leva a conceder a segurança.

[...] Posto isso: a) tome a Secretaria deste juízo a providência indicada no subitem 1.2 da fundamentação supra e remeta cópia desta sentença para os autos do agravo de instrumento noticiado às fls. 332-332-vº; b) julgo procedentes os pedidos desta ação mandamental, decreto a nulidade dos noticiados atos administrativos, sobretudo do noticiado auto de infração e da decisão que aplicou a pena de perdimento e determino a Autoridade apontada como coatora que libere a embarcação do Impetrante, sem qualquer ônus financeiro, e permita que o Impetrante retorne ao seu País de origem, com referida embarcação, sob as penas do art. 26 da Lei nº 12.016, de 2009.

- Recurso improvido, restando prejudicada a remessa necessária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELREEX 24686-PE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento ao recurso apelativo, restando prejudicada a remessa necessária, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 2 de maio de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA
ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de remessa oficial e de apelação cível contra sentença monocrática que em sede de ação mandamental (fls. 341/344) concedeu a segurança, determinando à autoridade coatora, Inspetor da Divisão de Repreensão ao Contrabando e Descaminho da Superintendência da Receita Federal do Brasil, que se abstenha de continuar retendo a embarcação náutica pertencente ao impetrante/apelado, decretando, ademais, a nulidade de determinados atos administrativos relativos ao caso (Auto de Infração e decisão que aplicou a pena de perdimento da nave).

2. A Fazenda Nacional, em suas razões recursais (fls. 351/361), defende a) a real constatação de que a parte impetrante/apelada importou o veleiro Marica de forma irregular, não tendo feito prova, em nenhum momento, do despacho aduaneiro (regra estatuída no art. 44 do Decreto-Lei nº 37/66), além de enquadrar a conduta do proprietário da nave como tipificada na alínea c do § 1º do art. 334 do Código Penal; b) motivar a pena de perdimento de mercadorias, de acordo com o inciso X e § 19 do art. 23 do Dec-Lei nº 1.455/76 c/c inciso X do art. 105 do Dec-Lei nº 37/66, regulamentadas pelo inciso X do art. 689 do Decreto nº 6.759/2009 e, por fim, a reforma da sentença, com a declaração válida da pena de perdimento da embarcação, objeto do processo administrativo nº 19615.720.020/2011-61.

3. Contrarrazões apresentadas (fls. 382/388).

É o relatório.

VOTO

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

1. Antes de adentrar no mérito da demanda, impende destacar que a Suprema Corte do país firmou o entendimento de que a técnica da motivação *per relationem* é plenamente compatível com o princípio da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais, entalhado no art. 93, IX, da CF/88, de forma que a sua utilização não constitui negativa de prestação jurisdicional.

2. A este respeito, o Ministro Celso de Melo, esclareceu, no julgamento do AI 825.520-AgR-Ed (*DJe* de 12.09.11), que “a remissão feita pelo magistrado – referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte à anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) – constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir”.

3. Na mesma esteira, é possível observar que a Primeira Turma desta egrégia Corte Regional, vem adotando de maneira crescente a aludida técnica, homenageando o princípio da economia processual, nas hipóteses onde uma nova análise extensiva sobre a demanda seria despicienda, uma vez que o julgado paradigma tende a ser confirmado. Confira-se:

ADMINISTRATIVO. GREVE DE SERVIDORES PÚBLICOS. VISTORIA SANITÁRIA. CERTIFICADO DE LIVRE PRÁTICA. EMBARCAÇÃO. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. ADOÇÃO DA TÉCNICA DA MOTIVAÇÃO REFERENCIADA (*PER RELATIONEM*). AUSÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ENTENDIMENTO DO STF.

1. Cuida-se de remessa obrigatória de sentença que, ratificando a liminar anteriormente deferida, concedeu a segurança para confirmar o direito da impetrante à vistoria sanitária e expedição do Certificado de Livre Prática para a embarcação MT BOW HERON, salvo se motivo outro que não o movimento paredista esteja a obstaculizar o procedimento de emissão do referido certificado.

2. A mais alta Corte de Justiça do país já firmou entendimento no sentido de que a motivação referenciada (*per relationem*) não constitui negativa de prestação jurisdicional, tendo-se por cumprida a exigência constitucional da fundamentação das decisões judiciais. Adota-se, portanto, os termos da sentença como razões de decidir.

3. (...) “Com efeito, nada obstante o direito de greve seja assegurado aos servidores públicos nos termos do art. 37, VII, da Constituição Federal, movimentos paredistas não podem representar uma total paralisação na prestação dos respectivos serviços públicos, que são de natureza essencial à sociedade. E não poderia ser de modo diferente, considerando que se o Estado determina a submissão do

particular à fiscalização para o descarregamento e carregamento de mercadorias nos portos brasileiros, incumbelhe o dever de exercê-la. Assim, a prestação do serviço público essencial, no caso, a análise das mercadorias importadas/exportadas, deve ser realizada independentemente do movimento grevista no serviço público, devendo ser protegidos os interesses jurídicos e econômicos dos administrados”.

Remessa obrigatória improvida.

(PROCESSO: 00118977620124058100, REO553757/CE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA, Primeira Turma, JULGAMENTO: 04/04/2013, PUBLICAÇÃO: *DJe* 11/04/2013 - Página 177)

ADMINISTRATIVO. MILITAR. PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPROVAÇÃO. ADOÇÃO DA TÉCNICA DA FUNDAMENTAÇÃO *PER RELATIONEM*.

1. Adoção da chamada fundamentação *per relationem*, após a devida análise dos autos, tendo em vista que a compreensão deste Relator sobre a questão litigiosa guarda perfeita sintonia com o entendimento esposado pelo Juízo de Primeiro Grau, motivo pelo qual se transcreve, como razão de decidir, nesta esfera recursal, a fundamentação da sentença (itens 2 a 4 desta ementa).

2. As declarações prestadas pelo *de cujus* “em audiência realizada nos autos da ação de guarda nº 2932/99 da Comarca de Carpina, Estado de Pernambuco (fl. 241), demonstram que ele mantinha união estável com a Sra. Luzia Maria da Silva. Dessa forma, a ação merece ser julgada procedente, em face da prova emprestada nos autos da ação acima referida”.

3. “Ademais, a ausência de designação da companheira como dependente, para fins previdenciários, não impede a concessão de pensão por morte, conforme entende o Superior Tribunal de Justiça”.

4. Precedentes desta Corte Regional e do Superior Tribunal de Justiça.

5. Remessa oficial e apelações improvidas. (PROCESSO: 200683000092310, APELREEX 22359/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO CAVALCANTI, Primeira Turma, JULGAMENTO: 21/03/2013, PUBLICAÇÃO: *DJE* 26/03/2013 - Página 384)

4. Sobre o tema, impende mencionar, também, o posicionamento da doutrina, explicitando que a fundamentação *per relationem* pode ser utilizada pelo julgador desde que: “a) não tenha havido suscitação de fato ou argumento novo, b) a peça processual à qual se reporta a decisão esteja substancialmente fundamentada, aplicando-se, ainda, tudo o que se disse até aqui sobre os fundamentos da própria decisão, c) a peça que contém a fundamentação referida esteja nos autos e que a ela possam ter acesso as partes”. (*In Curso de Processo Civil*, vol. 02, Fredie Didier Junior e outros, 2008, p. 272)

5. Na hipótese trazida a lume nesta esfera recursal, após minuciosa análise dos autos, verifico que os fundamentos exarados na decisão recorrida identificam-se, perfeitamente, com o entendimento deste Relator, motivo pelo qual passarão a incorporar formalmente o presente voto, como razão de decidir, mediante a utilização da técnica da motivação referenciada:

[...]

A Autoridade apontada como coatora narra que numa fiscalização de rotina, feita no Cabanga late Clube de Pernambuco, na cidade do Recife-PE, e notou-se a presença da mencionada embarcação e, como os respectivos Agentes Fiscais teriam “considerados indícios de que a embarcação teria sido introduzida clandestinamente no País, ou importada irregular ou fraudulentamente, haja vista a ausência de documentos hábeis a demonstrar sua regular importação, ...”, resolveram efetuar “sua pronta retenção como medida acautelatória dos interesses da Fazenda Nacional”. Informou ainda que o ora Impetrante fora notificado a comprovar que teria importado a embarcação regularmente e que também apresentasse a documentação e que comparecera no dia seguinte na Repartição Fiscal, mas o teria feito sem a documentação que atestasse a regularidade da referida importação, tampouco da regularidade da sua permanência no Brasil. E então, continua a Autoridade nas suas informações, foi lavrado o auto de infração nº 0415100/40049/11, datado de 20.04.2011, apreendendo-se a embarcação como mercadoria estrangeira sujeita à pena de perdimento, porque não haveria comprovação da sua regular importação, com o seguinte fundamento legal: inciso IV e § 1º do art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455/1976, combinados com o inciso X do art. 105 do Decreto-Lei

nº 37/1966, sendo todos eles regulamentados pelo inciso X do art. 689 do Decreto nº 6.759/2009.

[...] Diante do auto de infração, constato que a fundamentação legal utilizada não foi a indicada pela Autoridade apontada como coatora nas suas informações, mas, sim, a seguinte:

Autuação com base no art. 27 do Decreto-Lei nº 1.455/76, por “001 - mercadoria estrangeira sem documentação comprobatória de sua importação regular. Também foram indicados como “fundamentos” “Art. 105, inciso X, do Decreto-Lei nº 37/66 e arts. 23, inciso IV e parágrafo primeiro, e 24 do Decreto-Lei nº 1.455/76 (alterado pela Lei nº 10.637/2002), regulamentado pelo art. 689, inciso X, do Decreto nº 6.759/09; arts. 94, 95, 96, inciso II, 111, 113 do Decreto-lei nº 37/66, e arts. 23, 25 e 27 do Decreto-Lei nº 1.455/76, regulamentados pelos arts. 673, 674, 675, inciso II, 686, 687, 701 e 774 do Decreto nº 6.759/09”.

E ainda acrescentou-se no referido auto de infração que as “mercadorias apreendidas ficarão sob guarda fiscal em nome e ordem do Ministro da Fazenda, como medida acautelatória dos interesses da Fazenda Nacional, nos termos do art. 25 do Decreto-Lei nº 1.455/76”.

Note-se, no texto por último transcrito, o teor altamente autoritário, típico da época em que o respectivo diploma legal foi editado, época da ditadura militar.

Constata-se nesse auto de infração e nos relatórios que dele fazem parte que o veículo marítimo, pelo qual o Impetrante atravessou mares para aqui chegar, foi transformado, pelas Autoridades alfandegárias do Brasil em mercadoria clandestina, para dela se apropriar o Estado, sem qualquer indenização e, como veremos, sem qualquer base legal, no que restou ferido o inciso II do art. 5º da Constituição da República. Violência das violências, contra um súdito belga, nosso visitante, casado com uma nossa conterrânea, num autoritarismo visto apenas na época do noticiado regime militar, impróprio para os dias de hoje e em total afronta às regras, não só do já invocado inciso II do art. 5º, mas também do art. 1º da nossa vigente Constituição da República, que estabelece ser o Brasil uma república federativa democrática de direito, com fundamento, entre outras coisas, na CIDADANIA e DIGNIDADE HUMANA.

[...] O impetrante prova nos autos e provou perante a autoridade apontada como coatora e também perante os agentes dessa autoridade, que passou pelo Porto de Fernando de Noronha (v. Passe de Saída nº 074/2011, de fl. 30), passou pela Capitania dos Portos do Recife (v. documento de fls. 31-32vº), pagando as respectivas taxas, comprovou a regularidade do seu barco no seu país de origem (fls. 33-37), que é casado com uma brasileira e que aqui veio a passeio, é tanto que deixou o seu barco atracado na marina do conhecido Cabanga late Clube, cujos sócios fazem parte da nata da sociedade recifense, região quase central da cidade.

[...] mercadoria é bem móvel (o e. Superior Tribunal de Justiça admite também que bem imóvel o seja) posto para comércio. Ora, o impetrante nunca colocou o seu veleiro à venda, pois o estava utilizando como meio de transporte e veio nele do seu país até o Brasil.

[...] Como já dito, o impetrante utilizou referida embarcação como meio de transporte. Não o importou, portanto, pois, para importá-lo, teria que estar aqui no Brasil e adquiri-lo de alguém sediado em outro país. No máximo, poderia se considerar que ele o exportou para o Brasil, mas nem isso aconteceu, porque só se exporta para outrem e isso, como resta incontroverso, não aconteceu.

E o pior de tudo: o impetrante, belga, é casado com uma brasileira e aqui veio em visita da família desta e a passeio. E, no entanto, nada disso foi considerado pelo fiscalismo dos auditores fiscais, comandados pela autoridade apontada como coatora, que colocaram o impetrante sob suspeita da prática de crime (importação clandestina de mercadoria) e ainda tomaram-lhe o meio de transporte, transformando um simples passeio de férias num pesadelo que já dura mais de um ano, posto que a apreensão do barco deu-se em abril de 2011 e já estamos em pleno maio de 2012.

Examinemos alguns dos dispositivo legais que foram invocados pelo auditor fiscal no noticiado auto de infração, tendo por base os textos que se encontra no *síte* da UNIÃO, qual seja, www.planalto.com.br

a) Art. 105, X, do Decreto-Lei nº 37/66.

Esse Decreto-Lei trata do imposto de importação. Eis a redação desse dispositivo legal:

Art. 105 - Aplica-se a pena de perda da mercadoria:

X - estrangeira, exposta à venda, depositada ou em cir-

culação comercial no país, se não for feita prova de sua importação regular;

Não há nos autos um único indício de prova de que o impetrante tenha importado o referido barco, tampouco que o tenha exposto à venda ou em circulação comercial no país. Sem nenhum sentido, pois, essa fundamentação legal, lançada contra o impetrante.

b) Art. 23-IV e parágrafo primeiro do art. 24, todos do Decreto-Lei nº 1.455/76.

Eis a redação desses dispositivos legais:

Art. 23. Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias:

IV - enquadradas nas hipóteses previstas nas alíneas *a* e *b* do parágrafo único do artigo 104 e nos incisos I a XIX do artigo 105 do Decreto-Lei número 37, de 18 de novembro de 1966.

§ 1º O dano ao erário decorrente das infrações previstas no *caput* deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002).

Art. 24. Consideram-se igualmente dano ao Erário, punido com a pena prevista no parágrafo único do artigo 23, as infrações definidas nos incisos I a VI do artigo 104 do Decreto-Lei número 37, de 18 de novembro de 1966.

Note-se a péssima redação desses dispositivos legais.

Realmente, o § 1º diz que o dano ao erário decorrentes das infrações previstas no *caput* do art. 23 será punido com a pena de perdimento, mas no *caput* do art. 23 não há a descrição de nenhum “dano ao erário”, pois a descrição dos danos ao erário estão nos incisos desse dispositivo. O art. 24 faz referência ao parágrafo único do art. 23, mas mencionado parágrafo único foi suprimido pela Lei nº 10.637, de 2002. Então, totalmente sem sentido a invocação, pelos auditores fiscais da Fazenda Nacional, desses dispositivos legais.

Vejamos o inciso IV do art. 23, que se reporta para as hipóteses previstas nas alíneas *a* e *b* do parágrafo único do art. 104 e para os incisos I a XIX do art. 105, todos do Decreto-Lei nº 37, de 1966.

Eis a íntegra do art. 104 do Decreto-Lei nº 37, de 1966:

Art.104 - Aplica-se a pena de perda do veículo nos seguintes casos:

I - quando o veículo transportador estiver em situação ilegal, quanto às normas que o habilitem a exercer a navegação ou o transporte internacional correspondente à sua espécie;

II - quando o veículo transportador efetuar operação de descarga de mercadoria estrangeira ou a carga de mercadoria nacional ou nacionalizada fora do porto, aeroporto ou outro local para isso habilitado;

III - quando a embarcação atracar a navio ou quando qualquer veículo, na zona primária, se colocar nas proximidades de outro, vindo um deles do exterior ou a eles destinado, de modo a tornar possível o transbordo de pessoa ou carga, sem observância das normas legais e regulamentares;

IV - quando a embarcação navegar dentro do porto, sem trazer escrito, em tipo destacado e em local visível do casco, seu nome de registro;

V - quando o veículo conduzir mercadoria sujeita à pena de perda, se pertencente ao responsável por infração punível com aquela sanção;

VI - quando o veículo terrestre utilizado no trânsito de mercadoria estrangeira desviar-se de sua rota legal, sem motivo justificado;

VII - quando o veículo terrestre utilizado no trânsito de mercadoria estrangeira for desviado de sua rota legal com intenção de violação, supressão ou substituição de carga; (Redação dada pela Medida Provisória nº 38, de 2002)

Parágrafo único. Aplicam-se cumulativamente:

a) no caso do inciso II, a pena de perda da mercadoria;
b) no caso do inciso III, a pena de multa de Cr\$ 5.000 a Cr\$ 10.000 por passageiro ou tripulante conduzido pelo veículo que efetuar a operação proibida, além da perda da mercadoria que transportar.

Parágrafo único. Aplicam-se cumulativamente: (Redação dada pela Lei nº 10.833, de 29.12.2003)

I - no caso do inciso II do *caput*, a pena de perdimento da mercadoria;

II - no caso do inciso III do *caput*, a multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) por passageiro ou tripulante conduzido pelo veículo que efetuar a operação proibida, além do

perdimento da mercadoria que transportar.

A alínea *a* do parágrafo único diz que se aplica a pena de perdimento no caso do inciso II do *caput* e este estabelece que se aplica referida pena “II - quando o veículo transportador efetuar operação de descarga de mercadoria estrangeira ou a carga de mercadoria nacional ou nacionalizada fora do porto, aeroporto ou outro local para isso habilitado;”.

Não há o menor indício de que o impetrante, com o seu veleiro de passeio, efetuou operação de descarga de mercadoria estrangeira ou a carga de mercadoria nacional ou nacionalizada fora do porto, aeroporto ou outro local para isso habilitado.

A alínea *b* do parágrafo único acima transcrito reporta-se ao inciso III do art. 104, que trata de operação em zona primária. Consta do Decreto nº 6.759, de 05.02.2009, que regulamenta a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior, a seguinte definição e abrangência para zona primária:

Art. 3º A jurisdição dos serviços aduaneiros estende-se por todo o território aduaneiro e abrange (Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, art. 33, *caput*):

I - a zona primária, constituída pelas seguintes áreas demarcadas pela autoridade aduaneira local:

- a) a área terrestre ou aquática, contínua ou descontínua, nos portos alfandegados;
- b) a área terrestre, nos aeroportos alfandegados; e
- c) a área terrestre, que compreende os pontos de fronteira alfandegados; ...

Mesmo que se considere como zona primária a marina do Cabanga late Clube de Pernambuco, sediado nesta cidade do Recife-PE, ainda que o impetrante tivesse praticado alguma ilegalidade, como prevista no inciso III do art. 104 acima transcrito, a pena, segundo a invocada alínea *b* do seu parágrafo único, não seria de perdimento do veículo, mas sim uma multa pecuniária. Poderia ser aplicada pena de perdimento à mercadoria que estivesse sendo transportada, o que não seria o caso, pois na embarcação o ora impetrante não trouxe bens para comércio, pelo menos não há nos autos nenhuma prova nesse sentido e a autoridade apontada como coatora nada dissertou a respeito desse fato, tendo apenas querido transformar o veículo de transporte do impetrante

numa mercadoria, o que, como já vimos, não seria possível. Seria por demais cansativo continuar examinando cada dispositivo legal indicado no indigitado auto de infração, pois os que seriam os principais, conforme demonstrado, ou não se aplicam ao caso dos autos, ou não autorizam a aplicação da pena de perdimento, o que nos leva a conceder a segurança. Posto isso: a) tome a Secretaria deste juízo a providência indicada no subitem 1.2 da fundamentação *supra* e remeta cópia desta sentença para os autos do agravo de instrumento noticiado às fls. 332-332-vº; b) julgo procedentes os pedidos desta ação mandamental, decreto a nulidade dos noticiados atos administrativos, sobretudo do noticiado auto de infração e da decisão que aplicou a pena de perdimento e determino a autoridade apontada como coatora que libere a embarcação do impetrante, sem qualquer ônus financeiro, e permita que o impetrante retorne ao seu país de origem, com referida embarcação, sob as penas do art. 26 da Lei nº 12.016, de 2009.

6. Com estes fundamentos nego provimento à apelação cível, restando prejudicada a remessa necessária.

7. É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 26.279-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Apelante: VALDEMAR CARDOSO DA ROCHA JUNIOR
Apelada: UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - UFPE
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. RICARDO JOSÉ LUCAS PRAGANA FILHO E OUTROS

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MAGISTÉRIO SUPERIOR. PROFESSOR TITULAR. CARGO ISOLADO. NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO. CUMULAÇÃO COM PROVENTOS DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DANOS MATERIAIS E MORAIS. INEXISTÊNCIA.

- ***Agravo retido não conhecido, ante a ausência do requisito previsto no art. 523, § 1º, do CPC.***
- ***De acordo com o Decreto nº 94.664/87, o cargo de professor titular constitui um cargo isolado, não se integrando a uma carreira, na medida em que somente pode ser preenchido mediante concurso público.***
- ***A Constituição Federal permite a cumulação, quando houver compatibilidade de horários, de dois cargos de professor, seja na ativa ou na inatividade.***
- ***Hipótese em que, declarada a vacância do cargo de Professor Adjunto exercido pelo autor na universidade ré, nada obsta que este, apesar de já receber aposentadoria como Professor Titular na mesma Instituição de Ensino, tome posse em função similar.***
- ***Não há que se falar em indenização por danos materiais, por inexistirem vencimentos atrasados a serem percebidos, restando incabível, ainda, importe a título de danos morais, uma vez que a universidade, ao instituir regras de sua administração geral e obstar a nomeação do suplicante, não teve a intenção deliberada de prejudicá-lo.***
- ***Apelação e remessa oficial desprovidas.***

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, não conhecer do agravo retido, negar provimento à apelação 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, 30 de abril de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Trata-se de remessa oficial e de apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para, confirmando a decisão que antecipou os efeitos da tutela, anular o ato administrativo impugnado e reconhecer o direito do autor à nomeação e à posse no cargo de Professor Titular da UFPE.

O demandante, em resumo, aduz que teve sua posse tolhida no cargo citado, por já perceber aposentadoria pelo exercício da mesma função, sob o argumento de que, caso assumisse o posto, restringiria dita oportunidade quanto a outros docentes do seu departamento, que não se encontrassem na mesma situação. Acrescenta que o ato de sua nomeação possui natureza vinculada, não cabendo ao Conselho da Universidade agir de modo discricionário, alegando o cumprimento do seu dever institucional. Pretende o pagamento de importe atinente à indenização por danos materiais, correspondente a todas as diferenças salariais que lhe são devidas, bem como importe fixado a título de danos morais, devido à ilegal obstrução de sua carreira acadêmica.

Contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

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

A questão devolvida a esta Corte diz respeito à nomeação do requerente ao cargo de Professor titular da UFPE, mediante anulação de ato administrativo, bem como à indenização em danos morais e materiais.

De logo, registro que deixo de conhecer do agravo convertido em retido, apenso aos autos, por força do art. 523, § 1º, CPC.

Analisando o mérito, verifico que o Decreto nº 94.664/87, que aprovou o Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos de que trata a Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987, na parte que trata do Magistério Superior, dispõe o seguinte:

Art. 6º A carreira de Magistério Superior compreende as seguintes classes:

I - Professor Titular;

II - Professor Adjunto;

III - Professor Assistente;

IV - Professor Auxiliar.

Parágrafo único. Cada classe compreende quatro níveis, designados pelos números de 1 a 4, exceto a de Professor Titular, que possui um só nível. (Grifei)
(...)

Art. 12. O ingresso na carreira do Magistério Superior dar-se-á mediante habilitação em concurso público de provas e títulos, somente podendo ocorrer no nível 1 de qualquer classe.

1º Para inscrição no concurso a que se refere este artigo, será exigido:

a) diploma de graduação em curso superior, para a classe de Professor Auxiliar;

b) grau de Mestre, para a classe de Professor Assistente;

c) título de Doutor ou de Livre-Docente, para a classe de Professor Adjunto.

2º O ingresso na classe de Professor Titular dar-se-á unicamente mediante habilitação em concurso público de provas e títulos, na qual somente poderão inscrever-se portadores do título de Doutor ou de Livre-Docente, Professores Adjuntos, bem como pessoas de notório saber, reconhecido pelo conselho superior competente da IFE. (Grifei).
(...)

Art. 16. A progressão nas carreiras do Magistério poderá ocorrer, exclusivamente, por titulação e desempenho acadêmico, nos termos das normas regulamentares a serem expedidas pelo Ministro de Estado da Educação:

I - de um nível para outro, imediatamente superior, dentro da mesma classe;

II - de uma para outra classe, exceto para a de Professor Titular.

1º A progressão de que trata o item I será feita após o cumprimento, pelo docente, do interstício de dois anos no nível respectivo, mediante avaliação de desempenho, ou interstício de quatro anos de atividade em órgão público.

2º A progressão prevista no item II far-se-á sem interstício,

por titulação ou mediante avaliação de desempenho acadêmico do docente que não obtiver a titulação necessária mas que esteja, no mínimo, há dois anos no nível 4 da respectiva classe ou com interstício de quatro anos de atividade em órgão público. (Grifei)

Conforme se verifica da leitura dos dispositivos acima transcritos, o cargo de Professor Titular é isolado, não se integrando a uma carreira, na medida em que somente pode ser preenchido mediante concurso público.

Portanto, considerando que a Constituição Federal permite a cumulação de dois cargos de professor, seja na ativa ou na inatividade, não me afigura adequada a conduta da universidade em não permitir ao suplicante a posse como Professor Titular somente por este já perceber aposentadoria vinculada à função similar.

Ademais, uma vez nomeado o autor, mediante decisão antecipatória (v. fls.170 e 235), restou decretada a vacância do cargo de Professor Adjunto por ele exercido na instituição ré, inexistindo, portanto, qualquer vínculo estatutário a impossibilitar o pedido em comento.

Neste sentido, é válida a colação do seguinte aresto que, *mutatis mutandis*, assemelha-se à hipótese em discussão:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ENSINO SUPERIOR. UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. PROFESSOR TITULAR. CARGO ISOLADO. NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO. DECRETO 94.664/87. PROFESSOR ADJUNTO. APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356/STF.

1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o cargo de professor titular de ensino superior é isolado, sendo necessária, para seu provimento, a aprovação em concurso público. Por conseguinte, considerando-se que a Constituição Federal autoriza a cumulação de dois cargos de professor, seja na ativa ou na inatividade, tem-se que a nomeação da recorrida para o cargo de professor titular não obsta o pedido de aposentadoria no cargo de professor adjunto. Precedentes.

2. A teor da pacífica e numerosa jurisprudência, para a abertura da via especial, requer-se o prequestionamento

da matéria infraconstitucional. A exigência tem como desiderato principal impedir a condução ao Superior Tribunal de Justiça de questões federais não debatidas no Tribunal de origem. Hipótese em que a Turma Julgadora não emitiu nenhum juízo de valor acerca do art. 188 da Lei 8.112/90, restando ausente seu necessário questionamento. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF.

3. Recurso especial conhecido e improvido.

(STJ, 5ª T., RESP 200400988348, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ07/05/2007, p. 357.)

Acerca da indenização por danos morais e materiais, acertadamente decidiu o juízo *a quo*, cujos fundamentos adoto como razão de decidir:

Quanto ao pleito de indenização por danos materiais e morais, entendo que não deve ser deferido. Acontece que não houve a efetiva prestação de serviços que justificasse o pagamento da remuneração almejada e o óbice à nomeação foi estabelecido em deliberação do Conselho Departamental, que, de certo modo, exerceu o seu papel institucional, ao se pronunciar sobre a conveniência da nomeação.

Não me parece plausível, ainda que se reconheça a insubsistência da posição tomada pelo citado órgão, diante do pronunciamento judicial sobre a matéria, pretender conferir a tal pronunciamento a exegese almejada, no sentido de, praticamente, fazer retroagirem os efeitos da nomeação, da posse e do exercício no cargo à data da decisão tida como ilegal.

Da mesma forma, não há que se falar em danos morais. Afinal, não se evidenciou a intenção deliberada de prejudicar e constranger o professor, mas a defesa de um ponto de vista que, apesar de lhe ser pessoalmente desfavorável, resultava de uma política administrativa geral, manifestada na reunião, no sentido de não permitir que os docentes aposentados como titulares concorressem às novas vagas. (Fls. 244/245)

Por todo o exposto, não conheço do agravo retido e nego provimento à remessa oficial e à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 26.896-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Apelantes: ASSOCIAÇÃO DOS POSSEIROS DA COMUNIDADE DE CASQUEIRA, PETROBRÁS - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A
Apelados: OS MESMOS E INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA E AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO - ANP
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. PEDRO RENOVATO DE OLIVEIRA NETO E OUTROS E ULPIANO MOURA SOARES DE SOUZA E OUTROS

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. PAGAMENTO DE ROYALTIES A ASSENTADOS DA COMUNIDADE DE CASQUEIRA DECORRENTE DE AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. PAGAMENTO DOS ROYALTIES AO INCRA, DIANTE DE SUA CONDIÇÃO DE PROPRIETÁRIO DA TERRA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CÓPIA DO CONTRATO DE CONCESSÃO PARA COMPROVAÇÃO DO PERCENTUAL DA PARTICIPAÇÃO. DESNECESSIDADE.

- Apelação da Associação que objetiva que os valores devidos a título de royalties, em razão da exploração do petróleo na área de assentamento, seja pago diretamente às famílias assentadas.

- A apelação da PETROBRÁS pugna pela reforma da sentença na parte em que determinou a exibição de “cópia do contrato de concessão, a fim de comprovar o percentual da participação, início da exploração e produção de petróleo da área objeto de feito”.

- O art. 189 da Constituição Federal e art. 18 da Lei 8.629/93, estabelecem que “A distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária far-se-á atra-

vés de títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de 10 (dez) anos”.

- Quanto ao prazo, teria o INCRA 3 (três) anos, após a transcrição do título definitivo do domínio, para proceder à destinação da área aos beneficiários da reforma agrária, consoante estabelece o art. 16 da Lei 8.629/93.

- No caso, ainda que se admita já ultrapassado o prazo legal para que o INCRA procedesse à destinação da área aos beneficiários da reforma agrária, o INCRA tem a faculdade de dispor do título de concessão de uso – e não necessariamente do título de domínio – fato este que garante o domínio do imóvel em favor do INCRA, como forma de garantir que o assentado permaneça vinculado ao programa de reforma agrária, por não permitir que a terra seja alienada, assegurando ao assentado, apenas, a sua posse e uso.

- Essa prática, inclusive, é mais consentânea com os fins objetivados pela reforma agrária, de vinculação do assentado à terra e de incentivo à política agrária, além de evitar que a propriedade seja considerada mera mercadoria.

- Manutenção da sentença recorrida no quanto decidiu que os valores depositados a título de royalties e aqueles a serem pagos a tal título, sejam pagos ao INCRA, em razão da sua condição de proprietário da terra, sendo que a autarquia deverá destinar esses valores “a todo o assentamento, toda a coletividade, mediante a apresentação de projetos para a sua utilização.”

- Por não haver controvérsia acerca do percentual a ser pago a título de royalties, resta inócua a apresentação do contrato para aferição do percentual da participação. Tal questão refoge à discussão dos autos.

- Improvida a apelação da Associação e apelação da PETROBRÁS provida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação da associação e dar provimento à apelação da PETROBRÁS, 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 maio de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de apelações da Associação de Posseiros da Comunidade de Casqueira e da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS, em face da sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos para determinar à PETROBRÁS que exhiba cópia do contrato de concessão a fim de comprovar o percentual de participação, início da exploração e produção de petróleo na área objeto do feito e para determinar à ANP que forneça os relatórios onde constem as informações e os dados relativos ao volume de produção de petróleo e gás natural referente à mesma área.

A Associação/recorrente insurge-se quanto à determinação de que o valor devido a título de *royalties*, em razão da exploração do petróleo na área de assentamento, seja pago ao INCRA. Pretende que esse valor seja pago diretamente às famílias assentadas, com o fundamento de que estes são os verdadeiros prejudicados pela exploração petrolífera na área que ocupam há mais de 20 anos.

A PETROBRÁS, também apelante, pugna pela reforma da sentença na parte em que determinou a exibição de “cópia do contrato de concessão, a fim de comprovar o percentual da participação, início da exploração e produção de petróleo da área objeto do feito”. Afirma a autarquia haver ausência de interesse de agir na determinação da obrigação de fazer, ao argumento de que a dis-

cussão dos autos cinge-se em saber a quem os *royalties* devem ser pagos, não havendo qualquer discussão acerca do percentual de participação, restando, portanto, a exibição do contrato, sem qualquer relevância para a lide. Destaca a recorrente que os valores dos *royalties* devidos estão depositados em caderneta de poupança, aguardado a decisão acerca da titularidade e forma de distribuição.

Contrarrrazões apresentadas.

É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

O cerne da apelação da Associação é saber se o valor devido a título de *royalties*, em razão da exploração do petróleo na área de assentamento, deverá ser pago aos assentados, ao invés do INCRA, conforme restou determinado na sentença recorrida.

A Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo, assim estabelece em seu art. 52, *verbis*:

Art. 52. Constará também do contrato de concessão de bloco localizado em terra cláusula que determine o pagamento aos proprietários da terra de participação equivalente, em moeda corrente, a um percentual variável entre cinco décimos por cento e um por cento da produção de petróleo ou gás natural, a critério da ANP.

Parágrafo único. A participação a que se refere este artigo será distribuída na proporção da produção realizada nas propriedades regularmente demarcadas na superfície do bloco.

No caso, entretanto, não se discute o pagamento dos *royalties*, vez que este decorre de mandamento legal, mas tão somente, a quem deve ser pago esses valores. Vejamos.

O art. 18 da Lei 8.629/93, que dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal, estabelece

que “a distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária far-se-á através de títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de 10 (dez) anos”. No mesmo sentido dispõe o art. 189, da Constituição Federal.

Quanto ao prazo, teria o INCRA 3 (três) anos, após a transcrição do título definitivo do domínio, para proceder à destinação da área aos beneficiários da reforma agrária, consoante estabelece o art. 16 da Lei 8.629/93.

Buscando informações do processo originário de nº 940010 3409, junto ao sítio desta Casa, pude constatar que o processo aqui protocolizado sob o nº AC 105.806, recebeu baixa definitiva desde 2001, do que se presume que nesse período de tempo já deva ter havido a transcrição do título definitivo do domínio ou de concessão de uso.

A concessão de uso transfere o imóvel rural ao beneficiário da reforma agrária em caráter provisório. O título de domínio é o instrumento que transfere o imóvel rural ao beneficiário da reforma agrária em caráter definitivo, desde que observados os requisitos estabelecidos nos incisos do mencionado art. 18 da Lei 8.629/93.

Desse modo, ainda que se admita já ultrapassado o prazo legal para que o INCRA procedesse à destinação da área aos beneficiários da reforma agrária, o INCRA tem a faculdade de dispor do título de concessão de uso – e não necessariamente do título de domínio – fato este que garante o domínio do imóvel em favor do INCRA, como forma de garantir que o assentado permaneça vinculado ao programa de reforma agrária, por não permitir que a terra seja alienada, assegurando ao assentado, apenas, a sua posse e uso.

Essa prática, inclusive, é mais consentânea com os fins objetivos pela reforma agrária, de vinculação do assentado à terra e de incentivo à política agrária, além de evitar que a propriedade seja considerada mera mercadoria.

Nesse contexto, a sentença recorrida merece ser mantida no quanto decidiu (inclusive explicitando nos embargos – fls. 1152/1155) que os valores depositados a título de *royalties* e aqueles a serem pagos a tal título, sejam pagos ao INCRA, em razão da sua

condição de proprietário da terra, sendo que a autarquia deverá destinar esses valores “a todo o assentamento, toda a coletividade, mediante a apresentação de projetos para a sua utilização”.

Por fim, a apelação da PETROBRÁS, se insurge quanto à determinação de exibição de “cópia do contrato de concessão, a fim de comprovar o percentual da participação, início da exploração e produção de petróleo da área objeto de feito”.

Entendo que lhe assiste razão.

Em verdade, por não haver controvérsia acerca do percentual a ser pago a título de *royalties*, resta inócua a apresentação do contrato para aferição do percentual da participação. Tal questão refoge à discussão dos autos.

Nesses termos, nego provimento à apelação da Associação e dou provimento à apelação da PETROBRÁS.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 26.899-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelante: CONSTRUTORA PARAÍBA LTDA. - COPAL E FAZENDA NACIONAL
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. EVANDRO NUNES DE SOUZA E OUTROS

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. TERMO DE ENCERRAMENTO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. APURAÇÃO DE VALORES POR ARBITRAMENTO. ADOÇÃO DA TÉCNICA DE AFERIÇÃO INDIRETA. ART. 33 DA LEI Nº 8.212/91. MEDIDA DE CARÁTER EXCEPCIONAL. HIPÓTESE DE CABIMENTO NÃO CARACTERIZADA. AUTO DE INFRAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DA ENTREGA DE TERMO DE INTIMAÇÃO

PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. INSUBSISTÊNCIA DA AUTUAÇÃO. DESCONSTITUIÇÃO DE PARTE DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. MANUTENÇÃO DOS DEMAIS. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA NOS AUTOS DE PROVA EM CONTRÁRIO.

- Remessa oficial e apelações interpostas pela União e pela COPAL - Construtora Paraíba Ltda. em face de sentença que, nos autos dos Embargos à Execução Fiscal nº 2005.82.00.006016-8, interpostos pela COPAL com o objetivo de desconstituir o débito cobrado por meio da Execução Fiscal nº 2004.82.00.002147-0, julgou parcialmente procedente o pedido formulado pela embargante e determinou a desconstituição dos créditos tributários objeto da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 35.443.610-4, bem como do Auto de Infração nº 35.443.580-9, de maneira a excluí-los daquela demanda executória.

- O termo de encerramento fiscal foi lavrado em obediência a todas as formalidades legais, constando o respectivo “TERMO DE ENCERRAMENTO FISCAL”, quando o “MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL COMPLEMENTAR” prorrogou o prazo de validade do mandado anterior até 31/11/2002.

- O procedimento administrativo foi encerrado antes de expirado o prazo, vez que o lançamento que deu origem às NFLD's constantes da inicial foi consolidado em 30/10/2002.

- É cediço na jurisprudência pátria o entendimento segundo o qual a apuração de valores eventualmente devidos ao Fisco por meio da técnica de aferição indireta somente tem lugar em situações excepcionais, isto é, quando não se verificam elementos concretos capazes de servir de base de cálculo do tributo, o que não é o caso dos autos. (Precedentes)

- Em que pese a efetiva configuração das irregularidades apontadas pelo Fisco, não é possível a aplicação da técnica de aferição indireta, pois, consoante o laudo pericial acostado aos autos, a contabilidade e o plano de contas da empresa estavam dentro dos padrões de regularidade exigidos.

- Não há prova nos autos de que a empresa deixou de colaborar com a fiscalização, de maneira que, com base na documentação contábil junta ao processo, a autoridade fiscal dispunha de meios capazes de aferir a regularidade dos recolhimentos. Merece acolhida, portanto, a pretensão de desconstituição da NFLD nº 35.443.610-4.

- A Autarquia Previdenciária não juntou aos autos prova de que a empresa autuada tenha recebido os Termos de Intimação para Apresentação de Documentos - TIAD, referidos no relatório da infração. Logo, deve ser reconhecida a insubsistência do Auto de Infração nº 35.443.580-9, lavrado sob a justificativa de suposta ausência de documentos requeridos pela fiscalização.

- No que se refere à distribuição do ônus da prova, não se pode esquecer que dentre os atributos dos atos administrativos merece destaque a presunção relativa de legitimidade, em decorrência da qual aqueles atos devem ser tomados como expressão verídica de uma realidade, nascidos de conformidade com a lei, do que decorre serem autoexecutáveis.

- O contribuinte não conseguiu produzir, nos termos do inciso I do art. 333 do Código de Processo Civil, qualquer prova apta a refutar tanto a materialidade das demais irregularidades contábeis apuradas, de maneira que não merece acolhida a pretensão de desconstituição dos créditos tributários a que se referem as demais Notificações Fiscais de Lançamento de Débito - NFLD e Autos de Infração.

- Considerando que a União decaiu de parte proporcionalmente mais significativa do pedido, não se afigura cabível a sua pretensão de ratear a verba honorária sucumbencial, a qual deve ser mantida na forma e no percentual arbitrado na sentença de primeiro grau.**
- Apelações e remessa oficial improvidas.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento às apelações e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 23 de abril de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Trata-se de remessa oficial e apelações interpostas pela União (fls. 1.591/1.596) e pela COPAL - Construtora Paraíba Ltda. (fls. 1.545/1.563) em face de sentença (fls. 1.512/1.526) que, nos autos dos Embargos à Execução Fiscal nº 2005.82.00.006016-8, interpostos pela COPAL com o objetivo de desconstituir o débito cobrado por meio da Execução Fiscal nº 2004.82.00.002147-0, julgou parcialmente procedente o pedido formulado pela embargante e determinou a desconstituição dos créditos tributários objeto da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 35.443.610-4, bem como do Auto de Infração nº 35.443.580-9, de maneira a excluí-los daquela demanda executória.

Entendeu o Juízo Originário que foi indevida a utilização, pelo Fisco, da técnica da aferição indireta para a lavratura da NFLD 35.443.610-4, vez que as irregularidades apontadas como justifi-

cativa para o emprego daquele procedimento não estavam relacionadas com a escrituração própria dos fatos geradores e correspondente base de cálculo referentes à obra identificada como Edifício Residencial Gramare, de matrícula CEI nº 13.076.07842-75. Observou, ainda, que o Fisco somente poderia se valer da aferição indireta quando restassem esgotadas todas as demais possibilidades de descoberta direta da base real do tributo, o que, na inteligência do Magistrado de Piso, não teria ocorrido no caso concreto.

Quanto à desconstituição do Auto de Infração nº 35.443.580-9, o Juízo Sentenciante acolheu a pretensão apresentada pela embargante, sob o fundamento de que o Fisco não teceu qualquer consideração acerca da alegada ausência de apresentação da documentação relacionada às fls. 418 e 421 do 3º volume. Resaltou, ainda, que a Fiscalização não juntou aos autos qualquer prova de que foram recebidos pela autuada os Termos de Intimação para Apresentação de Documentos - TIAD, referidos no relatório da infração (fl. 418).

Consoante o entendimento consubstanciado no decreto condenatório, como as alegações apresentadas pela COPAL não tiveram o condão de desconstituir as demais pretensões fiscais cobradas no processo de execução, o Magistrado Sentenciante manteve incólumes as demais NFLD'S (de nº 35.443.618-0; nº 35.443.717-8; nº 35.443.728-3; nº 35.443.729-1; nº 35.443.744-5 e nº 35.443.761-5), bem como os Autos de Infração nºs 35.443.604-8 e 35.443.605-8).

Embargos de declaração apresentados pela COPAL (fls. 1.528/1.530), aos quais foi negado provimento (fls. 1.541/1.542).

Irresignada, apresentou a COPAL apelação (fls. 1.545/1.563), com o escopo de ver reformada a sentença em Primeira Instância proferida, alegando, em síntese:

- a) a ocorrência de cerceamento de defesa e a nulidade administrativa em razão do indeferimento da prova pericial sobre a comprovação dos requisitos legais e da regularidade de sua escrituração contábil;
- b) o adimplemento dos valores supostamente devidos, na medida em que houve a comprovação do recolhimento das

contribuições exigidas pela fiscalização no período a que se refere as NFLD's objeto de impugnação;

c) que os débitos embargados são da mesma natureza de NFLD's já desconstituídas em sede de julgamento administrativo;

d) que o Mandado de Procedimento Fiscal - MPF estipulava o prazo de conclusão dos trabalhos fiscais até 30/11/2012, o qual não foi observado pelo Fisco;

e) que uma série de NFLD's referentes ao mesmo universo de tributação, lavradas pelos mesmos autores, período e empresa, foram anuladas em sede de julgamento administrativo por vícios de forma insanável, quais sejam, ciência fora do prazo do MPF e omissão dos fundamentos legais no anexo da peça básica, razão pela qual não seria possível considerar válidas, na esfera judicial, aquelas NFLD's;

f) a regularidade de sua escrituração contábil.

Contrarrazões apresentadas às fls. 1.573/1.578.

A União, também, apresentou recurso apelatório, no bojo do qual alegou:

a) que os documentos apresentados pela COPAL foram considerados irregulares pela fiscalização, vez que buscavam maquiar a contabilidade da empresa, o que afrontaria diretamente o art. 33 da Lei nº 8.212/91;

b) que as irregularidades fiscais constatadas na empresa justificariam a apuração do valor devido por meio da técnica de aferição indireta;

c) que a escrituração de pagamentos em valores divergentes, por si só, já violaria a lei previdenciária, de maneira que seriam legais as cobranças contidas na NFLD nº 35.443.610-4 e no Auto de Infração nº 35.443.580-9.

Sem contrarrazões.

Dispensada a revisão. Peça dia para julgamento.

É o relatório.

VOTO

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

Conheço dos recursos porque presentes os seus pressupostos de admissibilidade intrínsecos (legitimidade, interesse recursal, cabimento e ausência de fato impeditivo ou extintivo de direito de recorrer) e extrínsecos (tempestividade e regularidade formal).

Consoante ensaiado no relatório, trata-se de remessa oficial e apelações interpostas pela União (fls. 1.591/1.596) e pela COPAL - Construtora Paraíba Ltda. (fls. 1.545/1.563) em face de sentença (fls. 1.512/1.526) que, nos autos dos Embargos à Execução Fiscal nº 2005.82.00.006016-8, interpostos pela COPAL com o objetivo de desconstituir o débito cobrado por meio da execução fiscal nº 2004.82.00.002147-0, julgou parcialmente procedente o pedido formulado pela embargante e determinou a desconstituição dos créditos tributários objeto da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 35.443.610-4, bem como do Auto de Infração nº 35.443.580-9, de maneira a excluí-los daquela demanda executória.

Os tributos em discussão e os Autos de Infração impugnados decorrem de procedimento de fiscalização que apurou a ocorrência de uma série de descumprimentos à vigente legislação por parte da COPAL - Construtora Paraíba Ltda.

Para uma melhor compreensão, será feita uma análise, em separado, das NFLD's e dos Autos de Infração atacados pelos recursos apresentados pelos apelantes, ressaltando-se, de logo, que a sentença não merece reforma.

I - DA AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR EM RAZÃO DO PARCELAMENTO DOS DÉBITOS NOS TERMOS DA LEI Nº 11.941/2009

Compulsando os autos, entendo que não merecem acolhida as alegações preliminares formuladas pela COPAL - Construtora Paraíba Ltda., vez que o termo de encerramento fiscal foi lavrado em obediência a todas as formalidades legais, constando o respectivo "TERMO DE ENCERRAMENTO FISCAL", quando o "MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL COMPLEMENTAR" prorrogou o prazo de validade do mandado anterior até 31/11/2002.

Além do mais, verifica-se que o procedimento administrativo foi encerrado antes de expirado o prazo, vez que o lançamento que deu origem às NFLD's constantes da inicial foi consolidado em 30/10/2002 (fls. 45/56).

Feitas essas considerações iniciais, passo à análise do mérito.

II - NFLD 35.443.610-4

A controvérsia relativa à NFLD em destaque resume-se à ocorrência das hipóteses que justificam a apuração dos lançamentos tributários por arbitramento, mediante o uso da técnica denominada aferição indireta, a qual serviu de base para NFLD ora analisada.

Na espécie, a fiscalização identificou as seguintes irregularidades (fls. 37-38):

- a) ausência de registros contábeis de folhas de pagamento referente a sete competências;
- b) falta de registros de remunerações de seis empregados nos meses da respectiva admissão;
- c) divergências entre valores contabilizados e consignados em quatro folhas de pagamento – sendo que em duas o valor contabilizado foi a maior;
- d) inexistência de registro de remunerações pagas por mão de obra utilizada em vinte obras, cujas matrículas foram feitas de ofício – sendo que cinco foram objeto de NFLD discutidas no processo;
- e) não localização de lançamentos na contabilidade de cinco notas fiscais;
- f) falta de estorno contábil de lançamentos referentes a notas fiscais canceladas (fl. 38);
- g) divergência entre lançamentos alusivos às retenções de 11% em favor do INSS e valores destacados nas respectivas notas fiscais de serviços.

Resta claro, portanto, que as irregularidades apuradas pela fiscalização dizem respeito, basicamente, a omissões ou erros

em lançamentos contábeis, sendo que a COPAL - Construtora Paraíba Ltda. não obteve êxito em refutar, cabalmente, os fatos irregulares apontadas pelo Fisco, identificados quando do cotejo entre os livros empresariais obrigatórios e a respectiva documentação de suporte, a exemplo de folhas de pagamento, notas fiscais de serviço, entre outros.

Ocorre que é cediço na jurisprudência pátria o entendimento segundo o qual a apuração de valores eventualmente devidos ao Fisco por meio da técnica de aferição indireta somente tem lugar em situações excepcionais, isto é, quando não se verificam elementos concretos capazes de servir de base de cálculo do tributo, o que não é o caso dos autos.

Nesse sentido, os seguintes precedentes (sem grifos no original):

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. IRREGULARIDADE NA ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL DA EMPRESA. AFERIÇÃO INDIRETA (ART. 33 DA LEI 8.212/91). IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7 DO STJ.

1. O artigo 33 da Lei 8.212/91, nos casos em que ausente prova regular e formalizada, admite que o órgão arrecador competente obtenha o montante dos salários pagos pela execução de mão de obra mediante o cálculo da mão de obra empregada, proporcional à área construída e ao padrão de execução da obra, cabendo ao proprietário, dono da obra, condômino da unidade imobiliária ou empresa responsável o ônus da prova em contrário (§ 4º).

2. Aresto recorrido fundado na legalidade da aferição indireta dos valores devidos a título de contribuição previdenciária, posto inexistente escrituração contábil regular, *verbis*: “Os procedimentos fiscalizatórios, de regra, devem se ater à escrita contábil e demais documentos apresentados pela empresa. Convém lembrar, entretanto, que a lei atribui ao INSS a prerrogativa de apurar, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, constatar que “a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço”, ou houver sonegação ou recusa de apresentação de

documentos, ou, ainda, a desconsideração do material por erro ou irregularidade insanável. Nessas situações, pode o Fisco proceder ao arbitramento do valor devido (art. 33 da Lei nº 8.212, à semelhança do que dispunha o art. 141, § 2º, da CLPS (Decreto nº 89.312, de 23.01.84), à míngua de elementos concretos e confiáveis para a apuração do débito. Cabe ao contribuinte o ônus da prova em contrário (art. 33, §§ 1º e 6º), exigência que se coaduna com a existência de contabilidade formalizada (ou seja, um sistema de informação e avaliação idôneo para o registro de atos e fatos relativos ao empreendimento). Também relevante notar que a norma do art. 33 da Lei nº 8.212, que, em seu § 4º, refere a “prova regular e formalizada”, deve ser interpretada sistematicamente com o disposto no § 6º, do mesmo dispositivo legal, o qual menciona “exame da escrituração contábil” do contribuinte. Escrituração contábil, enfatize-se, pressupõe o registro – feito por profissional da área contábil – de todos os atos e fatos que afetam a situação patrimonial de determinada pessoa física ou jurídica, escriturados em ordem cronológica de datas em livro diário (arts. 10, 11, 12 e 15 do Código Comercial). (...) **Não nos é dado desprezar as ponderações feitas pelo *expert* no tocante à repercussão das irregularidades apuradas pelo Fisco e por ele próprio na contabilidade da empresa na apuração dos débitos a ela imputados. Como vimos anteriormente, o laudo pericial, ao mesmo tempo que atesta erros e omissões na escrita contábil e fiscal da embargante, afirma a existência de documentação suficiente para a apuração de eventuais diferenças ainda devidas a título de contribuição previdenciária. Em sendo assim, é desarrazoado desconsiderá-la por completo, para esse fim, lançando mão de critério substitutivo (aferição indireta baseada em metragem ou área construída) em detrimento da utilização de bases reais. Não olvidemos que, a teor da legislação de regência (art. 33 da Lei nº 8.212), o arbitramento somente se justifica diante da absoluta ausência ou imprestabilidade da documentação contábil e fiscal da empresa (irregularidade insanável). Ademais, os recolhimentos efetuados pelo CGC da empresa, ao invés do CEI das respectivas obras, não foram considerados pela fiscalização. Por tais razões, e sobretudo**

do diante das conclusões do laudo pericial produzido nos autos, é de ser acolhida a pretensão da embargante à desconstituição da CDA, por conter valores incorretamente lançados. Ressalve-se, contudo, a possibilidade de serem revistos os lançamentos fiscais, com base na documentação fiscal e contábil da empresa.

3. A aferição das irregularidades que deram ensejo ao arbitramento do *quantum* pelo INSS e o eventual equívoco na fiscalização tornam indispensável o reexame das circunstâncias fáticas da causa, vedado em sede de recurso especial, ante o disposto na Súmula nº 7 do STJ.

4. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AGRESP 1.121.052, Rel.: Ministro LUIZ FUX, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Julgado em: 04/03/2010, DJe: 22/03/2010)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. LEVANTAMENTO DO DÉBITO POR MEIO DE AFERIÇÃO INDIRETA. INSTRUMENTO DE NATUREZA EXCEPCIONAL. APLICAÇÃO INDEVIDA. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS SUFICIENTES À REALIZAÇÃO DO CÁLCULO. SENTENÇA MANTIDA.

1. A aferição indireta ou arbitramento da base impositiva do tributo é instrumento de tributação indiciária, ou seja, que torna possível ao Fisco a determinação e quantificação do fato tributário com base em indícios de sua ocorrência e dimensão, através da avaliação qualitativa e quantitativa de elementos extracontábeis.

2. Em relação às irregularidades na escrituração contábil, a aferição indireta ou arbitramento, com a desclassificação ou desconsideração da contabilidade do contribuinte, só se legitima quando essa se mostra absolutamente imprestável para a finalidade a que direcionada sob o ponto de vista fiscal (comprovação confiável dos eventos tributáveis ocorridos).

3. O procedimento de aferição indireta somente é válido quando não apresentados documentos suficientes à realização do cálculo para levantamento do débito. Nesse passo, tal método pode ser utilizado quando há existência de irregularidades insanáveis na documentação contábil apresentada pela empre-

sa. (Precedentes do STJ e desta Corte)

4. Na hipótese dos autos, os documentos apresentados à fiscalização são suficientes à realização do cálculo para levantamento do débito, de modo que não resta configurada hipótese que justifique o procedimento da aferição indireta.

5. Apelação e remessa oficial não providas.

(TRF5, APELREEX 8.018, Rel.: Desembargador Federal BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ, Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Julgado em: 20/10/2011, DJe: 03/11/2011)

De acordo com o laudo pericial (fls. 998/1010):

A embargante tem contabilidade que guarda os preceitos normativos e legais que a torna hábil para os fins de fiscalização. Mantém toda documentação probatória de seus recolhimentos tais como GFIP, RAIS, CAGED e outros que comprovam a consistência do controle de seus empregados, não podendo, assim, serem alijados como imprestáveis. Comprova-se essa assertiva pela juntada de documentos GFIP's e outros quando da resposta ao Questionário N° 03, documentos de n°s 20 a 451.

Em que pese a efetiva configuração das irregularidades apontadas pelo Fisco, entendo não ser possível, *in casu*, a aplicação da técnica de aferição indireta, pois, consoante o laudo pericial acima mencionado, a contabilidade e o plano de contas da empresa estavam dentro dos padrões de regularidade exigidos.

Além do mais, as irregularidades descritas nas fls. 37-38 não só representam falhas pontuais em face da totalidade da escrituração contábil examinada, mas também não se encontram absolutamente relacionadas com a escrituração própria dos fatos geradores e correspondente base de cálculo referente à obra identificada como Edifício Residencial Gramare, de matrícula n° 13.076.07842/75.

A respeito da base de cálculo própria das contribuições recolhidas nesta matrícula, depreende-se dos autos que o Fisco não apresentou impugnação de qualquer espécie, a exemplo do fato de ter sido computado valor de mão de obra muito inferior à média pelo padrão de execução da obra.

Saliento, ainda, que não há prova nos autos de que a COPAL - Construtora Paraíba Ltda. não tenha colaborado com a fiscalização, de maneira que, com base na documentação contábil sob análise, a autoridade fiscal dispunha de meios capazes de aferir a regularidade dos recolhimentos.

Dessa forma, considero, no rastro do entendimento sedimentado pelo Juízo Sentenciante, no caso, não poderia ter o fisco se utilizado da técnica de aferição indireta para determinar o valor devido pelo contribuinte, uma vez que este não se recusou a exhibir quaisquer documentos e informações, além de ter sido constatado, por meio de prova pericial, que a contabilidade e o plano de contas da empresa estavam dentro dos padrões de regularidade exigidos.

III - NFLD's nº. 35.443.618-0; 35.443.717-8; 35.443.728-3; 35.443.729-1

Nas NFLD's acima destacadas, o crédito tributário restou, também, constituído por arbitramento, com base nos mesmos fundamentos da NFLD anteriormente analisada, de maneira a ser possível a desconsideração da escrita fiscal da contribuinte para aferição da base de cálculo das contribuições sociais tidas por devidas na espécie (fls. 200-225).

Ocorre que, em tais lançamentos, não foi empregada a técnica de aferição indireta, vez que a base de cálculo do tributo foi definida em 20% do valor bruto das notas fiscais não escrituradas, referentes a contratos de empreitada total (fl. 1477).

Nestes casos, consoante se depreende dos relatórios fiscais relativos a todas as notificações supracitadas (fls. 221 e seguintes):

4) o crédito previdenciário foi lançado por arbitramento, através da técnica de aferição indireta, utilizando-se como parâmetro os valores constantes das notas fiscais emitidas, cujos percentuais relativos à mão de obra foram aplicados de acordo com a Ordem de Serviço 165/97 e Instrução Normativa 18/00, vigentes à época de ocorrência dos fatos geradores.

Compulsando os autos, constata-se, ainda, que as matrículas realizadas de ofício e que são indicadas nos relatórios fiscais, quando da especificação dos fatos geradores considerados em cada

lançamento, foram arroladas no quadro de item iv (fl. 222), dentre os fundamentos que serviram à desconsideração da escrituração contábil da construtora, nos termos do que abaixo se destaca:

iv) não foram encontrados registros contábeis das remunerações próprias ou de terceiros, referentes à mão de obra utilizada na execução das obras abaixo relacionadas. Salientando-se que as matrículas foram feitas de ofício a partir do exame dos contratos.

Em casos como o presente, no que se refere à distribuição do ônus da prova, não se pode esquecer que dentre os atributos dos atos administrativos merece destaque a presunção de legitimidade, em decorrência da qual aqueles atos devem ser tomados como expressão verídica de uma realidade, nascidos de conformidade com a lei, do que decorre serem autoexecutáveis.

Trata-se, todavia, de presunção relativa, cabendo ao interessado o ônus da prova em contrário. Dessa forma, a relatividade desse juízo vai importar no fato de que o ato apenas poderá ser derrubado em sendo produzida prova que o ilida, o que não ocorreu no caso concreto.

Destarte, como a contribuinte não conseguiu produzir, nos termos do inciso I do art. 333 do Código de Processo Civil, qualquer prova apta a refutar tanto a materialidade das irregularidades contábeis apuradas, como a legalidade dos respectivos lançamentos (realizados com base na legislação vigente à época dos fatos geradores - Ordem de Serviço 165/97 e Instrução Normativa 18/00), não merece acolhida a pretensão de desconstituição dos créditos tributários a que se referem as NFLD's 35.443.618-0; 35.443.717-8; 35.443.728-3; 35.443.729-1.

Não merece neste ponto, portanto, reforma a sentença em Primeira Instância proferida.

IV - NFLD's nº 35.443.744-5 e 35.443.761-5

Os lançamentos relativos às NFLD's acima citadas não foram realizados por arbitramento (fls. 299-301 e 315-318), vez que tiveram por base os valores extraídos da contabilidade da empresa (fl. 300) e, no caso da segunda, também sobre folhas de pagamento não declaradas em GFIP e valores glosados de salário família (fl. 316).

As alegações formuladas pela COPAL - Construtora Paraíba Ltda. em seu recurso de apelação não tem o condão de afastar as bases fáticas e legais utilizadas pela fiscalização quando da constituição dos respectivos créditos tributários, ainda mais quando a apelante não logrou comprovar, dentro de um quadro de regularidade fiscal estrita, o efetivo recolhimento das contribuições previdenciárias lançadas de ofício pela previdência.

Destarte, neste ponto, não merece reforma a sentença em Primeira Instância proferida.

V - AUTO DE INFRAÇÃO nº 35.443.580-9

Quanto à irregularidade do Auto de Infração nº 35.443.580-9, descabidas são maiores elucubrações a respeito, vez que a ausência de documentos alegada para justificar a sua lavratura não foi satisfatoriamente comprovada.

Como bem salientou o Juízo Originário:

(...)

Com efeito, sequer o INSS fez juntar aos autos prova de que efetivamente tenham sido recebidos pela autuada os Termos de Intimação para Apresentação de Documentos - TIAD, referidos no relatório da infração, à fl. 418, quanto mais de que o respectivo teor tenha sido direcionado à apresentação dos documentos em questão.

(...).

Além do mais, a Autarquia Previdenciária não fez qualquer questionamento a respeito do referido Auto de Infração. Ao abordar a questão em seu recurso apelação, limitou-se, a afirmar, genericamente, que o aludido auto “foi lavrado em consonância com a legislação de regência e cujas provas constam dos autos”.

Destarte, considerando a superficialidade das alegações do INSS acerca do Auto de Infração em comento, considero que não merece reforma, neste ponto, a sentença em Primeira Instância proferida.

VI - AUTO DE INFRAÇÃO nº 35.443.604-8

No que tange à autuação decorrente de ausência de inclusão em folha de pagamento de segurados obrigatórios, com e sem vínculos empregatícios (fl. 744), depreende-se dos autos que a

embargante não juntou aos autos provas aptas a refutar a materialidade da aludida infração à lei previdenciária.

Como a fiscalização não levantou quaisquer questionamentos acerca da existência de vínculo celetista não reconhecido formalmente pela empregadora, e não tendo sido provado o cumprimento à obrigação disciplinada no inciso I do art. 32 da Lei nº 8.212/91, de maneira que não merecem acolhida as alegações formuladas pela COPAL - Construtora Paraíba Ltda. em seu recurso de apelação.

Ressalte-se, ainda, que, quando se trata de autuação por descumprimento de obrigação acessória, eventual crédito – de resto não comprovado nos autos – por recolhimento de contribuições a maior não afasta a materialidade da infração em comento.

Não merece neste ponto, portanto, reforma a sentença em Primeira Instância proferida.

VII - AUTO DE INFRAÇÃO nº 35.443.605-8

Compulsando os autos, entendo que não merecem prosperar alegações formuladas na apelação apresentada pela COPAL Construtora Paraíba Ltda. com o objetivo de desconstituir o auto de infração supracitado.

Afora a circunstância de ter a fiscalização considerado, para a autuação em comento, omissões e erros devidamente constados e comprovados na contabilidade da apelante que, consoante anteriormente afirmado, não conseguiu refutar a materialidade das infrações apuradas pelo Fisco, ainda foi observada a falta de lançamento discriminado na forma prevista no inciso II do art. 32 da Lei nº 8.212/91.

Destarte, como não foi juntada aos autos qualquer prova apta a afastar a presunção de legitimidade de que goza o ato administrativo, entendo que, neste ponto, não merece reforma a sentença em Primeira Instância proferida.

Considerando que a União decaiu de parte proporcionalmente mais significativa do pedido, não se afigura cabível a sua pretensão de ratear a verba honorária sucumbencial, a qual deve ser mantida na forma e no percentual arbitrado na sentença de primeiro grau.

Com essas considerações, nego provimento às apelações e à remessa oficial e mantenho incólume a sentença emanada do Juízo de Origem.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 27.030-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelada: TIM NORDESTE S/A
Advs./Procs.: DRS. FELIPE LUCKMANN FABRO E OUTROS (APDA.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR ANTECIPATÓRIA DE CAUÇÃO. FIANÇA BANCÁRIA. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE. REDUÇÃO DO VALOR FIXADO A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INTELIGÊNCIA DO § 4º DO ART. 20 DO CPC.

- Remessa oficial e apelação interposta em face de sentença acautelatória que, confirmando a decisão proferida em sede liminar, julgou procedente o pedido autoral e determinou a expedição, pela União, em favor da parte autora, da certidão positiva com efeitos de negativa, como também a não inserção do nome da promovente no CADIN.

- O Superior Tribunal de Justiça - STJ pacificou a jurisprudência pátria, em sede de recurso repetitivo, no que se refere ao cabimento de ação cautelar, antes de ajuizada a execução fiscal, com o objetivo de garantir o juízo e a obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa. (REsp 1.123.669/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 01/02/2010)

- Também por meio da sistemática dos recursos repetitivos, a mesma Corte Superior firmou o entendimento no sentido de que a fiança bancária, desde que emitida em conformidade com as disposições legais pertinentes à matéria, é válida para garantir o juízo quando se objetiva a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, embora não se equipare ao depósito do montante integral do tributo devido para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário por força da taxatividade do art. 151 do CTN e da Súmula 112 do STJ. (REsp 1.156.668/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 10/12/2010)

- As cartas de fiança oferecidas pela parte autora estavam em conformidade com as disposições da Portaria PGFN nº 644/2009, alterada, em parte, pela Portaria PGFN nº 1.378/2009 e garantem o cumprimento das obrigações daquela em relação aos processos administrativos 19647-004.624/2005-41, 19647-004.638/2005-65 e 19647-004.639./2005-18.

- Como restou vencida a Fazenda Pública, nos termos do § 4º do art. 20 do CPC, a verba honorária deve ser fixada mediante apreciação equitativa do juiz, obedecendo-se aos parâmetros basilares previstos nas três alíneas do § 3º do art. 20 do CPC.

- Para a justa fixação da verba honorária neste processo, deve-se considerar que a questão jurídica posta em discussão é de pouca complexidade, pois se encontra plenamente pacificada na jurisprudência pátria.

- Diante, portanto, da singeleza da controvérsia discutida nos autos, não se justifica uma condenação em honorários que atinjam patamares exorbitantes.

- Redução do valor fixado a título de honorários sucumbenciais ao patamar de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

- *Apelação e remessa oficial parcialmente providas.*

ACÓRDÃO

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

Recife, 14 de maio de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Trata-se de remessa oficial e apelação (fls. 333/339) interposta em face de sentença acautelatória (fls. 323/330) que, confirmando a decisão proferida em sede liminar (fls. 271/276), julgou procedente o pedido autoral e determinou a expedição, pela União, em favor da parte autora, da certidão positiva com efeitos de negativa, como também a não inserção do nome da promovente no CADIN, por conta dos débitos indicados à fl. 7.

Entendeu o Juízo Originário que é possível ao devedor, antes de ajuizada a execução fiscal referente a seu débito, buscar a obtenção de certidão mediante o oferecimento de caução idônea em sede de medida cautelar. Salientou que as cartas de fiança oferecidas pela parte autora estavam em conformidade com as disposições da Portaria PGFN nº 644/2009, alterada, em parte, pela Portaria PGFN nº 1.378/2009.

Irresignada, apresentou a União apelação (fls. 333/339), no escopo de ver reformada a sentença em Primeira Instância proferida, alegando, em síntese:

a) que cartas de fiança emitidas por bancos não são de interesse da Fazenda Nacional;

b) que a apelada teria condições de realizar o depósito do montante integral dos valores devidos ao Fisco;

c) que o credor não é obrigado a receber coisa diversa da pretendida;

d) a necessidade de redução das verbas fixadas a título de honorários advocatícios, em razão da simplicidade da causa, o pouco tempo despendido na demanda e a rápida consecução do objetivo a que se destinava.

Contrarrazões apresentadas às fls. 356/363.

Dispensada a revisão. Peço dia para julgamento.

É o relatório.

VOTO

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

Conheço do recurso porque presentes os seus pressupostos de admissibilidade intrínsecos (legitimidade, interesse recursal, cabimento e ausência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer) e extrínsecos (tempestividade e regularidade formal);

Consoante ensaiado no relatório, trata-se de remessa oficial e apelação (fls. 333/339) interposta em face de sentença acautelatória (fls. 323/330) que, confirmando a decisão proferida em sede liminar (fls. 271/276), julgou procedente o pedido autoral e determinou a expedição, pela União, em favor da parte autora, da certidão positiva com efeitos de negativa, como também a não inserção do nome da promovente no CADIN, por conta dos débitos indicados à fl. 07.

A sentença merece ser parcialmente reformada.

Inicialmente, saliento que não merecem acolhida as alegações da apelante no sentido de que cartas de fiança emitidas por bancos não são garantias de interesse da Fazenda Nacional.

O Superior Tribunal de Justiça - STJ já pacificou a jurisprudência pátria, em sede de recurso repetitivo (art. 543-C do Código de Processo Civil), no que se refere ao cabimento de ação cautelar, antes de ajuizada a execução fiscal, com o objetivo de garantir o juízo e a obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa.

Transcreve-se, abaixo, a ementa do recurso representativo da controvérsia (sem grifos no original):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. AÇÃO CAUTELAR PARA ASSEGURAR A EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. POSSIBILIDADE. INSUFICIÊNCIA DA CAUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O contribuinte pode, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução, garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito de negativa. (Precedentes: EDcl no AgRg no REsp 1.057.365/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2009, *DJe* 02/09/2009; EDcl nos EREsp 710.153/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, *DJe* 01/10/2009; REsp 1.075.360/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2009, *DJe* 23/06/2009; AgRg no REsp 898.412/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2008, *DJe* 13/02/2009; REsp 870.566/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, *DJe* 11/02/2009; REsp 746.789/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2008, *DJe* 24/11/2008; EREsp 574.107/PR, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA *DJ* 07.05.2007)

2. **Dispõe o artigo 206 do CTN que: “tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa”. A caução oferecida pelo contribuinte, antes da propositura da execução fiscal é equiparável à penhora antecipada e viabiliza a certidão pretendida, desde que prestada em valor suficiente à garantia do juízo.**

3. **É viável a antecipação dos efeitos que seriam obtidos com a penhora no executivo fiscal, através de caução de eficácia semelhante. A percorrer-se entendimento diverso, o contribuinte que contra si tenha ajuizada ação de execução fiscal ostenta condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco não se voltou judicialmente ainda.**

4. Deveras, não pode ser imputado ao contribuinte solvente, isto é, aquele em condições de oferecer bens suficientes à garantia da dívida, prejuízo pela demora do Fisco em ajuizar a execução fiscal para a cobrança do débito tributário. Raciocínio inverso implicaria em que o contribuinte que contra si tenha ajuizada ação de execução fiscal ostenta condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco ainda não se voltou judicialmente.

5. *Mutatis mutandis* o mecanismo assemelha-se ao previsto no revogado art. 570 do CPC, por força do qual era lícito ao devedor iniciar a execução. Isso porque as obrigações, como vínculos pessoais, nasceram para serem extintas pelo cumprimento, diferentemente dos direitos reais que visam à perpetuação da situação jurídica nele edificadas.

6. Outrossim, instigada a Fazenda pela caução oferecida, pode ela iniciar a execução, convertendo-se a garantia prestada por iniciativa do contribuinte na famigerada penhora que autoriza a expedição da certidão.

7. *In casu*, verifica-se que a cautelar restou extinta sem resolução de mérito, impedindo a expedição do documento de regularidade fiscal, não por haver controvérsia relativa à possibilidade de garantia do juízo de forma antecipada, mas em virtude da insuficiência dos bens oferecidos em caução, consoante dessume-se da seguinte passagem do voto condutor do aresto recorrido, *in verbis*: “No caso dos autos, por intermédio da análise dos documentos acostados, depreende-se que os débitos a impedir a certidão de regularidade fiscal perfazem um montante de R\$ 51.802,64, sendo ofertados em garantia pela autora chapas de MDF adquiridas para revenda, às quais atribuiu o valor de R\$ 72.893,00. Todavia, muito embora as alegações da parte autora sejam no sentido de que o valor do bem oferecido é superior ao crédito tributário, entendo que o bem oferecido como caução carece da idoneidade necessária para aceitação como garantia, uma vez que se trata de bem de difícil alienação.

8. Destarte, para infirmar os fundamentos do aresto recorrido, é imprescindível o revolvimento de matéria fático-probatória, o que resta defeso a esta Corte Superior, em face do óbice erigido pela Súmula 7 do STJ.

9. Por idêntico fundamento, resta interdita, a este Tribu-

nal Superior, a análise da questão de ordem suscitada pela recorrente, consoante infere-se do voto condutor do acórdão recorrido, *litteris*: “Prefacialmente, não merece prosperar a alegação da apelante de que é nula a sentença, porquanto não foi observada a relação de dependência com o processo de nº 2007.71.00.007754-8. Sem razão a autora. Os objetos da ação cautelar e da ação ordinária em questão são diferentes. Na ação cautelar a demanda limita-se à possibilidade ou não de oferecer bens em caução de dívida tributária para fins de obtenção de CND, não se adentrando a discussão do débito em si, já que tal desbordaria dos limites do procedimento cautelar. Ademais, há que se observar que a sentença corretamente julgou extinto o presente feito, sem julgamento de mérito, em relação ao pedido que ultrapassou os limites objetivos de conhecimento da causa próprios do procedimento cautelar”.

10. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(STJ, RESP 1.123.669, Rel.: MINISTRO LUIZ FUX, Órgão Julgador: PRIMEIRA SEÇÃO, Julgado em: 09/12/2009, DJe: 01/02/2010)

Também por meio da sistemática dos recursos repetitivos, a mesma Corte Superior firmou o entendimento no sentido de que a fiança bancária, desde que emitida em conformidade com as disposições legais pertinentes à matéria, é válida para garantir o juízo quando se objetiva a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, embora não se equipare ao depósito do montante integral do tributo devido para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário por força da taxatividade do art. 151 do CTN e da Súmula 112 do STJ.¹

Transcreve-se, abaixo, a ementa do recurso representativo da controvérsia (sem grifos no original):

¹ STJ Súmula nº 112 - 25/10/1994 - DJ 03.11.1994

Depósito - Suspensão do Crédito Tributário

O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro.

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CAUÇÃO E EXPEDIÇÃO DA CPD-EN. POSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ART. 151 DO CTN. INEXISTÊNCIA DE EQUIPARAÇÃO DA FIANÇA BANCÁRIA AO DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL DO TRIBUTADO DEVIDO PARA FINS DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. SÚMULA 112/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC, NÃO CONFIGURADA. MULTA. ART. 538 DO CPC. EXCLUSÃO.

1. A fiança bancária não é equiparável ao depósito integral do débito executando para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ante a taxatividade do art. 151 do CTN e o teor do Enunciado Sumular nº 112 desta Corte, cujos precedentes são de

clareza hialina: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO CAUTELAR DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DEPÓSITO EM TDAS OU FIANÇA BANCÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. CONSOANTE PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DESTA CORTE, A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, SÓ É ADMISSÍVEL MEDIANTE DEPÓSITO INTEGRAL EM DINHEIRO, NOS TERMOS DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 151 DO CTN, E PAR. 4. DA LEI Nº 6.830/70. RECURSO DESPROVIDO, POR UNANIMIDADE. (RMS 1.269/AM, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/1993, DJ08/11/1993) TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO. FIANÇA BANCÁRIA COMO GARANTIA ACOLHIDA EM LIMINAR. ART. 151, CTN. LEI 6.830/80 (ARTS. 9. E 38). ARTIGOS 796, 798 E 804, CPC). SÚMULAS 247-TFR E 1 E 2 DO TRF / 3ª REGIÃO. 1. A PROVISORIEDADE, COM ESPECÍFICOS CONTORNOS, DA CAUTELAR CALCADA EM FIANÇA BANCÁRIA (ARTIGOS 796, 798 E 804, CPC), NÃO SUSPENDE A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO FISCAL (ART. 151, CTN), MONITORADO POR ESPECIALÍSSIMA LEGISLAÇÃO DE HIERARQUIA SUPERIOR, NÃO SUBMISSA ÀS COMUNS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NA LEI 6.830/80 (ARTS. 9. 38). 2. SÓ O DEPÓSITO JUDICIAL EM DINHEIRO, AUTORIZADO NOS PRÓPRIOS AUTOS DA AÇÃO PRINCIPAL OU DA CAUTELAR, SUSPENDE A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. 3. RECURSO

PROVIDO. (REsp 30.610/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/02/1993, DJ 15/03/1993)

2. O art. 151 do CTN dispõe que, *in verbis*: 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: I - moratória; II - o depósito do seu montante integral; III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança. V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001) VI - o parcelamento.

3. Deveras, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (que implica óbice à prática de quaisquer atos executivos) encontra-se taxativamente prevista no art. 151 do CTN, sendo certo que a prestação de caução, mediante o oferecimento de fiança bancária, ainda que no montante integral do valor devido, não ostenta o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário, mas apenas de garantir o débito exequendo, em equiparação ou antecipação à penhora, com o escopo precípuo de viabilizar a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa e a oposição de embargos. (Precedentes: AgRg no REsp 1.157.794/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 24/03/2010; AgRg na MC 15.089/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 06/05/2009; AgRg no REsp 1.046.930/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJe 25/03/2009; REsp 870.566/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 11/02/2009; MC 12.431/RS, Rel. Ministro TEO-RIALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/03/2007, DJ 12/04/2007; AgRg no Ag 853.912/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/11/2007, DJ 29/11/2007 ; REsp 980.247/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2007, DJ 31/10/2007; REsp 587.297/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/10/2006, DJ 05/12/2006; AgRg no REsp 841.934/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/09/2006, DJ 05/10/2006)

4. *Ad argumentandum tantum*, peculiaridades do instituto da fiança demonstram, de forma inequívoca, a impossibilidade de sua equiparação ao depósito, tais como a alegação do benefício de ordem e a desoneração do encargo assumido mediante manifestação unilateral de vontade do fiador, nos termos dos arts. 827 e 835 do Código Civil, *verbis*: “Art. 827. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor”. “Art. 835. O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor”.

5. O contribuinte pode, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução, garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito de negativa.

6. É que a Primeira Seção firmou o entendimento de que: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. AÇÃO CAUTELAR PARA ASSEGURAR A EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. POSSIBILIDADE. INSUFICIÊNCIA DA CAUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O contribuinte pode, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução, garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito de negativa. (Precedentes: EDcl no AgRg no REsp 1.057.365/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2009, *DJe* 02/09/2009; EDcl nos EREsp 710.153/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, *DJe* 01/10/2009; REsp 1.075.360/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2009, *DJe* 23/06/2009; AgRg no REsp 898.412/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2008, *DJe* 13/02/2009; REsp 870.566/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, *DJe* 11/02/2009; REsp 746.789/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2008, *DJe* 24/11/2008; EREsp 574.107/PR, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA *DJ* 07.05.2007) 2. Dispõe o artigo 206 do CTN que: “tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a

certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa”. A caução oferecida pelo contribuinte, antes da propositura da execução fiscal é equiparável à penhora antecipada e viabiliza a certidão pretendida, desde que prestada em valor suficiente à garantia do juízo. 3. É viável a antecipação dos efeitos que seriam obtidos com a penhora no executivo fiscal, através de caução de eficácia semelhante. A percorrer-se entendimento diverso, o contribuinte que contra si tenha ajuizada ação de execução fiscal ostenta condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco não se voltou judicialmente ainda. 4. Deveras, não pode ser imputado ao contribuinte solvente, isto é, aquele em condições de oferecer bens suficientes à garantia da dívida, prejuízo pela demora do Fisco em ajuizar a execução fiscal para a cobrança do débito tributário. Raciocínio inverso implicaria em que o contribuinte que contra si tenha ajuizada ação de execução fiscal ostenta condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco ainda não se voltou judicialmente. 5. *Mutatis mutandis* o mecanismo assemelha-se ao previsto no revogado art. 570 do CPC, por força do qual era lícito ao devedor iniciar a execução. Isso porque as obrigações, como vínculos pessoais, nasceram para serem extintas pelo cumprimento, diferentemente dos direitos reais que visam à perpetuação da situação jurídica nele edificadas. 6. Outrossim, instigada a Fazenda pela caução oferecida, pode ela iniciar a execução, convertendo-se a garantia prestada por iniciativa do contribuinte na famigerada penhora que autoriza a expedição da certidão. (...) 10. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1.123.669/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010) 7. *In casu*, o pleito constante da exordial da presente ação cautelar, juntada às fls. e-STJ 28, foi formulado nos seguintes termos, *verbis*: “À vista do exposto, demonstrada a existência de *periculum in mora* e *fumus boni juris*, pleiteiam as requerentes, com fundamento nos artigos 796 e 804 do Código de Processo Civil, que lhe seja deferida medida liminar para assegurar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário objeto dos Processos Administrati-

vos nºs 15374.002156/00-73 e 15374.002155/00-19 até final decisão de mérito da questão jurídica em debate na AO nº 2007.34.00.036175-5 sem apresentação de garantia ou, quando menos, caso V. Exa. entenda necessária a garantia da liminar, requer a Autora seja autorizada a apresentação de fiança bancária do valor envolvido, a exemplo do que aconteceria na hipótese de propositura de execução fiscal, tornando-se, assim, válida a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, tal como previsto no art. 206, do CTN”. (Grifos no original)

8. O Juízo federal de primeiro grau concedeu a liminar, fundamentando o *decisum* na possibilidade de expedição de CPD-EN mediante a apresentação de fiança bancária garantidora da futura execução, consoante farta jurisprudência. No entanto, no dispositivo, contraditoriamente, determina a prestação de fiança “em valor não inferior ao do débito ora discutido mais 30% (trinta por cento), nos termos do § 2º do art. 656 do CPC, a qual deverá ter validade durante todo o tempo em que perdurar a ação judicial, sob pena de restauração da exigibilidade dos créditos tributários”.

9. O Tribunal *a quo*, perpetuou o equívoco do juízo singular, confirmando a concessão da liminar, para suspender a exigibilidade do crédito tributário e para determinar a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, mediante apresentação de fiança bancária, ao entendimento de que o art. 9º, § 3º, da Lei nº 6.830/80 não estabeleceria qualquer distinção entre o depósito em dinheiro e a fiança bancária, apta a garantir o crédito tributário.

10. Destarte, não obstante o equivocado entendimento do aresto recorrido, verifica-se que o pedido formulado referiu-se à expedição de certidão de regularidade fiscal.

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

12. Exclusão da multa imposta com base no art. 538, parágrafo único, do CPC, ante a ausência de intuito protelatório por parte da recorrente, sobressaindo-se, tão somente, a finalidade de prequestionamento.

13. Recurso especial parcialmente provido, apenas para afastar a multa imposta com base no art. 538, parágrafo único, do CPC. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (STJ, RESP 1.156.668, Rel.: Ministro LUIZ FUX, Órgão Julgador: PRIMEIRA SEÇÃO, Julgador em: 24/11/2010, DJe: 10/12/2010.)

Não é outro o entendimento desta egrégia Corte Regional, consoante se depreende das ementas de julgado abaixo colacionadas (sem grifos no original):

TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR ANTECIPATÓRIA DE CAUÇÃO. FIANÇA BANCÁRIA. POSSIBILIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA. INEXISTÊNCIA DE SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE.

1. **O STJ pacificou a jurisprudência, em regime de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC), quanto ao cabimento de ação cautelar, antes da execução fiscal, para garantir o juízo e a obtenção de certidão positiva com efeito de negativa (CP-EN)** (REsp 1.123.669/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe 01/02/2010).

2. Conforme sentenciado, os comprovantes às fls. 118/122; 190/205, demonstram que os depósitos, capazes de suspender a exigibilidade dos créditos a eles referentes enquanto se discute o crédito administrativamente, foram efetuados posteriormente ao ajuizamento desta ação, demonstrando o intuito de inibir a ação fiscal.

3. No tocante à competência para a ação cautelar preparatória, o foro competente é aquele para conhecer da ação principal, no caso, a vara de execuções fiscais; além do foro do domicílio do réu, conforme o art. 578, parágrafo único, do CPC, a Fazenda Pública pode escolher o lugar onde se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida; contudo, inexistindo a execução fiscal antecedente correspondente, já que se trata de ação preparatória, não há óbice para tramitação na vara fiscal da SJ-PE feito envolvendo também dívida originada pela atuação do Fisco na Paraíba.

4. **Sob regime de recurso repetitivo, o STJ consolidou o entendimento de que a fiança bancária é válida para garantir o juízo com o escopo precípua de expedição de certidão positiva com efeitos de nega-**

tiva (CPD-EM), mas não se equipara ao depósito do montante integral do tributo devido para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em razão da taxatividade do art. 151 do CTN e da Súmula 112 do STJ (REsp 1.156.668/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, *DJe* 10/12/2010).

5. Inexistindo a fiança bancária no rol taxativo do art. 151 do CTN e ante a inexistência de execução fiscal não é admissível a aplicação analógica do art. 15, I, da LEF ao caso.

6. Devem ser reconhecidos como exigíveis os créditos para os quais foi apresentada apenas fiança bancária, ou seja, inexistente outra causa suspensiva (v.g. recurso administrativo, depósito), garantindo-se em relação aos mesmos a expedição de CP-EN.

7. Apelação da Fazenda Nacional parcialmente provida; sucumbência recíproca.

(TRF5, AC 526.452, Rel.: Desembargador Federal MANOEL ERHARDT, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Julgado em: 19/04/2012, *DJe*: 26/04/2012)

TRIBUTÁRIO. CAUÇÃO. FIANÇA BANCÁRIA. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA. POSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE. INEXISTÊNCIA.

I. Sob regime de recurso repetitivo, o STJ consolidou o entendimento de que a fiança bancária é válida para garantir o juízo com o escopo precípuo de expedição de certidão positiva com efeitos de negativa (CPD-EN), mas não se equipara ao depósito do montante integral do tributo devido para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em razão da taxatividade do art. 151 do CTN e da Súmula 112 do STJ (REsp 1.156.668/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, *DJe* 10/12/2010).

II. Remessa oficial e apelação improvidas.

(TRF 5, AC 549.626, Rel.: Desembargador Federal IVAN LIRA DE CARVALHO, Órgão Julgador: QUARTA TURMA, Julgado em: 13/11/2012, *DJe*: 16/11/2012)

No caso, as cartas de fiança oferecidas em caução pela parte apelada garantem o cumprimento das obrigações daquela em relação aos processos administrativos 19647-004.624/2005-41, 19647-004.638/2005-65 e 19647-004.639./2005-18 até o limite de

R\$ 2.431.703,84 (fls. 193/194); R\$ 4.857.173,53 (fls. 205/206) e R\$ 3.482.506,23 (fls. 217/218), respectivamente.

As inscrições informadas, por sua vez, totalizam o montante de R\$ 9.232.923,11, consoante certidão acostada aos autos, de maneira que restam devidamente abarcadas pelo valor oferecido em garantia por meio das cartas de fiança acima citadas.

Dispõe o art. 9º da Lei nº 6.830/80 (sem grifos no original):

Art. 9º - Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá:

I - efetuar depósito em dinheiro, à ordem do Juízo em estabelecimento oficial de crédito, que assegure atualização monetária;

II - oferecer fiança bancária;

III - nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11; ou

IV - indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública.

Além do mais, consoante o inciso I do art. 15 do mesmo diploma legal, em qualquer fase do processo deve o Juiz deferir ao executado a substituição da penhora por depósito em dinheiro ou fiança bancária.

A Lei de Execuções Fiscais, ao situar, para efeitos de substituição à penhora, a fiança bancária no mesmo patamar normativo do depósito em dinheiro, acabou por reconhecer o elevado grau de liquidez do referido título, equiparável ao primeiro bem da gradação do art. 9º.

Sabe-se, ainda, que o Código de Processo Civil consagra, expressamente, em seu art. 620, o princípio da menor onerosidade da execução, segundo o qual a execução deve ser realizada por meio de medida idônea à satisfação do interesse do credor e, ao mesmo tempo, menos gravosa para o devedor.

Destarte, considerando o raciocínio acima delineado e o entendimento jurisprudencial pátrio acerca da matéria, entendo que não merece prosperar a pretensão da apelante de desconstituir a medida cautelar em primeira instância concedida, razão pela qual não merece reforma, neste ponto, a sentença objeto do presente apelo.

Todavia, há que ser modificado o decreto condenatório no que se refere ao montante do valor fixado a título de honorários advocatícios.

Ao regulamentar o tema, estabelece o art. 20 do CPC (sem grifos no original):

Art. 20. A sentença **condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios**. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. (Redação dada pela Lei nº 6.355, de 1976)

§ 1º O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

§ 2º As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

a) o grau de zelo do profissional; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

b) o lugar de prestação do serviço; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

c) **a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço**. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

§ 4º **Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior**. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

No caso, como restou vencida a Fazenda Pública, nos termos do § 4º acima destacado, a verba honorária deve ser fixada mediante apreciação equitativa do juiz, obedecendo-se aos parâmetros basilares previstos nas três alíneas do § 3º do art. 20 do CPC.

Fixada esta premissa, para a justa fixação da verba honorária neste processo, deve-se considerar que a questão jurídica posta em discussão é de pouca complexidade, pois se encontra plenamente pacificada na jurisprudência pátria.

Além do mais, como foram poucos e minimamente complexos os atos processuais praticados ao longo do trâmite procedimental, foi possível a resolução do mérito processual em ritmo que obedeceu às diretrizes de celeridade e economia típicas da processualística contemporânea.

Saliente-se, por fim, que o êxito da apelante não demandou de seus procuradores um nível de diligência superior aos parâmetros da normalidade, nem a criação ou defesa de teses jurídicas inovadoras ou de amplo prestígio acadêmico.

Diante, portanto, da singeleza da controvérsia discutida nos autos, entendo que a fixação da verba honorária no exorbitante valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) em favor da apelada representa um ônus excessivo para a parte apelante, pois tal quantia está em nítido descompasso com a superficialidade da presente demanda.

Dessa forma, considerando o disposto no § 4º do art. 20 do CPC, reduzo o valor fixado pelo Juízo Originário a título de honorários ao patamar de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Com essas considerações, dou parcial provimento à remessa oficial e à apelação, apenas para reduzir os honorários sucumbenciais arbitrados pelo Juízo Originário, fixando-os no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 497.174-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

Apelantes: VERA LÚCIA BEZERRA ALBUQUERQUE E OUTROS, ANA PAULA OLIVEIRA DO NASCIMENTO E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF E OUTRO

Apelados: OS MESMOS, PALMA ENGENHARIA LTDA. E ROCCA HABITACIONAL LTDA.

Advs./Procs.: DRS. FRANCIVALDO COSTA PEREIRA E OUTRO, REGINALDO CASTELO BRANCO ANDRADE E OUTRO, CHRISTINE FRANCA BEVILÁQUA VIEIRA E OUTROS, CARLOS HENRIQUE DE C. EHRICH E OUTRO E ALEXANDRE RODRIGUES DE ALBUQUERQUE

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SFH. AÇÃO COLETIVA DE REPARAÇÃO DE VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO E AÇÃO INDIVIDUAL COM PEDIDO REVISIONAL. CONEXÃO AFASTADA. REUNIÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 235 DO STJ. PROVA PERICIAL REQUERIDA PELA CAIXA. REVISÃO CONTRATUAL. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA TÉCNICA. DOCUMENTOS SUFICIENTES PARA A CONVICÇÃO DO JUIZ. NULIDADE DA SENTENÇA NÃO CONFIGURADA. INTERESSE DOS AUTORES NA CONDENAÇÃO DE TODOS OS RÉUS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO REVISIONAL. CONDENAÇÃO DO SUCUMBENTE EM HONORÁRIOS. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO DA TAXA DE JUROS PACTUDADA NÃO IMPOSTA NA SENTENÇA. RECURSO DA CAIXA NÃO CONHECIDO NESSA PARTE. ATUALIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR ANTES DA AMORTIZAÇÃO DAS PRESTAÇÕES. ANATOCISMO. OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. APELAÇÃO DOS AUTORES IMPROVIDA. APELO DA CAIXA CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO TAMBÉM EM PARTE.

- A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado. Súmula 235 do STJ.

- Já tendo sido proferida sentença na demanda em cotejo, não há que se falar em reunião desta com a Ação Civil Pública nº 2000.81.00.007064-2. Demais disso, observo que o juiz distribuidor da Seção Judiciária do Ceará, quando do ajuizamento do presente feito, entendeu pela inexistência de conexão entre esta ação e a aludida ação civil pública, não tendo havido, naquela época, qualquer irresignação dos demandantes.

- Constata-se, no caso concreto, que apenas a CAIXA foi quem requereu a produção de prova pericial na fase de saneamento do processo, já que os mutuários, muito embora tenham indicado a realização de perícia no seu pedido genérico feito na inicial, desistiram de tal pleito no momento em que não se manifestaram quando intimados para a especificação de provas, fazendo precluir do direito à produção probatória. Precedente do STJ (REsp 329.034/MG).

- Como a prova pericial requerida pela CAIXA destinava-se, exclusivamente, à análise da conduta do agente financeiro no cálculo das prestações e na evolução do financiamento, entendeu o juiz sentenciante, acertadamente, pela desnecessidade de realização de perícia técnica, em face da suficiência dos documentos existentes nos autos para a formação do seu convencimento quanto ao pleito de revisão contratual.

- Havendo o manifesto interesse dos autores na condenação das empresas ROCCA HABITACIONAL LTDA. e PALMA ENGENHARIA LTDA. à reparação dos supostos vícios de construção apontados na peça inaugural, o julgamento improcedente dessa pretensão torna cabível a condenação dos sucumbentes ao pagamento de honorários advocatícios, destinados à remuneração dos

advogados daquelas pessoas jurídicas pelo seu trabalho realizado nos autos, em observância ao princípio da causalidade.

- Como não houve condenação do agente financeiro em relação ao limite da taxa de juros estabelecida no contrato, deixa-se de conhecer da apelação da CAIXA no tocante aos seus fundamentos referentes a essa matéria.

- “Nos contratos vinculados ao SFH, a atualização do saldo devedor antecede sua amortização pelo pagamento da prestação”. (Súmula nº 450 do STJ). Tendo estabelecido a sentença o contrário, deve ela ser reformada, nesse particular.

- O Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, firmou o entendimento de que a capitalização de juros em contratos de mútuo vinculados ao SFH é ilegítima, qualquer que seja a periodicidade (REsp 1.070.297).

- A despeito de afirmar a instituição financeira que não vem aplicando os juros de forma capitalizada, “inexiste nos autos ao menos a apresentação de documento capaz de ilidir as conclusões utilizadas na decisão recorrida, haja vista a CAIXA possuir posição privilegiada frente ao mutuário, vez que é responsável pela execução contratual e confecção da planilha de evolução do financiamento” (TRF5, AC 420.769/CE, Segunda Turma, Rel. Des. Federal FRANCISCO BARROS DIAS, DJe 10/12/2009, p. 124).

- O reconhecimento de irregularidades praticadas pelo agente financeiro na evolução do financiamento, com a determinação da revisão contratual para a exclusão do anatocismo e do recálculo das prestações mensais com base no reajuste da categoria profissional, observando-se o limite de comprometimento de renda, confere aos mutuários, nos termos dos arts. 876 do CC e 23 da Lei 8.004/90, o direito de serem restituídos dos valores pagos a maior, a serem apu-

rados, como bem ressaltou o juiz de primeiro grau, na fase de liquidação do julgado.

- Sendo acolhida em parte a pretensão recursal da CAIXA, impõe-se o reconhecimento da sucumbência recíproca quanto ao pleito dirigido contra essa empresa pública, de modo que ela e os autores devem arcar com os honorários advocatícios dos seus respectivos advogados, nos termos do art. 21, caput, do CPC, pois, a despeito de existirem pretensões dos demandantes não acolhidas, foi determinada a revisão contratual na parte referente ao anatocismo, o que demonstra a plausibilidade do direito defendido pelos mutuários, parte hipossuficiente da relação contratual, sendo injusto, nesse particular, impor-lhes o pagamento de verba sucumbencial, uma vez que suportaram o ônus de buscar o Judiciário para ver uma ilegalidade contratual extirpada do contrato de financiamento. Precedente desta Corte.

- Apelação dos autores cujo provimento é negado.

- Apelação da CAIXA conhecida em parte e provida parcialmente.

ACÓRDÃO

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

Recife, 19 de fevereiro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE
JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PE-REIRA NOBRE JÚNIOR:

As partes interpõem recurso de apelação contra sentença que julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida na inicial.

Em suas razões, VERA LÚCIA BEZERRA ALBUQUERQUE e outros alegam: a) nulidade da sentença, ao argumento de que deveria ter sido produzida a prova pericial requerida pelos autores e pela CAIXA; b) conexão entre esta demanda e ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, razão pela qual deveria ter sido determinada a reunião de ambos os processos para julgamento simultâneo; e c) que não poderiam ter sido condenados ao ônus da sucumbência em relação aos litisconsortes ROCCA HABITACIONAL e PALMA ENGENHARIA LTDA., pois ajuizaram o presente feito somente contra a CAIXA, de modo que o juiz de primeiro grau “só poderia julgar improcedente a ação contra os litisconsortes se tivesse mandado emendar a inicial e fosse também pedida a procedência contra eles” (fl. 1.186).

Já a CAIXA, em seu apelo, defende que: a) a taxa de juros pactuada não é excessiva; b) é correta a ordem de amortização do saldo devedor prevista no contrato; c) inexistente anatocismo no contrato; d) a repetição do indébito só tem lugar quando o pagamento é indevido, o que não teria ocorrido no caso em apreço; e) tendo em vista a procedência parcial do pedido dos autores, deveria o Juízo de origem ter reconhecido a sucumbência recíproca, sem falar-se, contudo, em compensação de honorários entre as partes.

Contrarrazões às fls. 1312/1324 (autores) e 1326/1327 (CAIXA).

É o relatório.

VOTO

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

Os autores sustentam que haveria conexão entre esta demanda e a Ação Civil Pública nº 2000.81.00.007064-2, razão pela qual

postulam a anulação da sentença e reunião de ambos os processos para julgamento simultâneo.

Além de ser questionável esse alegado vínculo entre aquela ação coletiva e o presente feito, não vejo como prosperar a pretensão dos demandantes nesse particular, por força do óbice retratado na Súmula 235 do STJ, *in verbis*:

Súmula 235. A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado.

Nesse pórtico, já tendo sido proferida sentença na demanda em cotejo, não há que se falar em reunião desta com a outra supostamente conexa. Deveras, a Ação Civil Pública nº 2000.81.00.007064-2 já havia sido julgada (em 24/11/2009) pelo magistrado a *quo* antes de ser sentenciado este processo (em 14/12/2009), o que só evidencia a desnecessidade de reunião dessas ações.

Ademais, “mesmo havendo afinidade jurídica entre as demandas e ponto fático em comum, a reunião de processos é faculdade do juiz, por isso só cabe ser efetivada se for oportuna e conveniente e, ainda assim, para julgamento conjunto das causas” (STJ, REsp 1.001.820/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, *DJe* 29/05/2012).

A reunião almejada pelos autores, caso seja determinada, além causar tumulto desnecessário para as duas ações em estudo, sobretudo pelo fato de já ter sido julgada por esta Corte¹ a aludida ação civil pública, representaria grave ofensa ao princípio da duração razoável duração do processo, uma vez que retardaria ainda a mais o trâmite desta ação, que já dura mais de dez anos.

Demais disso, observo que o juiz distribuidor da Seção Judiciária do Ceará, quando do ajuizamento do presente feito, entendeu pela inexistência de conexão entre esta ação e a ação civil pública supracitada, conforme despacho de fl. 04, não tendo havido, naquela época, qualquer irresignação dos demandantes.

Inexiste, portanto, no caso em apreço, violação do disposto nos arts. 253, I, e 301, VII e § 4º, do CPC.

¹ Vide consulta processual no sítio deste Tribunal:
“<http://www.trf5.jus.br/processo/0007064-35.2000.4.05.8100>”.

Aduzem também os autores que a sentença seria nula por não ter sido produzida a prova pericial requerida tanto pela CAIXA como pelos mutuários, a qual seria necessária para o deslinde da causa.

Melhor sorte não assiste a esses argumentos.

É que, ao contrário do que afirmam os demandantes em seu apelo, apenas a CAIXA foi quem requereu a produção de prova pericial na fase de saneamento do processo, deixando de proceder da mesma forma os autores quando intimados para a especificação de provas (fl. 894).

Muito embora, no caso concreto, tenham os mutuários indicado a perícia no seu pedido genérico de produção de prova feito na inicial, é de se observar que a jurisprudência do STJ ecoa no sentido de que “o silêncio da parte, em responder ao despacho de especificação de provas faz precluir do direito à produção probatória, implicando desistência do pedido genérico formulado na inicial” (REsp 329.034/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* 20/03/2006, p. 263; AgRg nos EDcl no REsp 1.176.094/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 15/06/2012).

Constata-se, pois, que a produção de prova pericial foi requerida somente pela CAIXA, em face da inércia dos demandantes quando intimados na fase de saneamento do processo.

Ademais, tendo em vista que acerca do arcabouço jurídico envolvendo o sistema de provas predomina a ideia de que o destinatário principal do conteúdo probatório é o juiz, resta indubitável que a verdade dos fatos extraída do conjunto de provas ostenta papel serviente para orientar o convencimento do magistrado necessário à sua decisão.

Sobre este tema, Vicente Greco Filho, citado por Fredie Didier Jr., forneceu substancial calço jurídico ao dizer que “no processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral e filosófico; sua finalidade é prática, qual seja: convencer o juiz”².

² *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo do conhecimento*. 12 ed., rev., atual. e ampl. vol. 1. Salvador/BA: Juspodvim, 2010.

Nesse p3rtico, e voltando os olhos para a hip3tose em exame, como a prova pericial requerida pela CAIXA destinava-se, exclusivamente, 3 an3lise da conduta do agente financeiro no c3lculo das presta33es e na evolu333o do financiamento, entendeu o juiz sentenciante, acertadamente, pela desnecessidade de realiza33o de per3cia t3cnica, em face da sufici3ncia dos documentos existentes nos autos para a forma33o do seu convencimento quanto ao pleito de revis3o contratual.

Diante disso, e tendo em vista que a decis3o guerreada encontra-se devidamente fundamentada, n3o h3 que se falar em ofensa aos arts. 53, LV, e 93, IX, da Constitui33o Federal, ou ao art. 165 do CPC.

Afasto, com essas considera333es, as alega333es de nulidade da senten3a recorrida.

No que se refere 3 condena33o em honor3rios, o juiz de primeiro grau, a despeito de ter havido a proced3ncia parcial do pleito de revis3o contratual, condenou a CAIXA ao pagamento da verba honor3ria no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais). Em rela33o ao pedido de repara33o dos supostos v3cios de constru33o, como n3o houve o seu acolhimento na senten3a, foram os autores condenados ao 3nus da sucumb3ncia, em favor das empresas ROCCA HABITACIONAL LTDA. e PALMA ENGENHARIA LTDA., no importe de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), *pro rata*.

Contudo, os demandantes, no intuito de se eximirem da condena33o ao pagamento da referida verba honor3ria, afirmam que seria necess3ria a sua pr3via intima33o pelo Ju3zo *a quo* para emendar a inicial, a fim de que fosse postulada a proced3ncia da pretens3o reparat3ria tamb3m contra os litisconsortes ROCCA HABITACIONAL LTDA. e PALMA ENGENHARIA LTDA., j3 que a a33o teria sido ajuizada somente contra a CAIXA.

Recha3o tal argumento, por ser completamente alheio ao que aconteceu no curso deste processo.

Como se observa 3s fls. 924/925, as empresas ROCCA HABITACIONAL LTDA. e PALMA ENGENHARIA LTDA. foram denunciadas 3 lide pela CAIXA, tendo havido a intima33o dos autores para se manifestarem sobre tal denuncia33o (fl. 1046), os quais n3o se

opuseram, tanto que requereram a citação daquelas pessoas jurídicas (fls. 1052/1053), tendo afirmado, ainda, que já haviam requerido a citação da ROCCA HABITACIONAL LTDA. na petição inicial.

Ressalte-se que os demandantes, em réplicas de fls. 890/891 e 1132/1133, demonstram, claramente, o seu interesse em ver as empresas ROCCA HABITACIONAL LTDA. e PALMA ENGENHARIA LTDA. condenadas à reparação dos supostos vícios de construção apontados na peça inaugural.

Como não restou acolhida tal pretensão na sentença apelada, é evidente, nesse particular, a sucumbência dos autores, sendo cabível a sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios, destinados à remuneração dos advogados daquelas pessoas jurídicas pelo seu trabalho realizado nos autos, em observância ao princípio da causalidade.

Analiso, a partir de agora, as razões recursais da CAIXA.

No que diz respeito à alegação da empresa pública recorrente de que a taxa de juros pactuada não é excessiva, inexistem razões para a reforma da sentença em relação a esse tema.

Isso porque, muito embora o magistrado *a quo* tenha afirmado, em seus fundamentos, que a “taxa de juros aplicável deve ser a avençada no contrato, respeitado o limite máximo de 12% ao ano conforme o art. 25 da Lei 8.692/93” (fl. 1175), não existe, no dispositivo sentencial, qualquer determinação no sentido de que a CAIXA observe tal limite quanto ao percentual da taxa de juros pactuado.

Como não houve, pois, condenação do agente financeiro em relação ao limite da taxa de juros estabelecida no contrato, deixa-se de conhecer da apelação da CAIXA no tocante aos seus fundamentos referentes a essa matéria.

A questão relativa ao momento da amortização não comporta maiores discussões, encontrando-se pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça, assim dispondo o Enunciado nº 450 de sua Súmula:

Nos contratos vinculados ao SFH, a atualização do saldo devedor antecede sua amortização pelo pagamento da prestação.

Também em sede de recurso repetitivo foi apreciada a matéria, consoante evidencia o aresto em destaque:

CIVIL. FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. CONTRATO DE MÚTUO HIPOTECÁRIO. SISTEMA DE PRÉVIO REAJUSTE E POSTERIOR AMORTIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 450/STJ .RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. LEI Nº 11.672/2008. RESOLUÇÃO/STJ Nº 8, DE 07.08.2008. APLICAÇÃO.

I. “Nos contratos vinculados ao SFH, a atualização do saldo devedor antecede sua amortização pelo pagamento da prestação” (Súmula nº 450/STJ).

II. Julgamento afetado à Corte Especial com base no procedimento da Lei nº 11.672/2008 e Resolução n. 8/2008 (Lei de Recursos Repetitivos).

III. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ, CE, REsp 1.110.903 -PR, Rel. MIN. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJe: 15/02/2011)

Deve ser reformada, portanto, a decisão monocrática no que se refere ao momento da atualização do saldo devedor, já que se encontra contrária ao entendimento jurisprudencial acima explanado.

Quanto à prática de anatocismo reconhecida na sentença, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, assestou o entendimento acerca da impossibilidade de capitalização de juros nos contratos do Sistema Financeiro Habitacional, qualquer que seja a periodicidade.

Confira-se a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS VEDADA EM QUALQUER PERIODICIDADE. TABELA PRICE. ANATOCISMO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7. ART. 6º, ALÍNEA E, DA LEI Nº 4.380/64. JUROS REMUNERATÓRIOS. AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO.

1. Para efeito do art. 543-C:

1.1. Nos contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, é vedada a capitalização de juros em qualquer periodicidade. Não cabe ao STJ, todavia, aferir se há capitalização de juros com a utilização da Tabela Price, por força das Súmulas 5 e 7.

1.2. O art. 6º, alínea e, da Lei nº 4.380/64, não estabelece limitação dos juros remuneratórios.

2. Aplicação ao caso concreto:

2.1. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido, para afastar a limitação imposta pelo acórdão recorrido no tocante aos juros remuneratórios.

(STJ, 2ª S., REsp 1.070.297 -PR, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 18/09/2009, grifos acrescidos)

No caso em apreço, observo que a CAIXA não se desincumbiu do ônus de demonstrar a inoccorrência de anatocismo nos contratos de financiamento celebrados com os mutuários.

Ora, a despeito de afirmar a instituição financeira que não vem aplicando os juros de forma capitalizada, “inexiste nos autos ao menos a apresentação de documento capaz de ilidir as conclusões utilizadas na decisão recorrida, haja vista a CAIXA possuir posição privilegiada frente ao mutuário, vez que é responsável pela execução contratual e confecção da planilha de evolução do financiamento” (TRF5, AC 420.769/CE, Segunda Turma, Rel. Des. Federal FRANCISCO BARROS DIAS, DJe 10/12/2009, p. 124).

O reconhecimento de irregularidades praticadas pelo agente financeiro na evolução do financiamento, com a determinação da revisão contratual para a exclusão do anatocismo e para o recálculo das prestações mensais com base no reajuste da categoria profissional, observando-se o limite de comprometimento de renda, confere aos mutuários, nos termos dos arts. 876 do CC e 23 da Lei 8.004/90, o direito de serem restituídos dos valores pagos a maior, a serem apurados, como bem ressaltou o juiz de primeiro grau, na fase de liquidação do julgado.

Sendo acolhida em parte a pretensão recursal da CAIXA, impõe-se o reconhecimento da sucumbência recíproca quanto ao pleito dirigido contra essa empresa pública, de modo que ela e os autores devem arcar com os honorários advocatícios dos seus respectivos advogados, nos termos do art. 21, *caput*, do CPC, pois, a despeito de existirem pretensões dos demandantes não acolhidas, foi determinada a revisão contratual na parte referente ao anatocismo, o que demonstra a plausibilidade do direito defendido pelos mutuários, parte hipossuficiente da relação contratual, sendo injusto, nesse particular, impor-lhes o pagamento de verba sucum-

bencial, uma vez que suportaram o ônus de buscar o Judiciário para ver uma ilegalidade contratual extirpada do contrato de financiamento (TRF5, AC 547.267/AL, Segunda Turma, Rel. Des. Federal FRANCISCO BARROS DIAS, DJe 04/10/2012, p. 449).

Com essas considerações, nego provimento à apelação dos autores e conheço parcialmente a apelação da CAIXA para lhe dar parcial provimento, apenas para reformar a sentença no tocante ao momento da atualização do saldo devedor, a qual deverá anteceder sua amortização pelo pagamento da prestação, bem como para reconhecer a sucumbência recíproca em relação ao pedido de revisão contratual, devendo a CAIXA e os mutuários arcar com os honorários advocatícios dos seus respectivos advogados (art. 21, *caput*, do CPC).

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 506.848-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: EMÍDIO PEREIRA DOS SANTOS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. JURACI MEDEIROS FILHA E OUTRO (APDO.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ADOÇÃO DA TÉCNICA DA MOTIVAÇÃO REFERENCIADA (PER RELATIONEM). AUSÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ENTENDIMENTO DO STF. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO. VAQUEIRO. VÍNCULO COMPROVADO. SENTENÇA TRABALHISTA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL E PROVA TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE. MANDATO ELETIVO. CONTRIBUIÇÕES EFETUADAS. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO COM PROVENTOS INTEGRAIS. REQUISITOS PREENCHIDOS. JUROS E CORRE-

ÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA Nº 111-STJ.

- Cuida-se de remessa obrigatória, tida por interposta, e de apelação cível oferecida pelo INSS contra a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido da parte autora para condená-lo à averbação do período entre 01.07.69 a 02.07.2000, em que foi reconhecido o vínculo laboral de vaqueiro com o proprietário do Sítio Jataí, e à concessão, em favor dele, da aposentadoria por tempo de contribuição integral, computando-se também os períodos de exercício de mandato eletivo de vereador entre 03.07.2000 a 01.06.2001, 01.01.2002 a 01.02.2004 e 01.06.2005 a 28.05.2006, com o pagamento das parcelas atrasadas a partir de 28.05.2006, devidamente corrigidas e com juros moratórios.

- A mais alta Corte de Justiça do país já firmou entendimento no sentido de que a motivação referenciada (per relationem) não constitui negativa de prestação jurisdicional, tendo-se por cumprida a exigência constitucional da fundamentação das decisões judiciais. Adota-se, portanto, os termos da sentença como razões de decidir.

- (...) O ponto controvertido da presente demanda consiste em saber se o demandante, de fato, manteve vínculo trabalhista com o Sr. Antônio Murilo Wanderley da Nóbrega, proprietário do Sítio Jataí, durante o período compreendido entre 01/07/1969 a 02/07/2000. Para sustentar a alegação, o autor carregou aos autos a cópia de Sentença prolatada na Justiça do Trabalho (fl. 56), visando o reconhecimento deste vínculo empregatício, em que o reclamado obrigou-se em proceder às devidas anotações contratuais na CTPS do requerente na função de vaqueiro, durante o aludido período. A anotação foi devidamente efetivada.

- (...) Todavia, conforme bem destacou o Acórdão acima transcrito, para que a Sentença Trabalhista produza efeitos para fins previdenciários, necessário se faz que ela seja corroborada com outros elementos de prova. Para isto, designei Audiência de Instrução.

- Durante a audiência, restou bastante claro, conforme depoimento pessoal e testemunhal colhido, que o demandante trabalhou no Sítio Jataí durante todo o período compreendido entre 01/07/1969 e 02/07/2000, ou seja, durante um lapso temporal de aproximadamente 31 anos, na função de vaqueiro. Ficou elucidado que o requerente desempenhava atividades rurícolas no referido imóvel, plantando capim, tirando leite, recebendo pagamento de salário por esse serviço prestado. Restou apurado, outrossim, que o exercício da vereança realizado pelo postulante não interferia no desempenho de sua atividade habitual de vaqueiro, eis que as sessões da Câmara Municipal davam-se apenas semanalmente e à noite.

- Aliado a isso, verifico constar dos autos vasto início de prova material do vínculo empregatício do autor, dos quais cito: a fotografia anexada na parte inferior da página 128 e na parte superior da página 132, em que o demandante aparece ordenhando uma vaca; documento de registro de arma de fl. 134, em que consta o endereço do requerente como sendo o Sítio Jataí/Ipueira; título eleitoral datado de 1985, constando a profissão de agricultor e ficha de associação sindical datada de 1987, em que aparece o Sítio Jataí como local de residência (ambos na fl. 135); requerimento de matrícula dos filhos, durante os anos de 1983 a 1993 em que o postulante consta como sendo agricultor (fls. 136 a 143v).

- Diante deste quadro, dúvidas não tenho de que o demandante efetivamente laborou como va-

queiro no Sítio Jataí durante o período registrado em sua Carteira de Trabalho, por força da já mencionada sentença trabalhista.

- Já no que concerne ao período em que o autor alega que houve o pagamento das contribuições previdenciárias quando do exercício da função de vereança na Câmara Municipal de Ipueira, durante os períodos de 01/1997 a 06/2001, mediante acordo de parcelamento realizado pela então Prefeitura junto ao INSS, sob os nºs 35.226.330-0, 35.226.329-6, 35.226.327-0 e 35.226.328-8 (docs. 97/98) e de 01/2002 a 12/2008, verifico que tal alegação restou em parte comprovada.

- Apesar de o INSS somente reconhecer como período de contribuição a ser computado em favor do autor os intervalos temporais compreendidos entre 01/01/2001 a 02/2004 e 01/01/2005 a 08/2005, consta dos autos declaração (fl. 85) emitida pela Câmara Municipal de Ipueira no sentido de que o demandante exerceu o mandato eletivo durante todo o período de 01/1997 a 06/2001, sendo a contribuição previdenciária relativa a este intervalo temporal devidamente repassada ao demandado através do parcelamento já referido no presente feito.

- Ademais, nota-se que há declaração do mesmo órgão, no sentido de que o postulante contribuiu para o INSS de janeiro de 2002 a fevereiro de 2004 e de junho de 2005 até agosto de 2006, data de emissão da aludida declaração.

- (...) Cumpre observar, ainda, que as atividades exercidas concomitantemente pelo requerente devem ser consideradas no cálculo do benefício, sendo vedada apenas a soma de tempos de serviço em duplicidade.

- (...) E, conforme provas dos autos, somando-se o período de contribuição do autor reconhecido em sentença trabalhista (01/07/1969 a 02/07/2000) e registrado na sua CTPS com o tempo de

contribuição na função de vereador a partir de 03/07/2000 até 01/06/2001, 01/01/2002 até 01/02/2004 e 1/06/2005 a 28/05/2006, somam-se 35 anos de contribuição, conforme a tabela anexa, preenchendo, portanto, o requisito para concessão da aposentadoria por tempo de contribuição integral a partir de 28/05/2006.

- Na hipótese dos autos, revela-se, ainda, infundada a irresignação do apelante com relação à comprovação das contribuições relativas ao período de exercício do mandato eletivo de vereador anterior à Lei nº 10.887/04. O autor comprovou o desempenho dos mandatos eletivos de vereador durante os lapsos de 03.07.2000 a 01.06.2001, 01.01.2002 a 01.02.2004 e 01.06.2005 a 28.05.2006, com as contribuições respectivas, inclusive, às relativas aos períodos em que ostentava a condição de segurado facultativo, ou seja, nos períodos anteriores ao advento do referido diploma legal, através das declarações expedidas pela Secretaria de Administração da Prefeitura de Ipueira e pela Câmara Municipal de Ipueira, às fls. 85 e 87. O INSS, ora apelante, não se desincumbiu do ônus de desconstituir a autenticidade dos referidos documentos que gozam de fé pública.

- Também se revela incontestável os recolhimentos das contribuições previdenciárias pelo empregador referentes ao vínculo empregatício de vaqueiro do autor, conforme atesta o teor da certidão e do despacho de fl. 84, não mais cabendo qualquer irresignação do INSS acerca do montante depositado e nem tampouco do valor do salário de contribuição com base no qual se deram os recolhimentos, mesmo porque o apelante limitou-se a contestar o valor do salário anotado na CTPS do autor sem apresentar qualquer outro elemento para demonstrar que ele não refletia a verdade.

- **Juros de mora mantidos à razão de 0,5% ao mês, a contar da citação, até o advento da Lei nº 11.960/09, porquanto, a partir de então, de acordo com a sistemática nela prevista.**
- **Correção monetária incidente sobre as parcelas vencidas desde o vencimento nos termos da Lei nº 6.899/81 até a vigência da Lei nº 11.960/09 para, a partir dela, sujeitar-se aos termos nela prescritos.**
- **Honorários advocatícios mantidos em 10% sobre o valor da condenação, mas, com observância dos termos da Súmula nº 111-STJ.**
- **Apelação improvida e remessa obrigatória, tida por interposta, parcialmente provida.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e dar parcial provimento à remessa obrigatória, tida por interposta, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 25 de abril de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Cuida-se de remessa obrigatória, tida por interposta, e de apelação cível oferecida pelo INSS contra a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido da parte autora para condená-lo à averbação do período entre 01.07.69 a 02.07.2000, em que foi reconhecido o vínculo laboral com o proprietário do Sítio Jataí, e à concessão, em favor dele, da aposentadoria por tempo de contribuição integral, computando-se os períodos de exercício de mandato eletivo de vereador entre 03.07.2000 a 01.06.2001, 01.01.2002

a 01.02.2004 e 01.06.2005 a 28.05.2006, com o pagamento das parcelas atrasadas a partir de 28.05.2006, devidamente corrigidas e com juros de mora à razão de 0,5% ao mês, a contar da citação. Condenou-o, ainda, ao pagamento dos honorários advocatícios à razão de 10% sobre o valor da condenação.

Nas razões recursais, a Autarquia Previdenciária pugna pela reforma da sentença alegando a ineficácia da sentença trabalhista que reconheceu o referido vínculo laboral do autor em processo do qual ela não integrou a lide, em especial, quando a referida sentença não se baseou em razoável início de provas materiais. Insiste, ainda, na ausência de comprovação de recolhimento das contribuições previdenciárias relativas ao período reconhecido como vaqueiro a justificar o seu cômputo para fins de aposentadoria e, uma vez aceito o referido lapso, ora impugnado, que o seja com base na contribuição de 1 salário mínimo e não de dois salários mínimos tal como consta da CTPS, haja vista a ausência de prova de que ele percebesse esse valor. Por outro lado, também, acusa a não comprovação dos recolhimentos relativos aos períodos anteriores ao advento da Lei nº 10.887/04, em decorrência do exercício dos mandatos eletivos de vereador, em que não figurava como segurado obrigatório da Previdência Social.

Nas contrarrazões, pugna a parte autora pela manutenção da r. sentença.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

A matéria trazida para discussão diz respeito ao reconhecimento do direito da parte autora ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição com proventos integrais, considerando-se o cômputo do período laborado como vaqueiro, compreendido no lapso de 01.07.69 a 02.07.00, e dos períodos em que exerceu a função de vereador relativamente aos mandatos de 03.07.2000 a 01.06.2001, 01.01.2002 a 01.02.2004 e 01.06.2005 a 28.05.2006, com o pagamento das parcelas daí decorrentes com juros e correção monetária.

Nas razões recursais, a Autarquia Previdenciária pugna pela reforma da sentença alegando a ineficácia da sentença trabalhista que reconheceu o referido vínculo laboral do autor em processo do qual ela não integrou a lide, em especial, quando a referida sentença não se baseou em razoável início de provas materiais. Insiste, ainda, na ausência de comprovação de recolhimento das contribuições previdenciárias relativas ao período reconhecido de vaqueiro a justificar o seu cômputo para fins de aposentadoria e, uma vez aceito o referido lapso, ora impugnado, que o seja com base na contribuição de 01 salário mínimo e não de dois salários mínimos tal como consta da CTPS, haja vista a ausência de prova de que ele percebesse esse valor. Por outro lado, também, acusa a não comprovação dos recolhimentos relativos aos períodos anteriores ao advento da Lei nº 10.887/04, em decorrência do exercício dos mandatos eletivos de vereador, em que não figurava como segurado obrigatório da Previdência Social.

Revelam-se, entretanto, completamente infundadas as alegações do apelante.

Restou devidamente comprovado o vínculo trabalhista do autor com o proprietário do imóvel rural onde ele exercia a função de vaqueiro não apenas pela sentença trabalhista, mas também por depoimentos das testemunhas em audiência e dos elementos de prova material colacionados aos autos, assim como é incontestável os recolhimentos das contribuições previdenciárias pelo empregador referentes à citada relação empregatícia, conforme atesta o teor da certidão e do despacho de fl. 84, não mais cabendo qualquer reclamação acerca do montante depositado e nem tampouco do valor do salário de contribuição com base no qual se deram os recolhimentos, mesmo porque o INSS limitou-se a contestar o valor do salário anotado na CTPS do autor sem apresentar qualquer outro elemento para demonstrar que ele não refletia a verdade.

Por outro lado, o autor, de igual modo, comprovou o desempenho dos mandatos eletivos de vereador durante os lapsos de 03.07.2000 a 01.06.2001, 01.01.2002 a 01.02.2004 e 01.06.2005 a 28.05.2006, com as contribuições respectivas, inclusive, às relativas aos períodos em que ostentava a condição de segurado facul-

tativo, ou seja, nos períodos anteriores ao advento da Lei nº 10.887/04, através das declarações expedidas pela Secretaria de Administração da Prefeitura de Ipueira e pela Câmara Municipal de Ipueira, às fls. 85 e 87. O INSS não se desincumbiu do ônus de desconstituir a autenticidade dos referidos documentos que gozam de fé pública.

Considerando que a mais alta Corte de Justiça do país já firmou entendimento no sentido de que a motivação referenciada (*per relationem*) não constitui negativa de prestação jurisdicional, tendo-se por cumprida a exigência constitucional da fundamentação das decisões judiciais¹, adoto como razões de decidir os termos da sentença, que passo a transcrever:

O ponto controvertido da presente demanda consiste em saber se o demandante, de fato, manteve vínculo trabalhista com o Sr. Antônio Murilo Wanderley da Nóbrega, proprietário do Sítio Jataí, durante o período compreendido entre 01/07/1969 a 02/07/2000. Para sustentar a alegação, o autor carreou aos autos a cópia de Sentença prolatada na Justiça do Trabalho (fl. 56), visando o reconhecimento deste vínculo empregatício, em que o reclamado obrigou-se em proceder às devidas anotações contratuais na CTPS do requerente na função de vaqueiro, durante o aludido período. A anotação foi devidamente efetivada.

Apesar de ser ponto assente na doutrina a tese de que os efeitos da coisa julgada só vinculam as partes litigantes, com relação aos efeitos da Sentença Trabalhista prolatada em demanda da qual o INSS não participou, no entanto, a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais já consolidou o entendimento de que ela constitui início de prova material, que pode ser utilizada para fins de concessão de benefício previdenciário, conforme deixa claro a seguinte Decisão:

¹ Precedentes do STF: AI 855.829 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 20/11/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO, DJe-241, DIVULG 07-12-2012, PUBLIC 10-12-2012; AI 738.982 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 29/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO, DJe-119, DIVULG 18-06-2012, PUBLIC 19-06-2012; e AI 813.692 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO, DJe-056, DIVULG 16-03-2012, PUBLIC 19-03-2012.

Ementa: PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. EXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL ENTRE TURMAS RECURSAIS DE DIFERENTES REGIÕES. CONHECIMENTO. SENTENÇA TRABALHISTA. NÃO PARTICIPAÇÃO DO INSS NA LIDE. VALIDADE, PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS, AINDA QUE NÃO TENHA O INSS PARTICIPADO DA LIDE. ACÓRDÃO RECORRIDO CONSOANTE À JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ. PREVALÊNCIA. NÃO PROVIMENTO.

1. Uma vez demonstrada a divergência jurisprudencial entre julgados provenientes de Turmas Recursais de diferentes Regiões, deve o incidente de uniformização ser conhecido.

2. Tendo o acórdão recorrido decidido nos exatos termos do entendimento dominante do STJ, ao entender que o fato de o INSS não ter sido parte no processo trabalhista não elide a possibilidade de se aceitar o tempo de serviço /reconhecido na ação, desde que acompanhada de outros elementos, deve o mesmo prevalecer. Em razão disso, impõe-se o improvimento do pedido, no presente caso.

3. Incidente conhecido, mas improvido (destaquei).

Classe: PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL. Processo: 200251510230850. Órgão Julgador: Turma Nacional de Uniformização. Data da decisão: 10/10/2005. Documento: Fonte: *DJU* 14/11/2005. Relator(a): JUIZ RENATO TONIASSO.

Todavia, conforme bem destacou o acórdão acima transcrito, para que a Sentença Trabalhista produza efeitos para fins previdenciários, necessário se faz que ela seja corroborada com outros elementos de prova. Para isto, designei Audiência de Instrução.

Durante a audiência, restou bastante claro, conforme depoimento pessoal e testemunhal colhido, que o demandante trabalhou no Sítio Jataí durante todo o período compreendido entre 01/07/1969 e 02/07/2000, ou seja, durante um lapso temporal de aproximadamente 31 anos, na função de vaqueiro. Ficou elucidado que o requerente desempenhava atividades rurícolas no referido imóvel, plantando capim, tirando leite, recebendo pagamento de salário por esse serviço prestado. Restou apurado, outrossim, que o exercício da vereança realizado pelo postulante não interferia no desempenho de

sua atividade habitual de vaqueiro, eis que as sessões da Câmara Municipal davam-se apenas semanalmente e à noite.

Aliado a isso, verifico constar dos autos vasto início de prova material do vínculo empregatício do autor, dos quais cito: a fotografia anexada na parte inferior da página 128 e na parte superior da página 132, em que o demandante aparece ordenhando uma vaca; documento de registro de arma de fl. 134, em que consta o endereço do requerente como sendo o Sítio Jataí/Ipueira; título eleitoral datado de 1985, constando a profissão de agricultor e ficha de associação sindical datada de 1987, em que aparece o Sítio Jataí como local de residência (ambos na fl. 135); requerimento de matrícula dos filhos, durante os anos de 1983 a 1993 em que o postulante consta como sendo agricultor (fls. 136 a 143v).

Diante deste quadro, dúvidas não tenho de que o demandante efetivamente laborou como vaqueiro no Sítio Jataí durante o período registrado em sua Carteira de Trabalho, por força da já mencionada sentença trabalhista.

Já no que concerne ao período em que o autor alega que houve o pagamento das contribuições previdenciárias quando do exercício da função de vereança na Câmara Municipal de Ipueira, durante os períodos de 01/1997 a 06/2001, mediante acordo de parcelamento realizado pela então Prefeitura junto ao INSS, sob os nºs 35.226.330-0, 35.226.329-6, 35.226.327-0 e 35.226.328-8 (docs. 97/98) e de 01/2002 a 12/2008, verifico que tal alegação restou em parte comprovada.

Apesar de o INSS somente reconhecer como período de contribuição a ser computado em favor do autor os intervalos temporais compreendidos entre 01/01/2001 a 02/2004 e 01/01/2005 a 08/2005, consta dos autos declaração (fl. 85) emitida pela Câmara Municipal de Ipueira no sentido de que o demandante exerceu o mandato eletivo durante todo o período de 01/1997 a 06/2001, sendo a contribuição previdenciária relativa a este intervalo temporal devidamente repassada ao demandando através do parcelamento já referido no presente feito.

Ademais, nota-se que há declaração do mesmo órgão, no sentido de que o postulante contribuiu para o INSS de janeiro

de 2002 a fevereiro de 2004 e de junho de 2005 até agosto de 2006, data de emissão da aludida declaração.

De se destacar, por oportuno, que referidas declarações mostram-se válidas como meios de prova, sobretudo porque a redação atual do art. 11, I, *h*, acrescentada pela Lei nº 9.506/97 preceitua que o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência, deve ser considerado segurado obrigatório da Previdência Social, enquadrando-se como segurado empregado. Desta feita, em face do enquadramento do vereador como empregado, cabe-lhe apenas comprovar o exercício do mandato, haja vista que o desconto e recolhimento da contribuição previdenciária é dever do empregador, ao qual deve o INSS cobrar caso não tenha efetuado o recolhimento.

Cumprir observar, ainda, que as atividades exercidas concomitantemente pelo requerente devem ser consideradas no cálculo do benefício, sendo vedada apenas a soma de tempos de serviço em duplicidade.

Passo agora a analisar o pleito do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição proporcional apresentado pelo autor.

Consoante a regulamentação dada pela Previdência Social à matéria nos arts. 187 e 188, do Decreto nº 3.048/99, verifica-se que os segurados do sexo masculino inscritos no RGPS até 16/12/1998, data da EC nº 20, desde que cumprida a carência, terão direito à aposentadoria por tempo de contribuição, com renda mensal de cem por cento do salário de benefício, cumprido o período de 35 anos de contribuição.

E, conforme provas dos autos, somando-se o período de contribuição do autor reconhecido em sentença trabalhista (01/07/1969 a 02/07/2000) e registrado na sua CTPS com o tempo de contribuição na função de vereador a partir de 03/07/2000 até 01/06/2001, 01/01/2002 até 01/02/2004 e 1/06/2005 a 28/05/2006, somam-se 35 anos de contribuição, conforme a tabela anexa, preenchendo, portanto, o requisito para concessão da aposentadoria por tempo de contribuição integral a partir de 28/05/2006.

Apenas com relação aos critérios dos juros e da correção monetária e aos honorários advocatícios merece reparo a r. sentença.

A correção monetária deverá se dá desde o vencimento das parcelas atrasadas de acordo com a Lei nº 6.899/81 até o advento da Lei nº 11.960/09 para, a partir de então, sujeitar-se à sistemática nela prevista e os juros moratórios fixados à razão de 0,5% ao mês, a contar da citação, deverão ser mantidos neste patamar, mas, também, apenas até a vigência do novel diploma legal, porquanto, a partir daí, nos termos nela prescritos.

Os honorários advocatícios deverão ser mantidos à razão de 10% sobre o valor da condenação, mas, observados os termos da Súmula nº 111-STJ.

Por tais argumentos, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa obrigatória, tida por interposta, para ajustar os critérios de juros e correção monetária e os honorários advocatícios aos termos acima descritos.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 509.968-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: SERVNAC TERCEIRIZAÇÃO LTDA.
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. MANUEL LUÍS DA ROCHA NETO E OUTROS (APTE.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. COFINS E PIS NÃO CUMULATIVOS. PESSOA JURÍDICA PRESTADORA DE SERVIÇO DE LIMPEZA, CONSERVAÇÃO E MANUTENÇÃO. LEI Nº 10.866/03 E LEI Nº 10.637/02. INSUMOS DIRETOS E INDIRETOS. TRANSPORTE, ALIMENTAÇÃO E VESTUÁRIO DE EMPREGADOS. CREDITAMENTO. ATO DECLARATÓRIO INTERPRETATIVO DA SRF Nº 7/04. ILEGALIDADE.

- Cuida-se a espécie de mandado de segurança impetrado por SERVNAC TERCEIRIZAÇÃO LTDA.,

o qual pretende, em caráter preventivo, assegurar a possibilidade de creditar os valores pagos a título de COFINS e de contribuição ao PIS, não cumulativos, decorrentes dos custos despendidos com vale-transporte, vale-alimentação e fardamento de seus empregados, de acordo com o disposto nas Leis 10.637/02 e 10.883/03.

- Proferida a sentença, o ilustre magistrado a quo julgou improcedente o pedido, ao fundamento de que o Ato Declaratório Interpretativo nº 4/2007, da Secretaria da Receita Federal, limitou-se a definir os insumos que satisfariam os termos legais, sem, no entanto, transbordar a norma primária. Ademais, o conceito de insumos não alcançaria a integralidade das despesas ligadas à produção e comercialização de bens e serviços, não se podendo deferir o direito de crédito sem a existência da correspondente previsão legal.

- Em síntese, o cerne do debate está na eventual exorbitância do poder regulamentar na edição do Ato Declaratório Interpretativo nº 4/07, da Secretaria da Receita Federal, o qual criou restrições à utilização desses insumos, específicas para sociedades empresárias daquele ramo de prestação de serviço.

- A possibilidade de creditamento de tais despesas está amparada pelo artigo terceiro das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03, de idêntica redação, cujos incisos permitem inferir duas disciplinas para os tipos de insumos: enquanto nos incisos I e do III ao X se menciona especificamente a utilização de insumos na atividade da empresa, num nexo mais tênue em relação ao produto ou serviço, e mais forte em relação à viabilização da atividade como um todo, no inciso II, o legislador ordinário foi claro ao estabelecer o liame com a prestação de serviços e com a produção ou fabricação de bens ou produtos.

- Os insumos diretos são, então, objeto do inciso

II do art. 3º das Leis de n.ºs 10.833/03 e 10.637/02, enquanto os indiretos são os referidos nos demais incisos, por exemplo, custos com o estabelecimento, mão de obra e infraestrutura. Embora a lei não se valha dos termos “indireto” e “direto”, utiliza-se deles pela descrição das suas características, o que, inclusive, se depreende da confrontação entre os incisos.

- Ficam de fora da previsão legal os dispêndios que se apresentem num grau de inerência que configure mera conveniência da pessoa jurídica contribuinte (sem alcançar perante o fator de produção o nível de uma utilidade ou necessidade) ou, ainda, que ligados a um fator de produção, não interfiram com o seu funcionamento, continuidade, manutenção e melhoria. (GRECO, Marco Aurélio apud PAULSEN, Leandro; VELLOSO, Andrei Pitten. *Contribuições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 206.)

- Os insumos diretos possuem autorização genérica para o creditamento, bastando a previsão legal consignada no inciso II: “[a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a] bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes [...] (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)”.

- Os insumos indiretos, por dependerem de umnexo ou juízo de necessidade, essencialidade e utilidade, ponderado pelo legislador, dependem de menção legal explícita para gerar o mesmo direito de crédito.

- Sob essa dúplici perspectiva dos insumos, perfilha-se o entendimento de que, em regra, para as Empresas de produção de bens, as despesas vetadas pelo Ato Declaratório Interpretativo nº 7/04, representariam insumos indiretos, a exigir, de fato, expressa menção do legislador para que

se legitimasse o creditação. No entanto, para as sociedades prestadoras de serviço, especificamente o de limpeza, conservação e manutenção, os mesmos gastos constituem, em regra, insumos diretos, pois influem diretamente no resultado prático do serviço, que somente ocorre em função da atuação imediata de pessoas, as quais inequivocamente não podem prescindir do transporte, alimentação e vestuário representados nas verbas defendidas pelo impetrante.

- Assim, para o caso sob deslinde, o inciso II já seria suficiente para impedir a restrição promovida pelo Ato Declaratório Interpretativo nº 7/04. Todavia, para que a questão permanecesse estreme de dúvidas, sobreveio a Lei nº 11.898/09, a assegurar o direito ao creditação pleiteado pelo impetrante, consolidando o entendimento.

- Esta eg. Turma, na AMS nº 101.268 e na AC nº 501.209, julgadas por maioria, já teve a oportunidade de assentar o caráter interpretativo desta Lei no ponto em que agregou ao artigo 3º das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03 o inciso X.

- Reconhecimento do direito ao recolhimento das contribuições ao PIS com a possibilidade de creditação dos insumos previstos no art. 3º, incisos II e X, da Lei nº 10.627/02 e da Lei nº 10.833/03, no tocante à prestação de serviços de limpeza, conservação e manutenção efetuados pela pessoa jurídica, sem estender esse direito a outras atividades eventualmente prestadas pela entidade e ressaltando amplamente a faculdade de fiscalização pelo Fisco.

- Compensação: a) admitida apenas para créditos posteriores ao ajuizamento da ação; b) necessidade de observar o art. 74 da Lei nº 9.430/96; c) correção monetária pela Taxa Selic; d) aplicação do art. 170-A do CTN; e) não incidência do

**art. 26 da Lei nº 11.457/07; e f) ampla possibilidade de fiscalização pelo Fisco.
- Apelação parcialmente provida.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto e relatório constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 25 de abril de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Cuida-se a espécie de mandado de segurança impetrado por SERVNAC TERCEIRIZAÇÃO LTDA., o qual pretende, em caráter preventivo, assegurar a possibilidade de creditar os valores pagos a título de COFINS e de contribuição ao PIS, não cumulativos, decorrentes dos custos despendidos com vale-transporte, vale-alimentação e fardamento de seus empregados. Tal pretensão busca amparo nos termos do artigo 3º, incisos II e X, das Leis nºs 10.833/03 e 10.637/02 e visa a afastar as restrições impostas pelo Ato Declaratório Interpretativo nº 4/07.

Proferida a sentença, o ilustre magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido, ao fundamento de que o Ato Declaratório Interpretativo nº 4/2007, da Secretaria da Receita Federal, limitou-se a definir os insumos que satisfariam os termos legais, sem, no entanto, transbordar a norma primária. Ademais, o conceito de insumos não alcançaria a integralidade das despesas ligadas à produção e comercialização de bens e serviços, não se podendo deferir o direito de crédito sem a existência da correspondente previsão legal.

Inconformada, nas razões da apelação, a parte autora pugna pela reforma da decisão, porquanto a Lei nº 11.898/09 reconheceria o direito das empresas que desempenham atividades voltadas para o ramo de prestação de serviços de limpeza, conservação e manutenção, de creditarem o valor despendido com vale-transporte, vale-alimentação e uniforme, na base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS. Por isso, requereu a compensação dos valores pagos indevidamente, desde a entrada em vigor das Leis 10.637/02 e 10.883/03.

Contrarrazões às fls.182/190.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

1. DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

O pleito formulado pela parte autora busca o creditamento propiciado pelas Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, no artigo terceiro, inciso segundo, desde o momento em que essas leis passaram a governar a relação jurídica tributária. Todavia, o ajuizamento da presente ação constitucional foi efetuado em junho de 2009, não podendo, por isso, deixar de submeter-se ao lustro prescricional, nos termos já assentados pelo col. Superior Tribunal de Justiça.

Tomo por empréstimo o recente aresto:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, CPC. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. SÚMULA Nº 284/STF. PIS E COFINS NÃO CUMULATIVOS. BENS INTEGRANTES DO ATIVO FIXO/IMOBILIZADO/PERMANENTE. CREDITAMENTO PELOS ENCARGOS DE DEPRECIÇÃO E AMORTIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA NA FORMA DA SÚMULA Nº 411/STJ, POR ANALOGIA.

[...]

3. A prescrição dos créditos fiscais visando ao creditamento das contribuições ao PIS e COFINS não cumulativos, a exemplo do creditamento escritural de IPI, é quinquenal, contada a partir do ajuizamento da ação.

4. À exceção da existência de expressa autorização legal (v.g. art. 5º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 10.637/2002 e art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 10.637/2002), os créditos escriturais de PIS e COFINS, ainda que reconhecidos judicialmente, somente podem ser aproveitados mediante desconto das contribuições ao PIS e COFINS a pagar (art. 3º, § 4º, da Lei nº 10.637/2002 e da Lei nº 10.833/2003), sendo vedada a compensação na forma do art. 74 da Lei nº 9.430/96.

5. Reconhecido o direito ao creditamento e a existência de dispositivos legais e normativos ilegítimos que o impedem (no caso o art. 31 da Lei nº 10.865/2004 declarado inconstitucional pela Corte de Origem), é de se reconhecer a correção monetária dos créditos escriturais de PIS e COFINS. Incidência, por analogia, do recurso representativo da controvérsia REsp nº 1.035.847 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 24.6.2009, e do Enunciado nº 411 da Súmula do STJ: “É devida a correção monetária ao creditamento do IPI quando há oposição ao seu aproveitamento decorrente de resistência ilegítima do Fisco”.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.
(REsp 1.269.131/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 17/04/2012)

Desta feita, seja pelo entendimento de que o Decreto nº 20.910/32, art. 3º, se aplica ao caso, seja pela regência da matéria pelos termos do artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, para as ações ajuizadas na sua vigência (STF, RE 566.621, art. 543-B do CPC), o crédito eventualmente surgido antes de maio de 2004 está extinto.

2. DESCONTO DE INSUMOS NA SISTEMÁTICA NÃO CUMULATIVA DE COFINS E CONTRIBUIÇÕES AO PIS

Ao examinar o preceito permissivo dos descontos na base de cálculo da COFINS e da contribuição para o PIS, contido no art. 3º das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, compreende-se que seus diversos incisos estabelecem, detalhadamente, as espécies de insumos que geram creditamento.

Como “insumo” não tem acepção isolada no direito tributário, porque, antes, advém de relações de natureza privada, cumpre

respeitar aquilo que, com essa percepção, o legislador acreditava aprisionar e captar na integração do termo ao texto normativo. Dessa feita, na formulação do conceito técnico-jurídico de insumo não se devem ignorar suas duas espécies, os insumos diretos, que demandam a participação direta do bem ou serviço no resultado da atividade empresarial, e os insumos indiretos.

Pela simplicidade e clareza das definições, peço licença para importar um dos resultados de minhas consultas: Insumos diretos: Assim são classificados os materiais e serviços utilizados na produção de outros bens ou serviços. Vale, também, a denominação de “matéria-prima” ou “produto”.

Refere-se ao material empregado para que se obtenha qualquer resultado prático, seja produto ou serviço.

Insumos indiretos: São aqueles necessários à produção, porém de forma indireta, não se agregando, sob qualquer forma, ao produto final. São, em geral, produtos fornecidos por concessionárias públicas, como energia elétrica, água, telefonia etc. Fazem parte, ao lado das instalações prediais, da infraestrutura do negócio.¹

Sob essa perspectiva, refaço a leitura do texto legal:

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

I - bens adquiridos para revenda, exceto em relação às mercadorias e aos produtos referidos: (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

[...]

II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei nº 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos

¹ Gestão de logística. Acesso em 15 de julho de 2011. Disponível em: http://smaonline.rio.rj.gov.br/sistemas/SGDO/_rotinas/cadastro/docs/%7BB7C7024D-66F7-4930-88BC-37BBF77161F9%7D_Resumo1.doc

veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da Tipi; (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

III - energia elétrica e energia térmica, inclusive sob a forma de vapor, consumidas nos estabelecimentos da pessoa jurídica; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

IV - aluguéis de prédios, máquinas e equipamentos, pagos a pessoa jurídica, utilizados nas atividades da empresa;

V - valor das contraprestações de operações de arrendamento mercantil de pessoa jurídica, exceto de optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES; (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

VI - máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado, adquiridos ou fabricados para locação a terceiros, ou para utilização na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços; (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

VII - edificações e benfeitorias em imóveis próprios ou de terceiros, utilizados nas atividades da empresa;

VIII - bens recebidos em devolução cuja receita de venda tenha integrado faturamento do mês ou de mês anterior, e tributada conforme o disposto nesta Lei;

IX - armazenagem de mercadoria e frete na operação de venda, nos casos dos incisos I e II, quando o ônus for suportado pelo vendedor.

X - vale-transporte, vale-refeição ou vale-alimentação, fardamento ou uniforme fornecidos aos empregados por pessoa jurídica que explore as atividades de prestação de serviços de limpeza, conservação e manutenção. (Incluído pela Lei nº 11.898, de 2009)

Os insumos diretos são, então, objeto do inciso II do art. 3º das Leis de nºs 10.833/03 e 10.637/02, enquanto os indiretos são os referidos nos demais incisos, por exemplo, custos com o estabelecimento, mão de obra e infraestrutura. Embora a lei não se valha dos termos “indireto” e “direto”, utiliza-se deles pela descrição das suas características, o que, inclusive, se depreende da confrontação entre os incisos.

Enquanto nos incisos I e III a X se menciona especificamente a utilização de insumos na atividade da empresa, num nexos mais

tênue em relação ao produto ou serviço, e mais forte em relação à viabilização da atividade como um todo, no inciso II, o legislador ordinário foi claro ao estabelecer o liame com a prestação de serviços e com a produção ou fabricação de bens ou produtos. Exatamente o que se entende por insumo direto: aqueles que entram na composição do produto ou do serviço.

Assim, de um modo geral, o artigo 3º buscou abranger, inicialmente, os insumos diretos, ao incluir *“todos [os dispêndios] ligados a bens e serviços que se apresentem como necessários para o funcionamento do fator de produção, cuja aquisição ou consumo configura conditio sine qua non da própria existência e/ou funcionamento [...]”*. É certo que estão abarcados, igualmente, insumos indiretos, pois *“também estão abrangidos os bens e serviços ligados à ideia de continuidade ou manutenção do fator de produção, bem como os ligados à sua melhoria. Porém, ficam de fora da previsão legal os dispêndios que se apresentem num grau de **inerência** que configure **mera conveniência** da pessoa jurídica contribuinte (sem alcançar perante o fator de produção o nível de **uma utilidade ou necessidade**) ou, ainda, que ligados a um fator de produção, não interfiram com o seu funcionamento, continuidade, manutenção e melhoria”*.²

O nexu ou juízo de necessidade, essencialidade e utilidade é, pois, o critério que o legislador se valeu para selecionar quais os insumos indiretos ensejariam ou propiciariam o creditamento. Dependem, portanto, de menção legal explícita para gerar o mesmo direito de crédito que os insumos diretos.

Sob essa dúplici perspectiva dos insumos, no caso dos autos, deve-se verificar se vales-transportes e alimentação/refeição, uniformes e fardamentos dos funcionários constituem insumos diretos ou indiretos das Empresas prestadoras de serviço, o que reflete sobre a necessidade de estarem expressamente consignados nos incisos do art. 3º das leis de regência da COFINS e da contribuição ao PIS.

² GRECO, Marco Aurélio *apud* PAULSEN, Leandro; VELLOSO, Andrei Pitten. Contribuições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 206.

Em razão do objeto societário, perfilho-me ao entendimento de que, em regra, para as Empresas de produção de bens, essas despesas representariam insumos indiretos, a exigir expressa menção do legislador para que se legitimasse o creditamento pelo seu juízo de necessidade, essencialidade e utilidade. No entanto, para as sociedades prestadoras de serviço, especificamente o de limpeza, conservação e manutenção, os mesmos gastos representam, em regra, insumos diretos, pois influem diretamente no resultado prático do serviço, que somente ocorre em função da atuação direta de pessoas, as quais inequivocamente não podem prescindir do transporte, alimentação e vestuário representados nas verbas defendidas pelo impetrante.

Assim, para o caso sob deslinde, o inciso II já seria suficiente para impedir a restrição promovida pelo Ato Declaratório Interpretativo nº 7/04. Todavia, para que a questão permanecesse estreitamente de dúvidas, sobreveio a Lei nº 11.898/09, e elucidou:

Art. 24. O *caput* do art. 3º da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, passa a vigorar **acrescido do seguinte inciso X:**

“Art. 3º (...)

X - vale-transporte, vale-refeição ou vale-alimentação, fardamento ou uniforme fornecidos aos empregados por pessoa jurídica que explore as atividades de prestação de serviços de limpeza, conservação e manutenção.

(...)” (NR)

Art. 25. O *caput* do art. 3º da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, passa a vigorar **acrescido do seguinte inciso X:**

“Art. 3º (...)

X - vale-transporte, vale-refeição ou vale-alimentação, fardamento ou uniforme fornecidos aos empregados por pessoa jurídica que explore as atividades de prestação de serviços de limpeza, conservação e manutenção.

(...)” (NR)

Por todo o exposto, não vejo como deixar de aplicar a norma ao caso pelo fato de ter entrado em vigor apenas em 2009 ou esbarrar no art. 144 do CTN, uma vez que o novo inciso X apenas explicita uma regra que me parece possível de ser extraída já da

redação anterior. Houve apenas uma confirmação do entendimento colhido do texto originário.

Nesse passo, impossível cogitar de aplicação retroativa da Lei nº 11.898/09, como se introduzisse no cenário jurídico uma regra inovadora. Esta eg. Turma, na AMS nº 101.268 e na AC nº 501.209, julgadas por maioria, já teve a oportunidade de assentar o caráter interpretativo desta Lei no ponto em que agregou ao artigo 3º das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03 o inciso X. Em outras palavras, reconheceu-se o que as leis sempre deixaram subjacente, a fim de que se possibilitasse a análise do papel do insumo na atividade econômica de produção de bens ou de prestação de serviços.

Daí porque o impetrante tem direito líquido e certo ao recolhimento das contribuições COFINS e PIS, com a possibilidade de creditamento dos insumos previstos no art. 3º, incisos II e X, da Lei nº 10.627/02 e da Lei nº 10.833/03, incompatíveis com a subsistência do Ato Declaratório Interpretativo nº 7 de 2004, desde que os insumos se refiram exclusivamente à prestação de serviços de limpeza, conservação e manutenção efetuados pela pessoa jurídica, sem englobar as outras atividades da empresa.

3. DA COMPENSAÇÃO

Embora reconhecido o direito ao creditamento, somente defiro a compensação tributária dos créditos surgidos após a impetração do mandado de segurança.

Primeiro, porque a própria parte afirma tratar-se de ação preventiva, atribuindo, inclusive, valor fictício à causa, sem demonstrar qualquer correlação com o indébito. Segundo, porque o mandado de segurança exige prova pré-constituída e, no caso, não há elementos para inferir quanto foi gasto com os insumos indiretos. Terceiro, porque admitir a compensação destes valores transformaria a ação constitucional em ação de cobrança.

No entanto, para os valores relativos a períodos posteriores ao ajuizamento da ação, admite-se a compensação, desde que obedecido o regular trâmite administrativo, declarando devidamente o encontro de contas, a ser homologado pelo Fisco, nos termos da Lei nº 9.430/96:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão. (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

§ 1º A compensação de que trata o *caput* será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

§ 2º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

Neste procedimento, contudo, não há que ser observado o art. 26 da Lei nº 11.457/07, pois seu texto explicitamente não abrange a COFINS e a contribuição ao PIS, que são contribuições sobre o faturamento (art. 11, parágrafo único, alínea *d*, da Lei nº 8.212/91).

DA CORREÇÃO MONETÁRIA

No tocante à aplicação da correção monetária do montante a ser compensado, considerando-se que o recolhimento indevido do tributo ocorreu após a edição da Lei nº 9.250/2005, deve ser adotada a Taxa SELIC, que tem caráter dúplice, englobando critério de atualização monetária e de juros moratórios. Nesse sentido, colaciono aresto do col. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. COMPENSAÇÃO. FINSOCIAL X COFINS. CORREÇÃO MONETÁRIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. INCLUSÃO. ENTENDIMENTO PACIFICADO. APLICAÇÃO DOS ÍNDICES QUE MELHOR REFLETEM A REAL INFLAÇÃO À SUA ÉPOCA. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEI Nº 9.250/95. INTENÇÃO PROCRASTINATÓRIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MULTA. ARTS. 16, 17, IV E VII, 18, E 557, § 2º, DO CPC. LEIS NºS 9.668/1998 E 9.756/1998.

(...)

2. A correção monetária não se constitui em um plus; não é uma penalidade, sendo, tão somente, a reposição do valor real da moeda, corroído pela inflação. Portanto, inde-

pende de culpa das partes litigantes. É pacífico na jurisprudência desta Colenda Corte o entendimento segundo o qual é devida a aplicação dos índices de inflação expurgados pelos planos econômicos governamentais, como fatores de atualização monetária de débitos judiciais.

3. A respeito, este Tribunal tem adotado o princípio de que deve ser seguido, em qualquer situação, o índice que melhor reflita a realidade inflacionária do período, independentemente das determinações oficiais. Assegura-se, contudo, seguir o percentual apurado por entidade de absoluta credibilidade e que, para tanto, merecia credenciamento do Poder Público, como é o caso da Fundação IBGE. É firme a jurisprudência desta Corte que, para tal propósito, há de se aplicar o IPC, por melhor refletir a inflação à sua época.

4. Aplicação dos índices de correção monetária que é absolutamente devida, da seguinte forma: a) por meio do IPC, no período de março/1990 a janeiro/1991; b) a partir da promulgação da Lei nº 8.177/91, a aplicação do INPC (até dezembro/1991); e c) após janeiro/1992, a aplicação da UFIR, nos moldes estabelecidos pela Lei nº 8.383/91.

5. Adota-se, a partir de 1º de janeiro de 1996, no fenômeno compensação tributária, o art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250, de 26/12/95, pelo que os juros devem ser calculados, após tal data, de acordo com a referida lei, que inclui, para a sua aferição, a correção monetária do período em que ela foi apurada.

6. A aplicação dos juros, *in casu*, afasta a cumulação de qualquer índice de correção monetária a partir de sua incidência. Este fator de atualização de moeda já se encontra considerado nos cálculos fixadores da referida taxa. Sem base legal a pretensão do Fisco de só ser seguido tal sistema de aplicação dos juros quando o contribuinte requer administrativamente a compensação. Impossível ao intérprete acrescer ao texto legal condição nela inexistente. (...)

(AgREsp 444.940/DF, Rel. Ministro José Delgado, DJ: 16.12.2002; p: 00260)

DA APLICAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN

O eg. Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.164.452/MG, sob a sistemática dos recursos repetitivos, sedimentou o en-

tendimento de que o art. 170-A do Código Tributário Nacional deve ser aplicado às demandas ajuizadas após a vigência do referido dispositivo legal, introduzido pela Lei Complementar 104/2001.

Eis os termos do citado julgado:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. LEI APLICÁVEL. VEDAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. INAPLICABILIDADE A DEMANDA ANTERIOR À LC 104/2001.

1. A lei que regula a compensação tributária é a vigente à data do encontro de contas entre os recíprocos débito e crédito da Fazenda e do contribuinte. Precedentes.

2. Em se tratando de compensação de crédito objeto de controvérsia judicial, é vedada a sua realização “antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial”, conforme prevê o art. 170-A do CTN, vedação que, todavia, não se aplica a ações judiciais propostas em data anterior à vigência desse dispositivo, introduzido pela LC 104/2001. Precedentes.

3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

(REsp 1.164.452/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010)

Assim, como a presente ação foi proposta em data posterior à vigência da referida lei, aplica-se a previsão contida no art. 170-A do CTN, que veda a compensação de tributo objeto de demanda judicial antes do trânsito em julgado da respectiva decisão.

Por todo o exposto, dou parcial provimento à apelação para reconhecer o direito ao recolhimento das contribuições ao PIS com a possibilidade de creditamento dos insumos previstos no art. 3º, incisos II e X, da Lei nº 10.627/02 e da Lei nº 10.833/03, no tocante à prestação de serviços de limpeza, conservação e manutenção efetuados pela pessoa jurídica, sem estender esse direito a outras atividades eventualmente prestadas pela entidade e ressalvando amplamente a faculdade de fiscalização pelo Fisco.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 526.117-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO
Apelantes: CID JOSÉ SILVÉRIO CÉSAR E UNIÃO
Apelados: OS MESMOS
Adv./Proc.: DR. MIGUEL DE FARIAS CASCUDO

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO, POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO. INFORMAÇÕES INDEVIDAMENTE FORNECIDAS PELA POLÍCIA FEDERAL. AUTOR QUE NÃO FEZ PARTE DE ESQUEMA CRIMINOSO. RETRATAÇÃO POR PARTE DE DELEGADO, EM JORNAL LOCAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. REDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO PARA R\$ 10.000,00 - DEZ MIL REAIS.

- Pretensão de obter o pagamento de indenização, por danos morais, em razão de equívoco da Polícia Federal. Autor que não participou de esquema criminoso.

- Sequência de fatos: a) Mandado de busca e apreensão em face do autor, expedido em 08/05/2007 (fl. 31); b) certidão da 2ª Vara Federal do Rio Grande do Norte, atestando que o Inquérito Policial nº 074/06 - Processo nº 2006.84.00.003377-0, tratado nos autos, tramitou em sigilo até 07/05/2007, quando da deflagração da “Operação Paraíso”, passando, após, o processo judicial a tramitar sob sigilo de justiça (fl. 39); c) Jornal Tribuna do Norte – edição do dia 10/05/2007, com publicação de organograma contendo os nomes dos integrantes de quadrilha investigada pela Polícia Federal, apresentando o nome do autor como um dos seus integrantes (fl. 41); d) publicação no Jornal Tribuna do Norte – edição do dia 11/05/2007, contendo declarações do delega-

do responsável pelas investigações da “Operação Paraíso” sobre a ocorrência de equívocos cometidos na apresentação à imprensa do organograma mencionado (fl. 42); e e) cópia de certidão expedida pela 2ª Vara Federal do Rio Grande do Norte, atestando que foi deferido o pedido do Autor nos autos do Incidente de Restituição de Coisas Apreendidas de nº 2007.84.00.007859-9, sendo-lhe devolvidos os bens apreendidos em data de 04/03/2008, com a informação da autoridade policial de que não houve comprovação de que os objetos teriam sido produto do crime ou pertenceriam a outrem (fl. 125).

- Mesmo após a Polícia Federal representar por busca e apreensão na residência e empresa do Autor, com apreensão de objetos e documentos e posterior averiguação de que não houve conduta criminosa pelo demandante, o delegado divulgou perante a imprensa o conteúdo apurado na “Operação Paraíso”, através da exposição com projeção de imagem de um organograma identificando os suspeitos e as pessoas relacionadas no esquema criminal, fazendo constar, dentre eles, o nome do autor.

- Exposição do autor que levou o delegado a esclarecer no outro dia, no Jornal Tribuna do Norte – 11/05/2007 –, que houve equívoco na divulgação para a imprensa de nomes de pessoas que não tinham envolvimento no esquema criminoso. Por si só, o evento tem conotação ofensiva, mas, se já não bastasse, leve-se em consideração que o Inquérito Policial nº 074/2006 corria em sigilo e o respectivo processo judicial em segredo de justiça, o que só vem a corroborar a conduta açodada da demandada.

- Provado o nexo causal com a divulgação precipitada de informações que envolveram equivocadamente o nome do autor e propiciaram publicações

inverídicas pela imprensa. Justificado o constrangimento causado pela violação do sigilo através da Polícia Federal, vez que os danos morais mostram-se evidentes e resultam, como consequência lógica, da própria conduta abusiva que ocasionou a exposição do nome do autor à imprensa. - Estabelecimento da indenização em R\$ 10.000,00 – dez mil reais. Valor que melhor se ajusta aos parâmetros doutrinários, levando-se em consideração que, mesmo tendo ocorrido a exposição negativa do autor, aconteceu a retratação pública na imprensa local, por parte do causador do dano. Embora não tenha sido eliminado o constrangimento já experimentado no passado, cessou a problemática, naquele momento, impossibilitando consequências futuras. - Apelação cível da União Federal provida, em parte, apenas para reduzir o valor da indenização para R\$ 10.000,00 – dez mil reais – e apelação cível do autor improvida. Manutenção da verba honorária, no percentual de 10% – dez por cento –, sobre o valor da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento, em parte, à apelação cível da União Federal e negar provimento à apelação cível do autor, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 21 de março de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO:

Ação Ordinária interposta por CID JOSÉ SILVÉRIO CÉSAR, em face da União Federal, visando o pagamento de indenização por danos morais e à publicação de eventual sentença condenatória em “todos os meios de comunicação que publicaram as informações indevidamente fornecidas pela Polícia Federal”.

Afirmou o seguinte:

1) É empresário com atuação no segmento de investimentos imobiliários, sendo proprietário da CORPORE EMPREENDIMENTOS LTDA., com instalações na Paraíba e Rio Grande do Norte;

2) a Polícia Federal deflagrou, por meio da Superintendência Regional do Rio Grande do Norte, a chamada “Operação Paraíso”, com intuito de apurar delitos praticados por organização criminosa que estaria praticando crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, crimes contra o sistema financeiro nacional, dentre outros;

3) foi atingido por essa investigação porque mantinha contatos profissionais com o Sr. ALBERTO ÁULIO MEDEIROS NELSON, que era procurador no país do grupo espanhol IMMOVALERO, que possuía filial no Brasil sob o nome de VALERO BRASIL LTDA. e era representada na Paraíba pelo autor.

4) o relacionamento entre ambos era estritamente profissional, de modo que nem o autor, nem tampouco a empresa VALE-RO BRASIL LTDA., tinham qualquer conhecimento dos possíveis envolvimento criminosos praticados pelo Sr. Alberto;

5) a “Operação Paraíso” culminou no cumprimento, pela Polícia Federal, de dois mandados de busca e apreensão, expedidos pelo Juízo da 2ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, em seu desfavor, sendo um para a sua residência e outro para a sua empresa Corpore Empreendimentos Ltda., oportunidade em que foram apreendidos aparelhos eletrônicos e documentos, mas que nada revelaram de ilícito ou de envolvimento com as investigações tratadas na “Operação Paraíso”;

6) o Delegado responsável pelo inquérito afirmou, em entrevista ao Jornal Correio da Paraíba, do dia 10/05/2007, que o autor estava sendo investigado e, mesmo sem ter concluído suas investigações, naquele mesmo dia, convocou a imprensa do Rio Grande do Norte e expôs todo o conteúdo dos fatos apurados na “Operação Paraíso”, através de um organograma com os nomes e as relações dos envolvidos no esquema internacional de crimes, e, dentre eles, encontrava-se o autor;

7) o inquérito policial sobre as investigações corriam em sigilo e o seu respectivo processo judicial em segredo de justiça e as informações fornecidas pela Polícia Federal levaram a imprensa e o público a associar o autor aos crimes de lavagem de dinheiro, tráfico, dentre outros, causando-lhe prejuízos irreparáveis à sua honra e dignidade;

8) no dia 11/05/2007, o mesmo Delegado comunicou à imprensa potiguar que o organograma divulgado no dia anterior continha equívocos em relação a diversas pessoas;

9) A isenção do autor nos fatos articulados na investigação restou assegurada em certidão judicial que deferiu o pedido do Autor acerca da devolução dos objetos apreendidos, além de declarar a inexistência de elementos que pudessem constituir crime, ou que tais objetos tenham sido originados de práticas criminosas.

A União Federal apresentou contestação, acompanhada de documentos – fls. 75/88 –, alegando que:

1) No curso da investigação policial “Operação Paraíso”, a Polícia Federal registrou diálogo telefônico entre uma funcionária de Alberto Áulio e o autor, que revelava o intuito de cometer crime de falso perante o órgão federal, levando a Polícia Federal a representar por busca e apreensão na sua residência e empresa. No entanto, o fato não deu ensejo à ação penal pela ausência de comprovação de conduta criminosa;

2) deflagrada a operação, a Polícia Federal apresentou, aos jornalistas, informações a respeito da investigação, com exibição de organograma identificando os suspeitos e as pessoas a eles relacionadas, com menção expressa de condutas criminosas, apenas quanto àqueles investigados cuja prisão fora decretada;

3) o nome do autor não foi vinculado a qualquer delito, nem houve divulgação de dados protegidos por sigilo, sejam fiscais, bancários ou telefônicos;

4) no dia seguinte, o jornal Tribuna do Norte apresentou matéria jornalística contendo equívocos, dentre eles, a divulgação de organograma intitulado “Integrantes da Quadrilha”, em desacordo com a entrevista anterior, o que levou o Delegado, no dia seguinte, a conceder nova entrevista para esclarecimento de dúvidas sobre o caso;

5) não há que se imputar à Administração Pública a ocorrência dos eventuais danos morais sofridos pelo autor em decorrência da conduta praticada por terceiros, isto é, pela publicação de matérias jornalísticas, cuja responsabilidade é dos veículos de comunicação;

O autor apresentou impugnação à contestação, além de documentos – fls. 92/107.

Com vista – fl. 109 –, a União Federal alegou que os documentos apresentados pelo autor, às fls. 103/107, refletem mero exercício das atribuições legais e nada acrescentam à composição da lide – fl. 111.

Intimado o autor para apresentar cópia da decisão proferida nos autos do Incidente de Restituição de Coisas Apreendidas nº 2007.84.00.7859-9 – fl. 112 –, sobreveio a informação – 114/131.

Na sentença – fls. 136/153 –, o nobre Magistrado monocrático assim decidiu:

(...) JULGO PROCEDENTE O PEDIDO para condenar a UNIÃO ao ressarcimento da parte autora pelos danos morais devidamente comprovados, fixando (nos termos da fundamentação acima) o valor em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), com correção monetária na forma da lei e juros moratórios de 1,0 % (um por cento), incidentes desde a data da prolação da presente sentença.

Determino, ainda, a publicação da presente sentença no “Jornal Tribuna do Norte”, com circulação na cidade de Natal/RN, bem como no Jornal “Correio da Paraíba”, com publicação no presente estado, cujo ônus será suportado pela União.

Custas *ex lege*. Verba honorária pela demandada no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

O autor apelou – fls. 155/173 –, a pedir a majoração da verba fixada para a indenização, pelos danos morais, para o patamar de R\$ 300.000,00 – trezentos mil reais.

A União Federal também apelou – fls. 184/190, a pugnar a reforma do julgado, renovando as teses já apresentadas na contestação, além de pedir a inversão dos ônus da sucumbência.

Contrarrazões do autor, às fls. 194/201. Dispensei a revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Compulsando os autos, verifico que não merece reparo a v. sentença, no que se refere ao direito do autor de obter a indenização pleiteada. Adoto como razões de decidir, mesmos argumentos expendidos pelo douto Julgador *a quo in verbis*:

1.1. Caracterização jurídica da responsabilidade

Há de se dizer, com apoio em Fernando Noronha (Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil; Revista dos Tribunais 761/1999), que, numa acepção bastante ampla, a responsabilidade civil, de obrigação de reparar quaisquer danos antijuridicamente causados a outrem, compreende, como curial, duas espécimes: a) a obrigação de reparar danos resultantes do inadimplemento, da má execução ou do atraso no cumprimento de obrigações negociais (isto é, nascidas de contratos e de negócios jurídicos unilaterais); b) a obrigação de reparar danos resultantes da violação de outros direitos alheios, sejam absolutos (como os direitos da personalidade, os reais e os sobre bens imateriais), sejam simples direitos de crédito constituídos entre outras pessoas, sejam até outras situações dignas de tutela jurídica.

Essas espécimes ou modalidades, desde o século XIX, são denominadas, respectivamente, de responsabilidade contratual, ou melhor dizendo, conforme pensa este ma-

gistrado, responsabilidade civil negocial, mais afeita à noção de negócio jurídico, e responsabilidade civil geral, extracontratual ou civil em sentido estrito.

Na realidade, toda a problemática da responsabilidade civil, e, em consequência, toda a problemática da resolução jurisdicional dos casos concretos, postos à apreciação, que envolvam responsabilidade civil, corresponde à necessidade de se saber em quais casos as pessoas lesadas poderão exigir de outrem a reparação dos danos sofridos. A resposta a essa necessidade dependerá de qual dos dois princípios a seguir venham a ser, com maior ou menor preponderância, aplicados: princípio da culpa ou princípio do risco.

Em conformidade ao princípio da culpa, ao agente causador, ou lesante, somente haveria de ser imputada a obrigação civil de reparar danos verificados na pessoa ou nos bens alheios se tivesse agido de forma censurável, antijurídica, isto é, se pudesse lhe ser exigido, na situação concreta, um comportamento diverso. Em outras palavras, o dever de reparar os danos só adviria se o agente houvesse procedido com culpa ou dolo.

Nesta perspectiva, isto é, na perspectiva da responsabilidade civil fundada na culpa, constituem elementos intrínsecos do dever de reparação: a) conduta antijurídica dolosa (ou ao menos culposa), do agente lesante, seja na forma de um agir, seja na forma de um omitir-se; b) existência de um dano, correspondente este à noção de prejuízo sofrido por alguém em virtude de lesão a direito ou a bem jurídico seu, seja de ordem material, seja de ordem imaterial, dando ensejo à divisão em danos patrimoniais e danos não patrimoniais; c) o estabelecimento de um nexo de causalidade, ou consequencialidade entre a conduta antijurídica e o dano, de forma a precisar-se que a causação do dano decorreu da conduta antijurídica, dolosa ou culposa, levada a cabo pelo agente lesante. A responsabilidade civil fundada na culpa, despidendo afirmar, conduz à responsabilidade subjetiva.

Já de acordo com o princípio do risco, ninguém poderia ser obrigado a suportar danos causados por outrem, devendo ser o lesante a pessoa com o prejuízo, mesmo quando não tivesse procedido com dolo nem culpa. Conforme a aplicação da noção de risco à teoria da responsabilidade civil, quem causa dano deve repará-lo, ainda que tenha

procedido com todos os cuidados exigíveis, eis que se o ordenamento jurídico atribui a alguém determinado direito, ou situação jurídica subjetiva, não é crível que esse mesmo ordenamento venha a tolerar violação, parcial ou completa, ao mesmo (*ubi emolumentum, ibi onus* quem aufere o ônus deve suportar os correlatos incômodos – em vernáculo livre).

Mais do que isso, em casos especiais, chega-se a admitir a responsabilidade por danos não causados pela pessoa responsabilizada, desde que aqueles houvessem acontecido em virtude do desenvolvimento de atividades dessa pessoa. A responsabilidade civil fundada no risco, também despciendo afirmar, conduz à responsabilidade objetiva.

Por essas palavras, é possível concluir que a preocupação essencial do princípio da culpa, e em consequência da responsabilidade subjetiva, é com a posição do lesante (é justo e jurídico que este repare os danos que causou, se tiver agido com dolo ou culpa), enquanto a preocupação essencial do princípio do risco, e em consequência da responsabilidade objetiva, volta-se preponderantemente para o lesado (é justo e jurídico que este venha a ter os danos causados por outrem, ainda que de forma não culposa ou dolosa, ou causados em virtude do risco criado pela atividade desenvolvida por outrem).

Pois bem, de maneira geral, o instituto da responsabilidade civil encontra-se atualmente positivado no direito brasileiro, em sede infraconstitucional, no art. 186 do Código Civil. Tal dispositivo é complementado pelo art. 927 do mesmo Código, que prescreve a obrigação de reparar o dano como consequência jurídica da prática do ato ilícito definido pelo legislador no artigo 186.

Os mencionados dispositivos fundamentam, em sede juspositiva, a TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA – adotada como regra geral pelo direito brasileiro –, para a qual se mostra indispensável à configuração da obrigação de indenizar a presença do elemento subjetivo culpa *lato sensu*.

De fato, em matéria de responsabilidade civil, é essencial à configuração da obrigação de indenizar a reunião de seus três elementos objetivos fundamentais, a saber: (a) uma conduta humana voluntária, (b) um dano moral ou material e, finalmente, (c) o nexu causal a unir conduta e dano.

Sobre o assunto, eis a esclarecedora lição de Washington de Barros Monteiro:

Eis aí, portanto, os elementos componentes do ato ilícito, de acordo com o art. 186, tido como uma das vigas-mestras do direito civil, ao lado do direito de propriedade e da família: o fato lesivo, o dano produzido e o nexa causal. Evidenciados esses elementos, surgirá a obrigação de indenizar, pouco importando se o fato danoso viola ou não simultaneamente a lei penal.

Outrossim, o direito brasileiro faz concessões (cada vez mais frequentes) à TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA, dispensando a exigência do elemento subjetivo culpa *lato sensu* para configuração da responsabilidade do causador do dano e correlata visualização da obrigação de indenizar.

Nesses termos, prescreve a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, § 6º, a adoção da TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA nos casos em que danos sejam causados por atos de agentes de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público, desde que agindo nessa condição.

A mesma teoria é adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, previsão esculpida, para o caso específico dos fornecedores de serviços, no respectivo art. 14 da Lei nº 8.078/90, redigido nos seguintes termos:

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

1.2. Da adequação da análise jurídica ao caso *sub examine*

Examinando os autos, observo a comprovação fática de alguns pontos relevantes:

a) o mandado de busca e apreensão em face do autor, expedido em 08/05/2007 (fl. 31).

b) certidão da 2ª Vara Federal do Rio Grande do Norte atestando que o Inquérito Policial nº 074/06 - Processo nº 2006.84.00.003377-0, tratado nos autos, tramitou em sigilo até 07/05/2007, quando da deflagração da “Operação Paraíso”, passando, após, o processo judicial a tramitar

sob sigilo de justiça (fl. 39).

c) Jornal Tribuna do Norte - edição do dia 10/05/2007, com publicação de organograma contendo os nomes dos integrantes de quadrilha investigada pela Polícia Federal, apresentando o nome do autor como um dos seus integrantes (fl. 41).

d) Publicação no Jornal Tribuna do Norte - edição do dia 11/05/2007, contendo declarações do delegado responsável pelas investigações da “Operação Paraíso” sobre a ocorrência de equívocos cometidos na apresentação à imprensa do organograma mencionado (fl. 42).

e) Cópia de certidão expedida pela 2ª Vara Federal do Rio Grande do Norte, atestando que foi deferido o pedido do autor nos autos do Incidente de Restituição de Coisas Apreendidas de nº 2007.84.00.007859-9, sendo-lhe devolvidos os bens apreendidos em data de 04/03/2008, com a informação da autoridade policial de que não houve comprovação de que os objetos teriam sido produto do crime ou pertenceriam a outrem (fl. 125).

Cumprido destacar que, mesmo após a Polícia Federal representar por busca e apreensão na residência e empresa do autor, com apreensão de objetos e documentos e posterior averiguação de que não houve conduta criminosa pelo demandante, conforme afirmado na própria contestação, o delegado Rômulo Berredo divulgou perante a imprensa o conteúdo apurado na “Operação Paraíso”, através da exposição com projeção de imagem de um organograma identificando os suspeitos e as pessoas relacionadas no esquema criminal, fazendo constar, dentre eles, o nome do autor.

Tal exposição levou o delegado a esclarecer no outro dia, no Jornal Tribuna do Norte (11/05/2007) (fl. 42), que houve equívoco na divulgação para a imprensa de nomes de pessoas que não tinham envolvimento no esquema criminoso.

Por si só, o evento tem conotação ofensiva, mas, se já não bastasse, leve-se em consideração que o Inquérito Policial nº 074/2006 corria em sigilo e o respectivo processo judicial em sigilo de justiça, o que só vem a corroborar a conduta açodada da demandada.

Desta forma, restando provado o nexo causal com a divulgação precipitada de informações que envolveram equivocadamente o nome do autor e propiciaram publicações

inverídicas pela imprensa, tenho como justificado o constrangimento causado pela violação do sigilo através da Polícia Federal, uma vez que os danos morais mostram-se evidentes e resultam, como consequência lógica, da própria conduta abusiva que ocasionou a exposição do nome do autor à imprensa.

Alguns julgados que apontam em sentido oposto à conclusão expressa por este magistrado não se adequam à situação fática ocorrida nos presentes autos. Verdadeiramente, no caso ora em análise, há comprovado nexo de causalidade entre o dano ocorrido e a falha da Administração Pública, através de seu servidor. Nesta hipótese, apesar da decretação do sigilo atestado pela certidão de fl. 39, o Delegado responsável pelo inquérito, mesmo sem ter concluído suas investigações, expôs à imprensa um organograma com os nomes e as relações dos envolvidos nos crimes, fazendo constar, dentre eles, ilegitimamente, o nome do autor.

1.3. Da configuração do dano moral

Nesse tocante, algumas considerações introdutórias hão de ser feitas.

Os danos morais, no abalizado dizer de Carlos Alberto Bittar, “são aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social). São aqueles suportados na esfera dos valores da moralidade pessoal ou social, e, como tais, reparáveis, em sua integralidade, no âmbito jurídico”.

Neste plano de idéias, nota-se que os danos morais tocam ao que há de mais interno, intrínseco à pessoa atingida. Dizem respeito, por assim dizer, à individualidade, à essência da pessoa lesionada.

Assim, é de se observar que, evidentemente, quem irá sentir os efeitos dos danos é a própria pessoa contra a qual se dirigiu a conduta ilícita. Em outras palavras, os efeitos perversos e nefastos da frustração havida, dos dissabores encampados, dos sentimentos de impotência e injustiçamento perante o agente lesante, num plano individual, bem como a alteração lógica do meio social em que se vive, num plano coletivo, não será sentido por outrem, mas tão somente pela pessoa injustamente abarcada pela

imprudência e/ou negligência do agente, ou pela conduta a que este, em virtude de sua atividade, há de responder.

Ora, mostra-se, portanto, deveras impossível a demonstração fática dos prejuízos morais sentidos, eis que a ninguém é possível exteriorizar com exatidão algo que diz respeito ao seu íntimo, à sua própria essência. Não há como comprovar o dano moral resultante da dor, mas apenas presumi-lo, porque impossível penetrar pelos recônditos inatingíveis da alma humana.

Reflexamente, tal abordagem acaba por se fazer inferir que a responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação (*danum in re ipsa*), não havendo que se cogitar da prova do prejuízo moral.

Nessas condições, mais uma vez, é de servir da lição do saudoso doutrinador Carlos Alberto Bittar: “Na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificado o evento danoso, surge, *ipso facto*, a necessidade de reparação, uma vez presente os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas consequências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma, é a dispensa de análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova do prejuízo em concreto ... É que as lesões morais derivam imediata e diretamente do fato lesivo, muitas vezes deixando marcas indelévels na mente e no físico da vítima, mas outras sob impressões internas, imperceptíveis às demais pessoas, mesmo íntimas. São, de resto, as de maior amargor e de mais desagradáveis efeitos para o lesado, que assim pode, a qualquer tempo, reagir juridicamente”.

A respeito, os julgados das cortes deste país, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, diante da impossibilidade fática de bem demonstrar os prejuízos morais, promove a extensão para a desnecessidade jurídica da prova em juízo dos danos morais:

EMENTA: DANOS PATRIMONIAL E MORAL

- A concepção atual da doutrina orienta-se no sentido de que responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação (*damnum in re ipsa*). Verificado o evento danoso, surge

a necessidade da reparação, não havendo que se cogitar da prova do prejuízo, se presentes os pressupostos legais para que haja a responsabilidade civil (nexo de causalidade e culpa). Assim, o só fato de o r. acórdão guerreado ter reconhecido a perda em 30% da capacidade laborativa da recorrente, conseqüente de ato culposo atribuído à recorrida, já é bastante, por si mesmo, para se ter como existente a lesão moral e, por decorrência, o direito daquela a ser indenizada e desta de arrostar com o ônus da reparação. (STJ - REsp 23.575 - DF - 4ª T. - Rel. Min. Cesar Asfor Rocha - DJU 01.09.1997)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DANO MORAL. PROVA DE PREJUÍZO. DESNECESSIDADE. *QUANTUM*. ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIO PELO JUIZ.

- Em se cuidando de dano moral, a prova que se exige é a do fato gerador, e nada mais, segundo precedentes do STJ. Ao juiz incumbe, a míngua de critério, o estabelecimento de um, segundo as características e as circunstâncias do caso que esta a examinar. Apelações desprovidas. (TJRS - AC 598135853 - RS - 7ª C. Cív. - Rel. Des. Antônio Janyr Dall'agnol Junior - J. 10.02.1999)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL.

- Apelação e recurso adesivo. Responsabilidade civil. Dano moral. Prova do prejuízo. Irrelevância quando se trata de dano moral puro. *Quantum*. Arbitramento com equidade. Recursos improvidos. Unânime. Tratando-se de dano puramente moral a prova do prejuízo se torna irrelevante, já que este caracteriza-se por sua subjetividade. Mantém-se a decisão que, com prudência e equidade, arbitra o *quantum* do dano moral. Recursos improvidos. Decisão unânime. (TJSE - AC 633/96 - Ac. 1099/97 - 1ª V.Cív. - Aracaju - Rel. Des. Fernando Ribeiro Franco - DJSE 24.11.1997)

Absoluta irrelevância adquire, portanto, a prova do prejuízo de ordem moral, eis que este reside na subjetividade, significando que a sua indenizabilidade decorrerá da prova da existência do fato gerador, isto é, do ato reputado ilícito.

O autor pediu a majoração da verba fixada para a indenização, pelos danos morais, de R\$ 15.000,00 – quinze mil reais –, para R\$ 300.000,00 – trezentos mil reais.

A situação caracterizada nos autos, foi suficiente para causar contrariedade, angústia, dor, vexame e desconforto, enfim, abalo significativo no psiquismo da vítima; e é tanto mais assim quanto mais se tenha em mente o fato de que, no caso concreto, o fato se tornou conhecido de pessoas do círculo de relacionamento do autor/apelante, inclusive, na cidade onde residia, o que é no mínimo – para dizer bem pouco – sumamente vexatório.

E não menor é o constrangimento de ter o nome associado aos integrantes de quadrilha investigada pela Polícia Federal, mesmo que tenha sido esclarecido pelo delegado, no dia seguinte, no Jornal Tribuna do Norte, que houve equívoco na divulgação para a imprensa, de nomes de pessoas que não tinham envolvimento no esquema criminoso.

A ocorrência é tanto mais negativamente significativa, ao se ter em mente a circunstância de que, tudo isso aconteceu sem que para tanto em nada tenha concorrido o apelante.

A recomposição dos danos morais em situações com as de que cuida, se tem traduzido, quase sempre, na fixação de um valor em pecúnia, forma de se tentar minorar a dor dos que vivenciaram o que os autos descrevem, ou situação similar.

E esse valor – e aí reside a grande dificuldade com a qual se defronta o julgador –, há de estar balizado por alguns parâmetros que a Doutrina mais acatada foi cuidadosa em estabelecer; dentre outros, destaque que, a cifra: a) não pode favorecer ou cancelar o enriquecimento sem causa; b) há de ser razoável, em feitio a atenuar, na medida do possível, o abalo psíquico suportado pela vítima; c) deve ostentar feitio de reprimenda ao responsável pela ocorrência fática; e d) deve levar em conta a situação econômico-financeira daquele que deva indenizar.

Sob os influxos dessas diretrizes, o valor estabelecido na decisão recorrida, não se ajustaria bem ao balizamento tracejado no item antecedente. Entendo, e averbo o devido respeito às opiniões dissonantes, que mais consentâneo seria estabelecer-se a inde-

nização em R\$ 10.000,00 – dez mil reais. É esse o valor que, segundo imagino, melhor se ajusta aos parâmetros que fiz listar em outro ponto desta decisão, levando-se em consideração que, mesmo tendo ocorrido a exposição negativa do autor, aconteceu a retratação pública – inclusive na imprensa local –, por parte do causador do dano o que, ao meu ver, embora não tenha eliminado o constrangimento já experimentado no passado, cessou a problemática, naquele momento, impossibilitando conseqüências no futuro.

Esforzada nessas razões, dou provimento, em parte, à apelação cível da União Federal, apenas para reduzir o valor da indenização para R\$ 10.000,00 – dez mil reais – e nego provimento à apelação cível do autor. Manutenção da verba honorária, no percentual de 10% – dez por cento –, sobre o valor da condenação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 527.622-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ EDUARDO DE MELO VILAR FILHO (CONVOCADO)
Apelante: COMPLEXO INDL/ PORTUÁRIO GOV/ ERALDO GUEIROS - SUAPE
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. JOAQUIM CORREIA DE CARVALHO JÚNIOR E OUTROS (APTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. ITR. PORTO DE SUAPE. EMPRESA PÚBLICA ESTADUAL. ATIVIDADE PORTUÁRIA. SERVIÇO PÚBLICO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. EXTENSÃO. CABIMENTO.

- Trata-se de apelação interposta pelo Porto de SUAPE contra sentença que denegou a segurança requerida, por entender que a impetrante é empresa pública que exerce atividade econômica, através da qual auferi renda e lucros, motivo pelo qual não faria jus a imunidade tributária recíproca do art. 150, VI, a, CF.

- A princípio, a imunidade tributária recíproca é extensível, exclusivamente, às autarquias e às fundações públicas (art. 150, VI, a, § 2º). No entanto, decisão do STF, nos autos do RE 220.906 interposto pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, estendeu a imunidade recíproca às empresas públicas que explorem serviço público sem intuito lucrativo.

- Outra decisão do STF (RE 253.472/SP) reconheceu o direito do Porto de Santos à imunidade tributária, mesmo sendo sociedade de economia mista administrada pelo Estado de São Paulo, por entender que a atividade de exploração de portos marítimos caracteriza-se como serviço público, sem interesse primordialmente lucrativo.

- O principal objetivo da empresa pública de Suape, de acordo com o art. 2º da Lei estadual 7.763/78, que a criou, é desenvolver atividade portuária, que, segundo o entendimento do STF, caracteriza-se como serviço público.

- A Corte Suprema, em sede de recurso com repercussão geral, proferiu decisão favorável à INFRAERO (ARE 638.315), através da qual ratificou seu posicionamento sobre o cabimento da extensão da imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, a, CF às empresas públicas prestadoras de serviços públicos.

- Apelação de SUAPE provida para afastar a incidência de ITR sobre os imóveis que estão sob sua posse direta e destinados a sua atividade fim, ressaltando que compete à autoridade fazendária indicar com precisão se a destinação dada ao imóvel atende ao interesse público.

ACÓRDÃO

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

Recife, 7 de maio de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ EDUARDO DE MELO
VILAR FILHO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ EDUARDO DE MELO VILAR FILHO (Convocado):

Trata-se de apelação interposta por SUAPE - Complexo Industrial Portuário Governador Eraldo Gueiros, contra sentença que denegou a segurança requerida, por entender que a impetrante é empresa pública que exerce atividade econômica, através da qual auferem renda e lucros, sendo-lhe aplicável o art. 173, § 1º e § 2º, CF.

Em suas razões recursais, a apelante alega que o objeto da ação é afastar a incidência de ITR sobre seus imóveis com o argumento de que é empresa pública estadual, que não visa à obtenção de lucro, e que exerce serviço público federal (art. 21, XII, f, CF), motivo pelo qual pleiteia a aplicação da regra de imunidade recíproca do art. 150, VI, a, CF.

Sustenta, ainda, que o STF, no julgamento de vários recursos extraordinários, assegurou a imunidade recíproca a empresas públicas que exercem as mais diferentes atividades (RE 629.582/PB, RE 392.839/MG, RE 629.634/SE, RE 448.385/MG, RE 399.307).

Afirma que o STF já se pronunciou favoravelmente à imunidade recíproca do Porto de Santos (sociedade de economia mista) e do Porto de Manaus, por exercerem serviço público (RE 253.472/SP; RE 591.516/AM).

Requer, por fim, o provimento do apelo para que seja afastada a incidência de ITR sobre seu patrimônio imobiliário, destinado a sua atividade fim.

Contrarrazões apresentadas através das quais a Fazenda Nacional requer, em resumo, o não provimento do apelo ou, alternativamente, que seja dado parcial provimento ao recurso para o reconhecimento da imunidade recíproca apenas sobre os imóveis que estão na posse direta do Porto, destinados ao serviço público.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ EDUARDO DE MELO VILAR FILHO (Relator Convocado):

O caso dos autos é de requerimento do Porto de SUAPE para que seja afastada a incidência de ITR sobre seus imóveis destinados a sua atividade fim, com base na imunidade tributária recíproca determinada pelo art. 150, VI, a, CF.

O art. 150, VI, a, § 2º e § 3º, CF, assim dispõe:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

§ 2º - A vedação do inciso VI, a, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

§ 3º - As vedações do inciso VI, a, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

A princípio, a imunidade tributária recíproca é extensível, exclusivamente, às autarquias e às fundações públicas (art. 150, VI, a, § 2º).

No entanto, decisão do STF, nos autos do RE 220.906 interposto pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, estendeu a imunidade recíproca às empresas públicas que explorem serviço público sem intuito lucrativo, nos seguintes termos:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI Nº 509/69. EXECUÇÃO. OBSERVÂNCIA

DO REGIME DE PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. À Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-Lei nº 509/69 e não incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

Ademais, outra decisão do STF (RE 253.472/SP) reconheceu o direito do Porto de Santos à imunidade tributária, mesmo sendo sociedade de economia mista administrada pelo Estado de São Paulo, por entender que a atividade de exploração de portos marítimos caracteriza-se como serviço público, sem interesse primordialmente lucrativo.

Transcrevo, por oportuno, a ementa de citado julgado:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA CONTROLADA POR ENTE FEDERADO. CONDIÇÕES PARA APLICABILIDADE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA. COMPANHIA DOCAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (CODESP). INSTRUMENTALIDADE ESTATAL. ARTS. 21, XII, F, 22, X, e 150, VI, A, DA CONSTITUIÇÃO. DECRETO FEDERAL 85.309/1980 .

1. IMUNIDADE RECÍPROCA. CARACTERIZAÇÃO.

Segundo teste proposto pelo ministro-relator, a aplicabilidade da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, a, da Constituição) deve passar por três estágios, sem prejuízo do atendimento de outras normas constitucionais e legais: 1.1. A imunidade tributária recíproca se aplica à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos

institucionais imanentes do ente federado, cuja tributação poderia colocar em risco a respectiva autonomia política. Em consequência, é incorreto ler a cláusula de imunização de modo a reduzi-la a mero instrumento destinado a dar ao ente federado condições de contratar em circunstâncias mais vantajosas, independentemente do contexto.

1.2. Atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, devem ser submetidas à tributação, por apresentarem-se como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política.

1.3. A desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre-concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita. Em princípio, o sucesso ou a desventura empresarial devem pautar-se por virtudes e vícios próprios do mercado e da administração, sem que a intervenção do Estado seja favor preponderante.

2. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA. CONTROLE ACIONÁRIO MAJORITÁRIO DA UNIÃO. AUSÊNCIA DE INTUITO LUCRATIVO. FALTA DE RISCO AO EQUILÍBRIO CONCORRENCIAL E À LIVRE-INICIATIVA.

Segundo se depreende dos autos, a Codesp é instrumentalidade estatal, pois:

2.1. Em uma série de precedentes, esta Corte reconheceu que a exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres caracteriza-se como serviço público.

2.2. O controle acionário da Codesp pertence em sua quase totalidade à União (99,97%). Falta da indicação de que a atividade da pessoa jurídica satisfaça primordialmente interesse de acúmulo patrimonial público ou privado.

2.3. Não há indicação de risco de quebra do equilíbrio concorrencial ou de livre-iniciativa, eis que ausente comprovação de que a Codesp concorra com outras entidades no campo de sua atuação.

3. Ressalva do ministro relator, no sentido de que *“cabe à autoridade fiscal indicar com precisão se a destinação concreta dada ao imóvel atende ao interesse público primário ou à geração de receita de interesse particular ou privado”*.

Recurso conhecido parcialmente e ao qual se dá parcial provimento.

A lei estadual que criou SUAPE (Lei 7.763/78) prevê em seu art. 2º que a finalidade do Porto será *“realizar atividades relacionadas com a implantação de um complexo industrial-portuário nas áreas delimitadas em decretos de declaração de utilidade e necessidade públicas, expedidos pela União, Estado de Pernambuco ou Municípios”*.

Assim, como bem colocado pela parte apelante, seu principal objetivo não é auferir renda e lucros, mas sim desenvolver atividade portuária, que, segundo o entendimento do STF, caracteriza-se como serviço público.

Por fim, a Corte Suprema proferiu decisão favorável à INFRAERO, através da qual ratificou seu posicionamento sobre o cabimento da extensão da imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, a, CF às empresas públicas prestadoras de serviços públicos, nos termos da ementa a seguir citada:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. EXTENSÃO. EMPRESAS PÚBLICAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. PRECEDENTES. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

É compatível com a Constituição a extensão de imunidade tributária recíproca à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO, na qualidade de empresa pública prestadora de serviço público.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Luiz Fux e, no mérito, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencidos os Ministros Ayres Britto e Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia.

Diante do exposto, dou provimento à apelação de SUAPE para afastar a incidência de ITR sobre os imóveis que estão sob sua posse direta e destinados a sua atividade fim, ressalvando que compete à autoridade fazendária indicar com precisão se a destinação dada ao imóvel atende ao interesse público.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 534.210-SE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (CONVOCADA)
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelada: TELEMAR NORTE LESTE S/A
Advs./Procs.: DRS. ROBERTO MAYNARD FRANK E OUTROS

EMENTA: CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE TELEFONIA. MANUTENÇÃO DOS TELEFONES DE USO PÚBLICO. “ORELHÕES”. INTERESSES DIFUSOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DA TELEMAR NORTE LESTE S/A. PEDIDO DE IMPOSIÇÃO DE DANO MATERIAL COLETIVO. INTERESSE DE AGIR. APELAÇÃO PROVIDA. REMESSA DOS AUTOS À PRIMEIRA INSTÂNCIA.

- Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em desfavor da empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A, na qualidade de concessionária de serviço público de telefonia, pela ausência de conserto e manutenção de telefones de uso público - TUP, (orelhões), no Município de Canindé do São Francisco/SE, com pedido de correção das falhas na prestação dos serviços dos telefones de uso público e na imposição de danos morais coletivos causados à população municipal pela indisponibilidade dos orelhões.

- Sentença que indeferiu a petição inicial, extinguindo o processo sem julgamento de mérito nos termos do art. 295, III, e art. 267, I e VI, do CPC, fundamentando-se na ilegitimidade da empresa Telemar Norte Leste S/A, salientando que seria a ANATEL a legitimada passiva nas ações coletivas que versem sobre serviços de telecomunicações; e na ausência de interesse de agir, em

face da necessidade prévia de se aguardar o esgotamento da via administrativa, consistente no resultado do PADO - Procedimento para Apuração de Descumprimento das Obrigações, instaurado pela ANATEL contra a empresa.

- Embora a atividade regulamentadora e fiscalizadora seja da ANATEL, que pode impor penalidades em caso de descumprimento das obrigações pelas concessionárias de telefonia, a instalação, a manutenção e o conserto dos aparelhos é de responsabilidade das empresas de telefonia fixa concessionárias do serviço público.

- A legitimidade passiva da ANATEL para figurar no feito em face de sua função fiscalizadora e regulamentadora não exclui a legitimidade passiva do concessionário de serviço público, no caso a TELEMAR NORTE LESTE S/A, pois a solicitação de instalação, manutenção e conserto dos telefones de uso público deve ser feita diretamente pelo usuário à concessionária de telefonia fixa, de forma que não pode ser excluída a responsabilidade da TELEMAR, e por conseguinte, sua legitimidade passiva para figurar no presente feito, posto que será a concessionária que irá arcar com a execução dos consertos e com o valor do dano moral coletivo, se imposto na sentença.

- A existência do procedimento administrativo no âmbito da agência reguladora, no caso, o Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações - PADO, nº 53557000702/2010, não impede a adoção de medidas pelo Poder Judiciário, em face da independência das instâncias civil, administrativa e criminal na impossibilidade de excluir do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a lesão a direito, sendo desnecessário o esgotamento da via administrativa, especialmente tendo havido pedido de imposição de danos morais coletivos.

- Persistência do interesse de agir do Ministério Público Federal - MPF em buscar em Juízo a proteção de todo interesse difuso e coletivo em tema de direito do consumidor, exercendo suas atribuições constitucionais, especialmente quando a Ação Civil Pública requer a condenação da TELEMAR em danos morais coletivos, pleito que apenas pode ser decidido pelo Poder Judiciário, e não pela ANATEL.

- Apelação provida. Remessa dos autos à Primeira Instância, no caso, à 6ª Vara Federal de Sergipe, para regular processamento do feito.

ACÓRDÃO

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

Recife, 25 de abril de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA - Relatora Convocada

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (Convocada):

Apelação interposta em face de sentença que, em ação civil pública ajuizada em desfavor da empresa Telemar Norte Leste S/A, indeferiu a petição inicial, extinguindo o processo sem julgamento de mérito nos termos do art. 295, III, e art. 267, I e VI, do CPC, fundamentando-se em que a Telemar Norte Leste S/A seria parte ilegítima para figurar no feito, salientando que seria a ANATEL a legitimada passiva nas ações coletivas que versem sobre serviços de telecomunicações, e na ausência de interesse de agir, em face da necessidade prévia de se aguardar o esgotamento da via

administrativa, consistente no resultado do PADO - Procedimento para Apuração de Descumprimento das Obrigações, instaurado pela ANATEL contra a TELEMAR e da ausência de interesse de agir, porque a ANATEL já estaria tomando as providências necessárias junto à TELEMAR para resolver os problemas referentes à telefonia pública do Município de Canindé de São Francisco/SE - fls. 40/46.

Em sua apelação, sustentou o MPF a sua legitimidade ativa, em face dos danos causados aos consumidores pelos defeitos do serviço público federal prestado sob o regime de concessão, outorgado pela União e a legitimidade passiva da TELEMAR, porque, na qualidade de concessionária de serviços públicos, tem a obrigação de instalar, manter e consertar os telefones de uso público (“orelhões”).

Afirmou ainda a presença do interesse de agir, em face da independência das instâncias administrativa e judicial, e da necessidade de condenar a empresa de telefonia pelos danos morais coletivos causados à população do Município de Canindé de São Francisco/SE, pleito que apenas poderia ser atendido pelo Judiciário – fls. 49/63.

Contrarrazões da TELEMAR às fls. 75/86, no qual sustenta a ilegitimidade ativa do MPF para ajuizar a presente ação civil pública, em face da competência exclusiva da ANATEL para fiscalizar as concessionárias de serviços de telefonia.

Em seu parecer, a douta Procuradoria Regional da República opina pelo provimento do recurso ministerial, sustentando que o fato de a ANATEL dispor do dever de fiscalização, regulamentação e zelo pelos serviços telefônicos ofertados à população pelas empresas concessionárias não afasta a movimentação da instância judicial, ressaltando que o pedido inicial do MPF inclui o de indenização de danos morais coletivos, pleito este que só pode ser apreciado pelo Poder Judiciário – fls. 92/93.

Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (Relatora Convocada):

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

Com certeza, o Ministério Público Federal pode ser considerado parte legítima para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, tendo em vista que está atuando na defesa dos interesses dos consumidores dos serviços de telefonia.

Prescreve o art. 127 da Constituição Federal:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Por sua vez, a Lei Complementar nº 75/93 dispõe:

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

(...)

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

- a) a proteção dos direitos constitucionais;
- b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao **consumidor**;
- d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos.

A mesma Lei ainda salienta que:

Art. 39. Cabe ao Ministério Público Federal exercer a defesa dos direitos constitucionais do cidadão, sempre que se cuidar de garantir-lhes o respeito:

(...)

III - pelos concessionários e permissionários de serviço público federal;

Por fim, a Lei nº 7.347/85 finaliza:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

(...)

II - ao consumidor;

Da leitura dos dispositivos legais acima transcritos conclui-se que o Ministério Público Federal, quando atua para compelir a Telemar a sanar as falhas relacionadas à prestação de serviços fornecidos por telefones públicos “os chamados “orelhões” é parte legítima para figurar no pólo ativo da demanda, pois está atuando na defesa e proteção dos interesse dos consumidores dos serviços de telefonia.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a livre iniciativa como princípio fundamental do Estado e da ordem econômica (art. 1º, IV, e art. 170 da CF). Nesse contexto , a Constituição Federal e o legislador ordinário possibilitaram a atribuição, por delegação, da execução de serviços públicos em todas as esferas – Federal, Estadual e Municipal – a pessoas jurídicas de direito privado (*caput* do art. 173 c/c *caput* do art. 175 da CF).

Dessa forma, sob a supervisão do ente público delegante, a empresa delegada pode prestar o serviço público (*caput* do art. 174 da CF), pois apenas a execução do serviço é delegada, não a sua titularidade. A titularidade do serviço, saliente-se, continua com o Poder Público, pois delegada é a execução.

No caso em tela, o serviço público é de telecomunicações, pelo que se transcreve a CF:

Art. 21. Compete à União:

(...)

XI - Explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

Em cumprimento ao preceito constitucional, a União criou a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, por meio da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, autarquia federal destinada a regular a organização e exploração dos serviços de telecomunica-

ções, promovida por prestadoras de serviço em regime de concessão, permissão ou autorização, conforme o regime jurídico do serviço.

Por oportuno, leiam-se dispositivos da Lei nº 9.472/97, que ao cuidar dos serviços de telecomunicações, enfatizou o fortalecimento do papel regulador do Estado e o respeito aos direitos dos usuários, *in verbis*:

Artigo 5º. Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, **defesa do consumidor**, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.

Artigo 19. **À Agência (Nacional de Telecomunicações) compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:**

(...)

XVIII - **reprimir infrações dos direitos dos usuários;**

Art. 38. A atividade da Agência será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, **razoabilidade**, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade. (Grifei)

No Superior Tribunal de Justiça há jurisprudência no sentido de que nem sempre a ANATEL, na qualidade de agência reguladora, seria litisconsorte passiva necessária em ações entre as concessionárias de telefonia e os próprios usuários, ficando a dita legitimidade patente no caso em que existir uma relação jurídica decorrente do contrato de concessão estabelecido entre Anatel e a concessionária (sem a participação do usuário), como ocorre no presente caso, que há uma demanda coletiva ajuizada contra prestadoras de serviço de telecomunicações, no caso, a TELEMAR, em que se discute a manutenção e instalação de telefones públicos, os chamados orelhões.

A Anatel, que regulamenta os serviços telefônicos, fiscaliza-lhes a prestação e, eventualmente, autua e pune as concessionárias faltosas e, no momento, estuda soluções para salvar os telefones públicos brasileiros, popularmente conhecidos como orelhões, implantando recentemente Sistema de Gestão das Metas de Universalização (SGMU), através da Decreto nº 7.512, de 30.06.2011, aprova o plano geral de metas para o serviço telefônico fixo, do qual fazem parte os orelhões.

Acerca do acesso coletivo mediante o TUP - Telefone de Uso Público, assim prevê o art. 10 e seguintes do referido Decreto:

Art. 10. A partir da data de publicação deste Plano, as concessionárias do STFC na modalidade Local devem ativar TUP em quantidade que assegure que a densidade, por Município, seja igual ou superior a 4,0 TUP/1000 habitantes.

§ 1º No cumprimento da obrigação de que trata o *caput*, as concessionárias devem observar os quantitativos populacionais de cada Município, conforme informado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

§ 2º As concessionárias devem implementar sistema de informação, acompanhamento e gestão da ocupação da planta de TUP, nos termos da regulamentação.

§ 3º A ativação dos TUP deve ocorrer de forma que em toda a localidade existam, distribuídos territorialmente de maneira uniforme, pelo menos três TUP por grupo de mil habitantes.

§ 4º As atualizações do quantitativo de TUP, conforme densidade prevista no *caput*, devem ocorrer no prazo de seis meses, a partir da divulgação, pelo IBGE, dos dados populacionais atualizados.

§ 5º A densidade mínima de que trata o *caput* poderá ser alterada, considerando-se os resultados e informações advindos do acompanhamento e gestão da ocupação da planta de TUP, previstos neste artigo, sempre observada a realização de consulta pública para revisão deste Plano.

Art. 11. Nas localidades atendidas com acesso individual do STFC, as concessionárias do STFC na modalidade Local devem assegurar a disponibilidade de acesso a TUP, na distância geodésica máxima de trezentos metros, de qualquer ponto dentro dos limites da localidade.

Art. 12. Do total de TUP instalados em cada localidade, no mínimo cinquenta por cento devem estar em locais acessíveis ao público, vinte e quatro horas por dia.

Art. 13. Nas localidades atendidas com acesso individual do STFC, as concessionárias do STFC na modalidade Local devem, mediante solicitação, ativar TUP nos estabelecimentos de ensino regular, instituições de saúde, estabelecimentos de segurança pública, bibliotecas e museus públicos, órgãos do Poder Judiciário, órgãos do Ministério Público e órgãos de defesa do consumidor, observados os critérios estabelecidos na regulamentação.

Parágrafo único. O atendimento de que trata o *caput* deve ser efetivado no prazo máximo de sete dias, contado de sua solicitação.

Art. 14. A partir da data de publicação deste Plano, nas localidades atendidas com acesso individual do STFC, as concessionárias do STFC na modalidade Local devem assegurar que, pelo menos, dois e meio por cento dos TUP sejam adaptados para cada tipo de deficiência, seja auditiva, de fala e de locomoção, no prazo de sete dias contado da solicitação dos interessados, observados os critérios estabelecidos na regulamentação, inclusive quanto à sua localização e destinação.

Parágrafo único. Todos os TUP devem estar adaptados às pessoas com deficiência visual, nos termos da regulamentação.

Art. 15. Todas as localidades com mais de cem habitantes devem dispor de pelo menos um TUP instalado em local acessível vinte e quatro horas por dia.

§ 1º A responsabilidade pelo cumprimento do disposto neste artigo, para localidade situada à distância geodésica igual ou inferior a trinta quilômetros de outra atendida com STFC com acesso individual, é das concessionárias do serviço na modalidade Local.

§ 2º A responsabilidade pelo cumprimento do disposto neste artigo, para localidade situada à distância geodésica superior a trinta quilômetros de outra atendida com STFC com acesso individual, é da concessionária do serviço nas modalidades Longa Distância Nacional e Internacional.

§ 3º Todas as localidades já atendidas somente com acesso coletivo do STFC devem dispor de pelo menos um TUP, instalado em local acessível vinte e quatro horas por dia.

Art. 16. As concessionárias do STFC devem assegurar que sejam atendidos com TUP, instalado em local acessível vinte e quatro horas por dia, mediante solicitação dos respectivos órgãos competentes, os seguintes locais situados em área rural, até as quantidades constantes dos Anexos II e III, na forma da regulamentação da ANATEL:

I - escolas públicas;

II - postos de saúde públicos;

III - comunidades remanescentes de quilombos ou quilombolas, devidamente certificadas;

IV - populações tradicionais e extrativistas fixadas nas Unidades de Conservação de Uso Sustentável, geridas pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

V - assentamentos de trabalhadores rurais;

VI - aldeias indígenas;

VII - organizações militares das Forças Armadas;

VIII - postos da Polícia Rodoviária Federal; e

IX - aeródromos públicos.

§ 1º A responsabilidade pelo cumprimento do disposto neste artigo, para os locais situados à distância geodésica igual ou inferior a trinta quilômetros de uma localidade atendida com STFC com acesso individual, é das concessionárias do serviço na modalidade Local, sendo a meta exigível em até noventa dias a partir da correspondente cobertura, pela prestadora detentora da respectiva outorga de autorização de uso de radiofrequência, por sistema de radiocomunicação operando nas subfaixas de radiofrequência de 451 MHz a 458 MHz e de 461 MHz a 468 MHz.

§ 2º A responsabilidade pelo cumprimento do disposto neste artigo, para locais situados à distância geodésica superior a trinta quilômetros de uma localidade atendida com STFC com acesso individual, é da concessionária do serviço nas modalidades Longa Distância Nacional e Internacional, sendo a meta exigível a partir da publicação deste Plano.

§ 3º O cumprimento da meta a que se refere o *caput* será exigível no percentual máximo anual de trinta por cento do quantitativo previsto nos Anexos II e III, devendo as solicitações de que tratam os §§ 1º e 2º ser atendidas em até noventa dias.

§ 4º As quantidades constantes dos Anexos II e III serão alteradas pela ANATEL para adequá-las ao limite dos sal-

dos disponíveis de que tratam os arts. 29 e 30 deste Plano, considerado modelo de custo de longo prazo.

Art. 17. Todos os TUP instalados pelas concessionárias do STFC na modalidade Local devem ter a capacidade de originar e receber chamadas locais e de longa distância nacional e internacional.

Parágrafo único. Todos os TUP instalados pela concessionária do STFC nas modalidades Longa Distância Nacional e Internacional devem ter a capacidade de originar e receber chamadas de longa distância nacional e internacional.

Art. 18. Os casos de sobreposição de instalação de TUP terão seus atendimentos definidos em regulamentação.

Da leitura dos artigos acima, nota-se que os direitos relativos aos telefones públicos estão assim previstos:

- a concessionária do serviço deve disponibilizar, em seus orelhões, informações claras e precisas sobre como utilizá-lo;
- devem estar disponíveis, no orelhão, informações sobre os códigos de seleção das prestadoras para que o usuário possa escolher livremente entre elas;
- os cartões indutivos utilizados nos telefones públicos devem ser certificados pela Anatel;
- a prestadora deve divulgar, em seu site e em suas lojas de atendimento, a relação atualizada dos endereços dos postos de venda de cartões indutivos;
- nas localidades atendidas somente com um orelhão, este deve estar disponível 24 horas por dia e realizar chamadas de longa distância nacional e internacional;
- nas localidades que já contam com telefones públicos e linhas residenciais/comerciais, os orelhões deverão estar dispostos de modo que qualquer ponto esteja a menos de 300 metros geodésicos (em linha reta) de um telefone público;
- as solicitações de reparo de telefone público poderão ser feitas diretamente à concessionária de telefonia. A Anatel exige que 98% delas sejam atendidas em até 8 horas e, em qualquer hipótese, esse prazo nunca poderá ultrapassar 24 horas;

no caso de aparelhos localizados em regiões remotas ou de fronteira, a exigência é de que as solicitações sejam atendidas em até cinco dias em 92% dos casos, nunca podendo exceder dez dias;

- estabelecimentos de ensino regular, instituições de saúde, estabelecimentos de segurança pública, bibliotecas e museus públicos, órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e de defesa do consumidor de localidades que já contam com telefones públicos e residenciais/comerciais poderão solicitar a instalação de orelhão em suas instalações – o que deverá ser feito no prazo máximo de até sete dias;
- pessoas com deficiência poderão solicitar diretamente, ou por meio de quem as represente, telefone público adaptado. A concessionária deverá atender a solicitação em até sete dias. A Anatel prevê que no mínimo 2% dos orelhões de cada localidade sejam adaptados para cada tipo de deficiência, o que será feito mediante solicitação.

Embora a atividade regulamentadora e fiscalizadora seja da ANATEL, que pode impor penalidades em caso de descumprimento das obrigações das concessionárias de telefonia, é certo que a instalação e a manutenção dos orelhões é de responsabilidade das empresas de telefonia fixa.

Logo, embora a ANATEL tenha, no meu entender, legitimidade passiva para figurar no feito, não há exclusão da legitimidade passiva do concessionário de serviço público, no caso a TELEMAR NORTE LESTE S/A.

De acordo com o site da ANATEL, a solicitação de instalação, manutenção e conserto deve ser feita diretamente pelo usuário à concessionária de telefonia fixa, por ser ela que atua na respectiva região (Oi, Brasil Telecom, Telefônica, Sercomtel e CTBC), de forma que não pode ser excluída a responsabilidade da TELEMAR, por conseguinte, sua legitimidade passiva para figurar no presente feito, posto que será a concessionária que irá arcar com a execução dos consertos e com o valor do dano moral coletivo, se imposto na sentença.

Quanto à ausência de interesse de agir, assiste razão ao apelante.

Ressalte-se que o ajuizamento da ação civil pública não exclui a atuação administrativa da ANATEL, em face da independência das instâncias civil, administrativa e criminal, posto que é possível que o mesmo fato possa vir a ser considerado de forma simultânea um ilícito, civil, penal e administrativo.

Desta forma, a existência do procedimento administrativo no âmbito da agência reguladora, no caso, o Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações - PADO, nº 53557000702/2010, não impede a adoção de medidas pelo Poder Judiciário, uma vez que nosso ordenamento jurídico não explicitamente afirma que não se pode excluir do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a lesão a direito, sendo desnecessário o esgotamento da via administrativa.

Além disso, ressalte-se que, mesmo que o PADO nº 53557000702/2010 seja decidido administrativamente, em caráter definitivo, sendo que até a data do julgamento da presente ação civil pública não se tem notícia de tal fato, não haveria qualquer título executivo que possa ser objeto de ação de execução em desfavor da TELEMAR NORTE LESTE quanto à manutenção dos terminais de uso público do Município de Canindé do São Francisco/SE, pois tal decisão não figura entre as hipóteses elencadas no art. 585 do Código de Processo Civil.

Dessa forma, no meu entender, persiste o interesse de agir do Ministério Público Federal - MPF em buscar em Juízo a proteção de todo interesse difuso e coletivo, exercendo suas atribuições constitucionais.

Além disso, a presente ação civil pública requer a condenação da TELEMAR em danos morais coletivos, pleito que apenas pode ser decidido pelo Poder Judiciário, e não pela ANATEL.

Nesse sentido já decidi este Tribunal, conforme os precedentes que ora transcrevo:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇOS DE TELEFONIA FIXA. FECHAMENTO DOS POSTOS DE ATENDIMENTO PESSOAL. SUBSTITUIÇÃO PELO SERVIÇO DE *CALL CENTER*. IMPOSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. O Ministério Público Federal é parte legítima para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, tendo em vista que está atuando na defesa dos interesses dos consumidores dos serviços de telefonia. (Inteligência do art. 127 da Constituição Federal, bem como do art. 6º, alínea c, da Lei Complementar nº 75/93 e o do art. 1º, III, da Lei nº 7.347/85).
2. Não obstante as cogitadas vantagens trazidas pelo sistema de atendimento a usuários via *call center*, sendo este o modo exclusivo de atendimento, há, além da incompatibilidade com a legislação, um ineficiente modo de prestação de serviço ao usuário. Por mais que o menu seja de fácil compreensão, sabe-se que, em um país como o nosso, onde há um grande índice de analfabetismo – aí compreendendo-se não só aqueles que não sabem ler e escrever, mas também aqueles que não têm capacidade de interpretação –, nem todos os usuários, por mais que tivessem acesso, não teriam atendidas, plenamente, suas necessidades, podendo, por vezes, confundir-se. De fato, para algumas pessoas é muito mais cômodo utilizar-se do telefone para efetuar reclamações, transações, solicitações, e por isso o sistema não deve ser extinto. No entanto, o referido sistema mostra-se falível, tendo em vista que o usuário não tem como comprovar os serviços solicitados, posto que o oferecimento de número de protocolo, verbalmente, não materializa o atendimento, impedindo o usuário de produzir prova contra a concessionária. Desta forma, o atendimento via *call center* não deve ser o único meio de comunicação usuário – concessionária, ficando a cargo desta a viabilização de outros meios eficazes de atendimento. Em outras palavras, o atendimento pessoal não pode ser, em hipótese alguma, suprimido.
3. A concessionária é obrigada a disponibilizar postos e lojas de atendimento pessoal, conforme se depreende do art. 3º, incisos IV e X, bem como o art. 5º da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Comunicações).
4. A ausência de postos e lojas de atendimento vai de encontro ao que prevê a Resolução nº 30/1998 da ANATEL, em especial ao capítulo X, arts. 32, 33 e 34, que trata das metas de atendimento pessoal ao usuário.
7. Precedente: (TRF-4ª R. - AC 2002.71.08.000532-0 - 3ª T. - Rel. (a) Maria Lúcia Luz Leiria - DJ 13.05.2009).
8. Apelações não providas.

(Segunda Turma, AC nº 442.193/PB, Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias, julg. 04.05.2010, publ. *DJe* 14.05.2010)

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇOS DE TELEFONIA. MÁ PRÉSTACÃO. LEGITIMIDADE E INTERESSE. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DESNECESSIDADE. ESGOTAMENTO. VIA ADMINISTRATIVA. ANATEL.

1. Hipótese de ação civil pública promovida pelo MPF com o objetivo de compelir a Telemar Norte Leste S/A a sanar as falhas relacionadas à prestação de serviço ofertado por meio dos telefones de uso público (“orelhões”) instalados no município de Poço Redondo/SE.

2. O Ministério Público Federal tem interesse e é “parte legítima para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, tendo em vista que está atuando na defesa dos interesses dos consumidores dos serviços de telefonia (Inteligência do art. 127 da Constituição Federal, bem como do art. 6º, alínea c, da Lei Complementar nº 75/93 e o do art. 1º, III, da Lei nº 7.347/85)”. (AC 200082010063995, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Segunda Turma, 13/05/2010)

3. Os interesses jurídicos defendidos pelo MPF nesta ação civil pública são de natureza individual homogênea e de relevância social evidente, por vinculados aos direitos do consumidor (art. 5º, inciso XXXII, da CF/88), bem como por dizerem respeito à fiscalização do respeito dos poderes públicos e serviços de relevância pública aos direitos assegurados constitucionalmente (art. 129, inciso II, da CF/88), sendo tais razões, independentemente de quaisquer outros questionamentos, fundamentos suficientes para embasar a sua legitimidade ativa e seu interesse para a causa. (AC 200181000194815, Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão, TRF5 - Primeira Turma, *DJE* - Data: 28/01/2010 - Página: 66.)

4. O acesso ao Poder Judiciário não está condicionado ao esgotamento na via administrativa, e não se pode condicionar o interesse de agir, um dos requisitos para se provocar a tutela jurisdicional, à exigência de que a Administração (ANATEL) esgote todos os meios coercitivos para regularizar o serviço de telefonia.

5. “Não configura carência de ação por falta de interesse de agir, o argumento de que há de se esgotar, primeiro, a

esfera administrativa, para então poder se buscar a tutela judicial. Aplicação do princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88)". (AC 2003 83000184707, Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, TRF5 - Primeira Turma, DJ - Data: 13/09/2005 - Página: 479 - Nº: 176.)

6. Apelação provida para reconhecer a legitimidade e o interesse do MPF para atuar no presente Feito, que deve seguir seu regular trâmite em 1º grau.

(AC 00012078020114058501, Desembargador Federal Walter Nunes da Silva Júnior, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 29/03/2012 - Página: 447.)

Ante o exposto, dou provimento à apelação do MPF, determinando a remessa dos autos ao Juízo de origem, para o regular processamento da ação civil pública.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 553.327-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
Apelantes: VIVIANE LINS GONÇALVES DE ALMEIRA, IMPERIAL CONSTRUTORA E EMPREENDIMENTOS LTDA., LUCAS BOULLEMARQUES DANTAS DOS SANTOS
Apelados: OS MESMOS, CAIXA SEGUROS S/A E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Advs./Procs.: DRS. SÉRGIO RICARDO SOUZA BEZERRA, ARNALDO DE AGUIAR MACHADO JUNIOR E OUTROS, JOSÉ VALÉRIO DE AZEVEDO FERNANDES E OUTROS, BRUNO NOVAES ROSA E OUTROS E ANA PAULA DA CUNHA SOARES E OUTROS

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CIVIL. COMPRA E FINANCIAMENTO DE IMÓVEL. ISENÇÃO DE ITBI. PUBLICIDADE ENGANOSA. LEI Nº 8.078/1990. RESTITUIÇÃO EM DOBRO. POSSIBILIDADE. ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DANOS MO-

**RAIS EM FACE DE DANIFICAÇÃO NO IMÓVEL.
NÃO COMPROVAÇÃO.**

- Ação Ordinária na qual se requer a condenação da Caixa Econômica Federal e da Construtora e Empreendimento Imperial Ltda. no pagamento de indenização por danos morais; a restituição, em dobro (cf. previsão do art. 42, parágrafo único, do CDC), do valor pago indevidamente pelo autor a título de ITBI e a título de sinal para aprovação da compra do imóvel.

- Demonstrada cabalmente à relação contratual entre a Caixa Econômica Federal e o autor, cujo objeto de contrato é o imóvel em questão, é de reconhecer a legitimidade passiva desta instituição financeira para atuar no polo passivo da presente demanda.

- O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2591, fixou o entendimento de que “as instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor”, reafirmando-se a orientação contida na Súmula n° 297 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

- Na hipótese, o autor alega na inicial que, embora tenha financiado e recebido o imóvel, que reside com sua família, sem problema aparente, encontrou-o danificado, não sabendo explicar as motivações da presença da Construtora demandada em seu imóvel, e, que a destruição do imóvel acarretou danos externos e internos, devendo ser ressarcido pelo dano moral sofrido, em face dos acontecimentos.

- Dos depoimentos realizados em juízo, percebe-se que parte das afirmações lançadas na inicial não correspondem com a verdade dos fatos. Além de se tratar de pequenas fissuras na

parte externa do imóvel, sem risco na sua estrutura, a Construtora demandada não se omitiu aos reparos, tendo agido em decorrência da solicitação e autorização externadas pela esposa do autor, não tendo concluído o serviço por determinação do próprio demandante.

- Não havendo qualquer ilegalidade no ato das demandadas (Caixa Econômica Federal, Caixa Seguros S/A, Construtora demandada), a ensejar a intervenção do Poder Judiciário, não se deve falar em indenização por danos morais.

- Embora a Construtora demandada não tenha se esquivado de sua responsabilidade quanto à reparação do imóvel, em face das fissuras surgidas, a recorrente veiculou anúncio no encarte do feirão da casa própria, oportunizando aos interessados a negociarem imóveis acessíveis e ainda com isenção das despesas de escritura e ITBI, quando na realidade tal isenção correspondia, apenas, aos negócios feitos diretamente com a Construtora, conforme justificativa alegada, e, não entre particulares, como ocorreu na espécie, caracterizando, assim, a publicidade enganosa veementemente rechaçada pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 37 da Lei nº 8.078/1990).

- Reconhecimento do direito do autor ao ressarcimento, em dobro, do pagamento realizado a título de ITBI, nos termos do art. 42, parágrafo único, da Lei nº 8.078/90, em face da comprovada má-fé da Construtora.

- Extinção do feito, sem julgamento do mérito, em relação à corretora de imóveis demandada, vez que à relação jurídica entre o autor (particular) e a corretora (particular) destoa daquelas elencadas no art. 109, I, da CF/88, o que afasta a competência da Justiça Federal para julgar o feito.

- Não obstante conste no recibo acostados aos autos, que o valor de R\$ 3.900,00 serviria como

“sinal” da compra do imóvel, objeto do contrato de financiamento entre o autor (particular) e a Caixa Econômica Federal (empresa pública federal), na verdade, serviu de pagamento do serviço de corretagem, tanto é que o valor não foi revertido a favor da CEF, ao contrário, foi depositado diretamente na conta corrente da pessoa física da corretora, conforme extrato bancário acostado à fl. 43, o que afasta a incidência do art. 109, I, da CF/88.

- Apelação do autor conhecida em parte, na parte conhecida, improvida. Apelação da Construtora. Apelação de Viviane Lins Gonçalves de Almeida prejudicada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conhecer em parte a apelação interposta pelo autor; na parte conhecida, negar-lhe provimento; negar provimento à apelação da Construtora, e julgar prejudicada a apelação de Viviane Lins Gonçalves de Almeida, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 19 de março de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de recurso de apelação interposto por Viviane Lins Gonçalves de Almeida Araújo (fls. 425/441), por Imperial Construtora e Empreendimento Ltda. (fls. 476/485) e por Lucas Boullemarques Dantas dos Santos (fls. 501/506), em face da sentença (fls. 397/410) proferida pelo Juiz Federal Ronivon de Aragão, que julgou parcialmente os pedidos iniciais, condenando a Construtora Imperial à restituição, em dobro, do valor pago pelo autor, a título de ITBI

(R\$ 1.200,00); e, condenar Viviane Lins Gonçalves de Almeida Araújo à restituição do valor de R\$ 3.900,00, com juros e correção monetária à base de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação válida. Condenando, ainda, a parte autora, em relação à Caixa Econômica Federal e a Caixa Seguros S/A, em custas processuais, e honorários advocatícios arbitrado em 15% sobre o valor atualizado atribuído à causa, suspensos na forma da Lei nº 1.060/50.

Na inicial o demandante alega que, no desejo de realizar o grande sonho da casa própria, foi atraído pela propaganda constante no encarte do feirão da casa própria da Construtora Imperial, sem despesas de escritura e ITBI. Dessa forma, em 30.07.2009, acreditando no que foi divulgado, firmou contrato de financiamento com a Caixa Econômica Federal, do imóvel residencial situado à Av. Central, nº 250, no Condomínio SINAI II, Rua “A”, Casa 12, Lote 130, Grupo F, Bairro Olaria, na cidade de Aracaju/SE. Ressalta que o imóvel estava intacto, mas em 06.10.2009, ao retornar para a sua residência com a sua esposa, o encontrou danificado, não sabendo explicar as motivações da presença da Construtora Imperial em seu imóvel. Aduz que a destruição do imóvel acarretou danos externos e internos, eis que sua família teve que permanecer no imóvel numa situação desumana e de riscos as suas vidas, gerando, inclusive, problemas de saúde para a sua esposa, grávida de 8 (oito) meses, naquela ocasião.

Por outro vértice, alega que o valor de R\$ 3.900,00 depositados em favor da Sra. Viviane Lins Gonçalves de Almeida – Gerente de Vendas da Imperial Construtora, na condição de preposta/funcionária, era para ser amortizado no contrato de financiamento, vez que foi pago como sinal para aprovação da compra do imóvel.

Requeru o autor a antecipação da tutela, em caráter de urgência, para que as requeridas forneçam um imóvel em situação de habitação segura e mobiliada, até que o seu imóvel seja restabelecido em condições normais de habitação, e, que sejam suspensos os pagamentos das prestações mensais do contrato nº 815000002997 até que o imóvel seja devolvido em condições segura, ou, alternativamente, que sejam as prestações depositadas em juízo, para que, após apuração das responsabilidades dos re-

queridos, seja o seguro previsto no contrato (cláusula 20, §§ 4º e 5º) revertido ao seu favor, podendo e querendo abatê-lo nas prestações mensais. Contudo, a antecipação de tutela pleiteada foi indeferida.

O autor juntou vários documentos, entre os quais, o Contrato Particular de Compra e Venda (fls. 15/35), do imóvel situado no Condomínio Residencial SINAI II - Av. Central, nº 250, casa 12 - Rua "A", Bairro Olaria - Aracaju/SE, no qual consta como vendedor o Sr. Danilo da Silva Dantas (e cônjuge) e como comprador o Sr. Lucas Boullemarques Dantas dos Santos, cujo imóvel foi vendido por R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais). Entrementes, em face de compreender recurso do FGTS do autor no valor de R\$ 12.950,00, tal valor foi abatido, e financiado pela Caixa Econômica Federal o valor de R\$ 47.050,00 (quarenta e sete mil e cinquenta reais). **O contrato foi firmado pelas partes em 30.07.2009.**

Uma vez citada, a Caixa Econômica Federal apresentou contestação alegando que os fatos descritos pelo autor nada tem a ver com o financiamento concedido pela Caixa, por se tratar de atos praticados depois que o imóvel já estava com a construção concluída e a família residindo. Aduz que não se pode responsabilizar a Caixa por atos de terceiros, mesmo porque não é responsável pela cobertura securitária dos sinistros relacionados com apólices de seguro, mas a Caixa Seguradora S/A, empresa autônoma e de personalidade jurídica própria, contudo, ressalta que não saber se os danos em foco são cobertos pela apólice de seguro habitacional. Requer a extinção do feito sem julgamento do mérito, em relação a si, por carência da ação (fls. 79/86).

A Sra. Viviane defendeu-se das alegações iniciais, dizendo que não participou da relação como preposta da Construtora Imperial, mas como corretora de imóveis autônoma, intermediando a compra e venda da casa, entre o Sr. Danilo (vendedor) e o Sr. Lucas (comprador), tanto que o recibo anexado à fl. 42 não existe qualquer alusão à Construtora Imperial. E que o pagamento do valor de R\$ 3.900,00 é referente aos serviços prestados como corretora de vendas, conforme previsão do art. 722 e seguintes do CCB/2002. Sustenta que, conforme "Autorização de Venda", firmada entre a requerida contestante (corretora) e o Sr. Danilo (proprietá-

rio/vendedor), foi estipulado o valor de R\$ 63.900,00 (sessenta e três mil e novecentos reais), sendo deste R\$ 3.900,00 referente à comissão de corretagem, e o restante, como forma de pagamento do imóvel, e, por essa razão o valor não foi amortizado, quando do financiamento do imóvel. Pugna pela improcedência do pedido e junta vários documentos (fls. 97/119).

A Construtora ré, na contestação, alega que as alegações apresentadas pelo requerente, na inicial, não condiz com a verdade, pois, ao contrário do foi afirmado por ele, a visita realizada pelos funcionários da Construtora ré foi plenamente autorizada pela esposa do próprio requerente, mediante solicitação verbal, em face de rachaduras apresentadas no imóvel que necessitavam ser reparadas. Contudo, para a surpresa de toda a equipe designada para tal desiderato, os serviços não puderam ser finalizados, pois o requerente não mais permitiu a entrada daqueles na área do imóvel.

Acrescenta que o requerido adquiriu o imóvel de terceiros, através de corretora de imóvel, não podendo a Construtora recorrente ser responsabilizada pelo pagamento de ITBI do imóvel negociado. Requer a improcedência da ação, em relação a si (fls. 124/145v).

A Caixa Seguros S/A também contestou a pretensão inicial, suscitando a extinção do feito em relação a si, ante a inexistência de aviso do sinistro, de acordo com a regra contida no art. 771 do Código Civil. No mérito requer a improcedência do pedido de indenização securitária, pois os danos existentes no imóvel foram provocados pelo livre agir da construtora, ao passo que não guarda pertinência com o rol de riscos cobertos (fls. 172/183).

As partes arrolaram testemunhas e a audiência foi realizada em 24.11.2011, com a presença da parte autora e sua advogada; o advogado da CEF e preposta da Caixa Seguros S/A, acompanhada de advogada; Sra. Viviane Araújo (litisconsorte passiva), acompanhada de seu advogado; preposto da Construtora Imperial, acompanhado de advogado; testemunha arrolada pela parte autora – Sr. Carlos Eduardo Morais –; e testemunhas arroladas pelos requeridos – Danilo da Silva Dantas, Célio dos Santos e Luis Anselmo Carvalho dos Santos. O depoimento pessoal da parte autora e dos

representantes legais da parte ré, bem como o depoimento das testemunhas arroladas, foram realizados através de gravação audiovisual (fls. 317/328).

A oitiva da testemunha arrolada pela requerida Imperial Construtora e Empreendimentos Ltda. – Luis Anselmo Carvalho Santos – foi efetivada em 10.04.2012, também mediante gravação audiovisual (fls. 348/351).

Em face da sentença recorrida, a Imperial Construção e o autor Lucas Santos opuseram embargos de declaração às fls. 414/417 e 451/455. Contudo, ambos os recursos foram rejeitados pelo Juiz *a quo* (fl. 469).

A litisconsorte passiva – Viviane Araújo – interpôs apelação requerendo, primeiramente, os benefícios da justiça gratuita, nos termos do art. 4º, inciso II, da Lei nº 9.289/96, a fim de que seja dispensada, inclusive, do pagamento do preparo do presente recurso, em face da precária situação financeira atual da recorrente. No mérito, alega que não é cabível a devolução da quantia perseguida, a título de sinal da compra do imóvel, já que o mesmo fora compensado corretamente na negociação do imóvel, conforme se observa do Contrato de Financiamento Imobiliário de fls. 15/35. Aduz que em momento algum a ora apelante participou de qualquer negociação com o apelado na qualidade de funcionária da Construtora Imperial, mas como intermediária do negócio de compra e venda do imóvel, tendo recebido a comissão de corretagem devida, paga pelos vendedores do bem (Sr. Danilo Dantas e Sra. Lucimar Dantas), nos termos do art. 722 e seguintes do CCB/2002, e conforme Certidão de Registro Imobiliário de fl. 115. Acrescenta que, em se tratando de relação de corretagem entre a ora apelante e o Sr. Danilo, não há necessidade de assinatura do apelado no documento de fl. 119, vez que este não fez parte desta relação. Requer o provimento do recurso, para que seja julgado totalmente improcedente o pedido de restituição da quantia de R\$ 3.900,00.

A demandada “Imperial Construtora e Empreendimentos Ltda.” interpôs o recurso apelatório sob os seguintes fundamentos: a) o autor não adquiriu o referido imóvel diretamente da ora apelante, mas sim do Sr. Danilo Dantas e Lucimar Dantas, com arrimo no contrato firmado entre o autor e a Caixa Econômica, e, por sua

vez, Danilo e sua esposa adquiriram o imóvel diretamente a esta Construtora, conforme contrato de fls. 111/114; b) o desconto referente ao valor das despesas com a escritura e com o pagamento do ITBI já fora experimentado por Danilo e sua cônjuge, de maneira que não havia tal compromisso perante o demandante, portanto, não se deve falar em propaganda enganosa e ausência de boa-fé contratual, tendo em vista que jamais houve a referida oferta ao autor. Requer o provimento do recurso para que seja julgado improcedente o pleito do demandante ao ressarcimento, em dobro, do valor de R\$ 1.200,00 (hum mil e duzentos reais), a título de ITBI.

Por sua vez, o autor também apelou da sentença alegando que faz jus à indenização por danos morais requerida na inicial. Afirma que o prejuízo sofrido pelo apelante e sua família transcende a mera negociação, vez que foram enganados e privados dos valores correspondentes ao ITBI e taxas cartorárias, bem como dos honorários que deveriam ser amortizados do débito total do imóvel. Requer o provimento do presente recurso, para que seja reconhecido o direito do autor a indenização pleiteada, no valor que se sugere de R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais), em face da lesão sofrida e má-fé contratual.

Contrarrazões apresentadas às fls. 494/497, 514/526 e 529/536.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

A presente demanda tem por escopo a condenação da Caixa Econômica Federal e da Construtora e Empreendimento Imperial Ltda. no pagamento de indenização por danos morais; a restituição, em dobro (cf. previsão do art. 42, parágrafo único, do CDC), do valor pago indevidamente pelo autor a título de ITBI; e a restituição do valor de R\$ 3.900,00, pago pelo autor, como sinal para aprovação da compra do imóvel.

Antes de adentrar no mérito da questão trazida à baila, afasto a preliminar de legitimidade passiva *ad causam* da Caixa Econômica Federal, eis que demonstrada cabalmente à relação contra-

tual entre a Caixa Econômica Federal e o autor, cujo objeto de contrato é o imóvel em questão. Mesmo porque, a jurisprudência vem entendendo que o agente financeiro é solidariamente responsável pela solidez e segurança das obras por ela financiadas.

Passo à análise do mérito.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591, fixou o entendimento de que “as instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor”, reafirmando-se a orientação contida na Súmula nº 297 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Portanto, cabível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) para as relações contratuais em tela, submetendo-se à legislação protetiva do hipossuficiente, inclusive no que tange à responsabilidade objetiva do prestador de serviços.

Verifiquemos, então, se os demandados (Caixa Econômica Federal, Caixa Seguros S/A, e Imperial Construtora e Empreendimentos Ltda.) devem pagar indenização pelo suposto dano moral causado ao autor, em face da danificação do imóvel por ele adquirido por meio de financiamento através da Caixa Econômica Federal.

Sobre a possível indenização por danos morais, deve-se ressaltar que, em geral, as definições e conceitos teóricos sobre o problema dos danos morais e de sua indenização partem de pressupostos equivocados. Argumenta-se, muitas vezes, que somente com a prova de que o mesmo gerou vexame e rebaixamento moral é que se pode caracterizar o evento como causador de danos morais passíveis de indenização.

O problema é que a ocorrência de danos morais jamais pode ser efetivamente “comprovada”, na medida em que a natureza “interna” dos elementos próprios ao dano moral não é empiricamente verificável. É que o dano moral é aquele que, distinguindo-se do dano patrimonial, ocorre em atributos da personalidade como a dor, angústia, consternação, vergonha, humilhação, ataques à honra subjetiva etc.

Tais caracteres somente podem ser medidos analisando-se a natureza objetiva do evento e perscrutando-se quanto à sua potencialidade danosa, tendo por base a análise da normalidade das relações pessoais. Quando, razoavelmente, pode-se inferir da análise objetiva do evento a possibilidade de que o mesmo venha a causar dor, sofrimento moral e consternação, tal ato deve sofrer a incidência das normas jurídicas pertinentes à indenização por danos morais. Vê-se que a dor ou angústia são elementos pressupostos pela verificação objetiva do fato e não “aferidos empiricamente” – o que, obviamente, seria um sem-sentido.

Assim, se o evento for objetivamente capaz de gerar danos não patrimoniais, independentemente da publicidade ou mácula pública que ele possa causar, desde que seja considerado um fato contrário a direito (ilícito), o responsável pelo ato deve ser condenado ao pagamento de indenização pecuniária.

Na hipótese, no entanto, embora o autor tenha alegado na inicial que a Construtora demandada deteriorou o imóvel em questão, passando o mesmo a apresentar rachaduras, desde então, e tenha depositado entulhos na sua própria residência, dos depoimentos realizados em juízo, percebe-se que parte das afirmações lançadas na inicial não correspondem a verdade dos fatos.

Quanto à alegação do autor de que o seu imóvel servia como depósito de entulhos, tal afirmação restou totalmente contraditada pelo próprio autor em seu depoimento pessoal, conforme observado pelo juiz sentenciante, quando assim respondeu:

(...) Negativo. A casa vizinha servia de almoxarifado, a minha não. Apenas os pedreiros guardavam algumas bicicletas no quintal da minha casa (...).

Quanto aos danos gerados pelas obras realizadas pelos funcionários da Construtora Imperial, observa-se dos depoimentos testemunhais colhidos em juízo (Sr. Célio dos Santos – mestre de obras e Síndico do Condomínio SINAI II), que os reparos realizados no imóvel foram feitos em decorrência da solicitação e autorização externadas pela esposa do autor, e o serviço não foi concluído por determinação do autor, fato não contraditado pelo demandante.

Não obstante o autor tenha juntado várias fotos do imóvel e publicação de jornal em relação à insatisfação dos moradores do Condomínio Residencial SINAI II (fls. 47/49 e 52/59), não foram comprovadas as alegações iniciais *“de que encontrou o imóvel danificado, não sabendo explicar as motivações da presença da Construtora Imperial em seu imóvel, e, que a destruição do imóvel acarretou danos externos e internos”*. Ao contrário, das oitavas testemunhais se constatou que havia pequenas fissuras no imóvel, apenas na parte externa, e que não colocava em risco a sua estrutura, e que o serviço de reparos não foi concluído pela própria vontade do autor.

Na espécie, a simplicidade dos eventos (fissuras em imóvel e reparação de obra inacabada por culpa do próprio solicitante) classifica os incidentes como “meros aborrecimentos”, qualificação esta que impede a caracterização deles como causadores de danos morais, vez que a Construtora não se negou a corrigir ou aprimorar o serviço já acabado, não tendo findado a obra por determinação do próprio demandante.

Não havendo qualquer ilegalidade no ato das demandadas, a ensejar a intervenção do Poder Judiciário, não se deve falar em direito líquido e certo do demandante a indenização pleiteada. Assim, julgo improcedente o pedido inicial de indenização por danos morais, e, não tendo provimento à apelação do autor.

Quanto à apelação interposta pela demandada “Imperial Construtora e Empreendimentos Ltda.”, entendo que também não merece prosperar.

Embora a Construtora apelante não tenha se esquivado de sua responsabilidade quanto à reparação do imóvel, em face das fissuras surgidas, atendendo solicitação da esposa do autor, mediante solicitação verbal, conforme depoimentos testemunhais colhidos em juízo (Sr. Célio dos Santos - mestre de obras e Síndico do Condomínio SINAI II), a recorrente veiculou anúncio no encarte do feirão da casa própria, oportunizando aos interessados a negociarem imóveis acessíveis e ainda com isenção das despesas de escritura e ITBI (fls. 51/51v), quando na realidade tal isenção correspondia, apenas, aos negócios feitos diretamente com a Construtora, conforme justificativa alegada, e, não entre particula-

res, como ocorreu na espécie, tendo que o autor desembolsar o valor de R\$ 1.200,00 (hum mil e duzentos reais) para o pagamento do ITBI (fl. 41).

Diante do exposto, constata-se a publicidade enganosa, vez que houve falha no processo de comunicação e não houve transparência na informação, o que é veemente rechaçado pelo Código do Consumidor, *in verbis*:

Lei nº 8.078/1990.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

§ 4º (Vetado).

É de ressaltar que, o Decreto nº 5.903/2006 que regulamenta as Leis nºs 8.078/90 e 10.962/2004, que dispõe sobre as práticas infracionais que atentam contra o direito básico do consumidor, assegura a obtenção de informação adequada, ou seja, obriga ao divulgador do produto ou serviço a garantir a correção, clareza, precisão, ostensividade e legibilidade das informações prestadas, sob pena de responderem pelas consequências dos seus atos, a teor do art. 2º do referido Decreto.

Portanto, uma vez constatada a publicidade enganosa, e a não compensação do valor pago a título de ITBI, a Construtora ré deve reembolsar, em dobro, o autor no valor do ITBI pago por ele, com juros e correção monetária, em face da sua má-fé na divulgação

da publicidade, nos termos do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

No que se refere à relação jurídica entre o autor – Lucas Boullemarques Dantas dos Santos – e a Sra. Viviane Lins Gonçalves de Almeida, entendo que destoa daquelas elencadas no art. 109, I, da CF/88, o que afasta a competência da Justiça Federal para julgar o feito.

É que, não obstante conste no recibo de fl. 42, que o valor de R\$ 3.900,00 serviria como “Sinal” da compra do imóvel, objeto do contrato de financiamento entre o autor (particular) e a Caixa Econômica Federal (empresa pública federal), na verdade, serviu de pagamento do serviço de corretagem, tanto é que o valor não foi revertido a favor da CEF, ao contrário, foi depositado diretamente na conta corrente da pessoa física da corretora, conforme extrato bancário acostado à fl. 43, o que afasta a incidência do art. 109, I, da CF/88.

Assim sendo, restam prejudicadas a apelação interposta pela Sra. Viviane, e, em parte, a apelação interposta pelo autor, que visava à restituição, em dobro, do valor pago a título de “sinal”.

Pelo exposto, conheço em parte a apelação do autor, e na parte conhecida julgo-lhe improvida; nego provimento à apelação da Construtora demandada; e julgo prejudicada à apelação do particular.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 554.300-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO (CONVOCADO)
Apelante: VULCABRÁS AZALEIA (CE), CALÇADOS E ARTIGOS ESPORTIVOS S/A
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. JOSEFAMARIA ARAUJO VIANA DE ALENCAR E OUTROS (APTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO À SEGURIDADE SOCIAL. CLUBE DE FUTEBOL. FORNECIMENTO DE MATERIAIS ESPORTIVOS E UNIFORMES. PATROCÍNIO. INCIDÊNCIA DA EXAÇÃO. ART. 22, §§ 6º E 9º, DA LEI Nº 8.212/91.
- Cinge-se à matéria questionada acerca da caracterização de “patrocínio” e, em consequência, da incidência ou não da contribuição social sobre as despesas com o repasse de materiais esportivos e/ou utilidades às sociedades desportivas que mantêm equipe de futebol profissional, a ensejar a retenção de 5%, na forma prevista no artigo 22, § 9º, da Lei nº 8.212/91.
- A partir da Lei nº 9.528/1997, a contribuição previdenciária devida pelos clubes de futebol profissional deixou de incidir sobre a folha de salários, passando a recair sobre a receita bruta decorrente de espetáculos esportivos e de verbas de patrocínio, publicidade e licenciamento de uso de marcas e símbolos.
- Esta Corte já decidiu que “é constitucional a incidência de contribuição previdenciária sobre os valores auferidos pelos clubes de futebol em decorrência de patrocínio e publicidade, eis que, a despeito de não se confundirem com vendas de serviços ou de mercadorias, têm caráter essencial, resultando de sua atividade-fim”. Precedente: (TRF5, AC 00004451220114058001, Desembargador Federal Edilson Nobre, Quarta Turma, DJE: 17/01/2013).

- A Lei n° 8.212/91 estabelece, em seu art. 22, §§ 6º e 9º, que, no caso de a associação desportiva que mantém equipe de futebol profissional receber recursos de empresa ou entidade, a título de patrocínio, licenciamento de uso de marcas e símbolos, publicidade, propaganda e transmissão de espetáculos, esta última terá a responsabilidade de reter e recolher o percentual de 5% (cinco por cento). A norma estabelece que deve incidir a contribuição social no percentual de 5% da receita bruta sobre qualquer forma de patrocínio, não se limitando a prever a incidência apenas no valor em pecúnia.

- O ato de repassar materiais esportivos e/ou utilidades às sociedades desportivas que mantêm equipe de futebol profissional, como é o caso dos autos, constitui-se em modalidade de “patrocínio” e, como tal, submete-se à retenção da contribuição social.

- “O fornecimento de materiais esportivos e uniformes é parte do contrato firmado entre a autora e os clubes, desonerando os clubes de futebol de despesas que seriam de sua responsabilidade, o que demonstra a subsunção dessa atividade da autora aos ditames legais”.

- A autora é responsável pela retenção na forma preconizada no art. 22, § 6º e § 9º, da Lei n° 8.212/91.

- Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 19 de março de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCO BRUNO MIRANDA
CLEMENTINO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO (Convocado):

Trata-se de apelação interposta por VULCABRÁS AZALEIA - CE, CALÇADOS E ARTIGOS ESPORTIVOS S/A contra a sentença proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara/CE, que, em ação ordinária, julgou improcedente o pedido formulado no sentido de anular o débito fiscal objeto da NFDL nº 37.042.472-7.

A parte autora, ora apelante, sustentou que é indevida a incidência de contribuição social sobre as despesas da empresa com o repasse de materiais esportivos e/ou utilidades às associações que mantêm equipe de futebol profissional, uma vez que não configuraria “patrocínio”, a ensejar a retenção de 5%, na forma prevista no artigo 22, § 9º, da Lei nº 8.212/91. Afirmou, ainda, que somente se configura patrocínio, quando a contraprestação se dá em pecúnia.

O magistrado sentenciante entendeu que a lei de regência não restringe a incidência de contribuição apenas sobre o patrocínio oferecido em dinheiro, pelo contrário, a redação do dispositivo determina que há incidência de contribuição previdenciária sobre qualquer forma de patrocínio. Assentou, também, que o ato em questão enquadra-se na hipótese legal denominada patrocínio, razão pela qual se impõe a inclusão do sobredito valor na base de cálculo da exação em foco.

Em suas razões de apelação, a recorrente defende que: a) os clubes patrocinados cobram para usar o material esportivo fornecido pela apelante, em dinheiro, conforme previsto em cláusula contratual, sendo certo que é este dinheiro que representa o patrocínio esperado pelo clube; b) da leitura dos contratos, percebe-se que a apelante não firmou acordos de patrocínio de uniformes com os clubes, mas sim patrocínio em dinheiro; c) os uniformes e materiais esportivos recebidos pelos clubes para uso obrigatório em seus eventos não podem ser considerados como recursos recebidos pelos mesmos, pelo menos não como receita de patrocínio.

Foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO (Relator Convocado):

Cinge-se a matéria questionada acerca da caracterização de “patrocínio” e, em consequência, da incidência ou não da contribuição social sobre as despesas com o repasse de materiais esportivos e/ou utilidades às sociedades desportivas que mantêm equipe de futebol profissional, a ensejar a retenção de 5%, na forma prevista no artigo 22, § 9º, da Lei nº 8.212/91.

A empresa apelante defende, em suma, que não se configura patrocínio, uma vez que a contraprestação em questão não se dá em dinheiro.

Sobre o tema, convém observar a redação dos §§ 6º e 9º do art. 22 da Lei nº 8.212/91, introduzido pela Lei nº 9.528, de 10.12.97, *in verbis*:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos: (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 1998).

a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;

b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;
c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

§ 6º A contribuição empresarial da associação desportiva que mantém equipe de futebol profissional destinada à Seguridade Social, em substituição à prevista nos incisos I e II deste artigo, corresponde a cinco por cento da receita bruta, decorrente dos espetáculos desportivos de que participem em todo território nacional em qualquer modalidade desportiva, inclusive jogos internacionais, e de qualquer forma de patrocínio, licenciamento de uso de marcas e símbolos, publicidade, propaganda e de transmissão de espetáculos desportivos. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

§ 9º No caso de a associação desportiva que mantém equipe de futebol profissional receber recursos de empresa ou entidade, a título de patrocínio, licenciamento de uso de marcas e símbolos, publicidade, propaganda e transmissão de espetáculos, esta última ficará com a responsabilidade de reter e recolher o percentual de cinco por cento da receita bruta decorrente do evento, inadmitida qualquer dedução, no prazo estabelecido na alínea b inciso I do art. 30 desta Lei. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10.12.97) (G.n.)

O art. 205 do Decreto nº 3.048/1999, regulamentou a matéria nos seguintes termos:

Art. 205. A contribuição empresarial da associação desportiva que mantém equipe de futebol profissional, destinada à seguridade social, em substituição às previstas no inciso I do *caput* do art. 201 e no art. 202, corresponde a cinco por cento da receita bruta decorrente dos espetáculos desportivos de que participe em todo território nacional, em qualquer modalidade desportiva, inclusive jogos internacionais, e de qualquer forma de patrocínio, licenciamento de uso de marcas e símbolos, publicidade, propaganda e transmissão de espetáculos desportivos.

§ 3º Cabe à empresa ou entidade que repassar recursos a associação desportiva que mantém equipe de futebol profissional, a título de patrocínio, licenciamento de uso de

marcas e símbolos, publicidade, propaganda e transmissão de espetáculos, a responsabilidade de reter e recolher, no prazo estabelecido na alínea *b* do inciso I do art. 216, o percentual de cinco por cento da receita bruta, inadmitida qualquer dedução.

A partir da Lei nº 9.528/1997, a contribuição previdenciária devida pelos clubes de futebol profissional deixou de incidir sobre a folha de salários, passando a recair sobre a receita bruta decorrente de espetáculos esportivos e de verbas de patrocínio, publicidade e licenciamento de uso de marcas e símbolos.

Vale destacar que esta eg. Corte já decidiu que “é constitucional a incidência de contribuição previdenciária sobre os valores auferidos pelos clubes de futebol em decorrência de patrocínio e publicidade, eis que, a despeito de não se confundirem com vendas de serviços ou de mercadorias, têm caráter essencial, resultando de sua atividade-fim”. Precedente: (TRF5, AC 00004451220 114058001, Desembargador Federal Edilson Nobre, Quarta Turma, *DJE*: 17/01/2013).

A Lei nº 8.212/91 estabelece, em seu art. 22, §§ 6º e 9º, que, no caso de a associação desportiva que mantém equipe de futebol profissional receber recursos de empresa ou entidade, a título de patrocínio, licenciamento de uso de marcas e símbolos, publicidade, propaganda e transmissão de espetáculos, esta última terá a responsabilidade de reter e recolher o percentual de 5% (cinco por cento).

A norma estabelece que deve incidir a contribuição social no percentual de 5% da receita bruta sobre qualquer forma de patrocínio, não se limitando a prever a incidência apenas no valor em pecúnia.

Assim, é de se entender que o ato de repassar materiais esportivos e/ou utilidades às sociedades desportivas que mantém equipe de futebol profissional, como é o caso dos autos, constitui-se em modalidade de “patrocínio” e, como tal, submete-se a retenção da contribuição social.

Com efeito, além da transferência de numerário, a empresa autora também concede aos clubes de futebol uniformes e materiais esportivos, fornecimento este que também é objeto do con-

trato formalizado entre a promovente e os clubes, pelo que este ato se enquadra na hipótese legal denominada patrocínio.

Ora, o fato de ser uma obrigação contratual da apelante o fornecimento dos materiais esportivos e uniformes ao clube isso não desnatura o caráter de patrocínio da ação.

Conforme destacou a sentença, “o fornecimento de materiais esportivos e uniformes é parte do contrato firmado entre a autora e os clubes, desonerando os clubes de futebol de despesas que seriam de sua responsabilidade, o que demonstra a subsunção dessa atividade da autora aos ditames legais”.

Assim, considero que a autora é responsável pela retenção na forma preconizada no art. 22, § 6º e § 9º, da Lei nº 8.212/91.

Nesse sentido, transcrevo o precedente jurisprudencial a seguir:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 22, § 6º, LEI Nº 8.212/91. CONTRIBUIÇÃO EMPRESARIAL À SEGURIDADE SOCIAL. SOCIEDADE DESPORTIVA. CLUBE DE FUTEBOL. PATROCÍNIO E PUBLICIDADE. EMPRESA PATROCINADORA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LEGITIMIDADE ATIVA. NOVA FONTE DE CUSTEIO. NÃO CONFIGURAÇÃO. LEI COMPLEMENTAR. DESNECESSIDADE. EXIGIBILIDADE DA EXAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE.

1. O § 6º do art. 22 da Lei 8.212/91 prevê que a associação desportiva que mantenha equipe de futebol profissional deverá recolher à Seguridade Social contribuição empresarial correspondente a 5% da receita bruta, correspondente esta à soma de todos os espetáculos desportivos dos quais participe, em qualquer modalidade, nacional ou internacional; de qualquer forma de patrocínio; de publicidade, propaganda e transmissão e de licenciamento e uso de marcas e símbolos. Empresa ou entidade que repasse recursos à associação desportiva para estas finalidades é responsável pela retenção e recolhimento do tributo, qual seja 5% sobre a receita bruta do evento, inadmitida qualquer dedução, conforme § 9º do mesmo dispositivo.

2. O substituto tributário, devedor direto, goza de legitimidade ativa para discutir a exação, inclusive sua constitucionalidade. “Se o patrocinador não recolher o tributo, tenha efetuado ou não a retenção, o crédito tributário será

exigido dele, e não do clube de futebol. Indagar quem efetivamente suportou o encargo financeiro interessa apenas para definir quem poderá ser restituído do tributo". O entendimento não afasta a legitimidade também do substituído para questionar a cobrança.

3. O art. 195, I, da CRFB/88 elenca as bases de cálculo para contribuição previdenciária de empresa e entidade a ela equiparada na forma da lei: folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; receita ou faturamento e lucro. Tais cobranças, assim, independem de lei complementar, podendo ser reguladas por lei ordinária.

4. A Lei 9.528/97, que acrescentou os §§ 6º e 9º ao art. 22 da Lei 8.212/91, modificou a base de cálculo das associações desportivas, não mais incidindo sobre folha de salários de jogadores e passando a ser calculada sobre a receita bruta/faturamento decorrente de sua atividade: bilheteria, recursos de associados e jogadores, direitos de transmissões televisivas, direitos de *marketing*, licenciamentos, publicidades, propaganda etc. Ademais, constituiu como substituto tributário da associação a empresa que lhe transfere recurso a título de patrocínio e publicidade.

5. A noção de receita e faturamento deve ser aferida com base na atividade da empresa. No caso de associação desportiva, descabe invocar noção exclusiva de mercadorias e serviços para limitar o conceito, com pretensão exclusiva de afastar negócio reconhecidamente lucrativo da responsabilidade por contribuição à seguridade social. Verbas recebidas a título de patrocínio e publicidade, dentre outras, são a receita operacional da entidade, não configurando nova base de cálculo a necessitar de lei complementar para garantir exigibilidade da contribuição.

5. Nada obsta a incidência da contribuição previdenciária em tela sobre a mesma base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que não se está diante de sobreposição de nova espécie tributária.

(TRF4, ARGINC 2002.71.13.001664-1 - CORTE ESPECIAL, Rel. p/ acórdão Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, Julg. 29.04.2010)

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 554.366-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Apelante: CIRNE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.
Apelada: UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. IGOR SILVA DE MEDEIROS E OUTROS

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO JURISDICIONAL. LIBERAÇÃO DE VALOR DECORRENTE DE ARREMATACÃO PELO JUÍZO TRABALHISTA. DUPLICIDADE DE PENHORA SOBRE O MESMO BEM. CONFLITO RESOLVIDO PELO STJ RECONHECENDO A PREVALÊNCIA DA ARREMATACÃO PROCEDIDA PELA JUSTIÇA COMUM. DOLO E CULPA. INEXISTÊNCIA. LEGALIDADE DO COMANDO JUDICIAL. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

- Apelação interposta contra sentença que julgou improcedente a demanda através do qual pretendia a apelante o pagamento de indenização por perdas e danos possivelmente sofridos pelo autor em virtude da arrematação, por este, de bem imóvel em leilão efetuado perante a Justiça do Trabalho.

- Sobre o bem arrematado em leilão promovido pela Justiça do Trabalho recaiu outra penhora, desta vez pelo Juízo da Vara de Execuções Fiscais, acarretando uma segunda arrematação. Após discussão entre o Juízo trabalhista e o Juízo de execução fiscal sobre qual penhora tinha prioridade, o caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que decidiu o caso em favor do Juízo da execução fiscal em razão da data de registro da Carta de Arrematação.

- Nos termos do art. 5º, LXXV, da Constituição Federal “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso

além do tempo fixado na sentença”, o que significa dizer que o condenado em virtude de sentença que contenha erro juriciário, tem direito à reparação dos prejuízos a ser postulada em ação ajuizada contra o Estado.

- A regra geral “é a da ausência de responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais (praticados pelo juiz na sua função típica), salvo nos casos de comprovação da existência de dolo ou culpa, pois o ato judicial somente é passível de indenização em casos de comprovada culpa do Estado, na espécie negligência, imprudência ou imperícia”. (AC 200682010004038, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Segunda Turma, 04/03/2010).

- A ausência de responsabilidade objetiva do Estado por atos jurisdicionais encontra-se fundamentado em dois postulados, o primeiro consistente na soberania do Estado e o segundo na recorribilidade dos atos jurisdicionais, sendo ônus da parte que se sentir prejudicada impugnar a decisão pelos meios legais e recursais cabíveis (RE 228.977, NÉRI DA SILVEIRA, STF).

- Se uma decisão do magistrado, de natureza cível, possibilita a ocorrência de dano à parte, deve ela socorrer-se dos instrumentos recursais e administrativos para evitá-los, sob pena dos juízes perderem a independência e imparcialidade essenciais aos desenvolvimento de suas funções, além da insegurança que os mesmos teriam dos seus atos serem considerados resultantes de culpa em sua conduta.

- In casu, não está presente a hipótese do art. 5º, LXXV, da CF/88, nem demonstrada culpa ou dolo do magistrado, tendo em conta que infere-se do próprio texto da decisão do magistrado trabalhista que esse assentou a saída possível para o apelante caso tivesse a sua arrematação anulada, qual seja, deveria subrogar-se no crédito do

exequente em face da empresa executada. A referida decisão tem natureza de ato judicial e não de ato administrativo, competindo ao apelante, em caso de inconformismo, utilizar-se dos recursos cabíveis ou até mesmo do mandado de segurança, se inexistente recurso com efeito suspensivo.

***- Precedentes deste e. Tribunal: AC 200783000 193040, Desembargador Federal Manoel Erhardt, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data: 16/08/2012 - Página: 214; AC 200981000107826, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data: 31/10/2012 - Página: 132.
- Apelação não provida.***

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, negar provimento à apelação, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Vencido o Exmo. Sr. Desembargador Federal Francisco Wildo Lacerda Dantas, que provia o apelo.

Recife, 26 de março de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de apelação interposta por CIRNE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. contra sentença, prolatada em sede de ação ordinária pelo Exmo. Juiz da 1ª Vara/RN, Dr. Magnus Augusto Costa Delgado, que julgou improcedente a demanda através do qual pretendia a apelante o pagamento de indenização por perdas e danos possivelmente sofridos pelo autor em virtude da arrematação, por este, de bem imóvel em leilão efetuado perante a Justiça do Trabalho.

O magistrado condenou a parte autora em honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

A apelante ingressou em juízo alegando que arrematou um bem imóvel localizado em Parnamirim/RN pelo preço de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), cujo valor seria utilizado em favor dos credores habilitados na reclamação trabalhista, em trâmite perante a 5ª Vara do Trabalho da comarca de Natal/RN. Relata que após o pagamento do montante referido, foram os valores gradualmente usados pela Justiça Trabalhista para pagamento dos mencionados credores.

Assevera que recaiu sobre o bem arrematado outra penhora, desta vez pelo Juízo da Vara de Execuções Fiscais de Parnamirim/RN, acarretando uma segunda arrematação, restando vencedora a empresa Bebidas e Refrigerantes Potiguar LTDA.

Narra que, após discussão entre o Juízo trabalhista e o Juízo de execução fiscal sobre qual penhora tinha prioridade, o caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que decidiu o caso em favor do Juízo da execução fiscal. No entanto, quando proferida essa decisão pelo STJ, o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) depositados no Juízo laboral já havia sido totalmente usado para o pagamento dos credores trabalhistas, o que teria causado grande prejuízo, considerando que tinha ficado sem o bem e sem o valor pago.

Os fundamentos utilizados pelo magistrado para julgar improcedente o pleito autoral podem ser sintetizados no seguinte trecho: "(...) o magistrado trabalhista assentou a saída possível para o arrematante (ora parte autora) caso tivesse a sua arrematação anulada. Deveria sub-rogar-se no crédito do exequente em face da empresa executada. Iniludivelmente, esse ato do juiz tem natureza de ato judicial e não de ato administrativo. Dessarte, caberia ao ora demandante, não concordando com essa decisão, impugná-la pela via recursal própria, ou até mesmo por mandado de segurança (se inexistente recurso com efeito suspensivo)", fl. 212.

Nas razões, defende que a União tem responsabilidade objetiva por não ter garantido a segurança jurídica. Aduz que o risco administrativo teria se dado na medida em que o Estado criou o mecanismo da hasta pública a fim de garantir a efetividade do pro-

cesso trabalhista, recebeu o dinheiro da arrematação, deu quitação e liberou tal valor em favor de terceiro e não garantiu o uso e gozo do imóvel, por fragilidade do sistema jurídico criado e implementado pelo próprio Estado.

Defende que não ingressou com recurso ou mandado de segurança contra a decisão da Justiça do Trabalho por dois motivos: a) o primeiro em decorrência da penhora e da arrematação procedidas pela Justiça do Trabalho da Comarca da Natal/RN (26.06.2002 e 18.03.2003, respectivamente) terem se dado em datas anteriores a da Justiça Comum da Comarca de Parnamirim/RN (20.02.2003 e 04.04.2003, respectivamente), além do que se tratando de concurso de credores a ordem de preferência deve ser fixada mediante a data de penhora, bem como da preferência de créditos trabalhistas sobre os de natureza tributária; b) o Juízo do Trabalho invocou para si a competência e preferência na arrematação, enviando ofício ao Juízo da Comarca de Parnamirim/RN e ao Ofício de Notas de Parnamirim/RN, determinando o cancelamento do registro da carta de arrematação expedida pelo Juízo Cível e a expedição imediata do registro de arrematação do imóvel em questão em favor da parte autora.

Argumenta que não teria havido omissão de sua parte por não ter ajuizado o mandado de segurança, pois primeiro não teria havido violação ao direito e, segundo porque quando o direito foi violado, o *mandamus* já havia perdido o seu objeto, pois o valor já tinha sido liberado.

Pugna, assim, pela reforma da sentença, condenando a União: a) a devolução da quantia paga pelo bem arrematado, devidamente atualizado; b) ao pagamento de lucros cessantes pelos aluguéis deixados de ser auferidos pela apelante, desde a data em que deveria ter se imitado na posse (18.12.2008) até a data em que o valor pago pelo bem for ressarcido.

Contrarrazões apresentadas pela União alegando ausência de vício no ato judicial praticado pelo Juízo da 5ª Vara do Trabalho de Natal/RN, bem como a impossibilidade de responsabilização do Estado por atos judiciais.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Versam os autos de apelação interposta contra sentença que julgou improcedente a demanda através do qual pretendia a apelante o pagamento de indenização por perdas e danos possivelmente sofridos pelo autor em virtude da arrematação, por este, de bem imóvel em leilão efetuado perante a Justiça do Trabalho.

A questão submetida a julgamento refere-se a responsabilização do Estado por atos judiciais, fazendo-se necessário à sua análise o relato da situação fática prevista nos autos.

1. DOS FATOS.

A apelante ingressou em juízo alegando que arrematou um bem imóvel localizado em Parnamirim/RN pelo preço de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), cujo valor seria utilizado em favor dos credores habilitados na reclamação trabalhista, em trâmite perante a 5ª Vara do Trabalho da comarca de Natal/RN. Relata que após o pagamento do montante referido, foram os valores gradualmente usados pela Justiça Trabalhista para pagamento dos mencionados credores.

Sobre o bem arrematado recaiu outra penhora, desta vez pelo Juízo da Vara de Execuções Fiscais de Parnamirim/RN, acarretando uma segunda arrematação, restando vencedora a empresa Bebidas e Refrigerantes Potiguar LTDA.

Conforme se observa dos documentos que instruíram o feito, a **penhora e a arrematação** procedidas pela **Justiça do Trabalho** da Comarca da Natal/RN deram-se em **26.06.2002** e **18.03.2003**, respectivamente, por sua vez, a penhora e a arrematação da Justiça Comum da Comarca de Parnamirim/RN realizaram-se em **20.02.2003** e **04.04.2003**, respectivamente.

Após ter sido suscitado conflito de competência pelo Juízo da 5ª Vara do Trabalho de Natal/RN, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a questão deveria ser solucionada considerando-se a data de registro das Cartas de Arrematação expedidas, uma vez que é ela o título de domínio, mas se tratando de imóvel, só se

opera com a transcrição daquela no registro de imóvel. No caso, havendo duplicidade de registro, prevalece aquele que primeiro ocorreu, no caso a carta de arrematação expedida pelo Juízo de Direito da Comarca de Parnamirim/RN, que foi registrada em 10.06.2003, uma vez que a carta de arrematação expedida pelo Juízo Trabalhista só foi registrada em 19.07.2005.

Feitas estas considerações, passo ao exame do mérito da demanda.

2. DO MÉRITO.

A apelante pleiteia a responsabilidade civil do Estado por ato judicial, atacando decisões da Justiça do Trabalho que teriam determinado a liberação gradual do montante de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) depositados em decorrência da arrematação de bem imóvel. Em uma dessas decisões o juiz do trabalho ordenou a liberação de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) em depósito para pagamento do exequente da reclamação trabalhista, mesmo ciente de que havia discussão quanto à validade da arrematação.

A decisão judicial foi prolatada nos seguintes termos:

O processo em questão tramita há mais de dez anos sem que o autor, embora tenha tido reconhecido seu direito, o tenha efetivado. Ademais, não se trata de execução provisória posto que há muito ocorreu a arrematação, tornando-a definitiva. O único óbice à satisfação do crédito do autor seria a cautela em face de disputa entre arrematante e executada quanto à validade da arrematação.

Todavia, não é medida de justiça que o exequente, parte economicamente mais frágil na disputa, seja o mais penalizado com a espera sem fim pela satisfação de seu crédito, ainda mais pelo fato de que mesmo a arrematação sendo desfeita, sempre o arrematante poderá sub-rogar-se nos direitos do exequente em face do executado.

No que pertine à responsabilidade civil por atos jurisdicionais típicos, tais como, despachos, decisões interlocutórias e sentenças, estes são, em princípio, insuscetíveis de redundar na responsabilidade objetiva do Estado.

Merece transcrição os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho, *in verbis*:

Não obstante, é relevante desde já consignar que, tanto quanto os atos legislativos, os atos jurisdicionais típicos são, em princípio, insuscetíveis de redundar na responsabilidade civil do Estado. São eles protegidos por dois princípios básicos. O primeiro é o da soberania do Estado: sendo atos que traduzem uma das funções estruturais do Estado, refletem o exercício da própria soberania. O segundo é o princípio da recorribilidade dos atos jurisdicionais: se um ato do juiz prejudica a parte no processo, tem ela os mecanismos recursais e até mesmo outras ações para postular a sua revisão. Assegura-se ao interessado, nessa hipótese, o sistema do duplo grau de jurisdição.

Por outro lado, o instituto da coisa julgada, aplicável às decisões judiciais, tem o intuito de dar definitividade à solução dos litígios, obediente ao princípio da segurança das relações jurídicas. Se a decisão judicial causou prejuízo à parte e esta não se valeu dos recursos para revê-la, sua inércia a impede de reclamar contra o ato judicial.

Nos termos do art. 5º, LXXV, da Constituição Federal “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”, o que significa dizer que o condenado em virtude de sentença que contenha erro judiciário, tem direito à reparação dos prejuízos a ser postulada em ação ajuizada contra o Estado. No âmbito penal não há divergência, o mesmo não se podendo afirmar em relação aos atos de natureza cível.

A regra geral da ausência de responsabilidade objetiva do Estado por atos jurisdicionais encontra-se fundamento em dois postulados, o primeiro consistente na soberania do Estado e o segundo na recorribilidade dos atos jurisdicionais, sendo ônus da parte que se sentir prejudicada impugnar a decisão pelos meios legais e recursais cabíveis.

De fato, se um ato doloso ou culposo do magistrado, de natureza cível possibilita a ocorrência de dano à parte, deve ela socorrer-se dos instrumentos recursais e administrativos para evitá-los, sob pena dos juízes perderem a independência e imparcialidade essenciais aos desenvolvimento de suas funções, além da segurança que os mesmos teriam dos seus atos serem considerados resultantes de culpa em sua conduta.

Por outro lado, não se pode deixar de reconhecer a responsabilidade civil do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, pelos danos que os agentes, entre eles, os magistrados, causarem a terceiros, tais como, quando o juiz retarda, sem justa causa, o andamento de processos, devendo ser provado o dano e o nexo de causalidade. Contudo, em tais hipóteses, se verifica que as condutas possuem natureza mais de caráter administrativo do que propriamente jurisdicionais.

Acerca da matéria, transcrevo os precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AÇÃO REPARATÓRIA DE DANO POR ATO ILÍCITO. ILEGITIMIDADE DE PARTE PASSIVA.

2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica.

3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual – responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições –, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa.

4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88.

5. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 228.977, NÉRI DA SILVEIRA, STF)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. ART. 5º, LXXV, 2ª PARTE. ATOS JURISDICIONAIS. FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279.

1. Embargos de declaração recebidos como agravo regi-

mental, consoante iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2. O Supremo Tribunal já assentou que, salvo os casos expressamente previstos em lei, a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos de juízes.

3. Prisão em flagrante não se confunde com erro judiciário a ensejar reparação nos termos da 2ª parte do inciso LXXV do art. 5º da Constituição Federal.

4. Incidência da Súmula STF 279 para concluir de modo diverso da instância de origem.

5. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. Precedentes.

6. Agravo regimental improvido.

(RE-ED 553.637, ELLEN GRACIE, STF)

Assim, a regra geral “é a da ausência de responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais (praticados pelo juiz na sua função típica), salvo nos casos de comprovação da existência de dolo ou culpa, pois o ato judicial somente é passível de indenização em casos de comprovada culpa do Estado, na espécie negligência, imprudência ou imperícia”. (AC 200682010004038, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Segunda Turma, 04/03/2010)

Entendimento seguido por este e. Tribunal:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO DA HIPÓTESE DO ART. 5º, LXXV, DA CF/88. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE CULPA OU DOLO DO AGENTE. PRECEDENTES DO STF. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO AUTORAL.

1. Diversamente dos atos administrativos praticados por juízes, aos quais se aplica a regra do art. 37, parágrafo 6º, da CF/88, os atos judiciais ou jurisdicionais típicos, assim entendidos os praticados por agentes políticos, não autorizam, mesmo que lesivos, a responsabilidade civil do Estado, salvo na hipótese do art. 5º, LXXV, da CF/88 (“o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”) ou quando houver culpa ou dolo do agente. “[...] quanto aos atos legislativos e judiciais, a Fazenda Pública

só responde mediante a comprovação de culpa manifesta na sua expedição, de maneira ilegítima e lesiva. Essa distinção resulta do próprio texto constitucional, que só se refere aos agentes administrativos (servidores), sem aludir aos agentes políticos (parlamentares e magistrados), que não são servidores da Administração Pública, mas sim membros de Poderes de Estado” (Hely Lopes Meirelles). “O princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário, salvo os casos expressamente declarados em lei. Orientação assentada na Jurisprudência do STF” (STF, RE 219.117, Relator Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 03/08/1999, DJ 29-10-1999). “[...] o acórdão recorrido decidiu de acordo com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a regra geral é a ausência de responsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição, só havendo esta nos casos de dolo ou culpa do magistrado” (STF, AI 608.478, Relator Min. GILMAR MENDES, julgado em 18/11/2010, publicado em DJe-225 DIVULG 23/11/2010 PUBLIC 24/11/2010).

2. *In casu*, não está presente a hipótese do art. 5º, LXXV, da CF/88, nem demonstrada culpa ou dolo do magistrado ou pelo membro do *Parquet* na persecução penal.

3. “O Agente do MPF, autor da ação penal referida na inicial, decididamente não agiu com dolo, culpa ou abuso de poder. Ao contrário, diante de um fato capaz de caracterizar crime em tese, alternativa não lhe restou senão a de oferecer denúncia, sob pena de prevaricação. O mesmo diga-se em relação ao juiz que processou e julgou o feito em primeiro grau de jurisdição. A sentença está bem fundamentada, inexistindo indícios de que o magistrado agiu com dolo, culpa ou abuso de poder. (...) Em verdade, os agentes da UNIÃO não cometeram ato ilícito, porque agiram, no caso, no estrito cumprimento de um dever legal, verdadeiro exercício regular de direito (art. 188, I, CC)”.

4. “A ação penal instaurada pelo Ministério Público, para apurar a existência ou autoria de um delito se traduz em legítimo exercício de direito, ainda que a pessoa denunciada venha a ser inocentada. *A fortiori*, para que se viabilize pedido de reparação, é necessário que o dano moral seja comprovado, mediante demonstração cabal de que a instauração do procedimento se deu de forma injusta, despropositada, e de má-fé. Precedente: REsp 592.811/PB,

DJ26.04.2004, REsp 494.867/AM, DJ29.09.2003; REsp 470.365/RS, DJ01.12.2003". Excerto da ementa do REsp 969.097/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/11/2008 DJe 17/12/2008.

5. Apelação improvida.

(AC 200981000107826, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data: 31/10/2012 - Página: 132.)

CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO JURISDICIONAL. LIBERAÇÃO DE PARTE DE CRÉDITO TRABALHISTA DO AUTOR PARA PAGAMENTO DE DÍVIDA DE PENSÃO ALIMENTÍCIA EM FAVOR DE SUA FILHA, RECONHECIDA EM AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE JULGADA NO JUÍZO ESTADUAL. DOLO. INEXISTÊNCIA. LEGALIDADE DO COMANDO JUDICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APLICAÇÃO DOS PARÁGRAFOS 3º E 4º, DO ART. 20 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MAJORAÇÃO. APELO DO AUTOR IMPROVIDO. APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL PARCIALMENTE PROVIDA. PRECEDENTES COLACIONADOS.

1. Trata-se de apelações interpostas contra julgado proferido pelo MM. Juízo da 3ª Vara Federal/PE que, nos autos de ação ordinária manejada por GERALDO VIEIRA DE MELO em face da UNIÃO FEDERAL, julgou improcedente o pedido autoral de ressarcimento de danos materiais, equivalente ao valor liberado pelo Juízo Trabalhista, e por danos morais em valor a ser arbitrado em sentença, condenando a parte demandante no pagamento de verba honorária arbitrada em R\$ 200,00 (duzentos reais) em favor da parte ré.

2. O autor apresenta seu recurso de apelação, argumentando, preliminarmente, o desrespeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, alegando, quanto ao mérito, a necessidade de reforma do *decisum* do juízo monocrático, em razão da Magistrada do Juízo Laboral ter incorrido em dolo quando determinou o bloqueio de parte de crédito trabalhista atribuído ao ora apelante em favor de Thais Cristine Chaves, em razão de dívida alimentícia contraída pelo demandante, resultante de ação de investigação de paternidade ajuizada perante a 3ª Vara de Família do Recife.

3. A União Federal, por seu turno, pugna pela reforma da sentença ora guerreada na parte referente ao arbitramento dos honorários advocatícios, pleiteando a majoração desta verba para o *quantum* equivalente ao percentual de 20% sobre o valor atribuído à causa.

4. Analisando as irresignações apresentadas pelo demandante, tenho por escorreitas as razões de decidir aduzidas pelo MM. Magistrado do juízo *a quo*, sendo oportuno colacionar trechos da bem fundamentada sentença proferida às fls. 1.950/1.955, *verbis*: "(...) conforme assente na doutrina e jurisprudência, em regra, os atos jurisdicionais típicos são insuscetíveis de acarretar a responsabilidade civil do Estado. Dois são os principais fundamentos para este entendimento: a soberania do Estado, porquanto exerce o Poder Judiciário função estrutural do Estado. Ao passo que o outro consiste na recorribilidade dos atos jurisdicionais, pois cabe à parte que se sentir prejudicada impugnar a decisão e até mesmo outras ações para postular sua revisão. (...) Portanto, apenas poderia exsurgir a responsabilidade do magistrado por conduta dolosa, porquanto, área cível, os atos jurisdicionais decorrentes de conduta culposa não ensejam responsabilidade civil do Estado. Conforme entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência o "erro judiciário" previsto no art. 5º, LXXV, da CF se aplica apenas na esfera penal. (...) No caso em apreço, insurge-se o autor contra ato judicial da Justiça do Trabalho, que determinou a liberação de parte de seu crédito, objeto de execução na reclamação trabalhista, em favor de terceiro não habilitados nos autos. Conforme se infere dos autos, houve a liberação em favor da filha do autor, Thais Cristine Chaves, reconhecida em ação de investigação de paternidade, do valor de R\$ 73.364,64 (setenta e três mil, trezentos e sessenta e quatro reais, e sessenta e quatro centavos) referente à execução de alimentos (fl. 1.608). (...) Diante dos elementos constantes dos autos, até o momento em que foi exarada a decisão que determinou o pagamento em prol da filha do autor, inexistia informação de que estava suspensa a execução de alimentos. Assim, ao que parece, mantendo-se inerte o ora autor, mesmo ciente da implementação de reserva de seu crédito (que já teria sido garantido na Vara de Família), concorreu com sua omissão para o ato vergastado. (...) revela-se, ainda, precipitada a alegação de suposto dano sofrido

pelo autor, porquanto até o presente momento, não há manifestação judicial nos embargos à execução definindo o valor devido pelo autor a sua filha. Portanto, tão somente após a determinação do possível débito do ora autor, o que não ocorreu, poderá, se for o caso, o autor suscitar eventual dever de reparação”.

5. Sentença mantida por seus próprios fundamentos em relação ao inconformismo formulado no apelo da parte autora.

6. No que concerne à questão dos honorários advocatícios, há de ser parcialmente acolhido o recurso da União Federal, em observância ao que dispõem os parágrafos 3º e 4º do art. 20 do CPC, majorando-se a verba honorária para o valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

(AC 200783000193040, Desembargador Federal Manoel Erhardt, TRF5 - Primeira Turma, *DJE* - Data: 16/08/2012 - Página: 214.)

Constitucional e Administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. Ato praticado pela Juíza da Vara do Trabalho de Estância/SE. Ausência de responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais (praticados pelo juiz na sua função típica). Inexistência de dolo ou culpa. Precedentes. Apelação improvida.

(AC 00000930620114058502, Desembargadora Federal Carolina Souza Malta, TRF5 - Quarta Turma, *DJE* - Data: 31/05/2012 - Página: 661.)

In casu, não está presente a hipótese do art. 5º, LXXV, da CF/88, nem demonstrada culpa ou dolo do magistrado, tendo em conta que infere-se do próprio texto da decisão do magistrado trabalhista que esse assentou a saída possível para o apelante caso tivesse a sua arrematação anulada, qual seja, deveria subrogar-se no crédito do exequente em face da empresa executada. A referida decisão tem natureza de ato judicial e não de ato administrativo, competindo ao apelante, em caso de inconformismo, utilizar-se dos recursos cabíveis ou até mesmo do mandado de segurança, se inexistente recurso com efeito suspensivo.

A hipótese em análise não se apresenta como erro do judiciário que pudesse levar a uma indenização, em decorrência de responsabilidade objetiva. O apelante deveria ter se insurgido no âmbito recursal próprio e por meios processuais próprios que pudes-

sem identificar o responsável ou responsáveis por eventual prejuízo. Não é caso de se chegar e imputar a responsabilidade a União Federal de forma objetiva.

Dessa forma, com base nos fundamentos e precedentes acima referidos, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 554.758-RN

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelante: OSVALDO DE MEIROZ GRILO
Apelado: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. CARLOS HENRIQUE DE MEIROZ GRILO E OUTROS (APTE.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AMBIENTAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ÁREA DEGRADADA. VEGETAÇÃO NATIVA. BIOMA CAATINGA. ÁREA DE RESERVA LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. DOCUMENTAÇÃO ACOSTADA. SUFICIÊNCIA. PERÍCIA DESNECESSÁRIA. REGENERAÇÃO NATURAL PARCIAL. PRAD - PROJETO DE RECUPERAÇÃO DE ÁREA DEGRADADA. CABIMENTO. INDENIZAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS AO PATRIMÔNIO ECOLÓGICO. NATUREZA PEDAGÓGICA.

- Cuida-se de apelação de sentença que julgou procedente o pedido, formulado em ação civil pública, para condenar o réu a recuperar a área degradada descrita no relatório ambiental de fls. 107/111, mediante PRAD - Projeto de Recuperação de Área Degradada, a ser submetido à apre-

ciação do IBAMA, no prazo de trinta dias, sob pena de multa diária de cem reais, e a pagar indenização no valor de cinco mil reais, em virtude dos danos causados ao patrimônio ecológico (vegetação nativa pertencente ao bioma caatinga), em favor do Fundo de Reconstituição de Bens Lesados de que trata o artigo 13 da Lei nº 7.347/85.

- Não há cerceamento ao balizamento probatório imposto à parte autora/apelante, quando as provas materiais trazidas aos autos foram suficientes para a análise do direito requerido na inicial. No direito processual brasileiro vale o princípio do livre convencimento do juiz que, na busca da verdade real, pode conhecer diretamente do pedido quando a questão meritória for unicamente de direito. O que se faz estritamente necessária é a fundamentação da decisão, onde, no caso dos autos, a realização da perícia apresenta-se desnecessária, encontrando-se a sentença devidamente motivada.

- Não consta do laudo de vistoria (parecer do expert contratado pelo autuado, ora apelante) se houve a regeneração natural de toda a área, mas, ao revés, consta a informação de que a área aonde está encravada a gleba medindo 6.800 m objeto do auto de infração, hoje, encontra-se com cobertura vegetal de pequeno e médio porte. Ao seu turno, no Relatório de Vistoria, produzido por analista ambiental do IBAMA, destaca-se que foi encontrado um percentual (não aferível) da área em estágio avançado de regeneração e um polígono de desmatamento, local onde claramente houve retirada de solo (piçarra). Nesse diapasão, não merece reproche a sentença quando determinou a total recuperação da área degradada descrita no relatório ambiental, mediante PRAD - Projeto de Recuperação de Área Degradada, a ser submetido à apreciação do IBAMA.

- Em que pese a primazia da tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer, e inobstante a regra da conversão da obrigação em perdas e danos constituir-se em exceção, no caso dos autos a indenização fixada, a ser paga pelo réu/apelante, não é compensatória, posto que possui natureza socioeducativa e até preventiva. Na hipótese, se apresenta cabível a cumulação da obrigação de fazer imposta com o pagamento de indenização por danos ambientais causados ao patrimônio ecológico protegido, conforme sentenciado. Precedentes: TRF5, REO 444.872, DJE 28/07/2011, Relator Desembargador Federal Geraldo Apoliano; STJ, REsp 1.145.083, DJE 04/09/2012, Relator Ministro Herman Benjamin.
- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 23 de abril de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
- Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Cuida-se de apelação de sentença que julgou procedente o pedido, formulado em ação civil pública, para condenar o réu a recuperar a área degradada descrita no relatório ambiental de fls. 107/111, mediante PRAD - Projeto de Recuperação de Área Degradada, a ser submetido à apreciação do IBAMA, no prazo de trinta dias, sob pena de multa diária de cem reais, e a pagar inde-

nização no valor de cinco mil reais, em virtude dos danos causados ao patrimônio ecológico (vegetação nativa pertencente ao bioma caatinga), em favor do Fundo de Reconstituição de Bens Lesados de que trata o artigo 13 da Lei nº 7.347/85, mais honorários advocatícios, fixados em dez por cento sobre o valor atualizado da causa.

Em suas razões de fls. 195/215, o autor apela da sentença, levantando a preliminar de cerceamento de defesa e afronta aos Princípios do Contraditório e Ampla Defesa, dada a não oportunização de produção de provas e, no mérito, argumenta que não há o que ser recuperado dada a regeneração natural da área degradada, ocorrência de julgamento *ultra* e *extra petita*, posto que a retirada de areia do local, ocorrida antes da autuação, e respectiva recuperação é matéria estranha à inicial. Argumentou, ainda, sobre a primazia da tutela específica sobre a indenizatória, e sobre a impossibilidade de cumulação da obrigação de fazer com a indenização por danos ambientais. Além disso, teceu considerações sobre a inexistência de comprovação do dano ambiental.

Após contrarrazões, subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

É o relatório.

Inclua-se o feito em pauta para julgamento.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

De início, quanto à preliminar de nulidade da sentença levantada, sob o argumento de malferimento aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, destaco que quanto ao indeferimento de pedido de produção de prova, no que concerne à aludida necessidade de prova pericial, entendo que não deve prosperar, uma vez que não houve controvérsia sobre a localização do imóvel, nem sobre a ocorrência de regeneração natural da área degradada. Portanto, concordo que não houve o apontado cerceamento ao balizamento probatório imposto à parte ré/apelante, já que as provas trazidas aos autos (aí incluídos laudo técnico de perito – fls. 85/91, e Relatório de Vistoria – fls. 107/111) eram suficientes para a análise do direito requerido na inicial.

Ademais, no direito processual brasileiro vale o princípio do livre convencimento do juiz que, na busca da verdade real, pode conhecer diretamente do pedido quando a questão meritória for unicamente de direito. Por sua vez, o artigo 130 do CPC aduz que *cabará ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*

Na realidade, o que se faz estritamente necessária é a fundamentação da decisão. No caso dos autos, concordo que a produção de outras provas apresenta-se desnecessária, posto que a sentença encontra-se motivada. Desse modo, não há que se falar em nulidade.

No mérito, primeiramente ressalto que a Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências, em seu artigo 70 expõe textualmente que *se considera infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente, ressaltando no parágrafo terceiro deste mesmo dispositivo que a autoridade ambiental que tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de corresponsabilidade.*

Por sua vez, o artigo 225, § 3º, da vigente Constituição Federal, e o artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, assim preceituam:

Art. 225 Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Art. 14 (...)

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos cau-

sados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Sobre esse aspecto da responsabilidade objetiva, já se posicionou o egrégio STJ, como podemos depreender dos seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DANOS AMBIENTAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE DO ADQUIRENTE. TERRAS RURAIS. RECOMPOSIÇÃO. MATAS. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. ART. 476 DO CPC. FACULDADE DO ÓRGÃO JULGADOR.

1. A responsabilidade pelo dano ambiental é objetiva, ante a *ratio essendi* da Lei 6.938/81, que em seu art. 14, § 1º, determina que o poluidor seja obrigado a indenizar ou reparar os danos ao meio ambiente e, quanto ao terceiro, preceitua que a obrigação persiste, mesmo sem culpa. Precedentes do STJ: REsp 826.976/PR, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 01.09.2006; AgRg no REsp 504.626/PR, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 17.05.2004; REsp 263.383/PR, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 22.08.2005 e EDcl no AgRg no RESP 255.170/SP, desta relatoria, DJ de 22.04.2003.(...)

3. Paulo Affonso Leme Machado, em sua obra *Direito Ambiental Brasileiro*, ressalta que "(...)A responsabilidade objetiva ambiental significa que quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo. Presente, pois, o binômio dano/reparação. Não se pergunta a razão da degradação para que haja o dever de indenizar e/ou reparar. A responsabilidade sem culpa tem incidência na indenização ou na reparação dos "danos causados ao meio ambiente e aos terceiros afetados por sua atividade" (art. 14, § 3º, da Lei 6.938/81). Não interessa que tipo de obra ou atividade seja exercida pelo que degrada, pois não há necessidade de que ela apresente risco ou seja perigosa. Procura-se quem foi atingido e, se for o meio ambiente e o homem, inicia-se o processo lógico-jurídico da imputação civil objetiva ambiental!. Só depois é que se entrará na fase do estabelecimento do nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano. É contra o Direito enriquecer-se ou ter

lucro à custa da degradação do meio ambiente. O art. 927, parágrafo único, do CC de 2002, dispõe: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Quanto à primeira parte, em matéria ambiental, já temos a Lei 6.938/81, que instituiu a responsabilidade sem culpa. Quanto à segunda parte, quando nos defrontarmos com atividades de risco, cujo regime de responsabilidade não tenha sido especificado em lei, o juiz analisará, caso a caso, ou o Poder Público fará a classificação dessas atividades. “É a responsabilidade pelo risco da atividade”. Na conceituação do risco aplicam-se os princípios da precaução, da prevenção e da reparação. Repara-se por força do Direito Positivo e, também, por um princípio de Direito Natural, pois não é justo prejudicar nem os outros e nem a si mesmo. Facilita-se a obtenção da prova da responsabilidade, sem se exigir a intenção, a imprudência e a negligência para serem protegidos bens de alto interesse de todos e cuja lesão ou destruição terá consequências não só para a geração presente, como para a geração futura. Nenhum dos poderes da República, ninguém, está autorizado, moral e constitucionalmente, a concordar ou a praticar uma transação que acarrete a perda de chance de vida e de saúde das gerações (...) *in* Direito Ambiental Brasileiro, Malheiros Editores, 12ª ed., 2004, p. 326-327. (...) (REsp 745.363/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ 18/10/2007)

No caso, como visto anteriormente, foi imputada ao réu/apelante a prática da infração administrativa ambiental, capitulada no artigo 70 (*considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente*) da Lei nº 9.605/98 c/c artigos 2º e 38 do Decreto nº 3.179/99, e artigo 19 da Lei nº 4.771/65, sendo-lhe imposta a obrigação de promover o restabelecimento do bioma caatinga, com referência às ações de restabelecimento e/ou impedimento a oposição de dificuldades à total regeneração natural de floresta ou demais formas de vegetação nativa em área de Reserva Legal.

E aqui vale ressaltar que, inobstante a concordância com entendimento de que não existe direito adquirido em degradar a natu-

reza, entendo que não há, na hipótese, que se discutir a respeito da responsabilidade do proprietário do imóvel, independentemente de ser ou não este o verdadeiro causador do dano, posto que, no caso dos autos, restou devidamente identificada a infração tipificada na legislação ambiental apontada na autuação que lastreou a imposição das sanções combatidas, não merecendo reproche a sentença.

No caso, ocorreu a necessária demonstração da existência do nexo causal entre a lesão ao meio ambiente e a ação ou omissão do apelante, proprietário do imóvel, autuado e apontado como responsável pelo dano, esse também suficientemente identificado/comprovado.

Sobre este aspecto, cito o seguinte julgado do egrégio STJ, de cuja fundamentação compartilho:

EMEN: AMBIENTAL. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. FUNÇÃO ECOLÓGICA DA PROPRIEDADE. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. MÍNIMO ECOLÓGICO. DEVER DE REFLORESTAMENTO. OBRIGAÇÃO *PROPTER REM*. ART. 18, § 1º, DO CÓDIGO FLORESTAL DE 1965. REGRA DE TRANSIÇÃO.

1. Inexiste direito ilimitado ou absoluto de utilização das potencialidades econômicas de imóvel, pois antes até “da promulgação da Constituição vigente, o legislador já cuidava de impor algumas restrições ao uso da propriedade com o escopo de preservar o meio ambiente” (REsp 628.588/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 9.2.2009), tarefa essa que, no regime constitucional de 1988, fundamenta-se na função ecológica do domínio e posse.

2. Pressupostos internos do direito de propriedade no Brasil, as Áreas de Preservação Permanente e a Reserva Legal visam a assegurar o mínimo ecológico do imóvel, sob o manto da inafastável garantia constitucional dos “processos ecológicos essenciais” e da “diversidade biológica”. Componentes genéticos e inafastáveis, por se fundirem com o texto da Constituição, exteriorizam-se na forma de limitação administrativa, técnica jurídica de intervenção estatal, em favor do interesse público, nas atividades humanas, na propriedade e na ordem econômica, com o intuito de discipliná-las, organizá-las, circunscrevê-las, ade-

quá-las, condicioná-las, controlá-las e fiscalizá-las. Sem configurar desapossamento ou desapropriação indireta, a limitação administrativa opera por meio da imposição de obrigações de não fazer (*non facere*), de fazer (*facere*) e de suportar (*pati*), e caracteriza-se, normalmente, pela generalidade da previsão primária, interesse público, imperatividade, unilateralidade e gratuidade. Precedentes do STJ.

3. “A obrigação de reparação dos danos ambientais é *prop-ter rem*” (REsp 1.090.968/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, *DJe* 3.8.2010), sem prejuízo da solidariedade entre os vários causadores do dano, descabendo falar em direito adquirido à degradação. O “novo proprietário assume o ônus de manter a preservação, tornando-se responsável pela reposição, mesmo que não tenha contribuído para o desmatamento. Precedentes” (REsp 926.750/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, *DJ* 4.10.2007; em igual sentido, entre outros, REsp 343.741/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, *DJ* 7.10.2002; REsp 843.036/PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, *DJ* 9.11.2006; EDcl no Ag 1.224.056/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, *DJe* 6.8.2010; AgRg no REsp 1.206.484/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, *DJe* 29.3.2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.203.101/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, *DJe* 18.2.2011). Logo, a obrigação de reflorestamento com espécies nativas pode “ser imediatamente exigível do proprietário atual, independentemente de qualquer indagação a respeito de boa-fé do adquirente ou de outro nexo causal que não o que se estabelece pela titularidade do domínio” (REsp 1.179.316/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, *DJe* 29.6.2010).

4. “O § 1º do art. 18 do Código Florestal quando dispões que, ‘se tais áreas estiverem sendo utilizadas com culturas, de seu valor deverá ser indenizado o proprietário’, apenas criou uma regra de transição para proprietários ou possuidores que, à época da criação da limitação administrativa, ainda possuíam culturas nessas áreas” (REsp 1.237.071/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, *DJe* 11.5.2011).

5. Recurso especial não provido.
(REsp 1.240.122, *DJE* 11/09/2012, Relator Ministro Herman Benjamin)

ADMINISTRATIVO. MEIO AMBIENTE. QUEIMADA DE FLORESTA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. AUTO DE INFRAÇÃO DO IBAMA. LEGALIDADE. (ARTS. 3º E 14 DA LEI Nº 6.938/81).

1. A Constituição Federal estabelece em seu art. 225 que: “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas e jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente de reparar os danos causados.” Nada impede, portanto, que além da sanção penal o agressor seja também penalizado administrativamente porquanto o ilícito penal não exclui a responsabilidade administrativa ou sequer a civil.

2. A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81) adotou a sistemática da **responsabilidade civil objetiva** (art. 14, parágrafo 1º) tendo sido integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, sendo irrelevante qualquer discussão acerca da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de indenizar. Assim sendo, para que se observe a obrigatoriedade da reparação do dano, **suficiente se demonstre o nexo causal entre a lesão ao meio ambiente e a ação ou omissão do responsável pelo dano.**

3. O Código florestal (Lei nº 4.771/65), em seus artigos 2º e 3º, considera área de preservação permanente as florestas e demais formas de vegetação natural. A supressão total ou parcial, no entanto, é permitida apenas em casos especiais, conforme disposto no parágrafo 1º do art. 3º da mencionada norma.

4. (...).

(TRF2, AC 179.613, DJU - Data: 08/02/2006, Relator Desembargador Federal Sergio Schwaitzer)

Entretanto, na hipótese em tela, alguns aspectos merecem especial destaque. De início, saliento que ao tratar do direito de propriedade, quando falamos de Reserva Legal, devemos sempre pensar na manutenção dessa área protegida, cujos limites foi atribuído ao Poder Público definir e proteger por comando constitucional.

Nesse diapasão, atrelado ao direito de propriedade surge a obrigação de preservação do meio ambiente, e, conseqüentemente, a necessidade de respeito à Reserva Legal, dada à existência

da limitação administrativa imposta (“Limitação administrativa à propriedade consiste numa alteração do regime jurídico privatístico da propriedade, produzida por ato administrativo unilateral de cunho geral, impondo restrição das faculdades de usar, fruir de bem imóvel, aplicável a todos os bens de uma mesma espécie, que usualmente não gera direito a indenização”. JUSTEN FILHO, Marçal. “Curso de Direito Administrativo”. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 405).

No caso em tela, entendo que a definição da área onde se situa o imóvel da parte apelante como espaço territorial protegido apesar de não restringir o direito de propriedade anteriormente existente, representa uma nova condição advinda da limitação administrativa negativa existente, que impõe ao proprietário a obrigação de não-fazer, no caso, impedindo-o de explorar e/ou suprimir matas e vegetação em área predeterminada da sua propriedade rural.

Outrossim, ressalto que a autuação procedida teve como fundamento os seguintes dispositivos: artigo 70 da Lei nº 9.605/98, c/c artigos 2º, II e III, e 38 do Decreto nº 3.179/99 e artigo 19 da Lei nº 4.771/65. O alegado cometimento da seguinte infração teve a seguinte descrição: “explorar formação sucessiva de origem nativa (bioma caatinga) sem autorização prévia do órgão ambiental competente. coord. Geográficas: 506°19'436””, conforme consta do auto de infração lavrado cuja cópia consta dos autos à fl 15.

No que se refere à alegação de que não há o que ser recuperado dada a regeneração natural da área degradada, destaco que não consta do laudo de vistoria, à fl. 85 (parecer do *expert* contratado pelo autuado, ora apelante) se houve a regeneração natural de toda a área), mas, ao revés, consta a seguinte informação: área que era plantada com cana-de-açúcar no período de 1975 a 2004 medindo 40,00 ha, encontra-se, atualmente, ocupada com: pastagem nativa, lavouras de subsistência, capoeira rala, é aonde está encravada a gleba medindo 6.800 m objeto do auto de infração nº 505164 série “D” de 27 de novembro do ano de 2006. Hoje encontra-se com cobertura vegetal de pequeno e médio porte, visualizada pelas fotos numeradas de 1 a 6 com ângulo de visão e posição definida na planta limite norte da propriedade, anexa ao presente laudo.

Ao seu turno, consta no Relatório de Vistoria, às fls. 107/110, produzido por analista ambiental do IBAMA, em resposta ao quesito 1º (a área degradada pelo réu encontra-se totalmente regenerada?), que foi encontrado um percentual da área em estágio avançado de regeneração (...). Contudo, foi encontrado um polígono de desmatamento (coordenadas constantes na tabela 1), os quais demonstram claramente que houve retirada de solo (piçarra) (...). Em resposta ao segundo quesito, relativo ao percentual de regeneração, o profissional afirma que não foi possível aferir exatamente o percentual em que houve regeneração. Nesse diapasão, não merece reproche a sentença quando determinou o réu a recuperar a área degradada descrita no relatório ambiental de fls. 107/111, mediante PRAD - Projeto de Recuperação de Área Degradada, a ser submetido à apreciação do IBAMA.

Nesse íterim, observo que a verificação de que houve a retirada de solo (piçarra) não influiu no deslinde da demanda, na medida em que o analista ambiental verificou que apenas parte desta retirada foi realizada no interior do polígono do desmate (fl. 109) e a recuperação determinada é decorrente da detecção da agressão perpetrada contra o bioma caatinga e não em função dessa retirada do solo, mas não menos agressiva ao meio ambiente. Não há que se falar em matéria estranha à lide, nem há, portanto, a alegada ocorrência de julgamento *ultra* ou *extra petita*.

Por oportuno, destaco que, em que pese a primazia da tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer (artigo 461 do CPC c/c Lei nº 8.952/94), temos que, inobstante a regra da conversão da obrigação em perdas e danos constituir-se em exceção, no caso dos autos a indenização fixada, a ser paga pelo réu/apelante, não é compensatória, posto que possui natureza socioeducativa e até preventiva.

Ou seja, mesmo que a execução específica detenha o papel de regra geral, não se trata, no caso, de conversão da tutela específica em reparação de danos, posto que inexistente pedido expresso da parte autora neste sentido, nem, ao menos por hora, a impossibilidade material da execução específica da obrigação de fazer imposta.

Na hipótese, entendo ser cabível a cumulação da obrigação de fazer imposta com o pagamento de indenização por danos ambientais, conforme sentenciado.

De acordo com o artigo 2º, II e III, do Decreto nº 3.179/99 (vigente à época da autuação – 17/12/06, e revogado pelo Decreto nº 6.514/08 – artigo 3º), as infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções: multa simples, multa diária. Já o artigo 38 do mesmo Decreto nº 3.179/99 expunha: Explorar vegetação arbórea de origem nativa, localizada em área de reserva legal ou fora dela, de domínio público ou privado, sem aprovação prévia do órgão ambiental competente ou em desacordo com a aprovação concedida. Multa de R\$ 100,00 (cem reais) a R\$ 300,00 (trezentos reais), por hectare ou fração, ou por unidade, estéreo, quilo, mdc ou metro cúbico.

Já o referido Decreto nº 6.514/08 dispõe em seu artigo 51 determina:

Art. 51. Destruir, desmatar, danificar ou explorar floresta ou qualquer tipo de vegetação nativa ou de espécies nativas plantadas, em área de reserva legal ou servidão florestal, de domínio público ou privado, sem autorização prévia do órgão ambiental competente ou em desacordo com a concedida: Multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por hectare ou fração.

Por sua vez, a Lei nº 4.771/65 (que instituiu o chamado Código Florestal), em seu artigo 19 (indicado no auto de infração lavrado), preceituava que a exploração de florestas e formações sucessoras, tanto de domínio público como de domínio privado, dependerá de prévia aprovação pelo órgão estadual competente do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, bem como da adoção de técnicas de condução, exploração, reposição florestal e manejo compatíveis com os variados ecossistemas que a cobertura arbórea forme. Esta Lei foi revogada Lei nº 12.651/2012, a qual, tratando do Regime de Proteção da Reserva Legal, preceitua no seu artigo 17:

Art. 17. A Reserva Legal deve ser conservada com cobertura de vegetação nativa pelo proprietário do imóvel rural, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado.

§ 1º Admite-se a exploração econômica da Reserva Legal mediante manejo sustentável, previamente aprovado pelo órgão competente do Sisnama, de acordo com as modalidades previstas no art. 20.

Quanto ao valor da indenização fixada no valor de cinco mil reais, em virtude dos danos causados ao patrimônio ecológico, na realidade exurge seu caráter socioeducativo, visando coibir novos erros ou abusos. Seu valor também se mostra adequado e razoável à situação exposta nos autos.

No mesmo sentido, cito a seguinte Jurisprudência, de cuja fundamentação compartilho, com grifos acrescentados ao original:

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATERRAMENTO QUE AFETOU OLHO D'ÁGUA EXISTENTE EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DANO AMBIENTAL COMPROVADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA CONFIGURADA. REGENERAÇÃO NATURAL. COMPENSAÇÃO DEVIDA. REMESSA NECESSÁRIA IMPROVIDA.

1. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face do Ibama, do Estado do Ceará, e da Construtora Bandeira de Mello Ltda., na qual se requereu a condenação do IBAMA na obrigação de exercer o poder de polícia quanto ao controle da preservação do meio ambiente, e os demais réus na obrigação de fazer, consistente em reparar os danos ambientais, com a retirada de todo material utilizado para o aterramento de uma área de 0,6 ha de uma lagoa alimentada por olho d'água, considerada de preservação permanente, situada nos limites do Parque Ecológico do Cocó, em Fortaleza/CE, e/ou reparação pecuniária, revertendo-se a condenação, em dinheiro, para o Fundo de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347/85.

2. A ação civil pública é instrumento cabível para a defesa do meio ambiente, nos termos do art. 1º, I, da Lei nº 7.347/85, sendo o Ministério Público Federal parte legítima para o ajuizamento da ação, a teor do art. 129, III, da Carta Republicana de 1988.

3. Manutenção da sentença quanto à extinção do feito sem resolução do mérito em relação ao IBAMA, nos termos do art. 267, VI, do CPC, vez que o pedido de condenação da Autarquia na obrigação de fazer consistente no exercício

do poder de polícia quanto ao controle da preservação do meio ambiente, é genérico, não se relacionando, de forma específica, a qualquer conduta concreta; trata-se, na realidade, de pedido para que o IBAMA seja obrigado a cumprir a sua função institucional, obrigação já decorrente do disposto no art. 225 da Constituição Federal, de forma que se mostra inútil, e desprovido de efeito prático, o provimento judicial desejado.

4. A responsabilização do infrator por dano ambiental encontra fundamento no art. 225, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988, que impõe a reparação integral dos prejuízos causados ao meio ambiente.

5. Outrossim, o parágrafo 1º do art. 14 da Lei nº 6.938/81, consagra a tese da responsabilidade objetiva, pela qual o poluidor é obrigado, independentemente de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade, o que se aplica tanto ao poluidor pessoa física ou jurídica, pública ou privada, e que reclama a existência dos seguintes requisitos para se configurar: o ato lícito ou ilícito, o dano, e o nexo de causalidade.

6. Requisitos que se encontram presentes no caso, uma vez que é incontroverso o fato de que a Construtora realizou as obras mencionadas na petição inicial, tendo efetuado o aterramento da área em questão, por força de contrato celebrado com o Estado do Ceará, ficando caracterizado o nexo de causalidade entre a conduta dos réus, e o dano ambiental, razão pela qual deve haver a reparação pecuniária pelo dano ambiental, sendo irrelevante e desnecessária a perquirição de culpa, por se cuidar de responsabilidade objetiva.

7. Muito embora em face do decurso de mais de dez anos de tramitação do feito, a natureza tenha se encarregado de promover a regeneração natural da área (consoante apurado na Perícia Técnica realizada pelo IBAMA em 13-2-2006), não se pode esquecer que a área sofreu uma descaracterização de suas condições naturais, causada pela conduta da parte ré, de modo que, conquanto não haja mais interesse no pedido de condenação em obrigação de fazer (regeneração da área), deve-se manter o impedimento da realização de qualquer obra no local, tal como

determinado na sentença, bem como deve ser mantida a condenação dos réus no pagamento da indenização pelos danos ambientais causados. Precedentes jurisprudenciais.

8. Montante da indenização, fixado em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) na sentença, que deve ser reduzido para R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), por se revelar mais consentâneo e razoável, considerando-se a não irreversibilidade do dano, a capacidade financeira dos ofensores (Estado do Ceará e Construtora Bandeira de Mello Ltda.) e o **caráter pedagógico da condenação.**

9. Manutenção da condenação dos Réus ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), em atenção ao disposto no art. 20, parágrafo 4º, do CPC. Remessa necessária provida em parte.

(TRF5, REO 444.872, DJE 28/07/2011, Relator Desembargador Federal Geraldo Apoliano)

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. IBAMA. AUTO DE INFRAÇÃO. EXPLORAÇÃO DE 8,02 HECTARES DE **CAATINGA EM ÁREA DE RESERVA LEGAL SEM A LICENÇA DO ÓRGÃO COMPETENTE.** ARTS. 44 E 51 DO DECRETO Nº 6.514/2008. MULTA SIMPLES. LEGALIDADE. REDUÇÃO DO *QUANTUM*. PARÂMETROS DO ART. 6º DA LEI Nº 9.605/98.

1. Apelação interposta pelo IBAMA em face de sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 17ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, que julgou procedente o pedido da exordial, para anular o Auto de Infração nº 696424, que imputou ao autor a prática de infração ambiental, por ter supostamente explorado 8,02 hectares de caatinga em área de reserva legal sem a licença do órgão competente.

2. De acordo com o art. 44 do Decreto nº 6.514/2008, caracteriza infração ao meio ambiente “Cortar árvores em área considerada de preservação permanente ou cuja espécie seja especialmente protegida, sem permissão da autoridade competente”.

3. No caso dos autos, os assentados do Projeto de Assentamento Vitória noticiaram ao INCRA irregularidades que teriam sido realizadas por algumas pessoas, dentre as quais o autor, solicitando providências para que fossem coibidas tais práticas. A denúncia foi encaminhada pelo

INCRA ao MPF, que requereu ao IBAMA que procedesse à investigação dos desmatamentos ilegais.

4. Em 02.03.2011, os fiscais do IBAMA compareceram ao assentamento Vitória, fazendo a identificação da área de reserva legal com a ajuda de técnicos do INCRA e do Presidente da Associação de Assentados, que atribuiu ao recorrido a autoria do desmate irregular.

5. Embora o autor tenha afirmado na inicial que o Presidente da Associação se dispôs a desmentir a denúncia feita na via administrativa, indicando-o como testemunha, este não compareceu à audiência.

6. Dessa forma, e considerando ainda que o autor possuía uma motosserra sem licença ou registro, o que já denota a intenção de usá-la de maneira irregular, é de se considerar suficiente a prova da autoria constante dos autos.

7. Ademais, conforme asseverado pelo MPF no parecer ofertado nos autos: “o fato da madeira apreendida não se encontrar na posse do autor não lhe retira, por si só, a sua responsabilidade pelos atos, pois entre a denúncia formalizada perante o INCRA e a efetiva fiscalização do IBAMA, decorreu lapso temporal suficiente para que o apelado tivesse repassado o objeto do desmatamento”.

8. No que pertine ao pedido subsidiário do autor, qual seja, a redução do valor da multa, é de ser julgado precedente, tendo em vista os parâmetros previstos no art. 6º da Lei nº 9.605/98. Assim, considerando o número de árvores desmatadas (18) e, ainda, a situação econômica do autor aliada ao fato de ele não possuir antecedentes, é de ser reduzido o valor da multa de R\$ 45.000,00 para R\$ 9.000,00.

9. Apelação parcialmente provida.

(TRF5, AC 533.292, DJE 24/08/2012, Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti)

EMEN: ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESMATAMENTO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (MATA CILIAR). DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE. BIOMA DO CERRADO. ARTS. 4º, VII, E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981, E ART. 3º DA LEI 7.347/1985. PRINCÍPIOS DO POLUIDOR-PAGADOR E DA REPARAÇÃO INTEGRAL. *REDUCTIO AD PRISTINUM STATUM*. FUNÇÃO DE PREVENÇÃO ESPECIAL E GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (RESTAURAÇÃO DA ÁREA DEGRA-

DADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). POSSIBILIDADE. DANO AMBIENTAL REMANESCENTE OU REFLEXO. ART. 5º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. INTERPRETAÇÃO *IN DUBIO PRO NATURA*.

1. Cuidam os autos de ação civil pública proposta com o fito de obter responsabilização por danos ambientais causados por desmatamento de vegetação nativa (Bioma do Cerrado) em Área de Preservação Permanente. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais considerou provado o dano ambiental e condenou o réu a repará-lo, porém julgou improcedente o pedido indenizatório cumulativo.

2. A legislação de amparo dos sujeitos vulneráveis e dos interesses difusos e coletivos deve ser interpretada da maneira que lhes seja mais favorável e melhor possa viabilizar, no plano da eficácia, a prestação jurisdicional e a *ratio essendi* da norma de fundo e processual. A hermenêutica jurídico-ambiental rege-se pelo princípio *in dubio pro natura*.

3. A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que, nas demandas ambientais, por força dos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum*, admite-se a condenação, simultânea e cumulativa, em obrigação de fazer, não fazer e indenizar. Assim, na interpretação do art. 3º da Lei 7.347/1985, a conjunção “ou” opera com valor aditivo, não introduz alternativa excludente. Precedentes da Primeira e Segunda Turmas do STJ.

4. A recusa de aplicação, ou aplicação truncada, pelo juiz, dos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum* arrisca projetar, moral e socialmente, a nociva impressão de que o ilícito ambiental compensa, daí a resposta administrativa e judicial não passar de aceitável e gerenciável “risco ou custo normal do negócio”. Saem debilitados, assim, o caráter dissuasório, a força pedagógica e o objetivo profilático da responsabilidade civil ambiental (= prevenção geral e especial), verdadeiro estímulo para que outros, inspirados no exemplo de impunidade de fato, mesmo que não de direito, do degradador premiado, imitem ou repitam seu comportamento deletério.

5. Se o meio ambiente lesado for imediata e completamente restaurado ao seu estado original (*reductio ad pristinum statum*), não há falar, como regra, em indenização. Contudo, a possibilidade técnica e futura de restabeleci-

mento *in natura* (= juízo prospectivo) nem sempre se mostra suficiente para, no terreno da responsabilidade civil, reverter ou recompor por inteiro as várias dimensões da degradação ambiental causada, mormente quanto ao chamado dano ecológico puro, caracterizado por afligir a Natureza em si mesma, como bem inapropriado ou inapropriável. Por isso, a simples restauração futura – mais ainda se a perder de vista – do recurso ou elemento natural prejudicado não exaure os deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum*.

6. A responsabilidade civil, se realmente aspira a adequadamente confrontar o caráter expansivo e difuso do dano ambiental, deve ser compreendida o mais amplamente possível, de modo que a condenação a recuperar a área prejudicada não exclua o dever de indenizar – juízos retrospectivo e prospectivo. A cumulação de obrigação de fazer, não fazer e pagar não configura *bis in idem*, tanto por serem distintos os fundamentos das prestações, como pelo fato de que eventual indenização não advém de lesão em si já restaurada, mas relaciona-se à degradação remanescente ou reflexa.

7. Na vasta e complexa categoria da degradação remanescente ou reflexa, incluem-se tanto a que temporalmente medeia a conduta infesta e o pleno restabelecimento ou recomposição da biota, vale dizer, a privação temporária da fruição do bem de uso comum do povo (= dano interino, intermediário, momentâneo, transitório ou de interregno), quanto o dano residual (= deterioração ambiental irreversível, que subsiste ou perdura, não obstante todos os esforços de restauração) e o dano moral coletivo. Também deve ser restituído ao patrimônio público o proveito econômico do agente com a atividade ou empreendimento degradador, a mais-valia ecológica que indevidamente auferiu (p. ex., madeira ou minério retirados ao arrepio da lei do imóvel degradado ou, ainda, o benefício com o uso ilícito da área para fim agrossilvopastoril, turístico, comercial).

8. Recurso Especial parcialmente provido para reconhecer a possibilidade, em tese, de cumulação da indenização pecuniária com as obrigações de fazer voltadas à recomposição *in natura* do bem lesado, devolvendo-se os autos ao Tribunal de origem para que verifique se, na hipótese, há dano indenizável e fixe eventual *quantum debeatur*.

EMEN:
(STJ, REsp 1145083, DJE 04/09/2012 Relator Ministro Herman Benjamin)

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 555.377-CE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelante: FUJITA ENGENHARIA LTDA.
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. RUCHEN ADEODATO TALMAG JÚNIOR E OUTROS (APTE.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. INSS. AÇÃO REGRESSIVA. RESSARCIMENTO DE VALORES PAGOS A TÍTULO DE PENSÃO POR MORTE. CONSTITUCIONALIDADE. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. ACIDENTE DE TRABALHO. NEGLIGÊNCIA. PARCELAS VINCENDAS. IMPOSSIBILIDADE.

- Trata-se de apelação de sentença que julgou procedentes os pedidos, para condenar a ré a pagar ao INSS os gastos suportados em função da concessão do benefício previdenciário, decorrentes do acidente de trabalho, descarga elétrica em máquina de concreto no canteiro de obra de ampliação do sistema de abastecimento d'água e de implantação do esgotamento sanitário, no bairro Mocó, em Massapé/CE.

- Conforme entendimento pacífico deste Tribunal, nos casos de ação regressiva, aplica-se o prazo prescricional trienal estabelecido pelo art. 206, parágrafo 3º, V, do Código Civil, o qual não atinge o fundo do direito, mas tão somente as

parcelas vencidas antes do triênio anterior ao ajuizamento da ação, por se tratar de obrigação de trato sucessivo.

- 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, prevendo em seus artigos 120 e 121 a possibilidade de a Previdência Social ajuizar ação regressiva contra o empregador, objetivando reaver os gastos oriundos de acidentes de trabalho, nas situações em que há negligência das normas padrão de segurança e higiene do trabalho de serviços e o nexo de causalidade entre ambos.

- A conduta omissiva e negligente do empregador gera riscos de natureza excepcional, procedentes do desrespeito às normas de segurança e saúde do trabalho, indo além daqueles (riscos) naturais que justificam e constituem a correspondente despesa à receita oriunda do pagamento das contribuições ao Seguro de Acidentes do Trabalho (SAT), situações essas em que, aí sim, a ação de regresso ajuizada pelo INSS constituiria bis in idem.

- No caso dos autos, restou devidamente demonstrado, sobretudo mediante investigação realizada pela Delegacia Regional do Trabalho-CE, a existência do nexo causal entre a morte do empregado, e a conduta negligente do empregador, ao não fiscalizar devidamente o uso do equipamento de segurança EPI, bem como pela falta de aterramento elétrico, falha na antecipação/detecção de risco/perigo, e ausência/insuficiência de treinamento, ao empregado pedreiro, que no momento do acidente exerceu atividade diferente para qual foi contratado, não tendo sido treinado para servente.

- Não se tratando de indenização por ato ilícito que inclua prestação de alimentos, não é possí-

vel a constituição de capital como forma de satisfação das prestações futuras, nos termos do art. 475-Q do CPC.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 9 de abril de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
- Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de apelação de sentença que julgou procedente os pedidos, para condenar a ré a pagar ao INSS os gastos suportados em função da concessão do benefício previdenciário NB 140.289.027-0, decorrentes do acidente de trabalho, descarga elétrica em máquina de concreto no canteiro de obra de ampliação do sistema de abastecimento d'água e de implantação do esgotamento sanitário, no bairro Mocó, em Massapé/CE, acrescidos de correção monetária calculada com base no Manual de Cálculos da Justiça Federal. Fixou honorários advocatícios em favor do autor em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Sustenta a recorrente, em suma, que atendeu a todas as normas de prevenção e segurança no trabalho, acostando aos autos vasta documentação que comprova ter tomado as medidas previstas nas normas de segurança do trabalho. Cita os depoimentos de Fábio de Souza da Silva, defendendo que ele entrou em contradição, bem como que o depoimento de Alexandra Heloíse Guedes Montesuma colabora para afirmar que a empresa recorrente não foi negligente na aplicação das normas regulamentadoras do tra-

balho, requerendo que fosse determinado à Secretaria a busca e juntada aos autos de desenho ilustrativo feito pela testemunha, em audiência, acerca da disposição física dos equipamentos.

Por fim, defende a apelante que a sentença deixou de considerar que: a) o acidentado recebeu o equipamento de segurança individual EPI (fl. 467), b) o treino para destacar os riscos de atividade não estão inclusos nem na função de pedreiro ou servente, c) o acesso da retroescavadeira às proximidades da betoneira ocorreu excepcionalmente no dia do acidente por um acesso não usual, decisão esta tomada livremente pelo Sr. Fábio de Sousa Silva, d) a função de servente e de pedreiro são bem similares, havendo algumas peculiaridades e riscos inerentes a cada uma delas, não sendo o acidente consequência do exercício de uma função diversa, e) no local do acidente não havia sinalização porque não era permitido o acesso no local por máquinas e equipamentos, pois funcionava a fábrica de blocos que no dia estava desativada.

Após contrarrazões, subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

É o relatório.

Inclua-se o feito em pauta para julgamento.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

De início, quanto à prescrição, tem-se adotado o entendimento que, nos casos de ação regressiva, aplica-se o prazo trienal estabelecido pelo art. 206, parágrafo 3º, V, do Código Civil, o qual não atinge o fundo do direito, mas tão somente as parcelas vencidas antes do triênio anterior ao ajuizamento da ação, por se tratar de obrigação de trato sucessivo. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REGRESSIVA. ACIDENTE DE TRABALHO. CULPA DA EMPRESA. CONSTATAÇÃO. VERBA DE NATUREZA CIVIL. PRESCRIÇÃO TRIENAL. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. IMPOSSIBILIDADE. JUROS MORATÓRIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Cuida-se de ação regressiva decorrente de acidente trabalho ocorrido em 29/11/2001. O INSS alega que houve negligência da empresa, motivo por que pede o ressarcimento das prestações despendidas, nos termos do art. 120 da Lei nº 8.213/91.
2. Tratando-se de ressarcimento de valores de natureza civil (art. 927 do CC), aplica-se o prazo de 3 (três anos) estabelecido pelo art. 206, parágrafo 3º, V, do Código Civil. Precedentes.
3. Como a relação jurídica é de trato sucessivo, não há que se falar em prescrição do fundo de direito, mas tão somente das parcelas cumpridas desde o início do auxílio-doença (DIB:14/12/2001) até o dia 3/5/2007, considerando-se a data da propositura da ação (3/5/2010).
4. Restou configurado o descaso da apelada, que não tomou os cuidados necessários para evitar o acidente (queda do telhado da empresa a uma altura de 20 metros), permitindo que o empregado realizasse serviço estranho às suas funções (auxiliar de produção), sem o cumprimento de qualquer norma de segurança, a exemplo do uso de equipamento de proteção individual.
5. Tanto que o fato ensejou a ação de indenização por danos material e moral nº 00349-2006-001-21-00-7/1ª Vara do Trabalho de Natal/RN, julgada procedente em parte pelo juízo trabalhista. Na ocasião, a ré foi condenada ao pagamento de R\$ 45.000,00 (dano moral) e R\$ 5.000,00 (dano material), o que foi confirmado em duplo grau, tendo o *decisum* transitado em julgado.
6. Atente-se que o acidente deixou o segurado totalmente incapaz de praticar os atos da vida civil, sendo-lhe nomeado curador, conforme sentença proferida na Ação de Interdição nº 821/2003/2ª Vara Cível da Comarca de Macaíba/RN. Atualmente, encontra-se percebendo aposentadoria por invalidez (DIB: 17/11/2005).
7. Impõe-se a procedência em parte dos pedidos, condenando-se a ré ao pagamento de todos os valores atinentes aos benefícios previdenciários em tela, observada a prescrição trienal das prestações vencidas.
8. Juros moratórios no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir do evento danoso (Súmula nº 54 do STJ) e correção monetária conforme o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, a contar do ajuizamento da ação (Súmula nº 148 do STJ).

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, prevendo o seguinte em seus artigos 120 e 121:

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 analisar se o empregador incorreu em culpa, relativamente ao cumprimento das normas legais.

Antes de apreciar a situação dos autos, saliento que não se sustenta a alegação de que o *supra* transcrito artigo 120 seria inconstitucional.

Os valores pretendidos têm objeto específico e definido, a saber, compensar o pagamento do benefício de pensão por morte efetuado pela autarquia previdenciária, estando devidamente demonstradas a receita e sua despesa correspondente.

Ademais, a questão da constitucionalidade do referido dispositivo legal já foi apreciada por este Tribunal, a teor do seguinte julgado:

PREVIDENCIÁRIO. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. DIREITO REGRESSIVO. RESSARCIMENTO DE

VALORES PAGOS A TÍTULO DE AUXÍLIO-DOENÇA ACIDENTÁRIO. ART. 120 DA LEI Nº 8.213/1991. INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO VERIFICAÇÃO. PRESCRIÇÃO. AFASTAMENTO. DESCUMPRIMENTO DE NORMAS DE SEGURANÇA NO TRABALHO. CULPA DO EMPREGADOR. DEVER DE RESSARCIMENTO. IMPROVIMENTO DO RECURSO.

1 - Apelação contra sentença que julgou procedente em parte o pedido formulado em ação ordinária para condenar a empresa apelante a restituir ao INSS os valores despendidos com o pagamento do benefício de auxílio-doença, desde o início até o seu término, em razão da responsabilidade da ré em acidente que vitimou o seu empregado.

2 - Sendo o acervo documental constante nos autos suficientes para a formação do convencimento judicial, revela-se desnecessária a prova pericial postulada, não havendo que se falar em cerceamento de defesa. Preliminar rejeitada.

3 - Inexistente *erro in procedendo*, uma vez que inexistente obrigatoriedade na concessão de prazo para apresentação de razões finais no diploma processual civil.

4 - Não merece prosperar a alegação de nulidade da sentença, por ausência de motivação, pois o juiz, com base no livre convencimento motivado, decidiu a lide, com base na legislação em vigor

5 - Inexistência de inconstitucionalidade do art. 120 da Lei nº 8.213/1991, por não se verificar *bis in idem*, em razão da empresa ser contribuinte do SAT/RAT, nos termos do art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal.

6 - A pretensão do INSS deduzida nos autos é de ressarcimento de valores pagos a segurado, estando a autarquia previdenciária na condição de segurador, e tem natureza civil, e não administrativo ou previdenciária, devendo ser aplicado o prazo prescricional previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, e não o Decreto nº 20.910/1932. Precedentes: TRF3, Primeira Turma, APELREEX 1.713.940, relator Desembargador Federal José Lunardelli, e-DJF-3 01/06/20012 e TRF4, Quarta Turma, AC 000858007200940 47000, relatora Desembargadora Maria Inge Barth Tessler, DD 17/09/2010. Prejudicial rejeitada.

7 - O pagamento das prestações por acidente de trabalho, pela Previdência Social, não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem (Lei nº 8.213/91, art. 121).

8 - Verificada a existência do acidente de trabalho, por negligência do empregador em cumprir as normas padrão de segurança e higiene do trabalho, com o pagamento de benefício previdenciário pela Autarquia Previdenciária, e presente a relação de causalidade entre um e outro, há a responsabilidade civil do empregador e o dever de reparação.

9 - A prestação de informações acerca das normas de segurança e o fornecimento de material, sem que isso venha acompanhado de efetiva fiscalização no cumprimento das normas e no uso dos materiais, resulta em culpa *in vigilando*, espécie característica das relações de emprego.

10 - “É dever da empregadora fiscalizar o cumprimento das determinações e procedimentos de segurança, não lhe sendo dado eximir-se da responsabilidade pelas consequências quando tais normas não são cumpridas” (TRF4 - Quarta Turma - AC 199871000170053 - Relatora Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler - unanimidade - DE 29/03/2010). No mesmo sentido, há julgado afirmando que ‘entendo que a conduta negligente deve ser inteiramente atribuída à apelante, que deixou de obedecer às portarias e legislações que dispõem sobre a segurança do trabalho, deixando de adotar medidas essenciais que a garantissem (TRF5 - Terceira Turma - AC 376.443 - Relator Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro - unanimidade - DJ 15/05/2009).

11 - Não provimento do recurso. (TRF5, AC 548.991/PB, Segunda Turma, Rel. Des. Francisco Barros Dias, j. 30/10/2012, DJe 09/11/2012)

Registro que a conduta omissiva e negligente do empregador gera riscos de natureza excepcional, provenientes do desrespeito às normas de segurança e saúde do trabalho, indo além daqueles (riscos) naturais que justificam e constituem a correspondente despesa à receita oriunda do pagamento das contribuições ao Seguro de Acidentes do Trabalho (SAT), situações essas em que, aí sim, a ação de regresso ajuizada pelo INSS constituiria *bis in idem*. Confira-se, neste sentido, o seguinte precedente do Plenário deste Tribunal:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ACIDENTE DO TRABALHO. NEGLIGÊNCIA DO EMPREGADOR. AÇÃO REGRESSIVA DO INSS. NECESSIDADE DE CULPA GRAVE.

1. É compulsório o pagamento pelo empregador do Seguro contra Acidentes do Trabalho - SAT, de natureza evidentemente securitária, que tem por fim a cobertura dos eventos de doença, invalidez e morte decorrentes de acidentes de trabalho.
2. A propositura de ação de regresso pelo INSS, no intuito de reaver os recursos despendidos em decorrência de acidente de trabalho, cuida-se, na verdade, de um *bis in idem*, na medida em que as empresas são obrigadas a contribuir de acordo com o grau de risco a que seus empregados estão submetidos (SAT) e ainda podem ter essa contribuição majorada em face do número, gravidade e custo dos acidentes ocorridos no último biênio (FAP).
3. Possibilidade de ação regressiva apenas nos casos onde a empresa tenha agido com dolo ou culpa grave.
4. O fornecimento ao empregado de escada sem dispositivo que impeça o seu escorregamento não pode ser considerado negligência grave, quando se verifica que o equipamento foi apoiado em terreno apropriado e se encontrava preso em uma coluna metálica por cordas.
5. Embargos infringentes a que se nega provimento. (TRF5, EINFAC 538.602/RN, Pleno, Rel. Des. Rubens de Mendonça Canuto [conv.], j. 15/08/2012, DJe 23/08/2012)

No caso, a Empresa FUJITA ENGENHARIA LTDA. foi contratada pela CAGECE para a realização das obras de ampliação da rede de abastecimento de Água e Esgoto no Estado do Ceará. Para tanto, instalou um canteiro de obras em Massapê, com 93 (noventa e três) trabalhadores, entre os quais o segurado falecido, José Istênio Sipriano Costa (fls. 119), o qual exercia a função de pedreiro. Contudo, na ocasião do acidente o pedreiro citado estava desempenhando outras funções, pois preparava e transportava a argamassa de cimento em um carrinho de mão, atribuições próprias de serventes, ainda de acordo com o PPP e o LTCAT da empresa (fls. 98/125 e 166/193).

De acordo com as informações colhidas durante a investigação do acidente, o pedreiro José Istênio Sipriano Costa estava trabalhando nas proximidades de uma betoneira, sendo o concreto preparado na betoneira despejado no carrinho de mão e este era despejado na pá carregadeira de uma das máquinas retroescavadeiras. O trabalhador ao despejar o concreto preparado utilizando

um carrinho de mão, entrou em contato com a pá carregadeira da máquina, que estava energizada, causando choque elétrico no empregado, o qual sofreu uma parada cárdiorrespiratória, vindo a óbito.

O Ministério do Trabalho e Emprego (fls. 24/26), concluiu na investigação realizada pelos auditores fiscais da Delegacia Regional do Trabalho/CE que os fatores que contribuíram para o acidente foram: a) contato com equipamento de guindar ou transportar pessoa e/ou material, b) exposição a outras linhas de distribuição e consumo de corrente elétrica, c) falta de aterramento elétrico, d) falha na antecipação/deteção de risco/perigo, e) falha na elaboração do projeto, f) ausência/insuficiência de treinamento.

A ordem para a realização dos serviços nessas condições partiu do mestre de obras, que era empregado da empresa FUJITA e superior hierárquico do *de cujus*, conforme depoimento da testemunha Alexandra Holoise Guedes Montesuma (fls. 725-726).

A prova dos autos revela que o empregado envolvido no acidente não desempenhava habitual e profissionalmente a função de servente, não tendo experiência ou treinamento nessa função, e foi deslocado de sua ocupação em virtude da convocação do mestre de obras, seu superior hierárquico e também empregado da Empresa Ré, para atuar no preparo e no transporte de argamassa. Logo, a vítima não agiu espontaneamente, tendo em vista a ordem exarada por seu superior hierárquico.

Pelo que se constata, embora constem discriminadas no PPP e no LTCAT da empresa as funções desempenhadas por cada profissional, era comum o exercício de atividades que desbordavam das suas atribuições habituais. Isso certamente privou o obreiro do treinamento necessário para lidar com situações diversas das comumente vivenciadas no canteiro de obras.

Conforme depoimento de Fábio de Souza Silva, condutor da retroescavadeira envolvida no acidente, o local não era sinalizado quanto ao risco de choque elétrico ou quanto à proibição de circulação de veículos pesados, sendo comum o tráfego de retroescavadeiras e caminhões carregados de ferragens, havendo autorização pelo encarregado geral, Sr. Nonato, empregado da empresa FUJITA, para transitar com a retroescavadeira no local (fls. 723-

724). Também segundo a testemunha, José Istênio usava equipamentos de proteção no dia em que faleceu: botas, capacete e luvas.

Não procede a alegação de que os depoimentos são contraditórios, ou de necessidade de juntada de desenho ilustrativo feito pela testemunha, em audiência, acerca da disposição física dos equipamentos. Os documentos acostados aos autos, são suficientes para apreciação do feito e as testemunhas arroladas pela própria recorrente apenas expuseram os fatos por elas presenciados.

Os recibos de equipamentos de segurança individual adquiridos pela empresa ré e sua entrega, não demonstra a fiscalização do seu uso.

Na hipótese, qualquer culpa do empregado não afasta a responsabilidade da empresa, salvo se tivesse demonstrado que tomou todas as precauções e cumpriu todas as regras de segurança, o que não ocorreu conforme a investigação realizada pela DRT-CE. A empresa deve fornecer EPIs e fiscalizar seu uso. Não adianta fornecer o equipamento de segurança para determinada atividade, sem proceder à fiscalização da utilização do mesmo.

Observa-se à fl. 227 que a própria empresa estipula a necessidade de barreiras, as quais deveriam ser colocadas para que os trabalhadores não entrassem em contato com eletricidade. Deveriam ser fixas e firmes e serem sinalizadas, para que os trabalhadores entendessem que naquele lugar existe o risco de choque elétrico. À fl. 231, fala-se da betoneira evidenciando a necessidade de se providenciar aterramento e que é proibido improvisações. E como dito acima, no relatório da DRT, concluiu-se pela falta de aterramento elétrico.

Em momento algum ficou comprovado que o relatório da DRT/CE foi incoerente. Restou claro que a empresa desconsiderou por completo as normas de segurança e prevenção de acidentes, especialmente as contidas na NR 18, pois a rede de alta tensão deveria estar adequadamente instalada no local, de modo a evitar contatos acidentais com veículos, equipamentos e trabalhadores em circulação. Assim, não se poderia autorizar operações com equipamentos pesados próximas à rede elétrica, sem a adoção

de precauções especiais cabíveis (sinalização apropriada, redimensionamento da instalação, entre outras medidas) (cf. NR 18.22.12).

Também, como bem fundamentou a sentença:

Ademais, observo que constam do PCMSO inúmeros alertas para os riscos de choque elétrico devido a problemas em projetos e instalações elétricas inadequadas nos setores da empresa; os riscos decorrentes de falta de proteção em máquinas e equipamentos da empresa, podendo causar uma lesão grave ao trabalhador e os riscos decorrentes de instalações elétricas mal dimensionadas e com as partes energizadas expostas com risco de choque aos trabalhadores (fls. 158-159). Cumpria à empresa, então, pautar-se de acordo com o estabelecido nesse documento. Ao seu turno, os treinamentos recomendados pelo PCMAT foram enfim levados a efeito após o acidente, conforme se percebe da leitura das fls. 555-635.

Outra providência extemporânea adotada pela empresa foi a constituição da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes. A despeito de a NR 18.33.1 estabelecer a obrigatoriedade de organização da CIPA quando a empresa possuir na mesma cidade um ou mais canteiros de obras, com menos de 70 (setenta) empregados, somente em 18 de maio de 2006 veio a ser eleita referida Comissão em Massapê (fls. 547-551).

A propósito, sabe-se que a CIPA representa um papel importante na fiscalização, monitoramento e comunicação à empresa acerca das situações de risco enfrentadas pelos trabalhadores.

Nessa esteira, diante de todas essas irregularidades, verifico assistir razão ao INSS, não se configurando a culpa exclusiva da vítima como causa excludente da responsabilidade de empresa, uma vez que esta não tomou todas as precauções que estavam ao seu alcance para mitigar os riscos de acidente no local de trabalho.

Normas de segurança existem para ser seguidas. Quando uma empresa improvisa, desviando funcionários de suas funções habituais e deixando de treiná-los para as novas atribuições ou deixa de oferecer-lhes instalações seguras, descumpre normas técnicas relativas à segurança do trabalho e assume o risco de causar acidentes, devendo, por isso, ser devidamente responsabilizada.

Não havendo nos autos qualquer alegação ou indício suficiente a eximir a empresa de suas responsabilidades perante a proteção e segurança da saúde do trabalhador, encontram-se presentes todos os elementos necessários a caracterizar a responsabilidade da empresa e a possibilidade de restituição do INSS pelos valores depreendidos com o pagamento do benefício previdenciário de auxílio-acidente ao Sr. Bismarck Batista Dantas Neto.

No que se refere ao requerimento de pagamento das parcelas vincendas pela instituição empregadora, entendendo que, não se tratando de indenização por ato ilícito que inclua prestação de alimentos, não é possível a constituição de capital como forma de satisfação das prestações futuras, nos termos do art. 475-Q do CPC.

No mesmo sentido:

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.

(...)

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).

(...)

9. Não tendo a obrigação da Empresa/ré caráter alimentar, não há como lhe impor a constituição de capital para pagamento de parcelas vincendas, previsto nos arts. 20, parágrafo 5º, e 475-Q do CPC (antigo art. 602).

10. Remessa necessária e apelações conhecidas e improvidas.

(TRF5, AC 530.302/RN, Segunda Turma, Rel. Des. Francisco Barros Dias, j. 08/11/2011, *DJe* 17/11/2011)

CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. ACIDENTE DE TRABALHO. INOBSERVÂNCIA DAS REGRAS DE PROTEÇÃO E SEGURANÇA DO TRABALHADOR. PAGAMENTO DE BENEFÍCIO DECORRENTE DO ACIDENTE. AÇÃO REGRESSIVA DO INSS. PROCEDÊNCIA. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. INCABIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

4. Uma vez demonstrada a omissão da Empresa quanto à observância das normas de segurança de trabalho, deve a mesma ressarcir o INSS pelos pagamentos efetuados à filha do empregado falecido, a título de pensão por morte acidentária.

5. A constituição de capital como forma de satisfação das parcelas vincendas, nos termos dos arts. 20, § 5º, e 475-Q do CPC (antigo art. 602) prevê a condenação do devedor a constituir capital apenas quando se tratar de indenização por ato ilícito que inclua prestação de alimentos. No caso, não tendo a obrigação da Empresa/ré caráter alimentar, não há como lhe impor a constituição de capital.

6. Apelações da empresa a que se dá parcial provimento, apenas para afastar a constituição de capital como forma de satisfação das parcelas vincendas.

(TRF5, AC 542.314/PE, Primeira Turma, Rel. Des. Manoel Erhardt, j. 26/07/2012, *DJe* 03/08/2012)

Mantida a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, CPC.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6.810-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR
Apelante: JOSÉ CARLOS LACERDA ESTEVAM LEITE E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ ALFREDO GAZE DE FRANÇA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. CONEXÃO. ABSOLVIÇÃO PELO CRIME QUE ATRAIU A COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL. IRRELEVÂNCIA. ART. 81 DO CPP (PERPETUATIO JURISDICTIONIS). AUSÊNCIA DE INCOMPETÊNCIA POR PREVENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 154-A DO CP. MUTATIO LIBELLI. OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO ULTRA PETITA. REDUÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. REVISÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MAJORAÇÃO DA PENA. REINCIDÊNCIA. REGIME DE CUMPRIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE ESTABELEECER REGIME INICIAL SEMIABERTO.

- Correta a fixação da competência para Quarta Turma dessa Corte, nos termos do art. 62, § 5º, do RITRF e das informações prestadas pelo Setor de Distribuição.

- Estabelecida a competência da Justiça Federal em face da conexão entre crimes da competência estadual e federal, encerrada a instrução criminal, a absolvição ou a desclassificação quanto ao delito que atraiu a competência para a Justiça Federal não retira a sua competência para apreciar as demais imputações. Art. 81 do CPP.

- Ademais disso, quando estabelecida a competência da Justiça Federal, em face da conexão entre crimes da competência estadual e federal, após o encerramento da instrução criminal, a

absolvição ou a desclassificação quanto ao delito que atraiu a competência para a Justiça Federal não retira a sua competência para apreciar as demais imputações. Art. 81 do CPP.

- Impossibilidade de aplicação da Lei nº 12.737, a qual acrescentou o art. 154-A ao CP, haja vista que a conduta atribuída ao réu não constitui delito informático, mas sim crime patrimonial, bem como a supracitada norma ainda se encontra em vacatio legis.

- A imputação de fatos novos não contidos explícita ou implicitamente na denúncia (mutatio libelli) que possa agravar a pena exige aditamento da denúncia pelo Ministério Público, nos termos do artigo 384, parágrafo único, do CPP, anteriormente à redação dada pela Lei nº 11.719/2008. Não tendo sido postulada a anulação da sentença pela defesa, a condenação deve ser reduzida aos limites dos fatos imputados na denúncia, sob pena de reformatio in pejus e malferimento aos princípios da economia e celeridade processuais, sem prejuízo de que seja oferecida nova acusação.

- Hipótese em que as alegações da defesa não foram suficientes para refutar o robusto acervo probatório produzido com a prisão em flagrante, depoimento de testemunhas, e perícias realizadas no aparato computacional apreendido com o acusado, utilizado na captura de dados bancários dos clientes constantes em cartões magnéticos e confecção de outros cartões, nos quais eram inseridos os dados obtidos illicitamente, dispositivo conhecido como “chupa-cabras”. Cometimento de furto qualificado, em continuidade delitiva, com a subtração reiterada de numerário em contas bancárias por meio de cartões magnéticos fraudados (cartões clonados).

- Confissão espontânea não caracterizada. Em qualquer caso, a retratação em juízo da confis-

são na esfera policial faz desaparecer essa causa de atenuação, sobretudo quando se considera que a condenação do apelante não dependia nem foi embasada exclusivamente nela, valendo-se de vários outros elementos de convencimento colhidos ao longo na instrução.

- Revisão da dosimetria da pena que resulta na majoração para 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, aplicando-se regime inicial fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade, pela reincidência (réu condenado em sentença transitada em julgado pelo crime de homicídio).

- Apelações do réu e do Ministério Público Federal parcialmente 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 parcial provimento às apelações do réu e do Ministério Público Federal, nos termos do voto do Relator.

Recife, 22 de março de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE
JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR:

Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público Federal e por José Carlos Lacerda Estevam Leite contra sentença condenatória proferida pelo juízo da 17ª Vara Federal de Pernambuco (fls. 755/791).

A sentença impugnada narra que o réu, José Carlos Lacerda Estevam Leite, implantou em caixas eletrônicos e outros aparelhos, dispositivos capazes de, fraudulentamente, capturar dados bancários dos clientes constantes em cartões magnéticos e confeccionar outros cartões, neles inserindo dados obtidos illicitamente, por meio de dispositivo conhecido como “chupa-cabras”. Em seguida, o acusado utilizou os cartões para pagamento de compras em diversos estabelecimentos comerciais e para a realização de saques em caixas eletrônicos, subtraindo dinheiro de contas bancárias de terceiros, por meio do emprego dos cartões fraudados, para distrair a vigilância das instituições bancárias; tal procedimento foi repetido por, no mínimo, 30 (trinta vezes).

Em razão desse fato o réu foi condenado pelo cometimento do crime de furto qualificado, praticado em continuidade delitiva, delito capitulado no art. 155, § 4º, inciso II, c/c art. 71 do Código Penal Brasileiro. Foi-lhe aplicada pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, e 50 (cinquenta) dias-multa.

O Ministério Público Federal, irresignado com as penas aplicadas, apela para que sejam majoradas. Alega, em suma, que na dosimetria das penas a juíza sentenciante deixou de considerar várias circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado. Impugna, por fim, a fixação do regime inicial da pena como semiaberto, sustentando que, no caso, o início do cumprimento da pena se deve dar em regime fechado, haja vista a reincidência.

Por sua vez, o acusado argui em preliminar a incompetência absoluta da Justiça Federal, uma vez que não fora praticada nenhuma fraude contra a Caixa Econômica Federal. Pede a redução da pretensão punitiva pela ocorrência da *mutatio libelli*, uma vez que houve versões divergentes sobre os fatos, no que toca à quantidade de repetições do crime e ao intervalo de tempo em que foram praticados. Defende que, no caso dos autos, não está presente a elementar do crime de furto, porquanto não foram comprovados prejuízos para as vítimas, inexistindo registro de subtração de numerário das contas dos particulares. Sustenta a ausência de prova da autoria, postulando a absolvição com base no princípio do *in dubio pro reo*. Em caráter subsidiário, pugna pela redução da

pena pela ausência de fundamentação concreta e idônea, bem como para que seja reconhecida a atenuante da confissão, compensando-a com a agravante da reincidência (fls. 909/930).

Houve contrarrazões do réu (fls. 889/896), mas não do Ministério Público Federal.

Ouvida, a Procuradoria Regional da República se pronunciou em parecer circunstanciado pelo improvimento de ambos os recursos, destacando em preliminar a desnecessidade de abrir vistas ao Ministério Público para oferecer contrarrazões, pois sua intervenção bastaria para suprir eventual nulidade (fls. 942/951).

Acórdão proferido por essa Turma, às fls. 953/967, por unanimidade, no sentido de rejeitar a arguição de incompetência da Justiça Federal, dar parcial provimento ao apelo do réu para reduzir a condenação aos fatos contidos na denúncia e afastar a circunstância judicial de maus antecedentes, bem como dar parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal para rever a dosimetria da pena, majorando-a para 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, a ser cumprida inicialmente em regime fechado.

Provimento negado, por acórdão unânime, às fls. 1023/1027, aos embargos de declaração interpostos pelo réu.

Decisões exaradas pela vice-presidência dessa Corte, às fls. 1107/1110 e 1111/1113, inadmitindo os recursos especiais interpostos pelo MPF e pelo acusado, respectivamente.

Acórdão proferido pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, às fls. 1299/1321, relativo ao julgamento do *Habeas Corpus* nº 214.773-PE, concedendo a ordem para anular o supracitado julgamento da apelação, em razão da ausência do revisor natural na sessão de julgamento, bem como para determinar que um novo seja realizado por esse Regional.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra do Dr. João Bosco Araújo Fontes Júnior, às fls. 1351/1364, opinou pelo não provimento dos recursos do réu e da Procuradoria da República.

Petição, às fls. 1366/1369, pugnando, o acusado, pelos: a) reconhecimento de incompetência da 4ª Turma dessa Corte para

apreciação do recurso, devendo a apelação ser remetida, em razão de prevenção, para a 2ª Turma; b) aplicação de lei mais benéfica, qual seja, art. 154-A do CP.

É o relatório. À revisão.

VOTO

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

Passo à análise da peticionada alegação de prevenção, a qual apresenta precedência lógica sobre as demais.

Conforme informação do setor de Distribuição deste Tribunal, fls. 1.375/1.377, inexistente a alegada competência da Segunda Turma deste Tribunal para apreciação da matéria, pois nos termos do art. 62, § 5º, do RITRF 5ª Região: *“Cessarà a prevenção se da Turma não fizer parte nenhum dos Desembargadores Federais que funcionaram em julgamento anterior”*.

No caso, quando da impetração do HC 3.581-PE, a distribuição foi automática, recaindo a competência para apreciação para esta eg. Turma, pois na data da impetração não mais permaneciam na Segunda Turma os componentes que participaram do julgamento dos *Habeas Corpus* nº 2.864-PE, 2.865-PE, 2.933-PE e 3.072-PE.

É de se esclarecer que além desta apelação criminal foram distribuídos por prevenção para esta Quarta Turma o MSTR 102.474-PE e a ACR 7.484-PE.

Por tais razões, rejeito a preliminar de competência.

Agora aprecio a preliminar de incompetência absoluta da Justiça Federal.

Segundo consta dos autos, os crimes imputados ao apelante foram atraídos à competência da Justiça Federal pela conexão com crime praticado em prejuízo do patrimônio da Caixa Econômica Federal. Isso porque um dos cartões clonados, cuja titularidade é de Francilene Pereira Silva, havia sido emitido pela empresa pública Federal que, vendo-se obrigada a ressarcir a vítima, suportaria prejuízo patrimonial. Como o juízo o absolveu da prática de crimes envolvendo esse cartão, em particular, e inexistindo outro motivo

para justificar a intervenção da Justiça Federal, o apelante insiste na tese da incompetência absoluta, ao argumento de não ter sido comprovado prejuízo à Caixa Econômica Federal, o que afastaria a incidência da regra de competência do artigo 109 da Constituição. Extrai daí a conclusão de que a sentença seria nula, porque proferida por juízo absolutamente incompetente.

A questão é de fácil deslinde. A fixação da competência no direito processual penal dá-se em função da narrativa constante na denúncia (*in status assertionis*). Como a peça acusatória atribuiu ao apelante o possível cometimento de crime em prejuízo do patrimônio da Caixa Econômica Federal, empresa pública federal, escorreita a decisão que fixou a competência da Justiça Federal para a causa, inclusive no que se refere ao processamento dos crimes conexos, aplicando-se entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça:

Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
Enunciado nº 122.

Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, a, do Código de Processo Penal.

Pois bem, assentada a competência com base na denúncia, a superveniência da absolvição do acusado pelo único crime que justificara a tramitação do processo na Justiça Federal é absolutamente irrelevante, pois, uma vez fixada, a competência se perpetua, inclusive no que concerne aos crimes conexos. Trata-se do instituto processual da perpetuação da jurisdição (*perpetuatio jurisdictionis*), cuja melhor definição é dada pelo Código de Processo Civil:

Art. 87. Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.

O mesmo princípio vale nas lides penais, no entanto, com fundamento na regra específica do artigo 81 do Código de Processo Penal:

Art. 81. Verificada a reunião dos processos por conexão ou continência, ainda que no processo da sua competência própria venha o juiz ou tribunal a proferir sentença absolutória ou que desclassifique a infração para outra que não se inclua na sua competência, continuará competente em relação aos demais processos.

Disso se extrai que a impugnação do apelante, quanto ao reconhecimento da competência da Justiça Federal para a causa, carece de qualquer fundamento jurídico, sendo certo, aliás, que a matéria é tranquila na jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, como se pode verificar com a leitura da ementa de julgado que resolveu questão similar, a seguir transcrita:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. PACIENTE (INVESTIGADOR DA POLÍCIA CIVIL) DENUNCIADO POR FACILITAÇÃO DE CONTRABANDO, ABUSO DE AUTORIDADE E EXTORSÃO PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL. CONEXÃO. POSTERIOR ABSOLVIÇÃO PELO CRIME QUE ATRAIU A COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL (FACILITAÇÃO DE CONTRABANDO) E CONDENAÇÃO PELO CRIME DE CONCUSSÃO. IRRELEVÂNCIA. ART. 81 DO CPP (PERPETUATIO JURISDICTIONIS). PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGACÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. Estabelecida a competência da Justiça Federal em face da conexão entre crimes da competência estadual e federal, encerrada a instrução criminal, a absolvição ou a desclassificação quanto ao delito que atraiu a competência para a Justiça Federal não retira a sua competência para apreciar as demais imputações. Art. 81 do CPP.

Precedentes do STJ: CC 34.321/RJ, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, *DJU* 26.03.07, CC 32.458/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, *DJU* 02.03.05 e HC 72.496/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER, *DJU* 14.05.07.

2. HC denegado, em consonância com o parecer ministerial.

(HC 112.990/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 29/10/2009, *DJe* 07/12/2009)

Em relação à possível aplicação da Lei nº 12.737, a qual acrescentou o art. 154-A ao CP, mostra-se completamente desarrazoada.

Ora, é de conhecimento notório que a norma em questão, conhecida popularmente como “Lei Carolina Dieckmann”, possui o claro e específico intuito de tipificar e reprimir aqueles delitos ditos informáticos. Entretanto, tem-se que a conduta imputada ao réu constitui, flagrantemente, crime de cunho patrimonial, muito mais grave e sem qualquer semelhança com as abarcadas pelo art. 154-A.

Na realidade, o delito do art. 154-A do CP é crime meio para a consumação do furto, sendo por este absorvido.

Superadas essas questões prévias, sigo apreciando a preliminar de ocorrência da *mutatio libelli*, e o faço para acolhê-la.

Informa o apelante que a acusação apresentou versões divergentes sobre os fatos, no que toca à quantidade de repetições do crime (13 repetições ou 34 repetições) e ao intervalo de tempo em que foram praticados (entre maio e junho de 2007 ou também o período entre 28 e 29 de novembro de 2006), sendo certo que isso teria prejudicado o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa.

Essa matéria, tendo sido suscitada nas alegações finais da defesa, motivou o Ministério Público Federal a requerer a adoção do rito previsto no artigo 384 do CPP, antes da redação dada pela Lei nº 11.719/2008 (fls. 605/609). O pleito foi deferido pelo juízo, que converteu o feito em diligências intimando a defesa para que se pronunciasse sobre a majoração das condutas criminosas e, querendo, produzir provas em 8 dias (fl. 611).

Já nesse momento, data vênua, começou-se a errar. A *mutatio libelli* ocorre quando se imputa ao réu um fato novo, cuja descrição não esteja contida explícita ou implicitamente na denúncia. Em sua redação original, o artigo 384 do CPP versava sobre duas hipóteses distintas de *mutatio*: na primeira, prevista no *caput*, permitia-se ao juiz fazer a mudança que resultasse em sanção igual ou inferior à da acusação original; na segunda, do parágrafo único, era indispensável o aditamento à denúncia pelo Ministério Público, dada a possibilidade de majoração da pena.

A hipótese dos autos é claramente de aumento da pena, pois a mudança no libelo importou a imputação ao réu de crimes não

descritos na denúncia original, em continuidade delitiva com aqueles de que efetivamente fora acusado. Desse modo, o procedimento aplicável à espécie seria o do parágrafo único do artigo 384 do CPP, baixando-se os autos para que o Ministério Público aditasse a denúncia, e não simplesmente a ouvida da defesa para se pronunciar, produzindo novas provas.

Pois bem, a defesa foi intimada e se pronunciou sobre os fatos (fls. 650/652); nesse pronunciamento requereu a produção de novas provas e nova oportunidade para se manifestar em razões finais, tendo sido atendida pelo juízo *a quo* ao menos em parte (fls. 656 e ss.). Insista-se nesse ponto, no curso do processo a defesa foi intimada e falou expressamente sobre a majoração das condutas, requerendo a produção de novas provas e nova oportunidade para se manifestar, em sede de razões finais, como se lê dos seguintes excertos de sua manifestação:

Após a apresentação das alegações finais pelos requerentes, este douto juízo, determinou que os autos fossem ao Ministério Público Federal para que esse se manifestasse a respeito da alegada e demonstrada *mutatio libelli*. O Ministério Público Federal em petição não reconheceu a *mutatio libelli*. Todavia, concordou que fosse adotado o procedimento previsto no artigo 384 do Código Penal. Assim, por determinação deste juízo foi aberto prazo aos réus para que os mesmos manifestassem inclusive requerendo provas.

(...)

Ora, se houve a *mutatio libelli*, reconhecida judicialmente, necessário se faz produzir provas acerca da mesma. Para isso é imprescindível delimitar no tempo o fato imputado.

(...)

Entretanto o documento citado (doc. fl. 472), informa que os supostos saques indevidos teriam ocorrido no período compreendido entre 28 a 29 de novembro de 2006.

Em que pese ser ônus do titular da ação penal demonstrar que tais fatos podem ser atribuídos aos réus, nada impede que os mesmos demonstrem que nas datas contidas apenas nas alegações finais, os mesmos não se encontravam nos locais dos fatos.

(...)

Ante o exposto, requer que sejam ouvidas as testemunhas arroladas no rol em anexo, por meio de carta precatória, e posteriormente seja concedida vista para apresentação de novas alegações finais.

Como assinalado, o juízo acolheu em parte o requerimento da defesa e determinou a produção de novas provas (fl. 656). Ocorre que, para produzir a prova requerida, impunha-se a expedição de carta precatória, mas como a diligência não foi atendida pelo juízo deprecado em prazo razoável, determinou-se o prosseguimento do feito, independentemente de seu cumprimento (cf. decisão de fls. 714/716). Logo em seguida, o juízo *a quo* proferiu a sentença diretamente, sem oportunizar à defesa novo pronunciamento em razões finais.

Vê-se aqui também, *data maxima venia*, uma condução equivocada do procedimento. É que, se o juízo reconheceu a existência da *mutatio libelli* e deferiu a produção de novas provas, seria esperado que a conclusão do feito aguardasse sua produção, ou, quando menos, que a defesa se pronunciasse sobre esses fatos em sede de alegações finais antes de se proferir sentença.

Diante desses fatos pode-se concluir: primeiro, que o procedimento adotado pelo juízo, com aplicação da regra do artigo 384, *caput*, do CPP, foi equivocado, porque o agravamento da pena dependeria de aditamento da denúncia pelo Ministério Público Federal; segundo, o procedimento não atendeu plenamente às exigências do contraditório e da ampla defesa, porque as provas requeridas pela defesa não foram produzidas; terceiro, houve cerceamento de defesa, pois o apelante não foi intimado a se pronunciar em alegações finais sobre os fatos que, segundo considerou o juízo, não constavam da denúncia; quarto, a falta de manifestação expressa do apelante causou-lhe prejuízo, porque, deixando de exercer defesa específica quanto a essa parte da acusação, foi condenado também por esses fatos novos.

Como consequência, a condenação *ultra petita* deve ser reduzida aos limites dos fatos imputados ao apelante na denúncia. Registre-se que a defesa não postulou a invalidação da sentença, não sendo dado ao órgão revisor proceder à sua anulação para aditamento da denúncia, com agravamento da situação do ape-

lante, sob pena de *reformatio in pejus* e malferimento aos princípios da economia e celeridade processuais. Por outro lado, a nulidade existente pode ser superada, mantendo-se válida a parte da sentença que examinou os fatos narrados na denúncia, para afastar tão somente a condenação quanto aos fatos que nela não estavam contidos, explícita ou implicitamente, sem prejuízo de que seja oferecida nova acusação.

Apreciadas as questões prévias, no mérito não assiste razão ao apelante. Não prosperam suas alegações de ausência da elementar do crime de furto ou de insuficiência de provas quanto à autoria, pois o acervo probatório formado nos autos é robusto e não deixa margem de dúvida quanto à materialidade ou quanto à autoria do delito, podendo-se afirmar que existe prova cabal a ensejar a condenação.

Consta dos autos que foram apreendidos com o apelante cinco cartões falsificados, dos quais dois foram utilizados para a consecução de furtos. Pelo menos parte desses furtos foram cometidos no período objeto da denúncia, conforme se verifica das informações prestadas por instituições financeiras.

Com efeito, o Banco do Brasil informa a ocorrência de quatro saques contestados, no mês de junho de 2007, que somam R\$ 3.040,00 (três mil e quarenta reais) (fl. 472). Igualmente, comprovaram-se furtos de numerários depositados em conta corrente de Rubens Gonçalves de Oliveira, no montante de R\$ 3.440,72 (três mil quatrocentos e quarenta reais e setenta e dois centavos), segundo se colhe dos extratos de movimentação bancária acostados aos autos (fls. 530/535), os quais ocorreram nos meses de maio a junho de 2007.

Aliás, é importante notar que a identificação da autoria só foi possível porque uma das vítimas, Rubens Gonçalves de Oliveira, sendo policial rodoviário federal, empreendeu cuidadosa investigação sobre várias compras não autorizadas realizadas com o cartão clonado. O policial contactou alguns estabelecimentos comerciais em que as transações foram efetuadas, os quais visitou pessoalmente, e conseguiu apurar que o veículo utilizado pelo apelante era uma BMW X5. Em seguida, empreendeu diligências para encontrar o veículo mencionado e, com a ajuda de um de seus

colegas, agentes policiais rodoviários, finalmente o localizou no Hotel Carvalho, em Petrolina/PE, efetuando a prisão em flagrante (fl. 160).

Registre-se que, quando o apelante foi preso em flagrante, apreendeu-se em sua guarda todo um aparado voltado para a captura de dados bancários de terceiros, processamento e posterior confecção de cartões magnéticos, no procedimento conhecido como “clonagem de cartões”, conforme laudos de exame de equipamento e de dispositivo de armazenamento computacional (fls. 174/184). Além disso, conforme bem observado pela juíza sentenciante, no microcomputador portátil apreendido com o apelante identificaram-se programas de computador destinados à contrafação de cartões e à comutação com dispositivos de leitura ótica dos cartões verdadeiros (fls. 251/255).

Existem, portanto, vários elementos de prova que apontam para o apelante como autor dos delitos. Isso por si só seria bastante para embasar a condenação, mas para além desses elementos, merecem registro as declarações feitas pelo apelante aos policiais quando foi preso, segundo se vê dos depoimentos dessas testemunhas: “... *Que o réu JOSÉ CARLOS LACERDA ESTEVAM LEITE inclusive comentou com os PRFs que ‘fazia isso mesmo’ ... (clonagem de cartão magnético)*” (fl. 74); “... *Que o réu JOSÉ CARLOS LACERDA ESTEVAM LEITE indicou quais cartões seriam clonados e quais seriam os normais, dizendo: ‘vamos separar o joio do trigo...’*” (fl. 76). Tais depoimentos, naturalmente, merecem mais crédito que as versões apresentadas pelo apelante, seja no interrogatório perante a autoridade policial que lavrou o flagrante, seja em juízo, pois, enquanto aquele relato está em harmonia com o acervo probatório, esses são desacompanhados de qualquer elemento de convencimento.

Nesse passo, apesar da alegação da defesa de que as provas deveriam ser desconsideradas por terem sido produzidas na esfera policial, o fato é que as declarações das testemunhas foram corroboradas em juízo, sendo certo também que todo conjunto probatório leva à conclusão de que o apelante é o autor dos crimes.

Agora cumpre tratar das impugnações aos critérios utilizados pelo juízo *a quo* na dosimetria da pena, o que deve anelar o exame do recurso de apelação do réu com o do Ministério Público Federal.

Aprecio inicialmente as circunstâncias judiciais consideradas na sentença, analisando as razões recursais de cada apelante.

Quanto à culpabilidade, a sentença a considerou própria do tipo, porém, assiste razão ao Ministério Público Federal quando afirma que a reprovabilidade que recai sobre a conduta do apelante, diante do fato concreto, deve ser avaliada desfavoravelmente, porque, conforme apurado nos autos, o apelante não tinha qualquer necessidade de enveredar pelo caminho das práticas criminosas, exercendo a profissão de comerciante em três ramos distintos, sendo proprietário de uma farmácia em Piancó/PB, titular de uma permissão de transporte público alternativo no Distrito Federal e atuando no comércio de confecções também no Município de Piancó/PB, afirmando ainda que auferia mensalmente a quantia de R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

Quanto aos antecedentes, o réu impugna a avaliação desfavorável pelo juízo com razão, porque o fato de o apelante responder a inquérito policial pela prática de furto qualificado, delito capitulado no art. 155, § 4º, II, do Código Penal (fl. 116), não basta para reconhecer-lhe maus antecedentes, como vem decidindo o eg. STF (HC 102.968, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 14/09/2010, *DJe*-211 04/11/2010, EMENT. Vol. 2424-01, p. 63).

Quanto à personalidade do agente, verificou a sentença inexistirem nos autos fatos que desabonem a conduta do apelante, no entanto, tem razão o Ministério Público Federal em asseverar que o réu possui notável periculosidade, demonstrando personalidade violenta, cruel e voltada para as práticas criminosas, conforme se extrai da descrição dos fatos que motivaram sua condenação pelo cometimento do crime de homicídio, em notícia constante do Inquérito Policial nº 3-183/07 (fls. 26/27). Consta ali que o réu, em razão de discussão travada no trânsito, em Taguatinga/DF, atropelou e matou o condutor, chegando a forçar a vítima a parar e descer de seu automóvel para, em seguida, atropelá-la passando várias vezes sobre o corpo estendido no chão, inclusive em marcha ré. Essas atitudes, sem dúvida, evidenciam uma personalidade violenta voltada para o crime, devendo a circunstância ser valorada desfavoravelmente ao apelante.

Quanto às circunstâncias do crime, a despeito do que alega o apelante, essas foram avaliadas corretamente pela sentença recorrida, com fundamentação idônea. Realmente, a execução dos crimes se deu em locais movimentados e no mesmo estabelecimento comercial por mais de uma vez, revelando ousadia e certeza da imunidade.

Quanto às consequências do crime, essas também mereceram a avaliação negativa do juízo, sendo procedente a análise constante na sentença de que os crimes cibernéticos, além de desestabilizarem a segurança do sistema financeiro, têm o condão de atingir a ordem social.

Quanto à conduta social, aos motivos do crime e o comportamento das vítimas, não houve impugnações.

Conseqüentemente, enquanto as duas impugnações do Ministério Público devem ser acolhidas *in totum*, das três impugnações do réu somente uma merece prosperar, justamente aquela relativa aos maus antecedentes; logo, a conclusão é que, com o acréscimo de uma circunstância judicial desfavorável, a pena-base fixada pelo juízo, em 3 (três) anos de reclusão, deve ser majorada para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e a pena de 25 (vinte e cinco) dias-multa deve ser aumentada para 30 (trinta) dias-multa.

No que concerne às circunstâncias agravantes e atenuantes, verifico que não colhe a alegação de que o apelante faria jus à atenuante da confissão espontânea. Primeiramente não há que se falar em confissão espontânea, porquanto o apelante não assumiu a autoria dos delitos perante a autoridade policial que lavrou o flagrante, nem muito menos na esfera judicial.

Além do mais, admitindo a existência da confissão espontânea na esfera policial, o que se faz apenas para argumentar, o fato é que com a retratação em juízo desaparece a atenuante (cf. GOMES, Luís Flávio (coord.). Direito Penal: Parte Geral, v. 2. São Paulo: RT, 2007, p. 738), nos termos da jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, (cf. HC 77.606, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, j. em 08/09/1998, DJ 13-11-1998, p. 4, EMENT. Vol. 1931-03, p. 442; HC 70.442/RJ, Rel. Min. Francisco Rezek, Segunda Turma, DJ 06/10/95, p. 33128), sobretudo quando se

considera que a condenação do apelante não dependia nem foi embasada exclusivamente nessa confissão, valendo-se de vários outros elementos de convencimento colhidos ao longo na instrução.

Em razão da inexistência de reconhecimento da confissão, torna-se impossível a compensação da referida atenuante com a agravante da reincidência Mantida a agravante da reincidência, a pena-base, já majorada pela avaliação das circunstâncias judiciais, passa a ser de 3 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 36 (trinta e seis) dias-multa.

No que diz respeito à continuidade delitiva é importante excluir os fatos não contidos na denúncia. Ocorre que, mesmo se levando em conta apenas os fatos praticados no intervalo de tempo descrito na denúncia, ainda assim o número de infrações cometidas supera sete práticas delituosas, e o cometimento de sete infrações justifica a aplicação do incremento da pena no patamar máximo de 2/3, conforme ensina Júlio Fabbrini Mirabete: *“(...) Para a dosagem do aumento deve-se levar em conta, principalmente, o número de infrações praticadas pelo agente. Tem-se recomendado como parâmetros aumento de um sexto para duas infrações; de um quinto para três; de um quarto para quatro; de um terço para cinco; de metade para seis; de dois terços para sete ou mais ilícitos”* (Manual de Direito Penal, 12 ed., São Paulo: Atlas, Vol. 1, p. 314). Esse entendimento, aliás, já se encontra consolidado na jurisprudência do col. Superior Tribunal de Justiça (v. HC 14.838/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 05/04/2001, DJ 28/05/2001, p. 167).

Em conclusão, a pena definitiva do réu deve ser de 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa.

Finalmente, resta apreciar a questão suscitada no apelo do Ministério Público Federal quanto ao regime inicial de cumprimento da pena. Aqui, tem razão o apelante em pedir o cumprimento em regime inicial fechado, pois, apesar da pena privativa de liberdade aplicada ser superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos, cuida-se de condenado reincidente. Logo, incide na hipótese a exceção prevista na norma do artigo 33, § 2º, b, do Código Penal, que exclui a possibilidade de aplicação do regime inicial

semiaberto em caso de reincidência, principalmente quando se percebe que quatro circunstâncias judiciais foram desfavoráveis ao réu, inclusive a pertinente à sua personalidade voltada para o crime.

Em face do exposto, dou parcial provimento ao apelo do réu para reduzir a condenação aos fatos contidos na denúncia, ao tempo em que afasto a circunstância judicial de Maus Antecedentes, e dou parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal para, revendo a dosimetria da pena, considerar também como circunstâncias judiciais desfavoráveis a culpabilidade e a personalidade, o que leva a majoração da pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa para 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, alterando o regime de cumprimento da pena para o fechado.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 8.187-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ANTONIO MARCOS DA SILVA
Apelados: OS MESMOS
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA: PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS DA DEFESA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESVIO DE VERBA NO ÂMBITO DA FUNAI. CONDUTA QUE SE AMOLDA AO TIPO PREVISTO NO ART. 312 DO CP. MANTIDA A CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE PECULATO. CRIME DO ART. 89, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.666/93. CRIME MEIO PARA A EXECUÇÃO DO CRIME FIM. CONDIÇÃO INDÍGENA DO RÉU. ERRO DE PROIBIÇÃO VENCÍVEL. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO DE 1/3 EM FACE DO NÚMERO DE DELITOS PRATICADOS.

- *A sentença condenatória encontra-se embasada em diversas provas que comprovam a participação livre e consciente do apelante no esquema fraudulento perpetrado contra a FUNAI, no qual o réu forneceu seu CPF para receber indevidamente verba federal. Entre tais provas há recibos e documentos que atestam o recebimento de verbas pelo apelante sem a efetiva prestação dos serviços contratados, bem como declarações do próprio réu narrando o iter criminis.*
- *Ao receber verba desviada da FUNAI, a conduta do apelante subsume-se no tipo penal previsto no art. 312 do CP e não ao crime de estelionato, como pretendido pela defesa.*
- *A dispensa indevida de licitação era meio para a consecução do crime fim, exaurindo-se inteiramente neste, restando, portanto, pelo mesmo absorvido.*
- *A consciência da ilicitude é elemento da culpabilidade que, se inexistente, isenta a pena, nos termos do art. 21 do CP. A condição indígena do acusado e, especialmente, por ter agido com a orientação e amparo de servidores da FUNAI, órgão que deveria tutelar seus interesses, deve ser reconhecido o erro evitável quanto à ilicitude do fato, para, nos termos do art. 21, segunda parte e parágrafo único, do CP, reduzir a pena em 1/6.*
- *Considerando a prática de cinco peculatos pelo réu, é razoável a exasperação da pena em 1/3 pela continuidade delitiva, nos termos do art. 71 do CP.*
- *Apelação criminal da defesa parcialmente provida e apelação criminal do Ministério Público improvida.*

ACÓRDÃO

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação criminal da defesa e negar provimento à apelação criminal do Ministério

Público, 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, 4 de abril de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Cuida-se de apelações criminais interpostas pela defesa de Antonio Marcos da Silva e pelo Ministério Público contra sentença da lavra do MM. Juízo da 13ª Vara Federal de Pernambuco que condenou o apelante nas penas do art. 312 do CP.

Nas razões às fls. 398/418, o Ministério Público requer a condenação do denunciado também por crimes previstos no art. 89, parágrafo único, da Lei 8.666/93 c/c o art. 61, II, *b*, e art. 69, ambos do CP.

Por seu turno, a defesa de Antonio Marcos da Silva apela às fls. 421/431, postulando a absolvição do apelante do crime previsto no art. 312 do CP e, subsidiariamente, que seja afastada a continuidade delitiva.

Apresentadas contrarrazões às fls. 432/441 e 446/457.

Parecer da Procuradoria da República da 5ª Região, às fls. 481/502.

É o relatório. Ao revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Antonio Marcos da Silva, juntamente com outras 55 pessoas, entre as quais índios e servidores da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, foi denunciado pela suposta prática de crimes cometidos no âmbito interno da Administração Executiva Regional da FUNAI -

ERA/RECIFE, apurados após notícia de crime apresentada por diversos representantes e membros da comunidade Pankararu.

Em síntese, a denúncia de fls. 03/233 narra que *“os delitos em apreço consistem no desvio de verba pública federal em benefício de indígenas, através de fraude nos procedimentos administrativos de pagamentos, que totalizaram 351, referentes à entrega de materiais e à prestação de serviços, considerando não apenas por terem sido formalizados em desacordo com a exigência legal para procedimentos de licitação, uma vez que em alguns casos se vislumbra o fracionamento dos valores objetivando atingir o teto máximo legalmente permitido para dispensa de licitação bem como, primordialmente, pelo fato de que na maioria dos procedimentos em comento não houve sequer a entrega efetiva do material e nem a prestação efetiva do serviço remunerado, não obstante constar desses procedimentos administrativos de pagamentos o devido atesto fornecido por servidores da FUNAI, certificando a entrega efetiva dos materiais e prestação de serviços”*.

A inicial prossegue noticiando que muitos dos procedimentos administrativos de pagamento tratava-se de *“procedimentos administrativos fictícios, haja vista trazerem em seu bojo a simulação de prestação de serviço e entrega de material em nome da FUNAI objetivando apenas mascarar a entrega de verba pública federal fraudulenta aos indígenas, fazendo-se parecer que se tratava de procedimento legalmente instruído”*.

Basicamente, a verba era liberada pela FUNAI em Brasília, que emitia Notas de Crédito - NC's em nomes de índios ou de grupos de índios. Tais notas eram encaminhadas à Administração Executiva Regional com sede em Recife, órgão encarregado de realizar os respectivos pagamentos. Todavia, constatou-se durante as investigações que muitas das compras de materiais e dos serviços contratados não passavam de atos fictícios, tão somente para conseguir a liberação de verbas da FUNAI.

Aliás, muitos dos índios, em nome de quem eram emitidas as Notas de Crédito, funcionavam, na verdade, como “laranjas”, e recebiam quantias irrisórias para figurarem como beneficiários de certos procedimentos, fornecendo seus dados cadastrais em troca de dinheiro.

Segundo a denúncia, “*De posse dos dados qualificativos fornecidos pelos indígenas ‘laranjas’, os servidores da FUNAI dolosamente iniciam e dão curso aos referidos procedimentos administrativos de pagamento pela prestação de determinado serviço ou entrega de determinado bem que nunca existiram efetivamente. Neste ínterim, emitida a nota de empenho e expedida a ordem bancária, são sacados os valores pelo beneficiário ‘laranja’, que os repassa para o indígena ‘aliciador’, em troca da pequena vantagem já mencionada*”.

Observou-se, também, que diversos procedimentos eram fracionados com o escopo de afastar a necessidade de licitação, pois, diante da semelhança entre as destinações das verbas e do curto espaço de tempo entre um procedimento e outro, a outra conclusão não se chega se não a de que o fracionamento tinha como fito obstar a ocorrência de licitações, possibilitando que os recursos chegassem aos índios aliciadores e aos servidores interessados. Corrobora a tese da denúncia, o fato de que, se somados os valores fracionados, o *quantum* resultante ultrapassaria o limite previsto na Lei 8.666/93 em que se admite a dispensa de licitação.

Considerando que os fatos acima descritos compõem os termos gerais da denúncia, passemos a analisar a conduta típica imputada especificamente ao apelante.

Em síntese, a denúncia narra que, nos anos de 2001 e 2002, Antonio Marcos da Silva, com vontade livre e consciente, emprestou seus dados informativos para compor os procedimentos de nº 717/2002, 908/2002, 466/2002, 405/2002 e 1158/2001 com a finalidade de receber indevidamente verbas fornecidas pela FUNAI para pagamentos de bens e serviços não adquiridos e nem executados.

O apelante se defende alegando que as verbas recebidas foram destinadas em favor da comunidade indígena, em que pese para finalidades diversas das previstas nos procedimentos, e por conseguinte é atípica a conduta.

Entretanto, as provas dos autos, entre as quais se inclui a oitiva do réu, demonstram que a verba foi destinada em proveito próprio e alheio, pois enquanto parte da verba era destinada ao réu que dispunha dela da maneira que lhe conviesse, outra parte ele

afirma ter entregue a terceiros (“*que afirma que esse recurso saiu em nome do declarante porque ele tinha SICAF, contudo foi a Sra. Luciene quem apresentou o projeto e o recurso era repassado a mesma e juntos executavam os serviços*”, fl. 179).

Desta forma, resta afastada a tese da atipicidade da conduta, tendo em vista que a ação amolda-se ao tipo previsto no art. 312 do CP.

Por semelhante razão, não é hipótese de desclassificação da conduta para o crime de estelionato, como pretende a defesa. Isto porque, no caso em comento, as verbas entregues ao réu tratava-se de recursos de que servidores da FUNAI dispunham, em razão do cargo ou função, aproveitando-se dessa qualidade para desviá-lo através da dispensa de licitação, meio utilizado por eles para a consecução do fim almejado.

Quanto à ausência da consciência da ilicitude, não vislumbro ser caso de isenção da pena como prevista no art. 21, *caput*, primeira parte, do CP, pois o réu tinha, nas circunstâncias do *modus operandi*, condições de perceber a ilicitude de sua conduta.

Entretanto, não se pode esquecer a condição indígena do réu e, principalmente, que sua conduta foi influenciada por servidores da FUNAI, órgão que deveria tutelar seus interesses. Por mais comprovado que esteja ter o apelante fornecido seus dados com a intenção de receber verbas da FUNAI, parte dessa quantia teria sido destinada a ele próprio e/ou a sua comunidade. Digo “teria sido” porque o réu não consegue comprovar efetivamente a destinação desses recursos, entretanto a inexistência de provas, em parte, se justifica pelo lapso temporal entre a suposta execução do serviço/aquisição de bens e a investigação das irregularidades no âmbito da FUNAI.

É de suma importância para fins de incidência do erro de proibição evitável analisar a visão/relação que os índios têm da/com a FUNAI, como uma provedora de recursos destinados a suprir parte de suas necessidades, sem olvidar para o detalhe desta denúncia de que o *modus operandi* do peculato ocorria “*com o conhecimento e conivência dos servidores e administradores da FUNAI Recife*”.

Desta forma, por observar que o autor agiu com erro sobre a antijuridicidade do fato, embora com pleno conhecimento da realização do tipo, entendo que deva incidir na hipótese o erro de proibição vencível, descrito no art. 21, segunda parte e parágrafo único, do CP, pois, como assevera Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2001, p. 649/650), *“a exigência do entendimento da ilicitude, ou, o que dá no mesmo, a inevitabilidade do erro, é questão que deverá ser examinada caso a caso, tomando-se em conta as características pessoais, profissionais, grau de instrução, grupo cultural, obscuridade da lei, contradições das decisões jurisprudenciais ou administrativas a respeito, opinião vulgar”*.

Incidente a causa de redução da pena do art. 21, segunda parte e parágrafo único, do CP, reduz a pena em 1/6 (um sexto).

Por sua vez, o reconhecimento do erro de proibição evitável não implica em afastar o dolo do agente, principalmente diante da declaração do próprio réu no sentido de que *“afirma ter conhecimento de que, em algumas ocasiões, projetos são apresentados em benefício da comunidade Kambirá são classificados em elementos de despesas que não correspondem a real aplicação, isso porque o elemento de despesa correspondente à necessidade não dispõem de verba e como solução utiliza-se desse artifício para se obter o recurso”* (fl. 180).

Entendo, portanto, deva ser mantida a condenação do apelante nas penas do art. 312 do CP, bem como a consunção do crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93. Isto porque, diversamente das razões do apelo ministerial, *“o fato anterior (dispensa de licitação) torna-se impunível, exatamente por encontrar-se no contexto fático, obrigatoriamente, na linha de desdobramento do crime mais grave (peculato), exaurindo-se inteiramente neste, restando, portanto, pelo mesmo absorvido”*, fundamento do juízo sentenciante, que adoto como razão de decidir.

Finalmente quanto ao pedido da defesa de reconsideração quanto à incidência da continuidade delitiva, entendo que a fração de aumento fixada pelo sentenciante em 1/2 mostra-se exacerbada, em face do número de peculatos imputados ao réu. Desta feita, como são cinco os peculatos praticados pelo réu (cinco), aplico a fração de 1/3.

Mantida a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão e considerando a causa de diminuição do art. 21 do CP e a causa de aumento decorrente da continuidade delitiva, resulta a pena definitiva do réu em 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Com tais considerações, dou parcial provimento à apelação da defesa e nego provimento à apelação do Ministério Público.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 8.385-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelante: FARHAD MARVIZI (RÉU PRESO)
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Assist. MP: DR. JOSÉ DE JESUS FERREIRA
Advs./Procs.: DRS. FLÁVIO JACINTO DA SILVA E OUTROS E DANIELARAGÃO ABREU E OUTRO

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL A DESAFIAR VEREDICTO CONDENATÓRIO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. RÉU CONDENADO PELA PRÁTICA DO CRIME TENTADO DE HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO, PERPETRADO CONTRA AUDITOR DA RECEITA FEDERAL E EM DECORRÊNCIA DO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. ALEGAÇÃO DE QUE O CONSELHO DE SENTENÇA PROFERIU DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INSURGÊNCIA CONTRA A DOSIMETRIA DA PENA E PRETENSÃO DE EXCLUIR QUALIFICADORA RECONHECIDA PELO CONSELHO DE SENTENÇA.

- O recurso de apelação manejado contra julgamento proferido pelo Tribunal do Júri deve estrita obediência ao disposto no art. 593, inciso III, do Código de Processo Penal.

- Conquanto não seja dado a este Tribunal substituir a vontade do órgão constitucionalmente destinado para a apreciação dos crimes contra a vida, a análise detida dos autos, mediante o cotejo do harmônico acervo probatório carreado à instrução, revela a inexistência de qualquer receio de que o corpo de jurados haja proferido um julgamento desafinado das provas dos autos.

- Não se caracteriza como manifestamente contrária à prova dos autos a decisão que, optando por uma das versões trazidas aos autos, não se encontra inteiramente divorciada do acervo probatório existente no processo (STJ, REsp 690.927, Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 26 de março de 2007).

- Impossibilidade de o Tribunal, em sede de apelação, excluir qualificadora reconhecida pelo Conselho de Sentença. Ainda que não fosse assim, o fato de o réu ter perpetrado o ilícito na condição de mandante, e não de executor, não o exime da aplicação da qualificadora que diz respeito aos crimes praticados mediante traição ou emboscada, ou outro meio que impossibilite a defesa da vítima (art. 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal). Decerto, é inteiramente possível que o mandante da prática do homicídio dirija a conduta dos executores a ponto de marcar data, hora e local da execução, merecendo, pois, incorrer nas mesmas sanções daqueles que puxam o gatilho. A propósito, não é outro o espírito do legislador, ao consignar, no art. 29 do Código Penal, que, quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

- Dosimetria da pena inatacável, realizada em estrita consonância com o sistema trifásico, albergado no art. 68 do Código Penal, cominando ao apelante, alfim, a pena de vinte anos de reclusão.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia 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.

Recife, 7 de maio de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Apelação criminal desafiada pelo iraniano Farhad Marvizi, conhecido como Tony, atacando o veredicto condenatório proferido pelo Tribunal do Júri, instaurado em sede da 11ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará, nos autos da ação penal 0007447-32.2008.4.05.8100.

O julgado esgrimido condenou o ora recorrente à pena de vinte anos de reclusão, como incurso na prática do crime tentado de homicídio triplamente qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II e IV, combinados com o art. 14, inciso II, e art. 29, todos do Código Penal), perpetrado contra a pessoa do auditor fiscal da Receita Federal, José de Jesus Ferreira, em decorrência de sua atuação na Divisão de Repressão ao Contrabando e Descaminho da Receita Federal - DIREP.

Conforme narra a denúncia, fls. 2001-2011, no dia 9 de dezembro de 2008, por volta das 11h30, José de Jesus Ferreira, ao parar seu veículo em um cruzamento, no bairro da Varjota, em Fortaleza, fora alvejado com cinco tiros de arma de fogo de uso restrito (calibre 9 mm), por dois indivíduos que trafegavam em uma moto.

Consta, outrossim, que os disparos tinham plena potencialidade para matar a vítima, o que somente não ocorreu por circunstâncias alheias às vontades dos executores, inclusive porque três deles foram na face, um no queixo e o último no ombro esquerdo.

Ainda conforme a exordial acusatória, o delito tentado em apreço fora encomendado pelo ora apelante, comerciante radicado na capital cearense e proprietário de várias lojas de eletroeletrônicos localizadas, pelo menos, nos três grandes centros comerciais (Shopping Diogo, North Shopping e Shopping Aldeota), todas registradas no nome de terceiros, e que a causa determinante do delito se deve ao fato de que seu patrimônio e interesses comerciais foram duramente atingidos pela atuação da vítima e da sua equipe fiscal, à medida que apreenderam e decretaram o perdimento das mercadorias irregularmente importadas e colocadas à venda nos referidos estabelecimentos, cujas cifras superavam a casa de um milhão de reais.

Atroa a peça vestibular, em adição, que, na esteira dos vastos elementos colhidos na esfera extrajudicial, o ilícito fora contratado pelo ora apelante ao eletricista Francisco Cícero Gonçalves de Sousa, conhecido como Paulo Falcão, mediante o pagamento da quantia de quinze mil reais, e que, como este não conseguiu executar o serviço, mas cobrava reiteradamente o pagamento da metade restante, findou assassinado, menos de seis meses depois, por outro motoqueiro, quando se encontrava dentro da pizzaria da sua esposa.

Por fim, a denúncia atribui ao ora apelante o homicídio da testemunha Carlos José Medeiros Magalhães, bem como da sua esposa Maria Elizabeth Almeida Bezerra, que vinham contribuindo para a elucidação dos fatos.

Levada a cabo a instrução processual, o julgador de primeiro grau proferiu sentença de impronúncia, fls. 3495-3528, *por entender que, malgrado provada a existência do crime, não há indícios acerca da autoria, no que diz respeito à tentativa de homicídio do auditor fiscal José de Jesus*, fl. 35327. Quanto ao duplo homicídio de Carlos José Medeiros Magalhães e Maria Elizabeth Almeida Bezerra, declinou da competência em favor da Justiça Estadual, decisão que, por restar inatacada, transitou em julgado.

Subiram os autos a esta Corte por força de recurso de apelação manejado pelo Ministério Público Federal, fls. 3534 e 3557-3580, ocasião em que esta Segunda Turma, reformando a decisão hostilizada, pronunciou o ora apelante pelo crime tentado em

foco, cabendo a relatoria ao Des. [convocado] Rubens de Mendonça Canuto, fls. 3700-3709.

Consequentemente, desceram os autos ao Tribunal do Júri, retomando seu curso normal e, por fim, alcançando-se o veredicto ora objurgado, fls. 4321-4337.

Nas razões recursais, fls. 4389-4400, o apelante afirma que o julgamento popular foi divorciado do conteúdo probatório coligido aos autos, asseverando, então, inexistir prova cabal de autoria para a condenação.

Aduz que jamais sequer chegou a ver a vítima, e que uma simples insatisfação com as fiscalizações realizadas pela Receita Federal não autoriza a ilação de que fora o autor do atentado perquirido.

Traz a lume, outrossim, fundamentos lançados na sentença de impronúncia reformada por este Tribunal, reproduzindo-os em diversos momentos.

Nega, também, seriedade aos testemunhos produzidos em juízo e perante a autoridade policial, especialmente à versão apresentada pelo falecido Carlos José Medeiros Magalhães, seu ex-sócio e, posteriormente, concorrente comercial, acoimando-a de ser parcial e distorcida da realidade, bem como o acusando de ser o principal envolvido nos fatos esquadrihados.

Insurge-se, igualmente, contra a perícia técnica realizada pela Polícia Federal, sustentando que os dados colhidos através das chamadas Estações de Rádio Base (ERBs) não se revestem do condão de comprovar que estivesse presente no local do crime.

Investe, ainda, contra a aplicação da qualificadora reservada para os crimes praticados mediante traição ou emboscada (art. 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal), estrugindo ser incompatível com a condição de mero mandante do delito, que não participa da sua execução.

Agride, com igual força, a dosimetria da pena, invocando, a esse respeito, o enunciado da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, a orientar que *é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*. Pugna, portanto, pela redução da reprimenda, ao argumento de que o fato de

estar respondendo a outros processos não pode ser levado em consideração à guisa de maus antecedentes criminais ou má conduta social.

Por derradeiro, clama pela reforma do julgado em testilha, para que seja submetido a novo júri, atroando que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos, ou, alternativamente, seja reduzida a sanção cominada.

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões, instando pelo improvimento do apelo, em todos os seus termos, fls. 4403-4426.

Retornaram os autos ao *Parquet* Regional, ocasião em que ofertou parecer, opinando, na mesma esteira, pelo não acolhimento do recurso da defesa, fls. 4428-4432.

A vítima, na condição de assistente da acusação, também apresentou contrarrazões, requerendo a manutenção da sentença condenatória, em todos os seus termos, fls. 4437-4451.

Mais uma vez foi o feito à Procuradoria Regional da República - 5ª Região, que apresentou promoção, ratificando os termos do parecer já acostado, fls. 4454-4455.

Por fim, vieram-me os autos, por sucessão.

É o que importa relatar.

Encaminhar o feito ao douto Revisor, em obediência ao disposto no art. 197 do Regimento Interno desta Corte Regional.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

Preliminarmente, cumpre registrar que, em obediência ao disposto no art. 593, inciso III, do Código de Processo Penal, a apelação que desafia julgamento proferido pelo Tribunal do Júri só é cabível quando:

- a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;
- b) for a sentença do juiz presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;

c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

Fora desta moldura, qualquer que seja o mérito lançado no apelo, não merece conhecimento da instância recursal, sob pena de ofensa à soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, prevista no art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal.

A esse respeito, ensina Guilherme de Souza Nucci (Código de Processo Penal Comentado, Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2006, p. 949) que *embora se possa argumentar que as decisões do Tribunal Popular poderiam estar inseridas no inciso I do artigo em comento (sentenças definitivas de condenação ou absolvição), preferiu a norma processual penal excepcionar o caso do Júri, justamente para fazer com que a apelação, nessa hipótese, ficasse vinculada a uma motivação. Não se ataca, pois, decisão do Tribunal do Júri por qualquer razão ou inconformismo, mas somente nos casos enumerados nas alíneas deste inciso. Garante-se o duplo grau de jurisdição, ao mesmo tempo em que se busca preservar a soberania dos veredictos.*

Inclusive, vale dizer que o enunciado da Súmula 713 do Supremo Tribunal Federal, bem demarca os limites das matérias que podem constituir o objeto do apelo manejado contra sentença do Tribunal do Júri, ao orientar que *o efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição.*

Pois bem.

Feito o registro, e passando diretamente ao exame do apelo em foco, concluo que nada há no vertente apelo que justifique a anulação do soberano veredicto proferido pelo Tribunal do Júri, tampouco que reclame a realização de novo julgamento popular.

Cuida-se de apelação interposta com fundamento na alínea d do art. 593, inciso III, do Código de Processo Penal, aduzindo o recorrente que o julgado proferido pelo tribunal popular contrariou, manifestamente, a prova dos autos. Insurge-se, ademais, contra a dosimetria da pena, pretendendo, até mesmo, seja excluída qualificadora reconhecida pelo Conselho de Sentença.

Ocorre que, em verdade, conquanto não seja dado a este Tribunal substituir a vontade do órgão constitucionalmente destinado para a apreciação dos crimes contra a vida, a análise detida dos autos revela a inexistência de qualquer receio de que o corpo de jurados haja proferido um julgamento desafinado das provas dos autos.

Ao revés, há, nos vertentes cadernos processuais, diversos elementos probatórios a calcarem o decreto condenatório.

Decerto, até onde é possível enxergar, é possível inferir que a condenação atacada encontrou pilares na prova testemunhal produzida tanto em juízo quanto na fase extrajudicial, marcadamente o testemunho apresentado pelo falecido Carlos José Medeiros Magalhães perante a autoridade policial, fls. 633/637, em tudo harmônico com os demais elementos de prova.

É válido mencionar, outrossim, que a perícia técnica realizada pela Polícia Federal, através da análise das chamadas Estações de Rádio Base (ERBs), fls. 4050-4088, apontou ser possível que o apelante estivesse no local do crime naquele fatídico dia.

Por outro lado, sequer servem de esteio os fundamentos lançados pelo douto magistrado de primeiro grau ao exarar a sentença de impronúncia, uma vez que restaram rechaçados por esta Segunda Turma já quando do julgamento do recurso de apelação então manejado pelo Ministério Público Federal, fls. 3700-3709.

Enfim, vastos elementos permitem concluir que o Conselho de Sentença não proferiu um julgamento divorciado das provas dos autos, como quer fazer crer o apelante. E, se não houve julgamento díspare, não é autorizado a este Tribunal contrariar o decreto do Tribunal do Júri.

Assiste razão, pois, ao Ministério Público Federal, ao afirmar, em sede de contrarrazões, que *como se sabe, o recurso de apelação, em casos assim, só é admitido quando a decisão dos jurados, à luz dos elementos colhidos em ambas as fases do procedimento bifásico do Júri, mostrar-se em total discordância com a verdade que pode ser absorvida dos autos, ou seja, que a conclusão extraída pelo corpo de jurados não encontra respaldo algum no caderno processual*, fl. 4405.

Nessa esteira vem caminhando a remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sempre afirmando que *não se caracteriza como manifestamente contrária à prova dos autos a decisão que, optando por uma das versões trazidas aos autos, não se encontra inteiramente divorciada do acervo probatório existente no processo* (REsp 690.927, Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 26 de março de 2007).

Forte nessas considerações, rechaço a arguição de nulidade do veredicto condenatório.

Passando adiante, para alcançar o exame da dosimetria da pena, observo que a sentença hostilizada também não merece qualquer retoque.

Ao contrário do que afirma o apelante, o magistrado de primeiro grau não contrariou a orientação sufragada através do enunciado da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, à medida que não levou em consideração para elevar a reprimenda, unicamente, o fato de o réu estar respondendo a diversos outros processos, descritos nas certidões de antecedentes acostadas às fls. 4164-4167 e 4192-4193.

Ao revés, sempre atento e fiel às regras do sistema trifásico, abrigado no art. 68 do Código Penal, o douto julgador de primeiro grau, observando, com acerto, que as circunstâncias judiciais hospedadas no art. 59 do Código Penal, preponderavam em desfavor do réu – tais como sua personalidade, conduta social, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime –, afastou-se do mínimo legal em montante, diga-se de passagem, até módico, para fixar a pena-base em modestos quinze anos de reclusão.

A propósito, apenas a título de ilustração, colho da sentença os seguintes excertos, fls. 4333-4334:

56 - Todas as condutas incriminadas, atribuídas ao réu e reconhecidas pelo egrégio Conselho de Sentença, incidem no mesmo juízo de reprovabilidade. Portanto, impõe-se uma única apreciação sobre as circunstâncias judiciais enunciadas no artigo 59 do Código Penal, evitando-se assim repetições desnecessárias.

57 - As circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal são desfavoráveis ao acusado, razão pela qual a pena-base do crime será fixada acima do mínimo legal.

- 58 - Com efeito, a personalidade e conduta social apresentadas pelo acusado, bem como as circunstâncias e consequências do crime demonstram conduta que extrapola o dolo normal previsto no tipo penal, diferenciando-se dos demais casos similares, o que reclama reação severa, proporcional e seguramente eficaz. (STF - RT 741/534)
- 59 - Esta aferição encontra guarida no princípio da individualização da pena e deve ser realizada em cada caso concreto (CF/88, art. 5º, XLVI).
- 60 - O crime praticado atingiu o grau máximo de censurabilidade que a violação da lei penal pode atingir.
- 61 - Na hipótese vertente, as circunstâncias delineadas nos autos demonstram que o réu agiu com frieza, premeditadamente, em razão de sentimento egoístico e baixo, em desprezo pela vida da vítima e pelo destino de todos os seus familiares, sob a premissa de que a vítima não poderia, em cumprimento da lei, fazê-lo responsável pelos atos ilícitos praticados. Tal estado de espírito do agente constituiu a força que determinou a sua ação.
- 62 - E, nesse contexto, segundo a decisão do Conselho de Sentença, contratou pessoas para a execução do crime que só não foi concluído por circunstâncias alheias às vontades de todos os envolvidos. No caso, a vítima sobreviveu por inarredável conjugação de forças divinas, vez que foi alvejada por cinco tiros à queima-roupa.
- 63 - De acordo com os autos, durante a barbárie, permaneceu o réu longe dos fatos, mas acompanhando os acontecimentos, reforçando, assim, seu comportamento audacioso e de frieza assustadores.
- 64 - Não posso olvidar, ademais, as consequências do crime relativas à vítima e no tocante aos seus familiares e companheiros de trabalho.
- 65 - Patentes são as demonstrações que a ação do réu chegou a intimidar outros agentes de fiscalização e temem estes que a ação do réu chegue a incentivar outros ataques de outros contribuintes, o que ocasionou alterações nas atividades rotineiras, além da vítima ter que se submeter a tratamentos médicos, fisioterápicos, psicológicos e psiquiátricos.
- 66 - Ainda, além de tentar eliminar a vida de um servidor público que apenas cumpria o seu dever, o réu causou enorme transtorno para a comunidade e para o próprio Estado.
- 67 - O crime teve enorme repercussão social e causou

grande comoção na população, principalmente perante a classe dos auditores fiscais de todo o Brasil.

68 - Em suma, a culpabilidade do réu, seus antecedentes (fls. 4164/4167, 4192/4193), sua personalidade voltada para a prática de delitos, seus egoísticos e abjetos motivos, as circunstâncias e nefastas consequências do crime impõem a este Julgador, para a correta reprovação e prevenção de outros crimes, a fixação da pena, na primeira fase de aplicação, acima do mínimo legal cominada para o delito, ou seja, 15 (quinze) anos de reclusão.

Em seguida, ainda em estrita consonância com o sistema trifásico, e uma vez que o Conselho de Sentença reconheceu a presença de três qualificadoras, aplicou apenas uma delas para qualificar o crime – homicídio perpetrado mediante motivo fútil (art. 121, § 2º, inciso II, do Código Penal) –, reservando as outras duas – mediante paga e emboscada (art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal) – para serem consideradas, à guisa de agravantes, na segunda fase da quantificação da reprimenda.

De logo, perfilho mais uma vez o escólio ministrado por Guilherme de Souza Nucci (op. cit., p. 950), ao afirmar a impossibilidade que o Tribunal, em sede de apelação, venha a excluir qualificadora reconhecida pelo Conselho de Sentença, consignando que:

16. Exclusão ou inclusão de qualificadoras, privilégios, causas de aumento ou diminuição da pena: não podem ser alteradas pelo Tribunal, uma vez que fazem parte da tipicidade derivada, integrante do crime doloso contra a vida, cuja competência para julgar pertence, com exclusividade, ao Tribunal do Júri. Se houver decisão equivocada do Conselho de Sentença, reconhecendo, por exemplo, qualificadora manifestamente improcedente e dissociada das provas, é preciso determinar a realização de novo julgamento, o que se faz com base na alínea *d* do inciso III do artigo em comento e não nesta alínea, não cabendo ao tribunal *ad quem* simplesmente afastá-la, diminuindo a pena.

Ainda que não fosse assim, abro parênteses para consignar que o fato de o réu ter perpetrado o ilícito na condição de mandante, e não de executor, não lhe exime da aplicação da agravante que diz respeito aos crimes praticados mediante traição ou emboscada, ou outro meio que impossibilite a defesa da vítima (art. 61, inciso II, alínea c, do Código Penal).

Decerto, é inteiramente possível que o mandante da prática do homicídio dirija a conduta dos executores a ponto de marcar data, hora e local da execução, merecendo, pois, incorrer nas mesmas sanções daqueles que puxam o gatilho. A propósito, não é outro o espírito do legislador, ao consignar, no art. 29 do Código Penal, que, *quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.*

Nessa esteira, andou bem, mais uma vez, o soberano Conselho de Sentença, ao responder afirmativamente ao sétimo questionamento: *7º O acusado cometeu o crime à traição, mediante emboscada, dissimulação ou outro recurso que dificultasse ou tornasse impossível a defesa da vítima? R: Sim, por mais de três votos* (fl. 4314).

E, conforme já registrei, na verdade, esta qualificadora, quando da dosimetria da pena, findou sendo utilizada a título de agravante, na segunda fase do sistema trifásico, detalhe que corrobora o juízo de que não deve ser afastada.

Por fim, anoto que, no pertinente à aplicação da causa de diminuição da tentativa, novamente agiu com inequívoco acerto o magistrado *a quo*, ao aplicá-la no grau mínimo de um terço, tendo em vista que a ação criminosa perpassou por todas as etapas do *iter criminis*, já que foram disparados cinco tiros à queima-roupa contra a vítima, todavia, o resultado não ocorreu por circunstâncias alheias às vontades dos agentes.

Trata-se, assim, do que a doutrina convencionou chamar de *tentativa perfeita* ou *crime falho*, a reclamar, pois, o grau mínimo de diminuição, na terceira e derradeira etapa da aplicação do sistema trifásico de apenamento.

Em resumo, ante todas essas considerações, considero que o veredicto proferido pelo soberano Conselho de Sentença merece ser mantido incólume, não somente por não ser passível de alteração nesta sede, mas, principalmente, por ser o melhor e mais acertado.

Por todo o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 8.886-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO

Apelantes: PEDRO TALVANE LUÍS GAMA DE ALBUQUERQUE NETO (RÉU PRESO), JADIELSON BARBOSA DA SILVA (RÉU PRESO), JOSÉ ALEXANDRE DOS SANTOS (RÉU PRESO), ALÉCIO CÉSAR ALVES VASCO (RÉU PRESO), MENDONÇA MEDEIROS DA SILVA (RÉU PRESO)

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Assist. MP: DRS. GEDIR MEDEIROS CAMPOS JÚNIOR E MARIA CLEIA SANTOS DE OLIVEIRA

Advs./Procs.: DRS. WELTON ROBERTO, JULIO GOMES DUARTE NETO, GUSTAVO HENRIQUE DE BARROS CALLADO MACÊDO, JULIO GOMES DUARTE NETO E JOSÉ FRAGOSO CAVALCANTI E OUTRO

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES DE CINCO SENTENCIADOS. JÚRI FEDERAL EM ALAGOAS. QUÁDRUPLO HOMICÍDIO. EPISÓDIO CONHECIDO COMO “CHACINA DA GRUTA DE LOURDES”. 16 DE DEZEMBRO DE 1998. ASSASSINATO DA DEPUTADA FEDERAL CECI CUNHA, ESPOSO E CASAL DE AMIGOS. DECRETO CONDENATÓRIO QUE IMPÔS, NA LINHA DO VEREDICTO DO CONSELHO DE SENTENÇA, PENAS DE RECLUSÃO NOS PATAMARES DE 105 (CENTO E CINCO) ANOS, 103 (CENTO E TRÊS) E 04 (QUATRO) MESES, 86 (OITENTA E SEIS) ANOS E 05 (CINCO) MESES E 10 (DEZ) DIAS E 75 (SETENTA E CINCO) ANOS E 7 (SETE) MESES DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. DECRETAÇÃO, AO TÉRMINO DO JULGAMENTO, DA PRISÃO PREVENTIVA DOS APENADOS. SENTENÇA JUSTIFICADA RACIONALMENTE, À LUZ DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. PATENTE CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E MOTIVAÇÃO SENTENCIAL. AFIR-

MAÇÃO, IN CASU, DA SOBERANIA DO TRIBUNAL DO JÚRI E DE SEUS VEREDICTOS (ART. 5º, INC. XXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). PROCESSO INDICADO PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ, PARA INTEGRAR O “PROJETO JUSTIÇA PLENA - ACOMPANHAMENTO DE PROCESSOS DE RELEVÂNCIA SOCIAL”. SUSTENTABILIDADE LÓGICA DAS RESPONSABILIZAÇÕES PENAIS QUE DESMERECE CORREÇÕES.

- A Sentença objeto dos apelos interpostos reúne em seu teor e comandos, irreprochável correspondência estrutural com o plexo acusatório, espelhando razoabilidade e proporcionalidade em suas válidas conclusões. O enfrentamento analítico de todos os elementos informativos dos autos serviram de garantia à correção dos argumentos sentenciantes, dada a precisão das abordagens, levando o julgador togado, quando da proclamação do veredicto emanado do Conselho Popular, à confecção de sólido, lógico e sistemático julgado.

- A Sentença, proferida em 19 de janeiro de 2012, com base no veredicto emanado do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, objeto das irrisignações levadas a efeito através dos apelos antes referenciados, não deverá sofrer qualquer modificação em seu teor e comandos, vez que as manifestações insurgentes não se apresentam de molde a desconstituir sua idônea fundamentação técnica e em tudo compatível com o farto acervo probatório que aponta, obrigatoriamente, para a necessidade de confirmação da responsabilidade penal dos sentenciados, no episódio criminoso de incomum gravidade tratado nestes autos.

- Rechaçada preliminar de nulidade da Sessão do Júri, ante a somente alegada continuidade da condição de “impronunciado” que militaría em

favor de recorrente, a partir da declaração da incompetência da Justiça Comum Estadual do Estado de Alagoas e posterior convalidação dos atos processuais pela Justiça Federal (TRF e JF/AL). É que, real e efetivamente, nem todos os atos foram ratificados pelo juízo competente, mas, sim, os de caráter instrutório, nos termos do art. 567 do Código de Processo Penal, confirmando-se, igualmente, o acervo probatório até então colhido na Justiça Comum Estadual. Nessa linha, ratificou o juízo federal competente a denúncia oferecida em desfavor de recorrente, como também foi proferida, na sequência, nova Sentença de Pronúncia, em que figurou o apelante como pronunciado.

- Rechaçada preliminar de nulidade referente à formulação de “quesitação genérica” aos jurados. Ausência de demonstração cabal relacionada a prejuízo concreto à inteligibilidade dos jurados e, conseqüentemente, ao livre exercício do direito de defesa do recorrente (pás de nullité sans grief). Preclusão da insurgência (art. 484 do CPP), dada a subscrição, por todos os advogados, do Termo de Votação, sem manifestações, ao término da sessão. Incidência da Súmula 523/STF.

- Rechaçada preliminar de nulidade de quesitação alusiva à ocorrência de falso testemunho, por hipotética contrariedade à tese de negativa de autoria, dada a sua desinfluência ao organismo sistêmico das demais provas e evidências de autoria múltipla. Incidência da Súmula 523/STF.

- Seguem-se questionamentos recursais totalmente desprovidos de substrato minimamente plausível, apresentados sem indicação pontual de eventuais atecnias do julgado, porquanto suscitados de forma superficial, perfunctória, amparados em genéricas e lacunosas “assertivas” de imprestabilidade de provas, com suporte mais

em posições doutrinárias que se imagina aplicáveis à espécie, do que mesmo associadas a fatos especificamente abordados no decisum.

- Busca-se, pura e simplesmente, a desqualificação das provas colhidas no inquisitório policial sem, contudo, apresentar a defesa elementos tecnicamente capazes de infirmar o arsenal de provas testemunhais e científicas (perícias de toda ordem) que, reunidas e acrescidas ao plexo probatório que exsurgiu da instrução processual, formam, incontestavelmente, um todo sistêmico, lógico, e de solidez não abalável por meras ilações de conteúdo fragmentário.

- A defesa erige, como dito, sem qualquer lastro juridicamente relevante, raciocínios imprecisos sobre eventual ilegalidade de aspectos da investigação policial, a exemplo de “gravação de conversa informal” entre corrêus, desconsiderando, contudo, tanto a necessidade de provar juridicamente tal ilegalidade, como também o fato de o veredicto condenatório não se fiar em apenas esse elemento de prova, havido como ilegal, mas, ao contrário, em todo um edifício lógico de provas concatenadas e indissociáveis umas das outras.

- Tergiversa, inclusive, a defesa – despida da menor precisão argumentativa –, quando transfere a autoria dos crimes em questão a outrem, terceiros não identificados, sem declinar nomes e paradeiros, além de atribuir a pessoa falecida o real conhecimento dos autores dos homicídios objeto destes autos, sem deixar, inclusive, de desqualificar importantes depoimentos reveladores da autoria da chacina em questão, unicamente por acepção pessoal totalmente negativa dirigida ao depoente (pistoleiro conhecido nas Alagoas), olvidando, entretanto, a relevância dos informes que advieram de tais testemunhos, visto que confirmados no curso da investigação e, também, finda a instrução processual.

- Os recursos não se entremostam capazes de lograr êxito algum quanto ao desiderato de desconstituir o édito condenatório, por este apresentar total alinhamento com o esforço acusatório balizado em leque amplíssimo de provas, como se vê do rol descrito em sede de Alegações Finais, inteiramente referendado quando do julgamento em Sessão do Tribunal do Júri.

- Desmerece acolhida, igualmente, a argumentação voltada ao reconhecimento da ocorrência da continuidade delitiva prevista no art. 71 do Código Penal, em substituição ao regramento, utilizado na Sentença, do concurso material de crimes, dada a incontestável ausência de preenchimento de requisito de cunho subjetivo para a sua configuração, a saber, o da unidade de desígnios, em que pese verificadas as condições idênticas de tempo, espaço e modus operandi quando da perpetração do quádruplo homicídio. É que o móvel do assassinato da Deputada Federal CECI CUNHA é em tudo diverso da motivação que levou à execução, igualmente bárbara, das demais vítimas.

- Não há que se falar em ausência de justificação adequada das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, como alegado nas peças recursais, sendo certo aqui salientar a plena observância ao processo de individualização da pena, com todo o seu iter procedimentalis disciplinado no art. 59 do Código Penal, que se completa com as disposições do art. 68 do mesmo estatuto, preconizador do sistema trifásico, notando-se a precisa e esmerada fundamentação voltada à exasperação da pena-base, refletida na análise de cada homicídio perpetrado, ou seja, de forma individualmente considerada. Judiciosa conclusão de que as circunstâncias judiciais são indiscutivelmente desfavoráveis aos apelantes.

- Irrefutável a fundamentação legal para imposição da condenação pecuniária (art. 387, IV, do CPP), afastando, inclusive, a tese recursal de irretroatividade in pejus da legislação de regência.

- Rechaçada preliminar de ausência de preclusão da Sentença de Pronúncia, visto não ser motivo suficiente para impedir julgamento pelo Tribunal do Júri, se a discussão encontra-se em sede excepcional, sem efeito suspensivo.

- Rechaçada preliminar de nulidade absoluta do julgamento, dada a aventada ocorrência de erro na quesitação, com a utilização de expressões técnicas, capazes, segundo alegado, de gerar controvérsias e dúvidas de intelecção dos jurados quanto à participação de apelante no cenário delituoso, acarretando prejuízo ao réu. Afigura-se um tanto despropositada a pretensão de se ver anular um julgamento, partindo de ilação tão carente de elementos concretos de comprovação de uma somente aventada obscuridade que se infere haver permeado a intelecção dos jurados quanto à participação delituosa do apelante. A defesa despreza – e isto é censurável – o nível de escolaridade dos integrantes do Conselho de Sentença, como se vê da Lista de Jurados, formado o colegiado popular por 3 (três) engenheiros, 1 (um) administrador, 1 (um) técnico industrial, 1 (um) estudante universitário, além de 1 (um) jurado advindo do setor da construção civil. Tal preliminar peca, principalmente, pela vagueza e genericidade de seu teor, sendo apenas levantada discordância quanto aos termos empregados nos quesitos ligados à participação delituosa, a exemplo da expressão concorreu de qualquer modo, sem, contudo, haver qualquer demonstração cabal relacionada a prejuízo concreto à inteligibilidade dos jurados e, consequentemente, ao livre exercício do direito de defesa do recorrente (pás de nullité sans grief).

- A tese recursal de haver sido proclamado veredicto popular manifestamente contrário às provas dos autos, em face da ausência de qualquer comprovação, minimamente aceitável, de autoria delituosa associada ao réu, sendo de se desconsiderar um único testemunho, desfavorável ao sentenciado, oriundo de pessoa inidônea (pistoleiro), não reúne o mínimo de solidez argumentativa capaz de infirmar todo o robusto acervo probatório que reúne provas não apenas testemunhais, mas de cunho técnico-científico e que, somadas umas as outras, revelam a autoria criminosa imputada à apelante.

- Em que pese pairar sobre referida testemunha histórico, fantasioso, ou não, de ser praticante de atividade vil e criminosa, como sendo a de “assassino profissional” ou “pistoleiro”, fato é que suas falas e narrativas que integraram o enredo acusatório revelaram-se, como visto, totalmente integralizadas às demais provas dos autos, não se demonstrando dissociadas do enredo criminoso capitaneado por réu apelante, como resultou amplamente comprovado através dos elementos indicadores de sua efetiva participação (da testemunha), nas tratativas urdidas pelo mentor intelectual no episódio da “Chacina da Gruta de Lourdes”.

Atestada, por todas as formas, a cooptação engendrada pelo réu em torno da testemunha, para por termo à vida de determinados Deputados Federais – o que não chegou a se realizar –, com o fito de ter assento junto à Câmara Federal, não há como menoscar a importância dos testemunhos do suposto “pistoleiro”, apenas e tão somente por não se tratar de pessoa idônea, visto que a credibilidade das versões deve, como in casu, transcender as acepções desairosas – como as lançadas pelo recorrente – que recaiam sobre a pessoa do declarante, mormente quan-

do o teor das denúncias prestadas se imbricam, sem dissonâncias relevantes, ratificando o cerne acusatório.

- A questão de não haver determinado apelante (autor intelectual) concorrido, do mesmo modo quanto o assassinato da Deputada CECI CUNHA, para o extermínio das outras 3 (três) vítimas barbaramente executadas, não deve merecer a menor acolhida, vez que seu animus foi o de por cobro à vida de um dos Deputados Federais da coligação partidária, findando por alcançar a também recém diplomada, à época, Deputada CECI CUNHA, pois a mórbida intenção do recorrente era a de ser, a qualquer custo, efetivamente diplomado e empossado junto à Câmara Federal, em substituição a algum dos deputados da coligação partidária, não importando os meios, muito menos o parlamentar que deixaria de assumir o mandato popular, assumindo o réu todos os riscos de o intento criminoso atingir terceiros, como de fato aconteceu. Frise-se, aliás, que o próprio apelante exteriorizou que planejava sequestrar e matar quem estivesse em companhia de sua pretensa vítima.

Vê-se, então, a configuração inquestionável do domínio do fato, visto que detinha, plenamente, o alcance probabilístico de seu intento criminoso, ainda que não necessariamente estivesse presente na cena do crime – locus delict –, ao deliberar acerca de empreitada que, sabidamente, pela própria natureza violentíssima da ação de execução sumária de determinada pessoa, não haveria como desprezar os reflexos, sobre terceiros, dessa mesma ação.

Nessa linha, resultou inegavelmente comprovado o vínculo do réu, mentor intelectual, com cada um dos quatro homicídios, visto que derivaram do assassinato da Deputada CECI CUNHA, justamente para encobrir seus executores.

Não há, in casu, que se falar em ausência de responsabilização penal do réu, mentor intelectual, quanto aos demais homicídios, para além da Deputada CECI CUNHA, sob eventual e insubistente pretexto de não se poder controlar, ad infinitum, o universo factual dos atingidos pela ação criminosa, e, portanto, não ser possível estimar os terceiros potencialmente vitimizados, nem, também, dispor sobre os atos de execução a cargo dos demais réus – executores imediatos –, quando, ao contrário da pretensão recursal, esse mesmo universo de terceiros atingidos foi, pelos integrantes do grupo executor do extermínio, cogitado e restringido ao máximo, tanto que escolheram por em prática o homicídio da Deputada CECI CUNHA justamente quando a parlamentar encontrava-se em ambiente doméstico, residencial e, portanto, familiar, com reduzido número de pessoas.

Daí a razão, amplamente justificada na Sentença, da aplicação da agravante prevista no Art. 62, do Código Penal, dada a previsibilidade, pelo autor intelectual do homicídio plúrimo, de uma dinâmica criminal muito facilmente imaginada de se patentear, por demais factível, como prevista pelo próprio réu.

Inegável, então, o nexu de causalidade entre o desiderato criminoso do réu, mentor intelectual, confirmado pelo vasto elenco probatório reunido pelo Ministério Público Federal, e o resultado da ação levada a cabo pelos corréus, a demonstrar possuir o réu, mentor intelectual, comprovado poder sobre os demais, detentor do domínio funcional do fato, dado que deteve o poder de determinar o seu modo e, se quisesse, de impor solução de continuidade à tarefa criminosa, sendo claro, portanto, o integral domínio do projeto criminoso em análise, a partir da sua condição, também comprovada nos autos, de

ascendência e liderança sobre os corréus na empreitada ilícita. O resultado, que se revelou plúrimo, da empreitada criminosa, foi em tudo previsível pelo autor intelectual, como também pelos corréus executores imediatos.

- O apelo conjunto de três réus prima pelo caráter genérico das postulações insurgentes, visto que em nenhum tópico há menção expressa a qualquer um dos apelantes, individualmente considerados, ou seja, as teses expostas remetem a um universo estéril de elucubrações doutrinárias e jurisprudenciais sem a menor adequação de per se a algum dos três sentenciados recorrentes, inexistindo, então, especificação particularizada de eventual impropriedade jurídica do veredicto especificamente relacionada a um dos réus, de forma a se tentar demonstrar qualquer absurdidade, se o caso, no todo ou em parte da sentença.

- Rechaçada preliminar de incompetência superveniente. A competência para o processamento pleno do juízo federal de primeiro grau, já foi por demais confirmada, sendo de se ressaltar os inúmeros incidentes já enfrentados e exauridos em torno da questão, carecendo a pretensão, pelo óbice da preclusão, de qualquer aparência de procedibilidade. Segundo o MPF, constatado que os crimes foram praticado contra Parlamentar Federal, em razão do exercício do respectivo mandato eletivo, patente é o interesse da União Federal, suficiente a justificar a competência do MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas, in casu sub examine.

- Incorre em gritante paradoxo o recurso conjunto ora sob análise, mormente ao exigir novel exame de todo o acervo probatório que repousa nos autos, sem, contudo, precisar quais as passagens do édito condenatório eventualmente evadas de vícios, porventura geradoras de pre-

juízo a cada um dos apelantes, mostrando as incongruências, se houver, de maneira pontual e per capita. Nada disso foi feito. Objetiva-se, essencialmente, desconstituir a importância, por entender insubsistentes a alicerçar as condenações, das confissões extrajudiciais dos apelantes, visto que não confirmadas em juízo, bem como dos depoimentos contraditórios, etc.

A Sentença recorrida primou pela pormenorização da descrição dos elementos probatórios indicativos da participação de cada um dos recorrentes na empreitada criminoso descrita na denúncia, posteriormente confirmada sob o crivo do contraditório regularmente estabelecido. Eventuais controvérsias fundadas em detalhes testemunhais do complexo périplo criminoso encetado pelos recorrentes, não possuem o condão de infirmar a acusação principal de cometimento do ilícito em causa, visto que o cotejo de todos os elementos confessionais e/ou testemunhais, acertadamente efetivado no corpo do decreto condenatório, somente atesta a positividade das autorias, bem como da prática criminoso em causa. Nessa linha, revela-se, inclusive, em tudo despropositado, o intento recursal de invalidar, pura e simplesmente, sem o menor substrato jurídico, e sem lastro probatório adequado, as conclusões sentenciantes efetivamente comprovadas nos autos.

Avulta, pois, totalmente possível a condenação com base em depoimentos e confissões extrajudiciais, ainda que não confirmados em juízo, quando em franca sintonia com os demais elementos do acervo fático-probatório, sendo que apesar das retratações em juízo, o magistrado sentenciante fundamentou seu convencimento na conjugação das confissões colhidas na fase inquisitorial com as provas reveladas durante a instrução probatória, ou seja, produzidas em

contraditório penal.

Não se pode valorar episódicas contradições quanto a meros detalhes da ocorrência criminosa, visto não influírem, in casu, na comprovação da materialidade ou da autoria do crime, não sendo suficientes para contrapor a responsabilização penal, vez que o cerne das imputações, como foi dito, permanece intacto.

Posto isso, conclui-se que as eventuais diferenças ou omissões acaso existentes nas narrativas testemunhais, bem como nos depoimentos dos próprios réus, não são suficientes para afastar a certeza quanto à autoria e a materialidade do crime em apreço, não merecendo, pois, reforma alguma a sentença do juízo de origem, visto que o elenco probatório reunido pela acusação, é em tudo contrário à postulação recursal dos réus.

- Desmerece acolhida a tese de ilegalidade da decretação, ao término do julgamento, da prisão preventiva dos apelantes e, também, da manutenção de tal segregação, como se deduz da fundamentação apresentada por este relator, quando do julgamento, por esta egrégia 3ª Turma, do habeas corpus impetrado em prol dos réus (HC 4.616-AL), julgado em 8 de março de 2012.

- Impõe-se manter a sentença recorrida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos. Apelações improvidas.

ACÓRDÃO

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações, 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, 30 de abril de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Cuida-se, em síntese, de julgamento das apelações interpostas pelas defesas de ALÉCIO CÉSAR ALVES VASCO (fls. 8.480/8.506), PEDRO TALVANE LUÍS GAMA DE ALBUQUERQUE NETO (fls. 8.507/8.569) e dos demais réus JADIELSON BARBOSA DA SILVA, JOSÉ ALEXANDRE DOS SANTOS e MENDONÇA MEDEIROS DA SILVA, cujas razões foram apresentadas de forma conjunta (fls. 8.646/8.670), sendo todos os apelos concernentes à Sentença de fls. 8.226/8.376, que dispôs acerca da responsabilização penal dos ora apelantes pelo cometimento dos crimes de homicídio que vitimaram a Deputada Federal JOSEFA SANTOS CUNHA, conhecida como CECI CUNHA, seu esposo JUVENAL CUNHA DA SILVA e mais duas pessoas ligadas a parlamentar, IRAN CARLOS MARANHÃO PUREZA e ÍTALA NEYDE MARANHÃO PUREZA, ocorridos em 16.12.98, na Cidade de Maceió-AL, evento criminoso conhecido como “Chacina da Gruta de Lourdes”, cuja parte dispositiva do *decisum* recorrido assim dispôs (excerto de fls. 8.366/8.367 - vol. 33), *verbis*:

582. Por todo o exposto e em acato à decisão do conselho de sentença, julgo procedente a acusação, ao tempo em que condeno os acusados nas seguintes sanções criminais:

a. JADIELSON BARBOSA DA SILVA: pena de reclusão de 105 (cento e cinco) anos, a ser cumprida inicialmente em regime fechado.

b. ALÉCIO CÉSAR ALVES VASCO: pena de reclusão de 86 (oitenta e seis) anos e 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias, a ser cumprida inicialmente em regime fechado.

c. JOSÉ ALEXANDRE DOS SANTOS: pena de reclusão de 105 (cento e cinco) anos, a ser cumprida inicialmente em regime fechado.

d. MENDONÇA MEDEIROS DA SILVA: pena de reclusão de 75 (setenta e cinco) anos e 7 (sete) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado.

e. PEDRO TALVANE LUÍS GAMAALBUQUERQUE NETO: pena de reclusão de 103 (cento e três) anos e 4 (quatro) meses, a ser cumprida inicialmente em regime fechado.

583. Condeno os réus, solidariamente, a arcar com indenização por danos materiais no valor mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para os dependentes de **Josefa Santos Cunha**, R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para os dependentes de **Juvenal Cunha da Silva** e R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para os dependentes de **Iran Carlos Maranhão Pureza**, bem como ao pagamento de indenização por danos morais no valor de 500 (quinhentos) salários mínimos em favor dos dependentes de **Josefa Santos Cunha**, 500 (quinhentos) salários mínimos aos dependentes de **Juvenal Cunha da Silva**, 500 (quinhentos) salários mínimos aos dependentes de **Iran Carlos Maranhão Pureza**, 500 (quinhentos) salários mínimos aos sucessores de **Ítala Neide Maranhão Pureza**.

584. Decreto a prisão preventiva dos acusados JADIELSON BARBOSA DA SILVA, JOSÉ ALEXANDRE DOS SANTOS, ALÉCIO CÉSAR ALVES VASCO, MENDONÇA MEDEIROS SILVA e PEDRO TALVANE LUÍS GAMA ALBUQUERQUE NETO. Providências necessárias.

Através da Apelação de fls. 8.480/8.506, a defesa do recorrente ALÉCIO CÉSAR ALVES VASCO busca a reforma total do veredicto, sustentando, em essência, as seguintes teses: a) preliminar de nulidade da Sessão do Júri, visto que fora antes impronunciado por decisão oriunda do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, posteriormente anulada, junto ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de *habeas corpus*, pelo reconhecimento da incompetência do TJ/AL, dado o impedimento de um dos julgadores do Sodalício alagoano, seguindo-se seu saneamento, com novo julgamento pelo TJ/AL, reconhecendo-se, mais uma vez, a competência deste Tribunal Regional Federal da 5ª Região, importando, assim, na continuidade da condição do apelante de “impronunciado”, o que não foi observado quando os autos foram remetidos a este Regional e, posteriormente, à Justiça Federal de 1º Grau (JF/AL); b) preliminar de formulação de “quesitação genérica” aos jurados, acarretando dificuldades invencíveis para elaboração das respostas e, conseqüentemente, prejuízo à verdade dos fatos e malferimento à ampla defesa do réu; c) preliminar de ocorrência de contradição dos jurados em resposta ao questionário; d) de imprestabilidade das provas colhidas exclusivamente na fase inquisitorial; e) de absolvição por absoluta falta de provas da autoria e materialidade delituo-

sas imputadas ao recorrente; f) de incorreção na aplicação da pena, a partir do não reconhecimento da continuidade delitiva (art. 71 do CP), mas, ao contrário, do estabelecimento, na sentença, da regra do concurso material de crimes; g) de ausência de justificação adequada das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP; h) do descabimento dos valores arbitrados a título de indenização civil, mormente em razão, dentre outras, da proibição da irretroatividade *in pejus* da lei penal (Lei nº 11.719/08). A defesa formulou, ao final, precisamente à fl. 8.506, pedidos alternativos de acatamento das teses preliminares e, ultrapassadas, de absolvição do apelante ou aplicação de sancionamento em patamares condizentes com a real situação fático-jurídica do réu.

Por intermédio da Apelação de fls. 8.507/8.569, busca a defesa do réu PEDRO TALVANE LUIS GAMA DE ALBUQUERQUE NETO, a desconstituição do veredicto condenatório, formulando, para tanto, argumentação centrada, principalmente, nas seguintes assertivas: a) preliminar de ausência de preclusão da sentença de pronúncia, visto que pendentes recursos excepcionais; b) preliminar de nulidade absoluta do julgamento, dada a ocorrência de erro na quesitação, com a utilização de expressões técnicas, capazes de gerar controvérsias e dúvidas de inteligência dos jurados, acarretando prejuízo ao réu; c) de decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos, em face da ausência de qualquer comprovação, minimamente aceitável, de autoria delitosa associada ao réu, sendo de se desconsiderar um único testemunho, desfavorável ao sentenciado, oriundo de pessoa inidônea (pistoleiro); d) de inexistência de provas de haver o apelante concorrido, tanto para o assassinato da deputada federal, como também para a execução das outras 3 (três) vítimas decorrentes da mesma ação delitosa; e) de incorreção na aplicação da pena, a partir do não reconhecimento da continuidade delitiva (art. 71 do CP), mas, ao contrário, do estabelecimento, na sentença, da regra do concurso material de crimes; f) de ausência de justificação adequada das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, a merecer total readaptação; g) do descabimento dos valores arbitrados a título de indenização civil, mormente em razão, dentre outras, da proibição da irretroatividade *in pejus* da lei penal (Lei nº 11.719/08). A defesa formulou, ao final, precisamente à fl. 8.568, pedidos alter-

nativos de acatamento das teses preliminares e, ultrapassadas, de absolvição do apelante ou aplicação de sancionamento em patamares condizentes com a real situação fático-jurídica do réu.

A defesa dos sentenciados JADIELSON BARBOSA DA SILVA, JOSÉ ALEXANDRE DOS SANTOS e MENDONÇA MEDEIROS DA SILVA, apresentou a apelação conjunta de fls. 8.646/8.670, suscitando, principalmente, as seguintes teses: a) preliminar de nulidade absoluta do julgamento, ante a verificação de incompetência superveniente do juízo sentenciante; b) preliminar de nulidade absoluta por ausência de motivação juridicamente aceitável para a responsabilização penal dos recorrentes, ante a insuficiência de considerações em torno das situações, *de per se*, individualizadas, dos apenados, dos fatos relatados na denúncia, assim também ocorrendo quando da fixação das reprimendas, notadamente sem adequada observância aos preceitos do art. 59 do Código Penal, sendo injustificável a exasperação da pena-base; c) da indevida conclusão sentenciante pelo reconhecimento da personalidade delinquencial dos recorrentes, bem como pela inobservância de anterior absolvição dos denunciados, ainda que decretada por juízo incompetente, caracterizando, assim, *bis in idem*; d) da imprestabilidade e da inconsistência de inúmeras provas, bem como de depoimentos contraditórios e, também, da não consideração de importantes declarações, fatos, relatórios policiais etc., que a defesa entende servíveis à proclamação da inocência dos recorrentes; e) da ilegalidade da decretação e manutenção da segregação (prisão preventiva) dos apelantes. Requereu-se, ao final, a nulidade do julgamento, dada a inocência que milita em prol dos recorrentes. Ultrapassada a tese de negativa de autoria, pugnou-se pela aplicação de penas que espelhem “os parâmetros dos moldes constitucionais garantistas explicitados na presente peça processual”.

Contrarrazões ministeriais oferecidas às fls. 8.683/8.712; fls. 8.713/8.743 e fls. 8.744/8.774, absolutamente contrárias às teses recursais.

Às fls. 8.776/8.842, Parecer do Ministério Público Federal oferecido nesta instância revisional, pelo não provimento dos recursos interpostos, mantendo-se a Sentença em todos os seus termos e comandos.

É o relatório. À doutra revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Entendo, inicialmente, ser necessário registrar a indicação deste processo, pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, para integrar o “Projeto Justiça Plena – Acompanhamento de Processos de Relevância Social –”, consoante informam os expedientes emanados da Corregedoria Nacional de Justiça, de fls. 7478/7480 (vol. 29), seguidos pelas respostas desta Relatoria, como se vê, por exemplo, das comunicações de fls. 7477, 7481, 7485, 7487, 7488, dentre outras.

A Sentença de fls. 8.226/8.376, proferida em 19 de janeiro de 2012, com base no veredicto emanado do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, objeto das irresignações levadas a efeito através dos apelos antes referenciados, não deverá sofrer qualquer modificação em seu teor e comandos, vez que as manifestações insurgentes – como adiante se verá – não se apresentam de molde a desconstituir sua idônea fundamentação técnica e em tudo compatível com o farto acervo probatório que aponta, obrigatoriamente, para a necessidade de confirmação da responsabilidade penal dos sentenciados, no episódio criminoso de incomum gravidade tratado nestes autos.

Princípio por enfrentar as teses recursais dispostas no apelo oferecido em prol do sentenciado ALÉCIO CÉSAR ALVES VASCO (fls. 8.480/8.506), rechaçando, de logo, a preliminar de nulidade da Sessão do Júri, ante a somente alegada continuidade da condição de “impronunciado” que militaría em favor do recorrente, a partir da declaração da incompetência da Justiça Comum Estadual do Estado de Alagoas e posterior convalidação dos atos processuais pela Justiça Federal (TRF e JF/AL).

É que, real e efetivamente, nem todos os atos foram ratificados pelo juízo competente, como se vê do teor da Decisão de fls. 5.904/5.925 (vol. 25), mas, sim, os de caráter instrutório, nos termos do art. 567 do Código de Processo Penal, confirmando-se, igualmente, o acervo probatório até então colhido na Justiça Co-

mum Estadual. Nessa linha, ratificou o juízo federal competente a denúncia oferecida em desfavor do ora recorrente ALÉCIO CÉSAR, como também foi proferida, na sequência, nova Sentença de Pronúncia, de fls. 5.999/6.029 (vol. 25), em que figurou o apelante como pronunciado.

Disso resulta não haver sentido na tese de continuidade da condição de impronunciado do réu ALÉCIO CÉSAR, pelo que **tenho tal preliminar como superada.**

A segunda preliminar suscitada no apelo do réu ALÉCIO CÉSAR, como sendo a de formulação de “quesitação genérica” aos jurados, acarretando dificuldades invencíveis para elaboração das respostas e, conseqüentemente, prejuízo à verdade dos fatos e malferimento à ampla defesa, também desmerece acolhimento.

Tal preliminar peca, principalmente, pela vagueza e genericidade de seus termos, sendo apenas levantada discordância quanto aos termos empregados nos quesitos ligados à participação delituosa, a exemplo das expressões *de qualquer modo* e *concorreu para os fatos*, sem, contudo, haver qualquer demonstração cabal relacionada a prejuízo concreto à inteligibilidade dos jurados e, conseqüentemente, ao livre exercício do direito de defesa do recorrente (*pás de nullité sans grief*).

Mais. Olvida a defesa do apelante a extemporaneidade da veiculação da insurgência em tela, visto que quando da lavratura do Termo de Votação de fls. 8.200/8.221 (vol. 33), consta, no intróito, a nota adiante reproduzida, da lavra do magistrado presidente, também subscrita por todos os causídicos defensores dos sentenciados, sem qualquer objeção à formulação do questionário, *verbis*: * *Quesitos formulados pelo juízo, sobre o qual não houve qualquer reclamação das partes, submetidos aos jurados:*

Bem se vê que não houve, em tempo hábil, qualquer formulação de irrisignação, nos moldes indicados, principalmente, pelo art. 484 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

Art. 484. A seguir, o presidente lerá os quesitos e **indagará das partes se têm requerimento ou reclamação a fazer**, devendo qualquer deles, bem como a decisão, constar da ata.

Parágrafo único. Ainda em plenário, o juiz presidente explicará aos jurados o significado de cada quesito. (Grifei)

Inegável a preclusão da irresignação ora posta em sede de questão preliminar, sendo, ainda, de se homenagear a dicção da Súmula nº 523/STF: *No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.* **Preliminar rejeitada.**

A preliminar de ocorrência de contradição dos jurados em resposta específica ao questionário do Júri deve ter o mesmo desfecho.

Trata a preliminar da quesitação alusiva à ocorrência de falso testemunho, assim entendida como não configurada pelos jurados (fl. 8.220 - vol. 33), com relação a dois depoimentos testemunhais que deram pela confirmação da participação de corréu (JOSÉ ALEXANDRE), apesar de em momento anterior admitirem álibi desse mesmo corréu.

Quanto ao fato antes narrado, inexistente a menor indicação, pela defesa do recorrente, de haver importado em específico prejuízo ao livre exercício do direito de defesa do sentenciado. Trata-se, com efeito, de mera conjectura dissociada do mais que patenteado consórcio criminoso enredado pelos acusados, incapaz, então, de reverter o resultado de toda uma quesitação, sistematicamente organizada, sem que se possa revelar, minimamente, prejudicada por simples e desfundamentada ilação, extemporânea, de tese de negativa de autoria fulcrada em hipotética não-participação de corréu.

É também o caso de prevalência do princípio *pás de nullité sans grief*, alinhado à diretiva da Súmula nº 523/STF: *No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.* **Preliminar rejeitada.**

Seguem-se, no mais, questionamentos recursais totalmente desprovidos de substrato minimamente plausível, apresentados sem indicação pontual de eventuais atecniais do julgado, porquanto suscitados de forma superficial, perfunctória, amparados em genéricas e lacunosas “assertivas” de imprestabilidade de provas,

com suporte mais em posições doutrinárias que se imagina aplicáveis à espécie, do que mesmo associadas a fatos especificamente abordados no *decisum*.

Busca-se, pura e simplesmente, a desqualificação das provas colhidas no inquisitório policial sem, contudo, apresentar a defesa elementos tecnicamente capazes de infirmar o arsenal de provas testemunhais e científicas (perícias de toda ordem) que, reunidas e acrescidas ao plexo probatório que exsurgiu da instrução processual, formam, incontestavelmente, um todo sistêmico, lógico, e de solidez não abalável por meras ilações de conteúdo fragmentário.

A defesa do recorrente erige, como dito, sem qualquer lastro juridicamente relevante, raciocínios imprecisos sobre eventual ilegalidade de aspectos da investigação policial, a exemplo de “gravação de conversa informal” entre corrêus, desconsiderando, contudo, tanto a necessidade de provar juridicamente tal ilegalidade, como também o fato de o veredicto condenatório não se fiar em apenas esse elemento de prova, havido como ilegal, mas, ao contrário, em todo um edifício lógico de provas concatenadas e indissociáveis umas das outras.

Tergiversa, inclusive, a defesa – despida da menor precisão argumentativa – , quando transfere a autoria dos crimes em questão a outrem, terceiros não identificados, sem declinar nomes e paradeiros, além de atribuir a pessoa falecida o real conhecimento dos autores dos homicídios objeto destes autos, sem deixar, inclusive, de desqualificar importantes depoimentos reveladores da autoria da chacina em questão, unicamente por acepção pessoal totalmente negativa dirigida ao depoente (pistoleiro conhecido nas Alagoas), olvidando, entretanto, a relevância dos informes que advieram de tais testemunhos, visto que confirmados no curso da investigação e, também, finda a instrução processual.

Fato é que a peça recursal relacionada ao apelante ALÉCIO CÉSAR ALVES VASCO não se entremostra capaz de lograr êxito algum quanto ao desiderato de desconstituir o édito condenatório, por este apresentar total alinhamento com o esforço acusatório balizado em leque amplíssimo de provas, como se vê do rol descrito em sede de Alegações Finais (fls. 5.933/5.960 - vol. 25), intei-

ramente referendado quando do julgamento em Sessão do Tribunal do Júri.

Ora, nem de longe a presente defesa reuniu elementos mínimos para desconstituir o pleno reconhecimento da autoria e materialidade delituosas imputadas ao apelante ALÉCIO CÉSAR ALVES VASCO, no episódio do quádruplo homicídio, a partir, principalmente, das Alegações Finais do Ministério Público Federal (fls. 5.933/5.960 - vol. 25), justificadamente integralizadas no corpo da Sentença de fls. 8.226/8.376 (vol. 33), merecendo a transcrição de alguns excertos do *decisum*, alusivos ao recorrente, como segue:

A) DO HOMICÍDIO DE JOSEFA SANTOS CUNHA

151. Havendo o corpo de jurados concluído que o réu concorreu para o homicídio de Josefa Santos Cunha, agindo em concurso com terceiras pessoas, que efetivaram disparos de arma de fogo contra a vítima, havendo os jurados concluído, ainda, que o referido acusado agiu mediante promessa de recompensa, bem como que a ação se deu de forma a dificultar ou tornar impossível a defesa da vítima, eis que teria invadido ambiente doméstico, interrompendo de súbito uma reunião familiar onde as vítimas se encontravam totalmente indefesas e as surpreenderam com tiros a curta distância de armas de grosso calibre, restam inafastáveis as qualificadoras do art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal, de modo que a pena base a ser aplicada deve ater-se aos limites de 12 a 30 (de doze a trinta) anos de reclusão.

(...);

155. Segundo as conclusões a que chegou o conselho de sentença, o acusado contribuiu decisivamente para a morte Josefa Santos Cunha, agindo em coautoria com o acusado que efetuou o disparo fatal contra a referida vítima.

156. Os vestígios identificados pela perícia fls. 85/91, deixam claro que os réus agiram em conjunto com o intuito de suprimir a vida da Deputada Ceci Cunha e de quem quer que estivesse em sua companhia, de modo que o fato de o acusado ALÉCIO CÉSAR ALVES VASCO ter ou não efetuado o disparo que pôs termo à vida de Josefa Santos Cunha não é suficiente para eximi-lo da participação do homicídio em análise.

157. Ao contrário, ao dizer que “pelos elementos encontra-

dos, são acordes os signatários em afirmarem terem ocorrido no local em causa, quatro mortes violentas perpetradas por emprego de arma de fogo, por mais de um agressor” (cf. fl. 92), o laudo pericial deixa clara a existência de mútua cooperação entre os acusados, evidenciando que a decisão sobre a qual deles caberia suprimir a vida de Josefa Santos Cunha foi meramente circunstancial.

158. Ressalto, nesse ponto, que a censurabilidade da conduta perpetrada pelo acusado defluiu-se da forma bárbara da qual se revestiu a ação, somente compatível com o dolo de matar. Não há como extrair outra intenção de quem invade ou auxilia terceiros a invadirem ambiente particular, desguarnecido de qualquer proteção, e desferirem contra todos que ali se encontram disparos de arma de fogo a curta distância.

159. Conforme dito anteriormente, não se está considerando a culpabilidade em sentido estrito, o dolo e a reprovabilidade ínsitos ao ato de retirar a vida de outrem, mas sim o dolo e a censurabilidade que extravasam aqueles já inerentes ao crime de homicídio.

160. Observo ainda, como se a incontestável presença do acusado na cena de crime atroz não fora suficiente para agravar a pena base, que o acusado participou da fase preparatória, comprando armas e veículos empregados na consumação da chacina, consoante se verifica da confissão extrajudicial prestada por José Alexandre dos Santos às fls. 1036/1037, a qual constitui meio de prova válido quando corroborada por outros meios de prova:

Que vendeu uma pistola calibre 9mm, marca Taurus para Alécio (...) Que, o Alécio teria comprado em Maceió um automóvel Fiat Uno verde 4 portas, para fazer um serviço juntamente com um pessoal em Maceió; que o pessoal referido seriam os assessores do Deputado Talvane, de nome Jadielson, Mendonça e um ex-policial Militar que trabalhava com o citado Deputado que o declarante sabe informar que para a prática do crime foram utilizados dois automóveis, um Uno verde e um Santana de cor preta ou azul marinho de propriedade do Deputado Talvane (...).

161. Conforme já ressaltado anteriormente, a despeito do referido depoimento haver sido objeto de posterior retificação, não enxergo razões para desconsiderá-lo, uma vez que se mostra compatível com os demais fatos apurados nos autos, existindo farta jurisprudência reputando válida

a utilização de prova colhida na fase inquisitorial quando confirmada por outros elementos de prova produzidos sob o crivo do contraditório.

162. No caso sob análise, o teor do depoimento prestado pelo acusado José Alexandre dos Santos mostra-se compatível com outras provas coligidas aos autos, a exemplo de: (a) as declarações prestadas por Valmir Pereira Campos, que disse ter visto um Fiat Uno, cor verde, ocupado por três pessoas, deixar a rua Eloi de Lemos França em grande velocidade, por volta das 18h00min de 16 de dezembro de 1998 (cf. fls. 5102/5103); (b) documento de fl. 1159 indica ser o veículo VW/Santana, placa JEZ0385 - Brasília, de propriedade de Pedro Leão de Menezes Filho, irmão de Pedro Talvane Albuquerque; (c) laudo de fls. 1140/1146, registrando a localização de um automóvel Fiat Uno carbonizado no quilômetro 105, da BR101 Sul, na Usina Terra Nova, localizada no Município de Pilar, entre os municípios de Satuba (onde Mendonça Medeiros disse ter ficado aguardando Jadielson, Alécio e José Alexandre) e Atalaia (localidade onde foi registrada uma chamada telefônica entre os aparelhos celulares portados por Alécio e Mendonça Medeiros), tudo em conformidade com a confissão extrajudicial de Mendonça Medeiros; (d) as declarações prestadas por Maurício Guedes, vulgo “Chapéu de Couro”, em juízo, confirmando a presença de Jadielson e Mendonça Medeiros no encontro entre Maurício Guedes e Talvane Albuquerque ocorrido em Juazeiro para contratar o homicídio de Augusto Farias (fls. 43/51, 1938/1942, 2437/2440, 5118/5119); (e) fatura de fls. 35/39, indicando que Jadielson esteve hospedado no Hotel Pousada de Juazeiro entre 15.11.1998 e 19.11.1998; (f) o registro de cruzamento de ligações telefônicas de fls. 4108/4113, confirmando o trajeto descrito por Mendonça Medeiros, nos horários por ele indicados, em tudo compatível com a execução dos homicídios referidos na denúncia; (g) os depoimentos prestados por Augusto Farias, confirmando a versão de Maurício Guedes de que Talvane intencionava matar um Deputado Federal para garantir sua diplomação ainda em 1998 (cf. fls. 31/34 e 5113/5114); (h) o fato dos sobreviventes da chacina haverem reconhecido seus executores (fls. 1718/1719, 5105/5107); dentre outros elementos. (...);

B) DO HOMICÍDIO DE JUVENAL CUNHA DA SILVA

185. Havendo o corpo de jurados concluído que o réu concorreu para o homicídio de Juvenal Cunha da Silva, agindo em concurso os corréus que efetuaram os disparos de arma de fogo contra a referida vítima, concluindo os jurados, ainda, que o referido acusado agiu mediante promessa recompensa, bem como que a ação se deu de forma a dificultar ou tornar impossível a defesa da vítima e que a morte de Juvenal Cunha da Silva se deu com o escopo de assegurar a impunidade do homicídio perpetrado contra Josefa Santos Cunha, restam inafastáveis as qualificadoras do art. 121, § 2º, I, IV e V, do Código Penal, de modo que a pena base a ser aplicada deve ater-se aos limites de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão.

186. Entendo que o modo pelo qual se revestiu a ação do acusado, impossibilitando a defesa da vítima, é suficiente para a aplicação da qualificadora, motivo pelo qual me reservo a considerar o fato de o acusado ter agido mediante promessa de recompensa, assim como o fato de a morte de Juvenal Cunha da Silva haver se dado com o escopo de assegurar a impunidade do homicídio perpetrado contra Josefa Santos Cunha nas fases seguintes de aplicação da pena.

(...);

188. Porque os homicídios foram praticados conjuntamente e sob as mesmas circunstâncias, não enxergo óbices em estender ao acusado os mesmos fundamentos que justificaram o agravamento da pena aplicada em razão do homicídio de Josefa Santos Cunha, eis que indicam igual dolo de matar também Juvenal Cunha da Silva.

(...);

192. No que diz respeito ao comportamento da vítima, entendo que a pena a ser aplicada deve refletir o fato de Juvenal Cunha da Silva não haver adotado comportamento algum hábil a instigar qualquer sentimento que minorasse a censurabilidade ou ao menos tornasse compreensível a violência de ter ceifada sua vida. Segundo as testemunhas presentes no momento do crime, a vítima não esboçou reação alguma contra o acusado, cf. fls. 304/305 confirmado na sessão do júri:

(...) que após a deputada entrar para visitar a sobrinha, o depoente disse para Juvenal que iria até o corredor para

apanhar o aguador e, ao retornar com o aguador ouviu alguém dizer: “A deputada é esta!”, em seguida ouviu vários estampidos e a mãe do depoente dissera “Meu deus, não façam isso!” (...)

(...);

C) DO HOMICÍDIO DE IRAN CARLOS MARANHÃO PUREZA

199. Havendo o corpo de jurados concluído que o réu concorreu para a morte de Iran Carlos Maranhão Pureza, provocado por disparos de arma de fogo, concluindo os jurados, ainda, que o referido acusado agiu mediante promessa de recompensa, bem como que a ação se deu de forma a dificultar ou tornar impossível a defesa da vítima e que a morte de Iran Carlos Maranhão Pureza se deu com o escopo de assegurar a impunidade do homicídio perpetrado contra Josefa Santos Cunha, restam inafastáveis as qualificadoras do art. 121, § 2º, I, IV e V, do Código Penal, de modo que a pena base a ser aplicada deve ater-se aos limites de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão.

(...);

202. Segundo as conclusões a que chegou o conselho de sentença, o acusado contribuiu decisivamente para a morte Iran Carlos Maranhão Pureza, agiu prestando auxílio àqueles que invadiriam sua residência e efetivaram disparos contra a referida vítima.

203. Os vestígios identificados pela perícia fls. 85/91, deixam claro que os réus agiram em conjunto com o intuito de suprimir a vida da Deputada Ceci Cunha e de quem quer que estivesse em sua companhia, de modo que o fato de o acusado ALÉCIO CÉSAR ALVES VASCO não ter efetuado o disparo que pôs termo à vida de Iran Carlos Maranhão Pureza não é suficiente para eximi-lo da participação no homicídio em análise.

204. Embora as conclusões do corpo de jurados indiquem que o réu ALÉCIO CÉSAR ALVES VASCO não acionou o gatilho da arma cujo disparo extinguiu a vida de Ítala Neyde Maranhão Pureza, sua ação contribuiu de forma definitiva para o resultado letal e a pena imposta deve necessariamente considerar o elevado grau de culpabilidade de sua conduta.

205. Ressalto, nesse ponto, que a censurabilidade da conduta perpetrada pelo acusado deflui-se da forma bárbara

da qual se revestiu a ação, somente compatível com o dolo de matar. Não há como extrair outra intenção de quem invade, na companhia de outrem, ou auxilia terceiros a invadirem ambiente particular, desguarnecido de qualquer proteção, e dispararem contra todos que ali se encontram disparos de arma de fogo a curta distância.

206. Observo ainda, como se a incontestável presença do acusado na cena de crime atroz não fora suficiente para agravar a pena base, que o acusado participou da fase preparatória, comprando armas e veículos empregados na consumação da chacina, consoante se verifica do depoimento prestado por José Alexandre dos Santos às fls. 1036/1037.

207. Conforme já ressaltado anteriormente, a despeito do referido depoimento haver sido objeto de posterior retificação, não enxergo razões para desconsiderá-lo, uma vez que se mostra compatível com os demais fatos apurados nos autos.

(...);

213. Aqui, igualmente do que se observou no homicídio perpetrado por Jadielson Barbosa da Silva, o fato de a ação haver se dado em ambiente familiar, no qual a vítima naturalmente julgava desnecessária qualquer atenção maior à sua segurança, aliada à brutalidade empregada pelo acusado contra a vítima, ao invadir a residência de parentes acompanhado de outros homens igualmente armados, atingindo-lhe com um único tiro no peito, perfazem circunstância que não deve ser desconsiderada na fixação da pena base.

(...);

D) DO HOMICÍDIO DE ÍTALA NEYDE MARANHÃO PUREZA

224. Havendo o corpo de jurados concluído que o réu correu para a morte de Ítala Neyde Maranhão Pureza, produzida por disparos de arma de fogo, concluindo os jurados, ainda, que o referido acusado agiu mediante promessa de recompensa, bem como que a ação se deu de forma a dificultar ou tornar impossível a defesa da vítima e que a morte de Ítala Neyde Maranhão Pureza se deu com o escopo de assegurar a impunidade do homicídio perpetrado contra Josefa Santos Cunha, restam inafastáveis as qualificadoras do art. 121, § 2º, I, IV e V, do Código Penal, de

modo que a pena base a ser aplicada deve ater-se aos limites de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão.

(...);

227. Segundo as conclusões a que chegou o conselho de sentença, o acusado contribuiu decisivamente para a morte Ítala Neyde Maranhão Pureza, agiu prestando auxílio àqueles que invadiriam sua residência e efetivaram disparos contra a referida vítima.

228. Os vestígios identificados pela perícia fls. 85/91, deixam claro que os réus agiram em conjunto com o intuito de suprimir a vida da Deputada Ceci Cunha e de quem quer que estivesse em sua companhia, de modo que o fato de o acusado ALÉCIO CÉSAR ALVES VASCO não ter efetuado o disparo que pôs termo à vida de Ítala Neyde Maranhão Pureza não é suficiente para eximi-lo da participação no homicídio em análise.

229. Ao contrário, ao dizer que “pelos elementos encontrados, são acordes os signatários em afirmarem terem ocorrido no local em causa, quatro mortes violentas perpetradas por emprego de arma de fogo, por mais de um agressor” (cf. fl. 92), o laudo pericial deixa clara a existência de mútua cooperação entre os acusados, evidenciando que a decisão sobre a qual deles caberia suprimir a vida de Ítala Neyde Maranhão Pureza foi meramente circunstancial.

230. Embora as conclusões do corpo de jurados indiquem que o réu ALÉCIO CÉSAR ALVES VASCO não acionou o gatilho da arma cujo disparo extinguiu a vida de Ítala Neyde Maranhão Pureza, sua ação contribuiu de forma definitiva para o resultado letal e a pena imposta deve necessariamente considerar o elevado grau de culpabilidade de sua conduta.

231. Ressalto, nesse ponto, que a censurabilidade da conduta perpetrada pelo acusado deflui-se da forma bárbara da qual se revestiu a ação, somente compatível com o dolo de matar. Não há como extrair outra intenção de quem invade, na companhia de outrem, ou auxilia terceiros a invadirem ambiente particular, desguarnecido de qualquer proteção, e dispararem contra todos que ali se encontram disparos de arma de fogo a curta distância.

232. Observo ainda, como se a incontestável presença do acusado na cena de crime atroz não fora suficiente para agravar a pena base, que o acusado participou da fase preparatória, comprando armas e veículos empregados na

consumação da chacina, consoante se verifica da confissão prestada por José Alexandre dos Santos às fls. 1036/1037.

233. Conforme já ressaltado anteriormente, a despeito do referido depoimento haver sido objeto de posterior retificação, não enxergo razões para desconsiderá-lo, uma vez que se mostra compatível com os demais fatos apurados nos autos.

Como visto, quedam insuficientes os tópicos recursais formulados com o propósito de demonstrar a negativa da autoria delitiva imputada ao recorrente ALÉCIO CÉSAR ALVES VASCO, dada a ausência de elementos aptos a desmontar o plexo probatório reunido pela acusação, cujo resumo consta nas Alegações Finais do Ministério Público Federal, de fls. 5.933/5.960 (vol. 25).

Desmerece acolhida, igualmente, a argumentação voltada ao reconhecimento da ocorrência da continuidade delitiva prevista no art. 71, do Código Penal, em substituição ao regramento, utilizado na Sentença, do concurso material de crimes, dada a incontestável ausência de preenchimento de requisito de cunho subjetivo para a sua configuração, a saber, o da unidade de desígnios, em que pese verificadas as condições idênticas de tempo, espaço e *modus operandi*, quando da perpetração do quádruplo homicídio. É que o móvel do assassinato da Deputada Federal CECI CUNHA é em tudo diverso da motivação que levou à execução, igualmente bárbara, das demais vítimas.

Assim, bem andou a representação do *parquet* ao erigir o magistério adiante reproduzido, extraído de passagem específica das contrarrazões (fl. 8.738), *verbis*:

Também não deve prosperar a pretensão recursal consistente no reconhecimento da continuidade delitiva na hipótese vertente, porquanto, muito embora se verifique *in casu* a mesma condição de tempo e modo de execução, os desígnios que motivaram as práticas dos quatro homicídios são autônomos entre si, uma vez que a morte da Deputada Federal Ceci Cunha tinha o móvel de garantir-se ao corréu, Sr. Pedro Talvane Luís Gama de Albuquerque Neto, a assunção daquele cargo eletivo referido na qualidade de primeiro suplente, e as mortes dos Srs. Juvenal Cunha da Silva, Iran Carlos Maranhão Pureza e Ítala Neyde Mara-

nhão Pureza, com a finalidade de assegurar a impunidade ou a vantagem daquele primeiro crime.

Adoto, na mesma linha, o respeitável julgado reverenciado pelo Ministério Público Federal (STJ - Processo 200901642963, HC 145.413, 5ª Turma, DJE 06/12/2010, Rel. Min. Jorge Mussi), para afastar a pretensão ora enfrentada. Segue reprodução da ementa do precedente:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ANTECEDENTES CRIMINAIS E PERSONALIDADE VOLTADA À PRÁTICA DE DELITOS. DIVERSAS ANOTAÇÕES PENAIS. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE PARA AFASTAR A AFIRMAÇÃO JUDICIAL. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Inviável afastar a conclusão de existência de maus antecedentes e de personalidade voltada à prática delitiva, quando a documentação colacionada aos autos é insuficiente para elidir as afirmações feitas pelas instâncias ordinárias de que o paciente possui anteriores envolvimento com a prática de roubos e formação de quadrilha, indicativos de que sua incursão no ilícito não é esporádico. CONDENAÇÕES. CONTINUIDADE DELITIVA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. REQUISITOS DO ART. 71 DO CP. NÃO PREENCHIMENTO. AUSÊNCIA DE UNIDADE DE DESÍGNIOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

2. Para a caracterização da continuidade delitiva, é imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução - e subjetiva - unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos (art. 71 do CP) (Teoria Mista ou Objetivo-subjetiva).

3. *In casu*, inviável o reconhecimento do crime continuado, pois, embora sejam delitos da mesma espécie (homicídio qualificado), foram praticados contra vítimas diferentes e com desígnios autônomos.

4. A via estreita do *habeas corpus* é inadequada para um maior aprofundamento na apreciação dos fatos e provas constantes nos processos de conhecimento para a verificação do preenchimento das circunstâncias exigidas para o reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado.

Precedentes desta Corte Superior.

5. Ordem denegada.

Acertada, como visto, a aplicação do regramento específico do concurso material de crimes, previsto no art. 69 do Código Penal.

No mais, não há que se falar em ausência de justificação adequada das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, como alegado na peça recursal do réu ALÉCIO CÉSAR ALVES VASCO, sendo certo aqui salientar a plena observância ao processo de individualização da pena, com todo o seu *iter procedimentalis* disciplinado no art. 59 do Código Penal, que se completa com as disposições do art. 68 do mesmo estatuto, preconizador do sistema trifásico.

Note-se a precisa e escorreita fundamentação voltada à exasperação da pena-base, refletida na análise de cada homicídio perpetrado, ou seja, de forma individualmente considerada, a saber:

A) DO HOMICÍDIO DE JOSEFA SANTOS CUNHA

(...)

153. Passo a analisar as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal.

(...);

156. Os vestígios identificados pela perícia, fls. 85/91, deixam claro que os réus agiram em conjunto com o intuito de suprimir a vida da Deputada Ceci Cunha e de quem quer que estivesse em sua companhia, de modo que o fato de o acusado ALÉCIO CÉSAR ALVES VASCO ter ou não efetuado o disparo que pôs termo à vida de Josefa Santos Cunha não é suficiente para eximi-lo da participação do homicídio em análise.

157. Ao contrário, ao dizer que “pelos elementos encontrados, são acordes os signatários em afirmarem terem ocorrido no local em causa, quatro mortes violentas perpetradas por emprego de arma de fogo, por mais de um agressor” (cf. fl. 92), o laudo pericial deixa clara a existência de mútua cooperação entre os acusados, evidenciando que a decisão sobre a qual deles caberia suprimir a vida de Josefa Santos Cunha foi meramente circunstancial.

158. Ressalto, nesse ponto, que a censurabilidade da conduta perpetrada pelo acusado deflui-se da forma bárbara da qual se revestiu a ação, somente compatível com o

dolo de matar. Não há como extrair outra intenção de quem invade ou auxilia terceiros a invadirem ambiente particular, desguarnecido de qualquer proteção, e desferirem contra todos que ali se encontram disparos de arma de fogo a curta distância.

159. Conforme dito anteriormente, não se está considerando a culpabilidade em sentido estrito, o dolo e a reprovabilidade ínsitos ao ato de retirar a vida de outrem, mas sim o dolo e a censurabilidade que extravasam aqueles já inerentes ao crime de homicídio.

160. Observo ainda, como se a incontestável presença do acusado na cena de crime atroz não fora suficiente para agravar a pena base, que o acusado participou da fase preparatória, comprando armas e veículos empregados na consumação da chacina, consoante se verifica da confissão extrajudicial prestada por José Alexandre dos Santos às fls. 1036/1037, a qual constitui meio de prova válido quando corroborada por outros meios de prova:

Que vendeu uma pistola calibre 9 mm, marca Taurus para Alécio (...) Que, o Alécio teria comprado em Maceió um automóvel Fiat Uno verde 4 portas, para fazer um serviço juntamente com um pessoal em Maceió; que o pessoal referido seriam os assessores do Deputado Talvane, de nome Jadielson, Mendonça e um ex-policial Militar que trabalhava com o citado Deputado que o declarante sabe informar que para a prática do crime foram utilizados dois automóveis, um Uno verde e um Santana de cor preta ou azul marinho de propriedade do Deputado Talvane (...).

161. Conforme já ressaltado anteriormente, a despeito do referido depoimento haver sido objeto de posterior retificação, não enxergo razões para desconsiderá-lo, uma vez que se mostra compatível com os demais fatos apurados nos autos, existindo farta jurisprudência reputando válida a utilização de prova colhida na fase inquisitorial quando confirmada por outros elementos de prova produzidos sob o crivo do contraditório.

(...)

163. Desta feita, em atenção à elevada culpabilidade do acusado, entendo que a pena base aplicada deve afastar-se do mínimo legalmente previsto.

(...)

166. Os elementos coligidos aos autos indicam que o acusado tem personalidade propensa às práticas criminosas.

Conforme confissão de Mendonça Medeiros da Silva, o réu não somente aceitou participar de outros homicídios, como também tentou executá-los, embora não tenha alcançado o fim almejado.

167. Segundo depoimento de fls. 1299/1303, ALÉCIO CÉSAR ALVES VASCO e os também acusados Jadielson, José Alexandre dos Santos e Mendonça Medeiros da Silva, tentaram assassinar o Deputado Augusto Farias durante carnaval fora de época em Maceió, dias antes da chacina que vitimou a Deputada Federal Ceci Cunha.

(...)

169. A forma segundo a qual tudo ocorreu também grita a personalidade nociva do acusado. Não vejo como não reconhecer a referida circunstância judicial na conduta de quem adentra ou presta auxílio a quem adentra ambiente íntimo, onde estão presentes pessoas sabidamente desarmadas e friamente dizima todos com pistolas e armas de caça.

(...)

171. Assim, entendo que a personalidade do acusado autoriza o agravamento da pena base.

172. De tal disposição para matar, associada à violência investida contra Josefa dos Santos Cunha, Juvenal Cunha da Silva, Iran Carlos Maranhão Pureza e Ítala Neyde Maranhão Pureza, delineia personalidade perniciososa do acusado e constitui elemento que impõe a fixação de pena base elevada.

(...)

174. Entendo que as circunstâncias nas quais foi cometido o crime em comento também embasam a majoração da pena base.

175. Aqui, igualmente do que se observou nos homicídios perpetrados por Jadielson Barbosa da Silva e José Alexandre dos Santos, o fato de a ação haver se dado em ambiente familiar, no qual a vítima naturalmente julgava desnecessária qualquer atenção maior à sua segurança, aliada à brutalidade empregada pelo acusado contra a vítima, ao invadir a residência de parentes acompanhado de outros homens igualmente armados, atingindo-lhe com um único tiro no pescoço, perfazem circunstância que não deve ser desconsiderada na fixação da pena base.

176. Não se está aqui valorando em duplicidade o fato de a ação do acusado não ter viabilizado a defesa da vítima,

neste ponto, conforme já observado em relação aos réus Jadielson Barbosa da Silva, consideram-se as outras circunstâncias que acercaram o crime em questão, mais especificamente a desproporção entre a violência empregada pelo acusado e a agressão estritamente necessária à obtenção do resultado almejado.

177. No que concerne às consequências do crime, entendo que extravasam a gravidade das consequências nocivas ínsitas ao crime de homicídio, eis que causou grande alarma social, exigindo a imposição de pena base superior ao mínimo legalmente previsto.

178. Não se pode deslembrar que o crime em comento foi praticado contra autoridade integrante do Poder legislativo Federal, brutalmente assassinada no interior da casa de parentes, causando grande clamor popular.

179. Por fim, no que diz respeito ao comportamento da vítima, entendo que a pena a ser aplicada deve refletir o fato de Josefa Santos Cunha, afora a inofensiva e lícita diplomação como Deputada Federal, não haver adotado comportamento algum hábil a instigar qualquer sentimento que minorasse a censurabilidade ou ao menos tornasse compreensível a violência de ter ceifada sua vida. Segundo as testemunhas presentes no momento do crime, a vítima não esboçou reação alguma contra o acusado.

180. Desta feita, observo a culpabilidade e personalidade do réu, assim como as circunstâncias e consequências do crime e ausência de contribuição da vítima para o resultado criminoso recomendam a imposição de pena superior ao mínimo legal, motivo pelo qual aumento a pena em 2/3 (dois terços), fixando a pena base em 20 (vinte) anos de reclusão.

(...)

B) DO HOMICÍDIO DE JUVENAL CUNHA DA SILVA

(...)

187. Passo a analisar as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.

188. Porque os homicídios foram praticados conjuntamente e sob as mesmas circunstâncias, não enxergo óbices em estender ao acusado os mesmos fundamentos que justificaram o agravamento da pena aplicada em razão do homicídio de Josefa Santos Cunha, eis que indicam igual dolo de matar também Juvenal Cunha da Silva.

(...)

191. Utilizo-me dos argumentos anteriormente expostos para justificar o agravamento da pena em razão da personalidade do acusado, bem como em razão das circunstâncias e consequências do crime.

192. No que diz respeito ao comportamento da vítima, entendendo que a pena a ser aplicada deve refletir o fato de Juvenal Cunha da Silva não haver adotado comportamento algum hábil a instigar qualquer sentimento que minorasse a censurabilidade ou ao menos tornasse compreensível a violência de ter ceifada sua vida. Segundo as testemunhas presentes no momento do crime, a vítima não esboçou reação alguma contra o acusado, cf. fls. 304/305 confirmado na sessão do júri:

(...) que após a deputada entrar para visitar a sobrinha, o depoente disse para Juvenal que iria até o corredor para apanhar o aguador e, ao retornar com o aguador ouviu alguém dizer: “A deputada é esta!”, em seguida ouviu vários estampidos e a mãe do depoente dissera “Meu deus, não façam isso!” (...)

193. Desta feita, observo que a culpabilidade e personalidade do réu, assim como as circunstâncias e consequências do crime e ausência de contribuição da vítima para o resultado criminoso recomendam a imposição de pena superior ao mínimo legal, motivo pelo qual aumento a pena em 2/3 (dois terços), fixando a pena base em 20 (vinte) anos de reclusão.

(...)

C) DO HOMICÍDIO DE IRAN CARLOS MARANHÃO PUREZA

201. Passo a analisar as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal.

202. Segundo as conclusões a que chegou o conselho de sentença, o acusado contribuiu decisivamente para a morte Iran Carlos Maranhão Pureza, agiu prestando auxílio àqueles que invadiriam sua residência e efetivaram disparos contra a referida vítima.

203. Os vestígios identificados pela perícia fls. 85/91, deixam claro que os réus agiram em conjunto com o intuito de suprimir a vida da Deputada Ceci Cunha e de quem quer que estivesse em sua companhia, de modo que o fato de o acusado ALÉCIO CÉSAR ALVES VASCO não

ter efetuado o disparo que pôs termo à vida de Iran Carlos Maranhão Pureza não é suficiente para eximi-lo da participação no homicídio em análise.

(...)

205. Ressalto, nesse ponto, que a censurabilidade da conduta perpetrada pelo acusado defluiu-se da forma bárbara da qual se revestiu a ação, somente compatível com o dolo de matar. Não há como extrair outra intenção de quem invade, na companhia de outrem, ou auxilia terceiros a invadirem ambiente particular, desguarnecido de qualquer proteção, e dispararem contra todos que ali se encontram disparos de arma de fogo a curta distância.

206. Observo ainda, como se a incontestável presença do acusado na cena de crime atroz não fora suficiente para agravar a pena base, que o acusado participou da fase preparatória, comprando armas e veículos empregados na consumação da chacina, consoante se verifica do depoimento prestado por José Alexandre dos Santos às fls. 1036/1037.

(...)

210. Em relação aos antecedentes, conduta social e personalidade do acusado, peço vênia para me remeter aos fundamentos já expressados quando da análise dos homicídios perpetrados contra Josefa Santos Cunha e Juvenal Cunha da Silva.

(...)

213. Aqui, igualmente do que se observou no homicídio perpetrado por Jadielson Barbosa da Silva, o fato de a ação haver se dado em ambiente familiar, no qual a vítima naturalmente julgava desnecessária qualquer atenção maior à sua segurança, aliada à brutalidade empregada pelo acusado contra a vítima, ao invadir a residência de parentes acompanhado de outros homens igualmente armados, atingindo-lhe com um único tiro no peito, perfazem circunstância que não deve ser desconsiderada na fixação da pena base.

(...)

215. No que concerne às consequências do crime, entendendo que extravasam a gravidade das consequências nocivas ínsitas ao crime de homicídio, eis que causou grande alarma social, exigindo a imposição de pena base superior ao mínimo legalmente previsto.

(...)

217. Por fim, no que diz respeito ao comportamento da vítima, entendo que a pena a ser aplicada deve refletir o fato de Iran Carlos Maranhão Pureza não haver adotado comportamento algum hábil a instigar qualquer sentimento que minorasse a censurabilidade ou ao menos tornasse compreensível a violência de ter ceifada sua vida. Segundo o laudo pericial “A vítima Iran Carlos Maranhão Pureza, após ter caído ao solo, ainda foi atingida por disparos de arma de fogo” (cf. fl. 92).

218. Desta feita, observo a culpabilidade e personalidade do réu, assim como as circunstâncias e consequências do crime e ausência de contribuição da vítima para o resultado criminoso recomendam a imposição de pena superior ao mínimo legal, motivo pelo qual aumento a pena em 2/3 (dois terços), fixando a pena base em 20 (vinte) anos de reclusão.

(...)

D) DO HOMICÍDIO DE ÍTALA NEYDE MARANHÃO PUREZA

(...)

226. Passo a analisar as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal.

227. Segundo as conclusões a que chegou o conselho de sentença, o acusado contribuiu decisivamente para a morte Ítala Neyde Maranhão Pureza, agiu prestando auxílio àqueles que invadiriam sua residência e efetivaram disparos contra a referida vítima.

(...)

233. Conforme já ressaltado anteriormente, a despeito do referido depoimento haver sido objeto de posterior retificação, não enxergo razões para desconsiderá-lo, uma vez que se mostra compatível com os demais fatos apurados nos autos.

234. Conforme dito anteriormente, não se está considerando a culpabilidade em sentido estrito, o dolo e a reprovação insitos ao ato de retirar a vida de outrem, mas sim o dolo e a censurabilidade que extravasam aqueles já inerentes ao crime de homicídio.

235. Desta feita, em atenção à elevada culpabilidade do acusado, entendo que a pena base aplicada deve afastar-se do mínimo legalmente previsto.

Vê-se, então, a justificativa idônea utilizada pelo sentenciante para a fixação do *quantum* da pena-base em patamar além do mínimo, dada a judiciosa conclusão, sequer minimamente infirmada pela defesa, de que as circunstâncias judiciais são indiscutivelmente desfavoráveis ao apelante.

Irrefutável, por fim, a fundamentação legal para imposição da condenação pecuniária (art. 387, IV, do CPP), a merecer a transcrição dos excertos que seguem, que afastam, inclusive, a tese recursal de irretroatividade *in pejus* da legislação de regência:

(...)

556. Destaco que embora a possibilidade de fixação de indenização civil mínima na sentença penal seja novidade introduzida no Código de Processo Penal com a reforma de 2008 e, portanto, posteriormente aos fatos relatados da denúncia, inexistem óbices à sua aplicação no processo em epígrafe.

557. Isso porque o direito material à indenização cível não resulta da norma inserta no inciso IV, artigo 387 do CPP, a reforma processual penal apenas autorizou que o direito, já concretizado nos termos da legislação civil vigente, reste assentado na sentença penal condenatória.

558. No caso dos autos, há sempre que se destacar a absoluta irreparabilidade dos danos sofridos. Inexiste montante financeiro que restaure ou compense quatro vidas. Entretanto, o Direito recomenda a fixação de um valor, ainda que mínimo, em compensação ao mal infligido aos entes sobreviventes.

559. Ressalto, nesse ponto, que a jurisprudência pátria admite a indenização pelo dano em ricochete, em caráter excepcional, concedendo indenização, seja por danos morais, seja por danos materiais, em favor de terceiros que também sofreram com o mal causado à vítima direta do fato danoso.

(...)

560. Ponderando a extensão dos danos materiais sofridos, conforme recomenda o artigo 948 do Código Civil (equivalente ao art 1.537 do CC de 1916) conjuntamente com os parâmetros assentados pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo os quais se deve também considerar o grau de culpa do causador dos danos, a expectativa de vida daquele que morreram prematuramente e

seu padrão socioeconômico, passo a fixar o valor da indenização pelos danos materiais.

561. A jurisprudência tem fixado a fração de 2/3 (dois terços) dos vencimentos da pessoa falecida em favor de seu cônjuge e filhos menores, até a idade de 25 (vinte e cinco) anos. Já em favor do cônjuge, a indenização deve corresponder ao período de sobrevivência extirpado do falecido, calculado com base em dados do IBGE.

(...)

562. Em relação à Josefa Santos Cunha, Juvenal Cunha da Silva, Iran Carlos Maranhão Pureza resta clara a existência de filhos dependentes nos autos, à época dos fatos, devendo ser a análise de expectativa de vida e a base de cálculo salarial ser objeto de liquidação superveniente no âmbito cível, cabendo aqui fixar a indenização mínima no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para os dependentes de Josefa Santos Cunha, R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para os dependentes de Juvenal Cunha da Silva e R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para os dependentes de Iran Carlos Maranhão Pureza.

563. Em relação à Ítala Neyde Maranhão Pureza, inexistindo notícia de que deixou dependentes, não há que se falar em indenização mínima por danos materiais.

564. Por outro lado, no que concerne à fixação dos danos morais, cuja concretização é inegável, tenho por bem fixá-los no montante de 500 (quinhentos) salários mínimos por vítima, seguindo sempre os parâmetros delineados pelo STJ.

(...)

566. No que concerne aos beneficiários, tenho por bem definir os respectivos dependentes e, no caso de Ítala Neyde Maranhão Pureza, os seus sucessores.

Homenageio, por último, com a transcrição dos excertos adiante selecionados, a síntese fático-jurídica esgrimida pela representação do Ministério Público Federal, produzida em sede de contrarrazões (fls. 8.713/8.743), adotando tais argumentos como acréscimo à fundamentação deste voto, para negar provimento ao apelo do réu ALÉCIO CÉSAR ALVES VASCO:

Do exposto, está, portanto, demonstrado que as circunstâncias judiciais do art. 59 do CPB são desfavoráveis ao réu-apelante, justificando, destarte, elevação da pena-base

imposta ao mesmo, resultando nas seguintes reprimendas: 20 (vinte) anos e 10 (dez) meses de reclusão, 22 (vinte e dois) anos, 01 (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão, 22 (vinte e dois) anos, 01 (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão e 22 (vinte e dois) anos, 01 (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão, que em concurso material perfazem uma reprimenda de 86 (oitenta e seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão.

Impende, por conseguinte, destacar, a par dos fundamentos fático-jurídicos anteriormente coligidos, data máxima vênua, a existência do elemento subjetivo, o dolo do tipo penal referido no art. 121, § 2º, incisos I, IV e V (homicídio qualificado), do Código Penal Brasileiro na conduta da apelante, na qualidade de coautor de homicídio quádruplo contra a Deputada Federal de Alagoas, Exma Srª. Ceci Cunha, seu esposo, Sr. Juvenal Cunha da Silva, e um casal de amigos na residência destes, Srs. Iran Carlos Maranhão Pureza e sua esposa, Srª. Ítala Neyde Maranhão Pureza, com a finalidade, *permissa* vênua, espúria, torpe, de viabilizar a posse do primeiro suplente naquele cargo público eletivo anteriormente referido, mais especificamente o corrêu, Sr. Pedro Talvane Luís Gama de Albuquerque Neto; elementos jurídicos de convicção suficientes e aptos a dar suporte às condenações do mesmo pelas práticas de tais infrações penais, na forma consignada no *decisum* vergastado. Realmente, a prática da conduta delitiva descrita no art. 121, § 2º, incisos I, IV e V (homicídio qualificado) c/c art. 69 (concurso material) – porquanto resultando quatro vítimas diversas –, todos do CPB, foram apuradas a partir das provas colhidas ao longo de todo o *iter* processual penal, fortalecida, inclusive, pelos elementos de convicção produzidos durante a instrução penal, restando habilmente demonstrada a ocorrência dos fatos incriminados, autoria, materialidade, culpabilidade e elemento subjetivo do tipo, *dolus intensus*. Sendo, *data maxima* vênua, de manter-se a sentença condenatória por seus próprios fundamentos.

Improvido, pois, o apelo do réu ALÉCIO CÉSAR ALVES VASCO.

Passo à análise do recurso apresentado em prol do réu PEDRO TALVANE LUÍS GAMA DE ALBUQUERQUE NETO, de fls. 8.507/8.569.

Pois bem. Volta-se a primeira tese recursal da defesa do réu PEDRO TALVANE LUÍS GAMA DE ALBUQUERQUE NETO, apresentada como questão preliminar, à demonstração, que se verá inconsistente, de que a ausência de preclusão da sentença de pronúncia, visto que pendentes recursos excepcionais, importaria em nulidade absoluta do julgamento ora combatido.

Pois bem, essa mesma questão já foi, ao seu tempo, devidamente enfrentada e igualmente rechaçada por esta Relatoria, como se vê do teor da Decisão de fls. 7.427/7.432 (vol. 29), adiante em parte transcrita:

(...)

De resto, o v. aresto confirmatório da pronúncia, desafiador, apenas, de recursos sem efeito suspensivo, apresenta efeitos preclusivos quanto à admissibilidade da acusação (art. 421, *caput*, do CPP). Nesse sentido é a lição de GUILHERME DE SOUZA NUCCI no seu Código de Processo Penal Comentado (RT, 2008, p. 753):

(...) a decisão de pronúncia, por não se tratar de sentença terminativa de mérito, não gera coisa julgada material, impossível de ser alterada. Gera, somente, coisa julgada formal, ou seja, preclusão para o juiz, que não poderá alterá-la, salvo por motivo superveniente, devidamente previsto em lei.

Idêntico é o posicionamento do colendo Superior Tribunal de Justiça, que se vê nas ementas:

- RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE À LEI FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 619.

- **TRIBUNAL DO JÚRI. NULIDADE DO JULGAMENTO. INEXISTÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA.**

- CERCEAMENTO DE DEFESA. PRODUÇÃO DE PROVAS INDISPENSÁVEIS. MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO.

- INFLUÊNCIA DA MÍDIA E INVOCAÇÃO DE PARCIALIDADE DOS JURADOS. MATÉRIA PROBATÓRIA INVIÁVEL NA VIA EXCEPCIONAL.

- CONTRARIEDADE À PROVA. QUALIFICADORA DO MOTIVO TORPE. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DO MATERIAL COGNITIVO. SOBERANIA DOS VEREDICTOS.

- FORMULAÇÃO DE QUESITOS. COMPLEXIDADE. APONTAMENTO NA ATA DE JULGAMENTO. INEXISTÊNCIA. INVIABILIDADE DE CONSTATAÇÃO. RESPOSTAS ADEQUADAS. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA ORALIDADE.

- CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONSIDERAÇÃO PELO JÚRI. MATÉRIA DE PROVA QUANDO NÃO VISÍVEL A CONFISSÃO DO RÉU PERANTE O CONSELHO DE SENTENÇA. INOCORRÊNCIA DE CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS.

- QUESITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE QUESITO OBRIGATÓRIO ACERCA DA SEMI-IMPUTABILIDADE DO RÉU. OMISSÃO NÃO COMPROVADA. FALTA DE ANOTAÇÃO NA ATA.

- DOSIMETRIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. EXASPERAÇÃO INDEVIDA NO TOCANTE ÀS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS. CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS. COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DA CONFISSÃO E A AGRAVANTE DO MOTIVO TORPE.

1. Os embargos declaratórios não se prestam a responder a totalidade das dúvidas suscitadas pelas partes, mas a sanar os vícios constantes do acórdão, que no caso se mostraram inexistentes.

2. Segundo reiterado entendimento desta Corte, a inexistência do trânsito em julgado da sentença de pronúncia não é motivo suficiente para impedir o julgamento pelo Júri se a discussão encontra-se em sede excepcional.

3. A não produção de prova testemunhal requerida e inicialmente deferida, caso não produzida, não torna nulo o processo se a parte deixa de alegar o cerceamento em momento oportuno.

No caso, a pretendida oitiva da ex-esposa do réu na fase do juízo de acusação restou inviável com a sobrevivência da sentença de pronúncia, anterior à qual a parte não insistiu na diligência e na comprovação de sua imprescindibilidade.

4. Discussões extra-processo, como a que diz respeito à influência da mídia no julgamento pelo Júri, dependem do exame de prova, situação incabível em sede de especial, que também se afigura inócua ao intuito de consagrar eventual passionalidade dos jurados.

5. Uma vez compreendendo a qualificadora do motivo torpe a tudo o que foi projetado pela acusação e aceito pela sentença de pronúncia e pelo Conselho de Sentença, resta impossível afastá-la ou mesmo consignar a contrariedade à prova dos autos sem um mínimo de incursão no material cognitivo, o que, como dito, é defeso esta Corte realizar, *ex vi* do enunciado 7.

6. A complexidade da quesitação deve ser vista ante o postulado da oralidade que rege o julgamento do Tribunal do Júri, de modo que somente se concebe nulidade se houve a devida anotação na ata de julgamento.

Se pelas respostas dos jurados não se concebe a dita complexidade, não se há por conceber a alegação pura e simples de nulidade.

7. Não se mostrando, de pronto, pela simples leitura, a ausência de quesito obrigatório acerca da tese defensiva, não se pode atestar a existência de nulidade absoluta sem a constatação de apontamento na ata da sessão.

8. Representando a individualização da pena o ponto culminante da resposta penal, resta imprópria aceitar fundamentos externos ao fato delituoso, como o que se referiu o juiz do caso às consequências do crime.

9. A atenuante da confissão, uma vez reconhecida, deve ser concebida de forma preponderante, tendo a mesma equivalência, na espécie, da agravante do motivo torpe.

10. Recurso especial parcialmente provido pelo voto médio da Relatora, apenas para redimensionar a reprimenda penal ao *quantum* de 15 anos de reclusão.

(REsp 1.012.187/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/09/2008, DJe 20/10/2008 - Grifei.)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRONÚNCIA. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PELA DEFESA. ACOLHIMENTO DAS TESES DE EXCLUSÃO DE UMA QUALIFICADORA E DETERMINAÇÃO DE ELABORAÇÃO DE EXAME DE INSANIDADE MENTAL. PERÍCIA ATESTANDO A INIMPUTABILIDADE DO PACIENTE. PRETENSÃO DE PROLAÇÃO DE NOVA DECISÃO DE PRONÚNCIA AFASTADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. MODIFICAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. No procedimento escalonado do júri, a primeira

fase se esgota com a preclusão da decisão de pronúncia – aqui não se fala em trânsito em julgado, pois a decisão produz apenas coisa julgada formal.

2. É certo que diante da não interposição de recurso, foi certificada a preclusão do acórdão de recurso em sentido estrito, tendo havido a determinação de baixa dos autos à Comarca de origem. Assim, esgotada a primeira etapa do procedimento do júri, o correto seria dar natural prosseguimento à segunda etapa, providência determinada pelo Tribunal *a quo*.

3. Medida contrária somente se viabilizaria caso houvesse a anulação da decisão de pronúncia, o que de fato não ocorreu, pois se procedeu apenas à reforma desse *decisum*.

4. Na hipótese, o exame de insanidade mental realizado a partir de determinação emanada do Tribunal de Justiça em sede de recurso em sentido estrito atestou que o paciente era, ao tempo do fato, incapaz de entender o caráter ilícito de seus atos.

5. A pretensão defensiva – de prolação de nova decisão de pronúncia – não merece guarida diante da superveniência da preclusão do acórdão do recurso em sentido estrito, devendo a questão ficar reservada à apreciação do Júri popular.

6. Ordem denegada. Cassação da liminar deferida.

(HC 77.566/GO, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 31/08/2010, DJe 27/09/2010 - Grifei.)

Dessarte, considerando-se que o acórdão proferido no presente Recurso em Sentido Estrito desafia recursos raros, que, salvo casos excepcionais, não possuem efeito suspensivo, não se apresenta nenhum óbice ao cumprimento da decisão turmária desta Corte, razão pela qual DETERMINO a imediata remessa de cópias dos arestos proferidos neste RSE, bem assim deste decisório, ao Juízo da 1.^a Vara Federal da Seção Judiciária de Alagoas, para que o feito de origem prossiga regularmente.

(...). (Grifos no original)

Carece, pois, de amparo legal a preliminar antes referenciada, dada a ausência de suspensividade dos recursos excepcionais interpostos em face da Sentença de Pronúncia. **Preliminar rejeitada.**

A segunda preliminar suscitada no apelo do réu PEDRO TALVANE, como sendo a de nulidade absoluta do julgamento, dada a aventada ocorrência de erro na quesitação, com a utilização de expressões técnicas, capazes, segundo alegado, de gerar controvérsias e dúvidas de inteligência dos jurados quanto à participação do apelante no cenário delituoso, acarretando prejuízo ao réu, também desmerece acolhimento.

A expressão especificamente combatida na formulação da quesitação é a constante no quesito referente à autoria delituosa, ou seja, a que indaga se o réu “concorreu de qualquer modo” para a perpetração do crime.

Afigura-se um tanto despropositada a pretensão de se ver anular um julgamento, partindo de ilação tão carente de elementos concretos de comprovação de uma somente aventada obscuridade que se infere haver permeado a inteligência dos jurados quanto à participação delituosa do apelante.

A defesa despreza – e isto é censurável – o nível de escolaridade dos integrantes do Conselho de Sentença, como se vê da Lista de Jurados de fls. 7.884/7.887 - vol. 31, formado o colegiado popular por 3 (três) engenheiros (Srs. Carlos Eduardo, Clóvis dos Santos e Ivan José), 1 (um) administrador (Sr. James Edwim), 1 (um) técnico industrial (Sr. Roberto Virgínio), 1 (um) estudante universitário (Sr. José Hercílio), além de um jurado advindo do setor da construção civil (Sr. Sérgio Manoel).

Tal preliminar peca, principalmente, pela vagueza e genericidade de seus termos, sendo apenas levantada discordância quanto aos termos empregados nos quesitos ligados à participação delituosa, a exemplo da expressão *concorreu de qualquer modo*, sem, contudo, haver qualquer demonstração cabal relacionada a prejuízo concreto à inteligibilidade dos jurados e, conseqüentemente, ao livre exercício do direito de defesa do recorrente (*pás de nullité sans grief*).

Mais. Olvida a defesa do apelante a extemporaneidade da veiculação da insurgência em tela, visto que quando da lavratura do Termo de Votação de fls. 8.200/8.221 (vol. 33), consta, no intróito, a nota adiante reproduzida, da lavra do magistrado presidente, tam-

bém subscrita por todos os causídicos defensores dos sentenciados, sem qualquer objeção à formulação do questionário, *verbis*:
* *Quesitos formulados pelo juízo, sobre o qual não houve qualquer reclamação das partes, submetidos aos jurados:*

Bem se vê que não houve, em tempo hábil, qualquer formulação de irresignação, nos moldes indicados, principalmente, pelo art. 484 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

Art. 484. A seguir, o presidente lerá os quesitos e **indagará das partes se têm requerimento ou reclamação a fazer**, devendo qualquer deles, bem como a decisão, constar da ata.

Parágrafo único. Ainda em plenário, o juiz presidente explicará aos jurados o significado de cada quesito. (Grifei)

Inegável, portanto, a preclusão da irresignação ora posta em sede de questão preliminar, sendo, ainda, de se homenagear a dicção da Súmula nº 523/STF: *No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Preliminar rejeitada.*

A tese recursal de haver sido proclamado veredicto popular manifestamente contrário às provas dos autos, em face da ausência de qualquer comprovação, minimamente aceitável, de autoria delituosa associada ao réu, sendo de se desconsiderar um único testemunho, desfavorável ao sentenciado, oriundo de pessoa inidônea (pistoleiro), não reúne o mínimo de solidez argumentativa capaz de infirmar todo o robusto acervo probatório que reúne provas não apenas testemunhais, mas de cunho técnico-científico e que, somadas umas as outras, revelam a autoria criminosa imputada ao apelante PEDRO TALVANE.

O elenco probatório reunido pela acusação, e em tudo contrário à postulação recursal do Sr. PEDRO TALVANE, tem o seu demonstrativo sediado nas Alegações Finais de fls. 5.933/5.960 (vol. 25), que assim dispôs, com remissão inicial à cronologia dos fatos:

OS FATOS:

No dia 16 de dezembro de 1998, a deputada Ceci Cunha foi violentamente assassinada, juntamente com mais três pessoas, em uma casa situada no Bairro da Gruta de Lourdes, nesta capital.

A leitura dos muitos volumes destes autos permitiu aclarar toda a trama criminososa que culminou com a fatídica chacina.

De forma resumida, vê-se dos autos que o ex-deputado Talvane Albuquerque, vendo-se derrotado nas eleições, não se conformou com a situação de primeiro suplente e desejava de toda forma retornar ao poder, ainda que tivesse de ocasionar a morte de um dos eleitos, para assumir a vaga. Vários depoimentos corroboram este ânimo delitivo do deputado.

Decidido a tirar a vida de um dos eleitos e não desejoso de utilizar seus próprios assessores/seguranças, procurou o conhecido pistoleiro Maurício (chapéu de couro), marcando com este um encontro em Juazeiro da Bahia, para onde foi acompanhado de dois dos outros denunciados (Jadielson e Mendonça Medeiros) e do assessor Júnior.

O encontro foi realizado e Talvane falou que necessitava que Maurício fizesse um serviço para ele ou conseguisse pessoas para a realização deste. Tal serviço consistiria no assassinato do deputado Federal Augusto Farias, permitindo, assim, seu retorno ao poder. O alvo teria sido escolhido por já ter problemas envolvendo a morte de seu falecido irmão PC Farias, o que não levantaria suspeitas sobre a pessoa de Talvane. Na oportunidade do encontro, Maurício percebeu que a trama era do conhecimento dos assessores de Talvane, notadamente de Jadielson e Júnior, com quem teve contato.

Segundo Maurício, sua disposição, desde o início, fora não participar de tal crime, mas com receio pela sua vida, disse a Talvane que conseguiria algumas pessoas para fazer o serviço. Posteriormente foi ter com o soldado PM Farias para que este arranjasse um jeito de comunicar a vítima da trama criminososa. Tal soldado entrou em contato com Diniz, o qual, por sua vez, contactou com Lenine e este falou com o deputado estadual Júnior Leão. Júnior Leão entrou em contato com Augusto Farias. Augusto Farias, após confirmar com Lenine, Diniz e Farias os fatos, marcou de se encontrar com Maurício em Juazeiro.

Em Juazeiro, Maurício, a pedido de Augusto Farias, ligou para Talvane e, em uma conversa que foi gravada, tratou dos preparativos do assassinato de Augusto Farias (referido na gravação como “careca”). Esta gravação é uma das grandes provas presente nos autos, pois evidencia o âni-

mo de Talvane de tirar a vida de um dos eleitos. Augusto Farias pediu para Maurício ficar enrolando Talvane e este, segundo informou, assim fez, tendo inclusive marcado um encontro com Jadielson para apresentar um suposto pistoleiro que teria contactado (seu genro). O encontro se realizou, mas Maurício já tinha combinado com ele que pedisse uma quantia muito alta para o negócio ao se realizar.

Algumas outras ligações se seguiram entre Maurício e assessores de Talvane, mas o negócio não deu certo.

Provavelmente em face da lentidão de Maurício em providenciar pistoleiros e do preço alto pedido, os assessores de Talvane assumiram a incumbência de dar cabo a vida de Augusto. Segundo Medeiros, no dia do Maceió-Fest eles procuraram Augusto Farias, mas não o encontraram. No dia da diplomação a resolução e o plano já estava feito. Deveriam esperar a diplomação e, de tocaia, assassina-rem Augusto Farias ou, caso não fosse possível este, a deputada Ceci Cunha.

Em um Fiat Uno verde, Jadielson, José Alexandre e Alécio seguiram a deputada Ceci Cunha após a sua diplomação e quando esta se encontrava na varanda da casa de amigos, chegaram e mataram Ceci Cunha, Juvenal Cunha da Silva, Iran Carlos Maranhão Pureza e Ítala Neyde Maranhão Pureza.

Mendonça Medeiros, como combinado, ficou esperando os demais cometerem o crime para dar cobertura, o que fez em um Santana preto, de propriedade de Talvane, na beira da rodovia que vai para Satuba, próximo ao posto da Polícia Rodoviária Federal no Tabuleiro do Martins. Quando os assassinos passaram por ele, ele os seguiu, vendo quando eles entraram em um canavial para dar fim no carro utilizado para o crime e após os pegou e todos juntos fugiram.

(...)

Adiante, resumo do plexo das provas da autoria e materialidade delituosas reunidas pela acusação em desfavor do apelante PEDRO TALVANE:

(...).

Provas dos autos - depoimentos, declarações, interrogatórios.

Valmir Pereira Campos (fls. 13/14, 1400/1401, 1686/1687, 1967/1968, 2339, 5102/5103 do vol. 23) – testemunha do homicídio – ouviu os tiros e viu um carro (Fiat Uno, cor verde) ocupado por três pessoas deixando o local do crime em velocidade. Viu os corpos e lhe foi repassada uma versão dos fatos pelo proprietário da residência.

(...).

José Jorge Farias de Melo (fls. 19/23, 1681/1683, 5086 do vol. 23) – testemunha de fatos que levam a crença de que Talvane fora o mandante do crime – a testemunha soube pela pessoa de Maurício Gomes Novaes (Chapéu de couro) que este tinha sido contatado pelo deputado Talvane para conseguir pessoas e trazer para Alagoas com o fito de assassinar o deputado Augusto Farias, de tal sorte que ele pudesse reassumir o mandato que perdera.

(...)

José Júnior de Melo – Deputado Júnior Leão (fls. 24/25) – testemunha de fatos que levam a crença de que Talvane fora o mandante do crime – afirmou ter sido informado por Diniz da existência de um plano de Talvane com vistas a assassinar o deputado Augusto Farias. Comunicou o fato ao deputado Augusto Farias, o qual pediu para falar com Diniz.

(...)

Augusto César Cavalcante Farias - deputado federal (fls. 30/33, 1398/1399, 1978/1979, 5113/5112 do vol 23) - testemunha de fatos que levam a crença de que Talvane fora o mandante do crime – afirma ter tomado conhecimento, através do Deputado Júnior Leão, de que havia um plano para matá-lo. Júnior Leão teria obtido a informação mencionada de seu assessor Lenine, que, por sua vez, havia escutado do Sr. Diniz e do Soldado PM - Farias. Posteriormente, na residência de Júnior Leão, ouviu o Soldado PM – Farias afirmar que “Chapéu de Couro” lhe havia dito que tivera um encontro, em Juazeiro-BA, com o Deputado Talvane e seus assessores (Jadielson, Júnior e Alexio), cuja finalidade era arquitetar um plano para matá-lo. A testemunha viajou a cidade de Juazeiro a fim de encontrar pessoalmente com “Chapéu de Couro” e confirmar a veracidade da informação, o que efetivamente ocorreu, havendo “Chapéu de Couro” lhe dito que indagou do Talvane os motivos que ele teria para mandar matar a testemunha, ao que Talvane respondeu que não poderia ficar sem mandato e a testemunha

era o primeiro suplente, com a sua morte ele automaticamente assumiria o mandato como titular.

(...)

Claudinete Santos Maranhão (irmã de Ceci Cunha) (fls. 39/40, 1684/1685, 5084/5085 do vol. 23, 5104 do vol. 23) – testemunha do homicídio – Declarou que se encontrava na residência de sua sogra, mais precisamente na área (terraço), juntamente com a deputada Ceci Cunha, Juvenal (esposo de Ceci), Iran Carlos e Ítala Neide, quando dois homens desconhecidos invadiram a residência, sendo que um deles se encontrava portando uma arma e que logo depois ouviu um disparo de arma de fogo. A testemunha conseguiu fugir do local e se esconder debaixo de uma cama, tendo ouvido enquanto fugia um dos elementos dizer: “A mulher é essa” e continuou ouvindo, de onde estava escondida, disparos de arma de fogo. A testemunha disse, também, que Iranildo João Maranhão Pureza, que, naquela ocasião, se encontrava regando algumas plantas no local, conseguiu fugir. Ao cessar os disparos de arma de fogo, a testemunha saiu de seu esconderijo e comunicou o que havia acontecido ao seu irmão Cícero Santos. Ao voltar para a área em que se encontrava, encontrou os corpos sem vida das pessoas que lá estavam. Reconhece Jadielson como um dos assassinos.

(...)

Maria Cléia Santos de Oliveira (irmã de Ceci Cunha) (fl. 41) – afirmou que Talvane havia ingressado com uma ação de representação eleitoral contra Ceci e que referida ação havia sido julgada improcedente.

(...)

PROVA DOCUMENTAL

1. Fatura (fl. 34)

Hospedagem de JADIELSON B. DA SILVA
JUATUR - JUAZEIRO TURISMO LTDA. - Hotel Pousada de Juazeiro Período: 15/11 a 19/11/98

(...)

8. Informação do Sistema Nacional de Armas (fl. 81) Indica que Alécio César Alves Vasco possuía registrado em seu nome um revólver marca Taurus, calibre 38.

9. Fotos da churrascaria onde Talvane e Chapéu de Couro se reuniram para tratar do assassinato de Augusto Farias (fls. 123/125).

(...)

11. Auto de apresentação e apreensão (fl. 268)
Referente a dois revólveres apreendidos em poder de Jadielson no dia 17 de novembro de 1998.

12. Conhecimento aéreo (fls. 295/296)

Documento datado do dia do assassinato de Ceci Cunha, às 18:44 h, em que figura como expedidor, na cidade de Brasília, o Sr. José Bezerra da Silva Júnior e destinatário, em Maceió, Abeilton Roque Silva/Jadielson Barbosa.

(...)

15. Relatório da comissão de sindicância da Câmara (fls. 877/922) conclui pela ocorrência de falta de decoro parlamentar, devendo ser iniciado processo para a perda do mandato.

16. Auto de apreensão do Santana de Talvane e documento de registro e licenciamento do veículo (fls. 1148/1149).

17. Fotos de Jadielson, Alécio, Mendonça Medeiros, José Alexandre, Joel Alexandre e Júnior (fls. 1152/1175).

(...)

26. Extrato de conta do terminal (082) 972-5805 (fls. 1485/1486).

Terminal telefônico utilizado por José Alexandre e cujas ligações evidenciam o relacionamento mantido com os demais participantes da trama criminoso, mas principalmente indica onde se encontravam os matadores, já que a série de ligações nos momentos anteriores ao crime representam o percurso feito pela deputada ao sair do foro até a casa em que foi vitimada, o que se confere pela estação rádio base (ERB) .

27. Relatório de interceptação telefônica do dia 26/01/99 (fls. 1488/1489).

Conversa entre o terminal 963-2497 e 981 -1142 (utilizado por Talvane).

(...)

35. Demonstrativo do Tráfego CCC (fl. 4760).

Registro de ligação entre os terminais 985-3654 e 981-1142 (usado por Talvane) no dia do assassinato.

(...)

PROVA PERICIAL

1. Laudo de exame em veículo (fls. 68/70).

Veículo automotor da marca Fiat provavelmente utilizado no crime e encontrado carbonizado no dia 17 de dezembro de 1998 em canalial da Usina Terra Nova, a 300 m de distância da BR 101 no sentido Maceió-Aracaju.

2. Laudo Pericial - Levantamento em local de morte violenta (fls. 83/117).

Prova material do crime. Corpo de delito.

3. Laudos de exame cadavéricos realizados em Juvenal Cunha da Silva, Josefa Santos Cunha (Ceci Cunha), Iran Carlos Maranhão Pureza e Ítala Neide Maranhão Pureza (fls. 146/206).

4. Laudo pericial produzido pelo Laboratório de Fonética Forense da Unicamp (fls. 801/876).

O laudo conclui que a voz na gravação é efetivamente de Talvane, bem como que a gravação não apresenta sinais de montagem ou cortes, sendo autênticas.

(...)

7. Laudo pericial produzido pelo Instituto de Criminalística do Departamento de Polícia Científica da Secretaria de Segurança Pública do Estado de Alagoas (fls. 1132/1141)

Objetivou constatar os danos ocorridos no veículo Fiat UNO encontrado carbonizado em meio a um canavial. Veículo que teria sido utilizado no crime.

(...)

13. Transcrição fonográfica feita pela seção de Criminalística do Departamento de Polícia Federal em Alagoas (fls. 4763/4772 do vol. 20).

Transcrição de Fita cassete com as conversas mantidas entre Talvane, Maurício e Assessores de Talvane.

Tanto a prova documental quanto à pericial reforçam sobremaneira a certeza quanto à culpabilidade dos denunciados. Um elemento que nos chamou a atenção está indicado na informação constante nas fls. 1460/1465. Nela figura um raciocínio imbatível. Sabedores de que José Alexandre se encontrava com o terminal telefônico 985-3654, os agentes policiais federais pediram a Telasa celular o extrato do dia do assassinato de Ceci. Em tal extrato figuravam vários contatos com o terminal 978-5805, também utilizado por José Alexandre, e que, na hora do crime, se encontrava com Mendonça Medeiros (atuava na cobertura), contatos esses efetuados em horários críticos, ou seja, antes e depois da consumação da chacina. No extrato consultado ficam registradas as ERB*s (Estação Rádio Base), indicando os locais de contato entre os terminais. De posse dessa informação, os agentes constataram que as ERBs (em número de 4) acionadas abrangiam as proxi-

midades do Fórum Jairon Maia Fernandes, onde foi diplomada a deputada, bem como o bairro da Gruta de Lourdes, onde ela foi assassinada. Não nos parece que se trate de mera coincidência.

(...)

Pela condenação nos termos da denúncia.

(...).

Ao guardar integral correlação com as Alegações Finais do *parquet*, eis que revela-se em tudo irrepreensível a referência, constante na Sentença, ao *modus operandi* do réu PEDRO TALVANE no episódio criminoso que resultou no assassinato da Deputada Federal CECI CUNHA e de mais outras três vítimas, consoante os excertos adiante reproduzidos:

455. Em relação à culpabilidade, observo que a participação do réu foi essencial ao resultado criminoso, uma vez que não se ateu à seara inócua das elucubrações, mas perseguiu com obstinação e trágico sucesso a convolação de um mero ideário perverso em realidade palpável.

456. Segundo se verifica das provas colhidas nos autos, bem como do convencimento do conselho de sentença, o acusado elegeu as possíveis vítimas dentre companheiros de coligação partidária, escolheu com cautela os executores do homicídio, indicou o momento e forma da execução, entabulou negociações, fixou preço e forneceu todos os meios materiais (telefones celulares e automóveis para execução e fuga) indispensáveis à concretização da chacina descrita na inicial acusatória. Tudo demonstra premeditação somente compatível com o dolo.

457. Embasando esse convencimento de que o acusado organizou o homicídio da Deputada Ceci Cunha com antecedência são bastantes os depoimentos prestados em juízo por Maurício Guedes, vulgo “Chapéu de Couro”, e Augusto Farias, nos quais ambos se referiram à intenção manifestada por Pedro Talvane Albuquerque de assumir o mandato de Deputado Federal, mediante a morte de um dos deputados eleitos por sua coligação.

(...)

461. Há notícia de que o acusado teria tentado cooptar Maurício Guedes a testemunhar em seu favor, retificando todas as declarações prestadas até então. Segundo informado pela própria testemunha, o acusado teria oferecido-

-lhe o valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) em troca da alteração de seu testemunho, utilizando-se de seu advogado e presos como intermediários (cf. fls. 2438/2439): (...) que o réu foi procurado pelo advogado Aimbirê Arruda prometendo o pagamento de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), para o acusado retificar as primeiras declarações, objetivando inocentar o réu Talvane Albuquerque; que preliminarmente, no campo de futebol do Presídio Baldomero Cavalcante, o preso Manoel Francisco Cavalcante perguntou ao interrogado qual o meio que ele pretendia para retificar suas declarações inocentando Talvane; que o preso Manoel Cavalcante, a princípio, ofereceu a importância de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) a mando do réu Talvane Albuquerque; que, de todos os fatos o Dr. Rubens Quintela tomou conhecimento, ficando indignado e afirmando acreditar na inocência do interrogado que, o preso identificado como Monteiro, amigo de Talvane Albuquerque também ofereceu a quantia de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais); que o advogado Aimbirê Arruda foi ao Estado de Sergipe convencer a advogada do interrogado a aceitar a proposta inclusive com ele veio a esta Capital; que o acusado procurou a Polícia Federal denunciando os fatos, inclusive, através de um agente que registrou o ingresso no Presídio Baldomero Cavalcante dos advogados Aimbirê Arruda e Maria Paixão (...).

462. Há ainda a notícia de que o acusado teria custeado a fuga e manutenção do réu José Alexandre dos Santos no Estado do Maranhão, como forma de impedir que revelasse o nome dos compradores das armas utilizadas na chacinha (cf. fls. 1636/1637):

(...) que Wine, assessor do Deputado Talvane depositou na agência do Bradesco de Redenção/PA, a quantia de R\$ 800,00 na conta corrente do irmão do declarante de nome Joel Alexandre dos Santos para que este repassasse o citado valor ao declarante; que a finalidade deste pagamento seria para que o declarante permanecesse escondido em Sítio Novo/MA, para que mesmo não revelasse a quem tinha vendido as armas (...).

463. Em que pese o acusado José Alexandre dos Santos haja retificado suas declarações, as demais provas colhidas nos autos indicam a veracidade das primeiras declarações prestadas, como, por exemplo, o depoimento de Joel Alexandre dos Santos às fls. 1638/1639:

(...) que confirma o depósito da quantia de R\$ 800,00 em sua conta corrente na agência Bradesco em Redenção/PA, depositada por Wine; que o referido valor seria para a manutenção do irmão do declarante nesta localidade (...) que seu irmão lhe disse que o motivo do mesmo estar em Sítio Novo/MA teria sido o suposto envolvimento na morte da Deputada Federal Ceci Cunha (...).

464. Mais uma vez repiso a inexistência de óbices à utilização das declarações prestada pelo réu José Alexandre dos Santos ainda na fase inquisitorial, porquanto, a despeito de posterior retratação, os demais elementos coligidos aos autos confirmam a veracidade dos fatos narrados em seu primeiro depoimento, a exemplo da confissão prestada pelo réu Mendonça Medeiros da Silva e do depoimento prestado pelo irmão do referido acusado, Joel Alexandre dos Santos.

465. Desta feita, entendo que a conduta social ostentada pelo acusado não somente recomenda, mas exige a fixação de pena base acima do mínimo legal.

466. Análise dos dados coligidos aos autos indicam ainda que o acusado é portador de personalidade talhada para o crime. Desprovido de sensibilidade e sem qualquer resquício de respeito pelo ser humano, o acusado, segundo os depoimentos colhidos nos autos, sempre se referiu à prática de homicídios com aberrante naturalidade, consoante se verifica dos seguintes depoimentos prestados respectivamente por Augusto Farias, ratificado integralmente em juízo (cf. fls. 2015/2016) e Maurício Guedes (cf. fls. 32 e 673): que diz ainda o depoente que no primeiro contato mantido com Maurício, o Deputado Talvane recebeu uma sugestão de um de seus assessores para a morte do declarante, poderia ser por 'acidente', quando seria atropelado por uma caçamba quando o declarante estivesse fazendo sua caminhada matinal, que lhe era habitual e esta sugestão não fora aceita pelo Deputado Talvane, porque poderia não resultar em morte e assim, o mesmo não assumiria o mandato".

"Ele disse: 'Ó, tem duas pessoas pra morrer: Albérico Cordeiro e Augusto Farias, ele falou'. Mas ele disse: 'O Albérico Cordeiro não tem família'. Escute bem que a conversa foi pouca. 'Ele não tem família, ele só tem uma mãe, parece que é doente, parálitica e uma irmã. Não tem família. Só que o Albérico Cordeiro, se morrer, ele podia morrer

porque não tem família. Não tem ninguém que chore por ele. Só que ele não tem inimizade nenhuma. Ele é muito benquisto. Não tem inimizade nenhuma'. Aí começou e disse: 'Só se fosse com uma caminhoneta. Uma caminhoneta, não, uma caçamba. Poderia assim, mas ele poderia ficar aleijado e assumir e eu tenho que assumir esse cargo porque eu não posso entrar de favor. Tenho de entrar (...).

467. Segundo depoimento prestado por Maurício Guedes às fls. 43/51, o acusado mencionou sem qualquer pudor moral a intenção de matar outras pessoas, mostrando-se ainda indiferente à morte de seus companheiros de coligação partidária ao revelar que seu único objetivo era assumir o mandato como Deputado Federal, independentemente do tipo de violência necessária a tal fim.

468. A personalidade predisposta a práticas criminosas se extrai não somente do fato de o acusado estar determinado a eliminar qualquer um dos deputados eleitos por sua coligação, exigindo a morte de todos os presentes na ação, mas também no fato de estimular o homicídio de pessoas cuja morte não lhe interessaria. Transcrevo alguns trechos do referido depoimento prestado ainda em fase inquisitorial, que embasaram as conclusões ora expostas (fls. 43/51):

(...) diz o declarante que Talvane disse que depois que estivesse no poder tinha outras pessoas para viajar (matar), mas não chegou a citar nomes (...).

(...) que, diz o declarante que nos contatos que teve com o Deputado Talvane Albuquerque, esse deixou bem claro que mataria um de todo jeito, nem que fosse necessário preparar um estojo com uma agulha (que eu sei preparar), palavras de Talvane (...).

(...) tendo Talvane informado que tudo já estava arrumado, inclusive a casa para o pessoal ficar já estava arrumada; inclusive tinha um plano para matar, digo, sequestrar e matar o Deputado Augusto Farias **e quem estivesse com ele no percurso para o aeroporto, inclusive sem deixar testemunha** (...).

(...) que o declarante tomou conhecimento, através do Deputado Talvane, que o Dr. Brito, Juiz de Direito de Arapiraca, havia mandado matar a pessoa de Hercílio, cuja autoria do crime fora atribuída à pessoa do declarante, o que não é verdade, inclusive Talvane ainda adiantou que o Dr. Brito foi quem mandou matar Hercílio, pois o Dr. Brito es-

tava com medo, pelo fato de ter sido o único juiz que desmoralizou o Hercílio; que, diz o declarante, que em uma conversa que manteve com o Deputado Talvane, este lhe propôs que arranjasse uma pessoa de confiança para matar o radialista Alves Correia e se o declarante quisesse a mesma mataria o Dr. Brito e ele Talvane daria cobertura (...).

469. Dos trechos *supra* transcritos, deflui-se que sua personalidade egoística e antiética impede que o acusado enxergue na vida humana valor superior a seus interesses pessoais mais elementares. Tal embotamento do senso moral torna o acusado pessoa capaz de práticas perversas tais quais aquelas que motivaram a presente ação penal, sem o mínimo traço de remorso ou hesitação.

470. Também há nos autos a notícia de que o acusado teria ameaçado matar qualquer de seus assessores cujo comportamento fosse considerado inadequado aos seus interesses. Transcrevo trecho do depoimento prestado em juízo por Maurício Guedes (cf. fl. 1940):

(...) Que Talvane confessou ser o responsável pelo desaparecimento de seu assessor de nome Hélio, não descartando dar destino aos demais assessores que adotasse o mesmo procedimento de desaparecido, ou seja, noticiar ao público das intimidades de uma forma geral de Talvane Albuquerque (...).

471. Assim, entendo incontestemente que a personalidade do acusado constitui circunstância incompatível com a manutenção da pena base no mínimo legal.

472. Em relação aos motivos, os elementos colhidos ao longo da instrução indicam que a ação do acusado foi movida não somente pelo desejo de garantir o exercício do mandato de deputado federal inalcançado pelos meios legítimos, o que por si somente seria suficiente para configurar a torpeza do motivo, mas também de extrair do exercício do cargo vantagens ilícitas, exigindo pagamento em dinheiro em troca de votos nas sessões da Câmara dos Deputados (cf. fls. 43/51 e 120):

(...) Estou nas suas mãos, só você pode me salvar, no que o declarante perguntou qual o motivo, o qual respondeu que tinha duas pessoas para matar e que se tratavam das pessoas de dois Deputados Federais, citando inicialmente o Deputado Federal Augusto César Farias, e se a morte desse não desse certo, seria o Deputado Federal Albérico

Cordeiro, inclusive citando ainda que este levantaria mais suspeita, pois, se tratava de pessoa sem qualquer tipo de inimizade e a suspeita cairia diretamente sobre ele (Talvane), enquanto Augusto Farias não levantaria tanta suspeita, que o declarante perguntou ao Deputado se o mesmo estava disposto a gastar muito dinheiro o qual respondeu que estava, inclusive perguntou ao declarante se ele sabia o que era imunidade, tendo o declarante respondido que não, pois era analfabeto, no que o Deputado respondeu: 'imunidade é poder' e que não tinha interesse de entrar por favor, pois, ficaria sem autonomia nenhuma de assinar qualquer projeto na Câmara, e se entrasse por favor seria obrigado a assinar o projeto, sem nenhuma compensação financeira, pois, o Congresso é uma máfia, inclusive disse que ainda que ia ficar como Maria-vai-com-as-outras e que o presidente quisesse ele (Deputado) teria que assinar (...). (...) que ao ocuparem uma das mesas, onde só se encontram o declarante, o Deputado e o Sr. Maurício, este que se dirige ao Deputado pergunta: 'Deputado, o que o senhor quer comigo', tendo o mesmo respondido 'que tinha uma pessoa para derrubar', pois precisava continuar no poder e tinha de ser até o dia 1º de janeiro, pois se passasse daquela data, não serviria (...).

473. Essas declarações foram **confirmadas em juízo** por Maurício Guedes, conforme se verifica às fls. 1938/1942: que o acusado manifestou o seu desejo de matar o deputado Augusto Farias, ou também o deputado Albérico Cordeiro, sendo esta sua única opção em assumir uma das cadeiras reservadas na Câmara dos Deputados; (...) que após a saída de Talvane o acusado manteve um diálogo com Mamoso afirmado que "este homem está louco quer o poder de qualquer jeito, até tirar a vida de um cristão" (...) acha o interrogado que a razão motivadora da qual os assassinos escolheram como vítima a deputada Ceci Cunha e não Albérico Cordeiro, decorreu em razão desta ter comparecido à sessão de diplomação dos candidatos eleitos (...).

474. Tudo leva a crer, conforme reconhecido pelo Conselho de Sentença, que restando inviabilizados os homicídios dos Deputados Federais Augusto Farias e Albérico Cordeiro, o acusado decidiu por eliminar o terceiro nome na ordem das suas preferências, determinando a seus assessores a morte da Deputada Ceci Cunha.

Necessário se faz tecer algumas breves considerações acerca da tese recursal que visa desclassificar a testemunha MAURÍCIO GUEDES, que também atende pela alcunha de “CHAPÉU DE COURO”, e, na sequência, tornar inócuo seus vários depoimentos que integraram os presentes autos (fls. 1.938/1.944-vol. 08; fls. 2.437/2.440-vol. 09 e fls. 5.118/5.119-vol. 23).

Em que pese pairar sobre referida testemunha histórico, fantasioso ou não, de ser praticante de atividade vil e criminoso, como sendo a de “assassino profissional” ou “pistoleiro”, fato é que suas falas e narrativas que integraram o enredo acusatório revelaram-se, como visto, totalmente integralizadas às demais provas dos autos, não se demonstrando dissociadas do enredo criminoso capitaneado pelo réu PEDRO TALVANE, como resultou amplamente comprovado através dos elementos indicadores de sua efetiva participação (de “Chapéu de Couro”), nas tratativas urdidas pelo mentor intelectual (PEDRO TALVANE) no episódio da “Chacina da Gruta de Lourdes”.

Atestada, por todas as formas, a cooptação engendrada pelo réu PEDRO TALVANE em torno do Sr. MAURÍCIO GUEDES (“Chapéu de Couro”), para por termo à vida dos Deputados Federais Augusto Farias ou Albérico Cordeiro, – o que não chegou a se realizar –, com o fito de ter assento junto à Câmara Federal, não há como menoscar a importância dos testemunhos do Sr. MAURÍCIO GUEDES, apenas e tão somente por não se tratar de pessoa idônea, visto que a credibilidade das versões deve, como *in casu*, transcender as aceções desairosas – como as lançadas pelo recorrente – que recaiam sobre a pessoa do declarante Maurício Guedes, mormente quando o teor das denúncias prestadas se imbricam, sem dissonâncias relevantes, ratificando o cerne acusatório.

A questão, também suscitada no recurso ora em análise, de não haver o apelante PEDRO TALVANE concorrido, do mesmo modo quanto ao assassinato da Deputada CECI CUNHA, para o extermínio das outras 3 (três) vítimas barbaramente executadas, não deve merecer, à semelhança das teses já vencidas, a menor acolhida.

Com efeito, o *animus* do apelante PEDRO TALVANE, de por cobro à vida de um dos Deputados Federais antes mencionados

(Augusto Farias ou Albérico Cordeiro), findou por alcançar a também recém diplomada, à época, Deputada CECI CUNHA, pois a mórbida intenção do recorrente PEDRO TALVANE era a de ser, a qualquer custo, efetivamente diplomado e empossado junto à Câmara Federal, em substituição a algum dos deputados da coligação partidária, não importando os meios, muito menos o parlamentar que deixaria de assumir o mandato popular.

Ora, havendo originariamente concebido o intento criminoso de por termo à vida de AUGUSTO FARIAS ou ALBÉRICO CORDEIRO, ou de qualquer parlamentar da coligação partidária que porventura estivesse na linha de sucessão, para ter assento na Câmara dos Deputados, assumiu o réu PEDRO TALVANE todos os riscos do intento criminoso atingir terceiros, como de fato aconteceu.

Frise-se, aliás, que o próprio apelante PEDRO TALVANE exteriorizou, consoante excerto de depoimento testemunhal antes transcrito, que planejava “**SEQUESTRAR E MATAR O DEPUTADO AUGUSTO FARIAS E QUEM ESTIVESSE COM ELE NO PERCURSO PARA O AEROPORTO, INCLUSIVE SEM DEIXAR TESTEMUNHA, POIS JÁ HAVIA ARMAS PESADAS PRONTAS PARA O TRABALHO**” (vide Depoimento da testemunha Maurício Guedes, fls. 43/51-1º vol., reproduzido, em parte, no tópico 468 da Sentença, à fl. 8.339 -vol. 33). (grifos nossos)

Vê-se, então, a configuração inquestionável do **domínio do fato**, de parte do réu PEDRO TALVANE, visto que detinha, plenamente, o alcance probabilístico de seu intento criminoso, ainda que não necessariamente estivesse presente na cena do crime – *locus delicti* –, ao deliberar acerca de empreitada que, sabidamente, pela própria natureza violentíssima da ação de execução sumária de determinada pessoa, não haveria como desprezar os reflexos, sobre terceiros, dessa mesma ação.

Nessa linha, resultou inegavelmente comprovado o vínculo do réu PEDRO TALVANE com cada um dos quatro homicídios, visto que derivaram do assassinato da Deputada CECI CUNHA, justamente para encobrir seus executores.

Não há, *in casu*, que se falar em ausência de responsabilização penal do réu PEDRO TALVANE quanto aos demais homicídios,

para além da Deputada CECI CUNHA, sob eventual e insubsistente pretexto de não se poder controlar, *ad infinitum*, o universo factual dos atingidos pela ação criminosa, e, portanto, não ser possível estimar os terceiros potencialmente vitimizados, nem, também, dispor sobre os atos de execução a cargo dos demais réus – executores imediatos –, quando, ao contrário da pretensão recursal, esse mesmo universo de terceiros atingidos foi, pelos integrantes do grupo executor do extermínio, cogitado e restringido ao máximo, tanto que escolheram por em prática o homicídio da Deputada CECI CUNHA justamente quando a parlamentar encontrava-se em ambiente doméstico, residencial e, portanto, familiar, com reduzido número de pessoas.

Daí a razão, amplamente justificada na sentença, da aplicação da agravante prevista no art. 62, do Código Penal, dada a previsibilidade, pelo autor intelectual do homicídio plúrimo, de uma dinâmica criminal muito facilmente imaginada de se patentear, por demais factível, como prevista pelo próprio réu PEDRO TALVANE: **“SEQUESTRAR E MATAR O DEPUTADO AUGUSTO FARIAS E QUEM ESTIVESSE COM ELE NO PERCURSO PARA O AEROPORTO, INCLUSIVE SEM DEIXAR TESTEMUNHA, POIS JÁ HAVIA ARMAS PESADAS PRONTAS PARA O TRABALHO”** (vide depoimento da testemunha Maurício Guedes, fls. 43/51-1º vol., reproduzido, em parte, no tópico 468 da Sentença, à fl. 8.339 - vol. 33). (Grifos nossos)

Inegável, então, o nexos de causalidade entre o desiderato criminoso do réu PEDRO TALVANE, confirmado pelo vasto elenco probatório reunido pelo Ministério Público Federal, e o resultado da ação levada a cabo pelos corréus, a demonstrar ser o réu PEDRO TALVANE, com comprovado poder sobre os demais, detentor do **domínio funcional do fato**, dado que deteve o poder de determinar o seu modo e, se quisesse, de impor solução de continuidade à tarefa criminosa, sendo claro, portanto, o integral domínio, pelo réu PEDRO TALVANE, do projeto criminoso em análise, a partir da sua condição, também comprovada nos autos, de ascendência e liderança sobre os corréus na empreitada ilícita.

Repito: o resultado, que se revelou plúrimo, da empreitada criminosa, foi em tudo previsível pelo réu PEDRO TALVANE, como também pelos corréus executores imediatos.

Ultrapassado o questionamento anterior, desmerece acolhida, igualmente, a argumentação voltada ao reconhecimento da ocorrência da continuidade delitiva prevista no art. 71 do Código Penal, em substituição ao regramento, utilizado na Sentença, do concurso material de crimes, dada a incontestável ausência de preenchimento de requisito de cunho subjetivo para a sua configuração, a saber, o da unidade de desígnios, em que pese verificadas as condições idênticas de tempo, espaço e *modus operandi*, quando da perpetração do quádruplo homicídio. É que o móvel do assassinato da Deputada Federal CECI CUNHA é em tudo diverso da motivação que levou à execução, igualmente bárbara, das demais vítimas.

Bem ressaltou o magistrado sentenciante, ao dispor sobre a matéria, em tópicos específicos (nº 548/549):

548. Tendo em vista que restou configurado o concurso material de crimes, eis que, conforme o veredicto exarado pelos jurados, o acusado praticou quatro homicídios mediante mais de uma ação, porquanto determinou aos autores materiais que matassem a Deputada Ceci Cunha e todos que com ela estivessem presentes, dando causa a quatro óbitos, impõe-se a aplicação do artigo 69 do Código Penal, segundo o qual as penas devem ser aplicadas cumulativamente.

549. Assim, tenho que a pena privativa de liberdade a ser imposta ao acusado é de 103 (cento e três) anos e 4 (quatro) meses.

Assim, acertou a representação do *parquet* ao erigir o magistrado adiante reproduzido, extraído de passagem específica das contrarrazões (fl. 8.738), *verbis*:

Também não deve prosperar a pretensão recursal consistente no reconhecimento da continuidade delitiva na hipótese vertente, porquanto, muito embora se verifique *in casu* a mesma condição de tempo e modo de execução, os desígnios que motivaram as práticas dos quatro homicídios são autônomos entre si, uma vez que a morte da Deputada Federal Ceci Cunha tinha o móvel de garantir-se ao corréu, Sr. Pedro Talvane Luís Gama de Albuquerque Neto, a assunção daquele cargo eletivo referido na qualidade de primeiro suplente, e as mortes dos Srs. Juvenal Cunha da

Silva, Iran Carlos Maranhão Pureza e Ítala Neyde Maranhão Pureza, com a finalidade de assegurar a impunidade ou a vantagem daquele primeiro crime.

Adoto, na mesma linha, o respeitável julgado reverenciado pelo Ministério Público Federal (STJ - Processo 200901642963, HC 145.413, 5ª Turma, DJE 06/12/2010, Rel. Min. Jorge Mussi), para afastar a pretensão ora enfrentada. Segue reprodução da ementa do precedente:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ANTECEDENTES CRIMINAIS E PERSONALIDADE VOLTADA À PRÁTICA DE DELITOS. DIVERSAS ANOTAÇÕES PENAIS. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE PARA AFASTAR A AFIRMAÇÃO JUDICIAL. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Inviável afastar a conclusão de existência de maus antecedentes e de personalidade voltada à prática delitiva, quando a documentação colacionada aos autos é insuficiente para elidir as afirmações feitas pelas instâncias ordinárias de que o paciente possui anteriores envolvimento com a prática de roubos e formação de quadrilha, indicativos de que sua incursão no ilícito não é esporádico. CONDENAÇÕES. CONTINUIDADE DELITIVA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. REQUISITOS DO ART. 71 DO CP. NÃO PREENCHIMENTO. AUSÊNCIA DE UNIDADE DE DESÍGNIOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVI-DENCIADO. ORDEM DENEGADA.

2. Para a caracterização da continuidade delitiva, é imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva – mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução – e subjetiva – unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos (art. 71 do CP) (Teoria Mista ou Objetivo-subjetiva).

3. *In casu*, inviável o reconhecimento do crime continuado, pois, embora sejam delitos da mesma espécie (homicídio qualificado), foram praticados contra vítimas diferentes e com desígnios autônomos.

4. A via estreita do *habeas corpus* é inadequada para um maior aprofundamento na apreciação dos fatos e provas constantes nos processos de conhecimento para a verificação do preenchimento das circunstâncias exigidas para

o reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado.
Precedentes desta Corte Superior.
5. Ordem denegada.

Acertada, como visto, a aplicação do regramento específico do concurso material de crimes, previsto no art. 69 do Código Penal.

No mais, não há que se falar em ausência de justificação adequada das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, como alegado na peça recursal do réu PEDRO TALVANE LUÍS GAMA DE ALBUQUERQUE NETO, sendo certo aqui salientar a plena observância ao processo de individualização da pena, com todo o seu *iter procedimentalis* disciplinado no art. 59, do Código Penal, que se completa com as disposições do art. 68, do mesmo estatuto, preconizador do sistema trifásico.

Note-se a precisa e escorreita fundamentação voltada à exasperação da pena-base, refletida na análise de cada homicídio perpetrado, ou seja, de forma individualmente considerada, a saber, tomando como parâmetro o homicídio de CECI CUNHA:

a) Em relação à análise das circunstâncias judiciais, para fixação da pena-base (art. 59 do CP): tópicos nºs 448 a 483 (fls. 8332/8343), merecendo destacar:

455. Em relação à culpabilidade, observo que a participação do réu foi essencial ao resultado criminoso, uma vez que não se ateu à seara inócua das elucubrações, mas perseguiu com obstinação e trágico sucesso a convolação de um mero ideário perverso em realidade palpável.

456. Segundo se verifica das provas colhidas nos autos, bem como do convencimento do conselho de sentença, o acusado elegeu as possíveis vítimas dentre companheiros de coligação partidária, escolheu com cautela os executores do homicídio, indicou o momento e forma da execução, entabulou negociações, fixou preço e forneceu todos os meios materiais (telefones celulares e automóveis para execução e fuga) indispensáveis à concretização da chacina descrita na inicial acusatória. Tudo demonstra premeditação somente compatível com o dolo.

457. Embasando esse convencimento de que o acusado organizou o homicídio da Deputada Ceci Cunha com ante-

cedência são bastantes os depoimentos prestados em juízo por Maurício Guedes, vulgo “Chapéu de Couro”, e Augusto Farias, nos quais ambos se referiram à intenção manifestada por Pedro Talvane Albuquerque de assumir o mandato de Deputado Federal, mediante a morte de um dos deputados eleitos por sua coligação.

b) Em relação à análise das circunstâncias (legais) agravantes ou atenuantes, bem como das causas especiais de aumento e diminuição, em tudo, como antes, a marca de um enfrentamento fático-jurídico pormenorizadamente fundamentado: tópicos nºs 484 a 486.

Segue-se criteriosa dosimetria também em relação aos homicídios das demais vítimas, a saber: quanto a JUVENAL CUNHA DA SILVA (tópicos sentenciados de nºs 487 a 507); quanto a IRAN CARLOS MARANHÃO PUREZA (tópicos sentenciados de nºs 508/527); e quanto a ÍTALA NEYDE MARANHÃO PUREZA (tópicos sentenciados de nºs 528/547).

Vê-se, então, a justificativa idônea utilizada pelo sentenciante para a fixação do *quantum* da pena-base em patamar além do mínimo, dada a judiciosa conclusão, sequer minimamente infirmada pela defesa, de que as circunstâncias judiciais são indiscutivelmente desfavoráveis ao apelante.

Irrefutável, por fim, a fundamentação legal para imposição da condenação pecuniária (art. 387, IV, do CPP), a merecer a transcrição dos excertos que seguem, que afastam, inclusive, a tese recursal de irretroatividade *in pejus* da legislação de regência:

(...)

556. Destaco que embora a possibilidade de fixação de indenização civil mínima na sentença penal seja novidade introduzida no Código de Processo Penal com a reforma de 2008 e, portanto, posteriormente aos fatos relatados da denúncia, inexistem óbices à sua aplicação no processo em epígrafe.

557. Isso porque o direito material à indenização cível não resulta da norma inserta no inciso IV, artigo 387, do CPP, a reforma processual penal apenas autorizou que o direito, já concretizado nos termos da legislação civil vigente, resse assentando na sentença penal condenatória.

558. No caso dos autos, há sempre que se destacar a absoluta irreparabilidade dos danos sofridos. Inexiste montante financeiro que restaure ou compense quatro vidas. Entretanto, o Direito recomenda a fixação de um valor, ainda que mínimo, em compensação ao mal infligido aos entes sobreviventes.

559. Ressalto, nesse ponto, que a jurisprudência pátria admite a indenização pelo dano em ricochete, em caráter excepcional, concedendo indenização, seja por danos morais, seja por danos materiais, em favor de terceiros que também sofreram com o mal causado à vítima direta do fato danoso.

(...)

560. Ponderando a extensão dos danos materiais sofridos, conforme recomenda o artigo 948 do Código Civil (equivalente ao art 1.537 do CC de 1916) conjuntamente com os parâmetros assentados pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo os quais se deve também considerar o grau de culpa do causador dos danos, a expectativa de vida daquele que morreram prematuramente e seu padrão socioeconômico, passo a fixar o valor da indenização pelos danos materiais.

561. A jurisprudência tem fixado a fração de 2/3 (dois terços) dos vencimentos da pessoa falecida em favor de seu cônjuge e filhos menores, até a idade de 25 (vinte e cinco) anos. Já em favor do cônjuge, a indenização deve corresponder ao período de sobrevivência extirpado do falecido, calculado com base em dados do IBGE.

(...)

562. Em relação à Josefa Santos Cunha, Juvenal Cunha da Silva, Iran Carlos Maranhão Pureza resta clara a existência de filhos dependentes nos autos, à época dos fatos, devendo ser a análise de expectativa de vida e a base de cálculo salarial ser objeto de liquidação superveniente no âmbito cível, cabendo aqui fixar a indenização mínima no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para os dependentes de Josefa Santos Cunha, R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para os dependentes de Juvenal Cunha da Silva e R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para os dependentes de Iran Carlos Maranhão Pureza.

563. Em relação à Ítala Neyde Maranhão Pureza, inexistindo notícia de que deixou dependentes, não há que se falar em indenização mínima por danos materiais.

564. Por outro lado, no que concerne à fixação dos danos morais, cuja concretização é inegável, tenho por bem fixá-los no montante de 500 (quinhentos) salários mínimos por vítima, seguindo sempre os parâmetros delineados pelo STJ.

(...)

566. No que concerne aos beneficiários, tenho por bem definir os respectivos dependentes e, no caso de Ítala Ney-de Maranhão Pureza, os seus sucessores.

Aliás, não foi outro o entendimento do Ministério Público Federal acerca da correta aplicação da sanção pecuniária, *verbis*:

Demonstrado, pois, que os delitos perpetrados pelo recorrido causaram prejuízos, danos, especialmente aos familiares das vítimas, percebe-se que resta atendido o estabelecido no art. 387, inciso IV do CPP, na sua nova redação dada pela Lei nº 11.719/08, aplicável *in casu*, não incidindo o princípio da irretroatividade de lei, pelas razões aduzidas na sentença recorrida, justificando-se, assim, a sua condenação, também, à pena pecuniária; não sendo, destarte, a hipótese de ser tal pena substituída por prestação alternativa de serviços à comunidade, porquanto, consoante destacado, a *mens legis sub examine* não é outra, senão tentar-se recompor os dependentes das vítimas, minorar-lhes, acaso possível *ad argumentandum tantum*, das gravíssimas consequências advindas das referidas ações ilícitas perpetradas pelo apelante e outros corréus, que ceifaram injusta e brutalmente as vidas de seus parentes” (contrarrazões, fl. 8.711).

Homenageio, por último, com a transcrição dos excertos adiante selecionados, a síntese fático-jurídica esgrimida pela representação do Ministério Público Federal, produzida em sede de contrarrazões (fls. 8.683/8.712), adotando tais argumentos como acréscimo à fundamentação deste voto, para negar provimento ao apelo do réu PEDRO TALVANE LUÍS GAMA DE ALBUQUERQUE NETO:

Do exposto, está, portanto, demonstrado que as circunstâncias judiciais do art. 59 do CPB são desfavoráveis ao réu-apelante, justificando, destarte, elevação da pena-base imposta ao mesmo, resultando nas seguintes reprimendas: 23 (vinte e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, 26 (vinte e seis) anos, 8 (oito) meses de reclusão, 26 (vinte

e seis) anos, 8 (oito) meses de reclusão, 26 (vinte e seis) anos, 8 (oito) meses de reclusão, que em concurso material perfazem uma reprimenda de 103 (cento e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Impende, por conseguinte, destacar, a par dos fundamentos fático-jurídicos anteriormente coligidos, data máxima vênia, a existência do elemento subjetivo, o dolo do tipo penal referido no art. 121, § 2º, incisos I, IV e V (homicídio qualificado), do Código Penal Brasileiro na conduta do apelante, Sr. Pedro Talvane Luís Gama de Albuquerque Neto, na qualidade de autor intelectual de homicídio quádruplo contra a Deputada Federal de Alagoas, Exma. Srª. Ceci Cunha, seu esposo, Sr. Juvenal Cunha da Silva, e um casal de amigos na residência destes, Srs. Iran Carlos Maranhão Pureza e sua esposa, Srª. Ítala Neyde Maranhão Pureza, com a finalidade, permissa vênia, espúria, torpe, de viabilizar sua naquele cargo público eletivo anteriormente referido, por ser o primeiro suplente da coligação partidária; elementos jurídicos de convicção suficientes e aptos a dar suporte às condenações do mesmo pelas práticas de tais infrações penais, na forma consignada no *decisum* vergastado.

Realmente, a prática da conduta delitiva descrita no art. 121, § 2º, incisos I, IV e V (homicídio qualificado) c/c art. 69 (concurso material) – porquanto resultando quatro vítimas diversas –, todos do CPB, foram apuradas a partir das provas colhidas ao longo de todo o *iter* processual penal, fortalecida, inclusive, pelos elementos de convicção produzidos durante a instrução penal, restando habilmente demonstrada a ocorrência dos fatos incriminados, autoria, materialidade, culpabilidade e elemento subjetivo do tipo, *dolus intensus*. Sendo, data máxima vênia, de manter-se a sentença condenatória por seus próprios fundamentos.

Improvido, pois, o apelo do réu PEDRO TALVANE LUÍS GAMA DE ALBUQUERQUE NETO.

Passo à análise do recurso apresentado, de forma conjunta, em prol dos réus JADIELSON BARBOSA DA SILVA, JOSÉ ALEXANDRE DOS SANTOS, que atende pela alcunha de “ZÉ PIABA” e de MENDONÇA MEDEIROS DA SILVA, de fls. 8.646/8842 (Vol. 34).

Necessário se faz registrar, com o devido e apropriado respeito ao causídico subscritor da peça recursal em evidência, não se pretendendo, aqui, desmerecer a técnica, a estilística, empregadas quando da formatação do apelo conjunto, longe disso, mas o que se deve deixar realçado é o caráter genérico das postulações insurgentes, visto que em nenhum tópico há menção expressa a qualquer um dos apelantes, individualmente considerados, ou seja, as teses expostas remetem a um universo estéril de elucubrações doutrinárias e jurisprudenciais sem a menor adequação *de per se* a algum dos três sentenciados recorrentes, inexistindo, então, especificação particularizada de eventual impropriedade jurídica do veredicto especificamente relacionada a um dos réus, de forma a se tentar demonstrar qualquer absurdidade, se o caso, no todo ou em parte da sentença, em que possa identificar haver sido malferido os direitos deste ou daquele sentenciado. Registro feito.

Pois bem. A Apelação conjunta de fls. 8.646/8.670 suscita, em suma: a) preliminar de nulidade absoluta do julgamento, ante a verificação de incompetência superveniente do juízo sentenciante; b) preliminar de nulidade absoluta por ausência de motivação juridicamente aceitável para a responsabilização penal dos recorrentes, ante a insuficiência de considerações em torno das situações, individualizadas, dos apenados, dos fatos relatados na denúncia, assim também ocorrendo quando da fixação das reprimendas, notadamente sem adequada observância aos preceitos do art. 59, do Código Penal, sendo injustificável a exasperação da pena-base; c) da indevida conclusão sentenciante pelo reconhecimento da personalidade delinquencial dos recorrentes, bem como pela inobservância de anterior absolvição dos denunciados, ainda que decretada por juízo incompetente, caracterizando, assim, *bis in idem*; d) da imprestabilidade e da inconsistência de inúmeras provas, bem como de depoimentos contraditórios e, também, da não consideração de importantes declarações, fatos, relatórios policiais, etc., que a defesa entende servíveis à proclamação da inocência dos recorrentes; e) da ilegalidade da decretação e manutenção da segregação (prisão preventiva) dos apelantes. Requereu-se, ao final, a nulidade do julgamento, dada a inocência que milita em prol dos recorrentes. Ultrapassada a tese de negativa de autoria, pugnou-se pela aplicação de penas que espelhem “os parâmetros dos

moldes constitucionais garantistas explicitados na presente peça processual”.

Volta-se a tese preliminar de incompetência superveniente, a buscar a invalidação do decreto condenatório, sob a alegação, de alguma forma ininteligível, de haver decisões anteriores infirmando a competência do juízo federal de primeiro grau, sem, contudo, declinar o recurso quais decisões seriam essas, muito menos quando foram proclamadas.

Fato é que, apesar da carência plena de informes a sustentar a pretensão retromencionada, a competência para o processamento pleno do juízo federal de primeiro grau, já foi por demais confirmada, sendo de se ressaltar os inúmeros incidentes já enfrentados e exauridos em torno da questão, carecendo a pretensão, pelo óbice da preclusão, de qualquer aparência de procedibilidade.

Ainda assim, mister a transcrição do posicionamento ministerial quanto à temática impropriamente repisada, *verbis*:

(...) são caudalosas as razões jurídicas hábeis a determinar a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento do feito em foco, na medida que os homicídios perpetrados tiveram como móvel, primeiramente, atingir vítima eleita para o cargo eletivo federal de Deputada Federal, Ceci Cunha, em razão do desejo do corréu Pedro Talvane Luís Gama de Albuquerque Neto de assumir, na condição de primeiro suplente, aquele cargo mencionado; e as demais mortes se deram como forma de assegurar a vantagem da primeira. Logo, constatado que os crimes foram praticados, *prima facie*, contra Parlamentar Federal, em razão do exercício do respectivo mandato eletivo, patente é o interesse da União Federal, suficiente a justificar a competência do MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas, *in casu sub examine*. Carecendo, pois, rogata vênua, de substrato jurídico a preliminar em foco, devendo, por isso mesmo, ser superada e conseqüentemente rejeitada. (contrarrazões, fl. 8.749)

Preliminar de incompetência rejeitada.

Segue-se, na mesma trilha do improvimento, a questão preliminar, igualmente genérica e de incontida abrangência, de nulida-

de absoluta do julgado por ausência de motivação juridicamente aceitável para a responsabilização penal dos recorrentes, assim também ocorrendo quando da fixação das reprimendas, notadamente sem adequada observância aos preceitos do art. 59, do Código Penal, sendo injustificável a exasperação da pena-base.

Quanto ao antes narrado, inexistente a menor indicação, no apelo dos recorrentes, do que houve efetivamente importado em específico prejuízo ao livre exercício do direito de defesa dos sentenciados. Trata-se, com efeito, de mera conjectura dissociada do mais que patenteado consórcio criminoso enredado pelos acusados, incapaz, então, a aludida preliminar, de reverter o resultado de toda uma organizada sistemática de apuração, que redundou na responsabilização penal de todos os recorrentes, sem que se possa revelar, minimamente, obstrução ao direito de defesa.

É também o caso de prevalência do princípio *pás de nullité sans grief*, alinhado à diretiva da Súmula nº 523/STF: *No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Preliminar rejeitada.*

Incorre em gritante paradoxo o recurso conjunto ora sob análise, como antes já mencionado, mormente ao exigir novel exame de todo o acervo probatório que repousa nos autos, sem, contudo, precisar quais as passagens do édito condenatório eventualmente eivadas de vícios, porventura geradoras de prejuízo a cada um dos apelantes, mostrando as incongruências, se houver, de maneira pontual e *per capita*. Nada disso foi feito.

Objetiva-se, essencialmente, desconstituir a importância, por entender insubsistentes a alicerçar as condenações, das confissões extrajudiciais dos apelantes, visto que não confirmadas em juízo, bem como dos depoimentos contraditórios, etc.

Observe, todavia, que a Sentença de fls. 8.226/8.376 (vol. 33), ora recorrida, primou pela pormenorização da descrição dos elementos probatórios indicativos da participação de cada um dos recorrentes na empreitada criminosa descrita na denúncia, posteriormente confirmada sob o crivo do contraditório regularmente estabelecido.

Eventuais controvérsias fundadas em detalhes testemunhais do complexo périplo criminoso encetado pelos recorrentes, não possuem o condão de infirmar a acusação principal de cometimento do ilícito em causa, visto que o cotejo de todos os elementos confessionais e/ou testemunhais, acertadamente efetivado no corpo do decreto condenatório, somente atesta a positivação das autorias, bem como da prática criminosa em causa.

Nessa linha, revela-se, inclusive, em tudo despropositado, o intento recursal de invalidar, pura e simplesmente, sem o menor substrato jurídico, e sem lastro probatório adequado, as conclusões sentenciantes efetivamente comprovadas nos autos.

Avulta, pois, totalmente possível a condenação com base em depoimentos e confissões extrajudiciais, ainda que não confirmados em juízo, quando em franca sintonia com os demais elementos do acervo fático-probatório, sendo que apesar das retratações em juízo, o magistrado sentenciante fundamentou seu convencimento na conjugação das confissões colhidas na fase inquisitorial com as provas reveladas durante a instrução probatória, ou seja, produzidas em contraditório penal.

Não se pode valorar episódicas contradições quanto a meros detalhes da ocorrência criminosa, visto não influírem, *in casu*, na comprovação da materialidade ou da autoria do crime, não sendo suficientes para contrapor a responsabilização penal, vez que o cerne das imputações, como foi dito, permanece intacto.

Posto isso, conclui-se que as eventuais diferenças ou omissões acaso existentes nas narrativas testemunhais, bem como nos depoimentos dos próprios réus, não são suficientes para afastar a certeza quanto à autoria e a materialidade do crime em apreço, não merecendo, pois, reforma alguma a sentença do juízo de origem.

O elenco probatório reunido pela acusação, e em tudo contrário à postulação recursal dos réus JADIELSON BARBOSA, JOSÉ ALEXANDRE e MENDONÇA MEDEIROS, tem o seu demonstrativo sediado nas Alegações Finais de fls. 5.933/5.960 (vol. 25), que assim dispôs, com remissão inicial à cronologia dos fatos:

OS FATOS:

No dia 16 de dezembro de 1998, a deputada Ceci Cunha foi violentamente assassinada, juntamente com mais três pessoas, em uma casa situada no Bairro da Gruta de Lourdes, nesta capital.

A leitura dos muitos volumes destes autos permitiu aclarar toda a trama criminoso que culminou com a fatídica chacina.

De forma resumida, vê-se dos autos que o ex-deputado Talvane Albuquerque, vendo-se derrotado nas eleições, não se conformou com a situação de primeiro suplente e desejava de toda forma retornar ao poder, ainda que tivesse de ocasionar a morte de um dos eleitos, para assumir a vaga. Vários depoimentos corroboram este ânimo delitivo do deputado.

Decidido a tirar a vida de um dos eleitos e não desejoso de utilizar seus próprios assessores/seguranças, procurou o conhecido pistoleiro Maurício (chapéu de couro), marcando com este um encontro em Juazeiro da Bahia, para onde foi acompanhado de dois dos outros denunciados (Jadielson e Mendonça Medeiros) e do assessor Júnior.

O encontro foi realizado e Talvane falou que necessitava que Maurício fizesse um serviço para ele ou conseguisse pessoas para a realização deste. Tal serviço consistiria no assassinato do deputado Federal Augusto Farias, permitindo, assim, seu retorno ao poder. O alvo teria sido escolhido por já ter problemas envolvendo a morte de seu falecido irmão PC Farias, o que não levantaria suspeitas sobre a pessoa de Talvane. Na oportunidade do encontro, Maurício percebeu que a trama era do conhecimento dos assessores de Talvane, notadamente de Jadielson e Júnior, com quem teve contato.

Segundo Maurício, sua disposição, desde o início, fora não participar de tal crime, mas com receio pela sua vida, disse a Talvane que conseguiria algumas pessoas para fazer o serviço. Posteriormente foi ter com o soldado PM Farias para que este arranjasse um jeito de comunicar a vítima da trama criminoso. Tal soldado entrou em contato com Diniz, o qual, por sua vez, contactou com Lenine e este falou com o deputado estadual Júnior Leão. Júnior Leão entrou em contato com Augusto Farias. Augusto Farias, após confirmar com Lenine, Diniz e Farias os fatos, marcou de se encontrar com Maurício em Juazeiro.

Em Juazeiro, Maurício, a pedido de Augusto Farias, ligou para Talvane e, em uma conversa que foi gravada, tratou dos preparativos do assassinato de Augusto Farias (referido na gravação como “careca”). Esta gravação é uma das grandes provas presente nos autos, pois evidencia o ânimo de Talvane de tirar a vida de um dos eleitos.

Augusto Farias pediu para Maurício ficar enrolando Talvane e este, segundo informou, assim fez, tendo inclusive marcado um encontro com Jadielson para apresentar um suposto pistoleiro que teria contactado (seu genro). O encontro se realizou, mas Maurício já tinha combinado com ele que pedisse uma quantia muito alta para o negócio ao se realizar.

Algumas outras ligações se seguiram entre Maurício e assessores de Talvane, mas o negócio não deu certo.

Provavelmente em face da lentidão de Maurício em providenciar pistoleiros e do preço alto pedido, os assessores de Talvane assumiram a incumbência de dar cabo a vida de Augusto. Segundo Medeiros, no dia do Maceió-Fest eles procuraram Augusto Farias, mas não o encontraram. No dia da diplomação a resolução e o plano já estava feito. Deveriam esperar a diplomação e, de tocaia, assassinar Augusto Farias ou, caso não fosse possível este, a deputada Ceci Cunha.

Em um Fiat Uno verde, Jadielson, José Alexandre e Alécio seguiram a deputada Ceci Cunha após a sua diplomação e quando esta se encontrava na varanda da casa de amigos, chegaram e mataram Ceci Cunha, Juvenal Cunha da Silva, Iran Carlos Maranhão Pureza e Ítala Neyde Maranhão Pureza.

Mendonça Medeiros, como combinado, ficou esperando os demais cometerem o crime para dar cobertura, o que fez em um Santana preto, de propriedade de Talvane, na beira da rodovia que vai para Satuba, próximo ao posto da Polícia Rodoviária Federal no Tabuleiro do Martins. Quando os assassinos passaram por ele, ele os seguiu, vendo quando eles entraram em um canavial para dar fim no carro utilizado para o crime e após os pegou e todos juntos fugiram.

(...).

Adiante, resumo do plexo das provas da autoria e materialidade delituosas reunidas pela acusação em desfavor dos apelantes

JADIELSON BARBOSA, JOSÉ ALEXANDRE e MENDONÇA ME-
DEIROS:

(...).

Provas dos autos - depoimentos, declarações, interroga-
tórios.

Valmir Pereira Campos (fls. 13/14, 1400/1401, 1686/1687,
1967/1968, 2339, 5102/5103 do vol. 23) – testemunha do
homicídio – ouviu os tiros e viu um carro (Fiat Uno, cor
verde) ocupado por três pessoas deixando o local do cri-
me em velocidade. Viu os corpos e lhe foi repassada uma
versão dos fatos pelo proprietário da residência.

(...).

José Jorge Farias de Melo (fls. 19/23, 1681/1683, 5086 do
vol. 23) – testemunha de fatos que levam a crença de que
Talvane fora o mandante do crime – a testemunha soube
pela pessoa de Maurício Gomes Novaes (Chapéu de cou-
ro) que este tinha sido contatado pelo deputado Talvane
para conseguir pessoas e trazer para Alagoas com o fito
de assassinar o deputado Augusto Farias, de tal sorte que
ele pudesse reassumir o mandato que perdera.

(...)

José Júnior de Melo – Deputado Júnior Leão (fls. 24/25) –
testemunha de fatos que levam a crença de que Talvane
fora o mandante do crime - Afirmou ter sido informado por
Diniz da existência de um plano de Talvane com vistas a
assassinar o deputado Augusto Farias. Comunicou o fato
ao deputado Augusto Farias, o qual pediu para falar com
Diniz.

(...)

Augusto César Cavalcante Farias – deputado federal (fls.
30/33, 1398/1399, 1978/1979, 5113/5112 do vol. 23) – tes-
temunha de fatos que levam a crença de que Talvane fora o
mandante do crime – afirma ter tomado conhecimento,
através do Deputado Júnior Leão, de que havia um plano
para matá-lo. Júnior Leão teria obtido a informação menci-
onada de seu assessor Lenine, que, por sua vez, havia
escutado do Sr. Diniz e do Soldado PM - Farias. Posterior-
mente, na residência de Júnior Leão, ouviu o Soldado PM
– Farias afirmar que “Chapéu de Couro” lhe havia dito que
tivera um encontro, em Juazeiro-BA, com o Deputado Tal-
vane e seus assessores (Jadielson, Júnior e Alexio), cuja
finalidade era arquitetar um plano para matá-lo. A testemu-

nha viajou a cidade de Juazeiro a fim de encontrar pessoalmente com “Chapéu de Couro” e confirmar a veracidade da informação, o que efetivamente ocorreu, havendo “Chapéu de Couro” lhe dito que indagou do Talvane os motivos que ele teria para mandar matar a testemunha, ao que Talvane respondeu que não poderia ficar sem mandato e a testemunha era o primeiro suplente, com a sua morte ele automaticamente assumiria o mandato como titular.

(...)

Claudinete Santos Maranhão (irmã de Ceci Cunha) (fls. 39/40, 1684/1685, 5084/5085 do vol. 23, 5104 do vol. 23) – testemunha do homicídio – declarou que se encontrava na residência de sua sogra, mais precisamente na área (terraço), juntamente com a deputada Ceci Cunha, Juvenal (esposo de Ceci), Iran Carlos e Ítala Neide, quando dois homens desconhecidos invadiram a residência, sendo que um deles se encontrava portando uma arma e que logo depois ouviu um disparo de arma de fogo. A testemunha conseguiu fugir do local e se esconder debaixo de uma cama, tendo ouvido enquanto fugia um dos elementos dizer: “A mulher é essa” e continuou ouvindo, de onde estava escondida, disparos de arma de fogo. A testemunha disse, também, que Iranildo João Maranhão Pureza, que, naquela ocasião, se encontrava regando algumas plantas no local, conseguiu fugir. Ao cessar os disparos de arma de fogo, a testemunha saiu de seu esconderijo e comunicou o que havia acontecido ao seu irmão Cícero Santos. Ao voltar para a área em que se encontrava, encontrou os corpos sem vida das pessoas que lá estavam. Reconhece Jadielson como um dos assassinos.

(...)

Maria Cléia Santos de Oliveira (irmã de Ceci Cunha) (fl. 41) - afirmou que Talvane havia ingressado com uma ação de representação eleitoral contra Ceci e que referida ação havia sido julgada improcedente.

(...)

PROVA DOCUMENTAL

1. Fatura (fl. 34)

Hospedagem de JADIELSON B. DA SILVA
JUATUR - JUAZEIRO TURISMO LTDA. - Hotel Pousada de Juazeiro Período: 15/11 a 19/11/98.

(...)

8. Informação do Sistema Nacional de Armas (fl. 81) Indica que Alécio César Alves Vasco possuía registrado em seu nome um revólver marca Taurus, calibre 38.

9. Fotos da churrascaria onde Talvane e Chapéu de Couro se reuniram para tratar do assassinato de Augusto Farias (fls. 123/125).

(...)

11. Auto de apresentação e apreensão (fl. 268).

Referente a dois revólveres apreendidos em poder de Jadielson no dia 17 de novembro de 1998.

12. Conhecimento aéreo (fls. 295/296).

Documento datado do dia do assassinato de Ceci Cunha, às 18:44 h, em que figura como expedidor, na cidade de Brasília, o Sr. José Bezerra da Silva Júnior e destinatário, em Maceió, Abeilton Roque Silva/Jadielson Barbosa.

(...)

15. Relatório da comissão de sindicância da Câmara (fls. 877/922) conclui pela ocorrência de falta de decoro parlamentar, devendo ser iniciado processo para a perda do mandato.

16. Auto de apreensão do Santana de Talvane e documento de registro e licenciamento do veículo (fls. 1148/1149).

17. Fotos de Jadielson, Alécio, Mendonça Medeiros, José Alexandre, Joel Alexandre e Júnior (fls. 1152/1175).

(...)

26. Extrato de conta do terminal (082) 972-5805 (fls. 1485/1486).

Terminal telefônico utilizado por José Alexandre e cujas ligações evidenciam o relacionamento mantido com os demais participantes da trama criminoso, mas principalmente indica onde se encontravam os matadores, já que a série de ligações nos momentos anteriores ao crime representam o percurso feito pela deputada ao sair do foro até a casa em que foi vitimada, o que se confere pela estação rádio base (ERB) .

27. Relatório de interceptação telefônica do dia 26/01/99 (fls. 1488/1489).

Conversa entre o terminal 963-2497 e 981-1142 (utilizado por Talvane).

(...)

35. Demonstrativo do Tráfego CCC (fl. 4760).

Registro de ligação entre os terminais 985-3654 e 981-1142 (usado por Talvane) no dia do assassinato.

(...)

PROVA PERICIAL

1. Laudo de exame em veículo (fls. 68/70).

Veículo automotor da marca Fiat provavelmente utilizado no crime e encontrado carbonizado no dia 17 de dezembro de 1998 em canalial da Usina Terra Nova, a 300m de distância da BR 101 no sentido Maceió-Aracaju.

2. Laudo Pericial - Levantamento em local de morte violenta (fls. 83/117).

Prova material do crime. Corpo de delito.

3. Laudos de exame cadavéricos realizados em Juvenal Cunha da Silva, Josefa Santos Cunha (Ceci Cunha), Iran Carlos Maranhão Pureza e Ítala Neide Maranhão Pureza (fls. 146/206).

4. Laudo pericial produzido pelo Laboratório de Fonética Forense da Unicamp (fls. 801/876).

O laudo conclui que a voz na gravação é efetivamente de Talvane, bem como que a gravação não apresenta sinais de montagem ou cortes, sendo autênticas.

(...)

7. Laudo pericial produzido pelo Instituto de Criminalística do Departamento de Polícia Científica da Secretaria de Segurança Pública do Estado de Alagoas (fls. 1132/1141).

Objetivou constatar os danos ocorridos no veículo Fiat UNO encontrado carbonizado em meio a um canalial. Veículo que teria sido utilizado no crime.

(...)

13. Transcrição fonográfica feita pela seção de Criminalística do Departamento de Polícia Federal em Alagoas (fls. 4763/4772 do vol. 20).

Transcrição de Fita cassete com as conversas mantidas entre Talvane, Maurício e Assessores de Talvane.

Tanto a prova documental quanto à pericial reforçam sobremaneira a certeza quanto à culpabilidade dos denunciados. Um elemento que nos chamou a atenção está indicado na informação constante nas fls. 1460/1465. Nela figura um raciocínio imbatível. Sabedores de que José Alexandre se encontrava com o terminal telefônico 985-3654, os agentes policiais federais pediram a Telasa celular o extrato do dia do assassinato de Ceci. Em tal extrato figuravam vários contatos com o terminal 978-5805, também utilizado por José Alexandre, e que, na hora do crime, se

encontrava com Mendonça Medeiros (atuava na cobertura), contatos esses efetuados em horários críticos, ou seja, antes e depois da consumação da chacina. No extrato consultado ficam registradas as ERB*s (Estação Rádio Base), indicando os locais de contato entre os terminais. De posse dessa informação, os agentes constataram que as ERBs (em número de 4) acionadas abrangiam as proximidades do Fórum Jairon Maia Fernandes, onde foi diplomada a deputada, bem como o bairro da Gruta de Lourdes, onde ela foi assassinada. Não nos parece que se trate de mera coincidência.

(...)

Pela condenação nos termos da denúncia.

(...)

Ao guardar integral correlação com as Alegações Finais do *parquet*, eis que revelam-se em tudo irrepreensíveis as referências, constantes na Sentença, ao *modus operandi*, bem como da fundamentação para fixação das penas, de forma extremamente individualizada e justificadas as exasperações, dos réus JADIELSON BARBOSA, JOSÉ ALEXANDRE e MENDONÇA MEDEIROS no episódio criminoso que resultou no assassinato da Deputada Federal CECI CUNHA e das três outras vítimas, consoante os excertos constantes em tópicos específicos da Sentença, como adiante indicados:

Quanto ao réu JADIELSON BARBOSA:

a) pelo cometimento do crime de homicídio de JOSEFA SANTOS CUNHA (Ceci Cunha): tópicos de nºs 52/90;

b) pelo cometimento do crime de homicídio de JUVENAL CUNHA DA SILVA: tópicos de nºs 91/113;

c) pelo cometimento do crime de homicídio de IRAN CARLOS MARANHÃO PUREZA: tópicos de nºs 114/129;

d) pelo cometimento do crime de homicídio de ÍTALA NEYDE MARANHÃO PUREZA: tópicos de nºs 130/144.

Quanto ao réu JOSÉ ALEXANDRE:

a) pelo cometimento do crime de homicídio de JOSEFA SANTOS CUNHA (Ceci Cunha): tópicos de nºs 251/290;

b) pelo cometimento do crime de homicídio de JUVENAL CUNHA DA SILVA: tópicos de nºs 291/315;

c) pelo cometimento do crime de homicídio de IRAN CARLOS MARANHÃO PUREZA: tópicos de nºs 316/329;

d) pelo cometimento do crime de homicídio de ÍTALA NEYDE MARANHÃO PUREZA: tópicos de nºs 330/351.

Quanto ao réu MENDONÇA MEDEIROS:

a) pelo cometimento do crime de homicídio de JOSEFA SANTOS CUNHA (Ceci Cunha): tópicos de nºs 358/385;

b) pelo cometimento do crime de homicídio de JUVENAL CUNHA DA SILVA: tópicos de nºs 386/404;

c) pelo cometimento do crime de homicídio de IRAN CARLOS MARANHÃO PUREZA: tópicos de nºs 405/422;

d) pelo cometimento do crime de homicídio de ÍTALA NEYDE MARANHÃO PUREZA: tópicos de nºs 423/440.

Vejo, assim, que o julgado atacado sustenta-se, também em relação aos apelantes JADIELSON BARBOSA, JOSÉ ALEXANDRE e MENDONÇA MEDEIROS, pela coerência lógico-jurídica de sua confecção, fruto da observância, principalmente, dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, mormente quanto ao reconhecimento, individualizado, da responsabilização criminal dos denunciados e, por fim, em relação ao cômputo das sanções respectivas, fixadas em patamares por demais compatíveis com as peculiaridades do episódio delituoso, sendo certo aqui salientar a plena observância ao processo de individualização das penas, com todo o seu *iter procedimentalis* disciplinado no art. 59 do Código Penal, que se completa com as disposições do art. 68 do mesmo estatuto, preconizador do sistema trifásico.

Ainda quanto à dosimetria, destaco, ao contrário da tese recursal, o acerto, pelo magistrado sentenciante, da referência à personalidade delinquencial dos réus, dado o emprego de justificativa por demais exauriente com que foi abordada tal questão em particular, consoante se verifica, por exemplo, dos tópicos de nºs. 66/75 (quanto a JADIELSON BARBOSA); de nºs 270/277 (quanto a JOSÉ ALEXANDRE) e de nºs 371/373 e 377 (quanto a MENDONÇA MEDEIROS).

No mais, por entender não merecer acolhida a tese de ilegalidade da decretação, ao término do julgamento, da prisão preventiva dos apelantes JADIELSON, JOSÉ ALEXANDRE e MENDONÇA, e, também, da manutenção de tal segregação, utilizo-me dos mesmos argumentos apresentados quando do julgamento, por esta egrégia 3ª Turma, do *habeas corpus* impetrado em prol dos réus (HC 4.616-AL), julgado em 08 de março de 2012, ao qual incumbiu-me a relatoria do *writ*, cujo acórdão resultou assim ementado, *verbis*:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRIBUNAL DO JÚRI FEDERAL. PACIENTES (QUATRO) CONDENADOS ÀS PENAS, INDIVIDUALIZADAS, DE RECLUSÃO, NOS PATAMARES DE 105 (CENTO E CINCO) ANOS; 105 (CENTO E CINCO) ANOS; 86 (OITENTA E SEIS) ANOS E 05 (CINCO) MESES E 10 (DEZ) DIAS E 75 (SETENTA E CINCO) ANOS E 07 (SETE) MESES, ALÉM DE MULTA, PELA PRÁTICA DELITUOSA PREVISTA NO ART. 121, § 2º, I E IV, E MAIS TRÊS VEZES NO ART. 121, § 2º, I, IV E V, TODOS DO CÓDIGO PENAL. CONCURSO DE AGENTES. EVENTO CRIMINOSO CONHECIDO COMO “CHACINA DA GRUTA DE LOURDES”. HOMICÍDIOS DE DEPUTADA FEDERAL, ESPOSO E DE MAIS DUAS PESSOAS LIGADAS À PARLAMENTAR, OCORRIDOS EM 16.12.98, NA CIDADE DE MACEIÓ-AL. TESE IMPETRANTE DE INIDONEIDADE DOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELO JUÍZO DE ORIGEM PARA DECRETAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR SEGREGACIONAL (PRISÃO PREVENTIVA), POR AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DO VEREDICTO. DESNECESSIDADE. POSSIBILIDADE LEGAL DE DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA APÓS SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL. CRIME HEDIONDO. EVIDENCIAÇÃO ESTREME DE DÚVIDAS DOS REQUISITOS DOS ARTS. 311, 312 E SEQUINTE DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. *FUMUS COMISSI DELICTI* E *PERICULUM LIBERTATIS* AMPLAMENTE POSITIVADOS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DOS DELITOS. EXACERBADO GRAU DE PERICULOSIDADE DOS PACIENTES. JUSTIFICATIVAS EM TUDO SERVÍVEIS À DECRETAÇÃO DA ORDEM SEGREGACIONAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÕES CONSTITUCIONAIS NA CONFEC-

ÇÃO DO *DECISUM*. IMPÕE-SE DENEGAR A ORDEM DE *HABEAS CORPUS*.

1. O *decisum* em questão não se dissociou da legislação processual de regência, a saber, prioritariamente, o art. 492, I, “e”, do Código de Processo Penal, inserto na Seção XIV, do Capítulo II, que regula o “Procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri”. Segue-se, nessa linha, a inegável adequação do decreto prisional aos preceitos, conjugados, do art. 283, como também e principalmente, dos ditames dos arts. 311 a 315, todos do Código de Processo Penal.

2. De incidência obrigatória sobre a hipótese condenatória em testilha são as normativas da Lei nº 8.072/90, também em conjugação com os dispositivos da legislação adjetiva penal antes indicados, visto se tratar de responsabilização penal pela prática de crimes considerados hediondos, igualmente justificadoras, em seu § 3º, do art. 2º, do decreto prisional em referência.

3. A ordem de prisão em causa adequa-se, também, ao figurino legal do art. 282, também do Diploma Adjetivo Penal, que abre o seu Título IX - “Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória”.

4. Da interpretação sistemática dos preceitos legais sublinhados, resulta a motivação idônea da decretação da medida cautelar preventiva, porquanto se mostra fundada na prevenção especial, do tipo negativa, dada a reconhecida periculosidade dos sentenciados, ora pacientes, a importar na necessidade de preservação da ordem pública, evitando-se o cometimento de novos delitos (reiteração delituosa), visto que patente, pois, o *periculum libertatis*, este tão bem divisado pelo magistrado sentenciante em fundamentação forjada tão somente em critérios de ordem técnico-legal, e não em meras ilações conjeturais e permeadas de vaguezas.

5. Acerca do grau exacerbado de periculosidade dos pacientes, não se pode deixar de reconhecer o realce necessário ao enfrentamento desse ponto específico, conferido pelo magistrado de primeiro grau, ao discorrer, pormenorizadamente, através de tópicos da Sentença, sobre aspectos pontuais inerentes à temática em causa.

6. A decretação, *in casu*, da medida cautelar da prisão preventiva, fundou-se na garantia da ordem pública, apoiando-se, explicitamente, no patente *periculum libertatis*

dos acusados, este traduzido no exacerbado grau de periculosidade de que são possuidores, capaz de vulnerar o tecido social como um todo, acaso retomada a sua almejada liberdade, notadamente em face da potencial possibilidade de reiteração delitiva.

7. Os precedentes jurisprudenciais invocados pelo juízo sentenciante guardam inconfundível similitude fático-jurídica com a hipótese dos presentes autos, justamente por enfatizarem a necessidade de expedição do decreto cautelar da prisão preventiva, em face da violência e da gravidade concreta dos delitos praticados, capazes de colocar em risco a ordem pública, pelo elevado grau de periculosidade dos seus agentes.

8. Ainda a título de fundamentação do decreto prisional ora impugnado, também amparou-se o juízo de origem, para a garantia da ordem pública, no clamor popular, na repercussão social dos delitos praticados, bem como na “excessiva demora ocasionada pelo uso de meios processuais legítimos” (mais de treze anos para a efetivação do julgamento pelo Tribunal do Júri).

9. Pela propriedade do magistério jurídico contido na síntese argumentativa erigida pelo representante do Ministério Público, em sede de Parecer, sendo este integrado por hodierna e predominante jurisprudência oriunda do Supremo Tribunal Federal - STF (HC 101.443/CE, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julg. 08.11.11; HC 104.139/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 16.08.11) e do Superior Tribunal de Justiça - STJ (HC 203.268/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, julg. 06.12.11; HC 92.644, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJE 15.06.09), deve ser considerado parte integrante da fundamentação deste voto, como de resto todo o arrazoado ministerial, notadamente por apontar, no *decisum* atacado, o preenchimento do requisito essencial para a decretação da medida cautelar da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, a saber, o *periculum libertatis*.

10. O outro requisito para a decretação da prisão preventiva dos pacientes, igualmente observado pelo juízo impetrado, como sendo o *fumus commissi delicti* (prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria), pela obviedade de sua presença na hipótese em comento, desmerece maiores considerações, dado seu inegável perfezimento, a partir, mesmo, do teor do veredicto condenató-

rio, sendo inapropriado o uso desta via estreita para repisar insurgências quanto ao mérito da imputação e da condenação que a seguiu, a exemplo da tese de julgamento contrário às provas dos autos.

11. Impõe-se reconhecer a idoneidade dos fundamentos do decreto prisional preventivo, não havendo que se falar em conspurcação de qualquer mandamento constitucional voltado à garantia da presunção da inocência, vez que, frise-se, a medida segregacional, nos moldes em que fora adotada, não se afigura como antecipação de execução de pena, porquanto, como sua própria natureza jurídica revela, resultou decretada a título cautelar, concorde com a legislação de regência, daí a manifesta pertinência de sua adoção, no bojo de sentença condenatória recorrível, configuradora esta de nova situação jurídica a reclamar pronta e proporcional intervenção estatal *pro societatis*.

12. Dada a fundamentação idônea do decreto prisional em causa, após a proclamação, pelo Tribunal do Júri Popular, do veredicto condenatório, e à míngua, então, de elementos mínimos, juridicamente aceitáveis, de prova de constrangimento ilegal, não se revelando qualquer ilegalidade na decretação e manutenção da custódia preventiva dos pacientes, visto persistirem os seus requisitos autorizados, já tão bem delineados na decisão atacada, merece ser denegado o pleito de concessão da ordem de *habeas corpus*.

ACÓRDÃO: Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Improvido, pois, o apelo conjunto dos réus JADIELSON BARBOSA DA SILVA, JOSÉ ALEXANDRE DOS SANTOS e MENDONÇA MEDEIROS DA SILVA.

Com essas considerações, nego provimento às apelações.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 9.816-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Apelante: CLÁUDIO RODRIGO SANTOS DE MEDEIRO
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. MARCOS JOSÉ MARINHO (APTE.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. CITAÇÃO POR HORA CERTA. VALIDADE. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PELA RECEITA FEDERAL. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. NULIDADE. CONDENAÇÃO POR OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS ABSOLUTAMENTE INDEPENDENTES. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL E CAUSA DE AUMENTO DE PENA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. INEXISTÊNCIA.

- O art. 362 do CPP garante que, “verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa”.

- In casu, os pressupostos de validade da supracitada citação ficta (procura, por três vezes, do acusado em seu endereço; e suspeita de ocultação do réu) restaram demonstrado nos autos, validando o ato impugnado.

- O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, conferiu à Lei nº 9.311/96, à LC nº 105/01 e ao Decreto nº 3.724/01 interpretação conforme a Constituição de 1988, tendo como incompatível a que se afaste o sigilo de dados bancários, da pessoa natural ou jurídica, sem prévia autorização judicial.

- Na espécie, foi realizada a quebra do sigilo bancário pelas autoridades fiscais da Receita Federal, evidenciando a ilegalidade de tal prova (art.

5º, LVI, da CF e art. 157, caput, do CPP), que deve ser anulada.

- Embora seja dado reconhecer a invalidade das provas obtidas de modo ilícito, isso não implica a invalidade da ação penal, muito menos da sentença vergastada, quando, para ensejar o decreto condenatório, o magistrado se funda em outros elementos absolutamente independentes do lastro probatório viciado (art. 157, § 1º, in fine, do CPP), os quais evidenciam a prova do fato delitivo (materialidade), hipótese dos autos.

- Não há que se falar em ausência de culpabilidade ou dolo e de inexigibilidade de conduta diversa, por dificuldades financeiras, porque estas respaldam o mero inadimplemento dos tributos, mas não a omissão em prestar informações ou a apresentação de declarações incompatíveis com a realidade.

- Em relação à dosimetria, inexistente bis in idem quanto ao fundamento esposado para valorar de forma negativa a culpabilidade do agente (circunstância judicial do art. 59 do CP), e ao argumento para aplicar a causa especial de aumento de pena prevista no art. 12, I, da Lei nº 8.137/90, quando levados em conta razões díspares para fundamentar o recrudescimento da pena.

- Hipótese em que cada uma das condutas praticadas pelo réu dava origem, anualmente, a um único resultado penalmente relevante (supressão de tributos), ainda que, na seara tributária, tenha tido reflexo em tributos distintos (IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e IRPF), de modo que deve ser afastada a causa de aumento de pena do concurso formal (art. 70 do CP), mantendo-se, porém, a exasperação subjacente à continuidade delitiva (art. 71 do CP).

- Modificada a pena privativa de liberdade, há de ser alterada, também, a pena de multa infligida

ao apelante, já que esta deve guardar proporcionalidade com aquela.

- Apelação parcialmente provida.

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 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, 9 de maio de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO (Convocado):

Cuida-se de apelação criminal interposta pelo réu contra sentença que o condenou, pela prática do crime previsto no art. 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.137/90, em concurso formal (quatro vezes) e continuidade delitiva, à pena de 5 (cinco) anos e 4 (meses) de reclusão, e à pena de 900 (novecentos) dias-multas, com o valor da dia-multa fixado em 1/30 do valor do salário mínimo em vigor na data do crime.

Sustenta o recorrente, preliminarmente: a) a invalidade da ação penal baseada exclusivamente em prova ilícita; e b) a nulidade da citação ficta, devendo ser oportunizado novo prazo de defesa. No mérito, afirma que deve ser absolvido, afirmando que a inadimplência com o Fisco se operou em razão da sua dificuldade financeira de pagar os tributos, e não em função da sua intenção dolosa de cometer o crime em tela. Requer que, em caso de manutenção da condenação, seja fixada a pena-base no mínimo legal, e reconhecida a ocorrência de crime único, de sorte a reduzir a pena em que fora condenado.

Contrarrazões.

Atuando como fiscal da lei, o MPF opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório. Ao revisor.

VOTO

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

Antes de adentrar no mérito em si da lide, é preciso analisar as preliminares de nulidade suscitadas pelo réu.

Argumenta o apelante ser ilegal a citação ficta realizada nos autos. Aduz, ainda, que as provas que lastrearam a denúncia do MPF são ilícitas, pois amparadas em quebra de sigilo bancário não precedida de decisão judicial.

Em relação ao ato citatório, adianto que o art. 362 do CPP, reza que:

Art. 362 - Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008)

Parágrafo único. Completada a citação com hora certa, se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo.

No caso em tela, penso que os pressupostos de validade da citação por hora certa (procura, por três vezes, do acusado em seu endereço; e suspeita de ocultação do réu) restaram demonstrado nos autos.

Observe-se, de antemão, que o endereço do demandado indicado na denúncia, no qual fora procurado para citação pessoal, coincide com aquele retratado no contrato social da empresa da qual o réu compunha o quadro societário (fl. 145 dos autos em apenso). No aludido local, o suplicado foi notificado durante toda a fase pré-processual, tendo inclusive ficado ciente do conteúdo das intimações, tanto que se manifestou na seara administrativa, quando intimado no dito endereço (fls. 126 e 543 dos autos em apenso). A propósito, imperioso registrar que em nenhum momento o

recorrente fez qualquer ressalva quanto ao seu “verdadeiro” domicílio.

Ocorre que quando procurado no mesmo endereço, já no bojo desta ação criminal, o demandado não foi encontrado, tendo a genitora deste afirmado que “o mesmo (*sic*) não reside juntamente com ela, utilizando esse endereço apenas para correspondência. Informou, ainda, desconhecer o atual endereço do Sr. Cláudio (...)” (fl. 15).

Penso que, do contexto narrado em linhas passadas, extraíase, de fato, suspeita concreta de ocultação do réu, estando presente o primeiro pressuposto para citação por hora certa. Certificada tal circunstância pela oficiala (fl. 15), tentou-se, por três vezes, citar o réu pessoalmente, e, apenas quando frustrada tal tentativa, citou-se, de forma ficta, o acusado, nos termos do art. 362 do CPC, não havendo, portanto, qualquer nulidade. Ademais, não houve prejuízo ao recorrente, eis que o representante da Defensoria Pública da União foi nomeado como defensor dativo do réu, atuando em defesa deste, o que corrobora os fundamentos espoados anteriormente.

Superada tal preliminar, passa-se a verificar a questão relacionada à quebra do sigilo bancário.

Quanto ao tema, adianta-se que não se desconhece o comando normativo insculpido no art. 6º da LC nº 105/2001, o qual autoriza às autoridades e aos agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o acesso a dados de contas bancárias de depósitos e aplicações financeiras de contribuintes, desde que haja procedimento administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Ocorre que em 15/12/2010, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE nº 389.808/PR, conferiu à Lei nº 9.311/96, à LC nº 105/01 e ao Decreto nº 3.724/01 interpretação conforme a Constituição de 1988, tendo como incompatível a exegese que entenda possível afastar o sigilo de dados bancários da pessoa natural ou jurídica, sem prévia autorização judicial, consoante se infere da ementa a seguir transcrita:

SIGILO DE DADOS. AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS - RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte. (STF, Pleno, RE 389.808, rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 10/05/2011)

Assim, o STF, no seu papel de guardião da Constituição Federal, por ocasião do julgado supracitado, afastou a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto aos dados bancários dos contribuintes, entendimento ao qual perfilho nesta oportunidade.

Dito isso, verifico que, na espécie, realmente foi realizada a quebra do sigilo bancário pelas autoridades fiscais da Receita Federal, evidenciando a ilegalidade de tal prova (art. 5º, LVI, da CF e 157, *caput*, do CPP) (fls. 545, 551-678 dos autos em apenso), a qual entendo como nula.

O que ora se declara, porém, é apenas a invalidade da prova oriunda da (ilegal) quebra do sigilo bancário. Deve-se ressaltar, entretanto, que as operações bancárias retratadas na fase pré-processual não figuraram, nem de longe, como condição *sine qua non* para se constatar o intuito do acusado de eximir-se do pagamento de tributos, havendo, ao revés, diversos outros elementos que comprovam tal fato.

Nesse passo, e já adentrando na análise do mérito em si da lide, constata-se que há, no caso, como cindir o lastro probatório apresentado na Representação Fiscal Para Fins Penais, de sorte a afastar as provas (ilicitamente) obtidas por meio da quebra do sigilo bancário, mas aproveitar, por outro lado, a validade de outras provas colhidas na seara administrativa, absolutamente independentes daquela (art. 157, § 1º, do CP).

Com efeito, embora seja dado reconhecer a invalidade das provas decorrentes da quebra do sigilo bancário, isso não implica

a invalidade da ação penal, muito menos da sentença vergastada, que, para ensejar o decreto condenatório, se fundou em outros elementos que evidenciaram a prova do fato delitivo (materialidade) do crime em tela, nos seguintes termos:

Destaque-se, ainda, o fato de a empresa ter celebrado inúmeros contratos com o Poder Público do Rio Grande do Norte, em especial com as prefeituras interioranas do nosso Estado, durante todo o período sonogado, o que se comprova pela documentação exaustiva juntada às fls. 195/515 dos apensos em anexo, que se reporta a contratos de prestação de serviços, notas de empenho, recibos firmados pela empresa investigada, notas fiscais, tudo a corroborar que, ao revés do quadro de inatividade declarado pelos sócios, a empresa esteve em pleno vapor durante o período questionado.

Atente-se, nesse ponto, que a representação fiscal em apreço vem acompanhada, em seu anexo II (fls. 537/538), de uma listagem com a relação de receitas percebidas por essa de órgãos públicos no período de 03/2003 a 12/2005, indicativa de que ela celebrou contratos com os mais diversos órgãos públicos, totalizando o montante de R\$ 1.007.976,68 (um milhão, sete mil, novecentos e setenta e seis reais e sessenta e oito centavos), sendo que, nos anos-calendários em que declarou estar inativa, a referida pessoa jurídica auferiu, só em contratos com o Poder Público, o valor de R\$ 267.434,52 (duzentos e sessenta e sete mil, quatrocentos e trinta e quatro reais e cinquenta e dois centavos) e R\$ 332.431,55 (trezentos e trinta e dois mil, quatrocentos e trinta e um reais e cinquenta e cinco centavos), respectivamente, nos anos-calendário 2003 e 2004.

A despeito desta vultosa movimentação financeira e de provas contundentes do seu funcionamento, a empresa SANTOS MEDEIROS EMPREENDIMENTOS buscou mascarar a sua situação de atividade, agindo totalmente ao arrepio da lei para suprimir o pagamento dos tributos gerados pelo exercício da sua atividade empresarial. Com efeito, embora tenha comprovadamente prestado serviços a órgãos estaduais e municipais, impressiona o fato de não possuir nenhum empregado registrado no CNIS, conforme assentado pela Receita Federal em sua representação fiscal: "Consultando o Cadastro Nacional de Informações

Sociais - CNIS, conforme documentos demonstrativos de fls. 153/154, verificamos que a Santos Medeiros Empreendimentos Ltda. não informou qualquer vínculo empregatício nos anos de 2001, 2002, 2003 e 2005, indicando que o contribuinte não entregou a GFIP à Previdência, ou a entregou declarando que não existiram fatos geradores, ou seja, não havia empregados ou contribuintes individuais a seu serviço. No ano de 2004, entregou a GFIP e RAIS com divergência na quantidade de vínculos, nesse caso, indicando omissão de fato gerador na GFIP. Fica também a dúvida de como a empresa prestava serviços a tantos órgãos e municípios, sem funcionários”.

Se não bastassem tantas evidências acerca da materialidade do delito em questão, outros elementos servem para torná-la inquestionável, dentre os quais o fato de os sócios não terem apresentado os livros e documentos solicitados pelos agentes da Receita Federal, bem como os demonstrativos de resultado, balanços econômicos, dentre outros, que pudessem servir de contraprova às acusações levantadas contra a empresa. Ao invés de esta tentar elidir a prova produzida no processo administrativo tributário, preferiu quedar inerte, tendo simplesmente optado por ignorar as intimações fiscais feitas pela Receita Federal, em nome dos seus sócios, através do Termo do Início de Fiscalização.

(...).

Oportuno ainda mencionar que, na mesma data supracitada, a empresa investigada sofreu uma integral alteração do seu quadro societário, do qual se retiraram os sócios Cláudio Rodrigo Santos e Cynthia Mara Santos, denunciados nesta ação penal, com o ingresso de FRANCILÚCIO MACIEL DA SILVA e JOSÉ UBIRACI PAIVA DOS SANTOS, que, no entender da fiscalização – acertadamente, não passavam de interpostas pessoas utilizadas pelos sócios administradores (laranjas) para figurarem formalmente como sócios registrários da empresa, mas que, em última análise, continuaria a ser gerida pelos antecessores.

Assim, excluída a prova relativa aos extratos bancários colacionados nos autos em apenso (fls. 551-678), remanescem ainda os demais elementos de prova levados em conta pelo magistrado sentenciante, os quais permitem concluir que, a despeito de a so-

cidade empresária da qual o réu era sócio-administrador encontrar-se em pleno funcionamento (auferindo rendimentos), aquele, de modo consciente e voluntário, conduziu-se segundo as ações previstas no art. 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.137/90, deixando de recolher diversos tributos federais (IRPJ, CSLL, PIS e COFINS), a justificar a manutenção da sua condenação.

Imperioso registrar que o demandante em momento algum infirma as condutas a ele imputadas (fato incontroverso), alegando, apenas, que o seu agir seria justificável pela dificuldade financeira de pagar os tributos pela qual passava – o que, para ele, afastaria o seu dolo –, situação, todavia, que sequer restou demonstrado nos autos.

Ademais, as (supostas) dificuldades financeiras do recorrente respaldariam apenas o mero inadimplemento dos tributos, mas não a omissão em prestar informações ou a apresentação de declarações incompatíveis com a realidade (elementos objetivos do tipo penal), o que justifica a condenação que lhe foi imposta.

Em relação à dosimetria da pena, adianto que não vejo a ocorrência de *bis in idem* no que concerne ao fundamento esposado para valorar de forma negativa a culpabilidade do agente (circunstância judicial do art. 59 do CP), e ao argumento para aplicar a causa especial de aumento de pena prevista no art. 12, I, da Lei nº 8.137/90.

O primeiro, conforme consignado na sentença, amparou-se no fato de o agente ter se utilizado de pessoas interpostas (sujeitos simples e com pouca instrução) para tentar se esquivar da responsabilidade pelo pagamento dos tributos, o que, deveras, espelha um grau de reprovabilidade mais acentuado da conduta do réu, em comparação à reprovação natural já prevista no tipo penal. O segundo fundamento, por sua vez, em nada coincide com o anterior, pois o motivo para a aplicação do aumento de pena se deu em razão do grave dano causado à coletividade, considerando o montante dos tributos não recolhidos (que superavam a quantia de dois milhões de reais).

Quanto à pretensão de ver afastada a causa geral de aumento de pena oriunda da identificação do (suposto) crime formal (art. 70, *caput*, do CP), penso que assiste razão jurídica ao apelante.

A despeito da controvérsia que possa existir sobre o tema, tenho que cada uma das condutas praticadas pelo réu dava origem, anualmente, a um único resultado penalmente relevante (supressão de tributos), ainda que, na seara tributária, tenha tido reflexo em tributos distintos (IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e IRPF). Os resultados múltiplos “passam à parte do domínio final da ação do agente, sendo tratado cada período no qual se deu a sonegação como crime único, e não crime formal, ainda que sujeito à continuidade delitiva, em razão da sequência de ações sucessivas ao longo do tempo”.¹

Afastada a causa de aumento de pena prevista no art. 70 do CP, há de ser revista a dosimetria da pena infligida ao acusado.

Observa-se que, no que concerne à pena privativa de liberdade, a pena-base foi (acertadamente) fixada em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão (1ª fase da dosimetria). Inexistindo circunstâncias legais agravantes ou atenuantes (2ª fase da dosimetria), aumentou-se a pena base em 1/3, em razão do disposto no art. 12, I, da Lei nº 8.137/90, passando-a para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses. Neste momento, o magistrado sentenciante havia exasperado a pena em mais 1/3, em razão da constatação de concurso formal (afastada neste *decisum*), e, após, em mais 1/5, em face da continuidade delitiva.

Logo, considerando o disposto neste voto, penso que o aumento de pena relativo à continuidade delitiva (art. 71 do CP), fixado pelo juízo originário (1/5), deve incidir diretamente sobre a pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses (eis que excluído o aumento do crime formal), totalizando, pois, 4 (quatro) anos de reclusão, sendo esta a pena privativa de liberdade definitiva (3ª fase da dosimetria).

Modificada a pena privativa de liberdade, há de ser alterada, também, a pena de multa infligida ao apelante (em 900 dias-multa, com valor do dia multa fixado em 1/30 do salário mínimo em vigor na época do crime), já que esta deve guardar proporcionalidade com aquela.

¹ TRF5, 2ª T., ACR nº 8.498, Rel. Des. Fed. Walter Nunes da Silva Júnior, DJe 03/05/2012.

Por esse motivo, reduzo a pena de multa para o total de 180 dias-multa, com o fito de manter a proporcionalidade entre a pena privativa de liberdade e a de multa. O valor do dia-multa deve ser mantido, porquanto fixado no patamar mínimo previsto no § 1º do artigo 49 do CP.

No que concerne ao regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, penso que o recorrente preenche os requisitos dispostos no art. 44 do CP, de sorte que, nos termos do § 2º do mencionado dispositivo, substituo a aludida penalidade por duas penas restritivas de direito, consistentes em: (1) prestação pecuniária (art. 43, I, do CP) e (2) na prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (art. 43, IV, do CP). A forma de cumprimento de ambas deverá ser definida pelo juízo da execução, respeitado o disposto nos arts. 45 e 46 do CP.

Com essas considerações, rejeito a preliminar de nulidade da citação; acolho a preliminar de nulidade das provas decorrentes da quebra do sigilo bancário determinado pela Receita Federal, reconhecendo a sua invalidade; e dou parcial provimento à apelação, para: (a) reduzir a pena privativa de liberdade aplicada, fixando-a em 4 (quatro) anos de reclusão, a qual substituo por duas penas restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária e na prestação de serviços à comunidade ou às entidades públicas, a serem fixadas pelo Juízo da Execução, nos termos dos arts. 44, § 2º, 45 e 46 do Código Penal; (b) reduzir a pena de multa para 180 dias-multa, mantendo-se inalterado o valor do dia-multa.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 5.001-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Impetrante: DRS. PALOMA GURGEL DE OLIVEIRA CERQUEIRA E OUTRO
Impetrado: JUÍZO DA 2ª VARA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
Paciente: RAMON GOMES DOS SANTOS (RÉU PRESO)

EMENTA: HABEAS CORPUS ATACANDO PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA EM SEDE DE AÇÃO PENAL QUE VISA A ESQUADRINHAR A PRÁTICA DO CRIME TENTADO DE FURTO QUALIFICADO, BEM COMO OS ILÍCITOS DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO, E, FINALMENTE, DE FALSA IDENTIDADE. IMPETRAÇÃO CALCADA NAS ALEGAÇÕES DE EXCESSO DE PRAZO NO ENCARCERAMENTO PROVISÓRIO, NULIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE (POSTERIORMENTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA) E PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA RESPONDER AO FEITO EM LIBERDADE.

- Prisão em flagrante que preenche todos os requisitos legais.

- Embora o cárcere cautelar hostilizado já perdure por cerca de sete meses, a contar da prisão em flagrante, há margem para se atribuir considerável parte desta demora ao próprio paciente, que, sem sombra de dúvida, adotou comportamento que muito colaborou para esta mora, ao atribuir a si mesmo identidade falsa, fato que somente restou elucidado após a realização de perícia papiloscópica.

- Caso que se adequa, com perfeição, aos enunciados das Súmulas 52 e 64, ambas do Superior Tribunal de Justiça, a orientarem, respectivamente, que encerrada a instrução criminal, fica su-

perada a alegação de constrangimento por excesso de prazo, e que não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa.

- Elementos coligidos à impetração que permitem divisar ter o paciente personalidade voltada para o crime, pois não possui ocupação lícita e já responde a oito processos por crime de roubo. Ademais, não possui vínculo com o distrito da culpa, não teme a aplicação da lei, e, em tese, adotou modus operandi de periculosidade acen-tuada.

- Ordem de habeas corpus denegada.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 16 de abril de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Habeas corpus impetrado por Paloma Gurgel de Oliveira Cerqueira e outro em favor de Ramon Gomes dos Santos, imputando autoridade coatora o juiz federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte.

Aduzem excesso de prazo na prisão preventiva, que perdura desde o dia 21 de setembro de 2012, e que fora proferida nos autos da ação penal 0006694-09.2012.4.058400, deflagrada no fito de apurar a possível prática de crime de tentativa de furto qualificado, perpetrado contra a agência dos Correios do Município de Arez, Estado do Rio Grande do Norte, bem como os eventuais ilícitos de

porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e, por fim, de falsa identidade.

Sustentam, outrossim, nulidade da prisão em flagrante, ocorrida aos 10 de agosto do mesmo ano – posteriormente convertida na prisão preventiva ora atacada –, atroando se tratar de hipótese de flagrante forjado.

Asseveram, ainda, que o paciente preenche todos os requisitos para responder ao processo em liberdade, e que não pode ser levada em consideração a existência de outros processos em curso, sob o pretexto de garantia da ordem pública.

Por fim, clamam pela concessão da ordem, determinando-se a imediata expedição do competente alvará de soltura em favor do paciente.

A autoridade impetrada prestou informações, fls. 448-458.

O Des. Francisco Wildo indeferiu o pedido liminar, fls. 459-461.

A Procuradoria Regional da República - 5ª Região ofertou parecer opinando pela denegação da ordem, fls. 464-470.

Por fim, vieram-me os autos, por força de sucessão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

A presente impetração não merece prosperar.

Até onde é possível avistar, nesta via estreita, o cenário que começa a se descortinar não se revela favorável ao paciente.

Decerto, a denúncia na soleira da ação subjacente (fls. 261-264) narra que, no dia 10 de agosto de 2012, por volta das 6h, o paciente, juntamente com os corréus Fabrício Ferreira Gomes e Genilson Antônio do Nascimento, tentaram furtar a agência dos Correios do Município de Arez, Estado do Rio Grande do Norte.

Para tanto, em tese, escalaram o muro posterior da agência, utilizando-se de uma escada de madeira, fizeram um orifício na parede da sala do cofre, e depois de adentrarem, com o auxílio de

uma barra de ferro, quebraram a central de controle do sistema de alarme da agência e deslocaram a posição do sensor de presença.

Após todas estas providências, tentaram arrombar o cofre, chegando a danificar a fechadura da portinhola de depósito dos valores, mas não conseguiram, possivelmente porque resolveram empreender fuga, após perceberem que havia pessoas chegando à agência.

Imediatamente acionada, a polícia colheu informações junto a populares e, *incontinenti*, seguiu no encalço dos responsáveis, oportunidade em que logrou prender o paciente e Fabrício Ferreira Gomes, em um posto de gasolina, no momento em que abasteciam o veículo palio vermelho.

Relata a exordial acusatória, outrossim, que os indigitados réus, ambos armados com revólveres calibre 38, ainda tentaram escapar da abordagem policial, entretantes, não tiveram sucesso, porque as munições falharam.

Consta, por fim, a notícia de que o paciente, no momento da lavratura do flagrante delito, identificou-se, falsamente, como se fosse o menor Vitor Hugo França Maia, provavelmente para ocultar seus consideráveis antecedentes criminais e dificultar a aplicação da lei penal, dando margem, destarte, à acusação do ilícito de falsa identidade, hospedado no art. 307 do Código Penal.

E que, perante a autoridade policial, tanto o paciente quanto o corréu Fabrício Ferreira Gomes *confessaram que estavam dentro da agência dos Correios com a finalidade de praticar o furto*, fl. 262.

Pois bem.

Posto em detalhes todo este cenário fático, é possível concluir que o remédio heroico não é digno de guarida.

De início, é fácil inferir que a prisão em flagrante ora reclamada fora realizada em perfeita consonância dos mandamentos legais.

A esse respeito, consta dos autos que, no momento da abordagem policial, o paciente, junto com o corréu Fabrício Ferreira Gomes, estavam em situação de flagrante real do crime de porte

ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14 da Lei 10.826/2003), tanto que tentaram trocar tiros com a polícia, o que somente não conseguiram porque as munições picotaram. Só essa conduta já seria suficiente para justificar a prisão em flagrante combatida.

Outrossim, os documentos coligidos à impetração permitem divisar, de modo harmônico, que os réus foram presos em flagrante logo após a tentativa do crime de furto qualificado esquadrinhada, já que a polícia, assim que chegou à agência dos Correios, muniu-se de informações prestadas por populares, e, de pronto, partiu no encalço dos possíveis criminosos.

Consequentemente, há espaço para se acreditar que, quanto a este eventual delito (tentativa de furto qualificado), a hipótese, no mínimo, preenche os requisitos para se enquadrar nas situações que a doutrina convencionou denominar de *flagrante impróprio ou imperfeito*, cuja conceituação pode ser encontrada no art. 302, inciso III, do Código de Processo Penal, isto é, quando o agente é *perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração*.

Sob esse prisma, levo de vencida a alegação de nulidade da prisão em flagrante.

Passando adiante, para conhecer do argumento da suposta existência de excesso de prazo no encarceramento provisório, cumpre sempre registrar que a construção pretoriana a respeito do interregno para o encerramento da instrução – que, na Justiça Federal, antes da recente reforma do Código de Processo Penal, era de cento e um dias –, não pode ser vista de maneira absoluta. Ao revés, faz-se necessário cotejar tal intercurso com o caso concreto, apenas sendo passível de repreensão quando o prazo é extrapolado de maneira injustificada, nunca se perdendo de vista o princípio da razoabilidade.

E, no presente caso, conquanto seja verdade que o paciente já se encontra preso há cerca de sete meses, a contar da prisão em flagrante, há margem para se atribuir considerável parte desta demora ao próprio paciente, que, sem sombra de dúvida, adotou comportamento que muito colaborou para esta mora, ao atribuir a

si mesmo identidade falsa, fato que somente restou elucidado após a realização de perícia papiloscópica.

Este detalhe não escapou ao crivo do Des. Francisco Wildo, porquanto, ao indefir o pedido liminar, assim se manifestou sobre o assunto, fls. 460-461:

Segundo notícia a documentação coligida pelos próprios impetrantes, o paciente Ramon Gomes dos Santos, juntamente com Fabrício Ferreira Gomes e Genilson do Nascimento, foram presos em flagrante no dia 10 de agosto de 2012, quando tentavam subtrair valores da agência dos Correios do Município de Arez/RN.

Sucedede que, na ocasião, Ramon foi qualificado e identificado como se fosse Vitor Hugo França Maia, de idade inferior a 18 (dezoito) anos, o que levou o Magistrado a não decretar sua prisão preventiva, tendo determinado que o suposto “adolescente” fosse imediatamente encaminhado à competente Vara da Infância e da Juventude da Justiça Estadual do Rio Grande do Norte, para as providências cabíveis. Na mesma oportunidade, foi decretada a segregação cautelar dos demais flagranteados.

Posteriormente, no entanto, a autoridade policial, em nova representação dirigida ao Juízo impetrado, informou ter descoberto que a pessoa que se dizia chamar Vitor Hugo França Maia era, na verdade, Ramon Gomes dos Santos, nascido em 26 de março de 1989, ou seja, maior de idade, possuindo extensa ficha criminal, na qual estão registradas nada menos do que 8 (oito) passagens pela polícia, sempre por roubo, todas elas em Belém/PA, conforme a folha de antecedentes encartada no inquérito policial.

Munido desses novos dados, o Magistrado, naturalmente, decretou de imediato a prisão preventiva de Ramon, colocando-o na mesma situação em que se encontravam os demais flagranteados.

Sendo esse o quadro, não me impressiona o argumento de que a prisão em flagrante permaneceu muito tempo sem ser convertida em preventiva. É que a demora, no caso, deve ser imputada ao próprio flagranteado, que, no momento de sua captura, além de ter dado nome falso, identificou-se como menor de idade, provocando, assim, o atabalhoamento das investigações. Não fosse isso, sua sorte teria sido a mesma de seus companheiros, sendo

recolhido ao cárcere por conduto do decreto de prisão cautelar.

Nessa esteira, o caso faz lembrar a orientação sufragada pelo Superior Tribunal de Justiça, e que se encontra lapidada no enunciado da Súmula 64, cujos termos advertem que *não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa*.

Não bastasse, ao prestar informações, a autoridade impetrada participou que a ação penal em foco já se encontra com a instrução encerrada, fl. 457, e, portanto, até por se tratar de feito criminal com réu preso, já se encontra bem próximo do desfecho.

Por conseguinte, o caso também se ajusta, com perfeição, ao epítome da Súmula 52, igualmente do Superior Tribunal de Justiça, a rezar que, *encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo*.

Com essas considerações, rechaço, com igual força, a alegação de excesso de prazo no encarceramento cautelar.

Por fim, reservando espaço para analisar se o paciente preenche os requisitos para a manutenção da prisão preventiva, creio não restar dúvida de que se fazem presentes os pressupostos exigidos pelo art. 312 do Código de Processo Penal.

Com efeito, trata-se de paciente que, até onde se tem notícia, faz do crime sua ocupação habitual, já que não tem ocupação lícita, e que, provavelmente, já responde a oito processos por roubo.

Ademais, não tem maiores vínculos com o local do crime, pois é egresso do Estado do Pará, e se encontrava no interior potiguar apenas para a prática delituosa.

Por outro lado, tanto o *modus operandi* empregado para a perquirida prática do crime de tentativa de furto qualificado, quanto o fato de ter sido pego em flagrante na posse de arma de fogo, somados esses elementos ao aspecto de haver falseado sua identidade, intentando se fazer passar por um menor de idade, permitem entrever, com um razoável grau de clareza, que se trata de paciente detentor de personalidade voltada para a prática criminosa, de periculosidade bem acentuada em relação àquela prevista para o homem médio, e que, portanto, não teme a aplicação da lei.

Desse modo, entendo haver grande possibilidade de que o relaxamento da prisão hostilizada poderá acarretar prejuízos à ordem pública, ou mesmo estorvar a aplicação da lei penal, em razão do justificado receio de que venha, novamente, a incorrer na prática criminosa, ou, ainda, evadir-se do distrito da culpa.

Anoto, por derradeiro, que a Quarta Turma desta Corte Regional já teve a oportunidade de conhecer de situação semelhante, em que o paciente também já tinha sido preso anteriormente, chegando à conclusão que *tal fato denota, em princípio, a reiteração de práticas criminosas pelo indiciado e a necessidade de salvaguardar a tranquilidade e a paz no seio social, evitando-se, com a prisão preventiva, que haja a prática de novos ilícitos no transcurso da persecução criminal* (HC 3.856/AL, Des. Carolina Souza Malta [convocada], julgado em 23 de fevereiro de 2010).

Em resumo, ante todo o exposto, julgo que todos os elementos coligidos à impetração conduzem ao raciocínio de que a prisão preventiva atacada, mais do que justa, revela-se imperiosa.

Consequentemente, denego a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

MEDIDA CAUTELAR INOMINADA (TURMA) Nº 3.196-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Requerente: INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE TECIDOS E CONFECÇÕES SÃO FRANCISCO LTDA.
Requerida: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. ANÁSTACIO JORGE MATOS DE SOUSA MARINHO E OUTROS

EMENTA: TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR INCIDENTAL. POSSIBILIDADE DE PROPOR AÇÕES CAUTELARES NA INSTÂNCIA AD QUEM. FUMUS BONI IURE E PERICULUM IN MORA DEMONSTRADOS. CAUÇÃO APRESENTADA. MERCADORIA QUE NÃO É PROIBIDA NO BRASIL. CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR.

- **É inegável a possibilidade da propositura de medida cautelar com a finalidade de atribuir efeito suspensivo ativo ao recurso já interposto em primeira instância, uma vez que o Código de Processo Civil, no seu parágrafo único do art. 800, estabelece a competência do Tribunal ad quem para conhecer desta cautelar incidental. Todavia se faz necessário demonstrar o fumus boni iures e o periculum in mora.**
- **Preenchimento dos requisitos da fumaça do bom direito e do perigo na demora, pelo requerente.**
- **A União não traz uma demonstração inequívoca da existência da fraude.**
- **Perfeitamente factível a argumentação da empresa quanto à verificação de erro na indicação do tipo da mercadoria – poliéster, e não nylon, quando todos os documentos fiscais e contratuais são originais e o exportador, via e-mail, afirma que houve um equívoco por parte da sua equipe logística ao enviar a mercadoria.**
- **A demasiada demanda processual do Poder Judiciário, no mais das vezes, ocasiona certa demora para o julgamento de uma lide, seja por sentença ou acórdão. Cumulado a isto, existem, como pontuado pelo autor da ação cautelar, condições que são desfavoráveis às mercadorias objeto da ação principal, que podem conduzir à sua perda. Além do fato de existir a desvalorização monetária das mercadorias (objeto da lide) em decorrência do tempo.**
- **Não obstante a presença dos requisitos expostos, houve a apresentação da caução e o objeto tutelado não é proibido no Brasil.**
- **Liminar confirmada.**
- **Concessão da medida cautelar incidental, determinando e mantendo a liberação dos tecidos descritos nas Adições 001 e 002, suspendendo a aplicação da pena de perdimento até o julgamen-**

to final da ação principal. E impedimento de qualquer ato destinado à realização de leilão das mercadorias até julgamento definitivo da ação originária.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conceder a medida cautelar incidental, 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, 2 de abril de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de uma medida cautelar incidental cumulada com pedido de depósito judicial proposta pela Indústria e Comércio de Tecidos de Confecções São Francisco Ltda., em face da União (Fazenda Nacional), com finalidade de atribuir efeito suspensivo ativo ao recurso de apelação interposto na Ação Ordinária sob nº 0006970-67.2012.4.05.8100, oriunda da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Ceará.

Preliminarmente destaca ser inegável a possibilidade de aforamento de medida cautelar inominada com a finalidade de atribuir efeito suspensivo ativo ao recurso interposto em primeira instância, uma vez que o Código Civil de Ritos, no seu parágrafo único do art. 800, estabelece a competência deste Tribunal para conhecer a cautelar incidental de processos que já obtiveram recursos interpostos. Ressalta, todavia, que é necessário demonstrar o *fumus boni iures* e o *periculum in mora*.

Relata que a ação principal destina-se a afastar aplicação da pena de perdimento das mercadorias importadas pela empresa requerente por meio da DI nº 11/2134227-4, haja vista que os fis-

cais da alfândega constataram divergência entre a natureza dos produtos declarados (nylon branqueado - Adição 01, nylon tinto - Adição 02, e poliéster tinto - Adição 03) e daqueles que desembarcaram no país (poliéster branqueado - Adição 01 e poliéster tinto - Adição 02). Frisa que não foi encontrada divergência na Adição 03. Pela dita divergência, os agentes alfandegários entenderam que houve a falsificação dos documentos referentes à operação de importação no intuito de subfaturar os valores dos produtos e de afastar o licenciamento não automático a que está submetido o poliéster.

Chama atenção, o requerente, ao fato de que a sanção foi imposta indistintamente para todas as Adições, mesmo não havendo divergência quanto à Adição 03.

Diz, ainda, que utilizou como fundamentação na ação principal os argumentos de que:

I. Não houve falsificação de qualquer documento, o que houve foi um equívoco por parte do exportador no momento do embarque das mercadorias com destino ao Brasil. Equívoco que este admite, via *e-mail*, quando acentua que o seu departamento de logística errou ao carregar a mercadoria, afirmando que este erro ocorreu pela dificuldade de diferenciar o poliéster e o nylon.

II. Não existem indícios de fraude, quando todos os documentos são originais, e que não há disparidade entre a declaração entregue à alfândega e os documentos que a instruíram. Fato este, segundo o próprio, reconhecido pelo agente fiscal no lavramento do auto de infração.

III. Não existe possibilidade de alegar que, a despeito dos valores das mercadorias declarados, o fornecedor teria recebido quantia maior, bastando vislumbrar o cotejo entre os contratos de câmbio firmados para a aquisição do produto e a *Commercial Invoice TS-1689*.

Ressalta que o fisco não incorreria ou incorrerá em qualquer prejuízo, uma vez que pretende pagar os tributos incidentes sobre o valor aduaneiro indicado pela autoridade alfandegária, quantia já apurada no auto de infração.

Traz como *fumus boni iures* os fundamentos tratados na ação principal e demonstrados na peça cautelar. E como *periculum in mora*, a grande demanda do Judiciário e a sua conseqüente demora na apreciação dos recursos interpostos. Além de que, por tal demora, haveria a perda do objeto da ação, uma vez que os tecidos permaneceriam armazenados no pátio do Porto do Mucuripe, submetidos às condições desfavoráveis, quando se tem em mente a alteração de sua coloração pelo decurso do tempo. Aponta também a desvalorização inevitável da mercadoria em razão da ultrapassagem de seu momento de alto cenário de vestuário.

Solicitou liminar, que foi deferida à fl. 333, no sentido de que houvesse a determinação da imediata liberação dos tecidos descritos nas Adições 001 e 002, após o depósito do valor de R\$ 28.145,06 (vinte e oito mil cento e quarenta e cinco reais e seis centavos), correspondente à quantia despendida para sua aquisição, suspendendo-se, também, a aplicação da pena de perdimento até o julgamento final daquela demanda principal; expedindo-se ofício diretamente à autoridade alfandegária do Porto do Mucuripe-CE.

Como objeto da ação, requer a confirmação dos pedidos da liminar, mantendo a liberação dos tecidos das Adições 001 e 002, e o impedimento de qualquer ato destinado à realização de leilão até julgamento definitivo da ação originária.

O particular demonstrou, às fls. 338/346, que cumpriu a condição ordenada para a efetivação da liminar, depositando o valor de R\$ 28.145,06 (vinte e oito mil cento e quarenta e cinco reais e seis centavos).

Novamente conclusos, tendo em vista o caução apresentada, determinou-se a liberação dos tecidos descritos nas Adições 1 e 2.

Por seu turno, tendo ciência da decisão, a Fazenda Nacional interpôs agravo regimental (fls. 353/405), alegando, em resumo, a inadequação da medida cautelar e o prejuízo à concorrência decorrente do ingresso do material no mercado mediante pagamento inferior ao devido e sem o necessário licenciamento; ainda alegando que apenas o depósito não elide o perigo e o prejuízo que lhes perseguem.

A Fazenda Nacional também apresentou sua contestação às fls. 407/459, ratificando, em resumo, os fundamentos do agravo interno das fls. 353/405.

Julgado o agravo regimental, determinou-se, por unanimidade, o complemento do depósito, correspondente à quantia de poliéster que foi importado, para que a liminar fosse deferida.

A requerente, então, informou, às fls. 462/468, que complementou o depósito, como determinado no julgamento, totalizando a caução de R\$ 29.631,43 (vinte e nove mil seiscentos e trinta e um reais e quarenta e três centavos).

Finalmente, a liminar foi deferida, nos moldes do acórdão das fls. 422/424, determinando a liberação dos tecidos descritos nas Adições 1 e 2, bem como a expedição de ofício para a Alfândega do Porto do Mucuripe-CE.

Ofício expedido ao Porto do Mucuripe-CE, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Preliminarmente confirmo o entendimento de que é inegável a possibilidade da propositura de medida cautelar com a finalidade de atribuir efeito suspensivo ativo ao recurso já interposto em primeira instância, uma vez que o Código de Processo Civil, no seu parágrafo único do art. 800, estabelece a competência do Tribunal *ad quem* para conhecer desta cautelar incidental. Ressalto, todavia, que se faz necessário demonstrar o *fumus boni iures* e o *periculum in mora*.

Adentro ao cerne da demanda.

É cediço que a medida cautelar visa resguardar o objeto da ação principal, bastando que o requerente demonstre o *periculum in mora* e o *fumus boni iures* para o seu deferimento.

No presente caso, vislumbro o *fumus boni iures*. É perfeitamente factível a argumentação da empresa quanto à verificação de erro na indicação do tipo da mercadoria – poliéster e não nylon,

quando todos os documentos fiscais e contratuais são originais e o exportador, via *e-mail*, afirma que houve um equívoco por parte da sua equipe logística ao enviar a mercadoria.

É bem verdade que os argumentos trazidos pela Fazenda Nacional são relevantes. No entanto, as alegações da requerente quanto às declarações, à regularidade e à continuidade de suas importações levam a crer que não existiu fraude. A União não traz uma demonstração inequívoca da existência da fraude.

Quanto ao *periculum in mora*, entendo que também foi demonstrado. A autora da cautelar assevera que, pela demora no julgamento do recurso da ação principal, haveria a perda do objeto daquela ação, porque os tecidos permaneceriam armazenados no pátio do Porto do Mucuripe, submetidos às condições desfavoráveis, tendo em mente a alteração de sua coloração pelo decurso do tempo. Aponta, ainda, a desvalorização inevitável da mercadoria em razão da ultrapassagem de seu momento de alto cenário de vestuário. Argumentos que são válidos.

É do conhecimento de todos que, pela demasiada demanda processual do Poder Judiciário, no mais das vezes, há certa demora para o julgamento de uma lide, seja por sentença ou acórdão. Cumulado a isto, existem, como pontuado pelo autor da ação cautelar, condições que são desfavoráveis às mercadorias objeto da ação principal, que podem conduzir à sua perda. Além destes fatos, existe a ocorrência da desvalorização monetária das mercadorias (objeto da lide) em decorrência do tempo. Assim, está presente o perigo na demora.

Não obstante a presença dos requisitos expostos, houve a apresentação da caução. É certo que o preço da mercadoria importada é superior ao indicado na peça príncipe, daí a necessidade de, no contexto da medida cautelar, elevar-se o valor da caução, tomando-se como base o preço médio de U\$ 5,57 por quilograma do poliéster contido nas Adições 1 e 2, o que daria uma caução no montante dos R\$ 29.361,43 (vinte e nove mil trezentos de sessenta e um reais e quarenta e três centavos). Dentro deste contexto, observa-se, às fls. 462/468, que o requerente completou o depósito apresentado às fls. 338/346, totalizando a caução dita como necessária. A Fazenda Nacional não será prejudicada.

Ilustrando, confira-se precedente do Tribunal Federal Regional da 1ª Região:

Nova Numeração: 0045559-97.2009.4.01.0000

Grupo: AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO

Assunto: Liberação de Mercadorias - Procedimentos Fiscais - Direito Tributário

Autuado em: 03/08/2009

Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA

Juiz Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL

TRIBUTÁRIO, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA DESEMBARÇO ADUANEIRO DE MERCADORIA IMPORTADA - CAUÇÃO NO VALOR DA MERCADORIA.

1 - A liberação de mercadoria importada apreendida em procedimento fiscalizatório, em razão de suspeita de subfaturamento, é possível mediante apresentação de garantia (caução no valor da mercadoria - o art. 7º da IN/SRF nº 228, de 21/10/2002).

2 - A teor do art. 169, II, do Decreto-Lei nº 37/1966, a pena cominada para o caso de subfaturamento de preço de mercadoria importada é de multa equivalente a 100% (cem por cento) da diferença; quando não há comprovação irrefutável de que a nota fiscal apresentada pelo importador foi adulterada, é equivocada a retenção dos produtos importados.

3 - Agravo de instrumento provido.

4 - Peças liberadas pelo Relator, em 13/04/2010, para publicação do acórdão.

Lembro que o objeto tutelado não é proibido no Brasil, apenas depende de licença.

Sendo assim, pelo que aqui expus, confirmo a Liminar da fl. 476 e concedo a medida cautelar incidental, determinando e mantendo a liberação dos tecidos descritos nas Adições 001 e 002, suspendendo a aplicação da pena de perdimento até o julgamento final da ação principal. Via de consequência, obsta qualquer ato destinado à realização de leilão das mercadorias até julgamento definitivo da ação originária.

É como voto.

MEDIDA CAUTELAR (TURMA) Nº 3.233-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Requerente: TUPI EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS LTDA.
Requerida: UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. FRANCISCO JOSE NOGUEIRA MENEZES E OUTROS (REQTE.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR INTERPOSTA DIRETAMENTE NO TRIBUNAL. TRANSFERÊNCIA DE AFORAMENTO. EXPEDIÇÃO DE GUIAS. CARÁTER SATISFATIVO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS ACAUTELATÓRIOS. IMPROCEDÊNCIA DA MEDIDA CAUTELAR. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

- Interposta a apelação contra decisão denegatória em mandado de segurança, a impetrante ajuizou a presente medida cautelar diretamente no Tribunal, objetivando compelir a União, através da Gerência Regional do SPU no Ceará, a expedir guias para recolhimento do laudêmio e foros de imóvel, de modo a possibilitar a transmissão do aforamento.

- No que diz respeito ao cabimento de medida cautelar visando à antecipação de tutela de recurso interposto contra sentença denegatória de mandado de segurança, registre-se que esta medida cautelar em muito se assemelha às medidas cautelares de atribuição de efeito suspensivo a recurso especial ou extraordinário, disciplinadas pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (vide Súmulas 634 e 635, ambas do STF).

- Deveras, não pretende a requerente que esta medida cautelar seja recebida como preparatória de uma eventual ação principal (CPC, art. 800, caput), tampouco que seja ela processada como

ação autônoma. Almeja a requerente, na verdade, apenas que lhe seja concedido provimento acautelatório apto a assegurar a eficácia de eventual acórdão favorável no julgamento da apelação.

- A diferença entre esta medida cautelar e aquela que tem por objetivo a atribuição de efeito suspensivo a recurso excepcional é que, neste caso específico, a requerente pleiteia mais que a simples suspensão dos efeitos da sentença denegatória da segurança. Sua pretensão se dirige também à adoção de providência que ineludivelmente equivale à própria concessão da segurança, ainda que a título precário.

- Desse modo, em defesa da eficácia futura de acórdão eventualmente favorável, a postulante se utiliza da medida cautelar diretamente no Tribunal, pois não seria dado ao Juiz de primeiro grau antecipar os efeitos da tutela recursal, seja porque se agisse assim estaria sendo no mínimo incoerente, já que antes negara o direito pleiteado pela impetrante, seja porque, ainda que o fizesse, estaria usurpando a competência do Tribunal.

- Também não se pode olvidar que nem mesmo o recebimento da apelação no duplo efeito teria o condão de indiretamente conceder à requerente aquilo que lhe fora negado em sede de cognição exauriente. Por conseguinte, resultado útil algum teria o agravo de instrumento deduzido em face de decisão que porventura viesse a receber o recurso de apelação no efeito meramente devolutivo. De igual modo, utilidade prática nenhuma teria eventual agravo de instrumento contra decisão que recebesse a apelação no duplo efeito. É que o efeito suspensivo ativo ou a antecipação da tutela recursal passível de deferimento no agravo de instrumento, diante da própria limitação de seu objeto, no máximo poderia re-

sultar na concessão do que fora negado na decisão, ou seja, quando muito poderia conduzir à atribuição de efeito suspensivo a recurso que ordinariamente não o detém.

- O manejo de medida cautelar incidental, para fins de concessão de efeito suspensivo ativo a recurso, e até mesmo para antecipação da tutela recursal, vem sendo admitido pela jurisprudência dos tribunais superiores. Precedentes.

- No caso em exame, sob o argumento de que a autoridade impetrada encontra-se em mora há mais de três anos na análise de seu requerimento administrativo, busca a requerente a expedição das próprias guias de recolhimento, e não alguma providência que pudesse assegurar a sua expedição.

- Cautelar que não merece guarida, seja pelo inegável caráter satisfativo da providência buscada, que esvaziaria o objeto da ação principal, seja pela ausência dos pressupostos acautelatórios específicos.

- Improcedência da medida cautelar. Agravo regimental prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, julgar improcedente a medida cautelar e declarar prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 7 de maio de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de medida cautelar ajuizada por Tupi Empreendimentos Turísticos Ltda. objetivando compelir a União, através da Gerência Regional do SPU no Ceará, a expedir guias para recolhimento do laudêmio e foros, relativamente ao imóvel objeto do RIP nº 1343.010069-25, de modo a possibilitar a transmissão do aforamento.

Sustenta, em suma:

(a) impetrou mandado de segurança contra ato omissivo do Gerente Regional do SPU no Ceará (Proc. 000986416.2012.4.05.8100), consubstanciado na demora injustificada para apreciação do requerimento administrativo de transferência do aforamento do imóvel descrito, demonstrando a inexistência de qualquer óbice legal para a concessão da “certidão de autorização para transferência” com a consequente emissão das guias para pagamento, tendo o título de propriedade emitido pelo Município através de legislação própria;

(b) a segurança foi denegada em evidente *error in iudicando* e o art. 800 do CPC possibilita o ajuizamento da medida cautelar diretamente no Tribunal, uma vez interposto o recurso perante o órgão judicial que proferiu a sentença impugnada;

(c) a legitimidade do pedido ante a demora de mais de 3 (três) anos da autoridade impetrada analisar o seu pleito, o que configuraria, na prática, um indeferimento, ante o justo receio da requerente ter o seu pleito negado, em virtude de outros imóveis do mesmo loteamento terem ingressado na justiça para ter seus direitos resguardados, pretendendo a autoridade coatora, na verdade, que a impetrante pague todos os débitos do loteamento por completo, o que caracterizaria uma “sanção política”;

(d) o dano irreparável estaria no fato de que as obras para construção de um empreendimento hoteleiro no imóvel em tempo hábil só podem ser iniciadas após a concessão das guias e posterior registro no cartório competente.

A liminar foi indeferida pela decisão de fls. 322/324, contra a qual a requerente se insurgiu através de agravo regimental.

Em resposta, a União alegou, em preliminar, a impropriedade da via eleita e a impossibilidade de deferimento de tutela satisfativa e, no mérito, a inexistência da fumaça do bom direito e a não configuração do perigo da demora.

Réplica da empresa requerente às fls. 358/360.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

Antes de analisar o mérito da questão, cumpre perquirir acerca do cabimento de medida cautelar visando à antecipação de tutela de recurso interposto contra sentença denegatória de mandado de segurança.

De logo, observo que esta medida cautelar em muito se assemelha às medidas cautelares de atribuição de efeito suspensivo a recurso especial ou extraordinário, disciplinadas pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (*vide* Súmulas 634 e 635, ambas do STF).

Deveras, não pretende a requerente que esta medida cautelar seja recebida como preparatória de uma eventual ação principal (CPC, art. 800, *caput*), tampouco que seja ela processada como ação autônoma. Almeja a requerente, na verdade, apenas que lhe seja concedido provimento acautelatório apto a assegurar a eficácia de eventual acórdão favorável no julgamento da apelação.

A diferença entre esta medida cautelar e aquela que tem por objetivo a atribuição de efeito suspensivo a recurso excepcional é que, neste caso específico, a requerente pleiteia mais que a simples suspensão dos efeitos da sentença denegatória da segurança. Sua pretensão se dirige também à adoção de providência que ineludivelmente equivale à própria concessão da segurança, ainda que a título precário.

Desse modo, em defesa da eficácia futura de acórdão eventualmente favorável, a postulante se utiliza da medida cautelar diretamente no Tribunal, pois não seria dado ao Juiz de primeiro grau antecipar os efeitos da tutela recursal, seja porque se agisse as-

sim estaria sendo no mínimo incoerente, já que antes negara o direito pleiteado pelo impetrante, seja porque, ainda que o fizesse, estaria usurpando a competência do Tribunal.

Também não se pode olvidar que nem mesmo o recebimento da apelação no duplo efeito teria o condão de indiretamente conceder à requerente aquilo que lhe fora negado em sede de cognição exauriente. Por conseguinte, resultado útil algum teria o agravo de instrumento deduzido em face de decisão que porventura viesse a receber o recurso de apelação no efeito meramente devolutivo. De igual modo, utilidade prática nenhuma teria eventual agravo de instrumento contra decisão que recebesse a apelação no duplo efeito. É que o efeito suspensivo ativo ou a antecipação da tutela recursal passível de deferimento no agravo de instrumento, diante da própria limitação de seu objeto, no máximo poderia resultar na concessão do que fora negado na decisão, ou seja, quando muito poderia conduzir à atribuição de efeito suspensivo a recurso que ordinariamente não o detém.

É oportuno ressaltar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem admitindo o manejo de medida cautelar incidental, para fins de concessão de efeito suspensivo ativo a recurso e até mesmo para antecipação da tutela recursal, conforme julgado que passo a transcrever:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. **MEDIDA CAUTELAR. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA RECURSAL.** REFERENDO DA TURMA. INCISOS IV E V DO ART. 21 DO RI/STF. SAÚDE. DIREITO FUNDAMENTAL DE DUPLA FACE (SOCIAL E INDIVIDUAL INDISPONÍVEL). TEMA QUE SE INSERE NO ÂMBITO DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOSTURA CIVIL PÚBLICA. ESPERA PELO JULGAMENTO QUE PODE ACARRETTAR GRAVES PREJUÍZOS À SAÚDE DO INTERESSADO.

Decisão singular concessiva da antecipação dos efeitos da tutela recursal. Constitucionalmente qualificada como direito fundamental de dupla face (direito social e individual indisponível), a saúde é tema que se insere no âmbito de legitimação do Ministério Público para a propositura de ação em sua defesa. **Espera pelo julgamento de mérito do recurso extraordinário que pode acarretar gra-**

ves prejuízos à saúde do interessado. Presença dos pressupostos autorizadores da medida. Questão de ordem que se resolve pelo referendo da decisão concessiva da antecipação dos efeitos da tutela recursal.

(AC 2836 MC-QO, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 27/03/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124, DIVULG 25-06-2012, PUBLIC 26-06-2012, RDDP nº 114, 2012, p. 154-155)

No mesmo sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como pode ser constatado a partir dos seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO ATIVO A RECURSO ESPECIAL PENDENTE DE JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NA ORIGEM. DESCABIMENTO. SÚMULAS DO STF/634 E 635.

I - Nos termos das Súmulas do STF/634 e 635, **a medida cautelar destinada a atribuir efeito suspensivo ao recurso especial, seja para sustar os efeitos do *decisum* atacado, seja a fim de antecipar provisoriamente a tutela requerida (efeito suspensivo ativo)**, somente será da competência do Superior Tribunal de Justiça quando o apelo excepcional já tiver sido submetido ao juízo de admissibilidade *a quo*.

II - Como vem sendo várias vezes anotado, o sistema jurídico reserva a competência deste Tribunal para o deslinde de teses de interpretação da lei controvertidas nos Tribunais do País, para as quais seja necessário explicitar a tese válida para todo o sistema jurídico, o que não ocorre enquanto há possibilidade de invocação jurisdicional no Tribunal de origem.

Agravo regimental improvido.

(AgRg na MC 17.954/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 03/06/2011)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. DEMOLIÇÃO DE CONSTRUÇÃO ERIGIDA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTE.

1. A concessão de efeito suspensivo a recurso especial reclama a demonstração do *periculum in mora*, que se traduz na urgência da prestação jurisdicional, bem como, a caracterização do *fumus boni juris* consistente na plausibilidade do direito alegado.

2. O STJ admite a concessão de medida cautelar para emprestar efeito suspensivo ou efeito ativo ao recurso especial, quer se trate de medida cautelar *tout court* cujos requisitos são o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, quer se trate de tutela antecipatória recursal, que pressupõe prova inequívoca do direito líquido e certo da parte afeível à luz da jurisprudência da Corte ou direito em estado de periclitación, incapaz de aguardar as liturgias procedimentais da irresignação extrema. A diferença, como entrevisto, situa-se no campo dos requisitos necessários à concessão do provimento urgente.

3. Medida cautelar, com pedido de liminar, objetivando a concessão de efeito suspensivo a recurso especial, admitido em razão de decisão em agravo de instrumento, interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal *a quo* em sede de ação civil pública, proposta pelo Ministério Público Estadual, em razão de alegado desrespeito à limitação imposta pela Resolução CONAMA 302/2002, que aumentou a distância mínima a ser observada quando da construção de empreendimentos próximos a reservatórios artificiais.

4. *Ab initio*, em sede de cognição sumária, o *fumus boni juris* reside no fato de que as edificações *in foco* foram realizadas, nos termos do Parecer Técnico Florestal nº 01/05-AT/GD, expedido pelo DEPRN/SMA/SP (Departamento Estadual de Proteção dos Recursos Naturais), sem qualquer impacto ambiental significativo, uma vez que considerou inexistente a supressão de vegetação nativa, porquanto a cobertura vegetal da área é composta por gramíneas. Ademais, o Ofício CPRN 097/06, declarou estar o empreendimento localizado em área de expansão urbana, nos termos das Leis Municipais e 635/2002.

5. O *periculum in mora*, por sua vez, evidencia-se com a possibilidade iminente de execução provisória do acórdão recorrido, o qual ensejará a demolição de toda construção erguida, referente a um complexo hoteleiro de propriedade do requerente, dentro da área de preservação permanente, qual seja, 100 (cem) metros a partir do nível máximo

normal do Reservatório Hidrelétrico de Jurumirim, tanto mais que a obra encontra-se embargada desde 2004.

6. Medida cautelar procedente para confirmar a liminar deferida e suspender os efeitos do acórdão recorrido até julgamento do recurso especial admitido em razão de decisão no AG 1182833/SP.

(MC 16.868/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/10/2010, DJe 18/10/2010)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR. PEDIDO DE OUTORGA DE EFEITO SUSPENSIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE *FUMUS BONI IURIS*.

1. Em nome do princípio da fungibilidade recursal, os aclaratórios são analisados como agravo regimental. A questão discutida no recurso especial restringe-se à legitimidade passiva da autoridade coatora, o Delegado Regional de Fiscalização de Goianésia/GO.

2. Notícia a agravante que o recurso especial ainda não foi objeto de admissibilidade pelo Tribunal de origem. A teor das Súmulas 634 e 635 do STF, a competência para apreciação e julgamento da ação cautelar com escopo de emprestar efeito suspensivo a recurso especial, nestas condições, é do Tribunal local.

3. É bem verdade que o efeito suspensivo pretendido pela agravante não se resume a meramente suspender os efeitos do acórdão recorrido, o que seria inócuo. Busca ela uma verdadeira antecipação dos efeitos da tutela recursal, ou seja, o “efeito suspensivo ativo”, que, em casos excepcionais, é admitido nesta Corte.

4. É de se seguir o entendimento esposado pelo Min. Ari Pargendler, exposto na decisão proferida nos autos da Rcl 2.272, DJ 29.8.2006, de que a competência para apreciação de pedido de efeito suspensivo ativo a recurso especial, ainda pendente de admissibilidade na Corte de origem, é do Superior Tribunal de Justiça.

5. O processo foi extinto sem resolução do mérito pelo Tribunal local. Caso a agravante logre êxito em sua pretensão recursal, ocorrerá a devolução do processo ao Tribunal de origem, para que proceda ao exame do mérito do mandado de segurança. Antecipar o mérito do recurso especial, para considerar legítima a autoridade coatora, ape-

nas terá o condão de fazer com que o Tribunal *a quo* aprecie o mérito do caso, sendo impossível adentrar em maiores dilações meritórias em sede cautelar.

Agravo regimental improvido.

(EDcl na MC 12.170/GO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/02/2007, DJ 27/02/2007, p. 237)

Vale destacar que, em hipótese semelhante, o Superior Tribunal de Justiça admitiu excepcionalmente a utilização da medida cautelar visando à atribuição de efeito suspensivo ativo ao recurso interposto contra decisão final do mandado de segurança. Observe-se:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO ATIVO A RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA TUTELA CAUTELAR. HIPÓTESE EXCEPCIONAL NÃO CONFIGURADA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR (ART. 34, XVIII, DO RISTJ). MANUTENÇÃO DA DECISÃO. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.

1. A propositura de medidas cautelares perante este Superior Tribunal de Justiça tem sido admitida apenas em casos excepcionais, para fins de assegurar a eficácia da prestação jurisdicional futura, tendo por finalidade a “proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa.” (Art. 34, V, do RISTJ).

2. Ademais, consoante reiterada jurisprudência deste Tribunal Superior, a atribuição de efeito suspensivo ativo a recurso ordinário em mandado de segurança, perseguida em cautelar incidental, deve ainda satisfazer cumulativamente os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, além de já ter sido o recurso admitido pelo Tribunal de origem. A ausência de qualquer dos requisitos referidos obsta a pretensão cautelar.

3. Na hipótese examinada, não obstante a admissibilidade do recurso ordinário perante a Corte *a quo*, não restou demonstrado qualquer dos requisitos necessários para a

concessão da tutela cautelar, tampouco a configuração de hipótese excepcional que justificasse a atribuição de efeito suspensivo ao referido recurso.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg na MC 11.517/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/08/2006, DJ31/08/2006, p. 196)

E mais: essa mesma compreensão, no sentido de admitir a medida cautelar incidental para fins de atribuição de efeito suspensivo a apelação interposta contra sentença denegatória da segurança, foi recentemente perfilhada pela 2ª Turma deste Tribunal, em acórdão cuja ementa segue transcrita:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO DE APELAÇÃO. CABIMENTO EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. PRECEDENTES. CARACTERIZAÇÃO DO *FUMUS BONI IURIS* E DO *PERICULUM IN MORA*. PROCEDÊNCIA.

- Ação cautelar incidental ajuizada no intuito de ver atribuído efeito suspensivo ativo a apelação interposta contra sentença denegatória de mandado de segurança, restabelecendo, assim, a liminar que lhe fora concedida por esta Corte, no julgamento de agravo de instrumento.

- Conquanto exista a previsão do agravo como recurso cabível para o ataque a decisão que cuida dos efeitos em que é recebida a apelação, é possível, em casos excepcionais, o manejo da medida cautelar para tal fim, notadamente quando evidenciado o perigo de dano irreparável.

- Presença do *fumus boni iuris*, já que a tese do requerente encontra apoio em acórdão desta Corte (AGTR 117866-PB), que, confirmando liminar substitutiva, determinou “que a autoridade coatora se abstenha de quebrar o sigilo bancário do impetrante e de seus dependentes, cancelando as RMF’s já expedidas, impedindo que novas requisições sejam enviadas, bem como que as movimentações financeiras eventualmente já recebidas pela impetrada sejam utilizadas em procedimentos fiscais instaurados em desfavor do recorrente.”

- Requisito do *periculum in mora* que emerge da informa-

ção segundo a qual, tão logo prolatada a sentença denegatória do mandado de segurança, foi o requerente notificado pela autoridade fazendária a, no prazo de 10 (dez) dias, apresentar as informações bancárias em discussão. - Procedência do pedido, para emprestar efeito suspensivo à apelação interposta no processo principal, restabelecendo a liminar concedida no agravo de instrumento. (PROCESSO: 00041693420124050000, MC3109/PB, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO, Segunda Turma, JULGAMENTO: 10/07/2012, PUBLICAÇÃO: DJE 19/07/2012)

Em face de todas essas considerações, entendo cabível a medida cautelar como mecanismo hábil à atribuição de efeito suspensivo ativo à apelação interposta contra sentença denegatória da segurança.

Passo ao exame do pedido cautelar.

Sob o argumento de que a Gerência Regional do SPU no Ceará encontra-se em mora há mais de três anos na análise de seu requerimento administrativo, busca a requerente a expedição das próprias guias de recolhimento de laudêmio e foros, e não alguma providência que pudesse assegurar a sua expedição.

A sentença que denegou o mandado de segurança encontra-se assim ementada (fls. 314/315):

ADMINISTRATIVO. PATRIMÔNIO DA UNIÃO. TRANSFERÊNCIA DE AFORAMENTO. MORA ADMINISTRATIVA NA APRECIÇÃO DO REQUERIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO JUDICIAL À ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA NA ESPÉCIE, DIRETAMENTE NO DEFERIMENTO DA TRANSFERÊNCIA. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. I. No caso de que ora se cuida, a controvérsia consiste na possibilidade de, ante a omissão e a mora administrativa no requerimento de desmembramento do imóvel registrado com o RIP nº 1343.0100691-25, outrora consistente em ruas, praças e áreas institucionais do Município de Beberibe, para transferir o respectivo aforamento à impetrante, mediante o pagamento de foros e laudêmos, este Juízo verdadeiramente se substituir à atuação administrativa para deferir a pretensão da impetrante. II. A omissão ou a mora do impetrado na apreciação do

requerimento administrativo, se legalmente injustificada, poderá ser, sem dúvida, objeto de tutela judicial. Nesse caso, a ilegalidade deverá ser coibida, compelindo-se a autoridade a efetivamente apreciar o requerimento, concedendo ou recusando a pretensão manejada na via administrativa.

III. No entanto, não cabe ao magistrado exercer controle de legalidade sobre ato que sequer ocorreu, como pretende a impetrante neste mandado de segurança. Nessa hipótese, estaria o juiz se substituindo à autoridade legalmente competente para praticar ato administrativo – uma verdadeira atuação administrativa, de juízo meritório, o que é vedado ao magistrado.

IV. Denegação da segurança.

O então Relator desta Cautelar, o Desembargador Federal Edilson Nobre indeferiu a liminar nestes termos (fls. 322/324):

De início, esclareço que a ação cautelar comporta, em princípio, conhecimento, uma vez que a requerente demonstrou a interposição do recurso de apelação, conforme dicção do parágrafo único do artigo 800 da Lei Adjetiva Civil, *in verbis*:

Art. 800. As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.

Parágrafo único. Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao Tribunal.

Certo de que a medida cautelar se destina a assegurar o resultado útil do processo principal, afigura-se indispensável à concessão da liminar postulada que o requerente demonstre a plausibilidade jurídica do direito que afirma possuir (*fumus boni juris*) na lide principal, assim como o *periculum in mora*.

Numa análise compatível com o pedido deduzido, tenho que provimento de urgência postulado não é digno de deferimento.

Cabe observar, primeiramente, que **o pedido nesta ação cautelar é de inequívoca natureza satisfativa, pois consiste na determinação de que se expeçam as próprias guias de recolhimento do laudêmio e foro, objeto da ação principal, e não em alguma providência que pudesse assegurar a sua expedição.**

De ver-se que tal pretensão não se enquadra numa medida de índole acautelatória, instrumental, mas de natureza satisfativa, **esvaziando, caso deferido, o próprio objeto da ação principal.**

Noutra óptica, ainda que ultrapassada tal questão processual, a liminar não comporta deferimento pelos mesmos fundamentos adotados na sentença que denegou a segurança.

Deveras, diante da demora da autoridade na análise do requerimento administrativo protocolado pelo impetrante, a tutela judicial que se apresentaria mais compatível para o afastamento da suposta ilegalidade seria, em princípio, determinar que a autoridade apreciasse o requerimento do administrado. Pela precisão dos fundamentos adotados, merecem destaque os seguintes excertos (fl. 316-318):

“A omissão ou a mora do impetrado na apreciação do requerimento administrativo, se legalmente injustificada, poderá ser, sem dúvida, objeto de tutela judicial. Nesse caso, a ilegalidade deverá ser coibida, compelindo-se a autoridade a efetivamente apreciar o requerimento, concedendo ou recusando a pretensão manejada na via administrativa. Essa decisão, por outro lado, também poderá ser objeto de controle judicial quanto à sua legalidade. Verificada a ilegalidade, o magistrado poderá vir a anular o ato, do que poderá redundar, inclusive, uma decisão judicial que conceda o pleito negado na via administrativa.

No entanto, não cabe ao magistrado exercer o controle de legalidade sobre ato que sequer ocorreu. Nessa hipótese, estaria o juiz se substituindo à autoridade legalmente competente para praticar ato administrativo – uma verdadeira atuação administrativa, de juízo meritório, o que é vedado ao magistrado.

É o que pretende a impetrante neste mandado de segurança. O ato ilícito, como fez questão de enfatizar em sua inicial, é a mora ou omissão administrativa. Supõe haver pretextos, que enumerou a sua inicial, para retardar a decisão ou mesmo recusar a pretensão – mas recusa mesmo, não houve. Nesse caso, deferido o requerimento da impetrante, ordenando o desmembramento do imóvel referido e a transferência de seu aforamento, estaria atropelando a esfera de competência estabelecida na lei e atuando administrativa quanto ao próprio mérito, o que é incabível.”

Inexistente o *fumus boni juris*, denego o pedido liminar.
(Grifos nossos)

Esta eg. Turma já teve oportunidade de se pronunciar sobre o incabimento de cautelar que busca medida satisfativa para obter resultado não alcançado em mandado de segurança:

Processual Civil e Administrativo. Matrícula em universidade. Medida cautelar. Mandado de segurança. Incabimento da cautelar que busca medida satisfativa para obter resultado não alcançado no mandado de segurança. Medida cautelar improcedente.

(MC 200905000989209, Desembargador Federal Lázaro Guimarães, TRF5 - Quarta Turma, DJE - Data: 27/05/2010 - Página: 762.)

De tudo o que foi exposto, é forçoso concluir que a presente cautelar não merece guarida, seja pelo inegável caráter satisfativo da providência buscada, seja pela ausência dos pressupostos acautelatórios específicos.

Com estas considerações, mantendo a decisão liminar por seus próprios fundamentos, julgo improcedente a medida cautelar e declaro prejudicado o agravo regimental.

É como voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO

130212-CE	Rel. Des. Federal José Eduardo de Melo Vilar Filho (Convocado)	13
-----------	--	----

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR

4411-PE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo (Presidente) ..	33
---------	---	----

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

5995-RN	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	48
22211-SE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	59
24686-PE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	74
26279-PE	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria	87
26896-RN	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	93
26899-PB	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima ..	98
27030-CE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveria Lima.	114

APELAÇÃO CÍVEL

497174-CE	Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior .	131
506848-RN	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	142
509968-CE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	154
526117-PB	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	169
527622-PE	Rel. Des. Federal José Eduardo de Melo Vilar Filho (Convocado)	184
534210-SE	Rel ^a . Des ^a . Federal Joana Carolina Lins Pereira (Convocada)	191
553327-SE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo	206
554300-CE	Rel. Des. Federal Marco Bruno Miranda Clementino (Convocado)	220
554366-RN	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias	228
554758-RN	Rel ^a . Des ^a . Federal Margarida Cantarelli	242
555377-CE	Rel ^a . Des ^a . Federal Margarida Cantarelli	261

APELAÇÃO CRIMINAL

6810-PE	Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior .	275
8187-PE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	291
8385-CE	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho	298
8886-AL	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	310
9816-RN	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria ...	393

HABEAS CORPUS

5001-RN	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho	404
---------	---	-----

MEDIDA CAUTELAR (TURMA)

3196-CE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	411
3233-CE	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	419

ÍNDICE ANALÍTICO

A

- Trbt Ação cautelar incidental. Possibilidade de propor ações cautelares na instância *ad quem*. *Fumus boni iure* e *periculum in mora* demonstrados. Caução apresentada. Mercadorias que não é proibida no Brasil. Concessão da medida cautelar. MCTR 3196-CE 411
- Ct, Amb e Adm Ação civil pública. Área degradada. Vegetação nativa. Bioma caatinga. Área de reserva legal. Cerceamento do direito de defesa. Não ocorrência. Documentação acostada. Suficiência. Perícia desnecessária. Regeneração natural parcial. PRAD – Projeto de Recuperação de Área Degradada. Cabimento. Indenização pelos danos causados ao patrimônio ecológico. AC 554758-RN... 242
- Cv e PrCv Ação civil pública. Direito do consumidor. Concessionária de serviço público de telefonia. Manutenção dos telefones de uso público – “orelhões”. Interesses difusos. Legitimidade ativa do Ministério Público Federal. Legitimidade passiva da Telemar Norte Leste S/A. Pedido de imposição de dano material coletivo. AC 534210-SE 191
- Cv e PrCv Ação de indenização. Ressarcimento. Alteração contratual por parte da Administração Pública. Aditivo de serviços. Teoria da Imprevisão. Reajuste e atualização das faturas de serviços executados após um ano. Prova pericial que comprova a execução de serviços além do contratado. Prova testemunhal que serviu para esclarecimento de questões não alcançadas pela perícia técnica. Presunção de veracidade do laudo pericial. APELREEX 22211-SE 59

Adm e PrCv	Agravo regimental em suspensão de liminar. Projeto arquitetônico “Novo Recife”. Decisão que suspendeu deliberação do Conselho de Desenvolvimento Urbano. Hipótese que justifica a concessão da contracautela política. Lesão à ordem pública. Existência. AgRg na SL 4411-PE 33
------------	---

C

Adm e Cv	Compra e financiamento de imóvel. Isenção de ITBE. Publicidade enganosa. Restituição em dobro. Possibilidade. Código de Defesa do Consumidor, art. 42, parágrafo único. Danos morais em face de danificação no imóvel. Não comprovação. AC 553327-SE 206
----------	--

PrCv e Trbt	CONFINS e PIS não cumulativos. Pessoa jurídica prestadora de serviços de limpeza, conservação e manutenção. Insumos diretos e indiretos. Transporte, alimentação e vestuário de empregados. Creditamento. Ato Declaratório Interpretativo da SRF nº 7/04. Ilegalidade. AC 509968-CE 154
-------------	---

Trbt	Contribuição para a Seguridade Social. Clube de futebol. Fornecimento de materiais esportivos e de uniformes. Patrocínio. Incidência da exação. AC 554300-CE 220
------	--

Pen e PrPen	Crime contra a ordem tributária. Citação por hora certa. Validade. Quebra de sigilo bancário pela Receita Federal. Ausência de autorização judicial. Prova ilícita. Nulidade. Condenação por outros elementos probatórios absolutamente independentes. Possibilidade. ACr 9816-RN 393
-------------	---

D

Pen	Desvio de verba no âmbito da FUNAI. Conduta que se amolda ao tipo previsto no CP, art. 312. Mantida a condenação pela prática de peculato. Crime da Lei nº 8.666/93, art. 89, parágrafo único. Crime meio para a execução do crime fim. Condição de indígena do réu. Erro de proibição vencível. Continuidade delitiva. ACr 8187-PE 291
-----	---

F

Pen e PrPen	Furto qualificado. Conexão. Absolvição pelo crime que atraiu a competência para a Justiça Federal. Irrelevância. Perpetuatio jurisdictionis. Ausência de incompetência por prevenção. <i>Mutatio libelli</i> . Ocorrência. Condenação ultra petita. Redução. Materialidade e autoria comprovadas. Dosimetria da pena. Revisão das circunstâncias judiciais. Majoração da pena. ACr 6810-PE 275
-------------	--

I

Trbt e Ct	Imposto Territorial Rural – ITR. Porto de Suape. Empresa pública estadual. Atividade portuária. Serviço público. Imunidade tributária recíproca. Extensão. Cabimento. AC 527622-PE 184
Prev	INSS. Ação regressiva. Ressarcimento de valores pagos a título de pensão por morte. Constitucionalidade. Responsabilidade do empregador. Acidente de trabalho. Negligência. Parcelas vincendas. Impossibilidade. AC 555377-CE 261

J

Pen e PrPen	Júri Federal em Alagoas. Quádruplo homicídio. Episódio conhecido como “Chacina da Gruta de Lourdes”. Assassinato da Deputada Federal Ceci Cunha, esposo e casal de amigos. Apelações de cinco setenciados. Penas de reclusão que vão de 105 anos a 75 anos e 7 meses de reclusão. Regime inicial fechado. Decretação, ao término do julgamento, da prisão preventiva dos apenados. Sentença justificada racionalmente, à luz da legislação de regência. Afirmção, <i>in casu</i> , da soberania do Tribunal do Júri e de seus veredictos. Sustentabilidade lógica das responsabilizações penais que desmerece correções. ACr 8886-AL 310
-------------	--

M

Ct e Adm	Magistério Superior. Professor Titular. Cargo isolado, que não se integra a uma carreira. Preenchimento apenas por concurso público. Cumulação com proventos de aposentadoria. Possibilidade. Danos materiais e morais. Inexistência. APELREEX 26279-PE 87
Trbt e PrCv	Mandado de procedimento fiscal. Termo de encerramento fiscal. Embargos à execução fiscal. Contribuições previdenciárias. Apuração de valores por arbitramento. Adoção da técnica de aferição indireta. Medida de caráter excepcional. Hipótese de cabimento não caracterizada. Auto de infração. Ausência de prova da entrega do termo de intimação para apresentação de documentos. Insustentabilidade da autuação. APELREEX 26899-PB ... 98

Aduaneiro	Mandado de segurança. Importação. Apreensão de barco veleiro utilizado como meio de transporte. Viagens internacionais. Pena de perdimento da nave. Impossibilidade de aplicação, no caso. APELREEX 24686-PE 74
PrCv e Adm	Medida cautelar. Interposição diretamente no Tribunal. Transferência de aforamento. Expedição de guias. Caráter satisfativo. Ausência dos pressupostos acautelatórios. Improcedência da cautelar. MCTR 3233-CE .. 419
Trbt	Medida cautelar antecipatória de caução. Fiança bancária. Expedição de certidão positiva com efeito de negativa. Possibilidade. Inexistência de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. APELREEX 27030-CE 114

P

Adm e PrCv	Pagamento de indenização por danos morais. Publicação da sentença condenatória nos meios de comunicação. Informações indevidamente fornecidas pela Polícia Federal. Autor que não fez parte de esquema criminoso. Retratação por parte de delegado em jornal local. Procedência do pedido. AC 526117-PB 169
PrPen	Pedido de <i>habeas corpus</i> . Prisão preventiva decretada em sede de ação penal. Prática do crime tentado de furto qualificado, bem como dos ilícitos de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e de falsa identidade. Impetração baseada nas alegações de excesso de prazo da prisão provisória, nulidade da prisão em flagrante (pos-

teriormente convertida em preventiva) e preenchimento dos requisitos para responder ao feito em liberdade. Não acolhimento das alegações. Denegação da ordem. HC 5001-RN 404

Prev e PrCv Pensão de ex-ferroviário. Complementação. Admissão pela RFFSA antes de 31.10.1969. Legitimidade passiva do INSS e da União. Autor absolutamente incapaz. Prazo prescricional que não corre contra ele. Julgamento *extra petita*. Não ocorrência. Equiparação aos proventos da aposentadoria. Possibilidade. APELREEX 5995-RN..... 48

Q

Ct, Adm e PrCv Quinto constitucional. Eleição de lista sêxtupla. Tribunal com jurisdição em apenas um Estado. Competência do Conselho Secional. Provimento 102/2004 do Conselho Federal da OAB – CFOAB. Consulta direta à classe. Caráter não vinculante. Intervenção de terceiros. Impossibilidade de atuação apenas em sede de agravo de instrumento, sem habilitação no processo originário. Ausência de interesse jurídico a justificar a atuação processual. AgTr 130212-CE 13

R

Ct e Adm Responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional. Liberação de valor decorrente de arrematação efetuada pelo juízo trabalhista. Duplicidade de penhora sobre o mesmo bem. Conflito resolvido pelo STJ reconhecendo a prevalência da arrematação pro-

cedida pela Justiça Comum. Dolo e culpa. Inexistência. Legalidade do comando judicial. AC 554366-RN 228

Adm e Ct Royalties. Pagamento a assentados da comunidade de Casqueira decorrente de ação de desapropriação para fins de reforma agrária. Pagamento dos *royalties* ao INCRA diante de sua condição de proprietário da terra. Obrigação de fazer. Cópia do contrato de concessão para comprovação do percentual da participação. Desnecessidade. APELREEX 26896-RN 93

S

Cv e PrCv SFH. Ação coletiva de reparação de vícios de construção e ação individual com pedido revisional. Conexão afastada. Reunião. Impossibilidade. Prova pericial requerida pela Caixa. Desnecessidade de perícia técnica. Documentos suficientes para a convicção do juiz. Nulidade da sentença não configurada. Improcedência do pedido revisional. AC 497174-CE 131

T

Prev e PrCv Tempo de serviço. Reconhecimento. Vaqueiro. Vínculo empregatício comprovado. Sentença trabalhista. Início de prova material e prova testemunhal. Possibilidade. Mandato eletivo. Contribuições efetuadas. Concessão de aposentadoria por tempo de contribuição com proventos integrais. Requisitos preenchidos. AC 506848-RN..... 142

V

Pen e PrPen	Veredicto condenatório proferido pelo Tribunal do Júri. Réu condenado pela prática do crime tentado de homicídio triplamente qualificado. Tentativa realizada contra Auditor da Receita Federal em decorrência do exercício de suas funções. Alegação de que o Conselho de Sentença proferiu decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Insurgência contra a dosimetria da pena e pretensão de excluir qualificadora reconhecida pelo Conselho de Sentença. Alegações não acolhidas. Apelação improvida. ACr 8385-CE 298
-------------	---