

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

JURISDIÇÃO

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

Número 105 - Setembro/Outubro - 2013

R. TRF 5ª Região, nº 105, p. 1-385, Setembro/Outubro - 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	375
3. Índice Analítico	379

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 128.276-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA
Agravante: THIAGO LESSA DOS SANTOS MELO
Agravados: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E
TECNOLOGIA DE ALAGOAS - IF/AL E ARTHUR
PAES BEZERRA
Lit. Passivos: ALINE RESENDE DANTAS, SÉRGIO FERREIRA
LIMA, ANDRÉIA SILVA RIBEIRO, ADILANE OLIVEI-
RA SANTOS DE FRANÇA, RODOLPHO JUCÁ
WANDERLEY, JULIANNA SOBRAL E SILVA DE AL-
BUQUERQUE E CLÁUDIA VIVIAN DE OLIVEIRA
AMORIM
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. JÚLIO CESAR COSTA FARIAS E BRUNO
WANDERLEY SOUTINHO

**EMENTA: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO
E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRU-
MENTO. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE
RECURSAL REJEITADA. CONCURSO PÚBLICO.
NOMEAÇÃO DE NOVOS APROVADOS PARA
UNIDADES DE LOTAÇÃO MAIS VANTAJOSAS.
NECESSIDADE DE SE OBECECER A ORDEM
DE CLASSIFICAÇÃO DO CONCURSO, OFERE-
CENDO-AS AOS CANDIDATOS MELHORES
CLASSIFICADOS, AINDA QUE JÁ NOMEADOS
E LOTADOS EM OUTRA UNIDADE. IMPOSIÇÃO
DO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE.**

**- Tempestividade recursal reconhecida, porquan-
to o patrono do agravante foi intimado pessoal-
mente da decisão recorrida no dia 10/09/2012,
interpondo o presente agravo em 18/09/2012
(CPC-522).**

**- Na ausência de norma legal que imponha, ao
servidor efetivo, período mínimo de lotação em
uma determinada unidade, há que se reconhe-
cer o seu direito de preferência à lotação em uni-
dade mais vantajosa, em detrimento de candi-**

dados recém nomeados, o que configura imposição do princípio constitucional da impessoalidade.

- Precedentes deste TRF5 (AC 0002606682011 4058300, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, Quarta Turma, DJe: 02/05/2013, página: 356; APELREEX 27.079, Quarta Turma, DJe: 29.04.2013, Relatora: Exma. Desembargadora Federal Margarida Cantarelli; AG 107.212/PE, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator: Desembargador Federal Paulo Gadelha, DJe: 23/09/2010, página: 582).

- Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar 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, 17 de setembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA:

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto por THIAGO LESSA DOS SANTOS MELO contra decisão, às fls. 39/44, proferida pelo juiz federal titular da 1ª Vara Federal, da Seção Judiciária de Alagoas (SJAL), que, nos autos do Mandado de Segurança nº 4214-94.2012.4.05.8000, deferiu parcialmente o pedido liminar, determinando: a) a intimação do impetrante para que, no prazo de 10 (dez) dias, promova a citação dos litisconsortes passivos ALINE RESENDE DANTAS (PNE), SÉRGIO FERREIRA LIMA (PNE), ANDRÉIA SILVA RIBEIRO, ADILANE OLIVEIRA SANTOS DE FRANÇA, THIAGO LESSA DOS SANTOS MELO, JULIANNA SOBRAL E

SILVA DE ALBUQUERQUE e CLÁUDIA VIVIAN DE OLIVEIRA AMORIM, bem como para fornecer à Secretaria da Vara cópias da petição inicial e documentos que a acompanham para instruir os respectivos mandados de citação, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito; e b) que o IFAL realize imediatamente concurso de remoção/relocação para o preenchimento das 7 (sete) vagas oferecidas aos candidatos acima elencados, aprovados em classificação inferior, disponibilizando-as a todos os outros assistentes em administração mais bem aprovados, assegurando seu direito de preferência, de acordo com sua ordem de classificação no concurso.

Sustenta o recorrente, em síntese, que, *in casu*, tendo sido lotado no *Campus* de Maceió em 12/07/2012, conforme Portaria nº 073/DGCM/IFAL, e entrado em exercício no mesmo dia, conforme demonstra o Memorando nº 051/2012/DGCM/IFAL, estaria consolidada a situação funcional do ora agravante no cargo de assistente de administração, não havendo direito líquido e certo a ser amparado pelo *madamus* a que o presente recurso se encontra vinculado. Aduz que não houve qualquer preterição do direito do impetrante/agravado, sendo observada a ordem de classificação no certame, quando da escolha das lotações. Destaca que a vaga para a qual o recorrente foi nomeado surgira bem depois das nomeações dos candidatos mais bem classificados. Discorre ainda que a chance do impetrante/agravado de ocupar uma das 7 (sete) vagas, objeto do concurso de remoção, seria praticamente nula, uma vez que o mesmo se classificou na 58ª posição no certame, o que mais uma vez afastaria a existência de direito líquido e certo a ser albergado por mandado de segurança.

Requer, ao final, o provimento do agravo de instrumento.

Contrarrazões apresentadas às fls. 90/100 e 101/112.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA (Relator):

Preliminarmente, vê-se que não há como prosperar a alegação de intempestividade recursal, formulada nas contrarrazões de

ARTHUR PAES BEZERRA. É que, conforme se pode depreender da certidão à fl. 46, o patrono do recorrente foi intimado pessoalmente da decisão recorrida no dia 10/09/2012. Assim, tendo sido interposto o presente recurso em 18/09/2012, contata-se que fora observado o prazo de 10 (dez) dias, previsto no art. 522 do Código de Processo Civil (CPC).

O cerne da controvérsia diz respeito à análise da possibilidade ou não da realização prévia de concurso de remoção/relocação envolvendo servidores oriundos do concurso público regulado pelo Edital nº 05 PRDI/DGP, de 15/06/2011, ocupantes do cargo de assistente em administração do IF/AL, antes de serem ofertadas aos novos convocados, também aprovados no referido certame, vagas em unidades de serviço mais vantajosas.

De fato, como bem discorrido pelo magistrado de origem, na decisão combatida, não se mostra razoável que, sob o fundamento de observância ao princípio da vinculação da Administração Pública ao edital, prevaleça regra editalícia que favoreça novos aprovados em certame público, com lotações em unidades de serviço mais vantajosas (a exemplo das situadas na Capital e cercanias), em prejuízo do direito de preferência de servidores do mesmo concurso público que obtiveram uma melhor classificação no certame, sob pena de ofensa à inteligência do art. 37, IV, da Constituição Federal (CF/88).

Na verdade, este Regional vem sedimentando o entendimento de que, quando a Administração Pública possibilita a escolha aos candidatos aprovados em concurso público do local de sua lotação, aquela fica vinculada a este critério para efeito de novas nomeações. Neste particular, ganham relevo os seguintes arestos, aplicáveis, por semelhança, à hipótese vertente:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. ESCOLHA DO LOCAL DE LOTAÇÃO. PRIMEIRA OPÇÃO E SEGUNDA OPÇÃO. VAGA NO LOCAL DA PRIMEIRA OPÇÃO NÃO DISPONÍVEL À DATA DA NOMEAÇÃO. POSTERIOR PREENCHIMENTO DA VAGA POR CANDIDATO COM COLOCAÇÃO INFERIOR. PRETERIÇÃO DO CANDIDATO MELHOR CLASSIFICADO. ILEGALIDADE.

1. O cerne da questão é o reconhecimento ou não,

do direito à remoção da apelada, assistente técnico-administrativo do Ministério da Fazenda, de Caruaru/PE para Recife/PE, por suposta preterição, devido a posterior lotação de candidatos aprovados em classificação inferior à sua, na localidade por ela escolhida como primeira opção.

2. Não se apresenta razoável que candidatos que alcançaram nota inferior à nomeação da candidata recorrente (ora apelada) sejam beneficiados, dentro do prazo de validade do certame, com a lotação originária na Capital do Estado, em detrimento da que atingiu melhor classificação. A pretensão da autora encontra, ainda, fundamento no inciso IV, art. 37 da Constituição Federal.

3. Precedente da egrégia Quarta Turma deste Regional, no sentido de que a Administração se obriga a promover a remoção dos candidatos já lotados, que manifestem interesse de serem lotados na localidade onde surgiram novas vagas, antes da convocação dos novos candidatos. (APELREEX 27.079, Relatora: Exma. Desembargadora Margarida Cantarelli)

4. Apelação improvida. (Negrito não original) (TRF5, AC 00026066820114058300, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, Quarta Turma, DJe: 02/05/2013, página: 356)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EDITAL. LOTAÇÃO CONFORME ORDEM CLASSIFICATÓRIA. SURTI-
MENTO DE NOVAS VAGAS. PRETERIÇÃO DE CANDI-
DATO MELHOR CLASSIFICADO. PRINCÍPIO DA RAZO-
ABILIDADE. VINCULAÇÃO AO EDITAL. ILEGALIDADE.

1. Apelação, recurso adesivo e remessa oficial de sentença que, confirmando tutela de urgência concedida, julgou procedente pedido de determinação de lotação de servidor em qualquer órgão do Ministério da Fazenda localizado no Recife, sob o reconhecimento de que preterição da ordem de classificação de concurso público para o preenchimento de vagas surgidas na referida capital.

2. Descabido é o argumento da União de que a procedência do pedido irá causar transtorno administrativo, porquanto a lotação dos candidatos só atinge aqueles participantes do concurso público ainda vigente, não podendo alcançar as lotações realizadas anteriormente, restringindo-se ao

preenchimento de apenas dezesseis vagas ofertadas para o Recife.

3. A questão em tela cinge-se na possibilidade de edital de convocação dirigir-se a candidatos ainda não nomeados para a escolha do local de lotação, sem convocar os candidatos já lotados, que obtiveram melhor classificação no certame.

4. Através da Portaria nº 06 de 11 de janeiro de 2010, a Coordenação-Geral de Recursos Humanos do Ministério da Fazenda procedeu à lotação dos candidatos que obtiveram classificação nas posições entre 126 e 148, em detrimento ao interesse dos candidatos anteriormente lotados em lugares diversos de sua preferência, que fizeram opção pela lotação no Recife.

5. Este Tribunal vem se posicionando no sentido da obrigação da administração de promover, antes da convocação dos novos candidatos, a remoção dos candidatos já lotados, que manifestaram interesse de serem lotados na localidade onde surgiram novas vagas. Precedentes. (AC 550.006, Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel de Faria, Terceira Turma, publicado no *DJe* em 19/12/2012). (APELREEX 6.311, Des. Fed. Manoel Erhardt, Primeira Turma, publicado no *DJe* em 18/10/2012). (APELREEX 19.526, Des. Fed. Lázaro Guimarães, Quarta Turma, publicado no *DJe* em 21/06/2012). (AC 529.292, Des. Fed. Conv. Rubens de Mendonça Canuto, Segunda Turma, publicado no *DJe* em 26/10/2011)

6. Diante dos inúmeros casos de inconformismo dos candidatos melhor classificados, preteridos na ocupação de novas vagas surgidas, a administração já deveria ter modificado seu procedimento de lotação, respeitando a ordem de classificação, mediante a remoção dos candidatos melhores classificados, para só então convocar os candidatos ainda não nomeados.

7. Mostra-se evidente a razoabilidade do inconformismo dos candidatos que obtiveram melhor classificação, porquanto o edital originário lhes garantia a lotação nos lugares de suas preferências, respeitada a ordem classificatória.

8. Levando em consideração os critérios estabelecidos nas letras a, b e c do § 3º do art. 20 do CPC, majoram-se os honorários advocatícios ao valor de R\$ 5.000,00.

9. Improvimento da apelação e da remessa oficial e provimento do recurso adesivo. (Negrito não original)
(TRF5, APELREEX27079, Quarta Turma, DJe: 29.04.2013, Relatora: Exma. Desembargadora Federal Margarida Cantarelli)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. DESRESPEITO À ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO NA ESCOLHA DE LOTAÇÃO. OCORRÊNCIA DE PRETERIÇÃO. PEDIDO DE RELOTAÇÃO. CABIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1 - Cuida-se de agravo de instrumento contra decisão que indeferiu o pedido de antecipação de tutela formulado pelas ora agravantes;

2 - Não se pode prejudicar o direito de precedência na escolha da lotação assegurado pelo edital do concurso aos melhores classificados e que decorre do art. 37, IV, da CF. Assim sendo, os aprovados em melhor colocação têm preferência para o provimento de cargos em locais que não lhes foram oferecidos quando de sua nomeação;

3 - No caso dos autos, as agravantes, não obstante a manifestação de preferência pelas vagas existentes em Recife-PE, foram lotadas em cidades do interior do Estado de Pernambuco, sendo que, pouco tempo depois, candidatos classificados em posições inferiores às das recorrentes foram lotados em Recife-PE, sem que antes fossem as agravantes removidas para a capital pernambucana;

4 - Não é razoável que candidatos de classificação inferior sejam destinados a ocupar as melhores vagas, se não foi possível, quando da nomeação de candidatos melhores colocados, a lotação no lugar de sua preferência. Desse modo, a relocação das agravantes mantém, em última análise, a integridade da ordem de classificação e do direito que os melhores colocados têm de eleger os locais onde servirão;

5 - Precedentes desta Corte;

6 - Agravo de instrumento provido e agravo interno julgado prejudicado. (Negrito não original)

(TRF5, AG107212/PE, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator: Desembargador Federal Paulo Gadelha, DJe: 23/09/2010, página: 582)

Dessa forma, estando o *decisum* guerreado em consonância com os citados precedentes, caem por terra as alegações lançadas no recurso.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 132.152-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Agravante: NOGUEIRA GÁS LTDA.
Agravado: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
Advs./Procs.: DRS. CARLOS FREDERICO CORDEIRO DOS SANTOS E OUTROS (AGRTE.)

EMENTA: AMBIENTAL E TRIBUTÁRIO. TCFA. COMÉRCIO DE GÁS LIQUEFEITO DE PETRÓLEO. EXIGIBILIDADE.

- A via da exceção de pré-executividade é cabível para arguição de matérias de ordem pública, devidamente instruídas com a prova da alegação.

- Hipótese em que não se evidencia matéria justificadora do acatamento da objeção, já que a exação da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental (TCFA) foi legitimada com as inovações promovidas pela Lei nº 10.165/2000 na Lei nº 6.938/81 e que a recorrente, ao comercializar gás liquefeito de petróleo (GLP), desempenha atividade potencialmente poluidora elencada nos diplomas legais referidos.

- Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar

provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 25 de julho de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por NOGUEIRA GÁS LTDA. contra decisão em que objeção de pré-executividade foi rejeitada, determinando-se, outrossim, a realização de constrição através do Sistema BACENJUD.

Alega, em síntese, que, nos termos de entendimento jurisprudencial, o exame de sua tese dispensa dilação probatória, devendo, então, ser acolhida sua objeção, pois:

a) na verdade, a exação em discussão é ilegítima, dado que, não desempenhando atividade poluidora, não há que se cogitar de sua sujeição à taxa de controle e fiscalização ambiental prevista nas Leis nº 6.938/81 e nº 10.165/2000;

b) o simples comércio de gás liquefeito de petróleo (GLP) não justifica a exação em debate, mormente quando esta atividade não se encontra elencada no anexo VIII da citada Lei nº 10.165/2000.

Aduz, ainda, que o provimento impugnado constitui ofensa às prescrições constantes do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

O pedido de concessão de efeito ativo ao recurso foi indeferido em decisão de fls. 117/118.

À fl. 121, determinou-se que a Secretaria da Turma confirmasse ter sido dada vista dos autos à parte recorrida.

Em peça de fl. 122, certificou-se que a agravada foi devidamente cientificada da decisão de fls. 117/118.

Intimada, a parte recorrida não apresentou contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

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

A pretensão da agravante está voltada à reforma da decisão em que objeção de pré-executividade foi rejeitada, impondo-se, outrossim, a realização de constrição através do Sistema BACENJUD.

No exame do recurso, observo que a insurgência não é digna de acolhimento.

Com efeito, a exceção de pré-executividade, forma de defesa da parte executada, nos próprios autos da execução, foi criada em sede de doutrina e jurisprudência. Por ela, é lícito ao executado arguir matérias de ordem pública, como a falta de condições da ação e dos pressupostos processuais que possam ser declarados ex officio pelo Juiz.

No caso em tela, não se mostra plausível, todavia, a argumentação exposta na objeção manejada, já que, em oposição ao que a recorrente assevera, há, sim, previsão legal justificadora da exceção, como se depreende da leitura das disposições constantes da Lei nº 6.938/81, com a redação conferida pela Lei nº 10.165/2000.

Na referida lei de inovação, foi instituído o tributo em debate (Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental - TCFA), estabelecendo-se que se qualificariam como sujeito passivo todos os que exercessem atividade elencada em anexo indicado.

Ora, se a própria recorrente afirma desempenhar atividade referida no mencionado anexo (comércio de GLP), não há que se cogitar da ilegalidade da cobrança com fulcro na ausência de potencial poluidor. Ilustrando-se este entendimento, colaciona-se ex certo do seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO. TAXA DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL. LEI Nº 10.165/2000. CONSTITUCIONALIDADE. ART. 145, CF. PRECEDENTES.

I. Com o advento da Lei nº 10.165 de 27/12/2000, restaram sanados os vícios constantes da anterior lei nº 9.960 de

28/01/2000, cujo art. 8º foi declarado inconstitucional pelo STF na ADIMC 2.178/DF.

II. A TCFA se conforma plenamente aos princípios constitucionais. Tem como hipótese de incidência o regular exercício do poder de polícia conferido ao IBAMA para o controle e fiscalização das atividades potencialmente poluidoras que se servem de recursos naturais. Taxa que atende, mais, ao princípio da capacidade contributiva (art. 145, II e § 1º; CF).

III. Precedentes: STF:RE 416.601, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJU 30/09/05; REAgR 460.066, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJU 28/04/06; REAgR 421279, Rel. Ministro Cezar Peluso, DJU 02/06/06.

IV. Apelação improvida.

(TRF 3ª R., 4ª T., AC nº 1.565.768, rel. Des. Federal Salette Nascimento, e-DJF321.03.2011).

Com essas considerações, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 132.377-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (CONVOCADO)
Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Agravado: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA, SUPERINTENDÊNCIA ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE - SEMACE, ESTADO DO CEARÁ, MUNICÍPIO DE FORTALEZA (CE) E UNIÃO
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROJETO ACQUÁRIO DO CEARÁ. LICENCIAMENTO.

- Agravo de instrumento manejado contra decisão que, em sede de ação civil pública, indeferiu pedido liminar. Trata-se de ação civil pública pro-

posta pelo Ministério Público Federal contra a UNIÃO, ESTADO DO CEARÁ, MUNICÍPIO DE FORTALEZA, IBAMA - INSTITUTO BRASILEIRO DE MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS E SEMACE - SUPERINTENDÊNCIA ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE, com escopo de, em caráter liminar: (i) obter do Poder Judiciário uma declaração no sentido de que o licenciamento ambiental do Projeto Acquário do Ceará é de competência do IBAMA; (ii) obter determinação judicial de paralisação imediata das obras de implantação do Projeto Acquário do Ceará até a conclusão do licenciamento ambiental do empreendimento pelo IBAMA; (iii) obter determinação judicial que suspenda a eficácia das licenças prévias e de instalação concedidas pela SEMACE ao empreendimento Projeto Acquário do Ceará, por vício de competência; (iv) obter determinação judicial que imponha ao MUNICÍPIO DE FORTALEZA a abstenção na concessão de qualquer licença ambiental para o empreendimento Projeto Acquário do Ceará e que suspenda a eficácia das licenças de construção por acaso concedidas até a conclusão do licenciamento por parte do IBAMA; (v) obter determinação judicial que imponha à UNIÃO que suspenda qualquer ato de efetivação da contratação de empréstimo internacional a ser firmado entre o ESTADO DO CEARÁ e o Ex-Bank/ Export-Import Bank of the United States, até a conclusão do licenciamento ambiental da obra junto ao IBAMA.

- A primeira questão a ser solucionada concerne à competência para concessão do licenciamento e fiscalização do empreendimento no particular. Sustenta o MPF agravante, que compete exclusivamente ao IBAMA esse mister. Entretanto, em princípio, não é assim. De tudo que se extrai da leitura atenta das peças que se encontram

nos autos, sobretudo a inicial da ação civil pública, bem assim o próprio teor do agravo de instrumento e, ainda, a minudente decisão agravada, conclui-se que o licenciamento ambiental não é, no caso de que se cuida, da alçada do IBAMA.

- Em rigor, as atividades conducentes à concretização do empreendimento não geram significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional. É que, como se extrai da prova documental que consta dos autos, o impacto da obra se resume à área do empreendimento, no Município de Fortaleza. O próprio IBAMA manifesta opinião técnica no sentido de que a competência para processar o pedido de licenciamento ambiental do Acquário Ceará não lhe pode ser atribuída, fundada na inexistência de impacto de grande magnitude e na localização do empreendimento predominantemente em terra, e não no mar territorial.

- Há, pois, de um lado, as opiniões dos órgãos encarregados pela concessão do licenciamento ambiental, todos acordes no sentido da competência do Município de Fortaleza, inclusive, destaque-se, o próprio IBAMA e, de outro lado, o MPF em sentido diverso.

- De outra banda, nada obstante o licenciamento tenha sido inicialmente deferido pelo SEMACE (Superintendência Estadual do Meio Ambiente do Ceará), e posteriormente ratificado pelo Município de Fortaleza, cuida-se de mera irregularidade formal, que no caso é insuficiente ao provimento do agravo de instrumento.

- É importante salientar, ainda, que não se pode olvidar a flagrante existência de periculum in mora inverso, dado que a paralisação das obras do Acquário do Ceará, assim como a pretendida determinação de que a União se abstenha de adotar as providências necessárias à autorização para que o Estado do Ceará contraia emprés-

timo externos, fatalmente causariam manifesto prejuízo àquele Estado da Federação, mormente em face dos vultosos recursos já destinados àquele fim.

- Agravo de instrumento improvido.

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, por maioria, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 17 de setembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (Convocado):

Trata-se de agravo de instrumento manejado pelo Ministério Público Federal contra decisão que em sede de ação civil pública indeferira o pedido de tutela de urgência.

Colho do Relatório da decisão agravada o seguinte excerto:

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal contra a UNIÃO, ESTADO DO CEARÁ, MUNICÍPIO DE FORTALEZA, IBAMA- INSTITUTO BRASILEIRO DE MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS E SEMACE - SUPERINTENDÊNCIA ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE, com escopo de, em caráter liminar: (i) obter do Poder Judiciário uma declaração no sentido de que o licenciamento ambiental do Projeto Acquário do Ceará é de competência do IBAMA; (ii) obter determinação judicial de paralisação imediata das obras de implantação do Projeto Acquário do Ceará até a conclusão do licenciamento ambiental do empreendimento pelo IBAMA; (iii) obter determinação judicial que suspenda a

eficácia das licenças prévias e de instalação concedidas pela SEMACE ao empreendimento Projeto Acquá-rio do Ceará, por vício de competência; (iv) obter determinação judicial que imponha ao MUNICÍPIO DE FORTALEZA a abstenção na concessão de qualquer licença ambiental para o empreendimento Projeto Acquário do Ceará e que suspenda a eficácia das licenças de construção por acaso concedidas até a conclusão do licenciamento por parte do IBAMA; (v) obter determinação judicial que imponha à UNIÃO que suspenda qualquer ato de efetivação da contratação de empréstimo internacional a ser firmado entre o ESTADO DO CEARÁ e o Ex-Bank/Export-Import Bank of the United States, até a conclusão do licenciamento ambiental da obra junto ao IBAMA.

O agravante aduz, em síntese, que a competência para o respectivo licenciamento é do IBAMA. Que o licenciamento concedido pelo SEMACE fora irregular, bem assim sua ratificação pelo Município de Fortaleza. Destaca, ademais, que os impactos dimensionados para a captação da água do mar e para o descarte da água utilizada, também do mar, podem causar danos significativos e diretos ao mar territorial.

Fora apresentado Parecer do Ministério Público Federal, como *custos legis*, fls. 114/116.

Contrarrazões às fls. 117/133.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (Relator Convocado):

De início, cumpre gizar que, no que se refere ao pedido do Ministério Público Federal acerca da intimação, através de ofício ao SEMACE, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza, não colhe, dado que por um lado a legislação federal não o exige, e, por outro o art. 527, V, do CPC, destaca em sua parte final, que será bastante a divulgação do expediente no Diário Oficial.

A presente demanda envolve a consideração de possíveis riscos de danos ao meio ambiente, além dos impactos econômicos decorrentes da eventual paralisação das obras.

A primeira questão a ser solucionada concerne à competência para concessão do licenciamento e fiscalização do empreendimento no caso particular. Sustenta o MPF agravante, que compete exclusivamente ao IBAMA esse mister. Entretanto, em princípio, não é assim. De tudo que se extrai da leitura atenta das peças que se encontram nos autos, sobretudo a inicial da ação civil pública, bem assim o próprio teor do agravo de instrumento e, ainda, a minudente decisão agravada, conclui-se que o licenciamento ambiental não é, no caso de que se cuida, da alçada do IBAMA.

Em rigor, as atividades conducentes à concretização do empreendimento não geram significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional. Sobre o tema transcrevo o seguinte trecho da decisão agravada que adoto como fundamento:

Com esteio nas informações constantes do EIA-RIMA, assim como das análises que os órgãos ambientais e o autor fizeram o mesmo, é patente que os impactos ambientais não têm significância nacional ou regional. A despeito da defesa do autor de que impactos de grande magnitude foram comprovados pelo estudo, o que contém o documento técnico é que se trata de impacto local de grande magnitude, o que é diferente e não atrai a competência do IBAMA.

Como se extrai da prova documental que consta dos autos, o impacto da obra se resume à área do empreendimento, no Município de Fortaleza. A utilização de água do mar, captada por quatro dutos inseridos por, aproximadamente, 50 (cinquenta) metros do oceano, não caracteriza que o empreendimento seja no Mar Territorial, tratando-se de empreendimento que, predominantemente, se situa em terra, local em que serão realizadas as suas atividades essenciais. A devolução da água captada ao mar, após o devido tratamento, também não é suficiente para considerar que haja impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

O próprio IBAMA manifesta opinião técnica no sentido de que a competência para processar o pedido de licenciamento ambiental do Acquário Ceará não lhe pode ser atribuída, fundada na inexistência do impacto de grande magnitude e na localização do empreendimento predominantemente

temente em terra, e não no mar territorial. Observe-se que não se trata de renúncia à competência, o que não seria admitido, mas do reconhecimento da incompetência para o exercício da função.

Ante a caracterização do impacto de magnitude local, outro caminho não há que não o reconhecimento da competência do MUNICÍPIO DE FORTALEZA para proceder ao licenciamento do Projeto Acquário do Ceará. (Fls. 98/99)

Registre-se, ainda, que o próprio agravante ao tempo que procura valer-se do mencionado EIA-RIMA, para estear suas conclusões, por outro lado o desqualifica ao afirmar literalmente:

De forma engenhosa o EIA-RIMA cria uma nova área de influência não constante na legislação, a denominada “Área de Influência do Entorno (AIE)” separando-a da área de influência direta dos impactos do projeto em questão. Na verdade, segundo descreve o EIA-RIMA, o equipamento em licenciamento captará água do mar através de dutos que serão construídos e ligados à estrutura principal do aquário. Nota-se claramente, que o equipamento produz impactos ambientais “diretos” no mar territorial. No entanto, o EIA-RIMA tenta esconder esta situação criando uma nova área de influência, a AIE, para passar a impressão, aos menos avisados, que os impactos causados ao mar pelo equipamento não são impactos diretos. Em verdade, cuida-se de manifesto sofisma, engendrado em estudo “técnico” para falsear um problema sério que tem relação direta com a determinação do órgão competente para realizar o licenciamento ambiental. (Fl. 18)

Diante desse contexto, de um lado há as opiniões dos órgãos encarregados pela concessão do licenciamento ambiental, todos acordes no sentido da competência do Município de Fortaleza, inclusive, destaque-se o próprio IBAMA e, de outro lado, o MPF em sentido diverso.

É oportuno gizar, ainda, que nada obstante o licenciamento tenha sido inicialmente deferido pelo SEMACE (Superintendência Estadual do Meio Ambiente do Ceará), e posteriormente ratificado pelo Município de Fortaleza, cuida-se de mera irregularidade formal, que no caso é insuficiente à concessão da pretendida tutela de urgência.

De tudo que fora até então mencionado, não se pode olvidar a flagrante existência de *periculun in mora* inverso, dado que a paralisação das obras do do Acquário do Ceará, assim como a pretendida determinação de que a União se abstenha de adotar as providências necessárias à autorização para que o Estado do Ceará contraia empréstimo externos, fatalmente causariam manifesto prejuízo àquele Estado da Federação, mormente em face dos vultosos recursos já destinados àquele fim.

Mercê do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o meu voto.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 4.433-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
(PRESIDENTE)

Requerente: UNIÃO

Requerido: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM SUSPENSÃO DE LIMINAR. PROCESSO SELETIVO À CATEGORIA DE PRATICANTE DE PRÁTICO/2012. SOBRESTAMENTO DO CERTAME. DESCAMBIMENTO. OCORRÊNCIA DE EFETIVA LESÃO À ORDEM PÚBLICA E À ECONOMIA NACIONAL. HIPÓTESE QUE JUSTIFICA A CONCESSÃO DA CONTRACAUTELA POLÍTICA. PROLAÇÃO SUPERVENIENTE DE SENTENÇA. CONFIRMAÇÃO DA LIMINAR. DECISÃO CONCESSIVA DO PLEITO DE SUSPENSÃO. MANUTENÇÃO ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA DEMANDA PRINCIPAL. IMPROVIMENTO DO RECURSO.

- A decisão que suspende o andamento do processo seletivo à categoria de Praticante de Prático/2012 implica grave ofensa à ordem pública. Isso porque as razões que levaram a Diretoria de

Portos e Costas da Marinha do Brasil a exigir, no edital do certame, que a habitação dos interessados na categoria de Mestre-Amador fosse comprovada até o encerramento das inscrições, permitindo, porém, que os candidatos enquadrados nas demais categorias (Aquaviários e Praticantes de Prático) somente o fizessem na fase final da seleção, foram concebidas na seara da discricionariedade administrativa, sendo defeso ao Judiciário o seu exame, mormente quando inexistentes, na hipótese, indícios de que tenha sido ultrapassado o limite do razoável.

- O referido decisum também emerge, indubitavelmente, como lesivo à economia pública, na medida em que impede que os primeiros candidatos selecionados comecem a ingressar nas zonas de prática, suprimindo, ao menos em parte, demanda ocasionada pelo Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), pelo notório aumento na movimentação de cargas em todos os portos do país, pela descoberta de petróleo na camada do pré-sal e pela inegável ampliação do número de navios, ano após ano.

- A prolação de sentença no bojo da ação civil pública originária, confirmando a liminar atacada no presente pedido de suspensão, não prejudica o seu regular andamento, pois, nos moldes em que preceitua a norma inserta no art. 4º, § 9º, da Lei nº 8.437/92, “a suspensão deferida pelo presidente do tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal”. Trata-se de decisão político-institucional, privativa do Presidente desta Corte, somente revogável pelo Pleno, ou, nos termos do dispositivo, com o trânsito em julgado da decisão suspensa. Precedentes.

- Suspensão mantida; agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., 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, 31 de julho de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - Relator Presidente

RELATÓRIO

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

Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão de minha relatoria que deferiu pedido de suspensão de liminar formulado pela União Federal para sobrestar os efeitos advindos do ato judicial da lavra da MMª Juíza Federal da 4ª Vara/RN que, nos autos da Ação Civil Pública nº 0001243-66.2013.4.05.8400, determinou a sustação do Processo Seletivo à Categoria de Praticante de Prático, objeto do Edital nº 1, de 1º/11/2012, da Diretoria de Portos e Costas da Marinha do Brasil.

A ilustre Juíza da 4ª Vara Federal/RN concedeu a liminar postulada no feito originário por entender, em suma, afrontar os princípios da isonomia e do livre acesso ao trabalho a norma editalícia que impunha ao candidato que este: 1) fosse Aquaviário da seção de convés ou de máquinas e de nível igual ou superior a 4, Prático ou Praticante de Prático até o dia 28/08/2013; e 2) pertencesse ao grupo de amadores, no mínimo na categoria de Mestre-Amador, até a data de encerramento das inscrições (26/11/2012).

Deferi o pleito de suspensão requestado justamente por me convencer de que a decisão de sobrestar o andamento do certame em referência afrontou a um só tempo a ordem pública e a economia nacional. Isso porque ao passo em que permitiu, indevidamente, que o Judiciário avaliasse a limitação editalícia concebida na seara da discricionariedade administrativa, impediu que os primeiros candidatos selecionados ingressassem nas zonas de

praticagem para suprir uma demanda que há muito necessita ser atendida.

Inconformado com o aludido *decisum*, vem o Ministério Público Federal valer-se do presente recurso para argumentar, em síntese, que as regras contidas no edital e nas normas da Autoridade da Marinha para o Serviço de Praticagem (NORMAN 12 - DPC) que impõem aos candidatos do grupo de amadores a obrigação de comprovarem suas habilitações até a data do encerramento das inscrições malferem os princípios da razoabilidade, isonomia e legalidade, sabido ter-se possibilitado aos interessados do grupo de Aquaviário e de Prático ou Praticante de Prático a opção de fazê-lo até a data prevista para o término do processo seletivo.

Alega, por derradeiro, que diversamente do que afirmado no ato judicial ora recorrido, ainda mais perigoso e lesivo à ordem pública, administrativa e econômica é admitir-se a realização das provas de um certame flagrantemente eivado de ilegalidade. Requer, assim, a reconsideração do *decisum* que deferiu o pleito de suspensão em debate e, em assim não se entendendo, a submissão do agravo regimental interposto ao crivo do Pleno desta Corte Regional.

Em mesa para julgamento.

É o relatório.

VOTO

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

Conforme tenho assentado no exame de feitos semelhantes, a medida suspensiva 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. Confirma-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 tutela 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 permitam a verificação do acerto ou desacerto da decisão impugnada.

Feitas essas considerações iniciais, volto à análise do caso concreto, para concluir que a hipótese em apreço encontra-se inteiramente ajustada à orientação acima referenciada, como passo a demonstrar.

A liminar hostilizada se encontra vazada nos seguintes termos:

(...) Na hipótese *sub examine*, em uma análise perfunctória da questão, própria das tutelas de urgência, entendo

que restam caracterizados os requisitos necessários à concessão da medida liminar.

A plausibilidade do direito invocado mostra-se patente, na medida em que as exigências estabelecidas pelo edital do concurso em análise ferem frontalmente diversos preceitos e mandamentos constitucionais, a exemplo dos princípios da isonomia (art. 5º, *caput*, CF) e do livre acesso ao trabalho (art. 5º, XIII e art. 7º, XXX, CF).

Além disso, é preciso esclarecer que a limitação imposta aos candidatos não possui qualquer relação de pertinência com o exercício das atividades do cargo pretendido, uma vez que há plena possibilidade de implementação dos requisitos sob exame até o final do processo seletivo, sem que com isso se macule ou prejudique a seleção dos candidatos aptos a realizar o certame.

Isso sem esquecer que inexistente, a princípio, qualquer regra em lei a impor tais condições aos candidatos, além de tais regras não guardarem pertinência com as idiossincrasias da função de praticante de prático, traduzindo-se apenas em regras de mera conveniência da Administração, desprovidas de razoabilidade.

(...)

Tendo em vista que o processo seletivo já se encontra em curso, tendo-se realizado a primeira prova, a fim de evitar maiores prejuízos à Administração Pública e aos candidatos inscritos, além daqueles alijados do processo por força do item editalício impugnado, tenho por razoável o pleito do *Parquet* de suspensão do processo até o julgamento de mérito da presente ação.

DIANTE DO EXPOSTO, defiro o pedido de liminar deduzido na inicial, determinando a imediata suspensão do Processo Seletivo à Categoria da Praticante de Prático, Objeto do Edital nº 1, de 1º de Novembro de 2012, da Diretoria de Portos e Costas da Marinha do Brasil, até ulterior deliberação judicial. (...) (fls. 30-33) - destaque do original.

A meu ver, a decisão de suspender o andamento do certame, até ulterior deliberação judicial, é medida que se revela agressiva à ordem pública (em sua acepção administrativa), e, sobretudo, à economia nacional. Explico.

É que, 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, penso que a limitação editalícia foi concebida na seara da discricionariedade administrativa, mediante a qual o poder público elege os critérios que melhor atendem à qualidade do serviço.

Como é por demais sabido, não pode o Poder Judiciário controlar o mérito em si, do ato administrativo, limitada que se encontra a sua atuação ao controle do respeito à legalidade, exceção feita às hipóteses em que a autoridade ultrapassa, no mérito, os limites do razoável, o que, aparentemente, não ocorre no caso em análise.

Não fosse assim, estariam os Juízes substituindo, por seus próprios critérios de escolha, as opções legítimas feitas pelos administradores públicos com base em razões de oportunidade e conveniência, donde resultaria malferido, inclusive, o princípio da separação dos poderes, não me parecendo razoável que seja o Magistrado, muito menos o Ministério Público, também magistrado, que vá decidir qual a conduta correta a ser exercida pelo administrador em tema de prático em manejo de embarcações navais de grandes proporções, porque isso não faz parte da experiência da judicatura, em nenhum de seus níveis, pois absolutamente limitada à área jurídica, estranha ao âmbito da questão.

Outro ponto a ser sopesado diz respeito às significativas taxas de crescimento da movimentação de cargas no setor portuário nacional, verificadas nos últimos anos, consoante evidencia o substancioso estudo anexado à inicial (fls. 34-69).

No mesmo sentido, o sítio do Sydarma na internet, em matéria publicada em 16 de maio de 2011, reproduzida na exordial, assim indica:

(...) O Pré-Sal está sob sério risco. Não há como produzir petróleo sem navios petroleiros, barcos de apoio e plataformas. Essas embarcações estão sendo construídas em larga escala. Mas, não há navios e plataformas sem oficiais para trabalhar neles. Está prevista a entrada no mercado de 250 novas embarcações nos próximos três anos. **Ao todo, serão necessários mais de 2500 oficiais. E não se formam marítimos em menos de 4 anos. A Marinha do Brasil dobrou a capacidade de seus dois centros de formação. Mas isso não resolve o problema**

de curto prazo. O Syndarma e a ABEAM têm se reunido com agentes do setor para estudar possíveis soluções. Uma delas é a suspensão temporária do artigo 3º da Resolução Normativa 72 do Conselho nacional da Imigração, que obriga a participação de oficiais brasileiros em barcos estrangeiros operando no Brasil. A outra é a necessária flexibilização da Resolução Normativa 80, que regula o visto de trabalhador estrangeiro no Brasil. Se, por um lado os navios estrangeiros se desobrigam a contratar oficiais brasileiros e passam a contar somente com estrangeiros, por outro, os navios de bandeira brasileira podem passar a contratar profissionais de outros países, como uma saída de curto prazo. A Marinha Mercante brasileira tem a convicção de que o país não tem como olhar para frente sem antes proteger seu patrimônio e sua mão de obra. O Pré-Sal representa a grande chance de alavancar o País no cenário internacional. Para conseguirmos solidez nesta jornada temos que tomar decisões firmes e rápidas. Não há tempo a perder. Porque as máquinas ainda dependem do homem. (...) (fl. 22) - destaques do original.

Vê-se, pois, que a necessidade do aumento do número de práticos em todas as zonas portuárias se assenta em diversos fatores: o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), o notório aumento na movimentação das cargas em todos os portos do país, a descoberta de petróleo na camada do pré-sal e o aumento do número de navios, ano após ano.

Nessa quadra, a decisão que sobrestou o processo seletivo emerge, indubitavelmente, como lesiva à economia pública, porque impede que os primeiros candidatos selecionados comecem a ingressar nas zonas de praticagem, para efetivamente assumirem a condição de práticos devidamente habilitados, suprimindo uma demanda que há muito urge ser atendida.

Por derradeiro, cumpre-me destacar que a prolação de sentença no bojo da ação civil pública originária, confirmando a liminar atacada no presente pedido de suspensão, não prejudica o seu regular andamento, pois, nos moldes em que preceitua a norma inserta no art. 4º, § 9º, da Lei nº 8.437/92, “a suspensão deferida

pelo presidente do tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal”.

Tal regra revela, na verdade, a ultra-atividade da decisão proferida nos pedidos de suspensão e encontra-se expressamente enunciada na Súmula 626 do col. STF, que assim giza: “a suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração”.

Essa é também a orientação que vem sendo reiteradamente adotada pelos Tribunais pátrios, segundo entremostam, apenas a título ilustrativo, os precedentes a seguir reproduzidos:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. LIMINAR. SUSPENSÃO. LEI 8.437/92. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA AÇÃO, CONFIRMANDO LIMINAR. EFEITOS. TRÂNSITO EM JULGADO.

1. A suspensão dos efeitos de decisão antecipatória de tutela perdura até o trânsito em julgado da decisão de mérito da ação principal, nos termos da Lei nº 8.437/92, art. 4º, § 9º, salvo estabelecimento de outro limite temporal pelo Presidente do tribunal.

2. A decisão proferida no agravo de instrumento interposto pela recorrente, relativa aos efeitos da apelação, não interfere no interesse processual para o pedido de suspensão da tutela antecipada.

3. A análise da existência do dissídio é inviável, porque ausente similitude fática entre o acórdão recorrido e o paradigma.

4. Recurso especial provido.

(REsp 1.064.759/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 01/02/2012) (Destaquei)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE DETERMINOU O CUMPRIMENTO DE PROVIMENTO DA PRESIDÊNCIA DA CORTE REGIONAL EM SUSPENSÃO DE LIMINAR. ART. 4º, PARÁGRAFO 9º, DA LEI Nº 8.437, DE 30.06.92, COM A REDAÇÃO DA MP Nº 2.180-35, DE 24.08.2001. LEGALIDADE. ENTENDIMEN-

TO SUMULADO DO STF. REVOGAÇÃO SUPERVENIENTE DO *DECISUM* DA SUSPENSÃO. PERDA DO INTERESSE RECURSAL NO AGRAVO. PREJUDICADO.

1. Agravo regimental interposto contra decisão, nos termos da qual se reformou *decisum* monocrático que determinava a adoção de providências para o cumprimento do acórdão da Turma, para fazer prevalecer o provimento exarado nos autos de suspensão de liminar, decidida pela Presidência da Corte Regional.

2. Ao se ordenar, mesmo diante de acórdão da Turma, lavrado em função do julgamento do agravo de instrumento, obediência ao que restou definido em suspensão de liminar, processada, no âmbito da Presidência da Corte Regional, inclusive anteriormente à proclamação da decisão do agravo, foi garantido respeito à norma legal expressa.

3. “A suspensão deferida pelo presidente do tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal” (parágrafo 9º do art. 4º da Lei nº 8.437/92, com a redação dada pela MP nº 2.180-35/2001).

4. Súmula nº 626, do STF: “A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração”.

5. Em tendo sido revogada a decisão da suspensão de liminar, que se fazia prevalecer em respeito a comando legal, esvazia-se o agravo regimental, desaparecendo o interesse de recorrer, porque firmada a situação jurídica segundo pretensão da agravante.

6. Agravo regimental prejudicado.

(AGA 20070500004705001, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, TRF5 - Primeira Turma, DJ - Data: 16/10/2007 - Página: 916 - Nº: 199.). (Salientei)

Em face do exposto, nego provimento ao agravo regimental, determinando que se oficie de imediato ao Juiz Federal prolator da decisão atacada, dando-lhe ciência do inteiro teor deste acórdão.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL
NA SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 4.453-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
(PRESIDENTE)
Requerente: UNIÃO
Requerido: JUÍZO DA 9ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Parte A: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Parte Int.: COMPANHIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS -
CBTU
Advs./Procs.: DRS. CLAUDIA GUERRA OLIVEIRA DA COSTA E
OUTROS

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM SUSPENSÃO DE LIMINAR. FUNCIONÁRIOS DA ANTIGA “REDE” (RFFSA, CBTU E TRENSURB). EXERCÍCIO DO POLICIAMENTO OSTENSIVO FERROVIÁRIO FEDERAL. DESCABIMENTO. OCORRÊNCIA DE EFETIVA LESÃO À ORDEM E À SEGURANÇA PÚBLICAS. HIPÓTESE QUE JUSTIFICA A CONCESSÃO DA CONTRACAUTELA POLÍTICA. DECISÃO CONCESSIVA DO PLEITO DE SUSPENSÃO. MANUTENÇÃO ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA DEMANDA PRINCIPAL. IMPROVIMENTO DO RECURSO.

- A decisão que determinou à União e à CBTU a garantia do exercício, no território pernambucano, pelos funcionários da antiga “Rede”, do policiamento ostensivo ferroviário federal, inclusive com uso de arma de fogo, consoante orientações do Ministério da Justiça, e incumbiu este órgão de, no prazo de sessenta dias, expedir o correspondente regramento viabilizador do cumprimento da medida traduz clara agressão à ordem pública (em sua acepção administrativa), uma vez que assegura o exercício, per saltum, da atividade administrativa.

- O ato judicial combatido, além de garantir a ocupação de cargo que sequer existe, juridicamente, em nossa federação, representa manifesta ingerência do Poder Judiciário na ordem administrativa, pois retira do Poder Executivo a discricionariedade no manejo de seu orçamento, bem como a prerrogativa de dispor sobre o funcionamento e a organização da administração federal.

- Há, ainda, o perigo de se ter um sem-número de indivíduos autorizados a andar armados, com poder de polícia, em contato direto com a população usuária do serviço público ferroviário, quando sequer possuem habilitação para tanto.

- Suspensão mantida; agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 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, 11 de setembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - Relator Presidente

RELATÓRIO

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

Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão que deferiu pedido de suspensão de liminar formulado pela União Federal para sobrestar os efeitos advindos do ato judicial da lavra do MM. Juiz Federal da 9ª Vara/PE que, nos autos da Ação Civil Pública n.º 0006489-96.2006.4.05.8300, determinou que tanto a Companhia Brasileira de Trens Urbanos/CBTU como a ora requerente garantissem o exercício, no território de Pernambuco, pelos subs-

tituídos processuais oriundos da Rede Ferroviária Federal antes da vigente Constituição, do policiamento ostensivo ferroviário federal, inclusive com uso de arma de fogo, consoante orientações do Ministério da Justiça, devendo este, para tanto, no prazo de sessenta dias, expedir o correspondente regramento viabilizador do cumprimento da presente medida judicial.

O pleito de suspensão requestado foi deferido sob o argumento de que a decisão em referência afrontou a ordem pública, em sua acepção administrativa. Isso porque autorizou que os substituídos processuais passassem a exercer atividades típicas de policiais rodoviários federais, nas mesmas condições dos policiais do Departamento de Polícia Federal e do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, inclusive com uso de arma de fogo, mesmo sem que tais cargos, juridicamente, existam em nossa federação.

Inconformado com o aludido *decisum*, vem o Ministério Público Federal valer-se do presente recurso para argumentar que a suspensão da liminar *acabou por implicar ofensa ao próprio art. 4º da Lei 8.347/1992, pois os requisitos aí estabelecidos para essa medida excepcional não recomendavam a suspensão, mas sim a manutenção de tal liminar.*

Esclarece, nesse ponto, que *na condição de servidores públicos que sempre exerceram a atividade de policiamento ostensivo das ferrovias federais, decorrente de lei recepcionada pela Constituição Federal, os profissionais de segurança ferroviária federal não podem ser impedidos de portar armas e de se comportar, com todos os direitos e ônus, como policiais federais que são, em razão da omissão criada pelo próprio governo federal, o qual, nos últimos tempos, passou a adotar medidas para sanar tal omissão.*

Alega, por derradeiro, que diversamente do que afirmado no ato judicial ora recorrido, ainda mais perigoso e lesivo ao interesse público, à ordem e à segurança é a decisão que suspendeu a liminar outrora concedida, impedindo o exercício da atividade de policiamento ostensivo pelos empregados do antigo grupo “Rede” (RFFSA, CBTU e TRENURB) pondo em risco não só a grande quantidade de pessoas que se utilizam diariamente do transporte ferroviário urbano oferecido pelo Metrô do Recife, como também as próprias instalações e dependências físicas do local.

Requer, assim, a reforma do *decisum* que deferiu o pleito de suspensão em debate restaurando-se os efeitos mencionados na decisão de primeiro grau.

Em mesa para julgamento.

É o relatório.

VOTO

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

Ao apreciar o pedido de Suspensão de Liminar, assim me manifestei, *in verbis*:

(...)

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 Ministro do STF, Sepúlveda Pertence, proferido 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 ressabidamente permitem a verificação do acerto ou desacerto da decisão impugnada.

Feitas essas considerações iniciais, passo à análise do caso concreto, para concluir que a hipótese em apreço encontra-se inteiramente ajustada à orientação acima referenciada, como passo a demonstrar.

A liminar hostilizada tem o seu dispositivo vazado nos seguintes termos:

(...) Isto posto, deferindo parcialmente a medida liminar postulada, **determino que tanto a Companhia Brasileira de Trens Urbanos/CBTU como a União garantam o exercício, no território pernambucano, pelos substituídos processuais oriundos da Rede Ferroviária Federal antes da vigente Constituição, do policiamento ostensivo ferroviário federal, inclusive com uso de arma de fogo**, a exemplo do que ocorre com os agentes policiais do Departamento de Polícia Federal e do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, **consoante as orientações do Ministério da Justiça, devendo este, para tanto, no prazo de sessenta dias, expedir o correspondente regramento viabilizador do cumprimento da presente medida judicial.** (...) (fl. 44) - destacamos.

É sabido que a Constituição da República previu, em seu art. 144, que a segurança pública, “dever do Estado, direito e responsabilidade de todos”, é exercida, dentre outros

órgãos, pela “polícia ferroviária federal” (inciso III). Não se pode perder de vista, no entanto, que o § 3º do mesmo dispositivo assim preceitua:

§ 3º **A polícia ferroviária federal**, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, **destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.** - destacamos.

Trata-se, a olhos vistos, de carreira ainda pendente de estruturação, conforme já assentou eg. Supremo Tribunal Federal, nos autos do Mandado de Injunção nº 627/SP, da relatoria do em. Min. Néri da Silveira, cuja ementa segue transcrita:

EMENTA: - Mandado de injunção. Regulamentação do art. 144, inciso III, e art. 144, § 3º, da Constituição Federal, no que tange à necessidade de estruturação da carreira de Policial Ferroviário Federal.

2. Interessados não detêm condições de titulares de cargo público no exercício de funções policiais ferroviários.

3. Falta de legitimidade ativa *ad causam* dos associados do suplicante.

4. Mandado de injunção não conhecido.

(DJ21.6.2002, p. 97) - destaque do original.

Extrai-se, desse julgado, esse pertinente excerto do voto do relator:

(...) Os associados do requerente não detêm cargo público, mas são empregados das ferrovias e esperam a criação da carreira. Não se configura, entretanto, a hipótese do art. 5º, LXXI, da Constituição. **Se é certo que a carreira está prevista na Constituição Federal, a ser criada, na forma da lei, não há exercício de direito dificultado pela falta da norma que se reclama, pois não detêm os interessados condição de titulares de cargo público no exercício de funções policiais ferroviários.** O fato de a Constituição prever se organize a polícia ferroviária federal pela União Federal e se mantenha sua estruturação em carreira, não resulta disso estarem os associados do requerente na posição de titulares de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionais que lhe ensejem legitimidade a requerer mandado de injunção (CF, ART. 5º, LXXI). (...) - destacamos.

Em harmonia com esse entendimento, a col. 2ª Turma deste TRF da 5ª Região, no julgamento da Apelação Cível nº 480.915/PE, da relatoria do em. Des. Fed. Convocado Manuel Maia, assim decidiu:

ADMINISTRATIVO. POLÍCIA RODOVIÁRIA (*sic*) FEDERAL. REGULAMENTAÇÃO LEGAL. **INEXISTÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DO ART. 144, § 3º, DA CRFB.** HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Ilegitimidade ativa *ad causam* da Associação Autora para pleitear o afastamento de todos os funcionários terceirizados da CBTU - Companhia Brasileira de Trens Urbanos do exercício de atividades inerentes à carreira da Polícia Rodoviária Federal.

2. A categoria da Polícia Ferroviária Federal, embora prevista pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 144, § 3º, ainda não foi regulamentada. Dessa forma, a associação recorrente não possui em seu quadro policiais ferroviários federais, tendo em vista a própria inexistência dos referidos cargos e carreira na Federação brasileira. Precedentes do STF.

3. Inexistindo condenação, de ser aplicado o § 4º do art. 20, que prevê sua fixação consoante apreciação equitativa do juiz. Considerando a complexidade e as circunstâncias do feito, atentando-se, ainda, para a atuação do profissional e as peculiaridades da causa, com base na razoabilidade e na proporcionalidade, reduz-se o valor dos honorários advocatícios para R\$ 1.000,00 (mil reais).

4. Apelação parcialmente provida.
(*DJe* 20.8.2010) - destacamos.

Na hipótese dos autos, considero que a decisão judicial que autoriza os substituídos processuais a exercer atividades típicas de polícias rodoviários federais, nas mesmas condições dos policiais do Departamento de Polícia Federal e do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, inclusive com o uso de arma de fogo, traduz clara agressão à ordem pública (em sua acepção administrativa), uma vez que representa o exercício, *per saltum*, da atividade administrativa.

Nesse contexto, malgrado o Magistrado insista em tratar os substituídos processuais como “policiais ferroviários

federais, apesar da ausência de medidas administrativas que assim os considere” (fl. 43), resulta inegável, à vista do exposto, que o cargo em questão, juridicamente, ainda não existe em nossa federação.

É certo que a Lei nº 10.684/2003, em seu art. 29, § 8º (com a redação conferida pela Lei 12.462/2011) expressamente estatui que os profissionais oriundos do grupo Rede “que estavam em exercício em 11 de dezembro de 1990, passam a integrar o Departamento de Polícia Ferroviária Federal do Ministério da Justiça”. Nada obstante, essa incorporação, por óbvio, não pode ter lugar antes da criação e estruturação do próprio departamento, segundo a conveniência e oportunidade próprias da atividade administrativa.

Admitir-se uma decisão nesses moldes representaria a chancela a uma manifesta ingerência do Poder Judiciário na ordem administrativa, em rota de colisão com o princípio constitucional da separação dos poderes da República, retirando do Poder Executivo a discricionariedade no manejo de seu orçamento, além da prerrogativa de dispor sobre o funcionamento e a organização da administração federal.

Além disso, como bem ressaltado no requerimento de suspensão, a incorporação e absorção de centenas de trabalhadores vinculados às empresas do antigo grupo Rede a um órgão público ainda em fase de implemento demanda “uma complexa análise de necessidade, proporcionalidade, disponibilidade orçamentária e eficiência, não podendo ser objeto de valoração pelo Poder Judiciário” (fl. 15).

Outro ponto oportunamente ressaltado pela AGU diz respeito ao perigo de se ter um sem-número de indivíduos autorizados a andar armados, com poder de polícia, em contato direto com a população usuária do serviço público ferroviário, como consequência, ainda uma vez, da decisão judicial ora em discussão, quando sequer possuem habilitação para tanto.

Nessa quadra, penso que, ao pretender compelir a União e a CBTU a garantirem, no prazo de 60 (sessenta) dias, o exercício, pelos substituídos processuais, da atividade de policiamento ostensivo ferroviário federal, o Magistrado está

substituindo, por seus próprios critérios de escolha, as opções legítimas que devem ser feitas, a seu tempo, pelo Poder Executivo Federal, com base em razões de oportunidade e conveniência.

Por último, impende observar que, nada obstante seja factível a suspensão dos efeitos da liminar atacada, “até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal” (art. 4º, § 9º, da Lei 8.437/92), não vejo espaço para que “seja mantida a suspensão da Ação Civil Pública nº 0006489-96.2006.4.05.830 até o julgamento da ADI nº 4.708”, conforme pretende a requerente (fl. 15).

É que a continuidade daquela ação civil pública – que se encontrava suspensa há longa data – não foi determinada por conduto da liminar ora questionada, mas em decisão apartada. Ademais, as razões que levaram o douto Juiz Federal a dar prosseguimento ao feito são de ordem puramente processual, não se confundindo, por conseguinte, com a extensa fundamentação que ensejou a tutela de urgência aqui combatida. Não bastasse, a ora requerente não se deu ao trabalho de demonstrar como poderia o simples trâmite daquela demanda proposta pelo MPF, por si só, acarretar algum risco à ordem pública.

Assim, DEFIRO, com supedâneo no art. 4º, § 8º, da Lei nº 8.437/92, o pedido de suspensão da liminar concedida pelo Juízo da 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, nos autos da Ação Civil Pública nº 0006489-96.2006.4.05.8300, até o trânsito em julgado da sentença a ser ali proferida.

Comunique-se com urgência o inteiro teor deste *decisum* ao nobre Juízo prolator da decisão vergastada.

(...).

Adoto como razões de decidir os mesmos fundamentos expostos no ato judicial suso transcrito. É que os argumentos lançados pelo Ministério Público Federal no recurso de fls. 302/338 não trazem qualquer elemento novo de convicção que justifique a mudança de orientação adotada por ocasião do exame da Suspensão de Liminar.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 22.115-CE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL NILIANE MEIRA LIMA (CONVOCADA)
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelada: FUNDAÇÃO NÚCLEO DE TECNOLOGIA INDUSTRIAL DO ESTADO DO CEARÁ
Advs./Procs.: DRS. CROACI AGUIAR E OUTRO

EMENTA: TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS - IMPORTAÇÃO. COFINS - IMPORTAÇÃO. FUNDAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL. DIREITO À ISENÇÃO DECORRENTE DA IMUNIDADE CONSTITUCIONAL À TRIBUTAÇÃO DO IPI. DEMONSTRAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE SIMILAR NACIONAL. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS.

- Trata-se de remessa oficial e de apelação cível contra sentença que, em síntese, julgou procedente o pedido, declarando o direito da Fundação Pública NUTEC à isenção das contribuições para o PIS/PASEP - Importação e COFINS - Importação, confirmando os efeitos da tutela antecipada referente à suspensão da exigibilidade dos créditos fiscais atinentes ao caso, além das restrições fiscais, promovendo o desembaraço aduaneiro das mercadorias descritas nas LI números 10/1031364-3 e 10/1031363-5.

- 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.

- Sendo a parte autora fundação de direito público instituída e mantida pelo Governo do Estado do Ceará, com vínculo à Secretaria de Ciência, Tecnologia e Educação, é titular da imunidade a

que se refere o art. 150, VI, alínea a, da CF/88, quanto aos impostos. De consequência, também goza a parte autora de isenção de PIS e COFINS - Importação, em razão do disposto na Lei n° 10.865/2001 (art. 9º, parágrafo 1º), na medida em que as mercadorias objeto da importação referida na inicial se destinam a atender às suas finalidades específicas.

- Mesmo se assim não fosse, a exigência de comprovação de ausência de similaridade das mercadorias com produto nacional resta perfeitamente atendida pelo atestado da ABINEE (fls. 96/97).

- Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELREEX 22.115-CE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 6 de junho de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL NILIANE MEIRA LIMA - Relatora Convocada

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL NILIANE MEIRA LIMA (Convocada):

1. Trata-se de remessa oficial e de apelação cível contra sentença (fls. 160/173) que, em síntese, julgou procedente o pedido, declarando o direito da Fundação Pública NUTEC à isenção das contribuições para o PIS/PASEP - Importação e COFINS - Importação; honorários fixados em R\$ 1.000,00.

2. A Fazenda Nacional, em suas razões de apelação (fls. 181/187), defende: a) a imediata suspensão da antecipação da tutela

concedida; b) que não foram preenchidos os requisitos para concessão da isenção fiscal aduaneira, afrontando-se os dispositivos legais, quais sejam: Decreto nº 6.759/09 (Regulamento Aduaneiro), Lei nº 8.032/90, Lei nº 8.402/92 e Lei nº 10.865/04; c) por fim, reforme-se *in totum* a sentença monocrática, dando provimento ao recurso apelativo.

3. Contrarrazões de fls. 191/193.

4. É o relatório.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL NILIANE MEIRA LIMA (Relatora Convocada):

1. A sentença recorrida não merece reparos. Trago, aqui, a fundamentação da mesma como motivação deste voto¹, na medida em que o MM. Juiz *a quo* demonstrou, com propriedade, que se deve promover o desembaraço das mercadorias descritas nas LI números 10/1031364-3 e 10/1031363-5, bem como declarar o direito da autora/apelada à isenção fiscal da obrigação tributária de recolhimento da contribuição PIS/PASEP - Importação e COFINS - Importação:

2. “SENTENÇA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO DE BENS. TRIBUTAÇÃO ATINENTE À CONTRIBUIÇÃO P/O PIS/PASEP E À COFINS. FUNDAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO INSTITUÍDA E MANTIDA PELO ESTADO DO CEARÁ. FINALIDADE TECNOLÓGICA E CIENTÍFICA. IMUNIDADE QUANTO AO IMPOSTO SOBRE PRO-

¹ Sobre a adoção da técnica, v. decisão do e. STF no julgamento do AI 852.520 (AgREd). Impende registrar, 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)

DUTOS INDUSTRIALIZADOS (IPI). ART. 150, VI, A, DA CF/1988. ISENÇÃO RELATIVA ÀS REFERIDAS CONTRIBUIÇÕES. ART. 9º, I, A, DA LEI Nº 10.865/2004. APREENSÃO DE MERCADORIAS IMPORTADAS. ATIVIDADE-FIM. ILEGALIDADE DA APREENSÃO. ENUNCIADOS NºS 70, 323 E 547 DA SÚMULA DO STF. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.

I. A imunidade tributária recíproca estatuída no art. 150, VI, a, e § 2º, da CF/1988, que nada mais é do que uma hipótese de não incidência constitucionalmente qualificada, justifica, na forma do art. 9º, I, a, e § 1º, da Lei nº 10.865/2004, a não tributação de Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS sobre a importação de bens em prol de fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, desde que as mercadorias importadas estejam vinculadas a suas finalidades essenciais ou sejam delas decorrentes.

II. Na espécie, cuida-se o NUTEC de fundação pública de direito público, instituída e mantida pelo Estado do Ceará e vinculada à sua Secretaria da Ciência, Tecnologia e Educação, em relação à qual se aplica o regime jurídico-tributário das autarquias, com todas as prerrogativas pertinentes. O objetivo almejado pela Fundação, ao importar os equipamentos epigrafados, não é, em princípio, a exploração da atividade econômica, com lucro ou especulação, mas, sim, a prestação de serviços à comunidade, realizando pesquisas científicas e tecnológicas na área de preservação do meio ambiente, vinculando, desta forma, o bem adquirido à sua finalidade essencial de certificar processos, produtos e serviços; prestar serviços tecnológicos; promover a inovação e a pesquisa tecnológica, bem como realizar o controle de qualidade das obras do Estado do Ceará. Ressalte-se o fato de que há fortes indícios de que o bem deverá ser incorporado ao patrimônio imobilizado da Fundação, fato não questionado pela União Federal. Nessa esteira, referida imunidade constitucional, que nada mais é do que uma não incidência constitucionalmente qualificada, é perfeitamente extensível à parte autora, por se tratar de importação de mercadorias por fundação pública de direito público destinadas ao seu uso próprio, para atender às suas finalidades essenciais. Justifica-se, na forma do art. 9º, I, a, e § 1º, da Lei nº 10.865/2004, a não tributação de Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS sobre a importação de bens em prol da NUTEC.

III. É inconstitucional a apreensão ou retenção de mercadorias como meio coercitivo de pagamento de tributos, uma vez que as autoridades fiscais dispõem de meios legais, juridicamente legítimos, postos à sua disposição para compelir o contribuinte ao adimplemento de suas obrigações tributárias. Inteligências dos Enunciados nºs 70, 323 e 547 da Súmula do STF.

IV. Procedência do pedido. Concessão da tutela antecipada.

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de pretensão cognitiva, sequenciada sob rito ordinário, ajuizada pela Fundação Núcleo de Tecnologia Industrial do Estado do Ceará (NUTEC), pessoa jurídica de direito público devidamente qualificada e representada nos autos, em face da União Federal, colimando a concessão de tutela jurisdicional que declare sua isenção quanto à obrigação tributária de recolhimento de Contribuição p/ o PIS/PASEP - Importação e COFINS - Importação, viabilizando, ademais, o desembaraço aduaneiro das mercadorias discriminadas nas LI's nºs 10/1031364-3 e 10/1031363-5, independentemente da incidência da tributação ora questionada.

2. Nessa contextura, a autora requereu, ademais, a concessão *initio litis et inaudita altera pars* de tutela jurisdicional de urgência que suspenda a cobrança de Contribuição p/ o PIS/PASEP - Importação e de COFINS - Importação incidente sobre a operação de importação das mercadorias descritas nas aludidas LI's, assegurando-lhe, por conseguinte, a liberação imediata dos referidos bens importados, desembaraçados no Aeroporto Internacional Pinto Martins, independentemente da comprovação do recolhimento dos referidos tributos.

3. Em prol de sua pretensão, sustentou, em suma, que: (1) existe a necessidade urgente de liberação dos equipamentos importados (Espectrômetro de Massa, modelo ITQ 1100, marca Thermo Electron, Ref: 120420112L; Biblioteca NIST 05, com mais de 190.825 espectros de massa. Sistema de dados composto de microcomputador, monitor 17"LCD, teclado e mouse, Ref 120020-0001; Cromatógrafo a gás, modelo Tace GC Ultra, marca Thermo Electron, Ref: T100, acompanha SERIAL nº 320080596; Amos-

trador automático de líquidos e de headspace, modelo Tri-Plus DUO, Ref: TPDUO - SERTIAL nº 20103637; e Injetor capilar Split/Splitless. Ref: T207T302), para fins de detecção de substâncias contaminantes em recursos hídricos, tais como metais “pesados” (Chumbo, Cobre, Mercúrio e Arsênio), além de vários outros metais, bem como para a realização de pesquisas científicas e tecnológicas na área de preservação do meio ambiente; (2) por se tratar de uma fundação pública, instituída e mantida pelo Estado do Ceará e vinculada à Secretaria da Ciência, Tecnologia e Educação Superior, dedicando-se, ademais, entre outras atribuições, à de prestar serviços públicos na área de tecnologia, nos termos dos arts. 6º, II, 2.2.6, e 79, VII, da Lei Estadual nº 13.875/2007, é isenta da tributação relativa à Contribuição p/ o PIS/PASEP - Importação e à COFINS - Importação, tanto que já realizara diversas importações sem o recolhimento dos referidos tributos, tendo a própria Receita Federal atestado sua isenção; (3) o art. 9º, I, a, e § 1º, da Lei nº 10.865/2004, bem como o Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 20/2002 prevêm, expressamente, a possibilidade de isenção em seu favor; e (4) segundo a ABINEE (Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica), não existe similaridade em produto nacional do bem importado no caso vertente.

4. Instruem a peça inaugural os documentos de fls. 23-114.

5. Em absoluto obséquio às garantias constitucionais fundamentais do contraditório e da ampla defesa, restou diferido o exame da tutela emergencial vindicada para momento processual subsequente à manifestação da União a respeito, consoante consignado no despacho de fls. 117-118.

6. Inconformada com o teor do referido despacho, a parte autora interpôs, perante o eg. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o AGTR nº 119.695-CE (0014533-02.2011.4.05.0000), no qual logrou obter decisão monocrática do em. Relator, Desembargador Federal Dr. Manoel de Oliveira Erhardt, no sentido de ser abreviado para 72 (setenta e duas) horas o prazo para a manifestação da União.

7. A União colacionou, por sua vez, a peça defensiva de fls. 141-145, na qual impugnou o pedido de antecipação

de tutela e apresentou contestação, requerendo a denegação dos pleitos emergencial e meritório deduzidos.

8. Vieram-me os autos conclusos.

9. Eis o breve relatório a respeito dos atos processuais que merecem maior relevo neste estágio processual. Passo, então, doravante, a deliberar.

II. FUNDAMENTAÇÃO

DAS CONSIDERAÇÕES PROCESSUAIS INAUGURAIS

10. De início, ressalto que, compulsando minuciosamente estes autos, constatei que, apesar de o exame da questão de mérito contemplar reflexões ponderadas acerca de aspectos fáticos e jurídicos, o processo epigrafado comporta julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, inc. I, do CPC, desvelando, dessarte, a possibilidade de conhecimento direto do pedido e a desnecessidade da prévia prolação de despacho saneador, da produção de prova pericial, da coleta de provas orais em audiência ou da realização de novas diligências probatórias.

11. Nessa toada, inspirando-me nos princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz, consagrados respectivamente nos arts. 130 e 131, ambos do CPC, assim como sopesando a necessidade, ou não, de maior instrução processual, rejeito as diligências probatórias porventura requestadas, por entendê-las inúteis e desnecessárias para o desate do dissídio.

12. Reconhecendo, ao seu turno, a plena satisfação das condições de acionamento judiciário e dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular da instância, e não tendo sido, ademais, suscitados quaisquer questionamentos preliminares ou prejudiciais, tendo-se, ainda, conferido regular observância à liturgia processual demandada pelas garantias constitucionais fundamentais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, passo a discorrer diretamente sobre o *thema decidendum*.

DO MÉRITO

13. Cabe averiguar a existência, ou não, de vinculação jurídico-tributária que, no caso, legitime a cobrança de Contribuição p/ o PIS/PASEP - Importação e de COFINS - Importação sobre a(s) operação(ões) de importação de

mercadoria(s) epigrafada(s), realizada(s) pela Fundação Núcleo de Tecnologia Industrial do Estado do Ceará (NUTECH), pessoa jurídica de direito público. Trata-se, no fundo, de se perquirir se a referida Fundação Pública é, em rigor, isenta do pagamento das referidas contribuições incidentes sobre a importação de bens.

14. De início, torna-se necessário esclarecer que a Fundação Núcleo de Tecnologia Industrial do Estado do Ceará (NUTECH) é pessoa jurídica de direito público, operando como fundação pública instituída e mantida pelo Estado do Ceará, conforme se infere da Lei Estadual nº 13.875, de 07 de fevereiro de 2007, *in verbis*:

Art.6º O Poder Executivo do Estado do Ceará terá a seguinte estrutura organizacional básica:

(...)

II - ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

(...)

2. FUNDAÇÕES:

(...)

2.2. Vinculada à Secretaria da Ciência, Tecnologia e Educação

2.2.6. Fundação Núcleo de Tecnologia Industrial do Ceará - NUTECH;

(...)

Art. 79. São as seguintes as Fundações Públicas do Estado do Ceará, que têm suas estruturas e competências definidas em Leis e Regulamentos próprios:

(...)

VII - Fundação Núcleo de Tecnologia Industrial do Ceará - NUTECH, tem por finalidade certificar processos, produtos e serviços; prestar serviços tecnológicos; promover a inovação e a pesquisa tecnológica, bem como realizar o controle de qualidade das obras do Estado.

15. Trata-se, pois, de fundação pública vinculada à Secretaria da Ciência, Tecnologia e Educação do Estado do Ceará e que tem por finalidade certificar processos, produ-

tos e serviços; prestar serviços tecnológicos; promover a inovação e a pesquisa tecnológica, bem como realizar o controle de qualidade das obras do Estado.

16. Demais disso, a NUTEC detém personalidade jurídica de direito público, sendo, ademais, qualificada como agência executiva, nos termos das Leis Estaduais nºs 10.213/1978, 13.297/2003, 13.300/2003 e 13.875/2007, bem como dos Decretos Estaduais nºs 13.017/1978, 28.206/2006, 28.674/2007 e 29.206/2008.

17. Noutro giro, a Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004, resultante da conversão da MP nº 164, de 29 de janeiro de 2004, que dispõe sobre a Contribuição para o PIS/ PASEP e a COFINS incidentes sobre a importação de bens e serviços é expressa nos seguintes termos:

“Art. 1º Ficam instituídas a Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público incidente na Importação de Produtos Estrangeiros ou Serviços - PIS/PASEP-Importação e a Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social devida pelo Importador de Bens Estrangeiros ou Serviços do Exterior - COFINS - Importação, com base nos arts. 149, § 2º, inciso II, e 195, inciso IV, da Constituição Federal, observado o disposto no seu art. 195, § 6º.

(...)

Art. 9º São isentas das contribuições de que trata o art. 1º desta Lei:

I - as importações realizadas:

a) pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo poder público;

(...)

§ 1º As isenções de que tratam os incisos I e II deste artigo somente serão concedidas se satisfeitos os requisitos e condições exigidos para o reconhecimento de isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI.”

18. Dessume, portanto, dessas predicções normativas que as importações realizadas por fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público são isentas de Contribuição

p/ o PIS/PASEP - Importação e de COFINS - Importação quando satisfeitos os requisitos e condições exigidos para o reconhecimento de isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

19. A propósito, é mister ressaltar que o § 1º do art. 9º da Lei nº 10.865/2004 não discrimina quais são os “requisitos e condições” exigidos para o reconhecimento de isenção do IPI, visto que, segundo penso, almeja simplesmente excluir da tributação relativa à Contribuição p/ o PIS/PASEP - Importação e à COFINS - Importação as entidades que também já forem excluídas da cobrança de IPI, estabelecendo, assim, no que tange às operações de importação de bens, um regime paritário de tratamento tributário.

20. À semelhança das isenções, as imunidades constituem espécies de não-incidência tributária. São, contudo, hipóteses especiais ou qualificadas de não-incidência, visto que radicadas em normas constitucionais imunizantes, vale dizer, em regras desonerativas de máxima expressão normativa, que não promovem apenas a exclusão da obrigação tributária, mas, sim, a supressão da própria competência impositiva ou do poder de tributar.

21. A respeito da interpretação a ser conferida a disposições constitucionais imunizantes, preciosa é a seguinte lição do Professor Ives Gandra da Silva Martins:

A imunidade é o mais relevante dos institutos desonerativos. Corresponde à vedação total ao poder de tributar. A imunidade cria área colocada, constitucionalmente, fora do alcance impositivo, por intenção do constituinte, área necessariamente de salvaguarda absoluta para os contribuintes nela hospedados. A relevância é de tal ordem que a jurisprudência tem entendido ser impossível a adoção de interpretação restritiva a seus comandos legais, sendo obrigatoriamente, a exegese de seus dispositivos ampla. (...) Na imunidade não há nem o nascimento da obrigação fiscal, nem o conseqüente crédito, em face de sua substância fática estar colocada fora do campo de atuação dos poderes tributantes, por imposição constitucional. Independente, portanto, das vontades legislativas das competências outorgadas pela Lei Maior.

22. Considerando que, sob essa perspectiva, se deve imprimir interpretação ampliativa aos dispositivos constitu-

cionais imunizantes, que figuram como autênticas garantias fundamentais dos contribuintes em face do poder de tributar do Estado, penso que operações de importação promovidas por fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público que sejam imunes à incidência de IPI também legitimam o reconhecimento da isenção da Contribuição p/ o PIS/PASEP - Importação e de COFINS - Importação, na forma do art. 9º, I, a, da Lei nº 10.865/2004, desde que sejam observados os requisitos constitucionais para tanto. Com efeito, se atendidos os requisitos constitucionais pertinentes, referidas fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público fazem jus ao regime qualificado ou especial de não incidência tributária de determinada exação fiscal, não me soa razoável que sejam prescritos, pela legislação infraconstitucional, requisitos mais gravosos do que os requisitos constitucionais para que referidas entidades possam gozar de benesses fiscais porventura associadas à não incidência desse mesmo tributo, tais como nos casos de normas de cunho isentivo.

23. Pois bem! Ao dispor sobre as limitações constitucionais do poder tributante, o art. 150, inciso VI, alínea a, da Carta Magna predica a cognominada imunidade recíproca, consubstanciada na vedação expressa à instituição de imposto sobre o patrimônio, a renda e os serviços das pessoas jurídicas de direito público interno. Referida norma constitucional é, por sua vez, extensível às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, a teor do que estatui o art. 150, § 2º, da Lei Fundamental, no que se refere aos bens, rendas e serviços vinculados à consecução de suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. De fato, a dicção literal dos aludidos dispositivos constitucionais é a seguinte:

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:

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.

24. A não incidência do IPI por força das referidas normas constitucionais imunizantes aplica-se em prol das fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público inclusive em relação às operações de importação de produtos industrializados, desde que os bens importados estejam vinculados a suas finalidades essenciais ou sejam delas decorrentes, conforme, aliás, deflui do Ato Declaratório Interpretativo nº 20, de 05 de novembro de 2002, da Secretaria da Receita Federal, o qual, doravante, transcrevo:

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do art. 209 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria MF nº 259, de 24 de agosto de 2001, e tendo em vista o disposto no Parecer PGFN/CAT nº 748, de 12 de maio de 2000, e conforme consta do Processo nº 10168.003634/2002-35, declara:

Artigo único. A vedação de instituir impostos de que trata a alínea a do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal (CF) aplica-se às importações realizadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, não sendo exigível o imposto de importação e o imposto sobre produtos industrializados nessas operações.

Parágrafo único. O disposto neste artigo estende-se às importações realizadas por autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo poder público, desde que os bens importados estejam vinculados a suas finalidades essenciais ou sejam delas decorrentes, nos termos do § 2º do art. 150 da CF.

25. Cabe pontuar que, apreciando a questão da imunidade prevista no art. 150 da Constituição Brasileira, entendeu o Supremo Tribunal Federal (STF) ser ela extensível ao Imposto de Importação (II) e ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), quando a mercadoria importada for utilizada na atividade-fim da entidade de assistência social. Conquanto a análise do Pretório Excelso tenha sido feita

em relação às entidades assistenciais, resta intuitivo que também se aplica em relação à imunidade recíproca dos entes públicos disciplinada no art. 150, VI, a, da Lei Magna.

26. Nesse sentido, confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS E IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. A imunidade prevista no artigo 150, VI, c, da Constituição Federal, em favor das instituições de assistência social, abrange o Imposto de Importação e o Imposto sobre Produtos Industrializados, que incidem sobre bens a serem utilizados na prestação de seus serviços específicos. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AI 378.454 AgR, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 15/10/2002, DJ de 29-11-2002, PP-00031 EMENT VOL-02093-08, PP-01640)

27. No plano infraconstitucional, os arts. 9º, V, a, e 12 da Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário Nacional - CTN), que precederam o advento da Constituição e foram por ela recepcionados, já prescreviam hipótese idêntica de não incidência tributária, conforme as predicções normativas a seguir:

Art. 9º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

IV - cobrar imposto sobre:

a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros;

(...)

Art. 12. O disposto na alínea a do inciso IV do art. 9º, observado o disposto nos seus §§ 1º e 2º, é extensivo às autarquias criadas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal, ou pelos Municípios, tão somente no que se refere ao patrimônio, à renda ou aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais, ou delas decorrentes.

28. Diante desse particular esquadro normativo, composto tanto por normas constitucionais quanto infraconstitucio-

nais, sobressai a conclusão de que, para que fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público gozem da referida imunidade tributária relativa ao IPI, necessário se faz que seja satisfeito um só requisito, qual seja: que os bens importados estejam vinculados a suas finalidades essenciais ou sejam delas decorrentes.

29. Nessa esteira, referida imunidade tributária, que nada mais é do que uma hipótese de não incidência constitucionalmente qualificada, justifica, na forma do art. 9º, I, a, e § 1º, da Lei nº 10.865/2004, a não tributação de Contribuição para o PIS/ PASEP e de COFINS sobre a importação de bens em prol de fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, desde que as mercadorias importadas estejam vinculados a suas finalidades essenciais ou sejam delas decorrentes. Deveras, se, para o gozo da imunidade, que veda peremptoriamente o exercício do poder de tributar, basta a satisfação desse requisito constitucional, não se legitima, numa visão global do sistema tributário, que se afaste, em desfavor de fundação instituída e mantida pelo Poder Público, mormente de caráter técnico-científico, a possibilidade de fruição da benesse fiscal relativa à não tributação de Contribuição para o PIS/ PASEP e de COFINS com base na exigência de requisitos outros mais austeros do que aquele prescrito pelo Legislador Constituinte. A esse respeito, vale notar que, ante o estatuído não só no art. 150, VI, a, e § 2º, da CF/1988, mas também nos arts. 9º, V, a, e 12 do CTN, não se legitima, segundo a linha de raciocínio ora encampada, a evocação do disposto nos arts. 150, § 6º, da CF/1988 e do art. 111, II, do CTN para afastar referido entendimento.

30. Feitas essas considerações inaugurais, constato que o NUTEC satisfaz todos os requisitos jurídicos necessários à concessão da isenção pleiteada, não se sujeitando à obrigação de recolhimento de Contribuição p/ o PIS/PASEP e de COFINS incidentes sobre a importação dos bens. Senão vejamos!

31. Como precedentemente aduzido, cuida-se de fundação pública de direito público, instituída e mantida pelo Estado do Ceará e vinculada à sua Secretaria da Ciência, Tecnologia e Educação, em relação à qual se aplica o regime jurídico-tributário das autarquias, com todas as prer-

rogativas pertinentes. O objetivo almejado pela Fundação, ao importar o(s) referido(s) equipamento(s) (Espectrômetro de Massa, modelo ITQ 1100, marca Thermo Electron, Ref: 120420112L; Biblioteca NIST 05 com mais de 190.825 espectros de massa. Sistema de dados composto de microcomputador, monitor 17"LCD, teclado e mouse. Ref: 120020-0001; Cromatógrafo a gás, modelo Tace GC Ultra, marca Thermo Electron, Ref: T100, acompanha SERIAL nº 320080596; Amostrador automático de líquidos e de headspace, modelo TriPlus DUO Ref: TPDUO - SERIAL nº 20103637; e Injetor capilar Split/Splitless, Ref: T207T302), não é, em princípio, a exploração da atividade econômica, com lucro ou especulação, mas, sim, a prestação de serviços à comunidade, realizando pesquisas científicas e tecnológicas na área de preservação do meio ambiente, vinculando, desta forma, o bem adquirido à sua finalidade essencial de certificar processos, produtos e serviços; prestar serviços tecnológicos; promover a inovação e a pesquisa tecnológica, bem como realizar o controle de qualidade das obras do Estado do Ceará. Ressalte-se o fato de que há fortes indicativos de que o bem deverá ser incorporado ao patrimônio imobilizado da Fundação, fato não questionado pela União Federal. Nessa esteira, referida imunidade constitucional, que nada mais é do que uma não incidência constitucionalmente qualificada, é perfeitamente extensível à parte autora, por se tratar de importação de mercadorias por fundação pública de direito público destinadas ao seu uso próprio, para atender às suas finalidades essenciais.

32. Ressalto, ademais, que, na contestação de fls. 141-145, o cerne da tese defensiva encampada pela União gravita, sobretudo, em torno da questão referente à não comprovação da satisfação do requisito legal atinente à inexistência de similaridade dos bens importados com produtos de origem nacional. Evoca, para tanto, disposições normativas do Decreto nº 6.759/2009 (Regulamento Aduaneiro) e das Leis nºs 8.032/1990, 8.402/1992 e 10.865/2004, bem como se insurge em face do atestado da ABINEE (Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica) que dormita à fls. 96-97, aduzindo, nesse ponto, que a competência para atestar a ausência de similaridade incumbe à Secretaria de Comércio Exterior.

33. Sem embargo, não bastassem os argumentos há pouco declinados, que autorizam, de *per sí*, o reconhecimento do direito às benesses fiscais do art. 9º, I, a, e § 1º, da Lei nº 10.865/2004 em favor da NUTEC, o documento expedido pela ABINEE, que é uma sociedade civil sem fins lucrativos que representa os setores elétrico e eletrônico de todo o Brasil, reveste-se, sim, a meu sentir, da presumida idoneidade necessária à razoável comprovação de que, dentro do seu prazo de validade, inexistia fabricante nacional de produtos similares aos que foram importados. Destaco, outrossim, que a União não coligiu nenhuma contraprova que afastasse, ainda que minimamente, a idoneidade probatória do aludido documento, não se justificando, dessarte, a acolhida de suas alegações nesse tocante. Nesse sentido, a constatação desses fatos, corroborada com a documentação acostada aos autos pela parte autora, somente reforça o direito à isenção pleiteada.

34. Em abono ao entendimento adotado nesta sentença, transcrevo adiante ilustrativa ementa colhida no recente magistério jurisprudencial do eg. Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. IMUNIDADE QUANTO AO IPI E IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. ART. 150, VI, A, DA CF/88. ISENÇÃO. PIS E COFINS - IMPORTAÇÃO. ART. 9º, I, A, DA LEI Nº 10.865/2004. AUTARQUIA ESTADUAL. APREENSÃO DE MERCADORIAS IMPORTADAS. ATIVIDADE-FIM. DESEMBARRAÇO IMPEDIDO.

1. A Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais – Autarquia estadual – goza de imunidade do Imposto de Importação e IPI sobre equipamento de impressão utilizado na sua atividade-fim (art. 150, inciso VI, alínea a, da CF/88) e de isenção quanto ao PIS e COFINS - Importação, nos termos do art. 9º, inciso I, alínea a, da Lei nº 10.865/2004.

2. Indevida a apreensão de referidas mercadorias, em face da isenção e imunidade que restam reconhecidas ao ente público estadual.

3. Remessa oficial a que se nega provimento.

(Reexame Necessário nº 2006.38.00.013783-9/MG, 8ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. Leomar Barros Amorim de Sousa, Rel. Convocado Cleberon José Rocha. j. 26.06.2009, unânime, *DJe* 24.07.2009).

35. Noutro quadrante, quanto ao pedido referente à liberação da(s) mercadoria(s) importada(s) independentemente do recolhimento das exações em alusão, entendo que é inconstitucional a apreensão ou retenção de mercadorias como meio coercitivo de pagamento de tributos, uma vez que as autoridades fiscais dispõem de meios legais, juridicamente legítimos, postos à sua disposição para compelir o contribuinte ao adimplemento de suas obrigações tributárias, inclusive a inscrição dos débitos na Dívida Ativa e a execução pela via judiciária.

36. Colimando exigir seus créditos, a Fazenda Pública deve, portanto, lançar mão das vias próprias, seja por meio de notificação do contribuinte ou de execução fiscal regulada pela Lei nº 6.380/1980, não podendo valer-se de outros meios transversos, tendentes a inviabilizar as atividades dos contribuintes, de forma a coagi-los ao recolhimento de tributos. Inexistindo autorização constitucional e legal para expedientes desse tipo, sua prática lesa os princípios da legalidade (art. 5º, inc. II, c/c art. 37, *caput*, da CF/1988) e do devido processo legal (*procedural due process of law*). A apreensão de mercadorias pela autoridade fiscal é possível, tão somente, enquanto necessário para avaliar-se a expressão tributária dos fatos geradores consumados ou das transgressões à legislação fiscal. Sua retenção, contudo, depois de lançado o crédito tributário pertinente ou lavrado o auto de infração, reveste-se de ilegalidade.

37. Demais disso, a utilização desproporcional do poder e o emprego arbitrário da força constituem formas abusivas de administrar, não toleradas pelo Direito pátrio. Em situações desse jaez, a medição criteriosa da juridicidade das condutas administrativas, inclusive na seara específica das relações de verticalidade jurídica estabelecidas entre o Fisco e os contribuintes, demanda criteriosa filtragem constitucional pautada pelos influxos jurídicos defluentes do princípio tridimensional da proporcionalidade e do princípio da razoabilidade.

38. A propósito, esclareço que o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) predica uma relação equilibrada de adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporção entre meios e fins (*Verhältnismässigkeit in eigenen Sinne*), para que se torne possível

um controle do excesso (*eine Übermasskontrolle*) e da insuficiência (*Untermasskontrolle*). Demais disso, o teste de razoabilidade (*reasonableness*) que se impõe à Administração nesses casos encontra referência constitucional na cláusula do *substantive due process of law* (art. 5º, inc. LVIII, da CF/1988), que gravita em torno da noção do razoável, do racional, somada a uma concepção de consenso social.

39. Vale salientar que, se sob o influxo da “Velha Hermenêutica” os princípios revestiam a feição de meras normas de conteúdo programático, despojadas de eficácia jurídica positiva ou aplicabilidade direta e imediata, e pairando sobre uma plataforma metafísica exterior à da normatividade, no contexto atual da escola de pensamento jurídico pós-positivista, em contraponto, os princípios, tais como os da legalidade, do devido processo legal, da proporcionalidade e da razoabilidade, encarnados nos textos constitucionais de modo expresso ou implícito, migraram para o centro nuclear do sistema jurídico, adquirindo hegemonia ético-axiológica e passando a figurar como fundamentos supremos e estruturantes de toda a pirâmide normativa, cada vez mais pluralista e dialética.

40. Não é, ademais, demasiado evocar, nesse tocante, as sábias palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, quando leciona que:

“Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”. Eis porque: “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.

41. Realmente, na moderna dogmática jurídica, com o reconhecimento da sua normatividade, os princípios encarnam a função social de traduzir os valores fundamentais do ordenamento e de garantir a unidade e a harmonia do Direito, além de condicionarem qualquer atividade interpretativa, delimitando o sentido e o alcance de todas as regras jurídicas. Os princípios, cuja ambiência natural é a Constituição, figuram, pois, como normas jurídicas qualificadas pelo máximo grau de juridicidade, razão pela qual se chega a falar em um Estado Principal ou Principlista, expressão tipificadora das profundas transformações pelas quais vem passando, na quadra histórica atual, o Estado Democrático de Direito. No atual paradigma pós-positivista e principiológico do Direito, a “Moderna Hermenêutica Constitucional”, reintroduzindo as idéias de justiça e de legitimidade no *ethos* jurídico, não mais comporta espaço para concepções alheias aos vetores axiológicos e finalistas irradiados da força normativa dos princípios, devendo toda exegese da legislação infraconstitucional ser feita sob o crivo da vetorialidade constitucional assentada na principiologia proclamada pela Carta Maior, que lhe revela a denominada “vontade da Constituição” (*Wille zur Verfassung*), na feliz expressão de Konrad Hesse.

42. Por sua vez, a apreensão de mercadorias pelo Fisco como instrumento de coação para arrecadação de tributos ofende igualmente o art. 150, inc. IV, da Constituição da República, caracterizando ato arbitrário e ilegal, por privar o contribuinte de seus bens (restrição indevida sobre o direito de propriedade) e da livre comercialização deles, ocorrência que fere direito constitucionalmente amparado e protegido.

43. No dizer do acatado mestre Hely Lopes Meireles, “os limites do poder de polícia administrativa são demarcados pelo interesse social em conciliação com os direitos fundamentais do indivíduo assegurados na Constituição da República (art. 5º)”.

44. Nessa linha de pensamento crítico, o col. Supremo Tribunal Federal editou as Súmulas nºs 70, 323 e 547, que assim dispõem:

“SÚMULA Nº 70 - É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.”

“SÚMULA Nº 323 - É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.”

“SÚMULA Nº 547 - Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.”

45. Do mesmo modo, pacífica tem sido a jurisprudência do TRF da 5ª Região, conforme ilação extraída dos seguintes excertos:

“É descabida a exigência de pagamento das exações em discussão como condição para a liberação das mercadorias apreendidas, pois a Fazenda Pública possui instrumentos eficazes para sua cobrança.”

“É de ser considerada ilegal a apreensão de mercadorias importadas como meio coercitivo ao pagamento de tributos, tendo o col. Supremo Tribunal Federal editado as Súmulas nºs 323 e 547.”

46. Igualmente: Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 66.124/01/PE (20050500050358701), 1ª Turma do TRF da 5ª Região, Rel. Cesar Carvalho, Rel. Designado Francisco Wildo. j. 19.01.2006, maioria, *DJU* 15.02.2006; Apelação em Mandado de Segurança nº 91.546/PE (2004.83.00.013028-4), 1ª Turma do TRF da 5ª Região, Rel. Des. Fed. Francisco Wildo. j. 01.09.2005, unânime, *DJU* 29.09.2005 Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 45.258/CE (200205000243497), 4ª Turma do TRF da 5ª Região, Rel. Des. Fed. Paulo Machado Cordeiro. j. 07.10.2003, unânime, *DJU* 06.04.2004; Agravo de Instrumento nº 57.547/PE (2004.05.00.024639-2), 1ª Turma do TRF da 5ª Região, Rel. Des. Fed. Ubaldo Ataíde Cavalcante. j. 01.09.2005, unânime, *DJU* 29.09.2005; Apelação em Mandado de Segurança nº 85.546/CE (200305000231013), 2ª Turma do TRF da 5ª Região, Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti. j. 04.11.2003, maioria, *DJU* 03.03.2004.

47. Em síntese, detém o Fisco meios próprios para a cobrança dos valores atinentes à Contribuição p/ o PIS/PASEP - Importação e à COFINS - Importação, não cabendo condicionar a ultimação do desembaraço aduaneiro e a liberação das mercadorias ao pagamento dessas exações.

DA TUTELA DE URGÊNCIA VINDICADA

(Deferimento)

48. Para a precipitação parcial ou total da eficácia da tutela nas ações cognitivas em geral, é imprescindível, via de regra, a conjugação dos pressupostos genéricos e específicos insertos na equação balizada pelo art. 273, *caput*, incisos I e II, e § 2º, do CPC, com as alterações decorrentes da Lei nº 8.952/1994, quais sejam: a verossimilhança da alegação lastreada em prova inequívoca e a reversibilidade do provimento requestado, conciliados, alternativamente, com o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou com o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

49. Predica, outrossim, o § 6º do art. 273 do CPC, acrescido pela Lei nº 10.444/2002, hipótese autônoma de deferimento da antecipação da tutela, independentemente da satisfação dos requisitos precitados, “quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

50. Particularmente no tocante às ações condenatórias que têm por objeto obrigação de fazer, de não fazer ou de entrega de coisa, exigem-se requisitos mais brandos para o adiamento da tutela específica, na forma dos arts. 461, § 3º, e 461-A, § 3º, ambos do CPC, com as modificações introduzidas pela Lei nº 8.952/1994 e Lei nº 10.444/2002, já que, para tanto, basta que reste decantada, nos autos, a relevância dos fundamentos da demanda, bem como o fundado receio de ineficácia do provimento final.

51. No bojo de processos sequenciados sob o rito ordinário, são, ainda, perfeitamente manejáveis, inicial ou incidentalmente, medidas emergenciais de feição cautelar, desde que satisfeitos os respectivos pressupostos preconizados no art. 798 do CPC, quais sejam, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, nos termos da fungibilidade instrumental encampada pelo art. 273, § 7º, do CPC, acrescido pela Lei nº 10.444/2002, na esteira do nominado movimento dogmático do “sincretismo processual”.

52. A par dessas asserções, a concessão de tutelas de urgência em face da Fazenda Pública encontra óbice nas disposições normativas dos arts. 1º e 2º-B da Lei nº 9.494/

1997, com redação dada pela MP nº 2.180-35/2001, 5º, *caput* e PU, e 7º da Lei nº 4.348/1964, 1º, *caput* e § 4º, da Lei nº 5.021/1966, 1º, 3º, e 4º da Lei nº 8.437/1992, que vedam a prolação de medidas judiciais desse jaez que esgotem, no todo ou em parte, o objeto da ação, bem como nos casos que importem compensação de créditos tributários ou previdenciários, liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, outorga ou adição de vencimentos, inclusive com o aumento ou a extensão de vantagens, e reclassificação funcional ou equiparação de servidores.

53. Na espécie, além de possivelmente não encontrar arrimo no § 6º do art. 273 do CPC, o pleito emergencial comunga da natureza antecipatória, e não cautelar, dado o seu matiz satisfativo, sendo inaplicável ao caso o regramento do § 7º do art. 273 do CPC. Demais disso, além de não se revestir de irreversibilidade material ou jurídica, o eventual deferimento do pedido não possui empecilho nos arts. 1º e 2º-B da Lei nº 9.494/1997, com redação dada pela MP nº 2.180-35/2001, 5º, *caput* e PU, e 7º da Lei nº 4.348/1964, 1º, *caput* e § 4º, da Lei nº 5.021/1966, 1º, 3º, e 4º da Lei nº 8.437/1992.

54. Por sua vez, tendo em vista as razões adunadas no tópico precedente, resta claro que restou devidamente caracterizado coeficiente expressivo de plausibilidade jurídica que legitima o reconhecimento da satisfação não só do requisito da relevância dos fundamentos da demanda ou da fumaça de bom direito, mas também da prova inequívoca da verossimilhança das alegações.

55. No que concerne ao requisito do *periculum in mora*, saliento que a denegação do pleito em quizila pode acarretar sérios prejuízos à Fundação, uma vez que, já tão pesadamente onerada pelos elevados custos financeiros necessários à aquisição do equipamento, poderá sofrer a cobrança de contribuições desprovidas de qualquer respaldo jurídico, em relação às quais goza de isenção fiscal. Medidas desse jaez podem, decerto, comprometer ou obstaculizar o regular desempenho de sua atividade de pesquisa e proteção do meio ambiente, do que sobressai o fundado receio de dano a justificar a concessão da medida requestada. Demais disso, à vista da exposição há pouco

feita, que indicia a possível ilegalidade da tributação ora questionada, não se justifica que a demandante tenha de se submeter à rígida cláusula *solve et repete* quanto a cobranças possivelmente indevidas. Acrescento o fato de que a mercadoria em questão constitui equipamento sofisticado, passível de sofrer danos advenientes das intempéries do tempo caso não seja devidamente acondicionada.

56. Hei, portanto, de deferir a tutela emergencial postulada, sobrestando, por conseguinte, a exigibilidade dos créditos fiscais porventura lançados em desfavor do NUTEC, a título de contribuição para o PIS/PASEP - Importação e COFINS - Importação, suspendendo-se a exigibilidade de créditos tributários, consoante o disposto no art. 151, V, do CTN.

III. DISPOSITIVO

57. Ante o exposto, num primeiro momento, DEFIRO A TUTELA JURISDICIONAL DE URGÊNCIA VINDICADA, para o efeito de suspender a exigibilidade dos créditos fiscais atinentes à Contribuição p/ o PIS/PASEP - Importação e à COFINS - Importação, compelindo, por conseguinte, a União Federal (Inspetor-Chefe da Alfândega do Aeroporto Internacional Pinto Martins, em Fortaleza-CE) a se abster de promover em desfavor da Fundação Núcleo de Tecnologia Industrial do Estado do Ceará (NUTEC) restrições fiscais com lastro nas referidas exações, liberando as mercadorias descritas nas LI's nºs 10/1031364-3 e 10/1031363-5, promovendo o pertinente desembaraço independente de tributação.

58. Na sequência, JULGO, NO MÉRITO, PROCEDENTE O PEDIDO, para confirmar os efeitos da tutela emergencial deferida, bem como para declarar, no tocante às operações de importação de bens referentes às LI's nºs 10/1031364-3 e 10/1031363-5, o direito da Fundação Núcleo de Tecnologia Industrial do Estado do Ceará (NUTEC) à isenção fiscal da obrigação tributária de recolhimento da Contribuição p/ o PIS/PASEP - Importação e da COFINS - Importação, nos termos do art. 9º, I, a, e § 1º, da Lei nº 10.865/2004, compelindo, por conseguinte, a União Federal a se abster de promover em desfavor da Fundação quaisquer restrições fiscais ou cobranças com lastro nas referidas exações.

59. Nos termos dos princípios da sucumbência e da causalidade processual, condeno a União Federal ao ressarcimento de honorários advocatícios no importe de R\$ 1.000,00 (mil reais), conforme preceitua o art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

60. P.R.I.

61. Sentença sujeita, em princípio, ao duplo grau de jurisdição necessário, ressalvada a possibilidade de os interessados comprovarem a existência de razões que porventura afastem a imprescindibilidade da remessa oficial, na forma dos permissivos do art. 475 do CPC.

62. Expeça-se ofício ao eg. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos do AGTR nº 119.695-CE (0014533-02.2011.4.05.0000), comunicando-lhe, com as formalidades e reverências de estilo, acerca do inteiro teor desta decisão.

3. Com efeito, os fundamentos expostos na sentença monocrática restam irretocáveis. Sendo a autora fundação de direito público instituída e mantida pelo Governo do Estado do Ceará, com vínculo com a Secretaria de Ciência, Tecnologia e Educação, é titular da imunidade a que se refere o art. 150, VI, alínea *a*, da CF/88, quanto aos impostos. De consequência, também goza a parte autora de isenção de PIS e COFINS - Importação, em razão do disposto na Lei nº 10.865/2001 (art. 9º, parágrafo 1º), na medida em que as mercadorias objeto da importação referida na inicial destinam-se a atender suas finalidades específicas.

4. Outrossim, mesmo se assim não fosse, a exigência de comprovação de ausência de similaridade das mercadorias com produto nacional resta perfeitamente atendida pelo atestado da ABI-NEE (fls. 96/97).

5. Pelas razões expostas, voto pelo improvimento da apelação e da remessa oficial.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 27.317-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelada: COOPERATIVA REGIONAL DE VENDEDORES - COOPERVENDAS
Advs./Procs.: DRS. PAULO DE TARSO DA COSTA SILVA E OUTRO (APDA.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. DESNECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DOS COMPROVANTES DE PAGAMENTO COM A INICIAL. APURAÇÃO DO QUANTUM DEBEATUR NA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. JULGAMENTO PELO STJ EM RECURSO REPETITIVO. PIS/COFINS. COOPERATIVAS. ISENÇÃO. MP 1.858-9 (ATUAL MP 2.158-35/2001). LEI 5.764/71. ATOS COOPERATIVOS VINCULADOS À ATIVIDADE BÁSICA DA ASSOCIAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA, INCLUSIVE SOBRE RENDIMENTOS DE APLICAÇÕES FINANCEIRAS. ART. 30 DA LEI 11.051/2004. ORIENTAÇÃO DA 1ª SEÇÃO DO STJ MAIS ABRANGENTE. VASTIDÃO DE PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EM VALOR ADEQUADO À CAUSA.

- A sentença julgou procedente pedido para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes quanto ao recolhimento do PIS e da COFINS sobre os atos cooperativos.

- O colendo STJ, em recurso repetitivo (REsp 1.111.003/PR), decidiu que “de acordo com a jurisprudência pacífica do STJ, em ação de repetição de indébito, no Município de Londrina, os documentos indispensáveis mencionados pelo art. 283 do CPC são aqueles hábeis a comprovar a legitimidade ativa ad causam do contribuinte que arcou com o pagamento indevido da exação.

Dessa forma, conclui-se desnecessária, para fins de reconhecer o direito alegado pelo autor, a juntada de todos os comprovantes de recolhimento do tributo, providência que deverá ser levada a termo, quando da apuração do montante que se pretende restituir, em sede de liquidação do título executivo judicial”.

- É vasta e pacífica a jurisprudência do STJ e desta Corte de que:

- o ato cooperativo típico, nos termos do art. 79, parágrafo único, da Lei nº 5.764/1971, não implica operação de mercado nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria, o que afasta a incidência do PIS e da COFINS sobre o resultado de tal atividade;

- as aplicações financeiras de cooperativa de crédito são isentas das referidas exações por se caracterizarem como atos cooperativos próprios. Inexiste sentido em tributarem-se as aplicações financeiras realizadas pelas cooperativas, fonte de sua atividade, para assim realizar as operações com os seus associados;

- em se tratando de cooperativas de crédito, toda a sua movimentação financeira, incluindo a captação de recursos, a realização de empréstimos aos cooperados, bem como a efetivação de aplicações financeiras no mercado, constitui ato cooperativo, não havendo incidência do PIS e da Cofins;

- a Lei nº 11.051/2004 reconheceu a impropriedade da exigência do PIS e da COFINS sobre o ato cooperativo do cooperativismo de crédito, cujo art. 30 estatui: “As sociedades cooperativas de crédito, na apuração dos valores devidos a título de Cofins e PIS - Faturamento, poderão excluir da base de cálculo os ingressos decorrentes do ato cooperativo, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 15 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e demais normas

relativas às cooperativas de produção agropecuária e de infraestrutura”.

- Não há incidência de PIS/COFINS sobre os atos cooperativos, e na real amplitude destes, ou seja, inclusive sobre rendimentos de aplicações financeiras.

- O valor arbitrado de R\$5.000,00 equivale a cerca de 9,6% do valor da causa, quantia essa que o Juiz a quo fixou em atenção aos critérios do art. 20, § 4º, do CPC, notadamente a natureza da causa e o trabalho desenvolvido pelo profissional. Verba honorária fixada em valor adequado à causa.

- Apelação e remessa oficial não providas.

ACÓRDÃO

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

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

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Cuida-se de apelação interposta contra sentença que julgou procedente pedido para declara a inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes quanto ao recolhimento do PIS e da COFINS sobre os atos cooperativos.

Na apelação, a recorrente alega a ausência de documentos indispensáveis, referentes aos recolhimentos ditos indevidos. Aduz que é devida a incidência do PIS sobre os atos cooperativos realizados pela apelada por serviços prestados a terceiros, atos esses

considerados não cooperativos. Pleiteia a diminuição da verba honorária.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Em exame apelação oposta contra sentença que julgou procedente pedido para declara a inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes quanto ao recolhimento do PIS e da COFINS sobre os atos cooperativos.

Na apelação, a recorrente alega a ausência de documentos indispensáveis, referentes aos recolhimentos ditos indevidos. Aduz que é devida a incidência do PIS sobre os atos cooperativos realizados pela apelada por serviços prestados a terceiros, atos esses considerados não cooperativos. Pleiteia a diminuição da verba honorária.

No que pertine à ausência de juntada de documentos, a questão foi examinada em definitivo pelo colendo STJ, ao se apreciar o REsp nº 1.111.003/PR, Rel. Min. Humberto Martins, 1ª Seção, DJe 25/05/2009, **decidido sob os auspícios do regime de recurso repetitivo**, decidiu:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. MUNICÍPIO DE LONDRINA. DESNECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE TODOS OS COMPROVANTES DE PAGAMENTO COM A INICIAL. APURAÇÃO DO *QUANTUM DEBEATUR* NA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA.

1. De acordo com a jurisprudência pacífica do STJ, em ação de repetição de indébito, no Município de Londrina, os documentos indispensáveis mencionados pelo art. 283 do CPC são aqueles hábeis a comprovar a legitimidade ativa *ad causam* do contribuinte que arcou com o pagamento indevido da exação. Dessa forma, conclui-se desnecessária, para fins de reconhecer o direito alegado pelo autor, a juntada de todos os comprovantes de recolhimento do tributo, providência que deverá ser levada a termo,

quando da apuração do montante que se pretende restituir, em sede de liquidação do título executivo judicial. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.
Recurso especial improvido.

Quanto ao mérito, a matéria em debate está plenamente pacificada, tanto no distinto STJ quanto nesta Corte Regional, conforme atestam os precedentes abaixo:

NO STJ:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. COFINS. COOPERATIVA MÉDICA. ATO NÃO COOPERATIVO. TERCEIROS NÃO ASSOCIADOS. EXIGIBILIDADE. ACÓRDÃO ASSENTADO EM MATÉRIA DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.

1. (...)

2. A jurisprudência assente do STJ é no sentido de que apenas os atos praticados nos termos encartados no art. 79 da Lei n. 5.764/71, ou seja, os tipicamente cooperativos, é que gozam do benefício da não incidência tributária. Nos demais casos, ou seja, nas operações/intermediações realizadas por sociedades cooperativas médicas a terceiros não cooperados ou não associados, a tributação é realizada normalmente.

3. (...)

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1322625/GO, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, *DJe* 25/10/2010)

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. COOPERATIVAS DE CRÉDITO. PIS. COFINS. DESCARACTERIZAÇÃO DE ATO COOPERATIVO PRÓPRIO. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ARTS. 458, II, E 535 DO CPC. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO AUSENTE: SÚMULA 211/STJ.

1. (...).

3. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça as aplicações financeiras de cooperativa de crédito são isentas do PIS e da COFINS por se caracterizarem como atos cooperativos próprios.

4. Inexiste sentido em tributarem-se as aplicações financeiras realizadas pelas cooperativas, fonte de sua atividade.

de, para assim realizar as operações com os seus associados.

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

(REsp 1.125.697/MG, Rel^a Min^a ELIANA CALMON, *DJe* 04/03/2010)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. COOPERATIVA DE CONSUMO. OPERAÇÃO DE VENDA DE BENS A TERCEIROS NÃO COOPERADOS. ATO MERCANTIL. CSLL. INCIDÊNCIA.

1. O ato cooperativo típico, nos termos do art. 79, parágrafo único, da Lei 5.764/1971, não implica operação de mercado nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria, o que afasta a incidência do PIS e da COFINS sobre o resultado de tal atividade.

2. A operação de venda de bens a terceiros por sociedade cooperativa de consumo se reveste de natureza mercantilista. O resultado positivo advindo dessa atividade, por conseguinte, submete-se à incidência da CSLL. Precedentes do STJ.

4. Agravo Regimental parcialmente provido.

(AgRg no REsp 653.489/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, *DJe* 24/09/2009)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. COFINS. ISENÇÃO. ATO COOPERADO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. PRECEDENTES.

1. Apenas sobre os atos cooperativos típicos, assim entendidos como aqueles praticados na forma do art. 79 da Lei 5.764/71 não ocorre a incidência de tributos, consoante a jurisprudência consolidada do STJ. (REsp 635.986/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2008, *DJe* 25/09/2008).

2. Agravo regimental provido.

(AgRg no REsp 645.261/MG, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, *DJe* 01/07/2009)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. SOCIEDADES COOPERATIVAS DE CRÉDITO. COFINS. ATOS COOPERATIVOS. NÃO INCIDÊNCIA.

1. O ato cooperativo típico, nos termos do art. 79, parágrafo único, da Lei 5.764/1971, não implica operação de mercado nem contrato de compra e venda de produto ou mer-

cadoria, o que afasta a incidência da Cofins sobre o resultado de tal atividade.

2. O STJ assentou o entendimento de que, em se tratando de cooperativas de crédito, toda a sua movimentação financeira, incluindo a captação de recursos, a realização de empréstimos aos cooperados, bem como a efetivação de aplicações financeiras no mercado, constitui ato cooperativo, não havendo incidência do PIS e da Cofins. Precedentes do STJ.

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 823207/MG, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, *DJe* 21/08/2009)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. COFINS/PIS. ISENÇÃO. COOPERATIVAS. MP Nº 1.858-9 (ATUAL MP Nº 2.158-35/2001). LC Nº 70/91. LEIS Nº 9.718/98 E 5.764/71. ATOS COOPERATIVOS VINCULADOS À ATIVIDADE BÁSICA DA ASSOCIAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA, INCLUSIVE SOBRE RENDIMENTOS DE APLICAÇÕES FINANCEIRAS. ART. 30 DA LEI Nº 11.051/2004. ORIENTAÇÃO DA 1ª SEÇÃO MAIS ABRANGENTE. PRECEDENTES. ART. 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718/98: INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. DESNECESSIDADE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA LEGAL PELO STJ. ANÁLISE DE VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Agravo regimental contra decisão que conheceu de agravo de instrumento para prover recurso especial, para que não incida a cobrança da COFINS e do PIS sobre os atos cooperativos das cooperativas de crédito, e na real amplitude destes, ou seja, inclusive sobre rendimentos de aplicações financeiras.

2. O acórdão *a quo* decidiu pela incidência da COFINS sobre os atos cooperativos da recorrente, em face das alterações promovidas pela Lei nº 9.718/98.

3. Este Relator, com base em vasta e pacífica jurisprudência do STJ, vinha entendendo que:

- a isenção prevista na Lei nº 5.764/71 só alcança os negócios jurídicos diretamente vinculados à finalidade básica da associação cooperativa, não sendo atos cooperativos, na essência, as aplicações financeiras em razão das sobras de caixa. A especulação financeira é fenômeno

autônomo que não pode ser confundido com atos negociais específicos e com finalidade de fomentar transações comerciais em regime de solidariedade, como são os efetuados pelas cooperativas. A transação financeira bancária, embora praticada por uma 'cooperativa', não se caracteriza como ato cooperativo. Este é, apenas, o concluído com os seus associados. A isenção tributária decorre expressamente de lei, não suportando interpretação extensiva, salvo situações excepcionais; - a LC nº 70/91, em seu art. 6º, I, isentou, expressamente, da contribuição da COFINS, as sociedades cooperativas, sem exigir nenhuma outra condição senão as decorrentes da natureza jurídica das mencionadas entidades. Em consequência da mensagem concessiva de isenção contida no aludido artigo, fixa-se o entendimento de que a interpretação do referido comando posto em lei complementar, consequentemente, com potencialidade hierárquica em patamar superior à legislação ordinária, revela que serão abrangidas pela isenção da COFINS as sociedades cooperativas. Outra condição não foi considerada pela referida LC para o gozo da isenção, especialmente, o tipo de regime tributário adotado para fins de incidência ou não do tributo. A LC não faz tal exigência, não cabendo ao intérprete criá-la. A revogação da isenção pela MP nº 1.858-9 fere o princípio da hierarquia das leis. Tal revogação só poderia ser veiculada por outra lei complementar. A isenção da COFINS é, exclusiva e unicamente, sobre os atos vinculados à atividade básica da cooperativa.

4. No entanto, no julgamento dos REspS nºs 616.219/MG e 591.298/MG, afetados à 1ª Seção, esta Corte Superior uniformizou posicionamento no sentido de que:

- "o ato cooperativo não gera faturamento para a sociedade. O resultado positivo decorrente desses atos pertence, proporcionalmente, a cada um dos cooperados. Inexiste, portanto, receita que possa ser titularizada pela cooperativa e, por consequência, não há base impositiva para o PIS. Já os atos não cooperativos geram faturamento à sociedade, devendo o resultado do exercício ser levado à conta específica para que possa servir de base à tributação (art. 87 da Lei nº 5.764/71);

- toda a movimentação financeira das cooperativas de crédito, incluindo a captação de recursos, a realização de empréstimos aos cooperados bem como a efetivação de

aplicações financeiras no mercado, constitui ato cooperativo, circunstância a impedir a incidência da contribuição ao PIS. Salvo previsão normativa em sentido contrário (art. 86, parágrafo único, da Lei nº 5.764/71), estão as cooperativas de crédito impedidas de realizar atividades com não associados;

- atualmente, por força do art. 23 da Resolução BACEN nº 3.106/2003, as cooperativas de crédito somente podem captar depósitos ou realizar empréstimos com associados. Assim, somente praticam atos cooperativos e, por consequência, não titularizam faturamento, afastando-se a incidência do PIS. A reunião em cooperativa não pode levar à exigência tributária superior à que estariam submetidos os cooperados caso atuassem isoladamente, sob pena de desestímulo ao cooperativismo;

- qualquer que seja o conceito de faturamento (equiparado ou não a receita bruta), tratando-se de ato cooperativo típico, não ocorrerá o fato gerador do PIS por ausência de materialidade sobre a qual possa incidir essa contribuição social.”

5. O objeto social de uma cooperativa de crédito consiste na movimentação financeira da cooperativa para e em benefício de seus associados, facultando-se a estes o acesso a melhores condições de crédito. Tais sociedades, atuando em prol de seus associados, objetivam libertarem-se do jugo do sistema bancário tradicional, que tem no lucro seu fim primeiro, com a cobrança de juros e tarifas altíssimas, aparecendo o dinheiro em todas as etapas de suas operações. O ato cooperativo da cooperativa de crédito envolve tanto a captação de recursos, quanto a realização de empréstimos efetuados aos cooperados, bem assim a movimentação financeira da cooperativa, no objetivo de viabilizar os empréstimos concedidos.

6. A Lei nº 11.051/2004 acabou por reconhecer a impropriedade da exigência do PIS/COFINS sobre o ato cooperativo do cooperativismo de crédito, cujo art. 30 estatui: “As sociedades cooperativas de crédito, na apuração dos valores devidos a título de Cofins e PIS - Faturamento, poderão excluir da base de cálculo os ingressos decorrentes do ato cooperativo, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 15 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e demais normas relativas às cooperativas de produção agropecuária e de infraestrutura”.

7. Com relação à Lei nº 9.718/98, o Pretório Excelso, ao julgar os RREE nºs 346.084/PR, 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, assentou que a noção de faturamento inscrita no art. 195, I, da CF/1988 (na redação anterior à EC nº 20/98) não autoriza a incidência tributária sobre a totalidade das receitas auferidas pelos contribuintes, não sendo possível a convalidação posterior de tal imposição, ainda que por força da promulgação da EC nº 20/98. Decidiu-se, assim: a) declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 (base de cálculo do PIS e da COFINS), para impedir a incidência do tributo sobre as receitas até então não compreendidas no conceito de faturamento da LC nº 70/91; b) ser desnecessária, no caso específico, lei complementar para a majoração da alíquota da COFINS, cuja instituição se dera com base no art. 195, I, da Carta Magna.

8. Não há incidência de PIS/COFINS sobre os atos cooperativos das cooperativas de crédito, e na real amplitude destes, ou seja, inclusive sobre rendimentos de aplicações financeiras.

9. (...)

11. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 755013/PR, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ 22/06/2006)

NO TRF DA 5ª REGIÃO:

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. SOCIEDADE COOPERATIVA DE CRÉDITOS. PIS. COFINS. ATOS COOPERATIVOS TÍPICOS. ART. 79 DA LEI 5.764/71. NÃO INCIDÊNCIA DA TRIBUTAÇÃO. CPMF. ART. 8º, III, DA LEI Nº. 9.311/96. REDUÇÃO DA ALÍQUOTA A ZERO. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. LEI Nº 10.637/2002. ART. 170-A DO CTN. CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA SELIC.

1. (...)

2. As cooperativas detêm natureza *sui generes*, uma vez que possuem duas fontes de receita: as derivadas dos atos cooperativos e as dos atos não cooperativos. Dos atos cooperativos não decorre faturamento, haja vista que tal ato não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria, todavia, dos atos não cooperativos surge faturamento para a cooperativa, devendo, assim, serem tributados.

3. A MP 1.858-6/99 e as suas reedições não revogaram o disposto no art. 79, parágrafo único, da Lei nº 5.764/71, uma vez que inexistente qualquer antinomia legal entre esse dispositivo e aquela Medida. Dessa forma, a distinção entre atos cooperativos e atos não cooperativos segue sendo o fator fundamental para fins de se decidir acerca da incidência, ou não, do PIS e da COFINS sobre a atividade desempenhada pelas sociedades cooperativas. Precedentes do STJ.

4. 'O STJ assentou o entendimento de que, em se tratando de cooperativas de crédito, toda a sua movimentação financeira, incluindo a captação de recursos, a realização de empréstimos aos cooperados, bem como a efetivação de aplicações financeiras no mercado, constitui ato cooperativo, não havendo incidência do PIS e da Cofins.' (STJ; AGRESP 823207; Rel. Min. Herman Benjamin; 2ª Turma; julgado em 26/05/2009; DJ: 21/08/2009). Precedentes. Art. 30 da Lei nº 11.051/2004.

5. (...)

9. Aplicabilidade do art. 170-A do CTN, que veda a compensação antes do trânsito em julgado, uma vez que a presente ação foi proposta já na vigência da Lei Complementar nº 104/01, cujos dispositivos devem ser respeitados. Apelação e remessa necessária improvidas. (APELREEX 6.678/PE, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Leonardo Resende Martins (Substituto), DJe 16/12/2010)

TRIBUTÁRIO. SOCIEDADES COOPERATIVAS. COFINS. NÃO INCIDÊNCIA. ATOS COOPERATIVOS TÍPICOS. ART. 79 DA LEI 5.764/71. PRECEDENTES DO STJ.

1. Os atos cooperativos típicos não se sujeitam às incidências das contribuições do PIS e da COFINS, eis que, por expressa dicção da norma contida no art. 79 da Lei nº 5.764/71, as sociedades cooperativas quando praticam atos que lhe são próprios, não geram faturamento ou receita, nem auferem lucro, já que, nestes casos, tanto as despesas como os resultados positivos do exercício são partilhados, proporcionalmente, entre os associados.

2. No caso das cooperativas médicas, a figura do terceiro não associado deve ser compreendida como sendo aquele médico não pertencente aos quadros daquelas entidades, sendo a contraprestação pelos serviços por este prestado entendida como receita da cooperativa, advinda de

ato negocial, devendo, assim, haver a incidência das referidas exações. O resultado econômico da prestação de serviço a usuário(cliente), através de médico cooperado, deve ser entendido como ato cooperativo típico, portanto, fora do campo de incidência das exações em comento. *In casu*, não logrou êxito a apelada em provar a prática de atos com médicos não associados a ensejar a caracterização de ato não cooperado.

3. Precedentes do STJ (RESP Nº 645.459-MG, Rel. Min. LUIZ FUX, *DJ* 29.11.2004; RESP Nº 543.828-MG, Rel. Min. CASTRO MEIRA, *DJ* 25.02.2004; RESP Nº 815.258-MG, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, *DJ* 28.03.2006)

4. Apelação provida.

(AC 411.351/PE, 2ª Turma, Rel. Des. Federal Francisco Wildo, *DJe* 02/09/2010)

TRIBUTÁRIO. SOCIEDADE COOPERATIVA. SERVIÇOS MÉDICOS. CSLL. PIS. COFINS. ISENÇÃO. ATOS COOPERATIVOS TÍPICOS.

1. Não implicando o ato cooperativo em operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria, a revogação do inciso I do art. 6º da LC 70/91, em nada altera a não incidência das referidas contribuições sobre os atos cooperativos. O parágrafo único do art. 79 da Lei 5.764/71, não está revogado por ausência de qualquer antinomia legal. Precedente do STJ: AgRg-AgRg-REsp 1.073.543 - (2008/0154559-0) - 1ª T - Rel. Min. Luiz Fux - *DJe* 16.09.2009 - p. 390.

2. Superado tal ponto, cumpre analisar se os atos arrolados pela impetrante pode ser qualificados como cooperativos. Requer a mesma que seja reconhecida a não incidência dos referidos tributos sobre os seguintes valores: a) aqueles pagos para o custeio das despesas dos planos de saúde; b) os repassados aos seus associados; e, c) provenientes das reservas técnicas exigidas pela Lei nº 9.656/98.

3. No que pertine ao repasse de verbas recebidas dos pacientes pela cooperativa aos seus cooperados pelos serviços médicos por ele prestados, entende a jurisprudência do STJ que os mesmos se incluem no conceito de atos cooperativos.

4. Segundo a Jurisprudência do STJ “constitui-se ato cooperativo típico ou próprio, nos termos do art. 79 da Lei

5.764/71, o serviço prestado pela cooperativa diretamente ao cooperado, quando: a) a cooperativa estabelece, em nome e no interesse dos associados, relação jurídica com terceiros (não cooperados) para viabilizar o funcionamento da própria cooperativa (com a locação ou a aquisição de máquinas e equipamentos, contratação de empregados para atuarem na área-meio, por exemplo) visando à concretização do objetivo social da cooperativa; e b) a cooperativa recebe valores de terceiros (não cooperados) em razão da comercialização de produtos e mercadorias ou da prestação de serviços por seus associados e a eles repassa”. (Voto da Min. Eliana Calmon no RESP - RECURSO ESPECIAL - 819.242, Órgão julgador SEGUNDA TURMA, Fonte *DJe DATA*: 27/04/2009)

5. Destarte, percebe-se que o custeio das despesas dos planos de saúde e as reservas técnicas exigidas pela Lei nº 9.656/98, não se enquadram no conceito de atos cooperativos típicos. Por tal razão, incabível a isenção pretendida com relação a tais atos, que deverão ser tributados.

6. Apelação parcialmente provida.

(AMS 97.884/PB, 2ª Turma, Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias, *DJe* 19/11/2009)

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. COFINS. LEI 9.718/98. COOPERATIVA DE CRÉDITO. ATO COOPERATIVO PRÓPRIO. NÃO INCIDÊNCIA. ARTIGO 8º. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF.

- A jurisprudência do STF firmou entendimento de que o adequado tratamento tributário ao ato cooperativo, a que se refere o art. 146, III, c, da Carta Magna, e o tratamento constitucional privilegiado a ser concedido ao ato cooperativo não significam ausência de tributação.

- “Apenas os atos cooperativos típicos, assim entendidos aqueles praticados na forma do art. 79 da Lei 5.764/71, gozam de isenção, retirando-se do alcance isencional os atos cooperativos atípicos ou impróprios (praticados por terceiras pessoas, mesmo em torno do objetivo da cooperativa)”. (REsp 515.710/SC, *DJ* de 16/09/2008.)

- O Supremo Tribunal Federal deixou assente que é válido, do ponto de vista jurídico-constitucional, o art. 8º da Lei nº 9.718/98, no que concerne à majoração da alíquota de 2% para 3%.

- Apelação e remessa parcialmente providas.
(AC 366.022/PB, 2ª Turma, Rel. Des. Federal César Carvalho (Substituto), *DJe* 28/10/2009)

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ATO COOPERATIVO. MODALIDADES. ISENÇÃO. COFINS.

1. Apenas os atos cooperativas típicos estão isentos de qualquer tributação, o mesmo não ocorrendo com os atos cooperativos atípicos ou impróprios, na dicção da min. Eliana Calmon (Resp 515.710-SC, *DJU-I* 16.09.2008). Sujeição dos atos cooperativos atípicos a COFINS, segundo precedentes jurisprudenciais do STJ e deste Regional.

2. Improvimento do recurso, para denegar a segurança.
(AMS 81.866/CE, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Vladimir Carvalho, *DJ* 17/07/2009)

Assim, corroboro, na íntegra, as assertivas desenvolvidas nos julgados supra, pois se encontram em perfeita harmonia com o posicionamento deste Relator.

É por demais salutar transcrever as fundamentações por demais esclarecedoras externadas pelo eminente Min. José Delgado no voto do AgRg no Ag 755.013/PR (cuja ementa foi acima reproduzida), *verbis*:

Ademais, a reforçar o acima externado, a Lei nº 11.051/2004 acabou por reconhecer a impropriedade da exigência do PIS/COFINS sobre o ato cooperativo do cooperativismo de crédito, cujo art. 30 estatui:

“Art. 30 - As sociedades cooperativas de crédito, na apuração dos valores devidos a título de Cofins e PIS - Faturamento, poderão excluir da base de cálculo os ingressos decorrentes do ato cooperativo, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 15 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e demais normas relativas às cooperativas de produção agropecuária e de infraestrutura.”

O citado art. 15 da MP nº 2.158-35/2001 dispõe o seguinte:

“Art. 15. As sociedades cooperativas poderão, observado o disposto nos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 1998, excluir da base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP:

I - os valores repassados aos associados, decorrentes da comercialização de produto por eles entregue à cooperativa;

II - as receitas de venda de bens e mercadorias a associados;

III - as receitas decorrentes da prestação, aos associados, de serviços especializados, aplicáveis na atividade rural, relativos a assistência técnica, extensão rural, formação profissional e assemelhadas;

IV - as receitas decorrentes do beneficiamento, armazenamento e industrialização de produção do associado;

V - as receitas financeiras decorrentes de repasse de empréstimos rurais contraídos junto a instituições financeiras, até o limite dos encargos a estas devidos.” (destaquei)

Esse é o posicionamento que passo a seguir.

À guisa de maior esclarecimento, registro que, com relação à Lei nº 9.718/98, o Pretório Excelso, ao julgar os RREE nºs 346.084/PR, 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, assentou que a noção de faturamento inscrita no art. 195, I, da CF/1988 (na redação anterior à EC nº 20/98) não autoriza a incidência tributária sobre a totalidade das receitas auferidas pelos contribuintes, não sendo possível a convalidação posterior de tal imposição, ainda que por força da promulgação da EC nº 20/98. Decidiu-se, assim: a) declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 (base de cálculo do PIS e da COFINS), para impedir a incidência do tributo sobre as receitas até então não compreendidas no conceito de faturamento da LC nº 70/91; b) ser desnecessária, no caso específico, lei complementar para a majoração da alíquota da COFINS, cuja instituição se dera com base no art. 195, I, da Carta Magna.

Destarte, amparado pelo art. 544, § 3º, primeira parte, c/c o art. 557, § 1º-A, do CPC, conheço do agravo de instrumento e *DOU* provimento ao recurso especial, para que não incida a cobrança da COFINS e do PIS sobre os atos cooperativos das cooperativas de crédito, e na real amplitude destes, ou seja, inclusive sobre rendimentos de aplicações financeiras. Inversão dos ônus sucumbenciais.

Por fim, alega-se que os honorários advocatícios foram fixados em valor excessivo (R\$ 5.000,00), em ofensa ao art. 20, § 4º, do CPC, devendo ser reduzida a referida verba. *In casu*, não vislumbro ser elevado *quantum* fixado.

Conforme se vê, R\$ 5.000,00 equivale a cerca de 9,6% do valor da causa, quantia essa que o Juiz *a quo* fixou em atenção aos critérios do art. 20, § 4º, do CPC, notadamente a natureza da causa e o trabalho desenvolvido pelo profissional. Assim, manteve o percentual arbitrado na r. sentença.

Por tais razões, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 27.757-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Apelante: UNIÃO
Apelado: FLÁVIO AURÉLIO DE FIGUEIREDO FRAGA
Recte. Ades.: FLÁVIO AURÉLIO DE FIGUEIREDO FRAGA
Advs./Procs.: DRS. MARIA LÚCIA BARBOSA E OUTROS

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. INCAPACIDADE TEMPORÁRIA. PERÍCIA JUDICIAL CONCLUSIVA DE QUE O SERVIDOR ESTÁ APTO PARA O TRABALHO. READAPTAÇÃO. POSSIBILIDADE. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. RECURSO ADESIVO. MANUTENÇÃO DO QUANTUM FIXADO.

- Sentença que julgou procedente o pedido para sustar o ato de aposentação do autor, com a determinação de que seja readaptado, para ambiente laboral de natureza civil, e condenação da União no pagamento de indenização por dano moral no valor arbitrado em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

- Consta da exordial que autor, servidor público, foi inicialmente lotado como funcionário junto ao CINDACTA, na condição de civil, e depois transferido para o Hospital da Aeronáutica, oportunidade em que passou a sofrer perseguição do seu chefe, militar, em razão da sua opção sexual, fato este que teria acarretado transtornos psicológicos que influenciaram na realização do seu trabalho.

- Conforme se verifica dos documentos, por diversas vezes foi atestado, a incapacidade temporária do autor, para o exercício do seu trabalho, tendo havido, inclusive, instauração de processos Administrativos disciplinares para fins de apuração de possíveis irregularidades no tocante à assiduidade do servidor e, inclusive, possível abandono do cargo.

- O relatório final elaborado pela Comissão de Processo Administrativo Disciplinar instaurado em desfavor do autor, para fins de apuração de irregularidades no tocante à assiduidade, concluiu que o servidor pela não ocorrência de inassiduidade habitual, mas que deveria ser “aposentado por invalidez”.

- Contudo, a perícia judicial psiquiátrica não constatou transtorno psiquiátrico manifesto, que inviabilizasse o retorno do servidor ao trabalho.

- Ainda em relação ao mesmo laudo pericial, o vistor, em respondendo à pergunta formulada pela parte autora para saber se o autor está apto para a atividade laborativa no âmbito civil, respondeu categoricamente, que sim. No que se refere às perguntas da União, sendo-lhe perguntado se o autor possui alguma doença, respondeu o expert que “no momento, não”.

- A aposentadoria do servidor público está disciplinada no art. 186, I, e § 3º, da Lei 8.112/90, e a readaptação encontra disciplina no art. 24 e parágrafos da mesma lei.

- Da legislação de regência, resta claro que a aposentadoria por invalidez somente será aplicada, diante da impossibilidade de readaptação do servidor ao serviço.

- A prescrição legal coaduna-se com o art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, segundo o qual “Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”. O direito ao trabalho constitui direito universal e fundamental, por dizer respeito à dignidade da pessoa humana. Neste sentido a Constituição Federal, no título que trata da Ordem Econômica elenca a valorização do trabalho como condição de dignidade humana, como um dos seus princípios.

- Sendo a readaptação um direito do servidor, e não havendo nenhum óbice à sua aplicação, irreparável a sentença recorrida que julgou procedente o pedido, com a ressalva de que está deverá ocorrer em ambiente laboral de natureza civil.

- O dano moral caracteriza-se pela ofensa aos direitos da personalidade do indivíduo, insuscetíveis de avaliação pecuniária. Apesar de sua subjetividade, não deve ser confundido com um mero aborrecimento, irritação, dissabor ou mágoa, pois só se caracteriza quando configurado efetivo abalo à imagem ou à honra do indivíduo, ou quando a dor, o vexame, o sofrimento ou a humilhação foge da realidade de tal forma que chegue a interferir intensamente em seu comportamento psicológico, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem estar.

- O arcabouço probatório demonstra, de forma inequívoca, que o chefe imediato do servidor agiu, em relação a este, de forma arbitrária e com rigor excessivo, acarretando-lhe situações de constrangimento e humilhação. Restou igual-

mente demonstrado que situações deste feitio são reiteradas naquele ambiente de trabalho. Assim, diante da presença dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil, resta devidamente configurado o dano moral.

- Um dos grandes objetivos da condenação em dano moral, quando identificados, que vem a ser, exatamente, a função pedagógica do desestímulo, no quanto visa inibir que a situação de constrangimento se perpetue ou se repita, seja com a mesma parte, ou com possíveis outras pessoas que se encontrem em situações semelhantes.

- Diante das circunstâncias ensejadoras da configuração do dano conclui-se que o valor arbitrado é suficiente para reparar o constrangimento sofrido pelo autor, no ambiente do trabalho. Manutenção da indenização fixada na sentença.

- Apelação da União, remessa oficial e recurso adesivo improvidos.

ACÓRDÃO

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

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

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Inicialmente, nestes autos, foi proferida sentença (fls. 651/659), que julgou improcedente o pedido deduzido, para que a parte ré se abstivesse de aposentar o autor por invalidez, mas sim, para que

promovesse a sua readaptação ao trabalho em ambiente civil e, ainda, que a União fosse condenada no pagamento de indenização por danos morais.

Encaminhado o processo a esta Corte, em razão da apelação interposta pelo particular, foram estes julgados na Sessão de 31.05.2011, pela eg. Quarta Turma que decidiu por anular a sentença ao fundamento de cerceamento de defesa.

Devolvidos os autos à instância de origem, foi realizada perícia judicial (fls. 775/783), além de audiência para a ouvida de testemunhas (fls. 819/824) e, em seguida foi proferida sentença (fls. 826/831), que julgou procedente o pedido para sustar o ato de aposentadoria do autor, com a determinação de que seja readaptado, para ambiente laboral de natureza civil, bem como, condenou a União no pagamento de indenização por dano moral ao autor, no valor arbitrado em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Após a oposição de embargos que foram julgados improcedentes (fls. 845/847) a União apela da sentença, reafirmando a impossibilidade de acatamento do pedido de reabilitação, diante das razões que elenca no recurso, e a necessidade de aposentação do autor, bem como, a ausência do direito do autor, à indenização por dano moral. Ao final, requer a improcedência dos pedidos deduzidos na exordial.

Recurso adesivo apresentado pelo particular que requer a reforma da sentença recorrida, apenas, para que seja majorado o valor da indenização.

Contrarrazões apresentadas a ambos os recursos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

O cerne da questão é saber se o autor tem condições de ser readaptado ao serviço, ou, caso contrário, se deve ser aposentado por invalidez, e ainda, se há dano moral, com aferição do valor fixado.

Consta da exordial que autor, servidor público, foi inicialmente lotado como funcionário junto ao CINDACTA, na condição de civil, e depois transferido para o Hospital da Aeronáutica, oportunidade em que passou a sofrer perseguição do seu chefe, militar, em razão da sua opção sexual, fato este que teria acarretado transtornos psicológicos que influenciaram na realização do seu trabalho.

A matéria deve ser resolvida à luz das provas (material e testemunhal) constantes dos autos. Vejamos.

O autor ingressou no serviço público, por concurso, em 27.01.1995, seu estágio probatório devidamente homologado (fl. 26 e 29/30).

No entanto, conforme se verifica dos documentos de fls. 34/60, lhe foi atestado, por diversas vezes (fl. 36), a incapacidade temporária para o exercício do seu trabalho, tendo havido, inclusive, instauração de processos Administrativos disciplinares para fins de apuração de possíveis irregularidades no tocante à assiduidade do servidor e, inclusive, possível abandono do cargo (fls. 194/199; 406/410 – posteriormente anulado, fl. 411 – e fls. 416/644).

De relevância notar que o relatório final elaborado pela Comissão de Processo Administrativo Disciplinar (fls. 620/625) instaurado em desfavor do autor, para fins de apuração de irregularidades no tocante à assiduidade, concluiu pela não ocorrência de inassiduidade habitual, mas que o servidor deveria ser “aposentado por invalidez”.

De outro giro, da perícia judicial, psiquiátrica, realizada (fls. 776/782), não constatou transtorno psiquiátrico manifesto, que inviabilizasse o retorno do servidor ao trabalho. Do laudo, destaco as seguintes assertivas:

O periciando veio acompanhado e conhecendo o próprio exame. Veste-se adequadamente e mantém uma atitude educada e colaborativa. Não exhibe ansiedade ou *status* depressivo no humor. Conta sua história clínica antiga numa sequência lógica, detalhada, enfatizando suas dificuldades adaptativas no ambiente militar, precipitadas (segundo relata) com a chegada de um novo chefe do setor que trabalhava (CINDACTA 3). Encontrava-se lúcido, orientado e coerente. Não observamos alterações psicóticas de qual-

quer natureza, nem delírios ou alucinações. Não identificamos comprometimento da personalidade, muito menos aspectos clínicos psicológicos ou comportamentais relacionados com sua preferência sexual. Conserva o senso crítico, o tônus da vontade e o pragmatismo. Inteligência global sem anormalidades. Apresenta bom envolvimento empático na entrevista pericial.

No momento, a perícia não constatou transtorno psiquiátrico manifesto.

Assim, o periciando está apto para o exercício das atividades laborativas. Única ressalva: pelos seus antecedentes clínicos, claramente desadaptativos, não se recomenda atividades no ambiente militar (mesmo como servidor civil) em vista de sua baixa resistência e possibilidade de re-experimentação de relacionamentos densos e traumáticos com os estereótipos da disciplina e figuras militares.

(...)

Por outro lado, não se pode concordar com os diagnósticos formulados pela Junta da Saúde da Aeronáutica, em 2006, que desencadeou a aposentadoria do então servidor civil do Ministério da Aeronáutica. Transtorno de personalidade de evitação não foi caracterizado pela história clínica de Flávio Aurélio. Faltam os elementos definidores de um transtorno de personalidade, que incluem a presença de um histórico ao longo da vida, de comportamentos e evitações remotas, às vezes desde a infância. Quanto à orientação sexual egodistônica, até poderia existir, na época, mas não tão proeminente quanto aos problemas de ajustamento e depressão. Hoje a perícia entende que a orientação sexual de Flávio Aurélio é egossintônica e não suscetível de tratamento ou diagnóstico.

Ainda em relação ao mesmo laudo pericial, o vistor, em respondendo à pergunta formulada pela parte autora para saber se o autor está apto para a atividade laborativa no âmbito civil, respondeu categoricamente, que sim. No que se refere às perguntas da União, lhe sendo perguntado se o autor possui alguma doença, respondeu o *expert* que “no momento, não”.

Por fim, ainda quanto à questão discutida, destaco da sentença:

Do exame dos laudos médicos acostados aos autos, vislumbra-se que todos eles, à exceção do que motivou a

aposentadoria do autor (fl. 603), deram conta de que a incapacidade dele para o serviço público federal era meramente temporária (fls. 37/42, 45/47, 49/51, 53/56 e 452).

Outrossim, o laudo pericial elaborado pelo perito designado por este juízo, em 17/05/2012, fl. 782, asseverou que, nas quatro avaliações médicas a que se submeteu o autor, nos anos de 2005 e 2006, ele recebeu diversos diagnósticos (F41.2 + F40.1 + F40.2 + F33.0 + F33.1 + F60.6 + F66.1), todos da CID 10, sendo que o *expert* relatou que ele, na realidade, apresentava um transtorno de ajustamento (adaptação), F43.2 - CID 10, que não foi diagnosticado na época. Tal transtorno evoluiu para uma sintomatologia diversa que incluiu depressão, fobias, ansiedade, mas, jamais, poderia ter sido acatado o transtorno de personalidade ansiosa. Deu conta, ainda, de que a incapacidade laboral do autor sempre foi temporária, bem como que ele está apto a exercer atividade laborativa no âmbito civil.

A aposentadoria do servidor público está disciplinada no art. 186, I, e § 3º, da Lei 8.112/90, nos seguintes termos:

Art. 186. O servidor será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei, e proporcionais nos demais casos;

§ 3º Na hipótese do inciso I o servidor será submetido à junta médica oficial, que atestará a invalidez quando caracterizada a incapacidade para o desempenho das atribuições do cargo ou a impossibilidade de se aplicar o disposto no art. 24.

O art. 24 da mesma lei, trata da readaptação, encontrando-se assim redigido:

Art. 24. Readaptação é a investidura do servidor em cargo e atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental verificada em inspeção médica.

§ 1º Se julgado incapaz para o serviço público, o readaptando será aposentado.

§ 2º A readaptação será efetivada em cargo de atribuições afins, respeitada a habilitação exigida, nível de escolaridade e equivalência de vencimentos e, na hipótese de inexistência

tência de cargo vago, o servidor exercerá suas atribuições como excedente, até a ocorrência de vaga.

Da legislação de regência, resta claro que a aposentadoria por invalidez somente será aplicada, diante da impossibilidade de readaptação do servidor ao serviço.

Desse modo, resta devidamente comprovado que o autor não apresenta incapacidade permanente ou definitiva que impossibilite a readaptação.

Neste sentido, inclusive, entendeu o julgador de origem, com a seguinte fundamentação:

Conforme se depreende das perícias médicas realizadas, bem como da documentação constante nos autos, é possível aferir ter o autor sofrido limitação de sua capacidade mental, mas de forma não permanente e definitiva e com possibilidade de reversão, de modo que não apta a justificar sua aposentadoria por invalidez.

Cabe não deslembrar que a maioria dos laudos médicos citados (vide fl. 778/779), mormente o produzido pelo perito nomeado, asseveram a necessidade de readaptação profissional do autor para ambiente não militar.

Dessarte, porque ausente justificativa médica para aposentadoria de FLÁVIO AURÉLIO DE FIGUEIREDO FRAGA e os diversos laudos espelharem a necessidade de ser ele transferido para ambiente laboral civil, a sua readaptação para órgão civil é medida que se impõe.

A prescrição legal coaduna-se com o art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, segundo o qual “Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”. O direito ao trabalho constitui direito universal e fundamental, por dizer respeito à dignidade da pessoa humana. Neste sentido a Constituição Federal, no título que trata da Ordem Econômica elenca a valorização do trabalho como condição de dignidade humana, como um dos seus princípios.

Desta feita, o não trabalho ou a ausência de trabalho, deve prevalecer apenas diante da total impossibilidade de sua realização. Deve representar exceção.

Com efeito, sendo a readaptação um direito do servidor, e não havendo nenhum óbice à sua aplicação, irreparável a sentença recorrida que julgou procedente o pedido, com a ressalva de que está deverá ocorrer em ambiente laboral de natureza civil.

No que se refere ao dano moral, por pertinente, destaco as provas testemunhais constantes dos autos (fls. 819/824), em que se destacam os seguintes arestos:

Testemunha ANTÔNIO PEREIRA DA SILVA FILHO: de 27/ janeiro de 1995 até junho/2001 foi lotado como funcionário civil do CINDACTA e depois no Hospital da Aeronáutica; trabalhou com o autor nos dois locais; no CINDACTA nunca ouviu falar de queixas sobre o comportamento do autor enquanto funcionário; quando foi para o Hospital da Aeronáutica, o autor já estava lotado naquela unidade; sem saber precisar a data, sabe que o autor sofreu agressão do Chefe, Major Jorge Marinony; [...] fora do ambiente de trabalho não tinha relação de amizade com o autor, não sabe nem onde ele reside; entre os colegas de trabalho nunca houve qualquer reclamação quanto ao temperamento do autor; sabe dizer que o autor tinha carga de trabalho acima do normal do CINDACTA; que os outros servidores do Controle Interno eram mais antigos e o autor era mais moderno no setor; segundo o autor depoente, se a carga de trabalho fosse numa escala de 100 para os outros, para o autor seria 300; o horário normal de trabalho no CINDACTA era de 6 horas; que o autor sempre chegava antes do horário para dar conta do serviço; quando o depoente saía a luz da sala ainda estava acesa, denotando que o autor ainda estava trabalhando; [...] sabe dizer que existem funcionários civis da Forças Armadas que estão lotados em órgãos civis, recordando-se de funcionários lotados na AGU e na PRF, sabendo ainda de uma enfermeira à disposição do Estado.

Testemunha LUIZ HONORATO DA SILVA JÚNIOR: trabalhou entre 1995 e 1999 no Hospital da Aeronáutica; não sabe precisar a data em que o autor chegou no hospital; sabe que o autor trabalhava antes no CINDACTA; sabe que o autor teve algum problema no CINDACTA, não sabendo qual teria sido; [...] sempre conversava com o autor; o autor reclamava de perseguição que sofria no hospital; outras pessoas também sofriam perseguição, incluindo o

próprio depoente, eram decorrentes de questões ideológicas, já que os militares têm disciplina e hierarquia diferenciada dos demais servidores civis; [...] sabe dizer de conversas que existiam oficiais de inteligência da Aeronáutica, verificando possíveis faltas disciplinares de servidores e que conhece um servidor civil que foi colocado numa sala só com uma luz central e indagado sobre falhas, como se estivesse sofrendo tortura psicológica; sabe dizer que em alguns setores com a intenção de punir, as chamadas “transferências punitivas”, que corresponderiam a transferência para que as pessoas realizassem serviços para os quais não tinha afinidade; o depoente afirmou que as pessoas não denunciavam por medo;

O dano moral caracteriza-se pela ofensa aos direitos da personalidade do indivíduo, insuscetíveis de avaliação pecuniária. Apesar de sua subjetividade, não deve ser confundido com um mero aborrecimento, irritação, dissabor ou mágoa, pois só se caracteriza quando configurado efetivo abalo à imagem ou à honra do indivíduo, ou quando a dor, o vexame, o sofrimento ou a humilhação foge da realidade de tal forma que chegue a interferir intensamente em seu comportamento psicológico, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem estar.

Para a configuração do dano moral, a merecer reparo em razão dos aspectos preventivos e pedagógicos, necessário se faz a presença dos requisitos que acarretam a responsabilidade civil, quais sejam: o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade entre eles.

É prescindível, neste caso, a prova do efetivo prejuízo que, implícito na própria ofensa em si (*damnum in re ipsa*), dela decorra direta e necessariamente, conforme as regras da experiência comum.

No caso em apreço, o arcabouço probatório demonstra, de forma inequívoca, que o chefe imediato do servidor agiu, em relação a este, de forma arbitrária e com rigor excessivo, acarretando-lhe situações de constrangimento e humilhação. Restou igualmente demonstrado que situações deste feitio são reiteradas naquele ambiente de trabalho. Assim, diante da presença dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil, resta devidamente configurado o dano moral.

De importância destacar que um dos grandes objetivos da condenação em dano moral, quando identificados, que vem a ser, exatamente, a função pedagógica do desestímulo, no quanto visa inibir que a situação de constrangimento se perpetue ou se repita, seja com a mesma parte, ou com possíveis outras pessoas que se encontrem em situações semelhantes.

Por fim, não basta apenas o trabalho, mas a sua realização em condições dignas a configurar um trabalho decente, assim entendido como aquele capaz de garantir uma vida digna, com equidade, segurança e, sobretudo, dignidade. Desta forma o ambiente do trabalho deve ser hígido, livre de qualquer violência moral que porventura venha a expor o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras.

Por fim, no que se refere à estimativa do *quantum* indenizatório, deve-se atentar para os critérios que vêm sendo estabelecidos no âmbito doutrinário e jurisprudencial, com a finalidade de afastar o que poderia configurar a “banalização do dano moral” dentre os quais devem observar, dentre outros requisitos, a intensidade da ofensa, a culpabilidade do ofensor, culpa concorrente da vítima, a condição econômica do ofensor, as condições sociais, econômicas e pessoais da vítima, a reincidência, a extensão do dano, sua duração, a repercussão social, a razoabilidade na condenação, sem descuidar que a indenização não pode servir de enriquecimento de um em detrimento do empobrecimento alheio, o que acarretaria o enriquecimento sem causa.

O julgador de origem fixou o valor do dano moral em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Diante das circunstâncias ensejadoras da configuração do dano e de todos os argumentos já expostos, entendo que o valor arbitrado é suficiente para reparar o constrangimento sofrido pelo autor, no ambiente do trabalho. Assim, mantenho a indenização em R\$ 5.000,00, conforme fixada na sentença.

Com essas considerações, nego provimento à apelação da União, à remessa oficial e ao recurso adesivo.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 28.072-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANUEL MAIA (CONVOCADO)
Apelantes: EDJA FRANCIELLY CRUZ DE OLIVEIRA (INCAPAZ), EDILZA MARIA DA CRUZ OLIVEIRA E DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES - DNIT
Apelados: OS MESMOS
Repte.: EDILZA MARIA DA CRUZ OLIVEIRA (INCAPAZ) E PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Adv./Proc.: DR. YRAGUACY ARAUJO ALMEIDA DE SOUZA

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE EM RODOVIA DECORRENTE DE COMPROVADA MÁ CONSERVAÇÃO DA PISTA DE ROLAMENTO E AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO. VÍTIMA FATAL. MILITAR DE 38 ANOS.

- Sentença que condenou o DNIT a indenizar a viúva e filha do de cujus.

- Quantum indenizatório. Desarmonia com precedentes desta Corte e da Corte Especial. Redução da indenização por danos morais. R\$ 50.000,00 para a genitora e R\$ 30.000,00 para a menor, considerando que a primeira também foi vítima do infortúnio, ficando com sequelas.

- Honorários sucumbenciais. Redução para 5% sobre o valor da condenação. Manutenção dos demais aspectos da sentença.

- Apelação do particular improvida e apelação e remessa oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação do particular e dar parcial provimento à apelação 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, 27 de agosto de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MANUEL MAIA - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANUEL MAIA (Convocado):

Trata-se de apelações cíveis apresentadas por ambas as partes e Remessa Oficial em face de sentença do Exmo. Juiz Federal Ivan Lira de Carvalho, titular da 5ª Vara de Natal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte (fls. 201/206); que, em sede da Ação Ordinária de nº 0001077-68.2012.4.05.8400, concluiu pela parcial procedência dos pedidos, condenando a ré: a) ao pagamento mensal às demandantes de 2/3 dos rendimentos recebidos pelo *de cujus*, como soldado da polícia militar, sendo 1/3 para cada uma delas, desde a data do óbito; b) ao pagamento à demandante Edja Franciely Cruz de Oliveira o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a título de danos morais; c) a pagar à Edilza Maria da Cruz Oliveira a quantia de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), a título de danos morais, e a quantia de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), a título de dano estético; e d) ao pagamento de honorários advocatícios de 10% do valor da condenação (art. 20, §§ 3º e 4º, e art. 21, parágrafo único, do CPC).

O particular sustenta que a indenização deve ser majorada para no mínimo R\$ 100.000,00 *per capita*, conforme sugeriu o MPF. Ademais, verbera pela total procedência dos pedidos. Colaciona, inclusive, documentos novos no intuito de comprovar a renda e os lucros cessantes de R\$ 18.000,00. Por fim, aduz que seja revisto o valor arbitrado a título de dano estético.

Por seu turno o DNIT pugna pela total improcedência dos pedidos, sustentando que o acidente decorreu de força maior e a ausência de nexo de causalidade. Aduz, alternativamente, a culpa concorrente e a necessidade de redução do *quantum* indenizatório fixado, uma vez que bastante superiores aos praticados pelo

STJ. Por fim, alega que os honorários advocatícios devem ser fixados nos termos do § 4º do art. 20 do CPC, ou seja, em 5% do valor sucumbente.

Contrarrazões apresentadas.

Parecer Ministerial pelo parcial provimento da apelação do DNIT, tão somente para reduzir os honorários advocatícios ao patamar de 5% do valor da condenação (fls. 300/307).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANUEL MAIA (Relator Convocado):

A controvérsia da presente lide, em suma, alberga a análise da responsabilidade civil do DNIT no tocante a acidente automobilístico que vitimou o cônjuge e pai das ora apelantes.

O caso *sub judice* encontra-se intrinsecamente ligado ao disposto no § 6º do artigo 37 da CRFB/88, que assim dispõe:

Art. 37. (*omissis*)

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

Analisando o dispositivo é possível compreender a intenção do constituinte em estabelecer às entidades estatais e suas ramificações, com atribuições na esfera de atuação pública, a obrigação de indenizar os danos causados a terceiros por seus servidores, independentemente da existência de culpa no cometimento da lesão. Encontra-se nesse escopo o alicerce para a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, sob o espeque do risco administrativo.

Restou plenamente analisado pela sentença que a ocorrência do dano se deu pela conduta, ou falta desta, por parte da administração, lastreada pelos documentos de fls. 28, 33/50, 52/58 e pelo testemunho do condutor do veículo envolvido no acidente que ocasionou lesões a uma das autoras e a morte do seu cônjuge.

Assim sendo, resta analisar tão somente a questão dos valores arbitrados, se estes são irrisórios, exorbitantes ou se encontram em consonância com a convicção desta Corte e dos Tribunais Superiores.

Constata-se diante dos autos que o referido acidente ocasionou a morte de um pai de família, de 38 anos, soldado da polícia militar, o qual deixou viúva e filha, menor de 14 anos.

Atente-se que, na fixação do valor da indenização por dano moral, devem ser considerados, além das peculiaridades de cada caso, o nível sócio-econômico do autor e o porte econômico do réu, evitando-se a sua exorbitância, a configurar enriquecimento sem causa da vítima, nem caracterizar valor irrisório a descaracterizar a indenização almejada ou anular o seu caráter punitivo, que é uma de suas funções. Na hipótese dos autos, observo que o *quantum* indenizatório, a título de danos morais, não se harmoniza com o entendimento que vem sendo adotado por esta Turma, nem mesmo pelos demais Regionais e e. STJ.

Com efeito:

Processo: APELREEX 200685010002840

APELREEX - Apelação / Reexame Necessário - 8.628

Relator(a): Desembargador Federal Frederico Dantas

Sigla do órgão: TRF5

Órgão julgador: Quarta Turma

Fonte: DJe - Data: 02/06/2011 - Página: 791

Decisão: UNÂNIME

Ementa

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DNIT. ACIDENTE RODOVIÁRIO. PROVA EMPRESTADA. NULIDADE DA SENTENÇA. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA. BURACO EM ESTRADA. MÁ CONSERVAÇÃO DE RODOVIA. FALECIMENTO DO FILHO DOS AUTORES. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. ART. 37, PARÁGRAFO 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDAS.

I - A sentença devidamente fundamentada e lastreada em documentos outros, que não a prova testemunhal empres-

tada produzida em processo do qual o DNIT não fez parte, não é nula porquanto o comando sentencial mantém-se por outros fundamentos. Inexistência de afronta ao contraditório ou a ampla defesa.

II - A responsabilidade objetiva independe da comprovação de culpa ou dolo, ou seja, basta estar configurada a existência do dano, da ação e do nexo de causalidade entre ambos (art. 37, parágrafo 6º, da CF/88). Demonstrado o nexo causal entre o fato lesivo imputável à Administração e o dano, surge para o ente público o dever de indenizar o particular.

III - A omissão na devida manutenção do trecho da rodovia em que aconteceu o acidente, que estava cheio de buracos, foi determinante para a ocorrência do sinistro (acidente automobilístico que resultou no falecimento do filho dos autores).

IV - Não há nos autos hipótese de caso fortuito, força maior ou, ainda, prova contundente de que o acidente teria ocorrido por culpa exclusiva da vítima ou que esta teria contribuído para o ocorrido, a fim de afastar o dever de indenizar do DNIT.

V - Danos materiais reduzidos para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), montante requerido pelos autores na inicial. Reconhecido o julgamento *extra petita*.

VI - Os danos morais fixados na origem em R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), para ambos os autores, afigura-se excessivo. A compensação pela dor – que não possui valor econômico imediato, mas sim o intuito de proporcionar uma reparação ao ofendido, bem como uma punição para o ofensor – é capaz de ser realizada a contento com um valor inferior ao que foi pedido na inicial e reforçado na apelação. Após análise dos fatos e provas articuladas nos autos, tenho por razoável o valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), por autor, a título de indenização pelos danos ao seu patrimônio imaterial.

VII - A questão controvertida não era de grande complexidade, tampouco demandou trabalho intelectual de maior envergadura para o causídico do particular, pelo que à luz dos critérios previstos no art. 20, parágrafo 3º, do CPC (como o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo causídico e o tempo por ele despendido nesta demanda), se por um lado os honorários não podem ser arbitrados em valor irrisório,

por outro, exorbita os lindes da razoabilidade a sua fixação no parâmetro fixado pela decisão objurgada.

VIII - Considerando que 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação exsurge sobremodo exagerado, desmotivado e irrazoável, impõe-se a sua redução para o montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por ser justo e equitativo para a hipótese sob exame.

IX - Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

Data da Decisão: 24/05/2011

Data da Publicação: 02/06/2011

Referência Legislativa

*****CPC-73 Código de Processo Civil LEG-FED LEI-5869

ANO-1973 ART-20 PAR-3 PAR-4-LEG-FED RGI-000000

ART-4 INC-4 (DNIT)*****CF-88 Constituição Federal de 1988

ART-93 INC-9 ART-37 PAR-6

Inteiro teor: 200685010002840

Processo: AC 00034622320114058400

AC - Apelação Cível - 556.518

Relator(a): Desembargador Federal Bruno Teixeira

Sigla do órgão: TRF5

Órgão julgador: Quarta Turma

Fonte: DJe - Data: 28/06/2013 - Página: 551

Decisão: UNÂNIME

Ementa

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE RODOVIÁRIO. ANIMAL EM RODOVIA. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. ART. 37, PARÁGRAFO 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

I. Esta Turma tem adotado o entendimento de que nos casos de acidente em rodovia federal, provocado por colisão com animais, o DNIT tem legitimidade solidária para figurar no polo passivo da lide.

II. A conduta lesiva ensejadora da responsabilidade estatal pode surgir: ou em decorrência do próprio comportamento do Estado, que gera o dano; ou da omissão do Estado perante o evento alheio que causa o gravame, caso em que se caracteriza a falta de serviço; ou, ainda, por ato que suscite situação apta a causar dano em decorrência da exposição de alguém a risco.

III. A responsabilidade subjetiva do Estado se evidencia nos casos em que o ato apontado como causador do dano consiste em omissão do serviço público. Porém, para a

caracterização da culpa, devem estar atendidos os respectivos requisitos: previsibilidade e a inevitabilidade do acontecido/dano e o dever de agir do Estado.

IV. Restando comprovado nos autos que a causa do acidente foi a existência de animal em rodovia estadual que colidiu com a motocicleta do pai do autor, causando-lhe o óbito, surge para o Estado o dever de indenizar, por decorrência de aplicação da tese da responsabilidade objetiva inculpada no art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal.

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

VI. A Constituição Federal, em seu art. 5º, V, garante a indenização da lesão moral, independente de estar, ou não, associada ao prejuízo patrimonial.

VII. Para a fixação da compensação por danos morais, deve-se levar em conta essencialmente a extensão do dano consistente no sofrimento e no abalo psicológico causado à vítima. No caso, o valor fixado a título de danos morais deve ser majorado para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

VIII. Mesmo sendo atribuído ao juiz fixar o valor dos danos morais, não deve causar o enriquecimento indevido da parte.

IX. Quanto aos danos materiais, a reparação tem como finalidade repor as coisas lesionadas ao seu *status quo ante* ou possibilitar à vítima a aquisição de outro bem semelhante ao destruído ou extraviado.

X. Na presente lide, o pai autor, que era o provedor da família, veio a óbito, deixando filho menor desamparado, sem condição de manter o próprio sustento, devendo ser fixado, a título de danos materiais, o pagamento do valor de um salário mínimo, até que o autor adquira a maioridade.

XI. Apelação do autor parcialmente provida, para garantir o direito à indenização por danos materiais, com o pagamento do valor de um salário mínimo, até que o autor adquira a maioridade, majorando a indenização por danos morais para R\$ 50.000,00.

XII. Apelação da União parcialmente provida para declarar a legitimidade passiva solidária do DNIT, para figurar no polo passivo da lide.

Data da Decisão: 25/06/2013

Data da Publicação: 28/06/2013

Doutrina

Processo: APELREEX 00032857420114058201
APELREEX - Apelação / Reexame Necessário - 25.536
Relator(a): Desembargador Federal Élio Wanderley de Si-
queira Filho
Sigla do órgão: TRF5
Órgão julgador: Terceira Turma
Fonte: *DJE* - Data: 27/02/2013 - Página: 123
Decisão: UNÂNIME

Ementa

CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ES-
TADO. DANOS MATERIAL E MORAL. ACIDENTE DE
VEÍCULO. MORTE DO CONDUTOR. NEXO DE CAUSA-
LIDADE. REPARAÇÃO. NECESSIDADE.

1. Ilegitimidade sustentada pelo DNIT afastada, em face das prerrogativas concedidas às autarquias e fundações públicas, dentre elas, a sua capacidade de autoadministração, abrangendo, inclusive, a autonomia financeira.
2. O ordenamento jurídico pátrio adota a tese da responsabilidade objetiva do Estado, seguindo a teoria do risco administrativo, segundo a qual não se exige a culpa do agente, mas, tão somente, a demonstração da ocorrência do fato e a conseqüente lesão ocasionada (nexo causal).
3. Com relação ao nexo de causalidade, este restou configurado diante da ausência de sinalização no local do acidente acerca da circulação de animais na área e a morte do motorista que conduzia o veículo, atraindo a responsabilidade estatal pela reparação dos danos.
4. Consideradas as circunstâncias do caso concreto e o sofrimento impingido aos demandantes, decorrente do falecimento do seu cônjuge/genitor, faz-se mais justo e razoável fixar a indenização por danos morais em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos autores.
5. Dano material fixado sob a forma de pensão mensal, a ser paga, desde o evento danoso, aos filhos da vítima, no valor de 2/3 do salário mínimo, até à data em que completam 25 anos, idade em que cessa a obrigação de prestar alimentos em razão do parentesco, e à viúva, no montante de 1/3 do salário mínimo, até à data em que complete 65 anos de idade.
6. Observância, quanto à correção monetária e aos juros de mora, do disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 (com a redação dada por aquele diploma legal).

7. Remessa oficial e apelação parcialmente providas.

Data da Decisão: 14/02/2013

Data da Publicação: 27/02/2013

Doutrina

AUTOR: Maria Sylvia Zanella Di Pietro OBRA: Direito Administrativo, 14ª edição, São Paulo: Atlas, 2002, p. 530/531
Referência Legislativa

LEG-FED LEI-11960 ANO-2009

LEG-FED LEI-9494 ANO-1997 ART-1-F*****CF-88 Constituição Federal de 1988 ART-37 PAR-6 ART-5 INC-5

Inteiro Teor: 00032857420114058201

Processo: AC 00001894820114058202

AC - Apelação Cível - 549.425

Relator(a): Desembargador Federal Marcelo Navarro

Sigla do órgão: TRF5

Órgão julgador: Terceira Turma

Fonte: *DJe* - Data: 21/02/2013 - Página: 121

Decisão: UNÂNIME

Ementa

CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MÁ CONSERVAÇÃO DA RODOVIA FEDERAL. MORTE. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CULPA CONCORRENTE. ATENUAÇÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL.

1. Ação ajuizada com finalidade de obter indenização por dano moral e material em decorrência do falecimento da filha, em razão de acidente de trânsito provocado por buracos na pista de rolamento da rodovia federal.

2. “A omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, haja causado a terceiros. Doutrina. Precedentes jurisprudenciais - (...)” (STF - AgRg - RE 495.740-0-Rel. Min Celso de Mello - *DJe* 14.08.2009, p. 92).

3. O sinistro não foi causado pela falta de habilitação da condutora ou pela não utilização de equipamentos de proteção da vítima, mas pela má conservação da rodovia federal. Deste modo, há que se falar em culpa concorrente. Atenuação da responsabilidade estatal. Precedentes da 2ª e 3ª Turmas desta Corte.

4. A responsabilidade estatal encontra-se evidenciada, em face do nexo de causalidade existente entre o acidente e a conduta omissiva do DNIT no que se refere ao seu dever de, nos termos da Lei nº 10.233/2001, zelar pela conservação das rodovias federais.

5. Conforme entendimento do STJ, é devida indenização por dano material, consubstanciada em pensão por morte aos pais de família de baixa renda, fundado no pressuposto de que, em se tratando de família humilde, a filha falecida iria colaborar com a manutenção do lar onde residia.

6. Condenação do DNIT ao pagamento, a título de danos materiais, em prol de cada autor da pensão, desde a data do falecimento da vítima, à razão de 2/3 do salário mínimo, até a data em que completaria 25 anos de idade e a partir daí, à base de 1/3 do salário mínimo, até a data em que a vítima completaria 65 anos de idade, até a sua longevidade provável prevista em tabela expedida pela Previdência Social, se até lá estiver vivo qualquer dos autores.

7. Na pretensão por dano moral, o que se busca tutelar é a satisfação de ordem moral, que importa no reconhecer o valor desse bem. Em uma sociedade democrática não há como se furtar de amparar de forma particular a consideração moral, sustentáculo da própria estrutura da sociedade.

8. Fixação dos danos morais no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

9. Apelação parcialmente provida.

Data da Decisão: 14/02/2013

Data da Publicação: 21/02/2013

Referência Legislativa

LEG-FED LEI-11960 ANO-2009-LEG-FED SUM-54 (STJ)-
LEG-FED LEI-9494 ANO-1997 ART-1-F-CPC-73 Código de
Processo Civil LEG-FED LEI-5869 ANO-1973 ART-21 (CA-
PUT)-LEG-FED LEI-10233 ANO-2001*****CF-88 Constitui-
ção Federal de 1988 ART-37 PAR-8

Inteiro Teor: 00001894820114058202

Processo: APELREEX 00149074720114058300

APELREEX - Apelação / Reexame Necessário - 23.946

Relator(a): Desembargador Federal Francisco Barros Dias

Sigla do órgão: TRF5

Órgão julgador: Segunda Turma

Fonte: DJe - Data: 31/01/2013 - Página: 274

Decisão: UNÂNIME

Ementa

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. ART. 37, PARÁGRAFO 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEIÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/32. MENOR IMPÚBERE. PRESCRIÇÃO NÃO CONSUMADA. ART. 198, I, DO CÓDIGO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO EM RODOVIA FEDERAL. MORTE DO CONDUTOR. AUSÊNCIA DE PROTEÇÃO À MARGEM DE CÓRREGO. OMISSÃO NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO. NEGLIGÊNCIA DA AUTARQUIA CARACTERIZADA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ÔNUS DO ENTE PÚBLICO. VALOR FIXADO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA. PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA. CABIMENTO. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. FIXAÇÃO DE ACORDO COM O ART. 1-F DA LEI Nº 9.494/97. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. NÃO CABIMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 421 DO STJ. APELAÇÕES E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS.

1. Apelações cíveis e remessa oficial de sentença que condenou a Autarquia Federal a pagar indenização por danos morais, bem como pensão correspondente a 1/4 (um quarto) da remuneração do *de cujus*, em favor de cada autor.
2. A Lei nº 10.233/2001, ao dispor sobre a instituição, objetivos e atribuições do DNIT, prevê em seu art. 82 que, dentre outros, compete a essa Autarquia a administração, direta ou por meio de convênios de delegação ou cooperação, das estradas sob sua jurisdição, devendo ser reconhecida a sua legitimidade passiva para responder pelo evento danoso.
3. Nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/32, prescreve em 5 (cinco) anos qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública. No caso dos autos, o acidente ocorreu em 02.06.2005 e o ajuizamento da ação indenizatória se deu em 04.10.2011, ou seja, em prazo superior ao quinquênio contado da data do evento danoso, estando consumada a prescrição somente em relação à esposa do falecido, tendo em vista que os filhos eram menores impúberes durante o lustrum prescricional e, nessa hipótese, não

corre a prescrição contra o absolutamente incapaz, a teor do disposto no art. 198, I, do Código Civil.

4. O art. 37, parágrafo 6º, da Carta Magna prevê que é objetiva a responsabilidade da Administração por danos decorrentes de acidente automobilístico causado por omissão estatal, independentemente da existência de dolo ou culpa por parte do agente público.

5. O laudo pericial realizado no local de ocorrência atestou que a morte dos passageiros do veículo acidentado ocorreu em virtude de afogamento, após o condutor perder o controle do veículo e este submergir nas águas do córrego à margem da rodovia, como também é enfática em concluir que não havia “obstáculos protetores no trecho da margem direita voltada para o córrego”.

6. A responsabilidade civil somente é elidida pelo caso fortuito, por força maior ou pela culpa exclusiva da vítima, hipóteses que não se verificaram no caso dos autos.

7. Evidência do nexo de causalidade entre a omissão culposa da Autarquia Federal e o acidente, em virtude de não haver diligenciado na instalação de barras de proteção (*guard rail*) nas margens da rodovia federal, no trecho onde ocorreu o acidente, de modo que cabe ao DNIT o ônus de indenizar a parte autora.

8. A perda irreparável de um ente familiar impõe a fixação de uma reparação compatível com a dor suportada pelos filhos do *de cuius*, e o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), fixado em favor de cada um dos filhos da vítima, está compatível com os valores praticados pelo Superior Tribunal de Justiça.

9. O valor da pensão mensal fixada em favor dos filhos do *de cuius* deve ser mantido na forma estabelecida na sentença recorrida, considerando que a remuneração do falecido era destinada à manutenção de um núcleo familiar composto por 4 (quatro) pessoas, sendo razoável a fixação de 1/4 (um quarto) do valor da remuneração, a ser paga em favor de cada filho, até o mês em que completem 21 (vinte e um) anos.

10. A correção monetária e os juros de mora incidentes devem ser aplicados conforme o disposto na atual redação da Lei nº 9.494/97.

11. A Súmula nº 421 do STJ pacificou o entendimento de que “os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de

direito público à qual pertença”, o que afasta a pretensão da Defensoria Pública da União cobrar honorários em desfavor de Autarquia Federal.

12. Apelações e remessa oficial improvidas.

Data da Decisão: 29/01/2013

Data da Publicação: 31/01/2013

Referência Legislativa

LEG-FED SUM-421 (STJ)-LEG-FED LEI-9494 ANO-1997

ART-1-F-LEG-FED SUM-362 (STJ)-LEG-FED LEI-11960

ANO-2009-LEG-FED SUM-284 (STF)-LEG-FED LEI-10233

ANO-2001 ART-82 INC-4 INC-5-LEG-FED LCP-132 ANO-

2009-LEG-FED LCP-80 ANO-1990-LEG-FED DEC-20910

ANO-1932 ART-1-****CPC-73 Código de Processo Civil

LEG-FED LEI-5869 ANO-1973 ART-267 INC-6 ART-333 INC-

1 ART-535 ART-219*****CC-02 Código Civil LEG-FED LEI-

10406 ANO-2002 ART-197 ART-206 PAR-3 INC-5 ART-198

INC-1 ART-884****CF-88 Constituição Federal de 1988

ART-37 PAR-6

Inteiro Teor: 00149074720114058300

Processo: AGRESP 201100707530

AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1.247.453

Relator(a): ARNALDO ESTEVES LIMA

Sigla do órgão: STJ

Órgão julgador: PRIMEIRA TURMA

Fonte: *DJe* DATA: 29/05/2012 RSTJ VOL.: 00227 PG: 00242

DTPB:

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Francisco Falcão e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Ementa

EMEN: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO EM RODOVIA ESTADUAL. TRÂNSI-

TO DE ANIMAIS. DEVER DE FISCALIZAÇÃO. INÉRCIA ADMINISTRATIVA. MORTE DE MENOR. DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO NÃO EXORBITANTE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, conforme ocorreu no acórdão em exame, não se podendo cogitar de sua nulidade.

2. Quando a inércia administrativa concorrer para a ocorrência do evento danoso, a sua omissão específica gera a responsabilidade civil do Estado.

3. Comprovada nos autos a consumação do dano, a existência de omissão estatal em fiscalizar a rodovia estadual com trânsito de animais e o vínculo causal entre o evento danoso e o comportamento estatal – requisitos cumulativos geradores da responsabilidade civil do Estado –, rever tal entendimento, firmado no acórdão recorrido, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ.

4. No caso em exame, as instâncias ordinárias fixaram a título de danos morais o valor de R\$ 40.000,00, a fim de mitigar o sofrimento causado e os efeitos psicológicos adversos gerados pelo evento danoso, valor que não se mostra exorbitante ao ponto de merecer a intervenção deste Superior Tribunal para sua redução.

5. Agravo regimental não provido. ...EMEN:

Indexação

VEJA A EMENTA E DEMAIS INFORMAÇÕES. ...INDE:

Data da Decisão: 22/05/2012

Data da Publicação: 29/05/2012

Referência Legislativa

LEG:FED SUM:***** SUM(STJ) SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SUM:000007 SUM:000362 ..REF:

Processo: AGRESP 200700650532

AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 935943

Relator(a): HERMAN BENJAMIN
Sigla do órgão: STJ
Órgão julgador: SEGUNDA TURMA
Fonte: DJE DATA:12/02/2009 DTPB:
Decisão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)”. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ementa

EMEN: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO EM RODOVIA FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. DANO MORAL. REVISÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. A despeito de a União ter firmado o convênio 014/1996 com o Estado do Rio Grande do Sul com relação à conservação e à manutenção de rodovias federais, permanece sua responsabilidade solidária, de acordo com o art. 37, § 6º, da CF.

2. A revisão dos valores fixados a título de danos morais implica o reexame de matéria fático-probatória, vedado pela Súmula 7/STJ, exceto quando se tratar de quantia irrisória ou exorbitante, o que não se configura neste caso.

3. Hipótese em que se estabeleceu o montante de R\$ 25.000,00, equivalente a cento e vinte e cinco (125) salários mínimos, a quem sofreu lesões decorrentes de acidente automobilístico, e se fixou o valor de R\$ 50.000,00, equivalente a (250) duzentos e cinquenta salários mínimos, aos pais da outra vítima, que faleceu.

4. Agravo Regimental não provido. ..EMEN:

Indexação

VEJA A EMENTA E DEMAIS INFORMAÇÕES. ..INDE:

Data da Decisão: 05/08/2008

Data da Publicação: 12/02/2009

Referência Legislativa

LEG:FED SUM:***** SUM(STJ) SÚMULA DO SUPERIOR

TRIBUNAL DE JUSTIÇA SUM:000007 ..REF: LEG:FED
CFB:***** ANO:1988 ***** CF-1988 CONSTITUIÇÃO FE-
DERAL DE 1988 ART:00037 PAR:00006 ..REF:

Sendo assim, entendo razoável que o montante indenizatório, a título de danos morais, de ambas as autoras seja reduzido, de modo que a Sra. Edilza Maria da Cruz Oliveira perceba R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), e Edja Franciely Cruz de Oliveira – sua filha – receba R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). Permanecendo a sentença incólume quanto à quantia fixada relativa ao dano estético.

Quanto à referência dos lucros cessantes supostamente devidos à autora, entendo que nos autos não existiram provas capazes de formar o convencimento do Juízo *a quo*, não pode a parte, em sede de apelação, inovar com provas não apresentadas nos autos da ação principal no momento devido. Carece de respaldo, tal pleito.

Por fim, no que concerne aos honorários advocatícios, acolho a recomendação do nobre representante do *Parquet*, no sentido de reduzi-los para o patamar de 5% sobre o valor da condenação, já que proporcionalmente a maioria dos pedidos contidos na peça atrial foram concedidos pelo Juízo *a quo*.

Diante do exposto, nego provimento à apelação do particular e dou parcial provimento à apelação do DNIT e à remessa oficial, para minorar o valor da indenização por danos morais para R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) à filha, e R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) à genitora, devidamente corrigido, até o efetivo pagamento, bem como para reduzir a verba honorária para 5% sobre o valor da condenação.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 28.149-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Apelantes: JOÃO VITORINO DA SILVA E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Adv./Proc.: DRA. ELIZABETH RIBEIRO SOUTO

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AVERBAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM CONDIÇÕES PREJUDICIAIS À SAÚDE. CONTAGEM ESPECIAL. COBRADOR DE ÔNIBUS. COMPROVAÇÃO COM O SIMPLES ENQUADRAMENTO DENTRO DA CATEGORIA PROFISSIONAL PREVISTA NO ITEM 2.4.4 DO ANEXO AO DECRETO Nº 53.831/64. EXPOSIÇÃO AO AGENTE RUÍDO. COMPROVAÇÃO. USO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL DE TRABALHO (EPI). LAUDO EXTEMPORÂNEO. VALIDADE. REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PREENCHIDOS. ART. 201, PARÁG. 7º, DA CF/88. JUROS. CORREÇÃO MONETÁRIA. CRITÉRIOS.

- Versa a matéria dos presentes autos acerca da possibilidade (ou não) do reconhecimento do tempo de serviço exercido em condições especiais pelo autor, nos períodos de 15.12.75 a 27.03.76 (TRANSPORTADORA ITAMARACÁ LTDA.); de 03.05.76 a 17.10.76 (EMPRESA AUTOVIÁRIA SENHOR DO BOMFIM LTDA.); de 29.12.76 a 28.06.77 (ELSON SOUTO E CIA LTDA. - EXPRESSO 1002); de 12.09.77 a 20.07.79 (SHUNK DO BRASIL SINTETIZADOS E ELETROGRAFITES LTDA.); de 17.04.80 a 28.05.98 (SANTISTA TÊXTIL S/A), e a sua respectiva conversão em atividade comum, objetivando-se a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição.

- O douto juízo de primeiro grau apenas reconheceu como especial o período de contribuição referente às atividades exercidas na função de Cobrador junto às empresas TRANSPORTADORA ITAMARACÁ LTDA., no período de 15.12.75 a 27.03.76; EMPRESA AUTOVIÁRIA SENHOR DO BOMFIM LTDA., no período de 03.05.76 a 17.10.76; e ELSON SOUTO E CIA LTDA. - EXPRESSO 1002, no período de 29.12.76 a 28.06.77.

- O exercício da atividade de cobrador de ônibus urbano, prevista no item 2.4.4 do Anexo ao Decreto nº 53.831/64, caracteriza exposição presumida a agentes insalubres, ao menos até a promulgação da Lei 9.032/95, quando se passou a exigir demonstração da exposição efetiva a esses agentes. Considerando que o juízo de primeiro grau reconheceu como de natureza especial apenas o tempo de serviço prestado pelo autor até 28.06.77, na função de Cobrador de transporte coletivo, conforme cópia da CPTS acostada aos autos (fls. 15/34), não se cogita da necessidade de efetiva demonstração dos agentes nocivos, por se cuidar de interstício anterior à Lei 0.032/95.

- Desta forma, não merece reparos a douda sentença no que se refere ao reconhecimento da especialidade da função de Cobrador nos períodos de 15.12.75 a 27.03.76 (TRANSPORTADORA ITAMARACÁ LTDA.); de 03.05.76 a 17.10.76 (EMPRESA AUTOVIÁRIA SENHOR DO BOMFIM LTDA.); de 29.12.76 a 28.06.77 (ELSON SOUTO E CIA LTDA. - EXPRESSO 1002).

- No que se refere aos períodos de 12.09.77 a 20.07.79 e de 17.04.80 a 28.05.98, em que o requerente laborou nas empresas SHUNK DO BRASIL SINTETIZADOS E ELETROGRAFITES LTDA. e SANTISTA TÊXTIL S/A, respectivamente, restou devidamente demonstrado, através de formulários DSS 8030 (fl. 46) e PPP - PERFIL

PROFISSIOGRÁFICO PREVIDENCIÁRIO (fls. 51/53), apoiados em LAUDOS TÉCNICOS ELABORADOS POR ENGENHEIRO E MÉDICO DO TRABALHO (fls. 47/50 e 54/60), que o demandante efetivamente exerceu suas funções sujeito a condições especiais de modo habitual e permanente, expondo-se ao agente nocivo ruído acima do permitido (86,5 a 91,7 dB), fazendo jus, portanto, ao cômputo de serviço especial de forma majorada.

- Convertido em comum o tempo de serviço exercido em condições especiais, com observância da legislação vigente à época, e somados os demais períodos constantes dos autos, perfaz o autor tempo de serviço acima de 35 anos, suficientes para a concessão da aposentadoria integral, nos termos do art. 201, parág. 7º, da CF/88, a partir da data do requerimento administrativo.

- Os valores em atraso deverão ser monetariamente corrigidos de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal e acrescidos de juros moratórios ao mês, a partir da citação válida, até o advento da Lei 11.960, quando passarão ambos a incidir na forma prevista no art. 1º F da Lei 9.494/97, com a redação da nova Lei.

- Honorários advocatícios fixados em 10%, sobre o valor da condenação, observada a Súmula 111 do STJ.

- Apelação do INSS e à remessa oficial improvidas e apelação do particular parcialmente provida, para reconhecer como especial o período de 12.09.77 a 20.07.79 e de 17.04.80 a 28.05.98, em que o requerente laborou nas empresas SHUNK DO BRASIL SINTETIZADOS E ELETROGRAFITES LTDA. e SANTISTA TÊXTIL S/A, e, conseqüentemente, o seu direito à aposentadoria por tempo de contribuição, a partir do requerimento administrativo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELREEX 28.149-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 à apelação do INSS e à remessa oficial e dar parcial provimento à apelação do particular, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 22 de agosto 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 Apelações interpostas pelo INSS e por JOÃO VITORINO DA SILVA, em face da sentença de fls. 90/99, da lavra do eminente Juiz Federal da 9ª. Vara da SJPE, que julgou parcialmente procedente o pedido deduzido na peça inaugural, o qual consistia na concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, apenas para reconhecer como especial o período de contribuição referente às atividades exercidas junto às empresas TRANSPORTADORA ITAMARACÁ LTDA., no período de 15.12.75 a 27.03.76; EMPRESA AUTOVIÁRIA SENHOR DO BOMFIM LTDA., no período de 03.05.76 a 17.10.76; e ELSON SOUTO E CIA LTDA. - EXPRESSO 1002, no período de 29.12.76 a 28.06.77; não houve condenação em honorários advocatícios em face da sucumbência recíproca.

2. O INSS, em sede de razões recursais, alega, em síntese, a ausência de comprovação da exposição ao agente ruído nas TRANSPORTADORA ITAMARACÁ LTDA., EMPRESA AUTOVIÁRIA SENHOR DO BOMFIM LTDA. e ELSON SOUTO E CIA LTDA. - EXPRESSO 1002, unicamente, na condição de cobrador de ônibus. Sustenta que para a averbação do tempo de serviço especial na função de cobrador fazia-se necessário que o autor houvesse comprovado, documentalmente, que exercia a atividade em ôni-

bus de transporte de passageiros, o que não restou devidamente demonstrado nos autos.

3. O particular, em suas razões de apelação (fls. 107/115), postula a reforma parcial da sentença a fim de que também seja reconhecido como especiais os períodos laborados nas empresas SHUNK DO BRASIL SINTETIZADOS E ELETROGRAFITES LTDA. (12.09.77 a 20.07.79) e na SANTISTA TÊXTIL S/A (17.04.80 a 28.05.98), com a devida conversão em tempo comum, para fins de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição; requer, ainda, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios no valor de 20% sobre o valor da condenação afastando a sucumbência recíproca.

4. É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

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

1. Versa a matéria dos presentes autos acerca da possibilidade (ou não) do reconhecimento do tempo de serviço exercido em condições especiais pelo autor, nos períodos de 15.12.75 a 27.03.76 (TRANSPORTADORA ITAMARACÁ LTDA.); de 03.05.76 a 17.10.76 (EMPRESA AUTOVIÁRIA SENHOR DO BOMFIM LTDA.); de 29.12.76 a 28.06.77 (ELSON SOUTO E CIA LTDA. - EXPRESSO 1002); de 12.09.77 a 20.07.79 (SHUNK DO BRASIL SINTETIZADOS E ELETROGRAFITES LTDA.); de 17.04.80 a 28.05.98 (SANTISTA TÊXTIL S/A), e a sua respectiva conversão em atividade comum, objetivando-se a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição.

2. O douto juízo de primeiro grau apenas reconheceu como especial o período de contribuição referente às atividades exercidas na função de Cobrador junto às empresas TRANSPORTADORA ITAMARACÁ LTDA., no período de 15.12.75 a 27.03.76; EMPRESAAUTOVIÁRIA SENHOR DO BOMFIM LTDA., no período de 03.05.76 a 17.10.76; e ELSON SOUTO E CIA LTDA. - EXPRESSO 1002, no período de 29.12.76 a 28.06.77.

3. Inicialmente, vale tecer algumas considerações acerca do reconhecimento do caráter insalubre das atividades exercidas em condições especiais, para fins de concessão de aposentadoria.

4. A aposentadoria especial foi instituída pelo art. 31 da Lei 3.807/60, e pode ser conceituada como sendo o benefício decorrente do trabalho realizado em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física do segurado, de acordo com a previsão de lei.

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

6. O Decreto 611/92, ao regulamentar a Lei 8.213/91, reiterou o disposto nos anexos I e II dos Decretos 83.080/79 e 53.831/64, possibilitando a aposentação por segurados pertencentes a determinadas categorias, conforme o disposto no seu art. 292, *in verbis*:

Art. 292 - Para efeitos de concessão das aposentadorias especiais, serão considerados os anexos I e II do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovados pelo Decreto 83.080, de 24 de janeiro de 1979, e o anexo do Decreto 53.831, de 25 de março de 1964, até que seja promulgada a lei que disporá sobre as atividades prejudiciais à saúde e a integridade física.

7. O atual regramento legal deste benefício foi basicamente delineado pela Lei 9.032/95, que excluiu a possibilidade de alguns se aposentarem de modo precoce, sem comprovação da nocividade de sua atividade, somente por pertencerem a determinadas categorias profissionais.

8. Dessa forma, atualmente, não se admite mais o enquadramento por atividade para concessão do benefício, mas, sim, a comprovação efetiva da atividade em condições especiais, em face da Lei 9.032/95, que, ao alterar o dispositivo insculpido no art. 57, parágrafo. 3º, da Lei 8.213/91, passou exigir como condição *sine qua non* para a concessão da aposentadoria especial, além das anteriormente exigidas, também o tempo de trabalho de maneira permanente, não ocasional, nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde e a integridade física.

9. No entanto, entendo, respeitando os que pensam de forma contrária, que tais classificações, quanto a atividades e agentes nocivos, são meramente exemplificativas, visto que é a presença do agente danoso no processo produtivo e no meio ambiente de trabalho quem determina o benefício.

10. Partilha do mesmo entendimento da doutrina a jurisprudência dos Tribunais, através de inúmeros acórdãos:

PREVIDENCIÁRIO, PROCESSUAL CIVIL. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE INSALUBRE E PERIGOSA PARA FINS DE APOSENTADORIA ESPECIAL. ATIVIDADES PREVISTAS NOS DECRETOS 72.771/73 E 87.374/82. ROL NÃO EXAUSTIVO. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO POR LAUDO PERICIAL. NECESSIDADE DE HABILITAÇÃO ESPECÍFICA DO PERITO. ANULAÇÃO DO PROCESSO.

1. O rol de atividades insalubres, nocivas ou perigosas que consta nos Decretos 72.771/73 e 87.374/82 não é exaustivo, sendo possível ao Poder Judiciário reconhecer outras como geradoras do direito à aposentadoria especial mediante laudo elaborado por perito com habilidade específica para aferir que o exercício de determinado tipo de atividade é prejudicial à saúde. (Cf. TRF, AC 104.491/SP, Primeira Turma, Ministro Carlos Thibau, *DJ* 14/11/1985; AC 99.201/SP, Segunda Turma, Ministro Gueiros Leite, *DJ* 08/08/1985; AC 85.464/SP, Segunda Turma, Ministro Gueiros Leite, *DJ* 03/05/1984, e AC 60.260/SP, Terceira Turma, Ministro Hélio Pinheiro, *DJ* 24/10/1985).

(TRF 1R., AC 587.662-MG, Primeira Turma, Rel. Des. Federal JOÃO CARLOS MAYER SOARES, *DJU* 29.01.04, p. 35)

11. A condição fundamental é, portanto, a comprovação pelo segurado da efetiva exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física.

12. Portanto, a legislação superveniente não poderia afastar o direito adquirido do trabalhador, deixando-o desamparado, depois de, efetivamente, ter exercido atividades sob condições desfavoráveis à sua integridade física; de maneira que, para a possibilidade da conversão do tempo exercido em condições especiais, de

forma majorada, para o tempo de serviço comum, *in casu*, é necessário o demandante comprovar, tão só, o exercício de atividades perigosas, insalubres ou penosas.

13. Inicialmente, cumpre observar que o exercício da atividade de cobrador de ônibus urbano, prevista no item 2.4.4 do Anexo ao Decreto nº 53.831/64, caracteriza exposição presumida a agentes insalubres, ao menos até a promulgação da Lei 9.032/95, quando se passou a exigir demonstração da exposição efetiva a esses agentes.

14. Considerando que o juízo de primeiro grau reconheceu como de natureza especial apenas o tempo de serviço prestado pelo autor até 28.06.77, na função de Cobrador de transporte coletivo, conforme cópia da CPTS acostada aos autos (fls. 15/34), não se cogita da necessidade de efetiva demonstração dos agentes nocivos, por se cuidar de interstício anterior à Lei 9.032/95. Neste sentido se encontra a jurisprudência pátria:

(...) Não é exigível a apresentação de formulários SB 40, DSS 8030, DISES.BE 5235 ou DIRBEN 8030 para comprovação do exercício de atividade em condições especiais em período anterior a 29/04/1995, para a atividade de motorista e cobrador de ônibus, em razão da presunção legal de sua insalubridade por enquadramento das categorias profissionais nos itens 2.4.4 e 2.4.2 do Anexo II dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, respectivamente.

9. Matéria pacificada pela jurisprudência pátria.

10. Ação ajuizada em 26/04/2005. Direito ao restabelecimento do benefício, a contar da data de sua cessação – 01/04/2005 –, com o pagamento das prestações vencidas atualizadas monetariamente, acrescidas de juros de mora de 0,5% ao mês, até 29/06/2009 e, a partir de então, nos termos da nova redação dada ao art. 1º-F da Lei 9.494/97 pela Lei nº 11.960/2009.

11. Apelação provida.

(AC 200581000062898, Desembargadora Federal Cristina Garcez, TRF5 - Quarta Turma, 17/02/2011)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. MOTORISTA E COBRADOR DE ÔNIBUS. COMPROVAÇÃO COM O SIMPLES ENQUADRAMENTO DENTRO DAS

CATEGORIAS PROFISSIONAIS PREVISTAS NOS DECRETOS-LEIS 53.831/64 E 83.080/79.

1. De acordo com a jurisprudência, a aposentadoria especial rege-se pela legislação vigente à época da prestação do serviço.

2. In casu, o autor exerceu as atividades de motorista e cobrador na vigência dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, cujos anexos contemplavam essas categorias profissionais dentre aquelas que gozavam de presunção de nocividade.

3. Neste aspecto, mostra-se correta a sentença que reconheceu o direito à conversão dos períodos laborados nessas condições, com a consequente concessão da aposentadoria requerida.

4. Apelação e remessa improvidas.

(AC 200651015042388, Desembargador Federal MARCELLO FERREIRA DE SOUZA GRANADO, TRF2 - PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, 30/04/2010)

PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. DECRETO Nº 53.831/64. DECRETO Nº 83.080/79. MOTORISTA: REQUISITOS NÃO COMPROVADOS. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL, TIDA POR INTERPOSTA, PARCIALMENTE PROVIDAS.

1. Estando devidamente comprovado o exercício de atividade profissional considerada prejudicial à saúde, o segurado tem direito à conversão do tempo de atividade especial em tempo de atividade comum para fins de concessão do benefício de aposentadoria.

2. Ao tempo de serviço prestado por cobrador de ônibus anteriormente à vigência da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, aplica-se o critério da presunção legal por grupo profissional para a caracterização de natureza insalubre da atividade para fins de aposentadoria especial.

3. Não restando comprovado que o autor era motorista de ônibus ou caminhão, não há como reconhecer como especial tal atividade, nos termos do item 2.4.4 do Quadro Anexo do Decreto nº 53.831/64.

4. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, a que se dá parcial provimento, para, reformando parcialmente a sentença, não reconhecer como tempo de serviço em ati-

vidade especial o período compreendido entre 8.1.96 a 30.8.96, trabalhado pelo autor, como motorista, na empresa Conservadora Jota Ele Ltda-ME.

(AC 200238000068696, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO SÁVIO DE OLIVEIRA CHAVES, TRF1 - PRIMEIRA TURMA, 15/03/2004)

15. Desta forma, não merece reparos a douda sentença no que se refere ao reconhecimento da especialidade da função de Cobrador nos períodos de 15.12.75 a 27.03.76 (TRANSPORTADORA ITAMARACÁ LTDA.); de 03.05.76 a 17.10.76 (EMPRESA AUTOVIÁRIA SENHOR DO BOMFIM LTDA.); de 29.12.76 a 28.06.77 (ELSON SOUTO E CIA LTDA. - EXPRESSO 1002).

16. Quanto aos períodos de 12.09.77 a 20.07.79 e de 17.04.80 a 28.05.98, em que o requerente laborou nas empresas SHUNK DO BRASIL SINTETIZADOS E ELETROGRAFITES LTDA. e SANTISTA TÊXTIL S/A, respectivamente, restou devidamente demonstrado, através de formulários DSS 8030 (fl. 46) e PPP - PERFIL PROFISSIONAL PREVIDENCIÁRIO (fls. 51/53), apoiados em LAUDOS TÉCNICOS ELABORADOS POR ENGENHEIRO E MÉDICO DO TRABALHO (fls. 47/50 e 54/60), que o demandante efetivamente exerceu suas funções sujeito a condições especiais de modo habitual e permanente, expondo-se ao agente nocivo ruído acima do permitido (86,5 a 91,7 dB), fazendo jus, portanto, ao cômputo de serviço especial de forma majorada.

17. Cumpre ressaltar que a extemporaneidade dos documentos não desnatura sua força probante, tendo em vista que, nos termos do art. 58 da Lei nº 8.213/1991, a atribuição da responsabilidade pela manutenção dos dados atualizados sobre as condições especiais de prestação do serviço recai sobre a empresa empregadora e não sobre o segurado empregado. Neste sentido o entendimento desta Primeira Turma:

(...) A extemporaneidade do laudo pericial não compromete a sua validade probatória acerca da insalubridade da atividade desempenhada uma vez que a atribuição da responsabilidade pela manutenção dos dados atualizados sobre as condições especiais de prestação do serviço, a teor do art. 58 da Lei nº 8.213/91, recai sobre a empresa empregadora e não sobre o segurado empregado. Prece-

dentes desta e. Primeira Turma, a saber, APELREEX 200783000213841, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, TRF5 - Primeira Turma, 21/05/2010). (APELREEX 10.848, Rel. Des. Federal JOSÉ MARIA LUCENA, DJU 13.01.11, p. 180)

18. Quanto ao uso de EPI - Equipamento de Proteção Individual, por parte do segurado, segundo a multiplicidade de precedentes desta Corte, sua eficácia não descaracteriza a natureza insalubre ou perigosa da atividade exercida, servindo apenas para resguardar a saúde do trabalhador e evitar que venha a sofrer possíveis lesões:

APOSENTADORIA ESPECIAL. ELETROTÉCNICO. COMPROVAÇÃO DAS CONDIÇÕES ESPECIAIS DAS ATIVIDADES. ART. 57 DA LEI Nº 8213/91. PERÍODO SUPERIOR A 25 ANOS. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

(...)

“O uso de equipamento de proteção individual de trabalho (EPI), não retira o caráter nocivo ou agressivo à saúde ou integridade física do segurado, não podendo ser considerado como óbice à concessão da aposentadoria”. (REOMS 92.447, Des. Federal Relator Marcelo Navarro, DJ 27.08.2007, p. 608)

(APELREEX 14.924, Rel. Des. Federal NILCÉA MARIA BARBOSA MAGGI, Quarta Turma, DJe - 24.03.11 - p. 648)

APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO/SERVIÇO. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. COMPROVAÇÃO. PPP E LAUDO TÉCNICO PERICIAL. ART. 57 DA LEI Nº 8.213/91. CONVERSÃO EM TEMPO DE SERVIÇO COMUM. POSSIBILIDADE. EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL DE TRABALHO (EPI). APELAÇÃO DO INSS IMPROVIDA.

(...)

Esta Turma vem entendendo que o uso do EPI (Equipamento de Proteção Individual de Trabalho) serve para garantir a integridade física do segurado, todavia não afasta o caráter nocivo ou agressivo à saúde da atividade insalubre exercida, não podendo ser considerado como óbice ao reconhecimento do tempo de serviço especial.

(AC 515.625, Rel. Des. Federal FRANCISCO WILDO, Segunda Turma, DJE - 02.03.11, p. 132)

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. DECRETOS NºS 53.831/64 E 83.080/79. SUJEIÇÃO A RUÍDO. POSSIBILIDADE. USO DE EPI. LAUDO EXTEMPORÂNEO. VALIDADE. DIREITO À CONVERSÃO DO TEMPO ESPECIAL EM COMUM. POSSIBILIDADE. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO COM PROVENTOS PROPORCIONAIS. REQUISITOS CUMPRIDOS ATÉ A VIGÊNCIA DA EC Nº 20/98. RMI. ART. 53, II, DA LEI Nº 8.213/91. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS. (...)

5. O uso eficaz de EPI (equipamento de proteção individual), por parte do segurado, embora reduza os efeitos do agente agressor à saúde e integridade física, não descaracteriza a periculosidade e/ou insalubridade da atividade desenvolvida.

(AC 445.386, Rel. Des. Federal JOSÉ MARIA LUCENA, Primeira Turma, *DJE* 13.01.11, p. 201)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. CONTAGEM QUALIFICADA DE TEMPO DE SERVIÇO. TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. PROVA. DEFERIMENTO DA APOSENTADORIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

(...)

2. O uso do EPI não descaracteriza a natureza periculosa/insalubre das atividades desenvolvidas.

(AC 486.231, Rel. Des. Federal MAXIMILIANO CAVALCANTI, Terceira Turma, *DJe* 19.02.10, p. 346)

19. Assim, estando devidamente comprovado o exercício de atividade profissional considerada prejudicial à saúde, o segurado tem direito à conversão do tempo de atividade especial em tempo de atividade comum para fins de concessão do benefício de aposentadoria.

20. Dessa forma, aplicando-se o fator de conversão ao período trabalhado em condições especiais e somando-o aos demais períodos, o demandante, até a data do requerimento administrativo (05.03.07), já somava mais de 35 anos de contribuição, sendo portanto manifestamente legítima a percepção do benefício de Aposentadoria por Tempo de Contribuição, nos termos do art. 201, parág. 7º, da CF/88, a partir daquela data.

21. Pelo exposto, nego provimento à apelação do INSS e à remessa oficial e dou parcial provimento à apelação do particular, para reconhecer como especial o período de 12.09.77 a 20.07.79 e de 17.04.80 a 28.05.98, em que o requerente laborou nas empresas SHUNK DO BRASIL SINTETIZADOS E ELETROGRAFITES LTDA. e SANTISTA TÊXTIL S/A, e, conseqüentemente, o seu direito à aposentadoria por tempo de contribuição, a partir do requerimento administrativo.

22. Os valores em atraso deverão ser monetariamente corrigidos de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal e acrescidos de juros moratórios ao mês, a partir da citação válida, até o advento da Lei 11.960, quando passarão ambos a incidir na forma prevista no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação da nova Lei.

23. Em relação aos honorários sucumbenciais, entendo, em conformidade com a jurisprudência desta Corte, que estes devem ser fixados em 10%, sobre o valor da condenação, nos termos do previsto no pará. 3º do art. 20 do Código de Processo Civil, observada a Súmula 111 do STJ.

24. É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 28.565-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelante: FAZENDA NACIONAL
Apelado: PORTO DIGITAL LTDA.
Advs./Procs.: DRS. TIAGO ALENCAR CARNEIRO DA SILVA E OUTROS (APTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.784/99. IMPOSSIBILIDADE. NORMA GERAL. LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECRETO Nº 70.235/72. ART. 24 DA LEI Nº 11.457/07.

NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. POSSIBILIDADE, IN CASU. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO PREVISTA NOS ARTS. 73 DA LEI Nº 9.430/96 E 7º DO DL Nº 2.287/86. CONCORDÂNCIA TÁCITA E RETENÇÃO DE VALOR A SER RESTITUÍDO OU RESSARCIDO PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. LEGALIDADE DO ART. 6º, E §§, DO DECRETO Nº 2.138/97. ILEGALIDADE DO PROCEDIMENTO APENAS QUANDO O CRÉDITO TRIBUTÁRIO A SER LIQUIDADADO SE ENCONTRAR COM EXIGIBILIDADE SUSPensa (ART. 151 DO CTN). JULGAMENTOS PELO STJ EM RECURSO REPETITIVO.

- A sentença concedeu a segurança para determinar que a autoridade impetrada, no prazo de 30 dias, analise e profira decisão administrativa nos processos administrativos tributários de restituição, protocolados há mais de 360 dias, assim como, no caso de apurar crédito em favor da impetrante, se abstenha de proceder à compensação e ofício em relação a débitos com a exigibilidade suspensa (art. 151 do CTN).

- O colendo STJ, sob os auspícios do recurso repetitivo (REsp nº 1.138.206/RS), decidiu que:

“- o processo administrativo tributário encontra-se regulado pelo Decreto 70.235/72 – Lei do Processo Administrativo Fiscal –, o que afasta a aplicação da Lei 9.784/99, ainda que ausente, na lei específica, mandamento legal relativo à fixação de prazo razoável para a análise e decisão das petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte.

- ad argumentandum tantum, dadas as peculiaridades da seara fiscal, quiçá fosse possível a aplicação analógica em matéria tributária, caberia incidir à espécie o próprio Decreto 70.235/72, cujo art. 7º, § 2º, mais se aproxima do thema judicandum;

- a Lei nº 11.457/07, com o escopo de suprir a lacuna legislativa existente, em seu art. 24, preceituou a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo dos pedidos;
- ostentando o referido dispositivo legal natureza processual fiscal, há de ser aplicado imediatamente aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes;
- tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457/07).”
- Entretanto, a hipótese está totalmente em harmonia com o julgado supra, pois já se passou o prazo de 360 dias para conclusão do procedimento. Em janeiro/2012 a impetrante protocolou junto à SRFB pedidos de restituição, sem que se tenha notícia, até o presente momento, da finalização da análise por parte do Fisco.
- O colendo STJ, em recurso repetitivo (art. 543-C do CPC), decidiu que “o art. 6º, e parágrafos, do Decreto nº 2.138/97, bem como as instruções normativas da Secretaria da Receita Federal que regulamentam a compensação de ofício no âmbito da Administração Tributária Federal (arts. 6º, 8º e 12 da IN SRF 21/1997; art. 24 da IN SRF 210/2002; art. 34 da IN SRF 460/2004; art. 34 da IN SRF 600/2005; e art. 49 da IN SRF 900/2008), extrapolaram o art. 7º do Decreto-Lei nº 2.287/86, tanto em sua redação original quanto na redação atual dada pelo art. 114 da Lei nº 11.196, de 2005, somente no que diz respeito à imposição da compensação de ofício aos débitos do sujeito passivo que se encontram com exigibilidade suspensa, na forma do art. 151 do CTN (v.g. débitos in-

clusos no REFIS, PAES, PAEX, etc.). Fora dos casos previstos no art. 151 do CTN, a compensação de ofício é ato vinculado da Fazenda Pública Federal a que deve se submeter o sujeito passivo, inclusive sendo lícitos os procedimentos de concordância tácita e retenção previstos nos §§ 1º e 3º do art. 6º do Decreto nº 2.138/97” (REsp 1.213.082/PR).

- In casu, restou incontroverso que, conforme o entendimento supra do colendo STJ, a compensação tributária não pode ser operada em face da suspensão da exigibilidade dos créditos.

- Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial não providas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 12 de setembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Cuida-se de apelação interposta contra sentença que concedeu a segurança para determinar que a autoridade impetrada, no prazo de 30 dias, analise e profira decisão administrativa nos processos administrativos tributários de restituição, protocolados há mais de 360 dias, assim como, no caso de apurar crédito em favor da impetrante, se abstenha de proceder à compensação e ofício em relação a débitos com a exigibilidade suspensa (art. 151 do CTN), não constituídos definitivamente ou extintos.

Nas razões recursais, alega-se a legalidade do procedimento de compensação de ofício, tendo em vista que não foi considerada a especial condição do parcelamento como causa de suspensão da exigibilidade do crédito. Aduz-se acerca da impossibilidade de restituição de créditos quando o contribuinte é devedor perante a Fazenda Pública.

Contrarrazões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Em exame apelação interposta contra sentença que concedeu a segurança para determinar que a autoridade impetrada, no prazo de 30 dias, analise e profira decisão administrativa nos processos administrativos tributários de restituição, protocolados há mais de 360 dias, assim como, no caso de apurar crédito em favor da impetrante, se abstenha de proceder à compensação e ofício em relação a débitos com a exigibilidade suspensa (art. 151 do CTN), não constituídos definitivamente ou extintos.

Nas razões recursais, alega-se a legalidade do procedimento de compensação de ofício, tendo em vista que não foi considerada a especial condição do parcelamento como causa de suspensão da exigibilidade do crédito. Aduz-se acerca da impossibilidade de restituição de créditos quando o contribuinte é devedor perante a Fazenda Pública.

Não lhe assiste razão.

A questão referente ao prazo para ser apreciado o processo administrativo fiscal foi julgada pelo distinto STJ no REsp nº 1.138.206/RS, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 1º/09/2010, **decidido sob os auspícios do regime de recurso repetitivo**, com a seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL. PEDIDO ADMI-

NISTRATIVO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI 9.784/99. IMPOSSIBILIDADE. NORMA GERAL. LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECRETO 70.235/72. ART. 24 DA LEI 11.457/07. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A duração razoável dos processos foi erigida como cláusula pétrea e direito fundamental pela Emenda Constitucional 45, de 2004, que acresceu ao art. 5º, o inciso LXXVIII, *in verbis*:

“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

2. A conclusão de processo administrativo em prazo razoável é corolário dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade. (Precedentes: MS 13.584/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, *DJe* 26/06/2009; REsp 1.091.042/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, *DJe* 21/08/2009; MS 13.545/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 29/10/2008, *DJe* 07/11/2008; REsp 690.819/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, *DJ* 19/12/2005)

3. O processo administrativo tributário encontra-se regulado pelo Decreto 70.235/72 – Lei do Processo Administrativo Fiscal –, o que afasta a aplicação da Lei 9.784/99, ainda que ausente, na lei específica, mandamento legal relativo à fixação de prazo razoável para a análise e decisão das petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte.

4. *Ad argumentandum tantum*, dadas as peculiaridades da seara fiscal, quiçá fosse possível a aplicação analógica em matéria tributária, caberia incidir à espécie o próprio Decreto 70.235/72, cujo art. 7º, § 2º, mais se aproxima do *thema judicandum*, *in verbis*:

“Art. 7º **O procedimento fiscal** tem início com: (Vide Decreto nº 3.724, de 2001)

I - o primeiro ato de ofício, escrito, **praticado por servidor competente**, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;

II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros;

III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada.

§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo **prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período**, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos.”

5. A Lei nº 11.457/07, com o escopo de suprir a lacuna legislativa existente, em seu art. 24, preceituou a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo dos pedidos, *litteris*:

“Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.”

6. Deveras, ostentando o referido dispositivo legal natureza processual fiscal, há de ser aplicado imediatamente aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes.

7. Destarte, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457/07). (destaquei)

8. (...)

9. Recurso especial parcialmente provido, para determinar a obediência ao prazo de 360 dias para conclusão do procedimento *sub judice*. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

Destarte, não há como se ir de encontro à jurisprudência firmada pela Corte Superior sob os auspícios do recurso repetitivo.

No entanto, a hipótese em tela está totalmente em harmonia com o precedente supra, visto que já se passou o prazo de 360 dias para conclusão do procedimento, pois em janeiro/2012 a impetrante protocolou junto à SRFB pedidos de restituição, sem que

se tenha notícia, até o presente momento, da finalização da análise por parte do Fisco.

Por outro lado, da mesma forma, o distinto STJ em recurso repetitivo (art. 543-C do CPC), decidiu que:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). ART. 535 DO CPC, AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO PREVISTA NO ART. 73 DA LEI N. 9.430/96 E NO ART. 7º DO DECRETO-LEI N. 2.287/86. CONCORDÂNCIA TÁCITA E RETENÇÃO DE VALOR A SER RESTITUÍDO OU RESSARCIDO PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. LEGALIDADE DO ART. 6º, E PARÁGRAFOS, DO DECRETO N. 2.138/97. ILEGALIDADE DO PROCEDIMENTO APENAS QUANDO O CRÉDITO TRIBUTÁRIO A SER LIQUIDADO SE ENCONTRAR COM EXIGIBILIDADE SUSPensa (ART. 151 DO CTN).

1. Não macula o art. 535 do CPC, o acórdão da Corte de Origem suficientemente fundamentado.

2. O art. 6º, e parágrafos, do Decreto n. 2.138/97, bem como as instruções normativas da Secretaria da Receita Federal que regulamentam a compensação de ofício no âmbito da Administração Tributária Federal (arts. 6º, 8º e 12 da IN SRF 21/1997; art. 24 da IN SRF 210/2002; art. 34 da IN SRF 460/2004; art. 34 da IN SRF 600/2005; e art. 49 da IN SRF 900/2008), extrapolaram o art. 7º do Decreto-Lei n. 2.287/86, tanto em sua redação original quanto na redação atual dada pelo art. 114 da Lei n. 11.196, de 2005, somente no que diz respeito à imposição da compensação de ofício aos débitos do sujeito passivo que se encontram com exigibilidade suspensa, na forma do art. 151 do CTN (v.g. débitos inclusos no REFIS, PAES, PAEX, etc.). **Fora dos casos previstos no art. 151 do CTN, a compensação de ofício é ato vinculado da Fazenda Pública Federal a que deve se submeter o sujeito passivo, inclusive sendo lícitos os procedimentos de concordância tácita e retenção previstos nos §§ 1º e 3º do art. 6º do Decreto n. 2.138/97.** Precedentes: REsp. nº 542.938-RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 18.08.2005; REsp nº 665.953-RS, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em

5.12.2006; REsp nº 1.167.820-SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 05.08.2010; REsp nº 997.397-RS, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 04.03.2008; REsp nº 873.799-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 12.8.2008; REsp. nº 491.342 / PR, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 18.05.2006; REsp nº 1.130.680 - RS Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 19.10.2010.

3. No caso concreto, trata-se de restituição de valores indevidamente pagos a título de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ com a imputação de ofício em débitos do mesmo sujeito passivo para os quais não há informação de suspensão na forma do art. 151 do CTN. Impõe-se a obediência ao art. 6º, e parágrafos, do Decreto nº 2.138/97 e normativos próprios.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC, e da Resolução STJ nº 8/2008.

(REsp 1.213.082/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 18/08/2011)

In casu, restou incontroverso que, conforme o entendimento supra do colendo STJ, a compensação tributária não pode ser operada em face da suspensão da exigibilidade dos créditos.

Diante disso, nego provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 442.832-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA
Apelante: UNIÃO
Apelada: VALÉRIA ROCHA BANDEIRA DE MELO E OUTROS
Adv./Proc.: DR. JOÃO CARLOS DA ROCHA RAMIRO BASTO (APDO.)

EMENTA: PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. DOAÇÃO DE IMÓVEIS AOS FILHOS, HOMOLOGADA POR SENTENÇA EM AÇÃO DE DIVÓRCIO. FATO OCORRIDO EM MOMENTO ANTERIOR AO DO SURGIMENTO DOS CRÉDITOS EXECUTADOS. INSUBSISTÊNCIA DA PENHORA. APELAÇÃO IMPROVIDA.

- Inicialmente, tem-se que a oposição de embargos de terceiro, lastreados na alegação de posse, com base em escritura pública ou particular, independentemente de transcrição no registro imobiliário, se mostra possível, conforme já pacificou o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao editar a Súmula nº 84.

- Nessa linha, mantendo-se a inteligência da súmula anteriormente aduzida, aplicada no vertente feito por analogia, não há como se afastar a legitimidade das recorridas para opor a presente ação, especialmente quando se verifica dos autos, como bem discorreu o magistrado a quo, que a posse dos imóveis nºs 16, 27 e 28 do Loteamento Terra de Antares I, bairro Serraria, matrículas nºs 35.119, 35.130 e 35.131, respectivamente, junto ao 1º CRI de Maceió/AL, objeto do apelo, encontra-se lastreada em título judicial, qual seja: sentença homologatória de divórcio, proferida em 14/05/1993.

- Por sua vez, constata-se que os executivos fiscais que ensejaram as constrições judiciais foram propostos em 30/09/1996, tendo sido as pe-

nhoras levadas a efeito pelo oficial de justiça avaliador apenas em 06/07/2004. Registre-se, por oportuno, que os créditos cobrados dizem respeito a período posterior à doação.

- Acerca da doação de bens imóveis pelos genitores aos filhos, quando da separação do casal, a jurisprudência do STJ é firme, ao afastar a caracterização de fraude à execução, quando a doação é efetivada antes do ajuizamento da execução e, conseqüentemente, da penhora, ainda que não tenha sido efetivado o registro da transferência de titularidade no cartório competente.

- Precedentes do STJ e desta Corte.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 13 de agosto de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA:

Trata-se de apelação do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS), sucedido pela UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), em decorrência do *decisum*, às fls. 200/205, que, diante da sentença que homologara os termos do divórcio, proferida em 14/05/1993, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos presentes embargos de terceiro, decretando a nulidade das penhoras incidentes tão somente sobre os lotes de nºs 16, 27 e 28 do Loteamento Terra de Antares I, bairro Serraria, matrículas nºs

35.119, 35.130 e 35.131, respectivamente, junto ao 1º CRI de Maceió/AL, realizadas nos autos das Execuções Fiscais nºs 96.6161-0 e 96.6163-7, mantendo incólume a constrição efetuada naqueles autos sobre o lote de nº 15, igualmente integrante do referido loteamento, matriculado sob o nº 35.118, no cartório anteriormente mencionado.

A parte apelante, nas razões de seu recurso às fls. 207/208, aduziu, em apertada síntese, que não estaria comprovada nos autos, por meio de documentos recentes, a posse do imóvel pelas recorridas, sequer a indireta, nem a propriedade, o que justificaria a manutenção da respectiva constrição judicial. Ao final, requereu o provimento da apelação, a fim de que os pedidos lançados na inicial sejam julgados improcedentes, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

Contrarrazões às fls. 214/217.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA (Relator):

O apelo do INSS não merece prosperar pelos fundamentos abaixo esposados.

Inicialmente, tem-se que a oposição de embargos de terceiro, lastreados na alegação de posse, com base em escritura pública ou particular, independentemente de transcrição no registro imobiliário, se mostra possível, conforme já pacificou o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao editar a Súmula nº 84, *in verbis*:

É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.

Nessa linha, mantendo-se a inteligência da súmula anteriormente aduzida, aplicada no vertente feito por analogia, não há como se afastar a legitimidade das recorridas para opor a presente ação, especialmente quando se verifica dos autos, como bem discorreu o magistrado *a quo*, que a posse dos imóveis nºs 16, 27 e 28 do

Loteamento Terra de Antares I, bairro Serraria, matrículas nºs 35.119, 35.130 e 35.131, respectivamente, junto ao 1º CRI de Maceió/AL, objeto do apelo, encontra-se lastreada em título judicial, qual seja: sentença homologatória de divórcio, à fl. 13, proferida em 14/05/1993.

Por sua vez, constata-se que os executivos fiscais que ensejaram as constrições judiciais foram propostos em 30/09/1996 (fls. 182 e 189), tendo sido as penhoras levadas a efeito pelo oficial de justiça avaliador apenas em 06/07/2004 (fls. 101/102). Registre-se, por oportuno, que os créditos cobrados nasceram entre 12/93 e 12/94, portanto em momento posterior à doação dos imóveis. Nesse passo, logo se depreende que as execuções fiscais foram ajuizadas mais de 3 (três) anos após a sentença homologatória de divórcio e de partilha de bens, ocorrendo as constrições quase 11 (onze) anos após o citado *decisum* e mais de 2 (dois) anos depois da expedição das respectivas cartas de adjudicação, como bem destacou o juiz de origem. Assim, não há como se manter as penhoras sobre os lotes nºs 16, 27 e 28 do Loteamento Terra de Antares I, bairro Serraria, matrículas nºs 35.119, 35.130 e 35.131, respectivamente, junto ao 1º CRI de Maceió/AL.

Acerca da doação de bens imóveis pelos genitores aos filhos, quando da separação do casal, a jurisprudência do STJ é firme, ao afastar a caracterização de fraude à execução, quando a doação é efetivada antes do ajuizamento da execução e, conseqüentemente, da penhora, ainda que não tenha sido efetivado o registro da transferência de titularidade no cartório competente. Neste sentido, ganham relevo os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DE TERCEIRO. BEM IMÓVEL. PENHORA. INVIABILIDADE. DOAÇÃO ANTERIOR AO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO. FRAUDE À EXECUÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

- Recaindo a penhora sobre bem imóvel doado aos filhos pela executada e seu ex-marido, nos autos de processo de divórcio, antes do ajuizamento da execução, torna-se descabida a alegação de fraude à execução, nos termos da jurisprudência desta Corte. Ademais, a falta de registro da doação no Cartório

de Imóveis não impede a oposição dos Embargos de Terceiro. Precedentes.

- Agravo regimental improvido. (Negrito não original)
(STJ - AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1.030.918 - Relator(a): Min. SIDNEI BENETI - Órgão julgador: TERCEIRA TURMA - DJe: 03/12/2008 - Decisão: Unânime)

PROCESSO CIVIL. **EMBARGOS DE TERCEIRO. DOAÇÃO. AUSÊNCIA DE REGISTRO DA ESCRITURA NO CARTÓRIO DE IMÓVEIS. APLICAÇÃO POR ANALOGIA DA SÚMULA N. 84 DO STJ.**

1. Não se configura fraude à execução quando a doação por escritura pública, ainda que desprovida de registro em cartório, tenha sido realizada em momento anterior à propositura do executivo fiscal. Aplicação analógica da Súmula n. 84/STJ. (Negrito não original)

(STJ - RESP - RECURSO ESPECIAL - 264.788 - Relator(a): Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA - Órgão julgador: SEGUNDA TURMA - DJ: 06/03/2006, página: 00271 - Decisão: Unânime)

EMBARGOS DE TERCEIRO. DOAÇÃO DOS PAIS AOS FILHOS QUANDO DA SEPARAÇÃO. AUSÊNCIA DE FRAUDE DE EXECUÇÃO. PRECEDENTES DA CORTE.

1. Não colhe a penhora de imóvel doado aos filhos em decorrência de separação judicial, pouco relevando não tenha sido o formal de partilha registrado, considerando que o ato jurídico ocorreu bem antes da caracterização da mora dos devedores, como assentado no acórdão recorrido.

2. Recurso especial não conhecido. (Negrito não original)
(STJ - RESP - RECURSO ESPECIAL - 476.566 - Relator(a): Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO - Órgão julgador: TERCEIRA TURMA - DJ: 01/03/2004, página: 00180 - Decisão: Unânime)

Sobre a matéria em comento, não é outro o posicionamento deste Regional, como se pode observar, *in verbis*:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. DOAÇÃO COM ENCARGO NÃO REGISTRADA. FRAUDE À EXECUÇÃO. INEXISTÊNCIA. IMPROVIMENTO.

1. Demonstrada a celebração de contrato de doação com encargo antes do ajuizamento da execução, independentemente de transferência de propriedade no Cartório de Imóveis, não há que se falar em fraude à execução.

2. Hipótese em que o repasse do imóvel por meio de negócio jurídico formalizado em cartório, foi reconhecido pelo próprio executado, que ainda solicitou a liberação da hipoteca ao agente financeiro em favor da embargante, restan-do comprovada assim sua posse através de documentos de fls. 51-55.

3. Apelação improvida. (Negrito não original)
(TRF5 - AC 455.589 - Relator(a): Desembargador Federal Edilson Nobre - Órgão julgador: Quarta Turma - DJe: 11/05/2012, página: 271 - Decisão: Unânime)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. IMÓVEL. DOAÇÃO. FILHOS. SEPARAÇÃO CONSENSUAL. BOA-FÉ. **É contundente a jurisprudência do STJ no sentido de que não caracteriza fraude a doação de bem imóvel aos filhos, por ocasião da separação do casal, devidamente homologada por sentença, antes da execução. Provado nos autos que a separação ocorrera em 1993 e a execução ajuizada em 2000, afastada está a alegação de fraude à execução, devendo ser desconstituída a penhora incidente sobre o imóvel.** Honorários devidos em face da sucumbência do INSS. Improvimento da apelação e da remessa. (Negrito não original)
(TRF 5ª REGIÃO - AC 294.552 - Relator(a): Desembargador Federal Vladimir Carvalho - Órgão julgador: Terceira Turma - DJ: 31/03/2009, página: 206 - Decisão: Unânime)

Ante o exposto, nega-se provimento à apelação.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 525.232-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelantes: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SERGIPE - COREN/SE E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelados: OS MESMOS E ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA ARNALDO GARCEZ
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ FONSECA GESTEIRA NETO E OUTRO E LUZIA SANTOS GOIS E OUTROS

EMENTA: CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM - COREN/SE. ENTIDADE PRIVADA INSTITUÍDA COM A FINALIDADE DE PRESTAR SERVIÇOS DE SAÚDE. INEXISTÊNCIA DE CERTIDÃO DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA EM ENFERMAGEM. EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE PARTEIRA POR PESSOA SEM A DEVIDA HABILITAÇÃO. IRREGULARIDADES. RECALCITRÂNCIA DA ENTIDADE FISCALIZADA. EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA POR PARTE DO ÓRGÃO FISCALIZADOR. DESNECESSIDADE DE RECORRER AO JUDICIÁRIO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL.

- Nos termos das Leis nºs 5.905/73 e 7.498/86, do Decreto nº 94.406/87 e da Resolução nº 302/2005 do COFEN, os Conselhos Regionais de Enfermagem, no exercício de suas atribuições conferidas por lei, se destinam a disciplinar e a fiscalizar as atividades dos profissionais de enfermagem, que devem estar inscritos na respectiva jurisdição administrativa, como também não resta dúvida, de que as mencionadas autarquias federais, no exercício de suas atribuições, podem e devem fiscalizar as entidades de saúde, públicas e privadas, de modo a verificar se, naqueles locais porventura inspecionados, os profissio-

nais contratados para prestar serviços de enfermagem (enfermeiro, técnico e auxiliar) estão devidamente habilitados e se aqueles estabelecimentos atendem aos requisitos necessários para o desempenho das atividades de enfermagem.

- Ainda que as sanções, previstas no art. 18 da Lei nº 5.905/73, só possam ser aplicadas aos profissionais de enfermagem, o COREN/SE, por ser uma pessoa jurídica de direito público, integrante do Poder Executivo Federal, especialmente criada para disciplinar e fiscalizar o exercício de uma atividade profissional remunerada no âmbito de sua circunscrição, não só pode como deve exercer o seu poder de polícia administrativa com relação às entidades públicas e privadas que desempenham atividades ligadas à saúde, de modo a disciplinar e restringir, em favor do interesse público, direitos e liberdades individuais, podendo, inclusive, solicitar a garantia de força pública para assegurar suas ações, desde que observados, evidentemente, o devido processo legal e a ampla defesa. Inteligência do art. 78 da Lei 5.172/66.

- Mesmo que inexista a previsão legal que autorize o COREN/SE a aplicar sanção pecuniária à entidade-ré, a autarquia federal autora, no exercício de seu poder de polícia, ainda poderá recorrer às autoridades de Vigilância Sanitária, de modo a fazer valer o disposto no art. 10, XXV, da Lei nº 6.437/77, que define como sendo infração à legislação sanitária federal, punível com a sanção de interdição e/ou multa, o exercício de profissões e ocupações relacionadas com a saúde sem a necessária habilitação legal.

- Apresenta-se desarrazoada a alegação do autor/apelante de que, à míngua de previsão legal, não pode tomar qualquer atitude com vistas a impedir que a ré, entidade de direito privado des-

tinada a desenvolver atividades de saúde no Município de Itaporanga d’Ajuda-SE, continue a funcionar, mesmo sem possuir a devida autorização do Poder Público (Certidão de Responsabilidade Técnica de Enfermagem), como também mantenha, em seu quadro de profissionais, uma parteira que não possui as devidas qualificação e habilitação para o exercício da mencionada profissão.

- A Autarquia-autora, no exercício de sua autoridade administrativa, pode exigir que a ré cumpra a obrigação prevista em lei, não havendo, assim, razão para transferir ao Judiciário uma atividade que é essencialmente sua.

- Manutenção da sentença que, indeferindo a inicial, extinguiu a presente ação civil pública, por falta de interesse de agir do demandante.

- Apelações desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta 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 dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 13 de agosto de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de apelação contra sentença que, declarando ser o autor carecedor de ação, por falta de interesse de agir, indeferiu a petição inicial e extinguiu a presente ação civil pública, sem resolução de mérito.

Nesta ação, o Conselho Regional de Enfermagem de Sergipe, ora apelante, objetiva que o Hospital Associação de Proteção à Maternidade e à Infância Arnaldo Garcez seja obrigado a contratar e a manter profissionais de enfermagem, durante todo o seu período de funcionamento, observando-se as escalas regulares de serviço; seja compelido à promover junto ao COREN/SE a anotação da responsabilidade técnica pelo serviço de enfermagem; e que seja obrigado a afastar a parteira Maria Rita dos Santos, por esta não possuir qualquer inscrição no COREN/SE.

Entendeu o julgador originário que, por ser uma espécie de autarquia federal e, por isso, pessoa jurídica de direito público interno, a parte autora seria dotada de poder de polícia em relação às atividades econômicas que envolvam a prestação de serviços de saúde que reclamem a atuação de profissionais de enfermagem, como enfermeiros, técnicos em enfermagem, auxiliares de enfermagem e parteiras (art. 2º da Lei nº 7.498/86 e suas alterações). Desta forma, ao constatar que determinado hospital não mantém, em seus quadros, enfermeiros habilitados nos termos da lei de regência, cabe à ela, autarquia federal, no exercício do seu poder-dever e respeitando o devido processo legal, impor o cumprimento da obrigação legal e, se preciso, aplicar a sanção pecuniária ou administrativa aplicável ao caso, não precisando, para isso, recorrer ao Poder Judiciário. (Fls. 86/90)

Em longo arrazoado, insiste o autor/apelante, todavia, na tese de que inexistente previsão legal expressa (*sic*) que o autorize a praticar as intervenções necessárias, de modo a obrigar as pessoas jurídicas prestadoras de serviços de saúde contratem profissionais devidamente habilitados. (Fls. 93/111)

O Ministério Público Federal também apela da sentença *a quo*, aduzindo que o interesse processual ou interesse de agir deve ser entendido através do binômio: *necessidade x utilidade*. *In casu*, há necessidade de provocação da jurisdição para a proteção do bem da vida, o qual se inviabilizou pela via extrajudicial, à míngua de previsão legal que permita ao COREN - Conselho Regional de Enfermagem em Sergipe de adotar qualquer medida coercitiva de âmbito administrativo contra a ré/apelada, obrigando-a a contratar profissionais de enfermagem, bem como demitir aquele empregado

do que não tenha habilitação profissional. Por outro lado, a utilidade do provimento judicial postulado estaria demonstrada na satisfação do interesse posto em juízo.

Alega, ainda, que as sanções previstas na Lei nº 5.905/73, que dispõe sobre a criação dos Conselhos Federal e Regionais de Enfermagem e dá outras providências, só podem ser aplicadas aos profissionais de enfermagem, em caso de infração ao Código de Deontologia de Enfermagem, conforme previsto no art. 18 da referida lei. Sobre a matéria, invoca precedentes do STJ.

A ré/apelada só apresentou contrarrazões à apelação do COREN, às 131/136, restando silente, quando intimada para contrarrazoar o apelo do MPF. (Fls. 155v)

Já neste Tribunal, o Ministério Público Federal, na função de *custus legis*, em judicioso parecer lançado às fls. 164/168, opina pela reforma do *decisum*.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Como se extrai do relatório, toda a questão devolvida a este Tribunal está em saber se o autor, o Conselho Regional de Enfermagem/SE, tem interesse processual de agir, condição indispensável à propositura da ação.

Nesta ação, busca o autor/apelante a tutela jurisdicional, para: a) compelir a ré, entidade prestadora de serviços de saúde, a promover a contratação de profissionais enfermeiros devidamente cadastrados junto ao COREN/SE para atuação durante todo o período de funcionamento – observando as escalas regulares de serviço; b) compelir a ré a promover junto ao COREN/SE a anotação de Responsabilidade Técnica pelo Serviço de Enfermagem da Unidade; e c) obrigar a ré a afastar de seu quadro funcional a parteira, Sra. Maria Rita dos Santos, tendo em vista que a referida profissional não possui inscrição no COREN/SE.

Entendeu, todavia, o julgador originário que, *como não cabe ao Judiciário obrigar, prima facie, ao requerido a contratar enfer-*

meiros e mantê-los durante o período integral de funcionamento, carece o demandado (sic) de interesse de agir, na modalidade interesse-necessidade, visto que, é ônus do autor, após o devido processo legal administrativo, imputar a referida obrigação, bem como promover a execução de seus atos administrativos, adotando todas as medidas necessárias e possíveis a tal mister e, se descumpridas suas exigências, aplicar as penalidades cabíveis, contidas no âmbito de suas atribuições. Somente após isso, o que não é o caso dos autos, é que surgiria, eventualmente, necessidade de atuação do judiciário, porém em sede de processo executivo, não de conhecimento. (Fl. 905)

Em suas razões recursais, insiste, o autor/apelante, na alegação de que inexistente legislação que preveja a incidência de sanção que possa ser por ele aplicada à hipótese dos autos, razão pela qual foi obrigado a recorrer ao Poder Judiciário.

Examinando a legislação de regência, constato que, de acordo com a **Lei nº 5.905/73**, que dispõe sobre a criação dos Conselhos Federal e Regionais de Enfermagem, os Conselhos Regionais de Enfermagem - CORENS possuem as seguintes atribuições, *in verbis*:

Art 15. Compete aos Conselhos Regionais:

I - deliberar sobre inscrição no Conselho e seu cancelamento;

II - disciplinar e fiscalizar o exercício profissional, observadas as diretrizes gerais do Conselho Federal;

III - fazer executar as instruções e provimentos do Conselho Federal;

IV - manter o registro dos profissionais com exercício na respectiva jurisdição;

V - conhecer e decidir os assuntos atinentes à ética profissional impondo as penalidades cabíveis;

VI - elaborar a sua proposta orçamentária anual e o projeto de seu regimento interno e submetê-los à aprovação do Conselho Federal;

VII - expedir a carteira profissional indispensável ao exercício da profissão, a qual terá fé pública em todo o território nacional e servirá de documento de identidade;

VIII - zelar pelo bom conceito da profissão e dos que a exerçam;

- IX - publicar relatórios anuais de seus trabalhos e a relação dos profissionais registrados;
- X - propor ao Conselho Federal medidas visando à melhoria do exercício profissional;
- XI - fixar o valor da anuidade;
- XII - apresentar sua prestação de contas ao Conselho Federal, até o dia 28 de fevereiro de cada ano;
- XIII - eleger sua diretoria e seus delegados eleitores ao Conselho Federal;
- XIV - exercer as demais atribuições que lhes forem conferidas por esta Lei ou pelo Conselho Federal. (sem grifos no original)

No mesmo texto legal, encontram-se previstas as penalidades que podem ser aplicadas pelos CORENS aos seus filiados, *in verbis*:

Art 18. Aos infratores do Código de Deontologia¹ de Enfermagem poderão ser aplicadas as seguintes penas:

I - advertência verbal;

II - multa;

III - censura;

IV - suspensão do exercício profissional;

V - cassação do direito ao exercício profissional. (Grifei)

§ 1º As penas referidas nos incisos I, II, III e IV deste artigo são da alçada dos Conselhos Regionais e a referida no inciso V, do Conselho Federal, ouvido o Conselho Regional interessado.

§ 2º O valor das multas, bem como as infrações que implicam nas diferentes penalidades, serão disciplinados no Regimento do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais.

Por sua vez, a Lei nº 7.498/86, que dispõe sobre a regulamentação do exercício da enfermagem, assim estabelece, *in verbis*:

Art. 2º A enfermagem e suas atividades auxiliares somente podem ser exercidas por pessoas legalmente habilitadas e inscritas no Conselho Regional de Enfermagem com jurisdição na área onde ocorre o exercício.

¹ Conjunto de normas e procedimentos próprios de uma determinada categoria profissional que, seguido pelos seus membros, serve para garantir a uniformidade do trabalho e a ação do grupo, *in Aulete*, Dicionário Digital.

Parágrafo único. A enfermagem é exercida privativamente pelo Enfermeiro, pelo Técnico de Enfermagem, pelo Auxiliar de Enfermagem e pela Parteira, respeitados os respectivos graus de habilitação. (Grifos atuais)

Art. 15. As atividades referidas nos arts. 12 e 13 desta lei, quando exercidas em instituições de saúde, públicas e privadas, e em programas de saúde, somente podem ser desempenhadas sob orientação e supervisão de Enfermeiro. (Destaquei)

A seu turno, o Decreto nº 94.406/87, que regulamenta a Lei nº 7.498/86, prevê, *in verbis*:

Art. 1º O exercício da atividade de enfermagem, observadas as disposições da Lei nº 7.498, de 25 de junho de 1986, e respeitados os graus de habilitação, é privativo de Enfermeiro, Técnico de Enfermagem, Auxiliar de Enfermagem e Parteiro e só será permitido ao profissional inscrito no Conselho Regional de Enfermagem da respectiva Região.

Já a Resolução nº 302/2005 do COFEN estabelece, no seu art. 2º, que todo estabelecimento onde existem atividades de Enfermagem, deve obrigatoriamente apresentar Certidão de Responsabilidade Técnica de Enfermagem, cuja anotação deverá ser requerida pelo profissional Enfermeiro.

Em face dos dispositivos legais acima transcritos, é forçoso reconhecer que os Conselhos Regionais de Enfermagem, no exercício de suas atribuições conferidas por lei, se destinam a disciplinar e a fiscalizar as atividades dos profissionais de enfermagem, que devem estar inscritos na respectiva jurisdição administrativa, como também não resta dúvida, de que as mencionadas autarquias federais, no exercício de suas atribuições, podem e devem fiscalizar as entidades de saúde, públicas e privadas, de modo a verificar se, naqueles locais porventura inspecionados, os profissionais contratados para prestar serviços de enfermagem (enfermeiro, técnico e auxiliar) estão devidamente habilitados e se aqueles estabelecimentos atendem aos requisitos necessários para o desempenho das atividades de enfermagem.

Sucedendo que o COREN/SE, ora apelante, alega que o poder de polícia, que lhe é conferido por lei, só pode ser exercitado, em sua

plenitude, em relação aos profissionais de enfermagem, tendo em vista que as sanções previstas no art. 18 da Lei nº 5.905/73, só podem ser aplicadas aos profissionais de enfermagem, inexistindo, todavia, qualquer previsão legal de sanções a serem aplicadas às entidades, públicas ou privadas, que prestam serviços de saúde, em caso de eventuais infrações por elas perpetradas.

Em princípio, assistiria razão ao autor/apelante, quando alega que as sanções, previstas no art. 18 da Lei nº 5.905/73, só podem ser aplicadas aos profissionais de enfermagem, pois, conforme consta do dispositivo legal invocado, as penalidades ali previstas só se aplicam *aos infratores do Código de Deontologia de Enfermagem*, vale dizer, àqueles profissionais que integram as categorias de serviços de enfermagem.

Não se pode olvidar, todavia, que o autor/apelante, por ser uma pessoa jurídica de direito público, integrante do Poder Executivo Federal, especialmente criada para disciplinar e fiscalizar o exercício de uma atividade profissional remunerada, não só pode como deve exercer o seu poder de polícia administrativa com relação às entidades públicas e privadas que desempenham atividades ligadas à saúde, de modo a disciplinar e restringir, em favor do interesse público, direitos e liberdades individuais, podendo, inclusive, solicitar a garantia de força pública para assegurar suas ações, desde que observados, evidentemente, o devido processo legal e a ampla defesa. Neste sentido, preceitua o art. 78 da Lei 5.172/66, *in verbis*:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 28.12.1966)

Assim sendo, carece de razoabilidade a alegação do autor/apelante de que, à míngua de previsão legal, não pode tomar qualquer atitude com vistas a impedir que a ré, ASSOCIAÇÃO DE

PROTEÇÃO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA ARNALDO GARCEZ, entidade de direito privado destinada a desenvolver atividades de saúde no Município de Itaporanga d'Ajuda-SE (fl. 76), continue a funcionar, mesmo sem possuir a devida autorização do Poder Público (no caso, a *Certidão de Responsabilidade Técnica de Enfermagem*), como também mantenha, em seu quadro de profissionais, uma *parteira* que não possui as devidas qualificação e habilitação para o exercício da mencionada profissão.

Ademais, se é certo a inexistência de previsão legal que autorize o COREN a aplicar sanção pecuniária à entidade-ré, não é menos certo afirmar que ele, autor, no exercício de seu poder de polícia, ainda poderá recorrer às autoridades de Vigilância Sanitária, de modo a fazer valer o disposto no art. 10, XXV, da Lei nº 6.437/77, que define como sendo infração à legislação sanitária federal, punível com a sanção de interdição e/ou multa, o *exercício de profissões e ocupações relacionadas com a saúde sem a necessária habilitação legal*.

Em conclusão, não há porque reformar a sentença hostilizada, pois, como bem decidiu o julgador de origem, o próprio autor/apelante pode exigir que a ré/apelada cumpra a obrigação prevista em lei, não havendo, assim, razão para transferir ao Judiciário uma atividade que é essencialmente sua.

Com estas considerações, nego provimento às apelações.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 538.085-CE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI

Apelantes: BNB CLUBE DE FORTALEZA, JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA REBOUÇAS, JOÃO EVANGELISTA CUNHA PIRES, FRANCISCA ÉRIKA SILVA LOURENÇO - ME, ALVAIR JOSÉ CORREA - ME E OUTROS, D. DA SILVA CASTRO BAR E RESTAURANTE, AGUIAR RAMOS COMERCIAL LTDA. E OUTROS, WALBER DE MOURA AGRA E OUTROS, VILA GALÉ CINTRA BRASIL LTDA. E OUTRO, PETROBRÁS - PETRÓLEO BRASILEIRO S.A., ANA PAULA ALVES NOGUEIRA E OUTROS, RACINE RESTAURANTE E EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS LTDA., PTS RESTAURANTE E LANCHONETE LTDA., GEANIA MARTINS DE LIMA E OUTROS, IVANETE MARGUES MIRANDA, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E UNIÃO

Advs./Procs.: DRS. STÉLIO LOPES MENDONÇA JÚNIOR, ANNY KARINY CRUZ FEITOSA, JOÃO EVANGELISTA CUNHA PIRES, RICARDO AUGUSTO LIMA ARAÚJO, ALOÍSIO PEREIRA NETO E OUTROS, PAULO NAPOLEÃO GONÇALVES QUEZADO E OUTROS, PAULO FERNANDO NERY LAMARÃO E OUTROS, GIULIANO PIMENTEL FERNANDES E OUTROS, MARISA SANFORD SILVEIRA, MANOEL MATEUS JUNIOR E OUTROS, ALESSIA PIOL SÁ E OUTROS E MARCELO SAMPAIO SIQUEIRA E OUTROS

Apelados: OS MESMOS E MUNICÍPIO DE FORTALEZA (CE)

Recte. Ades.: MUNICÍPIO DE FORTALEZA (CE)

Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DEMOLIÇÃO DE BARRACAS CONSTRUÍDAS EM ÁREA DE PRAIA. INEXISTÊNCIA DE INÉPCIA DA INICIAL E CERCEAMENTO DE DEFESA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO. INTERESSE PÚBLICO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.

DEMOLIÇÃO DE BARRACAS ABANDONADAS E AS CONSTRUÍDAS SEM AUTORIZAÇÃO APÓS A PROIBIÇÃO JUDICIAL.

- Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal e a União Federal contra 154 (cento e cinquenta e quatro) ocupantes, que exploram barracas e estabelecimentos em área localizada na Praia do Futuro em Fortaleza/CE, sob o fundamento de que as ocupações foram irregulares.

- Não há que se falar em inépcia da inicial, uma vez que esta foi fundamentada, com os fatos e o pedido, estando acompanhada de material técnico levado em consideração pela parte autora, para justificar o seu pleito de necessidade da retirada das barracas da Praia do Futuro.

- O procedimento administrativo instaurado na Procuradoria da República do Estado do Ceará tem natureza inquisitória e é instrumental, servindo de mais um elemento para justificar a presente ação. Na ação civil pública foram os recorrentes devidamente citados, observando-se o contraditório, não tendo sido cerceado seu direito de defesa.

- Inexistência de cerceamento de defesa e ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, por não ter o magistrado a quo deferido pedido de prova testemunhal ou de outras desnecessárias à instrução do processo, evitando diligências inúteis ou meramente protelatórias.

- “A ação civil pública proposta pelo MPF, ainda que relativa a dano ambiental, é de competência da Justiça Federal por força do art. 109, I, e parágrafo 3º, da CF, que se configura competência absoluta determinada em razão da pessoa. Inteligência do art. 109, I, e parágrafo 3º, da CF e art. 2º da Lei 7.347/85. Precedentes” (STJ, REsp

994.166/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009).

- Nos termos do laudo do perito judicial, as barracas e estabelecimentos em questão, foram construídos, em sua maioria, no pós-praia (Berma) e não na praia.

- Salvo onde a Constituição foi explícita, ao estabelecer regras específicas de prevalência, a identificação do interesse que deverá prevalecer há de ser feita mediante uma ponderação proporcional, conforme as circunstâncias do caso concreto. Na hipótese, a demolição das construções, em sua maioria, infringiria os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, considerando-se a importância social e econômica que representam as barracas construídas há muitos anos, com a complacência do poder público.

- Apelações da União, do MPF e recurso adesivo do Município de Fortaleza improvidos.

- Apelações dos réus parcialmente providas, reformando a sentença para: a) determinar a retirada de obstáculos de acesso à praia, porventura ainda existentes – cercas, bambus, madeiras etc., para que sejam mantidos permanentes corredores que permitam a livre circulação das pessoas que rumam à praia, conforme identificado na perícia, às custas de quem os colocou; b) determinar que sejam demolidas as construções sem autorização realizadas após a decisão do AGTR 69.739/CE, se houver; c) que sejam demolidas as que tenham sido abandonadas a fim de evitar que se transformem em locais de poluição ou sirvam para atividades ilícitas.

- Honorários advocatícios fixados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para rateio entre os patronos dos réus, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

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, por maioria, em negar provimento à apelação do MPF, da União e ao recurso adesivo do Município de Fortaleza e dar parcial provimento às apelações dos réus, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 6 de agosto de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
- Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal e a União Federal contra 154 (cento e cinquenta e quatro) ocupantes, que exploram barracas e estabelecimentos comerciais em área localizada na Praia do Futuro em Fortaleza/CE, sob o fundamento de que as ocupações foram irregulares. Afirmaram que 101 (cento e uma) delas estariam impedindo o livre acesso à praia, 43 (quarenta e três) sem registro ou inscrição junto ao órgão federal competente para autorizá-las (GRPU), e de 110 (cento e dez) ocupações registradas ou inscritas, (98) noventa e oito estabelecimentos ocupariam áreas que excedem o tamanho do espaço a que fariam jus.

O MM. Juiz monocrático julgou parcialmente procedente o pedido, reconhecendo a irregularidade das ocupações e construções de barracas e estabelecimentos na Praia do Futuro pelos réus que não têm registro de inscrição ou ocupação na GRPU - Gerência Regional do Patrimônio da União, bem como da área excedente aos respectivos títulos, determinando que fosse procedida a desocupação, demolição e remoção de todas e quaisquer instalações, construções ou edificações concernentes a estes espaços, com a retirada das construções ou parte destas não autorizadas, bem

como de todos os apetrechos que as acompanhem, tais como obstáculos, cercas, cordas, muros, tapumes, tendas, lagos, piscinas, parques aquáticos, trechos de gramado, objetos fixos, e ainda resíduos e materiais de qualquer natureza daí decorrentes, inclusive a tubulação, sumidouros, canos de PVC, sistemas hidráulicos e elétricos, subterrâneos ou não, aí inseridos ou encartados, deixando estes trechos de praia livres de qualquer resquício de tais intervenções humanas.

Condenou, ainda, os réus, a recompor as áreas por eles indevidamente utilizadas, recuperando as dunas primárias e a vegetação nativa danificadas pelas suas ocupações, tudo a ser apurado em liquidação de sentença. Ratificou a proibição precária da tutela antecipada no tocante à realização de qualquer obra ou benfeitoria não autorizada que inove o estado atual das barracas, sob pena de pagamento de multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia de descumprimento, imissão provisória da União no imóvel responsável pela obra ilícita e suspensão provisória dos efeitos da inscrição da ocupação, ressalvadas outras penalidades, civis, administrativas e penais. Determinou o pagamento, solidário, pelos réus das custas e ao ressarcimento dos honorários periciais, bem como fixou honorários advocatícios no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, tendo em conta o trabalho exercido pelos procuradores da parte autora.

Inconformados, os seguintes réus recorreram alegando, em suma:

a) BNB CLUBE DE FORTALEZA (fls. 15.635/ 15.643): a nulidade da sentença, por inépcia da inicial e cerceamento de defesa, fundamentando que não foi informada a conduta irregular por ele praticada, nem na presente ação, nem no processo administrativo. Afirma que o processo administrativo foi instaurado a sua revelia, violando-se o art. 5º, LV, da CF e o art. 458 e seus incisos do CPC. No mérito, sustenta que o laudo pericial em momento algum concluiu que ele usa espaço inapropriado, possuindo título legítimo de ocupação do imóvel.

b) JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA REBOUÇAS (fls. 15.649/ 15.654): não ser correta a condenação imposta, de maneira generalizada a todos os barraqueiros da Praia do Futuro, sem apreciar que seus atos foram diferenciados no tocante à comercialização

na sua barraca e na preservação do ecossistema local, tendo cumprido todas as exigências do Patrimônio da União, obtendo o Registro Imobiliário Patrimonial - RIP, com autorização da Marinha para reformar a barraca de madeira para alvenaria. Afirma que em momento algum se fez prova de que tenha praticado atos proibidos pelo poder público, desde que adquiriu a barraca.

c) JOÃO EVANGELISTA CUNHA PIRES (fls. 15.661/15.664): que comprovou não ter se apropriado de qualquer área excedente àquela originalmente expressa em seu contrato de permissão de uso, além de manter o regular pagamento de custeio para com a EMLURB e para como Serviço do Patrimônio da União, ressaltando-se, ainda, que todo e qualquer serviço de manutenção da sua barraca foi antecedida de solicitação prévia, porém o juiz condenou a todos os 154 empresários permissionários titulares das barracas, indistintamente, ao pagamento solidário das custas, ao ressarcimento dos honorários periciais e ao pagamento de honorários advocatícios o que ensejou embargos de declaração, os quais foram julgados improvidos. Entende que a decisão proferida suscita obscuridade e dúvida dada à sua conformação abrangente, o que produz efeitos processuais danosos e injustos. Requer o reconhecimento de sua inocência e a reforma da sentença.

d) FRANCISCA ÉRIKA SILVA LOURENÇO - ME (fls. 15.676/15.684) e ALVAIR JOSÉ CORREA - ME (fls. 15.692/15.700): que o MPF tenta demonstrar de forma equivocada ocupar os réus, área maior que a inscrita junto ao RIP, apresentando como prova fotos de satélites elaboradas em 2004, sem qualquer medição física das barracas, no entanto, trata-se de local ocupado por sombreiros, não podendo o guarda sol ser considerado construção civil a título de ocupação. Aduz que o Decreto nº 5.300/2004 que regulamenta a Lei nº 7.661/1988, dispõe sobre regras de uso e ocupação da zona costeira e estabelece critérios de gestão da orla marítima e dá outras providências, mas a sentença não fez referência ao citado decreto, bem como não considerou que a perícia concluiu não estarem construídas em área de praia as barracas localizadas na Praia do Futuro, Fortaleza/CE, estando edificadas, majoritariamente, no Berma, ou seja, no pós-praia, logo, fora do uso comum do povo. Afirma não existirem provas de ato ilegal praticado pelos recorrentes, requerendo a reforma da sentença.

e) D. DA SILVA CASTRO BAR E RESTAURANTE (fls. 15.703/15.718): que deve ser anulada a sentença, pois, apesar de se tratar de litisconsórcio passivo necessário, não foi citado nos autos. Alega que adquiriu a posse da barraca de praia em questão da Sr^a. Ione Muniz Egloff, pelo que requereu a substituição processual da referida senhora por D. da Silva Castro Bar e Restaurante, mas nunca houve a apreciação do seu pleito, nem foi intimada a Sr^a. Ione para declarar sua concordância em relação à substituição. Afirma que os seus advogados foram intimados para certas participações, mas nunca lhes foi concedido prazo para contestação, havendo cerceamento de defesa, não se observando o disposto nos arts. 47, parágrafo único, 214 e 300 do CPC, bem como no art. 5º, LV, da CF. Defende que só ocupa aquilo que lhe foi autorizado pela GRPU, conforme documento acostado aos autos, e que a exigência da Lei nº 7.661/1988 no que concerne à apresentação do EIA/RIMA para licenciamento de construção e ocupação da zona costeira, é um tipo de estudo prévio à construção e funcionamento da barraca e nunca anos depois. Sustenta que o MPF não faz menção ao Decreto nº 5.300/2004, que regulamentou a Lei nº 7.661/1988, o qual previu a elaboração de um Plano de Intervenção para gestão da orla marítima com o devido respeito aos tipos de uso e ocupações existentes, com suas características, conforme previsto nos arts. 25, I, 27 e 28, e que a perícia judicial chegou à conclusão de que a apelante não está situada em terreno de marinha.

f) AGUIAR RAMOS COMERCIAL LTDA. e outros (fls. 15.722/15.811): que houve cerceamento de defesa por não ter sido deferido seu pedido de produção de provas testemunhal, técnica e apresentação pela União do processo de demarcação da linha preamar médio. Afirma que a sentença se equivocou quanto à classificação e o regime jurídico dos bens públicos, bem como quanto ao conteúdo do laudo pericial que não realizou demarcação da LPM como fundamenta a decisão, mas foi claro o perito em sua conclusão ao afirmar que somente a GRPU dispõe de competência para tanto. Defende que a demarcação da LPM de forma presumida é ilegal e desobedece o DL nº 9.760/1946. Diz que o laudo pericial concluiu que as barracas não estão inseridas em faixa de praia, como também que foram construídos quatro grandes estacionamentos implantados num projeto de urbanização realizado pelo

Poder Público na área questionada. Aduz que, ao contrário do que fundamenta a sentença, o perito, às fls. 11.127, reconhece o conceito legal de praia e que a definição jurídica dessa área está em sintonia com a ofertada pela ciência. BERMA ou PÓS-PRAIA é outra geofácia do litoral, citando o art. 2º, XIV, da Lei nº 13.796/2006 que instituiu a Política Estadual de Gerenciamento Costeiro no Estado do Ceará. Por fim, alega violação aos objetivos e princípios das políticas nacional e estadual de gerenciamento costeiro, ao princípio da razoabilidade e/ou proporcionalidade e ao princípio da função social da propriedade.

g) MARCELO NERY LAMARÃO e outros (fls. 15.818/ 15.905): que devem ser apreciadas as questões de ordem referentes à apresentação pelo MPF do EIA/RIMA do 2º trecho de urbanização, drenagem e pavimentação da Praia do Futuro, bem como à necessidade de apresentação pela Prefeitura, pelo SPU e pelo MPF, dos três projetos que impulsionaram a urbanização da Praia do Futuro e de todos os contratos de permissão de uso firmados. Aduz que foi celebrado convênio entre todos os autores prevendo autorização para urbanização da Praia do Futuro, edificação das barracas e para exploração comercial desses estabelecimentos. Sustenta a obrigatoriedade da demarcação oficial da LPM-1831 da Praia do Futuro e que não foram observados o DL nº 9.760/1946, a Lei nº 5.972/1973, a Lei nº 9.336/1998, a Lei nº 11.481/2007 e a legislação marginalia que regula o Patrimônio da União. Alega que o perito concluiu não estarem as barracas em área de praia, mas no Berma, não sendo correta a explicitação na sentença sobre o conceito de “Berma”. Sustenta que a sentença é nula, uma vez que não citou a proprietária da área, a Cia. Imobiliária Antônio Diogo, seus herdeiros e/ou sucessores, violando os arts. 22 e 23 do CC. Defende que não existem aforamentos na Praia do Futuro, mas um título de aforamento concedido pela União em 1944, abrangendo cerca de 1.800 hectares, ou 1/3 da parte leste de Fortaleza que foi incorporado ao capital da Cia. imobiliária Antônio Diogo que, após lotear e vender quase a totalidade das áreas que hoje integram a chamada Praia do Futuro, foi extinta. Por isso houve a sucessão. Arguem a nulidade do processo já que a única foreira não foi citada, e que não foi observada a orientação do TRF da 5ª Região no sentido de proceder à instrução minuciosa do processo,

não se esgotando essa na perícia realizada. Diz não ter sido observado o art. 20, II, do Decreto nº 5.300/2004.

h) VILA GALÉ CINTRA BRASIL LTDA. e outro (fls. 15.962/15.985): que incorreu em vício a sentença ao cercear o direito de ampla defesa da apelante Investimentos Futuro, por encerrar a produção da prova pericial ainda na pendência de pedido de esclarecimento ao perito, bem como pela fundamentação deficitária ao não expor porque não seria necessário responder ao pedido de esclarecimento. Alega que o perito respondeu ao pedido de esclarecimento da Vila Galé, o qual informou que a área excedente da barraca foi referente ao sombreiro, mas não respondeu com relação ao recorrente Investimentos Futuros. Afirma que, mesmo diante das provas documentais apresentadas e do laudo pericial, o Juiz *a quo* considerou que a área ocupada pelas barracas é de praia, incorrendo em mais uma fundamentação deficitária, deixando de levar em consideração as provas colacionadas aos autos. Levanta que a sentença não entendeu o que é “Berma”, citando o art. 2º, XIV, da Lei Ordinária Estadual do Ceará nº 13.796/2006, e que a decisão, indistintamente, determinou a remoção do que existir em áreas não autorizadas pelo SPU, que no caso do Vila Galé consiste em estruturas onde estão plantados coqueiros e grama e foram instalados sombreiros de carnaúba, já no Investimentos Futuro, a barraca sequer está em funcionamento, sendo a área excedente ocupada apenas por sombreiros e carnaúba. Alega que a sentença entendeu que as barracas por estarem na zona costeira, deveriam ter sido instaladas mediante prévia elaboração de EIA/RIMA diante do disposto no *caput* e no § 2º da Lei nº 7.661/1988, porém o CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente estabelece que a exigência de EIA/RIMA só se dará diante de empreendimentos aptos a causar impacto ambiental (art. 3º, Resolução nº 237/1997). Por fim, defende que a sucumbência foi recíproca.

i) PETROBRAS - PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. (fls. 16.002/16.015): que é parte ilegítima para compor a lide, uma vez que o pedido consiste na desocupação expressa de todas as 43 barracas que ocupam o bem público dito de uso comum do povo, sem registro/inscrição na GRPU, bem como da área excedente aos respectivos títulos ocupada pelas 98 barracas restantes nos autos, pelo que requer a extinção do feito, sem resolução do mérito,

em relação à PETROBRÁS. Também requer a anulação da sentença por falta de motivação, a teor do art. 93, IX, da CF, não fundamentando o juiz qual os motivos que levaram à condenação da ora recorrente. Defende a improcedência da ação com relação a ela, apelante, e que o perito do Juízo confirmou que a mesma não criou obstáculo à praia, nem o terreno ocupado é de praia, mas integra área de duna. Requereu a juntada de documento novo, ante o disposto no art. 517 do CPC (Laudo Técnico nº 014/08-NLA/SUPES/IBAMA/CE, elaborado por analista ambiental - Ofício nº 1029/2007/DIGEP/GAB/GRPU/CE). Ultrapassadas as questões anteriores, requer que seja reformada a sentença, para determinar a aplicação do princípio da proporcionalidade no que concerne à condenação no pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, nos termos do art. 23 do CPC.

j) ANA PAULA ALVES NOGUEIRA e outros (fls. 16.125/16.158): que há incompetência absoluta do Juízo (art. 113, CPC), uma vez que o perito concluiu que as barracas não estão inseridas em área de terrenos de marinha, portanto, não ocupam bem imóvel da União. Alega que não se tratando de terreno de marinha, inviável falar-se em aforamento, não existindo a ocupação em área de marinha. Sustenta que somente o município tem o poder de promover o Plano de Intervenção da Orla, citando o art. 32 do Decreto nº 5.300/2004, o art. 30, VIII, da CF, a Lei Municipal nº 7.987/1996 e a Lei nº 10.257/2001, bem como a Resolução 303/2002 da CONAMA. Diz não ter nenhum efeito a sentença, violando-se o princípio da *Nulla Pena Sine Lege* e o *Error In Judiciando*, porque instituiu sanção com base em legislação posterior ao fato, violando o art. 5º, II, XXIX e XL, da CF, já que as barracas já estão no local desde os anos 60/70. Afirma terem as barracas na Praia do Futuro feição cultural e que a sentença contraria a prova (perícia técnica). Defende o não cabimento de fixação de honorários para o MPF e que o Município de Fortaleza não pode receber prêmio de honorários, pois apresentou uma conduta de inércia, além do fato de ser elevado o valor fixado. Por fim, sustenta que a sentença não observou os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, no sentido de determinação de ajuste de conduta (regularização pelo Município de Fortaleza, nos termos do Convênio firmado com a Procuradoria Regional da República no Ceará e a Gerência Regional do Pa-

trimônio da União (SPU). Aduz que os apelados não apresentaram prova de comunicação aos apelantes da fixação de linha do preamar médio (LPM - 1831), nem comunicação para apresentarem defesa no processo administrativo.

l) RACINE RESTAURANTE E EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS LTDA. (fls. 16.163/16.175) e PTS RESTAURANTE E LANCHONETE LTDA. (fls. 16.177/16.189): que a sentença está eivada de vício sendo nula de pleno direito, dada a característica de incerteza que lhe é inerente, cerceando seu direito de defesa. Alega que o pedido realizado na inicial do presente processo é determinado, citando quais réus cometeram as supostas infrações suscitadas, individualizando-as para cada barraca, bem como a reparação para o eventual dano, o que implica uma resposta do Judiciário individualizada, com a apuração específica de cada situação. Entende que na sentença não se identifica quais barracas devem ser demolidas e se enquadram nas mencionadas irregularidades, não podendo o Judiciário proferir decisão de cunho indivisível, incerto e ilíquida, que abranja reparos ou proibições, ou condenações além do que foi verificado nos autos como irregular. Requer a reforma da sentença por não estar em conformidade com o laudo técnico, o qual concluiu não estarem as barracas em área de praia. Afirma que é sucessora, nos termos do contrato de compra e venda da antiga Barraca Tribus, e sua regularização processual restou demonstrada pela documentação acostada aos autos.

m) GEANIA MARTINS DE LIMA e outros (fls. 16.206/16.230) e IVANETE MARQUES MIRANDA (fls. 16.926/16.938): que há incompetência absoluta do Juízo (art. 113, CPC), uma vez que o perito concluiu que as barracas não estão inseridas em área de terrenos de marinha, portanto, não ocupam bem imóvel da União. Defende a falta de subsistência dos fundamentos jurídicos apresentados na sentença quando não acata o laudo do perito judicial, refutando a definição de praia do *expert*. Diz ter sido desconsiderado o meio ambiente cultural efetivamente concretizado na área, assim como as graves repercussões de eventual retirada das barracas já firmadas há bastante tempo. Afirma ser indevida a condenação deles, apelantes, ao pagamento de honorários advocatícios, pois são assistidos pela Defensoria Pública da União.

Também recorreram o MPF e a União, bem como interpôs recurso adesivo o Município de Fortaleza, sustentando que:

1) MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (fls. 16.276/16.296): que deve ser reformada parte da sentença, já que o magistrado se limitou a condenar os réus a demolir os estabelecimentos e barracas que não tinham registro de inscrição ou ocupação na GRPU, bem como da área excedente aos respectivos títulos, porém o pedido da inicial foi claro quando se referiu à demolição de todas as barracas, independentemente se houvesse ou não título que justificasse a posse, tendo em vista estarem todas localizadas em área de praia, não existindo licenciamento para tanto, considerando-se, ainda, os danos ambientais causados. Requer também a condenação dos réus ao ressarcimento em dinheiro pelos danos ambientais e paisagísticos causados.

2) UNIÃO (fls. 16.536/16.719): que deve ser reformada a sentença, para que seja determinada a desocupação, demolição e remoção de todos os estabelecimentos incidentes sobre a Praia do Futuro de Fortaleza/CE, inclusive suas instalações, suas construções, suas edificações, seus resíduos e seus materiais, sob pena de ofensa aos arts. 20, IV e VII, 183, § 3º, e 225 da CF, art. 10, § 3º, da Lei nº 7.661/88, art. 13 do Decreto nº 24.643/34, art. 2º do DL nº 9.760/46, arts. 9 e 10 da Lei nº 9.636/98, arts. 99 a 101 do CC, art. 1º, § 2º, II, 2º e 4º, da Lei nº 4.771/65, art. 3º, VIII, da Resolução CONAMA nº 303/2002, art. 10 da Lei nº 6.938/81 e Súmula nº 340 do STF. Requer, também, a condenação dos réus ao ressarcimento em dinheiro pelos danos ambientais e paisagísticos causados, em valores a serem apurados em liquidação por arbitramento, ou em liquidação por artigos, sob pena de violação ao art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81 e art. 475-A do CPC.

3) MUNICÍPIO DE FORTALEZA (fls. 16.724/16.730): que devem ser demolidos todos os estabelecimentos e barracas, e não apenas aqueles que não têm registro de inscrição ou ocupação na GRPU. Defende a condenação dos réus pelos danos ambientais causados.

Após contrarrazões, subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

Parecer do MPF às fls. 17.447/17.455, cujos fundamentos se encontram sintetizados na seguinte ementa:

Estando bem explicitados a causa de pedir e o pedido, o que permitiu o amplo direito de defesa exercido pelos réus, não há como se acatar a suscitada inépcia da inicial.

Em tendo sido oportunizada a defesa dos réus e a participação na colheita da matéria de fato objeto da demanda, é de se afastar o alegado cerceamento de defesa.

É válida a prova produzida no inquérito civil que não foi objeto de desconstituição no curso do processo judicial.

É de ser mantida a sentença que reconheceu a irregularidade das ocupações e construções feitas na Praia do Futuro pelos estabelecimentos e barracas que não têm registro de inscrição ou ocupação na GRPU, bem como da área excedente aos respectivos títulos, e determinou a desocupação, demolição e remoção de todas e quaisquer instalações, construções ou edificações concernentes a esses espaços.

Caracterizado o dano ambiental, há necessidade da condenação dos réus à sua indenização, apurada em liquidação por arbitramento.

É o relatório.

Inclua-se o feito em pauta para julgamento.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal e a União Federal contra 154 (cento e cinquenta e quatro) ocupantes, que exploram barracas e estabelecimentos comerciais em área localizada na Praia do Futuro em Fortaleza/CE, sob o fundamento de que as ocupações foram irregulares. Afirmaram que (101) cento e uma delas estariam impedindo o livre acesso à praia, (43) quarenta e três sem registro ou inscrição junto ao órgão federal competente para autorizá-las (GRPU), e de (110) cento e dez ocupações registradas ou inscritas, (98) noventa e oito estabelecimentos ocupariam espaços que excedem o tamanho da área a que fariam jus.

O MM. Juiz monocrático julgou parcialmente procedente o pedido, reconhecendo a irregularidade das ocupações e construções de barracas e estabelecimentos na Praia do Futuro pelos réus que não têm registro de inscrição ou ocupação na GRPU - Gerência Regional do Patrimônio da União, bem como da área excedente aos respectivos títulos, determinando que fosse procedida a desocupação, demolição e remoção de todas e quaisquer instalações, construções ou edificações concernentes a estes espaços, com a retirada das construções ou parte destas não autorizadas, bem como de todos os apetrechos que as acompanhem, tais como obstáculos, cercas, cordas, muros, tapumes, tendas, lagos, piscinas, parques aquáticos, trechos de gramado, objetos fixos, e ainda resíduos e materiais de qualquer natureza daí decorrentes, inclusive a tubulação, sumidouros, canos de PVC, sistemas hidráulicos e elétricos, subterrâneos ou não, aí inseridos ou encartados, deixando estes trechos de praia livres de qualquer resquício de tais intervenções humanas.

Condenou, ainda, os réus, a recompor as áreas por eles indevidamente utilizadas, recuperando as dunas primárias e a vegetação nativa danificadas pelas suas ocupações, tudo a ser apurado em liquidação de sentença. Ratificou a proibição precária da tutela antecipada no tocante à realização de qualquer obra ou benfeitoria não autorizada que inove o estado atual das barracas, sob pena de pagamento de multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia de descumprimento, imissão provisória da União no imóvel responsável pela obra ilícita e suspensão provisória dos efeitos da inscrição da ocupação, ressalvadas outras penalidades, civis, administrativas e penais. Determinou o pagamento, solidário, pelos réus das custas e ao ressarcimento dos honorários periciais, bem como fixou honorários advocatícios no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, tendo em conta o trabalho exercido pelos procuradores da parte autora.

Antes de adentrar no exame das preliminares e no mérito da ação, há pontos que precisam ser apreciados.

O primeiro deles diz respeito à deificação dos chamados “bens da União” por parte do Ministério Público e de representantes de Órgãos Públicos que atuam nesta ação. Creio que é importante

entendermos a origem dos “bens da União”, friso a palavra BENS, como hoje postos no art. 20 da Constituição Federal. Para tanto é necessário fazer-se uma visita à Teoria Geral do Estado.

Considera-se como marco de surgimento do Estado moderno o ano de 1648 que corresponde ao fim da Guerra dos 30 anos, ocasião em que, pela primeira vez na Europa, vários estados assinaram Tratados de Paz (por óbvio que puseram fim à dita Guerra) na região da Westfalia. A partir daí começam a ser constituídos os conceitos, os institutos, os órgãos do modelo do “estado moderno” que, com as alterações do tempo, é o que ainda temos e teremos. O marco que caracterizou então o “estado moderno” foi, como ainda é, a soberania. Em torno deste conceito, da sua extensão, dos seus limites é que a sociedade internacional – a sociedade de estados – vem sendo construída ou destruída. A soberania tem sido um verdadeiro fetiche dos governantes ao longo da História.

Charles Rousseau, professor de Direito internacional da Universidade de Paris, ao tratar do Estado chama atenção dos múltiplos aspectos que o termo contém, optando em vez de elaborar uma definição, por destacar a sua dupla noção: o estado como um fenômeno político-social e como um fenômeno jurídico. No primeiro (como fenômeno político-social), todos os autores reconhecem a divisão tripartida do direito público interno em: população, território e organização política. Todavia, chama atenção com pertinência, que os três elementos referidos são indispensáveis para que exista um Estado, mas não são suficientes. Assim, o critério de distinção tem que ser forçosamente jurídico e está exatamente na soberania. Quanto a esta, observou que poderia ser enfocada: sob o aspecto interno – que é a autonomia e o externo, a independência. Esta observação é importante sobretudo para os estados que adotam o federalismo. Então, a soberania na sua forma clássica ou absoluta, como formulada no século XVII, por Bodin, consistia em dar ordens (internamente) incondicionadas e não receber qualquer ordem (externa). Hoje, com a interdependência dos povos o modelo foi bastante mitigado.

Pelas suas múltiplas faces, o conceito de “estado moderno” tem recebido, na doutrina, incontáveis definições. Recordo-me que certa feita, já há muitos anos, encontrei na biblioteca da Faculdade

de Direito do Recife um livro bem antigo sobre Estado, e dentro havia uma definição escrita a lápis (grafite) com uma letra bem desenhada, talvez por um dos muitos poetas que frequentaram aquela Casa conhecida como de Tobias Barreto, mas que é também, senhores cearenses aqui presentes, de Clovis Beviláqua. Certamente parafraseando Ratzel, escreveu poeticamente: o Estado é um punhado de gente num pedaço de chão. Os olhos líricos enxergaram e expressaram o de mais profundo no conceito de Estado. E eu vou mais além, não apenas com olhos líricos que espero nunca os perder, mas com olhos de uma vida bem vivida na experiência social onde o Direito deve repousar – o estado existe por causa desse punhado de gente! Punhado de gente maior ou menor, de poucos milhares nos pequenos, a milhões e bilhão nos grandes estados. Inclusive o pedaço de chão onde ele está fixado existe em função das pessoas. O Estado existe, repito, por causa das pessoas e para o seu bem, até porque a soberania que o erige em estado repousa no povo e em seu nome é exercida.

E o território? É um elemento essencial à função social do Estado. A doutrina não fugiria de atribuir-lhe uma natureza jurídica. No final do século XX muitos autores profetizavam o fim do Estado, como Jüngen Habermas (*Après l'État-nation – une nouvelle constellation politique* - Paris), Panayotis Soldatos (*Au-delà de l'État-Nation* - Bruxelas) e até mesmo Bertrand Bardie, questionou o fim do território (Fim dos Territórios – publicado em Lisboa).

Dentre as muitas teorias sobre a natureza jurídica do território do Estado, quatro merecem mais destaque. A primeira delas considera o território como elemento constitutivo do Estado que é a teoria do território-sujeito, considerando-o parte da sua própria personalidade, tendo sobre ele o poder de *imperium* e não de *dominium*.

A segunda é a teoria do território – objeto que se manifestou em duas direções, uma delas, a que nos interessa, entendendo-o como um direito real de propriedade e reside na velha concepção de estado patrimonial. Foi introduzida na primeira Constituição Republicana de 1891, abordarei posteriormente, quando também foi adotada para o Brasil a forma federativa de Estado, daí BENS DA UNIÃO. Palhares Moreira Reis, com razão, afirma “a autoridade

que o estado tem sobre o seu território não se deve confundir com o direito de propriedade, pois tem caráter institucional. O território é a base da soberania”.

A terceira é a do território-limite que admite não ser o território mais que o perímetro dentro do qual se exerce o direito de mando, o marco dentro do qual se exerce o poder estatal, ou seja, a soberania.

A quarta teoria é a do território-competência (doutrina austríaca – kelseniana). Por ela o território é considerado como uma porção da superfície terrestre em que se aplica com efetividade de execução, um determinado sistema de normas jurídicas. O território não é mais que a esfera de competência espacial do Estado, o marco dentro do qual tem validade a ordem estatal. Esta teoria tem o mérito de se integrar no marco geral da técnica do direito público, que considera as prerrogativas estatais como competências atribuídas aos governantes e aos agentes públicos para a realização de determinadas funções de interesse social.

Há, ainda, a teoria do espaço vital invocada pelo III Reich, entre 1933 e 1945, com a qual procurava justificar as invasões e anexações que foram perpetradas naquele período, cujo final a História já revelou.

Portanto, o Brasil adotou em 1891, na primeira Constituição Republicana, a teoria patrimonialista para a natureza jurídica do território, já então superada, e que se expressa reduzidamente no art. 3º: Fica pertencendo à União, no planalto central da República, uma zona de 14.400 quilômetros quadrados, que será oportunamente demarcada para nela estabelecer-se a futura Capital Federal.

A partir daí, nas Constituições subsequentes, como nas leis ordinárias foi-se ampliando a concepção patrimonial com a inclusão de outras áreas. A Constituição de 1934, no art. 5º, XIX, j, diz que compete privativamente à União legislar sobre bens do domínio federal, riqueza do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidroelétrica, florestas.... E, mais adiante, no art. 20, estabelece que são do domínio da União, os bens que pertençam a esta nos termos das leis em vigor; os lagos e quaisquer correntes em terreno do seu domínio ...; ilhas fluviais e lacustres nas zonas fronteiriças.

A Constituição de 1937 com um leve toque da teoria do espaço vital (art. 4º), mas, no art. 16 estabelece que compete privativamente à União legislar sobre (inciso XIV) - os bens de domínio federal, minas, metalurgia, etc. As Constituições de 46 e 67 (EC nº 1) são mais explícitas com relação aos bens da União, incluindo também, terras ocupadas pelos silvícolas, plataforma continental e mar territorial. A Constituição de 1988, amplia ainda mais a relação dos bens da União, incluindo no inciso VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos.

É de se observar que o Brasil adota uma teoria superada internacionalmente, e a vem mantendo sem uma reflexão mais profunda, até porque alguns dos itens elencados geram receita fácil, sem qualquer contraprestação (ex.: laudêmio).

Mas, na segunda década do século XXI não se pode continuar divinizando ou deificando os dispositivos que expressam tais bens e estabelecem o domínio sobre eles com interpretações restritivas, colocando-os como se fossem intangíveis ou propriedade privada. Não é assim. É preciso interpretar os dispositivos dentro do que eles procuram expressar: a defesa do território nacional, as fronteiras terrestres e marítimas; a preservação dos recursos naturais relevantes e indispensáveis ao funcionamento do Estado; o resguardo dos povos indígenas, que em última análise, num estado de direito e democrático devem voltar-se ao bem do seu povo.

Tanto não há intangibilidade de tais bens que tomarei à guisa de exemplo uma mudança substancial num bem da União sem qualquer observação quanto ao art. 20 da CF 1988. O mar territorial brasileiro que está inscrito no seu inciso VI, em 1988 era de 200 milhas, quando da Constituinte e da promulgação da Constituição cidadã. Somente em 4 de janeiro de 1993, a Lei 8.617 reduziu-o para 12 milhas. E houve uma substancial perda de soberania não só sobre o mar, mas sobre o espaço aéreo sobrejacente! Qualquer que tenha sido o fundamento para tal alteração (no caso um Tratado – a Convenção de Direito do Mar que o Brasil foi signatário), o fato é que ocorreu! Logo, cabe sobre tais bens olhares mais ajustáveis à realidade que os cercam.

Além do que é indispensável se ter presente os fins do próprio Estado, e, por consequência, do seu território como um dos seus

elementos essenciais, para interpretar os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais relativos aos bens da União. Nunca superior ao interesse do povo – detentor da soberania, e que pode ser aferido de várias maneiras, inclusive com a aplicação de princípios também constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

Tramita no Congresso Nacional um requerimento da autoria do deputado José Chaves para a constituição de Comissão Especial destinada a “tratar de questão de relevância nacional, os terrenos de marinha e seus acrescidos, bem como os bens de propriedade da União, consoante estabelecido no inciso VII do art. 20 da Constituição Federal, § 3º do art. 49 das Disposições Transitórias Constitucionais e Decreto-Lei nº 9.760, de 05 de novembro de 1946, com suas alterações posteriores”.

O segundo ponto diz respeito à Praia do Futuro. Sabe-se que uma Imobiliária Antonio Diogo fez em 1966 a divulgação de um novo bairro à beira mar, local pouco frequentado, iniciando um loteamento. Em 1969 foi aberta uma via chamada de Avenida Dioguinho, depois outra, Zezé Diogo, vindo a imobiliária a encerrar suas atividades no início da década de 1980. Local de extrema beleza, como todas as praias do Ceará, com 8 quilômetros de extensão, na parte leste de Fortaleza.

Ali foram surgindo e se instalando, ao longo de décadas, as chamadas “barracas”, que são estabelecimentos comerciais voltados à gastronomia, ao lazer, com grande aceitação por parte de turistas e da população local. Nas épocas de veraneio, fins de semana, como às 5^{as}. feiras (a caranguejada) as barracas são procuradas por famílias notando-se, como dito, por expressivo número da população local de classe média. É de se observar que o esperado sucesso imobiliário pela empresa que lançou o empreendimento inicial, não aconteceu, nem prosperou. Quais as causas? Uma delas, por certo, decorreu do alto nível de salinidade do mar que, por óbvio, inibiu a construção civil. Os ventos trazem maresia para a praia provocando grande corrosão de partes metálicas, equipamentos, etc. A praia do Futuro tem baixa densidade residencial e ficou à margem da especulação imobiliária.

A salinidade da Praia do Futuro é a segunda mais alta do mundo, só inferior ao Mar Morto. Que ironia da natureza, o que se esperava futuro está comparado com o morto! Quem conhece a região do Mar Morto compreende perfeitamente a necessidade da busca de uma atividade econômica alternativa à construção civil de edifícios, para uma área similar em salinidade, pelo menos nesse momento da técnica em edificações civis residenciais.

Com a grave omissão dos órgãos públicos, estas barracas se expandiram ao longo do tempo, até o número hoje existente, como foi relatado e será examinado. Não surgiram por invasão inesperada no calar da noite, de um dia para outro. Foram décadas, repito, até tornarem-se um expressivo polo turístico – gastronômico e de lazer, contando com número superior a três mil empregados, além dos empregos indiretos que podem ser quintuplicados. Nas épocas de alta temporada estes números podem ser elevados ao duplo ou triplo. Houve investimentos por parte dos empresários, e a livre iniciativa existe no Brasil (como de resto atualmente em todo mundo, até na China), e isto aconteceu à vista de todos os órgãos públicos, inclusive dos que hoje promovem esta ação. Houve e há aceitação clara da população que as frequentam em elevadíssimo número. Os institutos de turismo chegam a informar que em alguns meses ultrapassa os 200 mil frequentadores (entre turistas e locais), e ao ano pode atingir a casa do milhão. Há barracas de diversos portes, oferecendo serviços também diversificados, incorporadas à paisagem e à vida social, cultural e turística da cidade.

Portanto, aqui há um sensível e delicado feixe de situações que devem ser examinadas com atenção redobrada, com as cautelas e a percepção do que vem a ser realmente o bem do povo. Como diria Aristóteles, é uma questão apofântica, onde há múltiplas proposições, mas a lógica deve prevalecer sobre a retórica!

Passo a analisar, inicialmente, as preliminares que foram levantadas.

INÉPCIA DA INICIAL

A inicial fundamenta de forma clara os fatos e o pedido, estando acompanhada de material técnico levado em consideração pela parte autora, para justificar o seu pleito da necessidade da retirada

de todas as barracas da Praia do Futuro. A alegação de inexistência de provas e motivação da ação se confunde com o mérito a ser ainda apreciado.

CERCEAMENTO DE DEFESA

Quanto à questão suscitada por alguns recorrentes, no sentido de não ter sido individualizada na sentença a conduta de cada réu, o fato não caracteriza cerceamento de defesa. No laudo pericial consta uma análise sobre as áreas ocupadas, demonstrando quais as construções regulares ou não, sendo possível identificar aquelas que se enquadram na decisão. Os que têm seu Registro Imobiliário Patrimonial - RIP e que não praticaram atos proibidos pela legislação e pelo poder público, não foram atingidos pela decisão recorrida.

Afirma a BNB CLUBE DE FORTALEZA que o processo administrativo nº 0.15.000.000416/2005-18 foi instaurado a sua revelia, violando-se o art. 5º, LV, da CF e o art. 458, e seus incisos, do CPC. Não prospera a alegação. O procedimento administrativo instaurado na Procuradoria da República do Estado do Ceará tem natureza inquisitória e é instrumental, servindo de mais um elemento para justificar a presente ação. Na ação civil pública foi o recorrente devidamente citado, observando-se o contraditório, não tendo sido cerceado seu direito de defesa.

D. DA SILVA CASTRO BAR E RESTAURANTE diz que deve ser anulada a sentença, pois adquiriu a posse da barraca de praia da Srª. Ione Muniz Egloff, requerendo a substituição processual da referida senhora por D. da Silva Castro Bar e Restaurante. Mas nunca houve a apreciação do seu pleito, nem foi intimada a Srª. Ione para declarar sua concordância em relação à substituição. Afirma que os seus advogados foram intimados para certas participações, mas nunca lhes foi concedido prazo para contestação, não se observando o disposto nos arts. 47, parágrafo único, 214 e 300 do CPC, bem como no art. 5º, LV, da CF.

À fl. 778 consta a assinatura da Srª. Ione Muniz Egloff, confirmando que foi devidamente citada na presente ação, não sendo mais necessária outra citação para quem adquiriu o estabelecimento da referida senhora. Tanto é assim, que a própria recorrente reconheceu que seus advogados foram intimados dos demais atos processuais.

AGUIAR RAMOS COMERCIAL LTDA. e outros sustentam que houve cerceamento de defesa por não ter sido deferido seu pedido de produção de provas testemunhal, técnica e apresentação pela União do processo de demarcação da linha preamar médio.

Ao magistrado, condutor do processo, cabe analisar a necessidade da dilação probatória, conforme os artigos 125, 130 e 131 do Código de Processo Civil. Assim, o julgador, considerando a matéria contestada na ação, pode indeferir pedido de produção de outras provas, por entendê-las desnecessárias, diante da documentação acostada aos autos.

No caso em tela, não há que se falar em cerceamento de defesa e ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, por não ter o magistrado *a quo* deferido pedido de prova testemunhal ou de outras desnecessárias à instrução do processo, evitando diligências inúteis ou meramente protelatórias. Bastam as provas documentais já produzidas, bem como a pericial contemplada nos autos, já que o litígio atrai a elaboração de prova de caráter científico-técnico, com a observância de legislação pertinente.

Não prospera a afirmação dos apelantes, VILA GALÉ CINTRA BRASIL LTDA. e outro, no sentido de que houve cerceamento do direito de ampla defesa da barraca Investimentos Futuro, por ter sido encerrada a produção da prova pericial ainda na pendência de pedido de esclarecimento ao perito. Como se verifica às fls. 14.976/14.977, houve esclarecimento pelo perito do Juízo, também dos quesitos apresentados pela recorrente, Investimentos Futuro.

INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO

Alguns recorrentes defendem a incompetência absoluta do Juízo (art. 113, CPC), uma vez que o perito concluiu que as barracas não estão inseridas em área de terrenos de marinha.

A competência da Justiça Federal, disciplinada no art. 109, I, da Constituição, é fixada em razão da pessoa. Um dos fatores que a justificam, portanto, é a presença da autora União, na Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal.

“Presente o interesse da União, a competência é da Justiça Federal, e a legitimidade para propor a Ação Civil Pública é do Ministério Público Federal” (STJ, AgRg no REsp 1.118.859/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2010, *DJe* 14/12/2010). “A Ação Civil Pública proposta pelo MPF, ainda que relativa a dano ambiental, é de competência da Justiça Federal por força do art. 109, I e parágrafo 3º, da CF, que se configura competência absoluta determinada em razão da pessoa. Inteligência do art. 109, I, e parágrafo 3º, da CF e art. 2º da Lei 7.347/85. Precedentes” (STJ, REsp 994.166/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, *DJe* 21/08/2009).

ILEGITIMIDADE PASSIVA DA PETROBRÁS

A PETROBRÁS - PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. entende que é parte ilegítima para compor a lide, uma vez que o pedido consiste na desocupação expressa de todas as 43 barracas que ocupam o bem público dito de uso comum do povo, sem registro/ inscrição na GRPU, bem como da área excedente aos respectivos títulos ocupada pelas 98 barracas restantes nos autos. Requer a extinção do feito, sem resolução do mérito, em relação a ela, uma vez que não se insere no conceito de barraca de praia.

Ainda que a atividade da Petrobrás S.A. não se enquadre especificamente como barraca de praia, a conduta descrita na inicial é a ocupação irregular de área que entendem o MPF e a União serem de praia. Inclusive, o perito confirmou, quando questionado pela ora recorrente, estar uma parte da construção da Petrobrás na faixa do imóvel questionado.

Também não há que se falar em falta de motivação na sentença, nem de violação ao art. 93, IX, da CF, uma vez que restou fundamentado na decisão que aqueles que extrapolaram a área excedente aos respectivos títulos de ocupação, devem desocupá-la.

IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO

Em suas contrarrazões, o MPF sustenta a irregularidade de representação do réu Irineu Francisco da Silva, uma vez que no instrumento procuratório particular de fl. 15.933 consta apenas uma

impressão digital, supostamente do senhor citado, o que denuncia ser o mesmo analfabeto, pelo que a procuração deveria ter sido feita por instrumento público.

Não se nega que a procuração particular outorgada por pessoa analfabeta não constitui meio idôneo a produzir os efeitos legais a que se destina, sendo inadequado lançar impressões digitais, devendo ser observado o disposto no art. 654 do CC. Contudo, considerando o princípio de acesso ao Judiciário e o sentido social da prestação jurisdicional, cumpre ao juiz dar oportunidade para que a parte regularize a representação em Juízo, nos termos do art. 13 do CPC.

Após o despacho de fls. 17.403/17.404, apresentou o réu Iri-neu Francisco da Silva a procuração pública, conforme se verifica às fls. 17.409/17.409v.

Quanto à inexistência de procuração dos réus José Maria Moreira da Frota, José Bernardino da Silva/Barraca São José, Maria Lúcia Rodrigues Moraes Sales/Barraca Sales e Paula Renata:

a) informou o oficial de justiça à fl. 17.416 que a Barraca Sales mudou de proprietário para Francisco Jacó Bezerra de Oliveira, anexando-se a procuração à fl. 17.417;

b) apresentada a procuração de José Bernardino da Silva/Barraca São José (fls. 17.418 e 17.440);

c) em 20/03/2013, a ré Paula Renata Wirtzbiki de Almeida Geysen apresentou procuração (fl. 17.458);

d) José Maria Moreira da Frota não foi localizado (fl. 17.437v).

Diante da inexistência de procuração para o patrono do Sr. José Maria Moreira da Frota, reconheço sua revelia nos autos.

TEMPESTIVIDADE DO RECURSO DE IVANETE MARQUES MIRANDA E ROBERTO SILVA MACHADO

A União requer seja reconhecida a intempestividade do recurso interposto pela apelante Ivanete Marques Miranda.

Consta à fl. 16.839, mandado de intimação assinado pela ré Ivanete Marques Miranda, no dia 11 de agosto de 2011, no qual teve ciência da renúncia de mandato de seu procurador, bem como

para constituir novo advogado. No dia 22 de agosto de 2011 a Defensoria Pública da União peticionou à fl. 16.840, requerendo a habilitação nos autos para assistir a Sr^a. Ivonete, devido ao perfil econômico-financeiro da ré.

A ré não pode ser prejudicada pela omissão do advogado que renunciou ao mandato no curso do prazo para apelação. Válida, portanto, a representação da Defensoria Pública da União.

Quanto ao Sr. Roberto Silva Machado, assiste razão à União quando afirma em suas contrarrazões que se operou a preclusão consumativa para a interposição do segundo recurso interposto pelo réu às fls. 16.031/16.168.

Assim, reconheço a ocorrência da preclusão consumativa da segunda apelação interposta pelo Sr. Roberto Silva Machado.

LINHA PREAMAR

A linha preamar médio está restrita para delimitar os terrenos de marinha, a teor do disposto no art. 2º do Decreto-Lei nº 9.760/46, não disciplinando o que seria área de praia.

Dispõe o art. 2º do Decreto-Lei nº 9.760/46:

Art. 2º São terrenos de marinha, em uma profundidade de 33 (trinta e três) metros medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar-médio de 1831:

a) os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés;

b) os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das marés.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo a influência das marés é caracterizada pela oscilação periódica de 5 (cinco) centímetros pelo menos do nível das águas, que ocorra em qualquer época do ano.

Não posso deixar de fazer uma observação sobre este ponto. Considero um verdadeiro absurdo que ainda se utilize a linha preamar médio do ano de 1831, quase dois séculos depois de estabelecida, quando se sabe, a olhos vistos sem necessidade sequer de perícia, as oscilações dos oceanos. A não atualização bem demonstra a clara inoperância dos órgãos públicos responsáveis

que se conservam no cômodo e pouco transparente mister de cobrar dos particulares, tratando os que procuram o serviço do Patrimônio da União, como se estivessem indo ali pedir um favor. Isto se sabe por experiência de pessoas conhecidas ou é extraída da grande quantidade de processos que julgamos sobre a matéria.

Apesar da constatação, é de dizer que cabe ao Serviço de Patrimônio da União - SPU a demarcação dos terrenos de marinha, através da determinação da posição das linhas de preamar médio do ano de 1831 e da média das enchentes ordinárias (art. 9º do DL nº 9.760/46). Isto é feito à vista de documentos e plantas relativos àquele ano, ou, quando não obtidos, à época que do mesmo se aproxime.

Na hipótese dos autos, a lide consiste em verificar se as construções em questão estão inseridas em área de praia, cuja definição encontra-se na Lei nº 7.661/88, bem como a existência de barracas construídas sem autorização prévia pelo Poder Público em terreno de marinha.

Diante de necessidade de parecer técnico especializado, determinou-se a realização de perícia. Havendo divergências sobre a linha preamar média, defendida pela GRPU, procedeu a perícia do Juízo a um estudo sobre a questão. Ressalte-se que o perito calculou a cota básica da linha preamar média, apreciando os critérios adotados pela GRPU para a demarcação, bem como se as barracas foram construídas em área de praia. Inclusive, houve a participação de engenheiros da Superintendência do Patrimônio da União no estudo da linha preamar, informando o perito que:

Informe-se que os senhores engenheiros assistentes técnicos da Superintendência do Patrimônio da União, Carlos Roberto de Meneses Nevares e Ricardo Cunha Lima concordaram com o valor calculado: 2,24 m, consoante PARECER TÉCNICO nº 004/2009/DIGEP-CRMN/RCL. Entretanto, afirmam que deverá ser acrescido um delta "H" variando entre 0,5 m e 1 m no cálculo da cota básica calculada, em face da ação da dinâmica das ondas.

Não existe referência, nenhuma, a qualquer delta "H" para acréscimo ao valor da Cota Básica calculada na ON-GEA-DE 002 e Instrução Normativa nº 2 para locação da LPM

de 1831. Inclusive, para melhor sustentação à argumentação pericial, após analisar autos de processo formulado na SPU, verifica-se no despacho nº 10380 (Anexo IV) efetuado pelo delegado da DPU-CE, à época, eng. José Feitosa Dantas, a seguinte afirmação:

Acontece que, mesmo sem fundamento técnico preciso, a DPU-CE, nos processos anteriores, vinha acrescentando à cota média das preamares de hoje o valor de 1m (hum metro) como desconto da área acumulada entre 1831...) (ANEXO I)

Esta perícia entende como extremamente sensata e de perfeito discernimento, a posição do Senhor Delegado, colocada no parágrafo acima exposto. Entretanto, acrescente-se a expressão: "sem fundamento científico", à observação feita no parágrafo anterior.

(...)

Enfatize-se e registre-se, que todos os procedimentos de campo, realizados na Praia do Futuro, para determinação do nivelamento geométrico foram, efetivamente, realizados pelo Engº. Roberto Navares, a agrônoma..., o assistente da perícia, Engº. Paulo Thiers, e com o acompanhamento de 3 (três) POLÍCIAS FEDERAIS, solicitados oficialmente pela Superintendência de Patrimônio da União. A confirmação da efetiva participação de assistente na verificação do trabalho realizado pela Perícia pode ser efetuada através da Superintendência da Polícia Federal, em Fortaleza.

(...)

**Em complemento ao que cita o Engº. Paulo Roberto Lopes Thiers, é de se informar que Sr. Carlos Roberto de Meneses Navares, representante da GRPU-CE, esteve presente, em parte dos trabalhos de campo relativos ao levantamento das condições ambientais quando apresentou o histórico, verbal, da situação de todas as barracas, não tendo dado continuidade ao acompanhamento do serviço por se dizer em férias com a família, na serra de Baturité. (fls. 14.986/14.988)

Como dito acima, a demarcação do terreno de marinha é de competência do SPU, neste caso houve a elaboração de laudo pericial judicial para esclarecer a localização das referidas barracas.

MÉRITO

O pedido realizado na inicial consiste na remoção, na Praia do Futuro, em Fortaleza/CE, de todos os obstáculos construídos pelos réus (barracas, restaurantes, etc.) que impeçam o livre acesso à área de praia, às expensas dos respectivos demandados. Afirma-se que das 153 barracas, cento e um (101) estariam impedindo o livre acesso à praia, mediante os mais diversos obstáculos, tais como cercas de bambu, madeira, muros, etc. Quarenta e três (43) barracas não têm registro junto ao órgão federal competente, GRPU. Das cento e dez (110) ocupações registradas ou inscritas, noventa e oito (98) ocupam áreas que excedem o tamanho do espaço que foi permitido. Foi requerida a demolição de todas as barracas e estabelecimentos edificadas em área de praia. Pleiteou-se, ainda, a reparação física do dano ambiental e paisagístico e a condenação dos réus à indenização em dinheiro pelos danos causados ao patrimônio público ecológico.

Para melhor dirimir a questão, recorreu-se à capacidade técnica de perito especializado, devidamente acompanhado pelos assistentes técnicos dos autores e pela Polícia Federal na coleta de seus dados.

Concluiu o *expert* que as obras em questão, na sua maioria, foram realizadas no “Berma”, ou seja, no pós-praia. Também informou o perito que existem barracas que em alguns trechos utilizam-se de área comum do povo com as instalações de sombreros, cadeiras etc. (fl. 11.128).

As praias, de acordo com definição da Lei nº 7.661/88, que instituiu o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, são bens públicos de uso comum do povo.

Nos termos do art. 10, *caput*, §§ 1º e 3º, da Lei nº 7.661/88, entende-se por praia:

Art. 10. As praias são bens públicos de uso comum do povo, sendo assegurado, sempre, livre e franco acesso a elas e ao mar, em qualquer direção e sentido, ressalvados os trechos considerados de interesse de segurança nacional ou incluídos em áreas protegidas por legislação específica.

§ 1º. Não será permitida a urbanização ou qualquer forma de utilização do solo na Zona Costeira que impeça ou dificulte o acesso assegurado no *caput* deste artigo.

§ 2º. A regulamentação desta lei determinará as características e as modalidades de acesso que garantam o uso público das praias e do mar.

§ 3º. **Entende-se por praia a área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, acrescida da faixa subsequente de material detrítico, tal como areias, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural, ou, em sua ausência, onde comece um outro ecossistema.**

A Lei nº 7.661/88 foi regulamentada pelo Decreto n.º 5.300/2004.

Entendeu o Juízo monocrático que a definição de Berma integra a área em que a Lei Federal estabeleceu como sendo de praia, não encontrando respaldo na legislação para a distinção. Fundamentou a sentença que o perito se equivocou quando afirmou que “o conceito de praia envolveria dois aspectos, um científico anterior, e outro da definição jurídica”, porquanto inexistente um conceito científico de praia que se imporia sobre a definição legal de praia ou a afastaria.

O perito explicou que o conceito jurídico para a palavra praia segue a mesma linha dos conceitos científicos: “A definição jurídica de praia atende aos critérios científicos, pois contempla para o lado do mar a faixa intermaré – ou estirâncio – definida como zona compreendida entre os batentes externos de baixamar e da preamar, como pertencente à praia, e para o lado continental, a faixa caracterizada pela presença de sedimentos (areia, cascalho, seixo e pedregulho) não consolidados, sujeitos ao domínio da Morfodinâmica Costeira, responsáveis pelo transporte lateral de sedimentos conhecidos como deriva litorânea”. (fl. 11.127).

Já a área de Berma, segundo a perícia: “se caracteriza por relevo plano e suave ondulado, com sedimentos arenosos, onde se inicia o processo de edafização podendo ser marcado pela presença de vegetação incipiente do tipo gramínea-herbácea. Na área em questão, o berma vai da linha superior da praia até o início da calçada do logradouro público, Av. Zezé Diogo e se caracteriza por

uma região com relevo suave e podendo apresentar em alguns trechos vegetação natural pioneira.”(fl. 11.127).

Também em resposta aos quesitos formulados pelas partes, respondeu o perito que:

(...) As obras e atividades feitas na área não podem ser tidas como apropriação privada de área de uso comum do povo pelo fato de que as barracas foram construídas majoritariamente, no berma, portanto no pós-praia e não na praia. Logo, fora da área de uso comum do povo que é a praia (fl. 11.128).

A Lei Estadual nº 13.796/2006 que instituiu a política de gerenciamento costeiro e o plano de gerenciamento costeiro para o Estado do Ceará, definiu Berma “como a porção horizontal da pós-praia, constituído por material arenoso e formado pela ação das ondas e em condições do nível do mar atual”.

Pelo laudo pericial, “Berma” se entende como uma área subsequente, pós-praia, livre da influência das ondas, com a possibilidade de existir vegetação nativa. Dessa forma, adoto a conclusão da perícia no sentido de que as construções não foram realizadas em bem de uso comum do povo. O entendimento não viola o disposto no § 3º do art. 10 da Lei nº 7.661/88.

Outro argumento trazido consiste na remoção das barracas pela irregularidade ambiental, pois estariam instaladas sem a prévia realização do Estudo de Impacto Ambiental - EIA e do respectivo Relatório de Impacto Ambiental - RIMA.

O estudo de impacto ambiental (EIA) é um dos instrumentos da política nacional do meio ambiente, previsto no inciso III do art. 9º da Lei nº 6.938/81. Compreende o levantamento da literatura científica e legal pertinente, trabalhos de campo, análises de laboratório e a própria redação do RIMA - Relatório de Impacto Ambiental. O EIA/RIMA é o mais complexo e detalhista estudo para fins de viabilidade ambiental da obra. O art. 225, IV, da CF só exige a elaboração do EIA para licenciar empreendimentos causadores de significativa degradação ambiental.

O CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente estabelece no art. 3º, *caput*, da Resolução nº 237/97 que a exigência de

EIA/RIMA só se dará diante de empreendimentos aptos a causar significativo impacto ambiental. Também na mesma Resolução, Anexo I, apresentam-se os tipos de empreendimentos cujo licenciamento demanda prévia elaboração de EIA/RIMA, sendo desproporcional tal exigência para os réus da presente ação.

Observe-se que o EIA-RIMA é prévio à implantação de um projeto, e não posterior. Muitas barracas existem antes mesmo da exigência legal desses estudos. Há barracas de 1969.

É sabido que se faz necessária a autorização da União para a ocupação de terreno de marinha, nos moldes do DL nº 9.760/46 (arts. 99, 100, 108, 109 e 198). Do mesmo modo, a área de praia, ainda que de boa fé, não pode ser feita de maneira desmedida e à revelia dos órgãos federais de controle e fiscalização. A cessão de uso desses bens pelo Ente Federal a um particular depende de requisitos, entre eles a prévia autorização da Administração no processo de ocupação do solo ou de construção nesta referida área. Está-se aqui ante uma situação consolidada.

Estive pessoalmente na Praia do Futuro, diversas vezes sem qualquer identificação, para observar por mim mesma o ambiente, o funcionamento das barracas, o tipo de frequentadores, os serviços oferecidos, a qualidade dos espaços. Do mesmo modo conversei com incontáveis pessoas da cidade de Fortaleza, de várias classes sociais, no local e fora da Praia do Futuro fazendo uma inquirição e apontando particularmente os depoimentos colhidos.

Observei a grande frequência de turistas, mas também, é interessante, a presença maciça da classe média de Fortaleza divertindo-se, muitos em família ou entre amigos, ordeiramente, aproveitando a beleza do lugar e o ambiente agradável nos diferentes estabelecimentos comerciais. Uma gastronomia muito nordestina é oferecida ao turista ou saboreada pelos da terra, numa forma importante de preservação dos costumes alimentares da nossa região. Artesanato em algumas delas, serviços diversos que são procurados pelos de fora. Constatei a grande quantidade de empregados no serviço das mesas, no preparo das comidas, gentilmente enaltecendo o nome do Ceará, e tudo a preços razoáveis, compatível com o poder aquisitivo da classe média.

Todos com quem conversei me deram boas referências sobre o lugar. Falei com os garçons sobre o emprego, as condições e oportunidades de trabalho. Puxei conversa com os clientes, a pretexto de pedir sugestão sobre o prato. Eram tantas que tinha dificuldade em escolher. A minha percepção foi positiva, via ali além do polo turístico e de lazer, um polo de mão de obra com pequena qualificação tão abundante na nossa região onde a educação pública não cumpre adequadamente o seu papel formador.

Continuei as minhas investigações. Tomei táxis e falei com os taxistas que sempre sabem as coisas da cidade, e também obtive boas informações. Sugestões para que eu frequentasse em tal ou qual dia. Estive na Universidade Federal, lá ouvi professores e alunos de graduação e pós-graduação – todos favoráveis à permanência do polo. Fui a lojas, perguntei a lojistas, vendedores e clientes. Sempre as mesmas respostas – é muito bom!

Devo dizer que pesquisei na internet em sites de turismo, como faço quando vou viajar para algum lugar pela primeira vez. Colhi alguns depoimentos:

Pedro - Belo Horizonte: “ a melhor praia para banho de Fortaleza. Barracas enormes e bem estruturadas como a são lugares imperdíveis. O mar é bom para banho”.

Valmir - Niterói: “Super praia. Lugar bacana, preços razoáveis, mesas com cadeiras cobertas com guarda-sol feito com folhas de palmeiras”.

Mesmo os que apresentam alguma restrição, excluem as barracas do conceito negativo, como:

Nilce - São Paulo: “A praia tão famosa e lotada é tão suja que ninguém se arrisca a um banho de mar. O forte são os quiosques”.

Joana - Porto, Portugal: “... problema é que tem favela mesmo perto da praia”.

Muitos se queixaram do excesso de ambulantes quando estavam à beira mar, outras gostavam porque compravam o que desejavam, mas das barracas mesmo, só elogios.

Das 442 avaliações num dos sites pesquisados sobre a Praia do Futuro (as barracas entravam apenas por via transversa): 125 consideraram excelentes; 150, muito boa; 108, razoável; 33, ruim e 26, horrível.

Agora é o momento de se reunir os conceitos, os princípios e as ideias aqui expostas. Retorno ao ponto de partida perguntando: para que serve o território do Estado, mesmo que arcaicamente seja chamado de bem da União? O território serve para o seu povo que é a razão primeira do próprio Estado. O bem do povo prevalece sobre os bens da União. Um local frequentado por cerca de 200 mil pessoas mês e mais de 1 milhão ao ano; que oferece 3 ou mais mil empregos diretos e mais de 10 mil indiretos, para trabalhadores de baixa qualificação, num Nordeste sem educação pública sequer razoável, onde se está morrendo de fome e sede; numa terra encantadora onde a classe média deve ter assegurado o seu direito sadio ao lazer, como os mais ricos têm no *Beach Park*, que em localização relativamente à praia e ao mar, em nada se diferencia das barracas da Praia do Futuro; onde não foi apresentada qualquer proposta alternativa a não ser a destruição, é preciso enfaticamente dizer que o bem do povo está aí e é nele que reside a soberania.

Contudo, **este reconhecimento não é carta assinada em branco, aceitando-se tudo o que está lá, do jeito que está.** É preciso estabelecer os limites de acordo com a perícia efetivada e dentro dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade também consagrados na Constituição brasileira. Nesse sentido destaco a situação das barracas localizadas na área de influência estuarina do Rio Cocó que exige dos órgãos de fiscalização e controle ambiental uma atuação específica e individualizada.

A Lei 7.661, de 16 de maio de 1988, invocada largamente na sentença, que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, é anterior à promulgação da Constituição. Entendo que embora recepcionada pela Carta Maior, pode ser interpretada à luz dos princípios já referidos que são superiores à legislação ordinária. Assim, o art.10 que estabelece que as praias são bens públicos de uso comum do povo não está malferido pela manutenção de barracas que chegam a congregar um milhão de pessoas ao ano!

Além do que não se pode deixar de considerar a Lei Estadual 13.796/2006 que detalha minuciosamente cada parte integrante da zona costeira do Estado do Ceará, inclusive no inciso XIV do art. 2º, define Bermas.

O Brasil é uma federação, logo os estados não podem ser destituídos do poder que também têm de instituir a Política Estadual de Gerenciamento Costeiro. A centralização que vem galopantemente ocorrendo em nosso país, com a hipertrofia do executivo federal, ainda não exterminou a parcela de soberania no âmbito interno que cabe aos membros da federação, aos estados federados. Reconheço a vigência da Lei Estadual 13.796/2006 ademais nenhuma inconstitucionalidade lhe foi declarada, nem está em contraposição à legislação federal.

Salvo onde a Constituição foi explícita, ao estabelecer regras específicas de prevalência, a identificação do interesse que deverá prevalecer há de ser feita mediante uma ponderação proporcional dos interesses em conflito, conforme as circunstâncias do caso concreto. Daí se dizer que o Estado democrático de direito é um Estado de ponderação, que se legitima pelo reconhecimento da necessidade de se proteger e promover, ponderada e razoavelmente, tanto os interesses particulares dos indivíduos como os interesses gerais da coletividade. O que se chamará interesse público é o resultado final desse jogo de ponderações que, conforme as circunstâncias normativas e fáticas, às vezes indicará a preponderância relativa do interesse público, outras vezes determinará a prevalência parcial de interesses particulares.

A sentença do douto magistrado *a quo*, como o parecer do não menos ilustre Procurador Federal Dr. Domingos Sávio, foram salomônicos. Reconheceram que é possível a permanência de algumas barracas, dentro dos limites antes autorizados, o retorno ao *status quo ante* das que se excederam, e a demolição das que não possuem licença do Patrimônio da União.

Sem embargo, tenho uma visão mais flexível. No caso, penso que a drástica decisão de demolir as barracas, como pedido na inicial, não atende às exigências sociais e do bem comum, tendo em vista que não se trata “apenas” de 154 barracas, mas, como

disse, de estabelecimentos comerciais que geram milhares de empregos, onde empregados e empregadores retiram do trabalho e do comércio ali efetivado, honestamente, o seu sustento familiar. E onde o povo de Fortaleza, classe média tão massacrada neste país pode encontrar espaço para momentos de lazer dentro das suas condições. É lá também que o turista vai continuar desfrutando das belezas e das delícias que o nosso Nordeste, sofrido, mas acolhedor, saber oferecer.

É bem verdade, não nego, nem poderia, que diversas das ocupações na Praia do Futuro estão em situação irregular, a maior parte pode vir a ser regularizada. Das 153, 110 são registradas na GRPU. Se 98 delas excedem da área já permitida que sejam chamadas para um novo cálculo do espaço ocupado e paguem o valor devido. Se 110 obtiveram registro, por que as 43 não? Que sejam notificados os seus ocupantes, que se aprecie a situação de cada uma. Não é razoável, nem proporcional que o Poder Estatal venha demolir as barracas, especialmente quando se leva em conta também que na maioria dos casos, trata-se de construções antigas em que o Poder Público ficou inerte, sendo conivente com a situação por anos.

Assim, o que se determina limita-se:

- a) à retirada de obstáculos ao acesso à praia, porventura ainda existentes – cercas, bambus, madeiras, etc., postos pelas barracas, para que sejam mantidos permanentes corredores que permitam a livre circulação das pessoas que rumam à praia, conforme identificado na perícia, às custas de quem os colocou;
- b) do mesmo modo, sejam demolidas, se houver, as construções não autorizadas realizadas após a decisão do Agravo de Instrumento nº 69.739/CE, que vedou a realização de qualquer obra ou benfeitoria nova;
- c) que sejam demolidas as que tenham sido abandonadas a fim de evitar que se transformem em locais de poluição ou sirvam para atividades ilícitas;

Não havendo como se quantificar os eventuais danos ambientais, entendo que não é de se condenar os réus ao pagamento de indenização em dinheiro, porque estes não foram mensurados.

Convém lembrar, inclusive, que desde a década de 1980 existe um plano de urbanização do local, que tem a chancela do então Procurador-Chefe da República no Estado do Ceará, em convênio firmado entre aquela Procuradoria, o Município de Fortaleza e a Delegacia do Patrimônio da União. Que revejam este plano, certamente já superado em alguns pontos. Aproveitem as sugestões fornecidas na perícia judicial (fl. 11.160). Que as autoridades se unam aos particulares com um *animus* proativo e positivo, para o bem do povo, que será naturalmente e por consequência um bom destino para os bens da União.

Senhores Desembargadores,

De tudo o que foi visto neste processo, tenho a nítida convicção de que se chegou a este ponto, em parte por omissão do poder público que deixou consolidar a situação. Mas, sobretudo, pela irrevogabilidade de duas leis que não estão referidas nos autos, nem foram estabelecidas por qualquer legislador, mas delas não podemos fugir nem as desconhecer.

A primeira é a Lei da Natureza. Um espaço inicialmente destinado ao desenvolvimento imobiliário teve o seu curso interrompido pela identificação de um óbice da natureza – o grau de salinidade incompatível com o fim a que o empreendedorismo particular buscava alcançar. Inviabilizado o projeto, o encontro de uma nova vocação foi natural e espontâneo.

A segunda, e por consequência, é a Lei do Mercado – da oferta e da procura, que criou um círculo virtuoso: há comércio (barraças) porque há clientes; há clientes porque há comércio. Se houve grande expansão é porque os interesses de ambas as partes foram bem atendidos. Ninguém vai ali obrigado, nem o empreendedor mantém um negócio para ter prejuízo. Esta é forma como ocorre num país capitalista e livre.

Diante do exposto, nego provimento à apelação da União, do MPF e ao recurso adesivo do Município de Fortaleza. Dou parcial provimento às apelações dos réus, para reformar a sentença, limitando a condenação à demolição das construções abandonadas ou edificadas, sem autorização, após a decisão do AGTR 69.739/CE e determinando sejam retirados os obstáculos ao livre acesso de pessoas à praia.

Entendendo-se pela manutenção da maioria das barracas construídas antes da sentença, os réus passaram a ser vencedores na maior parte do pedido da lide, pelo que condeno os autores ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para rateio entre os patronos dos réus, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Assim, Senhores Desembargadores, Senhor Procurador, demais presentes, entre o rigorismo da interpretação estrita sobre a utilização de bens da União, contrapondo-se ao verdadeiro sentido da razão do Estado, com as limitações propostas, eu fico com o bem do povo.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 552.582-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA (CONVOCADO)
Apelante: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO
Apelada: COLLET & SONS S/A ENGENHARIA, COMÉRCIO E INDÚSTRIA
Advs./Procs.: DRS. VERÔNICA ALVES DE SÃO JOSÉ E OUTROS (APTE.) E RODRIGO VIANA DA COSTA (APDA.)

EMENTA: CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESCISÃO. BALIZAMENTO LUMINOSO DA PISTA DE POUSO/DECOLAGEM DO AEROPORTO INTERNACIONAL DOS GUARARAPES. EMPRESA IMPEDIDA DE TESTAR O FUNCIONAMENTO E O DESEMPENHO DO SERVIÇO E DE REALIZAR A “OPERAÇÃO INICIAL ASSISTIDA”. INFRAERO QUE NÃO PROVIDENCIOU A AUTORIZAÇÃO TÉCNICA DA CELPE PARA EFETUAR, NA SUBESTAÇÃO, AS ADEQUAÇÕES NECESSÁRIAS À ENERGIZAÇÃO DA CASA DE FORÇA. SERVIÇOS QUE FICARAM PENDENTES POR CULPA DA ADMINIS-

TRAÇÃO. INDENIZAÇÃO. RESSARCIMENTO À AUTORA PELOS PREJUÍZOS SUPOSTOS. DEVOLUÇÃO DA GARANTIA. PAGAMENTO PELA EXECUÇÃO DO CONTRATO ATÉ A DATA DA RESCISÃO.

- Apelação desafiada pela INFRAERO em face da sentença que julgou procedentes os pedidos formulados pela COLLETT & Sons S/A Engenharia Comércio e Indústria, decretando a rescisão de contrato administrativo (Termo de Contrato de Obras/Serviços de Engenharia nº 088-ST/2005-0014), condenando-a a ressarcir à autora pelos prejuízos suportados em valor a ser apurado em liquidação, compreendendo a devolução da garantia, o pagamento pela execução do contrato até a data da rescisão, o custo de desmobilização de pessoal e equipamentos e os lucros cessantes, consubstanciados na expectativa frustrada de vantagem econômica pela inexecução integral do contrato, tudo acrescido da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil, c/c art. 161, § 1º, do CTN), desde a citação.

- Empresa que sagrou-se vencedora em certame licitatório, na modalidade concorrência pública, tendo firmado o Termo de Contrato de Obras/Serviços de Engenharia nº 088-ST/2005-0014, cujo objeto foi a “contratação das obras/serviços de instalação do sistema de balizamento luminoso da pista de pouso/decolagem e pistas de táxi, inclusive construção de KF de balizamento do Aeroporto Internacional do Recife/Guararapes - Gilberto Freire”.

- O contrato previa o recebimento do objeto adjudicado em duas etapas: 1) recebimento provisório, com a emissão de Certificado de Aceitação Inicial (CAI), e 2) recebimento definitivo, após 120 (cento e vinte) dias, com a emissão de Certificado de Aceitação Definitivo (CAD). No interregno de 120 (cento e vinte) dias, cabia-lhe tes-

tar o funcionamento e o desempenho do balizamento luminoso, com as correções de eventuais falhas apontadas pela INFRAERO, assim como a realização da “operação inicial assistida”, pelo período de 30 (trinta) dias corridos, com o pessoal devidamente habilitado da INFRAERO, no horário entre 6h e 24h.

- Com a conclusão do balizamento luminoso e dos demais serviços que lhe foram atribuídos por contrato, a empresa ficou impedida de testar o funcionamento e o desempenho do referido serviço de balizamento, assim como de realizar a dita “operação inicial assistida”, e os poucos serviços complementares, porque a INFRAERO deixou de requerer a indispensável autorização técnica da concessionária local, no caso a CELPE, para efetuar, na sua subestação de 69 kV, as adequações necessárias à energização da casa de força (KF) destinada ao balizamento luminoso, providência que, até a data da propositura da presente ação, não tinha sido resolvida.

- Empresa que envidou esforços para buscar uma solução consensual, visando à ultimação do contrato, externando sua intenção por meio de missivas à INFRAERO, exigindo apenas que lhe fosse assegurada contrapartida, de forma a preservar o equilíbrio econômico financeiro do contrato, pleito que restou desatendido. Como o atraso na energização se estendeu até a data do ajuizamento da demanda – 12-11-2008, os cabos e equipamentos empregados no serviço de balizamento luminoso tornaram-se inúteis, a exigir a substituição total ou parcial, assim como restou inviabilizada a execução da maioria dos serviços complementares a cargo da COLLETT.

- A inexecução do contrato motivada pela inércia da Administração em adotar as providências necessárias à conclusão do serviço tornou possível a extinção do contrato por iniciativa do par-

ricular, já que o atraso verificado ultrapassou, em muito, o prazo de tolerância de cento e vinte dias, referido acima.

- Preceitua o art. 78, XVI, da Lei de Licitações, que “a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes materiais naturais especificadas no projeto” constitui motivo para a rescisão do contrato.

- Afastada a alegação de nulidade da sentença, pois “o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um a todos os seus argumentos” (RJTJESP 115/207 - in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Theotonio Negrão, 27ª ed., nota 17a ao art. 535 do CPC).

- O termo da extinção do contrato é a data em que a empresa afastou-se do “(...) canteiro de obras noticiado em 12-8-2008 (fl. 761)” – fl. 1248 da sentença, e da entrega das chaves à INFRAERO, conforme Correspondência nº 055-DIR-CS-08 – fl. 762.

- Conforme consignado no Laudo Pericial – fl. 1107, que usufrui de presunção de veracidade, porque equidistante das partes litigantes, somente ficaram pendentes de serem executados os serviços que dependiam da energização do ramal 13,8 kV, que são aqueles descritos às fls. 734/736. Todos os serviços que a empresa tiver realizado, e pelos quais a INFRAERO ainda não tiver pago, terão que ser indenizados, não havendo necessidade de indicação nominal das parcelas que comporão a indenização.

- De acordo com as informações prestadas pelo assistente técnico da ré, à fl. 1148, a energização

do balizamento luminoso, ainda que provisória, somente se tornou possível em 02-10-2008. “O treinamento, bem como a operação do balizamento necessitavam de energia firme para serem efetivados” – fl. 1116 do laudo pericial, o que somente seria possível com “a energização definitiva do ramal de 13,8 kV”, revelando que tal energização provisória seria insuficiente para a realização dos testes necessários à entrega do objeto contratado.

- A inexecução do contrato motivada pela inércia da Administração em adotar as providências necessárias à conclusão do serviço tornou possível a extinção do contrato por iniciativa do particular, já que o atraso verificado ultrapassou, em muito, o prazo de tolerância de cento e vinte dias – fl. 1248.

- A INFRAERO, na forma do que dispõe o artigo 76 da Lei nº 8.666/93, somente poderia recusar o recebimento, se os serviços tivessem sido prestados pela COLLETT de maneira defeituosa, o que não ocorreu no caso concreto, conforme ficou demonstrado ao longo de toda a instrução processual, inclusive no laudo da expert. A empresa somente deixou de realizar os serviços que dependiam da energização definitiva do ramal de energia do balizamento luminoso, providência de responsabilidade da INFRAERO, sendo controverso o fato de que “(...) alguns serviços ficaram pendentes de execução, por culpa exclusivamente imputável à Administração” - fl. 1249 da sentença.

- A empresa “(...) Collett & Sons, pela lei ou pelo Contrato 088-ST/2005-0014, não estava obrigada a proceder à ligação de energia elétrica não prevista, e com base em equipamentos técnicos não testados, entre a subestação da CELPE e a Casa de Força (KF) dedicada ao novo balizamento luminoso do Aeroporto Internacional de Recife/

Guararapes - Gilberto Freire” – fl. 1111 – Laudo Pericial.

- “O CAI - Certificado de Aceitação Inicial, documento emitido pela INFRAERO, após concluído, com sucesso, o comissionamento, conforme estabelecido no subitem 7.2 da Especificação Técnica RF 02/707.92/11169/01, foi devidamente assinado pela INFRAERO, pelo fiscal de projeto, o Sr. Vilker Guimarães Almeida, assim como pelo Sr. José Antônio Castro Pereira, gerente de engenharia da SRRF-INFRAERO.

- Como a empresa se retirou do canteiro de obras em 31-7-2008, pela falta de energização do ramal, 13,8 kV, “retomar as obras do sistema após 3 anos e 7 meses não seria possível, visto que os equipamentos permaneceram inoperantes por um longo período de tempo, isso já sendo comprovado pelo Sr. Vilker Guimarães Almeida, fiscal do contrato, no documento da INFRAERO 439/EGRF/2008 de 15.10.2008, à fl. 737 (...)” – cf. fl. 1118.

- Com a decretação da rescisão do contrato administrativo (Termo de Contrato de Obras/Serviços de Engenharia nº 088-ST/2005-0014), a COLLETT fica desobrigada de concluir quaisquer serviços, supostamente pendentes.

- Conforme preconiza o art. 79, § 2º, da Lei de Licitações, “quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a: I - devolução da garantia; II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão; III - pagamento do custo de desmobilização.”

- A compensação do particular deve compreender todos os danos emergentes verificados, ou seja, os prejuízos imediatamente comprovados, como também os lucros cessantes demonstra-

dos, a saber, aquilo que se espera receber se o vínculo contratual não for desfeito.

- A indenização a ser arbitrada deve comportar a devolução da garantia contratual, o ressarcimento pela execução do contrato até a data da rescisão e pelo custo de desmobilização de pessoal e equipamentos, além da reparação pela expectativa frustrada de vantagem econômica do particular com a inexecução integral do contrato (lucros cessantes), o que somente poderá ser feito mediante liquidação de sentença.

- Rescisão do Termo de Contrato de Obras/Serviços de Engenharia nº 088-ST/2005-0014. Condenação da INFRAERO a ressarcir a autora pelos prejuízos suportados em valor a ser apurado em liquidação de sentença, compreendendo a devolução da garantia, no pagamento pela execução do contrato até a data da rescisão, o custo de desmobilização de pessoal e equipamentos e os lucros cessantes, consubstanciados na expectativa frustrada de vantagem econômica pela inexecução integral do contrato, acrescido da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil c/c art. 161, § 1º, do CTN), desde a citação. Sentença mantida na íntegra.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 20 de agosto de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA - Relator
Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(Convocado):

Apelação desafiada pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, em face da sentença que julgou procedentes os pedidos formulados pela COLLETT & Sons S/A Engenharia Comércio e Indústria, consubstanciados na decretação da rescisão do contrato administrativo firmado entre si (Termo de Contrato de Obras/Serviços de Engenharia nº 088-ST/2005-0014), condenando-a a ressarcir à autora pelos prejuízos suportados, em valor a ser apurado em liquidação, devendo esta compreender a devolução da garantia, o pagamento pela execução do contrato até a data da rescisão, o custo de desmobilização de pessoal e equipamentos e os lucros cessantes, consubstanciados na expectativa frustrada de vantagem econômica pela inexecução integral do contrato, tudo acrescido da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil c/c art. 161, § 1º, do CTN), desde a citação.

Nas razões recursais, aduz a INFRAERO que as omissões aventadas nos embargos de declaração, as quais serão importantes na fase de execução do julgado, não foram analisadas pelo douto magistrado. E, por isso, requereu que este Tribunal declare a nulidade da sentença e determine o retorno dos autos à vara de origem, para que sejam supridos os pontos tidos por omissos.

Pugnou pela reforma da decisão recorrida, ao fundamento de que nem a inicial nem a sentença indicam a data da rescisão do contrato, fato este que acarretará prejuízos na fase de execução do julgado.

Requereu, pois: a) a delimitação temporal da indenização; b) a delimitação material da indenização, em virtude de não ter a sentença esclarecido se o valor corresponde aos serviços que a COLLETT deixou de executar, assim como as parcelas do preço já pagas, poderão ser abatidas do montante da indenização a ser apurado em liquidação; c) que seja determinado que a COLLETT realize os serviços pendentes, eis que a energização do ramal 13,8 kV já está definitivamente concluída; d) a manifestação sobre a responsabilidade da INFRAERO com o pagamento e recebimento

do contrato, diante do que dispõem os artigos 69 e 76 da Lei nº 8.666/93.

Por fim, alegou não ter havido a emissão de Certificado de Aceitação Inicial - CAI, como também não foram expedidos os termos de recebimento provisório ou definitivo – fls. 1277/1295.

Contrarrazões, às fls. 130/1319, pela manutenção da sentença. Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(Relator Convocado):

Para a melhor compreensão, penso ser de bom alvitre empreender um resumo dos fatos que antecederam e deram ensejo ao ajuizamento desta ação.

Como ensaiado no relatório, a empresa COLLETT ajuizou, em face da INFRAERO, ação visando à decretação da rescisão do contrato administrativo, que teve por objeto a instalação de novo sistema de balizamento luminoso da pista de pouso/decolagem e pistas de táxi do Aeroporto Internacional do Recife/Guararapes, combinada com o pagamento de indenização pelos prejuízos sofridos no curso do contrato rescindendo, inclusive pelos lucros cessantes, com o fito de restabelecer-se o equilíbrio econômico-financeiro do contrato original, acrescido dos consectários legais.

A referida empresa, após sagrar-se vencedora em certame licitatório, na modalidade concorrência pública, firmou o Termo de Contrato de Obras/Serviços de Engenharia nº 088-ST/2005-0014, cujo objeto foi a “contratação das obras/serviços de instalação do sistema de balizamento luminoso da pista de pouso/decolagem e pistas de táxi, inclusive construção de KF de balizamento do Aeroporto Internacional do Recife/Guararapes - Gilberto Freire”.

De acordo com o contrato, o recebimento do objeto adjudicado foi dividido em duas etapas: 1) recebimento provisório, com a emissão de Certificado de Aceitação Inicial (CAI), e 2) recebimento definitivo, após 120 (cento e vinte dias) com a emissão de Certificado de Aceitação Definitivo (CAD). Conforme contratado, no in-

terregno de 120 (cento e vinte) dias, cabia-lhe testar o funcionamento e o desempenho do balizamento luminoso, com as correções de eventuais falhas apontadas pela INFRAERO, assim como a realização da “operação inicial assistida”, pelo período de 30 (trinta) dias corridos, com o pessoal devidamente habilitado da INFRAERO, no horário entre 6h e 24h.

Com a conclusão do balizamento luminoso e dos demais serviços que lhe foram atribuídos por contrato, a empresa ficou impedida de testar o funcionamento e o desempenho do referido serviço de balizamento, assim como de realizar a dita “operação inicial assistida”, e os poucos serviços complementares, porque a INFRAERO, por imprevidência, deixara de requerer a indispensável autorização técnica da concessionária local, no caso, a CELPE, para efetuar, na sua subestação de 69 kV, as adequações necessárias à energização da casa de força (KF) destinada ao balizamento luminoso, providência que, até a data da propositura da presente ação, não tinha sido resolvida.

Segundo a empresa, a INFRAERO assumiu o compromisso de que **“a nova subestação de balizamento estará (estaria) energizada até o dia 30/10/2007”**, o que não foi honrado na data estipulada, tendo sido inclusive reconhecido pela própria INFRAERO que a COLLETT não era responsável pelo atraso na energização definitiva do balizamento luminoso, tendo assumido responsabilidade pelo atraso nas adequações da subestação 69 kV, ao abrir processo licitatório com vistas à aquisição de equipamentos e à realização de intervenções necessárias.

Naquela oportunidade, a empresa envidou esforços para buscar uma solução consensual, visando à ultimação do contrato, externando sua intenção, por meio de missivas à INFRAERO, exigindo apenas que lhe fosse assegurada contrapartida, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pleito que restou desatendido.

Todavia, como o atraso na energização se estendeu até a data do ajuizamento da demanda – 12-11-2008, destacou a empresa que possivelmente os cabos e equipamentos empregados no serviço de balizamento luminoso se tornaram inúteis, a exigir a subs-

tuição total ou parcial, assim como restou inviabilizada a execução da maioria dos serviços complementares a cargo da COLLETT.

A empresa defende ter havido violação ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, com a alteração do prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias para 730 (setecentos e trinta) dias de execução contratual, com a elevação de custos, tais como a disponibilização de engenheiros, eletricitas, apoio administrativo e local, levando-se em conta o conjunto de encargos e obrigações definidos inicialmente no Edital da licitação, bem assim alteração qualitativa do objeto, posto que, com a falta de energização dos circuitos, os isolamentos dos cabos e equipamentos de iluminação sofreram forte ação do tempo, em especial, devido ao ambiente de alta umidade, a reclamar sua substituição.

Em função desses fatos, a empresa requereu a rescisão do contrato, assim como a condenação da INFRAERO a indenizá-la, tal como preceituam o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, e o artigo 58, §§ 1º e 2º, c/c o artigo 65, II, d, e § 6º, da Lei nº 8.666/93.

Feito o breve resumo, passo a analisar o recurso de apelação desafiado pela INFRAERO.

Primeiramente, não se sustenta a alegação de nulidade da sentença, em razão de não ter havido manifestação sobre os pontos arguidos pela ora apelante, nos embargos de declaração.

É entendimento pacífico, na doutrina e na jurisprudência pátrias, que *“o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um a todos os seus argumentos”* (RJTJESP 115/207 – in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Theotonio Negrão, 27ª ed., nota 17a ao art. 535 do CPC).

Vou ao mérito.

- Da delimitação temporal da indenização.

Por certo, o termo da rescisão contratual, ou seja, da extinção do contrato, é a data em que a empresa afastou-se do “(...) canteiro de obras noticiado em 12-8-2008 (fl. 761)” – fl. 1248 da senten-

ça, e da entrega das chaves à INFRAERO, conforme a Correspondência nº 055-DIR-CS-08 – fl. 762, conduta esta considerada legítima pelo douto magistrado de 1º grau, a qual reputo correta; *verbis*:

(...)

A empresa autora, de todo modo, dispôs-se a reformular o cronograma previsto para finalização das obras/serviços, desde que, em contrapartida, a INFRAERO procedesse à revisão das cláusulas financeiras do contrato, com vistas a recompor o equilíbrio econômico-financeiro entre as partes (fls. 353/355), o que não foi aceito pela ré. Dessa forma, tenho como legítimas as condutas da autora, posto que autorizadas pelo ordenamento jurídico, consistentes: i) na entrega das chaves da casa de força (KF) do balizamento luminoso à INFRAERO no dia 31/07/2008 (fl. 761); ii) no afastamento do canteiro de obras noticiado em 12/08/2008 (fl. 762); e iii) na recusa de subscrição de novo aditamento contratual, tendo por objeto nova prorrogação de contrato.

(...).

- Da delimitação material da indenização e da determinação para que a COLLETT realize os serviços pendentes.

Como salientado no comando sentencial, os poucos serviços acessórios que a empresa deixou de realizar não devem ser indenizados.

Conforme se observa do Laudo Pericial – fl. 1107, que usufrui de presunção de veracidade, até prova em contrário, porque equidistante das partes litigantes, somente ficaram pendentes de serem executados os serviços que dependiam da energização do ramal 13,8 kV, que são aqueles descritos às fls. 734/736.

A propósito, confira-se excerto do Laudo, no qual a Sr^a. Perita fez destacar; *verbis*:

Vale a pena salientar, ainda, que os SERVIÇOS COMPLEMENTARES, SISTEMA DE CONTROLE E MONITORAMENTO E LIMPEZA FINAL, TESTES, ENTREGA DA OBRA E DESMOBILIZAÇÃO, listados à fl. 378, NO VALOR DE R\$ 263.625,58, não poderiam ter sido executados pela COLLETT & Sons devido ao fato de que todos os

itens dependiam diretamente da energização do ramal de 13,8 kV, fato que só aconteceu em 20.10.2011, conforme documento em anexo - TERMO DE RECEBIMENTO DEFINITIVO - OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA, expedido pela INFRAERO – cf. fl. 1107 do Laudo Pericial.

Em conclusão, e de acordo com a Perita do Juízo, todos os serviços que a empresa tiver realizado, e pelos quais a INFRAERO ainda não tiver pago, terão que ser indenizados, não havendo necessidade de indicação nominal das parcelas que comporão a indenização.

Por outro lado, também não se sustenta o argumento de que a sentença não apreciou as alegações de que a INFRAERO adotou as devidas providências para a energização definitiva do ramal. Neste aspecto, confira-se excerto da decisão recorrida, *in verbis*:

(...)

Ocorre que, de acordo com as informações prestadas pelo assistente técnico da ré, à fl. 1148, a energização do balizamento luminoso, ainda que provisória, somente se tornou possível em 2 de outubro de 2008 pela SE CAG. Ademais, a perita afirma, à fl. 1116, que “o treinamento, bem como a operação do balizamento necessitavam de energia firme para serem efetivados”, o que somente seria possível com “a energização definitiva do ramal de 13,8 kV”, revelando que tal energização provisória seria insuficiente para a realização dos testes necessários à entrega do objeto contratado.

O fato é que a inexecução do contrato motivada pela inércia da Administração em adotar as providências necessárias à conclusão do serviço tornou possível a extinção do contrato por iniciativa do particular, já que o atraso verificado ultrapassou, em muito, o prazo de tolerância de cento e vinte dias, referido acima. - fl. 1248 - Sem grifos no original.

- Da ausência de responsabilidade da INFRAERO, à luz do que dispõem os artigos 69 e 76 da Lei nº 8.666/93.

De tudo o que se contém no processado, a empresa contratada executou os serviços a contento, não tendo concluído as obras por culpa da administração.

A INFRAERO, na forma do que dispõe o artigo 76 da Lei nº 8.666/93, somente poderia recusar o recebimento, se os serviços tivessem sido prestados pela COLLETT de maneira defeituosa, o que não ocorreu no caso concreto, conforme ficou demonstrado ao longo de toda a instrução processual, inclusive no laudo da *expert*.

A empresa, como salientado anteriormente, e destacado na sentença, somente deixou de realizar os serviços que dependiam da energização definitiva do ramal de energia do balizamento luminoso, providência de responsabilidade da INFRAERO, sendo incontroverso o fato de que “(...) alguns serviços ficaram pendentes de execução, por culpa exclusivamente imputável à Administração” – fl. 1249 da sentença.

Insta salientar, outrossim, consonante consignado no Laudo Pericial, que a empresa “(...) *Collett & Sons, pela lei ou pelo contrato 088-ST/2005-0014, não estava obrigada a proceder à ligação de energia elétrica não prevista, e com base em equipamentos técnicos não testados, entre a subestação da CELPE e a Casa de Força (KF) dedicada ao novo balizamento luminoso do Aeroporto Internacional de Recife/Guararapes - Gilberto Freire*” – fl. 1111.

- DA NÃO EMISSÃO DE CERTIFICADO DE ACEITAÇÃO INICIAL - CAI E DA AUSÊNCIA DE EXPEDIÇÃO DOS TERMOS DE RECEBIMENTO PROVISÓRIO OU DEFINITIVO.

Sem razão a INFRAERO quando alega não ter havido a emissão do CAI, assim como dos Termos de Recebimento Provisório ou Definitivo.

Para tanto, basta que se observe a resposta ao quesito 5 do Laudo Pericial, formulado pelo douto magistrado, *verbis*:

5. OS SERVIÇOS APONTADOS PELA INFRAERO ÀS FOLHAS 377/380 ESTÃO PENDENTES? QUAIS DESSES SERVIÇOS DEPENDEM DA ENERGIZAÇÃO ELÉTRICA?

“Todos os serviços listados à fl. 379 não foram executados pois dependem da instalação de energia elétrica no ramal de 13,8 kV.

Os serviços listados às fls. 377/378, que não dependiam da energização do ramal de 13,8 kV são uma contradição

ao CAI - CERTIFICADO DE ACEITAÇÃO INICIAL à fl. 676, onde o fiscal do contrato Sr. Vilker Guimarães Almeida declara que a fiscalização reunida com o representante da contratada, após realizado o comissionamento dos equipamentos previstos no Termo de Contrato em apreço, verificou que FORAM ATENDIDAS AS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS E OS PROJETOS, documento assinado em 24-7-2007, pelo Sr. Vilker Guimarães Almeida, fiscal do contrato pela INFRAERO e pelo Sr. José Antônio Castro Pereira, gerente de engenharia da SRRF-INFRAERO, na presença do Sr. José Francisco de Petribu Faria, gerente de contrato pela COLLETT & Sons e do Sr. Iran COLLETT Solberg, Diretor da COLLETT & Sons que também assinaram o documento.

(...)

Sendo assim, considero que ficaram pendentes apenas aqueles serviços que, para serem executados, dependiam da energização do ramal de 13,8 kV. (...) - fls. 1106/1107.

Da leitura do laudo pericial complementar (fls. 1.194/1.205), nota-se que a auxiliar do Juízo enfatizou ter havido o estrito cumprimento, pela COLLETT, de suas obrigações contratuais, bem como a ausência de culpa da referida empresa, com relação aos serviços que ficaram pendentes de execução.

A perita, ao ser indagada pela INFRAERO, se os equipamentos e o sistema de automação do novo balizamento luminoso estavam funcionando perfeitamente, quando do seu comissionamento, assim respondeu:

25.a.1 (...)

Sim, pelo menos é o que atesta o CAI - Certificado de Aceitação Inicial, expedido em 24 de julho de 2007, à fl. 676. Neste documento se lê:

‘Conforme estabelecido no subitem 7.2 da Especificação Técnica RF02/707.92/11169/01, o certificado CAI será emitido pela INFRAERO após concluído com sucesso o comissionamento’. Ainda à fl. 679 do CAI se lê: ‘A Fiscalização reunida juntamente com o representante da Contratada, após realizado o comissionamento dos equipamentos previstos no Termo de Contrato em apreço, verificou

que foram atendidas as especificações técnicas e os projetos – fl. 1198.

Infere-se, pois, que o CAI - Certificado de Aceitação Inicial, documento emitido pela INFRAERO, após concluído, com sucesso, o comissionamento, conforme estabelecido no subitem 7.2 da Especificação Técnica RF 02/707.92/11169/01, foi devidamente assinado pela INFRAERO, pelo fiscal de projeto, o Sr. Vilker Guimarães Almeida, assim como pelo Sr. José Antônio Castro Pereira, gerente de engenharia da SRRF-INFRAERO.

No que concerne ao pedido de que a empresa seja compelida a realizar os serviços pendentes, já que a energização definitiva do balizamento foi concluída, comungo com o entendimento consignado no laudo pericial, pois, como a empresa se retirou do canteiro de obras em 31-7-2008, pela falta de energização do ramal, 13,8 kV, “retomar as obras do sistema após 3 anos e 7 meses não seria possível visto que os equipamentos permaneceram inoperantes por um longo período de tempo, isso já sendo comprovado pelo Sr. Vilker Guimarães Almeida, fiscal do contrato, no documento da INFRAERO 439/EGRF/2008, de 15.10.2008, à fl. 737 (...)” – cf. fl. 1118.

Ademais, tal pedido é juridicamente impossível, pois conflita com o pleito formulado nestes autos, e deferido pela sentença, de decretação da rescisão do contrato administrativo (Termo de Contrato de Obras/Serviços de Engenharia nº 088-ST/2005-0014), ficando a COLLETT desobrigada de concluir quaisquer serviços, supostamente pendentes.

Como salientado nas contrarrazões, “(...) o pedido é estapafúrdio porque não cogita de qualquer contrapartida financeira para a Collett, o que, se admitido, resultaria em quebra da indispensável comutatividade entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração, acarretando o enriquecimento sem causa dessa última, o que é vedado pelo Direito” – fl. 1319.

Por derradeiro, destaco que o entendimento deste relator sobre a matéria, guarda perfeita sintonia com o posicionamento adotado pelo douto magistrado singular, Dr. Juiz Claudio Kitner, por isso, hei por bem transcrever excertos dos lúcidos fundamentos postos na sentença; *verbis*:

(...)

Sabe-se que os contratos administrativos são regulados pela Lei nº 8.666/93 e revestem-se da característica da comutatividade, ou seja, pressupõem a equivalência entre as obrigações previamente ajustadas. Sem embargo, por tratar-se de ajuste com a Administração, tendo por escopo um fim social, confere-se ao ente público posição de supremacia ao contratado, situação que se confirma com a leitura de diversos preceitos estampados da Lei de Licitações.

Tal preponderância se justifica, na sua essência, pelo regime jurídico de direito público que norteia os contratos administrativos, o qual assegura à Administração as prerrogativas de alteração unilateral do contrato, rescisão unilateral a aplicação de sanções extracontratuais. A posição privilegiada da Administração nos contratos administrativos, todavia, não pode implicar o desequilíbrio da equação econômico-financeira, presente no momento em que se firma a avença, devendo ser restabelecido sempre que por algum fato superveniente ele for rompido. Não sendo possível o restabelecimento do equilíbrio entre as partes, a rescisão é a solução imperativa.

De regra, os contratos administrativos têm prazo determinado, adstrita a vigência aos respectivos créditos orçamentários, a teor do art. 57, § 3º, da Lei nº 8.666/93. É plenamente possível, entretanto, que tais ajustes sejam prorrogados, ainda que inexistia cláusula de prorrogação nos contratos, desde que presente hipótese legal que a justifique, a exemplo de alteração de projeto, suspensão ou redução do ritmo de trabalho por imposição de órgão administrativo, aumento das quantidades iniciais, fatos imprevisíveis de caráter excepcional, estranhos à vontade das partes, omissão ou atraso de providências a cargo da Administração e impedimento de execução por fato ou ato de terceiro.

(...)

O cerne do litígio resume-se aos desdobramentos da execução do contrato em razão da falta de adequações, na subestação de 69 kV, da concessionária de energia elétrica, a CELPE, necessárias à energização da casa de força, destinada ao balizamento luminoso.

Em 18 de junho de 2007, a autora comunicou a conclusão da obra do novo sistema de balizamento luminoso do Aeroporto Internacional do Recife (fl. 665), informando que ficaria no aguardo das providências e prazo para energização pela CELPE da casa de força, para dar início à operação assistida do sistema.

Conforme observado pela perita à fl. 1111, de acordo com o contrato, a autora não estava obrigada a proceder a uma ligação de energia elétrica não prevista, e com base em equipamentos técnicos não testados, entre a subestação da CELPE e a Casa de Força (KF) dedicada ao novo balizamento luminoso do Aeroporto. Conquanto, em Juízo, a ré abra a discussão acerca da responsabilidade pelo fato central que desencadeou o litígio entre os contratantes, diversas condutas antecedentes praticadas pela INFRAERO revelam inexistir controvérsia anterior sobre a imputação de responsabilidade.

À fl. 661, a INFRAERO despacha solicitando orçamento da empresa SIEMENS para energização do ramal de alimentação de 13,8 kV, condicionando a conclusão dos testes finais de intertravamento e lógica do sistema de balizamento luminoso à realização de tal serviço. Antes, ainda, às fls. 238/241, a INFRAERO, por meio do despacho nº 042/EGRF, de 11 de fevereiro de 2008, afirmou ter restado comprovado que, na época da elaboração do projeto básico pela ENGEVIX, a subestação de 69 kV que alimenta o Aeroporto não existia, tendo ficado a cargo desta última empresa consultar a CELPE sobre a viabilidade da solução adotada, enfatizando, ademais, que o sistema de automação da subestação de 69 kV não fazia parte do escopo do contrato com a autora.

Consoante preceitua o art. 78, XVI, da Lei de Licitações, a hipótese de não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes materiais naturais especificadas no projeto constitui motivo para rescisão do contrato. Interpretando o aludido comando normativo, o festejado doutrinador MARÇAL JUSTEN FILHO leciona:

(...)

Na espécie, pelo 4º Termo Aditivo, o término da execução da obra restou prorrogado para 18 de junho de 2007 e o encerramento do contrato para 16 de outubro de 2007. Como já retro observado, a conclusão da obra foi informada em 18 de junho de 2007 (fl. 665) e os demais serviços complementares dependentes foram postergados para após energização da Casa de Força, necessária ao funcionamento do balizamento luminoso construído.

Ocorre que, de acordo com as informações prestadas pelo assistente técnico da ré, à fl. 1148, a energização do balizamento luminoso, ainda que provisória, somente se tornou possível em 2 de outubro de 2008 pela SE CAG. Ademais, a perita afirma, à fl. 1116, que “o treinamento, bem como a operação do balizamento necessitavam de energia firme para serem efetivados”, o que somente seria possível com “a energização definitiva do ramal de 13,8 kV”, revelando que tal energização provisória seria insuficiente para a realização dos testes necessários à entrega do objeto contratado.

O fato é que a inexecução do contrato motivada pela inércia da Administração em adotar as providências necessárias à conclusão do serviço tornou possível a extinção do contrato por iniciativa do particular, já que o atraso verificado ultrapassou, em muito, o prazo de tolerância de cento e vinte dias, referido acima.

A empresa autora, de todo modo, dispôs-se a reformular o cronograma previsto para finalização das obras/serviços, desde que, em contrapartida, a INFRAERO procedesse à revisão das cláusulas financeiras do contrato, com vistas a recompor o equilíbrio econômico-financeiro entre as partes (fls. 353/355), o que não foi aceito pela ré. Dessa forma, tenho como legítimas as condutas da autora, posto que autorizadas pelo ordenamento jurídico, consistentes: i) na entrega das chaves da casa de força (KF) do balizamento luminoso à INFRAERO no dia 31/07/2008 (fl. 761); ii) no afastamento do canteiro de obras noticiado em 12/08/2008 (fl. 762); e iii) na recusa de subscrição de novo aditamento contratual, tendo por objeto nova prorrogação de contrato.

Comprovado o lícito direito da parte autora em rescindir o contrato administrativo firmado com a INFRAERO, ponto

crucial é definir a recomposição financeira das partes após o encerramento do vínculo contratual.

Consoante informa o Certificado de Aceitação Inicial de fl. 676, documento subscrito por representantes das duas partes contratantes, inclusive pelo assistente técnico da INFRAERO, 'a fiscalização reunida juntamente com o representante da contratada, após realizado o comissionamento dos equipamentos previstos no Termo de Contrato em apreço, verificou que foram atendidas as especificações técnicas e os projetos.' Confrontada com tal documento, a perita judicial concluiu, à fl. 1107, terem ficado pendentes exclusivamente os serviços que dependiam da energização do ramal 13,8 kV, que são aqueles descritos às fls. 734/736.

Conforme preconiza o art. 79, § 2º, da Lei de Licitações, "quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a: I - devolução da garantia; II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão; III - pagamento do custo de desmobilização".

Nesse contexto, a compensação do particular, para que se mostre plena, deve compreender todos os danos emergentes verificados, ou seja, os prejuízos imediatamente comprovados, como também os lucros cessantes demonstrados, a saber, aquilo que se espera receber se o vínculo contratual não for desfeito.

Como já observado antes, o valor do contrato foi inicialmente estimado em R\$ 9.797.298,54 (nove milhões, setecentos e noventa e sete mil, e duzentos e noventa e oito reais e cinquenta e quatro centavos). Posteriormente, tal valor foi alterado para R\$ 11.998.603,51 (onze milhões, novecentos e noventa e oito mil, seiscentos e três reais e cinquenta e um centavos). Todavia, não restou comprovado nos autos se a totalidade do preço previsto no contrato já foi efetivamente pago. Ademais, é incontroverso que alguns serviços ficaram pendentes de execução, por culpa exclusivamente imputável à Administração.

Desse modo, a indenização a ser arbitrada deve comportar a devolução da garantia contratual, o ressarcimento

pela execução do contrato até a data da rescisão e pelo custo de desmobilização de pessoal e equipamentos, além da reparação pela expectativa frustrada de vantagem econômica do particular com a inexecução integral do contrato (lucros cessantes), o que somente poderá ser feito mediante liquidação de sentença.

(...)

Diante do exposto, julgo procedentes os pedidos, nos termos do art. 269, I, do CPC, para declarar rescindido o Termo de Contrato de Obras/Serviços de Engenharia nº 088-ST/2005-0014 e condenar a INFRAERO a ressarcir a autora pelos prejuízos suportados em valor a ser apurado em liquidação, devendo esta compreender a devolução da garantia, o pagamento pela execução do contrato até a data da rescisão, o custo de desmobilização de pessoal e equipamentos e os lucros cessantes, consubstanciados na expectativa frustrada de vantagem econômica pela inexecução integral do contrato, tudo acrescido da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil c/c art. 161, § 1º, do CTN), desde a citação.

(...).

Destarte, por serem despiciendas maiores considerações em derredor da matéria, nego provimento à apelação, mantendo integralmente a sentença, prolatada em observância ao Laudo Pericial.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 553.942-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelantes: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF E FABIANA ALMEIDA DA SILVA E CÔNJUGE
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. CONCEIÇÃO KEANE GOMES CHAVES E OUTROS E EMERSON JULIANELLI JACINTO CINTRA

EMENTA: DIREITO CIVIL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL CONJUGADO AO PROGRAMA “MINHA CASA MINHA VIDA”. APELAÇÕES ATACANDO SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO PARA EXCLUIR OS AUTORES DOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO [SERASA E SPC], VEDANDO A COBRANÇA DE DÉBITO ORIUNDO DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL MÚTUO COM OBRIGAÇÕES E ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA Nº 8.2170.00010009; DETERMINANDO A REALIZAÇÃO DE VISTORIA TÉCNICA PARA FINS DE APURAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE DANOS FÍSICOS NA CONSTRUÇÃO, A FIM DE POSSIBILITAR A RESTAURAÇÃO DO IMÓVEL E O RESTABELECIMENTO DAS PERFEITAS CONDIÇÕES DE USO, E, POR FIM, CONDENANDO A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL NO PAGAMENTO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS.

- A apelante Caixa Econômica Federal pugna pela exclusão da condenação por danos morais ou, então, a redução do montante arbitrado de modo a refletir uma indenização justa, bem como requer permissão para cobrança de prestações atrasadas relativas ao contrato habitacional, face à ilegalidade da cumulação da isenção do pagamento dessas parcelas com indenização por danos materiais.

- No recurso dos autores, o pedido é de inclusão de todas as despesas relativas ao aluguel, pagamento de água e luz, despendidas no período de julho de 2010 a maio de 2012.

- O Município de Cachoeirinha, no qual fica localizado o imóvel dos autores, foi afetado por enxurradas ou inundações bruscas, do Rio Una, causadas pelo aumento do índice pluviométrico, cujo estado emergencial foi objeto do Decreto [municipal] 026/2010, não restando outra solução aos autores senão a desocupação do imóvel e, em consequência, a locação de outra residência, ocasionando gastos adicionais.

- A ocorrência do sinistro no imóvel foi devidamente comunicada à Caixa Econômica Federal [aviso preliminar de sinistro de danos físicos com memorial descritivo - fls. 58/60], em julho de 2010, sendo farta a documentação que corrobora a pretensão resistida, tendo sido a via administrativa devidamente provocada, com clara omissão do agente financeiro em cumprir o próprio contrato de financiamento, negligenciando quanto ao pedido de suspensão das parcelas confirmando nos autos que não foi realizado nenhum estudo técnico no imóvel dos autores, mesmo após o decurso de dezoito meses da ocorrência do fato emergencial no município, revelando total desprestígio à segurança jurídica que deve permear a relação obrigacional, máxime por se tratar de pagamento de prêmio de seguro habitacional, condição prevista na cláusula vigésima primeira (garantia de cobertura do saldo devedor e recuperação do imóvel), ao prever que o Fundo Garantidor da Habitação Popular - FGHAB assumirá as despesas relativas ao valor necessário à recuperação dos danos físicos ao imóvel, limitado à importância do valor de avaliação do imóvel atualizado mensalmente, na forma contratada, decorrentes de: (...)

II - inundação e alagamento, quando um rio ou canal transbordar e a água atingir o imóvel ou alagamentos causados por agentes externos ao imóvel, chuva ou canos rompidos fora da residência.

- No exame da quantifica o dos danos materiais decorrentes do sinistro, foram sopesados os valores despendidos a título de aluguel, despesas de água e luz do imóvel desocupado. O período a ser computado para fins de indeniza o deve abranger julho de 2010 a maio de 2012, ou seja, todo o interstício em que os autores estiveram fora do imóvel abandonado e que só puderam retornar após a libera o do valor utilizado para a sua recupera o, nele incluído valores que foram gastos com aluguel de residências, água e energia elétrica, cujo montante deve ser apurado na execu o. Provimento da apela o dos autores.

- Legalidade do comando sentencial que determinou a exclusão dos dados cadastrais dos devedores dos sistemas de prote o ao crédito [SPC e SERASA], vedando qualquer medida tendente   cobrança do débito de R\$ 789,40 [setecentos e oitenta e nove reais e quarenta centavos], relativo ao período de inadimplência contratual.

-   patente que o registro do nome em órgãos de prote o ao crédito gerou, no caso, direito   indeniza o por dano moral, por causar mácula para o crédito e a imagem da parte autora. O valor da indeniza o por danos morais deve servir como compensa o para diminuir o impacto da ofensa causada, não sendo admissível que o montante fixado possa caracterizar o enriquecimento ilícito, devendo ser levado em considera o não apenas o caráter sancionatório da repara o para o agente do dano, mas principalmente a natureza ressarcitória da indeniza o.

- Fixação da indenização por dano moral no valor de cinco mil reais, quantia condizente com a ausência de culpa da parte autora, seu nível socioeconômico e a capacidade econômica da instituição financeira. Apelação da Caixa Econômica Federal provida, nessa parte.**
- Provimento da apelação da parte autora e provimento, em parte, da apelação da Caixa Econômica Federal.**

ACÓRDÃO

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

Recife, 6 de agosto de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Apelações interpostas pela Caixa Econômica Federal e Fabiana Almeida da Silva e cônjuge atacando sentença proferida pelo MM. Juiz Federal [substituto] da 16ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, Subseção de Caruaru, que, nos autos de ação ordinária, julgou procedente o pedido de realização de avaliação do estado atual do imóvel para fins de recuperação estrutural por vício de construção, em imóvel financiado pela Caixa Econômica Federal, através do Programa Minha Casa Minha Vida, e o custeio das despesas dos mutuários com aluguel de moradia similar ao imóvel desocupado, até que o prédio seja devolvido em condições ideais de habitabilidade, cumulado com condenação em danos materiais e morais advindos, por problemas estruturais graves do imóvel.

Em seu apelo, a Caixa Econômica Federal pugna pela exclusão da condenação por danos morais ou, então, a redução do montante arbitrado, de modo a refletir uma indenização justa, bem como requer permissão para cobrança de prestações atrasadas relativas ao contrato habitacional, face à ilegalidade da cumulação da isenção do pagamento dessas parcelas com indenização por danos materiais [fls. 274-283].

Em suas razões recursais, os autores pugnam pela inclusão de todas as despesas relativas ao aluguel, despendidas pelos ora apelantes no período de julho de 2010 a maio de 2012, no montante da condenação concernente aos danos materiais [fls. 301-303].

Contrarrazões apresentadas [fls. 315-319].

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

Examino, simultaneamente, as apelações interpostas pela Caixa Econômica Federal e Fabiana Almeida da Silva e cônjuge.

O pedido inicial consiste na realização de avaliação do estado atual do imóvel, objeto de financiamento pela Caixa Econômica Federal, visando dar início às obras de recuperação estrutural por vício de construção, em imóvel financiado pela Caixa Econômica Federal, através do Programa Minha Casa Minha Vida, e o custeio das despesas dos mutuários com aluguel de moradia similar à casa desocupada, até que o prédio seja devolvido em condições ideais de habitabilidade, cumulado com condenação em danos materiais e morais advindos, por problemas estruturais graves do imóvel.

De acordo com a inicial, o Município de Cachoeirinha, no qual fica localizado o imóvel dos autores, foi afetado por enxurradas ou inundações bruscas, do Rio Una, causadas pelo aumento do índice pluviométrico, que provocaram tantos estragos que a Defesa Civil concluiu pela possibilidade de risco de desabamento por força dos danos ocorridos, de acordo com o Decreto [municipal] nº 026/2010, não restando outra solução aos autores senão a deso-

cupação do imóvel e, em consequência, a locação de outra residência, ocasionando gastos adicionais mensais de R\$ 220,00 [duzentos e vinte reais], tudo por força da situação emergencial vivenciada pelo município [documentos de fls. 47 a 56, e 61 a 104].

A ocorrência do sinistro no imóvel foi devidamente comunicada à Caixa Econômica Federal [Aviso preliminar de sinistro de danos físicos com memorial descritivo - fls. 58/60], em julho de 2010. Entretanto, diante de todas as exigências documentais impostas aos autores, nenhuma providência foi encetada pela Caixa Econômica Federal para dar solução ao caso, antes pelo contrário, a morosidade só contribuiu para o inadimplemento das prestações do financiamento, resultando na inclusão de seus nomes em órgãos de proteção ao crédito, sopesando o fato de que os gastos com alugueis impossibilitou o cumprimento da obrigação contratual firmada com o agente financeiro [fls. 108-111].

Todos os documentos constantes dos autos corroboram os fatos narrados na inicial, sem margem à dúvida quanto à pretensão resistida, já que a via administrativa foi devidamente provocada, caracterizando a omissão do agente financeiro em cumprir o próprio contrato de financiamento que, em sua cláusula vigésima primeira (garantia de cobertura do saldo devedor e recuperação do imóvel), dispõe o seguinte:

Cláusula vigésima primeira - (...)

Parágrafo sétimo - O Fundo Garantidor da Habitação Popular - FGHAB assumirá as despesas relativas ao valor necessário à recuperação dos danos físicos ao imóvel, limitado à importância do valor de avaliação do imóvel atualizado mensalmente, na forma contratada, decorrentes de:
(...)

II - inundação e alagamento, quando um rio ou canal transbordar e a água atingir o imóvel ou alagamentos causados por agentes externos ao imóvel, chuva ou canos rompidos fora da residência;

Como bem destacou a sentença, é patente a negligência da Caixa Econômica Federal que sequer respondeu ao pedido de suspensão das parcelas e ainda confirmou nos autos que não foi realizado nenhum estudo técnico no imóvel dos autores, mesmo após decorrido o período de dezoito meses da ocorrência do fato

emergencial no município, comprometendo a segurança jurídica que deve permear a relação obrigacional, máxime por se tratar de pagamento de prêmio de um seguro habitacional - [fl. 257].

Em consequência do fato provado, passo ao exame da quantificação dos danos materiais decorrentes do sinistro que, no caso, foram sopesados os valores despendidos a título de aluguel, despesas de água e luz do imóvel desocupado.

A sentença fixou os danos materiais em R\$ 3.497,64 [três mil, quatrocentos e noventa e sete reais e sessenta e quatro centavos], computando valores no período de julho de 2010 a setembro de 2011.

A razão, entretanto, deve ser dada aos autores, ora recorrentes, pois eles só retornaram à residência em maio de 2012, após a liberação do valor de R\$ 19.513,16 [dezenove mil e quinhentos e treze reais e dezesseis centavos] para a recuperação do imóvel. Portanto, a indenização por danos materiais deve abranger o período de julho de 2010 a maio de 2012, nele incluído valores que foram gastos com aluguel de residências, água e energia elétrica dos imóveis situados, no caso, na Rua Joviniana Rodrigues de Melo, 227 e 214, e Rua José Gabriel da Silva, 23, em Cachoeirinha, cujo montante deve ser apurado na execução.

Deve ser provida a apelação dos autores.

De outra linha, não antevejo nenhuma ilegalidade na sentença que determinou a exclusão dos dados cadastrais dos demandantes dos sistemas de proteção ao crédito [SPC e SERASA], vedando qualquer medida tendente à cobrança do débito de R\$ 789,40 [setecentos e oitenta e nove reais e quarenta centavos], relativo ao período de inadimplência contratual.

Fato provado, exsurge o dano moral, que gerou consequências para o crédito e a imagem da parte autora, já que houve a inclusão de seu nome em cadastros de inadimplentes dos órgãos de proteção ao crédito [fls. 110-113].

Da análise dos três elementos essenciais na definição da responsabilidade civil [a ofensa a uma norma preexistente ou erro na conduta, um dano e o nexo de causalidade entre um e outro], verifica-se que a questão, colocada neste feito, amolda-se, perfeita-

mente, aos parâmetros jurídicos do dever da responsabilização da Caixa Econômica Federal em detrimento dos prejuízos sofridos pela parte autora.

Em casos como o presente, tem-se reconhecido não apenas a finalidade reparatória da indenização, mas sua natureza didática, por servir de instrumento para inibir a prática comum dos bancos de se eximirem da responsabilidade na celebração desses contratos, cujas práticas abusivas podem causar prejuízos e sérios constrangimentos ao mutuário.

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

No caso, a sentença fixou o valor da condenação dos danos morais em R\$ 10.000,00 [dez mil reais], com base nas provas documentais constantes dos autos.

Em atenção ao apelo da Caixa Econômica Federal, reduzo o valor para R\$ 5.000,00 [cinco mil reais] que, a meu ver, também representa uma indenização condizente com a ausência de culpa da autora, seu nível socioeconômico e a capacidade econômica da instituição financeira.

Deve ser provida a apelação da Caixa Econômica Federal, apenas na parte relativa à redução do valor da indenização por danos morais.

Ante o exposto, dou provimento à apelação da parte autora e dou provimento, em parte, à apelação da Caixa Econômica Federal.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 557.054-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Apelante: SUCOS DO BRASIL S/A
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. CAMILA MARQUES MARTINS E OUTRO (APTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FABRICAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE SUCO DE UVA. QUANTIDADE DE MATÉRIA PRIMA. INSUFICIENTE. DANO MORAL COLETIVO. LEGALIDADE DO QUANTUM FIXADO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO.

- Conforme assegura o Código de Defesa do Consumidor, os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor.

- No caso dos autos, restou evidenciado que a empresa demandada produziu e comercializou suco de uva com matéria prima muito aquém do permitido, atingindo um número impreciso de consumidores e de impossível mensuração, dada a repercussão psicológica imprevisível que se espalha sobre todo o mercado de consumidores, consoante bem destacado na sentença.

- A legislação consumerista considera irrelevante o elemento subjetivo da conduta do causador do dano, ante a sua responsabilidade objetiva.

- Inexiste ilegalidade no tocante ao quantum indenizatório, porquanto o sentenciante, ao arbitrar tal montante em R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), sopesou a gravidade dos fatos e a sua extensão perante a sociedade, dentro de critérios razoáveis e proporcionais.

- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 12 de setembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Cuida-se de apelação interposta por SUCOS DO BRASIL S/A contra sentença que lhe condenou a não mais comercializar suco de uva fora dos Padrões de Identidade e Qualidade para Carbono 13 (%C3), bem assim a indenizar os direitos difusos lesados no importe de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), a ser revertido ao Fundo de Reconstituição dos Bens Lesados, a teor do art. 13 da Lei nº 7.347/85.

A recorrente postula a reforma da sentença, sob os seguintes fundamentos: a irregularidade encontrada tratou-se de caso isolado, limitando-se a um único lote; não houve dolo; inexistiu repercussão social negativa, mas evento perfeitamente reparável a título individual que se sentisse prejudicado; o valor fixado a título indenizatório apresenta-se desproporcional.

Contrarrazões.

Manifestação do MPF, como fiscal da lei, pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

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

Objetiva a SUCOS DO BRASIL S/A a reforma da sentença que lhe condenou a não mais comercializar o “suco de uva adoçado”, bem assim a indenizar os direitos difusos lesados no importe de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), por haver produzido e engarrafado o referido suco em desacordo com os Padrões de Identidade e Qualidade para o Carbono 13 (%C3).

No exame dos autos, verifico que inexistente ensejo para a reforma da sentença.

Os fatos noticiados pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, e não há contestação quanto aos mesmos, dão conta que a recorrente produziu e comercializou suco de uva com matéria prima muito aquém do permitido, consoante se infere da decisão administrativa que embasou a atuação ministerial:

Por meio da análise da razão isotópica de carbono verifica-se o percentual de matéria prima proveniente da planta C3 presente nas bebidas como vinho e derivados do vinho e da uva. **De acordo com o Certificado de Análise nº 01883/09, datado de 03/12/2009, o produto Suco de Uva Adoçado, marca Jandaia, possui apenas 14,700%C3, onde deveria ter no mínimo 90% de C3 (matéria prima proveniente da uva), assim não atende aos Padrões de Identidade e Qualidade para Carbono C3, havendo alteração proposital da composição do produto pela não utilização da quantidade correta de matéria prima proveniente da uva e, conseqüentemente, adulteração do produto.** Assim sendo, o infrator cometeu a infração para obter vantagem, bem como agiu com dolo e má-fé (...). (Grifei)

Inicialmente, cumpre transcrever os dispositivos alusivos à responsabilidade dos fornecedores de produtos e serviços inseridos no Código de Defesa do Consumidor:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a

proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

(...)

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

(...)

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

(...)

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

(...)

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

(...)

Art. 23. A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade.

(...)

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

(...)

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro); (...).

Bem se vê que a conduta perpetrada pela ré, consistente na comercialização de suco de uva por ela fabricado com graves irregularidades na sua composição, notadamente no quantitativo da matéria prima, encontra-se devidamente capitulada nos preceptivos supracitados.

A alegação de que se tratou de caso isolado, limitando-se a um único lote, sem repercussão social negativa, não merece acolhida, tendo sido rebatida, com acerto, na sentença recorrida, conforme se infere do seguinte excerto:

A existência da desnaturação proposital do suco de uva está mais do que comprovada. Dela se infere logicamente, não precisando de prova adicional, que todos os indivíduos, não se sabe exatamente quantos e quem foram, que adquiriram ou consumiram este produto, foram lesados em sua boa-fé e em seus patrimônios.

Esta concreta lesão a interesses difusos também impacta o valor moral máximo em que se fulcra o mercado de consumo, a confiança de todos os consumidores, os lesados e os que poderiam ter sido, de que estão comprando dos fornecedores produtos que valem realmente o preço cobrado.

A conduta desleal de um fornecedor tem consequências imprevisíveis, em cadeia, que vão além dos seus limitados contornos: podem influenciar outros produtores a fazer o mesmo ou refrear as vendas de produtos similares, mas sem vícios, em virtude do temor do consumidor de ser de novo enganado.

O dano extrapatrimonial a interesses difusos atinge um número impreciso de consumidores e é de impossível mensuração, dada a repercussão psicológica imprevisível que se espalha sobre todo o mercado de consumidores.

Prescinde, assim, de comprovação de efeitos delimitados. Basta que o fato grave e nitidamente ofensivo a um sem número de consumidores afetados esteja demonstrado, como efetivamente está.

De outro viés, a lesão coletiva ou difusa não é redutível a uma determinada dor psicológica, característica esta própria do dano moral individual. O dano imposto em massa importa em ofensa significativa aos valores morais ou espirituais, de existência socialmente objetiva, de toda uma categoria de pessoas, no caso, o mercado de consumidores.

A sanção a esta modalidade de ofensa tem o caráter não só repressivo, mas preventivo, devendo importar em desestímulo a que o fornecedor renove o comportamento desleal ora averiguado. Tanto a dupla finalidade da sanção, como a ausência de uma expressão patrimonial certa do dano, que tem valor imaterial, impõem que o juiz arbitre uma punição proporcional à gravidade da conduta ofensiva, adequada como reprimenda e séria bastante para evitar a reincidência no malfeito.

O argumento de inexistência de dolo também não se sustenta. Nos termos do art. 12 do CDC, é irrelevante o elemento subjetivo da conduta do causador do dano, ante a sua responsabilidade objetiva.

Registre-se, ainda, que a indenização pelos danos morais aos interesses difusos e coletivos dos consumidores encontra assento na legislação consumerista (art. 6º, VI, CDC).

No tocante à indenização imposta na origem, verifico que o sentenciante, ao arbitrar tal montante em R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), sopesou a gravidade dos fatos e a sua extensão perante a sociedade, dentro de critérios razoáveis e proporcionais.

Nesse passo, é de rigor a confirmação da sentença.

Por todo o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 560.264-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelante: JOÃO MANOEL DA SILVA
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Advs./Procs.: DRS. MAA RARA RALLIANE ANDRADE GURGELI E OUTROS E KILDERE GOMES DE LIMA E SILVA E OUTROS

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO DO AUTOR ATACANDO SENTENÇA QUE JULGA IMPROCEDENTE AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO DE BEM IMÓVEL, TENDO POR OBJETO DUAS CONTAS DE POUPANÇA, ABERTAS NA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, EM NOME DO REFERIDO AUTOR.

- Esclarecimento da ré no sentido de terem sido as contas abertas por equívoco, com a utilização do CPF do apelante, quando, em verdade, o titular era outra pessoa.

- Ausência de posse das contas – o próprio autor confessa ter achado estranho o fato de receber boletos das mencionadas contas, quando “a conta poupança que o requerente possui na Caixa Econômica para receber sua humilde aposentadoria tem numeração” [fl. 4] outra. Inexistência total da falta de posse sobre as duas contas, que o apelante nunca teve.

- Ora, a usucapião, seja de imóvel, seja de móvel, exige sempre a posse mansa, pacífica, ininterrupta, do conhecimento de todos, sem receber nenhuma contestação, e, no caso aqui, o autor, ao menos, não sabia das duas contas, e, daí se afasta o requisito da posse, porque não a tinha, e, tanto assim que não consegue acesso às contas, para delas usufruir. E aí, ressalte-se, se encontra o requisito primordial da usucapião: ter a posse do bem. O apelante não o tem, nunca

teve. Não há como conceber que a tenha tido por cinco anos, sem ao menos tê-la, de verdade. Na usucapião, a pessoa tem a posse do bem, buscando no Judiciário apenas a declaração de seu direito, o que aqui não ocorre.
- Improvimento do recurso.

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, 17 de setembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Trata-se de apelação interposta por João Manoel da Silva contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte, que, em ação de usucapião, julgou improcedente o pedido que visa a declaração de domínio sobre os valores depositados em duas cadernetas de poupança, mantidas junto à Caixa Econômica Federal, cadastradas em seu nome e número do CPF.

Alega o recorrente, em síntese, que: a) recebeu extratos de duas cadernetas de poupança cadastradas em seu nome junto à Caixa Econômica Federal; b) que os valores foram depositados há mais de cinco anos, mas cuja origem é desconhecida, já que se tratam de altíssimas quantias em comparação à sua modesta aposentadoria, quais sejam, R\$ 7.129,17 [sete mil, cento e vinte e nove reais e dezessete centavos] e R\$ 320.000,09 [trezentos e vinte mil reais e nove centavos]; c) que o decurso do tempo favorece o direito adquirido sobre esse patrimônio, mesmo sem o conhecimento da procedência, razão pela qual insiste no cabimento

desse instrumento processual para garantir-lhe a posse dos valores depositados, porque estaria caracterizada a usucapião.

Houve resposta ao recurso [fls. 175-176].

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

A inicial contém a baliza para a apreciação do presente recurso, quando o demandante, ora apelante, narra ter estranhando – *Achando estranho (...)* – a existência de duas contas de poupança, em seu nome, na Caixa Econômica Federal. E estranho porque *a conta poupança que o requerente possui na Caixa Econômica para receber sua humilde aposentadoria tem numeração* [fl. 4] diferente.

Mesmo assim, ingressa com a ação de usucapião de bem móvel para obter a declaração judicial de serem suas as duas contas de poupança.

A pretensão se cerca das cores do absurdo, não se ajustando ao conceito de usucapião, onde a posse do bem deve ocorrer, circunstância que, no caso, não se verifica porque, da própria inicial, a confissão de estranheza do apelante, justamente porque a sua conta de poupança não podia conter os valores apontados, e, neste passo, esclareça-se que uma apresentava um saldo de R\$ 7.129,17 e a outra o de R\$ 320.000,09, fl. 5.

O fato de nem saber da existência das duas contas em seu nome já seria suficiente para afastar a pretensão de serem suas – porque não são, nem nunca foram –, na utilização do manto da usucapião.

Ora, a usucapião, seja de imóvel, seja de móvel, exige sempre a posse mansa, pacífica, ininterrupta, do conhecimento de todos, sem receber nenhuma contestação, e, no caso aqui, o autor, ao menos, não sabia das duas contas, e, daí se afasta o requisito da posse, porque não a tinha, e, tanto assim que não consegue acesso às contas, para delas usufruir. E aí, ressalte-se, se encontra o requisito primordial da usucapião: ter a posse do bem. O ape-

lante não o tem, nunca teve. Não há como conceber que a tenha tido por cinco anos, sem ao menos tê-la de verdade. Na usucapião, a pessoa tem a posse do bem, buscando no Judiciário apenas a declaração de seu direito, o que aqui não ocorre.

Depois, há uma explicação para as duas contas de poupança em nome do apelante: um equívoco da ré, ora apelada, na utilização do CPF do apelante, gerando uma conta que, em verdade, era de outra pessoa, de nome João Athayde Filho, fl. 33v.

Qualquer que seja o ângulo visto, à luz de todo artigo do Código Civil, não há a menor condição de, ante a situação factual exposta e analisada, dele se espremer o mínimo de direito de o apelante sobre duas contas de poupança, em seu nome, abertas, assim, por mero equívoco da apelada.

Por este entender, nego provimento ao presente apelo.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 561.519-RN

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: TILON GURGEL FILHO
Recte. Ades.: TILON GURGEL FILHO
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. ENÉLIO ANTÔNIO GALVÃO PETROVICH E OUTRO

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. CARÊNCIA. MAGISTÉRIO. REGIME PRÓPRIO E REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS). SIMULTANEIDADE DE VÍNCULOS. CONTRIBUIÇÃO PARA AMBOS OS REGIMES DE PREVIDÊNCIA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PELA LEI Nº 8.213/91. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, PARÁGRAFO 4º, DO CPC.

- *Apelação contra sentença que concedeu aposentadoria por idade ao autor, considerando, para contagem do tempo mínimo de carência, o período em que o demandante trabalhou junto à EMATER, como celetista e que não foi aproveitado para concessão de benefício previdenciário estatutário junto à UFRN.*
- *O autor, no período de 01/08/1978 a 09/09/1993, trabalhou na Universidade Federal do Rio Grande do Norte como Professor Adjunto, sob a égide da CLT e com vínculo ao RGPS até 11.12.1990, data da edição da Lei nº 8.112/90, que instituiu o regime jurídico único no âmbito da União. Com a mudança do regime jurídico, assegurou-se a averbação automática do período celetista.*
- *Entre 01/03/1969 a 24/01/1990, o autor trabalhou na EMATER, regido pela CLT e vinculado ao RGPS. Deste vínculo, foi averbado o período de 01/03/1969 a 31/07/1978 para concessão de aposentadoria estatutária - UFRN.*
- *O autor requer o reconhecimento da contagem do período em que laborou na EMATER (01/08/0978 a 24/01/1990) para cumprimento da carência exigida para a concessão de aposentadoria por idade, junto ao INSS.*
- *Não se vislumbra óbice para reconhecimento do tempo de serviço pleiteado, uma vez que as contribuições referentes ao período em que o autor laborou na UFRN, o qual coincide com o trabalhado na EMATER (01/08/1978 a 24/01/1990), foram utilizadas para concessão da aposentadoria estatutária (regime próprio de previdência).*
- *A averbação do período celetista não representa impedimento à concessão da aposentadoria requerida, por tratar-se de tempo de serviço prestado à UFRN. Ademais, a parte autora não pretende fazer uso do tempo de serviço laborado para o ente público, mas, apenas do trabalhado na EMATER, para o qual contribuiu regularmente.*

te. Precedentes: PROCESSO: 200884000069670, APELREEX 4.889/RN, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO CAVALCANTI, Primeira Turma, JULGAMENTO: 27/05/2010, PUBLICAÇÃO: DJe 16/06/2010 - Página: 130; APELREEX 00055405320124058400, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Segunda Turma, DJe - Data: 22/11/2012 - Página: 170.

- Os honorários fixados pelo magistrado de primeiro grau encontram-se em harmonia com o art. 20, § 4º, do CPC e com a jurisprudência desta Corte.

- Apelações improvidas.

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 às apelações, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 17 de setembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
- Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de apelação interposta pelo INSS contra sentença proferida pelo MM. Magistrado da 1ª Vara Federal do Rio Grande do Norte que julgou procedente pedido formulado à inicial, consubstanciado na concessão da aposentadoria por idade, considerando para contagem do tempo mínimo de carência, o período em que o autor trabalhou junto à EMATER, como celetista, que não foi aproveitado para concessão de benefício previdenciário estatutário junto à UFRN.

Em suas razões recursais, o INSS alega que o autor, no período de 01.08.1978 a 24.01.1990 (considerado pelo Magistrado para concessão do benefício), exercia atividade laboral na UFRN e na EMATER, sob a égide da CLT em ambos os vínculos e encontrava-se vinculado apenas ao RGPS. Defende a aplicação do Princípio da Unicidade da Filiação e que por tal razão não se poderia cindir os dois vínculos para concessão de benefícios por regimes de previdência diversos.

Contrarrazões às fls. 209/218.

Recurso adesivo da parte autora às fls. 220/225, pugnando pela fixação dos honorários advocatícios em 10% sobre o montante apurado na liquidação.

Contrarrazões da União às fls. 229/232.

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):

Como relatado, cuida de apelação contra sentença que concedeu aposentadoria por idade ao autor, considerando, para contagem do tempo mínimo de carência, o período em que o demandante trabalhou junto à EMATER, como celetista e que não foi aproveitado para concessão de benefício previdenciário estatutário junto à UFRN.

Inicialmente, cumpre fazer alguns esclarecimentos quanto aos vínculos do demandante.

O autor, no período de 01/08/1978 a 09/09/1993, trabalhou na Universidade Federal do Rio Grande do Norte como Professor Adjunto, sob a égide da CLT e com vínculo ao RGPS até 11.12.1990, data da edição da Lei nº 8.112/90, que instituiu o regime jurídico único no âmbito da União. Com a mudança do regime jurídico, assegurou-se a averbação automática do período celetista.

Entre 01/03/1969 a 24/01/1990, o autor trabalhou na EMATER, regido pela CLT e vinculado ao RGPS.

Em 1993, o autor aderiu à aposentadoria voluntária, nos moldes da Lei nº 8.112/90, utilizando, além do período em que laborou na UFRN, os seguintes tempos de serviço, devidamente averbados: 07/03/1958 a 22/12/1964 (Escola Agrícola de Jundiáí); 01/01/1966 a 31/12/1967 (Colégio Dom Bosco); 01/03/1968 a 28/02/1969 (Estado de Pernambuco) e 01/03/1969 a 31/07/1978 (EMATER).

Na presente lide, o autor requer o reconhecimento da contagem do período em que laborou na EMATER (01/08/0978 a 24/01/1990) para concessão da aposentadoria por idade.

Sobre o tema, impende verificar o que dispõem os arts. 11, § 2º, e 96 da Lei nº 8.213/91:

Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

(...)

§ 2º Todo aquele que exercer, concomitantemente, mais de uma atividade remunerada sujeita ao Regime Geral de Previdência Social é obrigatoriamente filiado em relação a cada uma delas.

Art. 96. O tempo de contribuição ou de serviço de que trata esta Seção será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as normas seguintes:

(...)

III - não será contado por um sistema o tempo de serviço utilizado para concessão de aposentadoria pelo outro.

Observados tais dispositivos, não se vislumbra óbice para reconhecimento do período pleiteado, uma vez que as contribuições referentes à temporada em que o autor laborou junto à UFRN que coincide com o trabalho na EMATER (01/08/1978 a 24/01/1990), foram utilizadas para concessão da aposentadoria estatutária (regime próprio de previdência).

Perceba-se que embora as atividades tenham sido simultâneas, houve respectiva contribuição para cada uma delas, conforme se observa à fl. 52 dos autos, e, como já dito, as contribuições vinculadas à UFRN foram computadas para o regime próprio de previdência.

A averbação do período celetista não representa impedimento à concessão da aposentadoria pleiteada, por tratar-se de tempo de serviço prestado à UFRN. Ademais, a parte autora não pretende fazer uso do tempo de serviço laborado para o ente público, mas, apenas do trabalhado na EMATER, para o qual contribuiu regularmente. Não se verifica, portanto, violação ao princípio da unicidade, já que se tratam de contribuições de origens diversas e de destinos diversos.

Nesse sentido, vejam-se precedentes desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADES CONCOMITANTES. REGIME PRÓPRIO E REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS). SIMULTANEIDADE DE VÍNCULOS. CONTRIBUIÇÃO PARA AMBOS OS REGIMES DE PREVIDÊNCIA. DIREITO À APOSENTADORIA PELO RGPS. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS.

1. A lei previdenciária não veda a percepção de duas aposentadorias em regimes distintos, desde que os tempos de serviço realizados em atividades concomitantes sejam computados em cada sistema de previdência, havendo a respectiva contribuição para cada um deles.

2. Caso em que, no período de 05.03.86 a 30.06.94, a impetrante trabalhou como professora na Secretaria de Educação e Cultura do Estado do Rio Grande do Norte, cujo vínculo era regido, inicialmente, pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Após o advento da Lei Complementar Estadual nº 122, de 30/8/1994, foi transformado em cargo público, passando para o Regime Jurídico Único dos servidores do Estado, assegurando-se a averbação automática do período celetista. Também, no supracitado período (05.03.86 a 30.06.94), trabalhou como professora na iniciativa privada, vinculada ao Regime Geral da Previdência Social (RGPS).

3. O período de tempo e de contribuições computados para a aposentadoria estatutária é originário do vínculo da demandante com o Estado do Rio Grande do Norte, especificamente, prestado na Secretaria de Educação e Cultura, portanto não coincide com a atividade exercida enquanto contribuinte obrigatória, vinculada ao RGPS. É que, apesar de o exercício da atividade ter sido simultâneo em ambos os regimes, houve a respectiva contribuição para cada um

deles, restando assim afastada a contagem recíproca, disciplinada nos art. 96 e seguintes da Lei nº 8.213/91.

4. Ademais, a autora não pretende fazer uso do tempo de serviço prestado ao ente público, mas, apenas das contribuições vertidas como contribuinte obrigatório perante a iniciativa privada, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da unicidade da filiação.

5. Constatado que a apelada preenche os requisitos necessários à concessão do benefício, haja vista que conta com mais de 28 (vinte e oito) anos de tempo de serviço ao tempo de requerimento administrativo (26.10.2011), inexistem motivos para reformar o mérito da sentença, que se mantém pelos seus próprios fundamentos.

6. Precedentes desta egrégia Corte e do colendo TRF-4ªR.

7. Apelação e remessa oficial improvidas.

(APELREEX 00055405320124058400, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Segunda Turma, *DJe* - Data: 22/11/2012 - Página: 170.)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. MAGISTÉRIO. VINCULAÇÃO CONCOMITANTE AO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E AO REGIME ESTATUTÁRIO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PELA LEI Nº 8.213/91. POSSIBILIDADE. JUROS MORATÓRIOS DE 6% AO ANO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, PARÁGRAFO 4º, DO CPC. SÚMULA Nº 111 DO STJ.

1. A autora exerce atividades vinculadas ao Regime Geral de Previdência Social e ao Regime Estatutário. Pleiteia a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição de acordo com a Lei nº 8.213/91, indeferida pelo INSS em face do Princípio da Unicidade da Filiação.

2. Exerceu o cargo de professora no Instituto Maria Auxiliadora, no período de 15/3/1980 a 9/2/1981. Em seguida, foi novamente admitida pelo mesmo empregador em 1/3/1982, ali permanecendo até os dias atuais.

3. Concomitantemente, trabalha para o Estado do Rio Grande do Norte desde 7/8/1982, cujo vínculo iniciou-se pelo regime da CLT e perdurou até o advento da Lei Complementar Estadual nº 122, de 30/6/1994, quando passou a ser estatutário, ocasião em que foi averbado o período celetista (de 24/6/1983 a 30/7/1994).

4. A averbação do período celetista não representa óbice à concessão da aposentadoria pleiteada, haja vista tratar-se de tempo de serviço prestado ao Estado do Rio Grande do Norte. Ademais, a autora não pretende fazer uso do tempo de serviço laborado para o ente público, mas, apenas do trabalhado na empresa privada, para o qual tem contribuído regularmente.

5. Constatado que a demandante preenche os requisitos necessários à concessão do benefício, resta deferida a aposentadoria por tempo de contribuição, inclusive com a manutenção da tutela antecipada deferida na sentença.

6. Juros de mora a serem aplicados para o pagamento das parcelas não atingidas pela prescrição quinquenal anteriores ao ajuizamento da ação, reduzidos para o percentual de seis por cento ao ano, previsto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

7. Correção monetária conforme o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, a ser feita a partir do ajuizamento da ação, nos termos da Súmula 148 do STJ e no art. 1º, parágrafo 2º, da Lei 6.899/1981.

8. Honorários advocatícios reduzidos para o percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, de acordo com o art. 20, parágrafo 4º, do CPC, observada a Súmula nº 111 do STJ.

9. Parcial provimento à remessa oficial e à apelação, quanto aos percentuais dos juros moratórios e dos honorários advocatícios.

(PROCESSO: 200884000069670, APELREEX 4.889/RN, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO CAVALCANTI, Primeira Turma, JULGAMENTO: 27/05/2010, PUBLICAÇÃO: DJe 16/06/2010 - Página 130)

Não existindo óbice para o aproveitamento do período trabalhado na EMATER e reconhecido pelo próprio apelante a existência de contribuições referentes ao período compreendido entre 2003 e 2009, há de ser reconhecido o direito da parte autora à concessão do benefício.

No que se refere ao pleito do recurso adesivo interposto pela parte autora, verifica-se que os honorários fixados pelo magistrado de primeiro grau encontram-se em harmonia com o art. 20, §

4º, do CPC e com a jurisprudência desta Corte, não merecendo, portanto, qualquer reparo a sentença proferida.

Ante o exposto nego provimento às apelações.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 9.639-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR
Apelante: ADEILSON PEREIRA DA CRUZ
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Def. Dativo: DR. FÁBIO LEANDRO DE BARROS

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECEPÇÃO. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. ESTELIONATO. DEPOIMENTO DE CORRÉU. PROVA HÁBIL À CONDENAÇÃO. REDUÇÃO DA PENA. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. EXTENSÃO DOS EFEITOS AO CORRÉU NÃO APELANTE.

- Réu condenado pela r. sentença monocrática, da qual só ele apelou, a 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão pelo cometimento dos crimes previstos nos arts. 171, § 3º, e 180 do Código Penal, em concurso material, além de multa.

- Conforme dispõe o art. 119 do Diploma Legal Penal, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada crime isoladamente.

- Reconhecimento da ocorrência da prescrição retroativa, que encontra concordância com manifestações do Ministério Público Federal em primeiro grau de jurisdição e da Procuradoria Regional da República, em relação à pena privativa de liberdade aplicada ao delito do art. 180 do Código Penal, pois entre a data do fato (18/09/2002) e a data do recebimento da denúncia (27/01/2010, fl. 380), transcorreu prazo necessário à prescrição, contido no art. 109, V, do Código Penal.

- Possibilidade de condenar o apelante pela prática do delito de estelionato se, além da delação do corréu, o apelante confirma ter efetuado o depósito de cheques na conta em que o corréu não apelante sacou os valores.

- A existência de apenas uma circunstância judicial desfavorável (culpabilidade média) leva à redução da pena-base do apelante pela prática do delito de estelionato de 1 ano e 9 meses para 1 ano e 6 meses de reclusão. Em face de o delito ter sido praticado contra a CEF, aplica-se a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do CP, o que eleva a pena para 2 anos de reclusão. Por força da continuidade delitiva, a pena torna-se definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão.

- Os quatro meses acrescidos em razão da continuidade delitiva não podem ser considerados para fins de prescrição (Súmula 497 do STF), e, neste caso, o patamar considerado para o seu cálculo deve ser o de dois anos, o qual, segundo o art. 109, V, do CP, prescreve em quatro anos. No caso, o transcurso de período superior a quatro anos entre o fato e o recebimento da denúncia induz ao reconhecimento da ocorrência da prescrição retroativa.

- Ronaldo Cruz de Sá foi condenado à pena de 1 ano de reclusão pela prática do delito de receptação e em 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão e 120 dias-multa pelo delito de estelionato. Como as penas aplicadas ao réu não apelante são inferiores a 2 (dois) anos, o prazo prescricional a ser considerado é de 4 (quatro) anos, nos termos do art. 109, V, do Código Penal. Assim, como entre a data do fato (18/09/2002) e a data do recebimento da denúncia (27/01/2010) transcorreu prazo superior ao estabelecido no dispositivo legal, é de se conceder habeas corpus de ofício para reconhecer a ocorrência da prescrição retroativa em relação às penas dos mencionados delitos.

- **Apelação em parte provida. Reconhecimento da prescrição retroativa.**
- **Concessão de habeas corpus de ofício ao réu não apelante.**

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 à apelação de Adeilson Pereira da Cruz para reduzir a pena relativa ao crime de estelionato, reconhecendo a ocorrência da prescrição retroativa não apenas para o delito de estelionato como também para o de receptação e, de ofício, conceder *habeas corpus* em favor do réu não apelante Ronaldo Cruz de Sá, nos termos do voto do Relator.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR:

Contra sentença que condenou Adeilson Pereira da Cruz pela prática dos delitos de estelionato e receptação às penas de 2 anos, 8 meses e 20 dias e 1 ano e dois meses de reclusão, respectivamente, interpõe o acusado recurso de apelação.

Em suas razões, pugna o acusado pela sua absolvição ante a inexistência de provas de sua participação no delito de estelionato, assim como no delito de receptação em razão de desconhecer que os cheques que depositou na agência da Caixa Econômica Federal, em Petrolina (PE), eram roubados.

Contrarrazões apresentadas, fls. 861/866, pelo desprovimento do recurso no tocante ao delito de estelionato e pelo reconheci-

mento da prescrição retroativa em relação ao delito de receptação.

O em. Procurador da República Roberto Moreira de Almeida, em parecer circunstanciado, opina pelo provimento parcial do apelo, para que seja reconhecida a prescrição do crime de receptação (art.180 do Código Penal) e a conseqüente extinção da punibilidade em relação a este delito, sendo mantida, todavia, a condenação pela prática do estelionato.

É o relatório. À revisão.

VOTO

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

Inicialmente analiso a questão relativa à ocorrência de prescrição retroativa em relação ao delito de receptação, tese arguida pelo Ministério Público Federal em primeiro grau de jurisdição, por ocasião do oferecimento de contradita ao apelo do dito réu (fls. 861/866), bem como ratificada pelo parecer da Procuradoria Regional da República (fls. 880/883).

Reconheço a ocorrência de prescrição retroativa, no presente caso, qual preveem os parágrafos 1º e 2º do art. 110 do Código Penal, senão vejamos.

Havendo condenação com trânsito em julgado para a acusação, segundo os incisos referidos, conta-se a prescrição pela pena fixada em concreto na sentença.

Foi o réu condenado pela r. sentença monocrática, da qual só ele apelou, a 1 ano e 2 meses de reclusão pelo cometimento do crime previsto no art. 180 do Código Penal (receptação) e 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão pela prática do delito do art. 171, § 3º, do Código Penal (estelionato), em concurso material, art. 69, todos do Código Penal, além de multa.

Observo, por pertinente, que, conforme dispõe o art. 119 do Diploma Legal Penal, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada crime isoladamente.

Para o delito de receptação cuja pena aplicada foi inferior a dois anos, prescrevendo, assim, em 4 (quatro) anos, a teor do *caput* do art. 110 do CP, que manda aplicar os prazos gerais da prescrição, incidindo, pois, a regra do art. 109, V, do mesmo diploma.

Tendo o fato ocorrido em 18/09/2002 e a denúncia sido recebida em 27/01/2010, conforme despacho, à fl. 380, segue-se que medeia, entre a data do fato e a data da recepção da referida peça, mais do que o prazo necessário à prescrição, contido no art. 109, V, do Código Penal, enquadrando-se na prescrição retroativa prevista nos parágrafos do art. 110 do referido código.

No tocante ao delito de estelionato, tenho que não merece reforma a sentença.

É que, muito embora tenha o apelante Adeilson Pereira da Cruz negado a autoria do delito, afirmando em seu interrogatório que efetuou os depósitos dos cheques na agência da Caixa Econômica Federal em Petrolina/PE, após recebê-los do corréu Ronaldo Cruz de Sá, sem saber tratar-se de cheques roubados e sem auferir qualquer vantagem em decorrência da realização dos depósitos efetuados, o corréu Ronaldo Cruz de Sá, em seu interrogatório, afirmou o oposto.

Ronaldo Cruz de Sá confessou a prática do delito de estelionato tanto no momento da prisão em flagrante, fls. 12/13, como no momento do interrogatório em juízo, fl. 769, tendo inclusive pormenorizado como ocorreu a ação. Segundo Ronaldo, o corréu Adeilson Pereira da Cruz o procurou no mercado público de Salgueiro-PE, tendo Adeilson lhe oferecido um “agrado” para que efetuasse saques em uma conta aberta na agência da CEF daquele município.

Ronaldo teceu detalhes da empreitada. Afirmando ter entregue sua fotografia para ser colada na carteira de identidade de José Ferreira de Andrade Júnior, o qual tinha conta aberta na agência da CEF, em Salgueiro. Ronaldo disse ainda que, após ser acionado pelo corréu Adeilson, dirigir-se-ia ao caixa interno da agência para tomar informações se existia crédito e retirava os valores. Em face dessa empreitada, no dia 18/09/2002, foi preso em flagrante no momento em que retirou a quantia de R\$ 900,00.

Tenho assim que a delação do corrêu é meio de prova hábil a uma condenação, principalmente porque Ronaldo não se furtou em assumir a prática do ilícito.

Por tais razões, mantenho a sentença no tocante ao delito de estelionato.

Passo, agora, ao exame da pena aplicada.

Ao analisar as circunstâncias judiciais, o douto sentenciante considerou tão somente como desfavorável a culpabilidade em seu grau médio, por ter sido o acusado Adeilson o mentor dos delitos em questão.

Concordo plenamente com tal indicação. Ouso, todavia, discordar no tocante ao *quantum* de aumento por força da presença desta circunstância judicial.

Sobre o critério para fixação da pena-base, trago, por adequação, ensinamentos de Ricardo Augusto Schmitt:

Atualmente, temos presente nos Tribunais Superiores uma tendência em se tratar com igualdade todas as circunstâncias judiciais enumeradas pelo legislador. Ora, se o próprio legislador não anunciou uma maior ou menor preponderância de uma circunstância em relação à outra – como o fez, por exemplo, com as circunstâncias legais (art. 67 do CP) – é porque quis que as oito circunstâncias judiciais recebessem o mesmo tratamento legal, como forma de permitir uma melhor aferição à dosagem da pena-base ideal, dentro dos limites propostos no preceito secundário do tipo (pena em abstrato).

E, logicamente, se assim o fez, os Tribunais passaram a tratar a matéria dentro de um prisma de proporcionalidade, partindo do princípio de que todas as circunstâncias judiciais possuem o mesmo grau de importância (ao menos legalmente).

(...)

O critério que vem sendo albergado pelos Tribunais Superiores repousa numa situação prática e simples, que tem resultado a partir da obtenção do intervalo da pena prevista em abstrato ao tipo (máximo - mínimo), devendo, em seguida, ser encontrada sua oitava parte (1/8), ou seja, divi-

dir o resultado obtido por 8 (oito), em vista de ser este o número de circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal.¹

Assim, para o cálculo do valor da circunstância judicial, é de se considerar a subtração entre a pena máxima e a mínima e deste resultado dividir por 8 (oito) que corresponde ao número total de circunstâncias.

No caso, tendo o delito de estelionato a pena máxima de 5 (cinco) anos, subtraindo-se o valor da pena mínima de 1 (um) ano, resulta em 4 (quatro) anos, (que corresponde a 48 meses), dividido por 8, chega-se a um patamar de valoração por circunstância de 6 (seis) meses.

Assim, existindo apenas uma circunstância judicial desfavorável, é de ser acrescidos seis meses à pena mínima fixada. No caso, a pena-base a ser considerada é de 1 ano e 6 meses de reclusão.

Inexistindo circunstâncias agravantes ou atenuantes, é de se aplicar a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do Código Penal. Aumenta-se em 1/3, o que resulta na pena de 2 anos de reclusão. Em face da continuidade delitiva, é de se aumentar a pena em 1/6, o que a torna definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão.

No tocante à aplicação da pena pecuniária fixada em 240 dias-multa, tenho que também merece reforma. É que, tendo sido reduzida a pena privativa de liberdade, a pena pecuniária deve obedecer aos mesmos critérios.

Esta Turma julgadora em casos como o presente assim se posicionou:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.137/1990. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. ANO-CALENDÁRIO 2002 E 2003. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO

¹ SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória. 5ª ed., Bahia: Editora Podivm, 2010, p. 123/124.

PARAAACUSAÇÃO. PRELIMINAR REJEITADA. PENA-BASE FIXADA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. VEDAÇÃO. SÚMULA Nº 231/STJ. ERRO DE PROIBIÇÃO. INEXISTÊNCIA. DOLO DEMONSTRADO. PENA DE MULTA. PROPORCIONALIDADE À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. APELO DA ACUSAÇÃO PROVIDO E DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

VII. Apelação manejada por Luciano Ricardo Tavares Pereira de Assis parcialmente provida, tão somente no tocante à pena de multa, em vista da proporcionalidade que deve ser guardada à pena privativa de liberdade, fixo-a em 48 (quarenta e oito) dias-multa, mantendo a valoração indicada na sentença, de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época do último evento de omissão (abril de 2004). (ACR 200882000022727, Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, TRF5 - Quarta Turma, *DJe* - Data: 03/12/2010 - Página: 1021). (Grifei)

Assim, fixo a pena pecuniária em 150 dias-multa no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à data do fato, tornando-a definitiva, nos termos do art. 49, § 2º, do Código Penal.

Por outro lado, observo que com a redução da pena privativa de liberdade do delito de estelionato também se operou a prescrição retroativa, conforme explicitado.

Em face da impossibilidade de contagem, para fins de prescrição, do aumento decorrente da continuidade delitiva, nos termos da Súmula 497 do STF², a pena a ser considerada é de 2 (dois) anos de reclusão.

Assim, tendo o fato ocorrido em 18/09/2002 e a denúncia sido recebida em 27/01/2010, conforme despacho, à fl. 380, verifico que transcorreram mais de quatro anos, prazo máximo para os delitos cuja pena é superior a 1 (um) ano e não exceda a 2 (dois) anos, nos termos do art. 109, V, do Código Penal, enquadrando-se

² Súmula 497 do STF - Quando se tratar de crime continuado, a prescrição reputa-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação.

na prescrição prevista nos §§ 1º e 2º do art. 110 do referido Código Penal, em sua redação anterior à Lei nº 12.234/10.

Ademais, não se pode olvidar que, como o art. 118 do Código Penal estipula que a pena mais leve prescreve juntamente com a mais grave, resta prescrita, igualmente, a pena de multa cumulativa ao mencionado delito e imputada ao apelante.

Por outro, é de se conceder *habeas corpus* de ofício ao réu não apelante Ronaldo Cruz de Sá em face da extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa em relação às penas aplicadas pela prática dos delitos de estelionato e receptação.

No caso, Ronaldo Cruz de Sá foi condenado à pena de 1 ano de reclusão pela prática do delito de receptação e em 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão e 120 dias-multa pelo delito de estelionato.

Como as penas aplicadas são inferiores a 2 (dois) anos, o prazo prescricional a ser considerado é de 4 (quatro) anos, nos termos do art. 109, V, do Código Penal. Assim, como entre a data do fato (18/09/2002) e a data do recebimento da denúncia (27/01/2010) transcorreu prazo superior ao estabelecido no dispositivo legal, é de se conceder *habeas corpus* de ofício para reconhecer a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa em relação às penas dos mencionados delitos.

Com essas considerações, dou provimento em parte à apelação para reduzir a pena de estelionato do apelante Adeilson Pereira da Cruz para 2 anos e 4 meses de reclusão, o que leva ao reconhecimento da extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa, sendo também reconhecida a ocorrência da prescrição retroativa em relação ao delito do art. 180 do Código Penal. Por outro lado, concedo, de ofício, *habeas corpus* ao réu não apelante Ronaldo Cruz de Sá em face do reconhecimento da ocorrência da prescrição retroativa em relação às penas aplicadas pela prática dos delitos de estelionato e receptação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 9.742-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelantes: DEYVID CAVALCANTE ANDRADE, ADEILTON DE LIMA RANGEL JÚNIOR, ZÓZIMO DANTAS GURGEL NETO E JOSÉ ELENILTON DIAS
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. FLÁVIO JACINTO DA SILVA E OUTRO E BRUNO CEZAR CADÉ E OUTROS
Def. Dativos: DRS. VLADIMIR MATOS DO O E OUTRO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. INTEMPESTIVIDADE DE UMA DAS APELAÇÕES. APRESENTAÇÃO FORA DO QUINQUÍDIO LEGAL. FURTO QUALIFICADO. MOVIMENTAÇÕES INDEVIDAS EM CONTAS BANCÁRIAS. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. APLICABILIDADE EM RELAÇÃO AOS CRIMES DE INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA ILEGAL (ART. 10 DA LEI Nº 9.296/1996) E DE VIOLAÇÃO DE SIGILO BANCÁRIO (ART. 10 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001). FURTO MEDIANTE FRAUDE (ART. 155, PARÁGRAFO 4º, II, DO CP). OCORRÊNCIA. ELEMENTOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM RELAÇÃO AO CRIME DE QUADRILHA (ART. 288 DO CP). MANUTENÇÃO DA DOSIMETRIA.

- Preliminarmente, acolhe-se alegação de intempestividade da apelação do acusado ADEILTON DE LIMA RANGEL JÚNIOR, ventilada nas contrarrazões do Ministério Público Federal e corroborada no parecer do eminente Procurador Regional que oficia nesta Corte Oficial.

- Tendo sido intimado pessoalmente em 05/07/2010, apenas manejou o recurso em 18/07/2011, ou seja, doze dias após, extrapolando o quinquí-

dio legalmente previsto do art. 593 do Código de Processo Penal, o que impende no não conhecimento do recurso. Precedentes do TRF5: ACR 8.878/PE, Rel Des. Fed. Cíntia Menezes Brunetta (Convocada), Terceira Turma; ACR6739/PE, Rel. Des. Fed. Emiliano Zapata Leitão (Convocado), Quarta Turma.

- Autoria e materialidade da prática do crime de furto qualificado mediante fraude – art. 155, § 4º, II, do CP – restando devidamente comprovado que os denunciados integraram uma quadrilha de crackers e outros seguidores, que se dedicavam à prática de crimes financeiros através da rede mundial de computadores (internet). Consta, ainda, que o grupo criminoso formou-se a partir da cidade de Campina Grande/PB, mas passou a integrar elementos residentes em diversas localidades e Estados brasileiros.

- O bando era organizado e mantinha uma estrutura de funcionamento em que as tarefas eram muito bem definidas e distribuídas entre os diversos integrantes da quadrilha, como condição mesmo do sucesso da empreitada criminosa. Além de transferências de dinheiro e saques, os usuários também faziam pagamentos de boletos bancários e outros títulos de crédito ou de compras de produtos, utilizando-se dos numerários disponíveis nas contas bancárias das vítimas de diversas instituições financeiras, dentre elas, a Caixa Econômica Federal (CEF).

- O grupo criminoso era bem articulado e seus elementos agiam de forma especializada, havendo uma repartição nítida de tarefas como se segue, conforme descrição pormenorizada, colhida dos autos, reproduzida no édito condenatório.

- Irrefutáveis as provas do cometimento do crime de quadrilha perpetradas pelos acusados

demonstrados nos autos, configurando-se na permanência do grupo em sua empreitada criminosa, revelando-se a atuação coordenada entre “programadores”, “usuários” e “aliciadores”, em que todos agiam conscientemente, com unidade de desígnios e objetivo mútuo de garantir que as ações fossem levadas a efeito.

- Entretanto, a punibilidade em relação ao crime de quadrilha não mais subsiste em desfavor dos acusados em virtude da ocorrência da prescrição retroativa. O édito condenatório ora rechaçado, para todos os acusados, fixou a reprimenda corpórea dois anos de reclusão, incidindo, portanto, o prazo prescricional previsto no art. 109, V, do CP. Entre o recebimento da denúncia, em 22/03/2006, e a sentença, em 16/11/2010, transcorreu prazo superior a 4 (quatro) anos. A teor do art. 107, IV, do Código Penal, a decretação da extinção da punibilidade dos agentes.

- Aplicabilidade do princípio da consunção, com a absorção dos crimes-meio de interceptação telemática ilegal e violação de sigilo bancário pelo crime-fim furto qualificado, porquanto, à luz da regra do concurso de crimes, o objetivo último dos agentes foi o de subtração, mediante o artifício cibernético, dos valores depositados nas contas dos correntistas das instituições. Não há que se falar, assim, em práticas autônomas, tendo em vista que os crimes anteriores constituem, apenas, meio para a perpetração do delito principal, de forma que a consumação esgota-se no furto qualificado. Precedentes: ICC nº 86.241/PR, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção do STJ; TRF - 1ª Região, 4ª Turma, Rel. I'TALO FIORAVANTI SABO MENDES, ACR nº 200739000012961; ACR nº 2004.39.00.000135-8/PA, Relatora Juíza Federal Convocada Rosimayre Gonçalves de Carvalho, 4ª Turma

do TRF/1ª Região; ACR nº 2007.35.00.003952-9/GO, Relator Desembargador Federal Mário César Ribeiro, 4ª Turma do TRF/1ª Região; TRF - 5ª Região, 3ª Turma, Rel. Desembargador Federal Geraldo Apoliano, ACR nº 6205/PE.

- Não se vislumbrou, por parte dos acusados, intuito de tornar público e de dar conhecimento a terceiros a respeito da movimentação financeira dos correntistas, mas tão somente avaliar a possibilidade/viabilidade de transferência ilícita de valores.

- Não prosperam as alegações veiculadas nas apelações quanto à dosimetria da pena infligida aos acusados, salvo quanto à subsistência da imputação dos crimes previstos no art. 10 da Lei nº 9.296/1996 – interceptação telemática ilegal – e no art. 10 da Lei Complementar nº 105/2001 – violação de sigilo bancário, condutas que serviram de meio para a concretização do furto qualificado – art. 155, § 4º, II, do CP –, portanto consumidas por este e pelo reconhecimento da extinção da punibilidade da prescrição retroativa em relação ao crime do – art. 288 do CP.

- Nada a reparar na fundamentação utilizada na dosimetria, operação realizada dentro dos cânones do sistema trifásico, tendo sido esmiuçada de forma pormenorizada cada uma das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, bem como as atenuantes e agravantes, finalmente, as causas de aumento de diminuição de pena, como dão conta o dispositivo em relação aos apelantes JOSÉ ELENILTON DIAS (fl. 1997), DEYVID CAVALCANTE ANDRADE (fls. 1999/2000) e ZÓZIMO DANTAS GURGEL NETTO (fl. 2002).

- Exclusão da dosimetria dos crimes de interceptação telemática ilegal, violação de sigilo bancário e de quadrilha, mantendo incólume os outros efeitos da condenação nos estritos termos do dispositivo.

- Mantida a condenação pela prática de furto qualificado (art. 155, § 4º, II, do CP), e as penas aplicadas: JOSÉ ELENILTON DIAS, pena privativa de liberdade fixada em 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pena de multa correspondente a 30 dias-multa, sendo o valor do dia-multa equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente em fevereiro de 2006; DEYVID CAVALCANTE ANDRADE, pena privativa de liberdade de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pena de multa correspondente a 20 (vinte) dias-multa, sendo o valor do dia-multa equivalente a um vigésimo do salário-mínimo vigente em fevereiro de 2006 e; ZÓZIMO DANTAS GURGEL NETTO, pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pena de multa correspondente a 60 (sessenta) dias-multa, sendo o valor do dia-multa equivalente a um vigésimo do salário mínimo vigente em fevereiro de 2006.

- Apelação criminal de ADEILTON DE LIMA RANGEL JÚNIOR não conhecida e apelação dos demais acusados 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, não conhecer da apelação criminal interposta por ADEILTON DE LIMA RANGEL JÚNIOR e dar parcial provimento à apelação criminal dos demais apelantes, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 22 de agosto de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de recursos de apelações criminais interpostas por ADEILTON DE LIMA RANGEL JÚNIOR, JOSÉ ELENILTON DIAS, DEYVID CAVALCANTE ANDRADE e ZÓZIMO DANTAS GURGEL NETTO contra sentença prolatada pelo Juízo da 6ª Vara Federal da Paraíba (fls. 1951/2005 e 2135/2136), que os condenou pela prática dos crimes a seguir:

a) ADEILTON DE LIMA RANGEL JÚNIOR:

a.1) Furto qualificado (art. 155, § 4º, II, do CP): pena privativa de liberdade fixada em 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pena de multa correspondente a 60 dias-multa, sendo o valor do dia-multa equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente em dezembro de 2005; e

a.2) Formação de quadrilha (art. 288 do CP): pena privativa de liberdade fixada em 2 anos e meio de reclusão, em regime inicial fechado.

b) JOSÉ ELENILTON DIAS:

b.1) Furto qualificado (art. 155, § 4º, II, do CP): pena privativa de liberdade fixada em 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pena de multa correspondente a 30 dias-multa, sendo o valor do dia-multa equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente em fevereiro de 2006;

b.2) Formação de quadrilha (art. 288 do CP): pena privativa de liberdade fixada em 2 anos de reclusão, em regime inicial fechado;

b.3) Interceptação telemática ilegal (art. 10 da Lei n. 9.296/1996): pena privativa de liberdade fixada em 4 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pena de multa correspondente a 30 dias-multa, sendo o valor do dias-multa equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente em fevereiro de 2006; e

b.4) Violação de sigilo bancário (art. 10 da Lei Complementar n. 105/2001): pena privativa de liberdade fixada em 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pena de multa corres-

pondente a 30 dia-multa, sendo o valor do dia-multa equivalente a um trigésimo do salário-mínimo vigente em fevereiro 2006.

c) DEYVID CAVALCANTE ANDRADE:

c.1) Furto qualificado (art. 155, § 4º, II, do CP): pena privativa de liberdade de 3 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pena de multa correspondente a 20 dias-multa, sendo o valor do dia-multa equivalente a um vigésimo do salário-mínimo vigente em fevereiro de 2006;

c.2) Formação de quadrilha (art. 288 do CP): pena privativa de liberdade de 1 ano e meio de reclusão, em regime inicial fechado;

c.3) Interceptação telemática ilegal (art. 10 da Lei n. 9.296/1996): pena privativa de liberdade de 3 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pena de multa correspondente a 20 dias-multa, sendo o valor do dia-multa equivalente a um vigésimo do salário-mínimo vigente em fevereiro de 2006; e

c.4) Violação de sigilo bancário (art. 10 da Lei Complementar n. 105/2001): pena privativa de liberdade de 1 ano e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pena de multa correspondente a 20 dias-multa, sendo o valor do dia-multa equivalente a um vigésimo do salário-mínimo em fevereiro 2006.

d) ZÓZIMO DANTAS GURGEL NETTO

d.1) Furto qualificado (art. 155, § 4º, II, do CP): pena privativa de liberdade de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pena de multa correspondente a 60 dias-multa, sendo o valor do dias-multa equivalente a um vigésimo do salário mínimo vigente em fevereiro de 2006;

d.2) Formação de quadrilha (art. 288 do CP): pena privativa de liberdade de 2 anos de reclusão, em regime inicial fechado;

d.3) Interceptação telemática ilegal (art. 10 da Lei n. 9.296/1996): pena privativa de liberdade de 4 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pena de multa correspondente a 60 dias-multa, sendo o dia-multa equivalente a um vigésimo do salário-mínimo vigente em fevereiro de 2006; e

d.4) Violação de sigilo bancário (art. 10 da Lei Complementar n. 105/2001): pena privativa de liberdade de 2 anos e 8 meses de

reclusão, em regime inicial fechado, e pena de multa correspondente a 60 dias-multa, sendo o dia-multa equivalente a um vigésimo do salário-mínimo vigente em fevereiro de 2006.

Narra a peça acusatória que os denunciados integraram uma quadrilha de *crackers*¹ e outros seguidores, que se dedicavam à prática de crimes financeiros através da rede mundial de computadores (internet). Consta, ainda, que o grupo criminoso formou-se a partir da cidade de Campina Grande/PB, mas passou a integrar meliantes residentes em diversas localidades e Estados brasileiros.

Acrescenta, ainda, que o bando era organizado e mantinha uma estrutura de funcionamento em que as tarefas eram muito bem definidas e distribuídas entre os diversos integrantes da quadrilha, como condição mesmo do sucesso da empreitada criminosa. Além de transferências de dinheiro e saques, os usuários também faziam pagamentos de boletos bancários e outros títulos de crédito ou de compras de produtos, utilizando-se dos numerários disponíveis nas contas bancárias das vítimas de diversas instituições financeiras, dentre elas, a Caixa Econômica Federal (CEF).

Contra a sentença vergastada insurgiram-se os referidos réus, tendo alegado em suas razões recursais:

a) ADEILTON DE LIMA RANGEL JÚNIOR (fls. 2110/2121):

(i) o reconhecimento de nulidade processual em face de denúncia genérica, que não contém a descrição total dos fatos e circunstâncias que envolveram o crime de modo que impossibilitou a defesa do acusado;

(ii) o reconhecimento da nulidade processual em face de cerceamento da defesa, uma vez que não foi disponibilizado conhecimento total das provas colhidas nos autos, bem como ausência de degravação total das conversas colhidas dos acusados;

¹ *Cracker* é o termo usado para designar o indivíduo que pratica a quebra (ou *cracking*) de um sistema de segurança, de forma ilegal ou sem ética. Este termo foi criado em 1985 por *hackers* em defesa contra o uso jornalístico do termo *hacker*. (fonte: Wikipédia)

(iii) a desclassificação do crime imputado ao réu de furto qualificado para favorecimento real, ou mesmo receptação;

(iv) a diminuição da pena aplicada ao acusado, considerando a presença de circunstâncias atenuantes (confissão e menoridade), bem como que houve indevida majoração da pena em face de condenação posterior à prática delitiva investigada e do reconhecimento do prejuízo da vítima de forma generalizada; ainda no que tange à dosimetria, seja aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 29, §1º, do CP, bem como a substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direito; e

(v) absolvição do delito de formação de quadrilha, considerando não haver provas da existência de mais de 3 pessoas em união de desígnios para o cometimento de crimes.

b) JOSÉ ELENILTON DIAS (fls. 2138/2148):

(i) a extinção da punibilidade pela prescrição (retroativa) da pretensão punitiva, quanto ao crime de formação de quadrilha, considerando o decurso de mais de 4 anos entre a data do recebimento da denúncia e a data de publicação da sentença condenatória;

(ii) a inépcia da inicial acusatória, de modo a impossibilitar a defesa de exercer plenamente o contraditório;

(iii) a desclassificação do crime de furto para o de receptação simples, eis que o réu teria agido com o dolo de receber coisa produto de crime; e

(iv) a diminuição das penas, com a reavaliação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, bem como a consideração da atenuante da confissão.

c) DEYVID CAVALCANTE ANDRADE (fls. 2056/2067):

(i) a extinção da punibilidade pela prescrição (retroativa) da pretensão punitiva, quanto aos crimes de formação de quadrilha e de violação de sigilo bancário, considerando o decurso de mais de 4 anos entre a data do recebimento da denúncia e a data de publicação da sentença condenatória;

(ii) mesmo não sendo acolhida a prescrição aventada, não restou configurado o crime de formação de quadrilha, em razão da ausência do número mínimo de integrantes para tipificá-la.

(iii) aplicação do princípio da consunção no tocante aos crimes de violação de sigilo bancário e de interceptação telemática ilegal, eis que foram práticas necessárias à consumação do crime-fim, qual seja, furto; e

(iv) alteração do regime inicial de cumprimento de pena, adequando-o às características judiciais reconhecidamente favoráveis do apelante.

d) ZÓZIMO DANTAS GURGEL NETTO (fls. 2152/2156):

(i) a extinção da punibilidade pela prescrição (retroativa) da pretensão punitiva, quanto ao crime de formação de quadrilha;

(ii) ainda que não seja reconhecida a prescrição, não existem nos autos elementos que apontem a prática de formação de quadrilha, dado à ausência de habitualidade, estabilidade e permanência, bem como o número insuficiente de integrantes;

(iii) não restou demonstrado durante a instrução processual se o menor agia sob a gerência do apelante e se Zózimo Dantas era aliciador;

(iv) quanto aos delitos de interceptação telemática ilegal e violação de sigilo bancário, não restaram comprovados, e, mesmo que tivessem, o princípio da consunção deveria ter sido aplicado por se tratar de crime-meio;

(v) desclassificação de furto qualificado para receptação simples, eis que o réu teria agido com o dolo de receber coisa produto de crime; e

(vi) diminuição da pena.

Contrarrazões apresentadas pelo Ministério Público Federal, assinadas pela Procuradora da República, Dra. ACÁCIA SOARES PEIXOTO SUASSUNA, pelo não conhecimento da apelação interposta por ADEILTON DE LIMA RANGEL JÚNIOR face à intempestividade, e, alternativamente, pelo provimento em parte; por fim, pelo provimento em parte das apelações criminais interpostas por JOSÉ ELENILTON DIAS, DEYVID CAVALCANTE ANDRADE e ZÓZIMO DANTAS GURGEL NETO (fls. 2159/2183).

O Procurador Regional da República, Dr. FÁBIO GEORGE CRUZ DA NÓBREGA, ofertou parecer assim ementado (fls. 2214/2228):

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. FURTO QUALIFICADO. INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA ILEGAL. VIOLAÇÃO DE SIGILO BANCÁRIO. CONDENAÇÃO DOS RÉUS ADEILTON DE LIMA RANGEL JÚNIOR, JOSÉ ELENILTON DIAS, DEYVID CAVALCANTE ANDRADE E ZÓZIMO DANTAS GURGEL NETTO EM RAZÃO DA PRÁTICA DOS CITADOS CRIMES. RECURSO DE APELAÇÃO AVIADO PELOS ACUSADOS. PARECER PELA INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO DE ADEILTON DE LIMA RANGEL JÚNIOR. QUANTO AO MÉRITO, OPINA-SE PARA QUE SEJAM PROVIDOS, EM PARTE, OS RECURSOS VEICULADOS PELOS ACUSADOS, NOS TERMOS DA PRESENTE MANIFESTAÇÃO.

Relatei.

Ao eminente Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Preliminarmente, acolho a alegação de intempestividade da apelação do acusado ADEILTON DE LIMA RANGEL JÚNIOR, ventilada nas contrarrazões do Ministério Público Federal e corroborada no parecer do eminente Procurador Regional que nesta Corte Oficial.

Tendo sido intimado pessoalmente em 05/07/2010 (fls. 2031/2031v), apenas manejou o recurso em 18/07/2011, ou seja, doze dias após, extrapolando o quinquídio legalmente previsto do art. 593 do Código de Processo Penal, o que impende no não conhecimento do recurso.

Trata-se entendimento pacificado como demonstram os seguintes arestos:

PROCESSUAL PENAL. CIÊNCIA DA SENTENÇA DURANTE O RECESSO FORENSE. PRAZOS SUSPENSOS. INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO EM 09.01.12, FINDANDO EM 13.01.2012 PARA A INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO INTERPOSTO TÃO SOMENTE EM 16.01.12. INTEMPESTIVIDADE. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA.

1. Nesta Corte, durante o recesso forense, que se iniciou em 20.12.2011, os prazos processuais foram suspensos, nos termos da Lei nº 5.010/66, somente voltando a fluir em 09.01.2012.

2. O prazo para a interposição de apelação criminal é de 5 (cinco) dias, como previsto no art. 593 do CPP, contados da última intimação do réu ou de seu advogado. Precedentes do STF e do STJ.

3. As construções pretorianas, inclusive as do colendo STF, são sólidas e iterativas quando proclamam que o prazo começa a correr da intimação, e não, da juntada aos autos do mandado devidamente cumprido.

4. Intimados o apelante e seu patrono do inteiro teor da sentença em 23.12.2011, e considerada a suspensão dos prazos em virtude do recesso forense, o *dies a quo* para a interposição do apelo foi em 09.01.2012, findando-se o prazo em 13.01.2012.

5. Protocolizada a apelação criminal tão somente em 16.01.2012, deve ser reconhecida a intempestividade recursal.

6. Apelação não conhecida.

(Acórdão unânime na ACR8878/PE, Rel. Des. Fed. Cíntia Menezes Brunetta (Convocada), Terceira Turma, julg. 16/08/2012, Publ. *DJE* 23/08/2012, p. 438)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. LICITAÇÃO. DANO AO ERÁRIO PÚBLICO. ART. 92, *CAPUT* E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.666/1993. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO PELA PENA EM CONCRETO. ART. 107, IV, CP. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. DENÚNCIA RECEBIDA APÓS LAPSO SUPERIOR A 7 (SETE) ANOS. PENA EM CONCRETO FIXADA EM 2 (DOIS) ANOS. ART. 109, V, CP. INOCORRÊNCIA QUANTO AO RÉU QUE TEVE SUA PENA FIXADA EM 2 (DOIS) ANOS E 2 (DOIS) MESES DE DETENÇÃO. ART. 109, IV, CP. APELO FORMULADO APÓS O QUINQUÍDIO LEGAL. ART. 593, I, CPP. INÍCIO DO PRAZO A PARTIR DA INTIMAÇÃO. ART. 798, PARÁGRAFO 5º, A, CPP. INTEMPESTIVIDADE. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA PELO JUÍZO DE 1º GRAU.

I. Decorrido lapso superior a 4 (quatro) anos entre o fato delituoso e o recebimento da denúncia, primeiro marco

interruptivo da prescrição, indicado no art. 109, V, CP, para as penas em concreto não excedentes a 2 (dois) anos, como é o caso dos réus VALDEMIR DE BARROS DA SILVA e EPIFÂNIO MARCELINO DE OLIVEIRA, é de se reconhecer consumada a prescrição da pretensão punitiva do Estado pela pena em concreto contra ambos e, em consequência, declarar a extinção da sua punibilidade (art. 107, IV, CP).

II. Havendo sido fixada, para o réu CONSTANTINO AXIOTES LEMOS DE SÁ, pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses, a prescrição apenas se operaria se decorrido, entre aqueles marcos temporais (data do fato e o recebimento da denúncia), 8 (oito) anos, na forma do art. 109, IV, CP, o que não veio a ocorrer, muito menos em relação à data da sentença, segundo marco interruptivo, prolatada antes de decorridos 3 (três) anos do recebimento da denúncia.

III. Aplicável, para a contagem do prazo para interposição da apelação criminal, o que dispõe o art. 798, parágrafo 5º, a, CP, sendo o termo inicial a data da efetiva intimação e não da juntada, aos autos, do mandado de intimação ou da carta precatória.

IV. Extinta a punibilidade (art. 107, IV, CP) quanto aos réus VALDEMIR DE BARROS DA SILVA e EPIFÂNIO MARCELINO DE OLIVEIRA, em vista de se haver consumado a prescrição da pretensão punitiva estatal quanto a ambos, e prejudicada a apelação interposta pelo primeiro.

V. Apelação interposta pelo réu CONSTANTINO AXIOTES LEMOS DE SÁ com exame prejudicado, vez que não conhecida, por intempestiva, pelo Juízo de 1º Grau.

(Acórdão unânime na ACR 6.739/PE, Rel. Des. Fed. Emílio Zapata Leitão (Convocado), Quarta Turma, Julg. 14/09/2010, Publ. DJE 16/09/2010, p. 468)

No tocante ao mérito.

Trata-se apelações criminais interpostas por JOSÉ ELENILTON DIAS, DEYVID CAVALCANTE ANDRADE e ZÓZIMO DANTAS GURGEL NETTO contra sentença prolatada pelo Juízo da 6ª Vara Federal da Paraíba (fls. 1951/2005 e 2135/2136), condenando-os pelas práticas dos seguintes crimes:

a) JOSÉ ELENILTON DIAS:

a.1) furto qualificado (art. 155, § 4º, II, do CP): pena privativa de liberdade fixada em 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pena de multa correspondente a 30 dias-multa, sendo o valor do dia-multa equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente em fevereiro de 2006;

a.2) formação de quadrilha (art. 288 do CP): pena privativa de liberdade fixada em 2 anos de reclusão, em regime inicial fechado;

a.3) interceptação telemática ilegal (art. 10 da Lei n. 9.296/1996): pena privativa de liberdade fixada em 4 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pena de multa correspondente a 30 dias-multa, sendo o valor do dia-multa equivalente a um trigésimo do salário-mínimo vigente em fevereiro de 2006; e

a.4) violação de sigilo bancário (art. 10 da Lei Complementar n. 105/2001): pena privativa de liberdade fixada em 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pena de multa correspondente a 30 dias-multa, sendo o valor do dia-multa equivalente a um trigésimo do salário-mínimo vigente em fevereiro 2006.

b) DEYVID CAVALCANTE ANDRADE:

b.1) furto qualificado (art. 155, § 4º, II, do CP): pena privativa de liberdade de 3 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pena de multa correspondente a 20 dias-multa, sendo o valor do dia-multa equivalente a um vigésimo do salário-mínimo vigente em fevereiro de 2006;

b.2) formação de quadrilha (art. 288 do CP): pena privativa de liberdade de 1 ano e meio de reclusão, em regime inicial fechado;

b.3) interceptação telemática ilegal (art. 10 da Lei n. 9.296/1996): pena privativa de liberdade de 3 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pena de multa correspondente a 20 dias-multa, sendo o valor do dia-multa equivalente a um vigésimo do salário-mínimo vigente em fevereiro de 2006; e

b.4) violação de sigilo bancário (art. 10 da Lei Complementar n. 105/2001): pena privativa de liberdade de 1 ano e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pena de multa correspondente a 20 dias-multa, sendo o valor do dia-multa equivalente a um vigésimo do salário-mínimo em fevereiro 2006.

c) ZÓZIMO DANTAS GURGEL NETTO:

c.1) furto qualificado (art. 155, § 4º, II, do CP): pena privativa de liberdade de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pena de multa correspondente a 60 dias-multa, sendo o valor do dias-multa equivalente a um vigésimo do salário mínimo vigente em fevereiro de 2006;

c.2) formação de quadrilha (art. 288 do CP): pena privativa de liberdade de 2 anos de reclusão, em regime inicial fechado;

c.3) interceptação telemática ilegal (art. 10 da Lei n. 9.296/1996): pena privativa de liberdade de 4 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pena de multa correspondente a 60 dias-multa, sendo o dia-multa equivalente a um vigésimo do salário-mínimo vigente em fevereiro de 2006; e

c.4) violação de sigilo bancário (art. 10 da Lei Complementar n. 105/2001): pena privativa de liberdade de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pena de multa correspondente a 60 dias-multa, sendo o dia-multa equivalente a um vigésimo do salário-mínimo vigente em fevereiro de 2006.

Narra a peça acusatória que os denunciados integraram uma quadrilha de *crackers*² e outros seguidores, que se dedicavam à prática de crimes financeiros através da rede mundial de computadores (internet). Consta, ainda, que o grupo criminoso formouse a partir da cidade de Campina Grande/PB, mas passou a integrar elementos residentes em diversas localidades e Estados brasileiros.

Acrescenta, ainda, que o bando era organizado e mantinha uma estrutura de funcionamento em que as tarefas eram muito bem definidas e distribuídas entre os diversos integrantes da quadrilha, como condição mesmo do sucesso da empreitada criminosa. Além de transferências de dinheiro e saques, os usuários tam-

² *Cracker* é o termo usado para designar o indivíduo que pratica a quebra (ou *cracking*) de um sistema de segurança, de forma ilegal ou sem ética. Este termo foi criado em 1985 por *hackers* em defesa contra o uso jornalístico do termo *hacker*. (fonte: Wikipédia)

bém faziam pagamentos de boletos bancários e outros títulos de crédito ou de compras de produtos, utilizando-se dos numerários disponíveis nas contas bancárias das vítimas de diversas instituições financeiras, dentre elas, a Caixa Econômica Federal (CEF).

O grupo criminoso era bem articulado, e seus elementos agiam de forma especializada, havendo uma repartição nítida de tarefas como se segue, conforme descrição pormenorizada, colhida dos autos, reproduzida no édito condenatório (fls. 1952/1953):

a) PROGRAMADORES: aqueles que desenvolviam e atualizavam os programas maliciosos que se destinavam a infectar os computadores das vítimas com o fim de obter todos os seus dados bancários, inclusive as senhas, de modo a possibilitar a movimentação da conta através da Internet;

b) USUÁRIOS: aqueles que faziam uso dos programas maliciosos desenvolvidos pelos programadores, remetendo-os aos computadores das vítimas para a obtenção de seus dados bancários e senhas;

c) ALICIADORES OU COOPTADORES: aqueles que atuavam em conjunto com os usuários, aliciando outros correntistas de quaisquer bancos com agência nesta cidade, a fim de que fornecesse sua conta bancária para o recebimento de transferências ilícitas feitas pelos usuários;

d) “LARANJAS”: aqueles que emprestavam (ou “alugavam”), conscientemente, suas contas bancárias aos aliciadores ou cooptadores, para receberem as transferências ilícitas a serem feitas pelos usuários, possibilitando o saque e a repartição do dinheiro, produto dos crimes.

Assim, para que o crime pudesse se consumir, fazia-se necessária a intervenção de todos esses atores, cada um realizando sua específica tarefa, razão porque o órgão de acusação aponta a prática do crime de formação de quadrilha.

Além de transferências de dinheiro e saques, como acima descritos, os usuários também faziam pagamentos de boletos bancários e outros títulos de crédito ou de compras de produtos, utilizando-se dos numerários disponíveis nas contas correntes das vítimas, tudo comandado através da rede mundial de computadores.

A denúncia indicou e qualificou todos os membros da suposta quadrilha que foram suficientemente identificados pela polícia durante o curso do inquérito, em um total de 53 pessoas.

Com riqueza de detalhes e rigorosa referência aos elementos de prova, a denúncia individualizou as condutas de cada um dos membros do provável bando.

Dessume-se da peça acusatória que, a depender da função desempenhada por cada um dos envolvidos, as condutas de cada um deles poderão estar enquadradas nos seguintes tipos penais: furto qualificado (art. 155, § 4º, II e IV, do CP), formação de quadrilha (art. 288 do CP), interceptação telemática ilegal (art. 10 da Lei n. 9.296/1996), violação de sigilo bancário (art. 10 da Lei complementar n. 105/2001).

O processo foi desmembrado (fl. 184), tendo sido formado 11 (onze) autos judiciais diferentes, vinculados ao mesmo inquérito de origem, sendo este relativo a 5 (cinco) dos acusados.

À vista do apresentado nestes autos, estão bem delimitadas e descritas as atuações dos apelantes nos crimes de furto qualificado – art. 155, § 4º, II, do CP – e de quadrilha – art. 288 do CP, tal é confirmado do cotejo da prova dos autos com as razões de decidir da sentença apelada.

a) DO CRIME DE FURTO QUALIFICADO

Inicialmente na análise das imputações atribuídas ao acusado JOSÉ ELENILTON DIAS (fls. 1963/1968):

“MATERIALIDADE E AUTORIA

Em seus interrogatórios judiciais (fls. 200/203 e fls. 396/398), o acusado reconheceu sua participação nos delitos imputados, mas apenas na condição de “aliciador”, não como “usuário”.

De seu primeiro interrogatório, destaco o seguinte trecho que revela como o réu atuava no âmbito do esquema criminoso, fornecendo contas bancárias de “laranjas” para receberem as transferências ilícitas:

“(…) que, após ouvir o diálogo (áudio nº 200508021517 2210), reconhece sua voz e nesse diálogo o interrogado

trata com FELIPE sobre a aquisição de dois cartões de contas bancárias; que o termo “amarelo” não tem indicação específica em referência ao Banco do Brasil e o termo “vazio” se refere a saldo devedor; que um dos cartões estava com saldo devedor e o outro cartão estava com saldo zerado; que na conversa com FELIPE, o interrogado disse que o preço de cada cartão a R\$ 100,00 ficava caro, porque precisava repassar ao dono da INFO metade do valor, ficando a outra metade para ser distribuída entre ele, interrogado, FELIPE e JULIO; que estava adquirindo os cartões para intermediar seu fornecimento ao dono da INFO (...).”

Mais adiante, o réu revela que tinha conhecimento de como funcionava o esquema e quis aderir a ele,

“(...) que as infos são informações bancárias de diversas pessoas; que quem possui uma info adquire cartões bancários para fazer transferências de valores das contas referentes às infos para as contas dos cartões e assim poder sacar os valores”.

Em seu segundo interrogatório, revelou mais detalhes sobre o funcionamento do esquema, deixando ver que, embora não tivesse pleno domínio dos procedimentos técnicos, tinha conhecimento de como funcionava a fraude:

“(...) que o interrogado não sabe dizer como se realizava todo o procedimento técnico dessa fraude, sabendo dizer apenas da existência de um programa KL e de *spams*, que eram utilizados pelos usuários para capturar as informações de contas bancárias das vítimas dos golpes; que sabia também que, o usuário precisava obter contas destinatárias para as quais pudesse fazer as transferências de valores desviados das contas das vítimas; que a atividade do cartãozeiro e do “laranja”, era fornecer para o usuário contas bancárias destinatárias das transferências ilícitas (...)”

Embora o acusado tenha negado outros aspectos de sua participação, documentados na fase inquisitorial, os trechos acima revelam, com clareza, que ele tinha conhecimento de como funcionava o esquema criminoso e quis, livre e conscientemente, aderir a ele para participar na prática dos delitos, mediante pagamento, pois retinha consigo uma parte do di-

nheiro desviado da conta da vítima e transferido para as contas por ele fornecidas, de onde os valores eram sacados pelo próprio acusado.

Diversas imagens gravadas pelas câmeras de segurança de caixas eletrônicos registram os momentos em que o acusado efetuava os saques nas contas dos “laranjas” por ele agenciados. Essas fotografias estão recolhidas às fls. 284 e 285 do 2º volume e à fl. 529 do 3º volume do IPL nº 336/2005. Embora o acusado, durante o primeiro interrogatório (fl. 202 dos autos judiciais), tenha negado ser sua pessoa naquelas fotografias, não há nenhuma dúvida em relação a isso, até porque o réu admitiu, em seu segundo interrogatório, “que na maioria das vezes, era o interrogado quem efetuava o saque do dinheiro desviado diretamente do caixa eletrônico” (fl. 398).

O segundo interrogatório (fls. 396/398) foi requerido pela defesa do acusado, precisamente com a finalidade de confissão. Nele, o réu confessou:

“que não é usuário, mas aliciador (...) que o interrogado negociava cartões pela internet, no canal *carding* (mirc), e através de telefone celular; (...) que o interrogado manteve negócios com LUCIANO de troca e venda de cartões; que o interrogado este envolvido de março a julho ou agosto/2005, nessas atividades ilícitas; que de agosto para setembro/2005, o interrogado afastou-se dessas atividades e de Campina Grande, tendo ido residir em Baraúna/PB, por um ou dois meses; que quando retornou em janeiro/2006, fez novo contato com DANTAS no intuito de voltar a atuar nesse tipo de atividade, pois estava precisando de dinheiro; que tendo DANTAS informado que se encontrava de férias, o interrogado não retomou essas atividades; que com essas atividades ilícitas, o interrogado obteve em torno de R\$ 5.000,00 a R\$ 10.000,00” (...) que o interrogado chegou a fornecer um cartão para HIGOR e para GUILHERME, vários; que todas as operações antes já referidas, efetivamente se concretizaram; que a divisão do dinheiro com essas atividades ilícitas se dava da seguinte forma: o usuário ficava com 50% e o “laranja” com 30%, restando 20% para o interrogado; que o dinheiro arrecadado pelo interrogado com essas atividades, foi gasto com despesas pessoais suas e de sua família”. (Grifei)

Também em seu segundo interrogatório, o réu reconheceu a sua voz e a de GUILHERME nos áudios 20050729154 82210, 20050801173244110 e áudio 2005080118522410 (fl. 397 dos autos judiciais), nos quais tratava do fornecimento de cartões para transferências ilícitas.

Os depoimentos das testemunhas de acusação corroboram a tese acusatória, esclarecendo mais detalhes sobre a participação do acusado nos delitos.

MARICLEIDE ALVES DE MELO (fls. 435/436), que foi namorada do réu, confirmou haver cedido sua conta a pedido do acusado para uma transferência, tendo sua conta e senha bloqueadas pelo banco em consequência da transação ilícita ocorrida em sua conta.

Também WELLINGTON DE SOUZA LIMA, em seu depoimento recolhido às fls. 453/454 dos autos judiciais, revelou como se deu o envolvimento do acusado com o esquema criminoso. Disse que alertou o acusado (seu chefe numa empresa de segurança) sobre a atuação de uns rapazes na Rua Maciel Pinheiro intermediando contas bancárias para receberem transferência ilícita de dinheiro. A pedido do acusado, o depoente o apresentou a LUCIANO e MIMIU e, a partir daí, o acusado aderiu ao esquema, passando a fornecer contas bancárias e, inclusive, a frequentar as *Lan Houses* onde eram feitas as transações ilícitas. Revelou que o acusado chegou a pedir ao depoente que arrumasse mais contas bancárias para o esquema, tendo, inclusive, pedido que a sogra do depoente abrisse uma conta para tal finalidade. Disse o depoente que pediu demissão da empresa onde trabalhava com o acusado e afastou-se dele, levando o caso ao conhecimento da polícia.

Ademais, ao cumprir o mandado de busca e apreensão, a Polícia encontrou com o acusado diversos cartões bancários de terceiros pessoas e manuscritos com dados de contas bancárias e senhas de diversas pessoas (fl. 1449).

As testemunhas arroladas pela defesa nada sabem sobre os fatos em apuração, devendo seus depoimentos ser levados em consideração somente para o efeito de fixação da pena-base, por terem feito boas referências a sua conduta.

Vê-se, pois, que as provas recolhidas nos autos são suficientes para firmar a convicção sobre a materialidade e a auto-

ria, até porque o réu confessou sua participação nos delitos de furto que lhe são imputados neste processo.

Todavia, quanto aos delitos de interceptação telemática ilegal e violação de sigilo bancário, não há nos autos provas de seu envolvimento com tais práticas. A perícia realizada na mídia computacional encontrada com o acusado não revelou qualquer indício de materialidade desses delitos, não se sustentando essa parte da acusação, tanto que o Ministério Público Federal, em suas alegações finais, requereu sua condenação apenas na condição de “aliciador”, pelos crimes de furto qualificado e quadrilha.

TIPICIDADE

A conduta é típica, no sentido formal, correspondendo perfeitamente ao tipo penal do furto qualificado, erigido no art. 155, § 4º, incisos II e IV, do CP, pois ocorreram inúmeros atos de subtração de coisa alheia móvel (dinheiro), mediante fraude (obtenção, mediante ardil, dos dados bancários da vítima, sem o seu conhecimento nem seu consentimento) e com o concurso de duas ou mais pessoas, conforme acima descrito. Contudo, essa qualificadora do inciso IV (concurso de pessoas) somente pode ser aplicada se não for confirmada a prática da formação de quadrilha, sob pena de *bis in idem*.

Quanto à tipicidade subjetiva (dolo), entendo que está presente, uma vez que o modo como o denunciado contribuiu para a prática dos crimes (fornecendo os dados de diversas contas bancárias e posteriormente sacando os valores ilícitamente transferidos) deixa ver que ele possuía consciência da conduta e do resultado, consciência do nexa causal entre a conduta e o resultado, bem como que teve vontade livre e consciente de realizar a conduta e de provocar o resultado pretendido.

A tipicidade material decorre da lesividade da conduta ao bem jurídico tutelado, no caso, a posse e, de forma secundária, a propriedade.

Diversos ofícios de instituições bancárias, recolhidos nos autos do inquérito, demonstram a potencialidade lesiva das condutas desferidas pelo grupo de facínoras de que fazia parte o acusado, causando consideráveis prejuízos aos clientes do sistema financeiro, bem como às próprias instituições ban-

cárias, que estão obrigadas a repor os valores furtados das contas de seus clientes.

Ainda quanto à lesividade das condutas perpetradas pela quadrilha, o relatório das fls. 992/1002 dos autos da Ação Penal Pública nº 2006.82.01.001115-8 comprova que, somente em uma agência do Banco do Brasil em Campina Grande (Agência Borborema), ocorreram 287 transferências ilícitas, recebidas em contas de clientes daquela agência, no período entre novembro de 2004 e fevereiro de 2006, no qual a quadrilha estava atuando livremente. O volume total de transferências ilícitas somente para as contas dessa agência chegou ao elevado valor de R\$ 355.555,92 (trezentos e cinquenta e cinco mil, quinhentos e cinquenta e cinco reais e noventa e dois centavos).

Embora os outros bancos vitimados pelos golpes não tenham respondido às intimações deste Juízo para informar o montante de operações ilícitas ocorridas em suas agências no período investigado, o fato que surge incontestado é o de que a quadrilha atuou intensamente, vitimando um incontável número de clientes do sistema financeiro e movimentando elevada quantia em dinheiro, não somente na agência Borborema do Banco do Brasil, mas também em outros bancos.

A tipicidade, uma vez constatada, carrega, já, um indício de ilicitude.

ILICITUDE

Essa ilicitude (ou antijuridicidade) deve ser entendida como a relação de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico, que se dá quando não concorrem quaisquer das causas de exclusão da ilicitude, sejam as legais do art. 23 do CP, sejam quaisquer outras causas que a doutrina chama de supralegais.

No caso, a antijuridicidade da conduta de JOSÉ ELENILTON DIAS decorre, de forma indiciária, do fato da tipicidade penal de sua conduta, restando cabalmente constatada pelo fato de não existirem quaisquer causas de exclusão da ilicitude, sequer sugeridas pela defesa.

CULPABILIDADE

A culpabilidade de JOSÉ ELENILTON DIAS decorre do fato de ser ele penalmente imputável à época do fato, de ser-lhe

exigível que adotasse conduta diversa da que adotou, bem como ser ele, não só potencialmente, mas, também, efetivamente consciente da ilicitude de sua conduta. Em razão disso, incide sobre a conduta do réu um juízo de reprovabilidade que tem como consequência a imposição de uma sanção, de uma pena, como necessária resposta estatal ao desvio de conduta por ele praticado.”

DEYVID CAVALCANTE ANDRADE (fls. 1969/1978):

MATERIALIDADE E AUTORIA

A materialidade do crime de furto está suficientemente comprovada por diversos elementos de convicção recolhidos aos autos.

No áudio 200512151506525.wav10, gravado no dia 15 de dezembro de 2005, ANDERSON NUNES (ANDINHO) repassa para DEYVID CAVALCANTE os dados bancários de contas de alguns “laranjas” para servirem como contas receptoras de transferências ilícitas a serem efetuadas através da internet por DEYVID.

O Ofício nº 0012/2006 (fls. 491, 492 e 499 do Vol. III do IPL nº 2005.82.01.003793-3, apenso), oriundo da CEF, comprova a ocorrência de uma transferência ilícita no valor de R\$ 990,00 (novecentos e noventa reais), feita através da internet no mesmo dia 15 de dezembro de 2005, e de um saque no mesmo valor e no mesmo dia, ocorrido em uma casa lotérica. A vítima do golpe é GERMANO JORGE RODRIGUES, residente em Loanda, Paraná.

ADEILTON, em seu interrogatório (fls. 194/196) reconheceu a voz de ANDERSON NUNES (ANDINHO) no áudio 200512151506525.wav, em que os dados bancários são repassados para o réu DEYVID CAVALCANTE.

ANDERSON NUNES, ao depor como declarante (fls. 767/768 dos autos nº 0001149-80.2006.4.05.8201) reconheceu sua própria voz no mesmo áudio 200512151506525.wav e afirmou que atuava como mero intermediário entre ADEILTON e DEYVID e que era ADEILTON quem obtinha as contas bancárias.

O próprio DEYVID, em seu interrogatório judicial (fl. 212), afirmou “que o contato feito através do telefone de NINO nº

(83) 8846-2926, foi realizado entre ANDERSON (DINHO) e DEYVID”.

Mas a participação do acusado não se limitou a esse furto acima referido. DEYVID teve intensa participação nas práticas delituosas, mantendo constante relacionamento com vários membros do grupo criminoso, a exemplo de: ANDERSON NUNES (ANDINHO) (200512130924141.wav, 200512131729251.wav, 200512141357081.wav, 200512141629311.wav, 200512141813551.wav, 200512150753591.wav, 200512161741061.wav, 200512161827541.wav, 200512200839001.wav, 200512200850251.wav, 200512151506525.wav); HNI (200512100825061.wav, 200512100921331.wav, 200512100933281.wav, 200512132011161.wav, 200512140946481.wav, 200512141556381.wav, 200512150731551.wav, 200512161941571.wav, 200512170714331.wav, 200512170722021.wav, 200512200736441.wav, 200512201248471.wav, 200512201253121.wav, 200512210943321.wav, 200512261800091.wav, 200512271811151.wav, 200512280910011.wav, 200601161139371.wav, 200601161236391.wav, 200601170719441.wav, 200601180737591.wav), NETO (200512131508221.wav), ARTHUR (200512170952171.wav, 200512300903461.wav), HIGOR (200512291103361.wav), BRUNO CAVALCANTI (200512191144511.wav, 200512261526031.wav), MATHEUS SKORONSKI (NEO) (200512191911261.wav, 200601031424221.wav, 200601161436241.wav, 200601180754421.wav, 200601180812481.wav, 200601181137521.wav, 2006013015512415.wav).

Desse amplo relacionamento com outros membros do esquema criminoso, DEYVID logrou auferir ganhos expressivos, consoante demonstra a intensa movimentação financeira realizada em suas contas bancárias na CEF (0920.013.00107269-6, fls. 1295/1321, e 2558.003.00000066-8, fls. 1322/1360) e no UNIBANCO (7130.731763-7, fls. 1459/1484), inclusive envolvendo expressivos valores, no período em que o acusado se encontrava em plena atividade criminosa, o que corrobora a imputação de furto, inclusive de forma continuada.

No tocante à autoria, em seu primeiro interrogatório policial (fls. 201/202 do apenso III ao IPL), o acusado negou sua participação no esquema criminoso, mas, ao ser reinquiri-

do (fls. 203/204 do apenso III ao IPL), confessou sua participação nos crimes.

Também em seu interrogatório judicial (fls. 210/214) confirmou sua participação em crimes de furto, detalhando os procedimentos adotados entre ele e outros membros do grupo criminoso. Disse que, após as transferências, DINHO fazia os saques, retinha sua comissão e depositava o restante do dinheiro em uma conta bancária pertencente a ele, DEYVID, conta nº 66-8, aberta na Agência 2558 da CEF, em Fortaleza. Disse, mais, que ao receber esses depósitos, DEYVID retinha sua comissão e repassava o restante para uma conta em nome de NEO, conta nº 2629, na Agência 1558 da CEF, na Bahia.

Vê-se, pois, que nessa parte do interrogatório judicial, DEYVID confessa a sua participação em inúmeros casos de crime de furto, confirmando a tese acusatória nessa parte.

No entanto, quanto às imputações de interceptação telemática ilegal e violação de sigilo bancário, o réu tentou dissimular sua participação, dizendo que “nunca remeteu mensagens *spam* de seu computador” e que “sua atividade limitava-se à intermediação entre os usuários NEO e NOTURNO e o aliciador DINHO”.

É bem verdade que as atividades de mera intermediação eram típicas dos “aliciadores”, que buscavam arrumar contas de “laranjas” para receberem as transferências ilícitas. Mas as atividades de DEYVID não se restringiram à mera intermediação, tanto que em seu interrogatório ele mesmo confessou atos típicos dos “usuários”, realizados a partir de seu computador pessoal.

Com efeito, em seu interrogatório judicial (fl. 211) DEYVID admitiu que realizava as transferências entre as contas bancárias de vítimas fornecidas por NEO (MATHEUS SKORONSKI) e as contas destinatárias fornecidas por DINHO (ANDERSON), fazendo tais operações diretamente de seu computador pessoal. Ademais, admitiu também que realizou testes em algumas “infos” que lhe foram repassadas por MATHEUS (fl. 212).

Em seus interrogatórios, MATHEUS SKOWRONSKI (fls. 1159/1163) e BRUNO CAVALCANTE (fls. 1166/1168) tam-

bém esclareceram e confirmaram a participação de DEYVID, deixando ver que não se tratava de mera intermediação.

MATHEUS confessou (fl. 1160) que atuava como “usuário” e que, após conhecer DEYVID pela internet, “acertou com DEYVID que ele, interrogado, trabalharia obtendo “infos” pela internet e remetendo para que DEYVID fizesse transferências”. Disse que ele mesmo, MATHEUS, “nunca fez uma transferência entre contas bancárias” e que “provavelmente era DEYVID que tinha contato com aliciadores, pois era ele quem fazia as transferências ilícitas entre as contas bancárias”.

BRUNO afirmou (fl. 1156) que “virou” duas ou três contas com DEYVID, apenas para testá-lo, e percebeu que após uma dessas operações, DEYVID havia também efetuado um empréstimo utilizando a mesma conta.

A perícia realizada na mídia computacional apreendida em poder do acusado (laudo pericial de fls. 694/722) demonstra a presença de elementos comprobatórios da prática de violação de sigilo bancário: *e-mails* com dados bancários, comprovantes de pagamentos e transferência bancárias, indícios de acessos a sítios de bancos, fragmentos de arquivos contendo dados bancários.

Todas essas tarefas realizadas por DEYVID eram típicas dos membros do grupo qualificados como “usuários” e sua realização implica em violação de sigilo bancário, restando, assim, comprovada a prática desse outro delito.

Quanto à imputação de interceptação telemática ilegal, apesar de o acusado negar a remessa de *spam*, a prova pericial demonstra que suas atividades envolviam também a prática desse tipo de crime. De fato, o laudo pericial (fls. 694/722) acusa que no computador pertencente ao acusado foram encontrados, entre outros, os seguintes elementos que comprovam a prática da interceptação telemática ilegal, conforme ressaltado pelo Ministério Público Federal em suas alegações finais: listagem com milhares de endereços de *e-mails*, códigos fonte de programas para envio de *e-mails*, identificada tal prática como remessa de *spam*.

Vê-se, assim, que o acusado também promovia, desde seu computador pessoal, a remessa de *spam*, pois em seu computador foram rastreados elementos comprobatórios desse tipo de prática, especialmente as listagens com milhares de *e-mails* e os códigos fonte de programa para remessa de *spam*, conforme apurado pela perícia. Como se sabe, no âmbito de atuação dos “usuários”, a remessa de *spam* visava implantar os chamados *trojans* (cavalos de tróia) nos computadores das vítimas, a fim de promover a captação de seus dados bancários, realizando tal captação mediante a interceptação telemática no momento em que as vítimas estivessem realizando operações em suas contas bancárias através da internet.

As provas produzidas pela defesa são insuficientes para infirmar as acusações feitas contra o denunciado.

As testemunhas de defesa (fls. 570/573) nada sabiam sobre os fatos em apuração neste processo, devendo seus depoimentos ser levados em consideração somente para o efeito de fixação da pena-base, por seu teor meramente abonador da conduta do acusado.

De tudo quanto acima ficou dito, extrai-se que as teses defensivas não têm consistência, enquanto que as teses acusatórias estão fartamente comprovadas por robustos elementos de prova que afastam as dúvidas lançadas pelo acusado sobre a sua participação nas operações fraudulentas.

Vê-se, pois, que, ao contrário do afirmado pelo réu em seu interrogatório e pela defesa em suas alegações finais, há nos autos prova suficiente da materialidade e da autoria.

Tenho, pois, como comprovada a participação livre e consciente do acusado na prática dos delitos de furto, violação de sigilo bancário e interceptação telemática ilegal, que lhe são imputados na denúncia.

TIPICIDADE

As diversas condutas perpetradas pelo acusado são típicas, no sentido formal.

Deveras, a conduta do acusado correspondendo perfeitamente ao tipo penal do furto qualificado, erigido no art.

155, § 4º, incisos II e IV, do CP, pois ocorreram inúmeros atos de subtração de coisa alheia móvel (dinheiro), mediante fraude (obtenção, mediante ardil, dos dados bancários das vítimas, sem o seu conhecimento nem seu consentimento) e com o concurso de duas ou mais pessoas, conforme acima descrito. Contudo, essa qualificadora do inciso IV (concurso de pessoas) somente pode ser aplicada se não for confirmada a prática da formação de quadrilha, sob pena de *bis in idem*.

A captação de dados bancários mediante a atuação de *trojans* (cavalos de tróia) adrede instalados nos computadores das vítimas corresponde ao tipo penal da interceptação telemática ilegal (art. 10 da Lei n. 9.296/1996).

Por outro lado, a obtenção das “infos” e a invasão das contas bancárias das vítimas, seja para efetuar meros “testes” das “infos”, visando detectar a presença de disponibilidade financeira, seja para efetuar as operações de transferências ilícitas de dinheiros ali depositados ou outros tipos de operações como o pagamento de boletos, correspondem ao tipo penal da violação de sigilo bancário (art. 10 da Lei Complementar n. 105/2001), uma vez que todas essas operações exigem o conhecimento e o manejo dos dados sigilosos das contas bancárias das vítimas.

O dolo (tipicidade subjetiva) está presente, uma vez que o modo como o acusado contribuiu para a prática dos crimes, conforme acima narrado e comprovado nos autos, deixa ver que ele possuía consciência da conduta e do resultado, consciência donexo causal entre a conduta e o resultado, bem como que teve vontade livre e consciente de realizar a conduta e de provocar o resultado pretendido.

A tipicidade material decorre da lesividade da conduta ao bem jurídico tutelado, no caso, a posse e, de forma secundária, a propriedade.

Diversos ofícios de instituições bancárias, recolhidos nos autos do inquérito, demonstram a potencialidade lesiva das condutas desferidas pelo grupo de facínoras de que fazia parte o acusado, causando consideráveis prejuízos aos clientes do sistema financeiro, bem como às próprias instituições bancárias, que estão obrigadas a repor os valores furtados das contas de seus clientes.

Ainda quanto à lesividade das condutas perpetradas pela quadrilha, o relatório das fls. 992/1002 dos autos da Ação Penal Pública nº 2006.82.01.001115-8 comprova que, somente em uma agência do Banco do Brasil em Campina Grande (Agência Borborema), ocorreram 287 transferências ilícitas, recebidas em contas de clientes daquela agência, no período entre novembro de 2004 e fevereiro de 2006, no qual a quadrilha estava atuando livremente. O volume total de transferências ilícitas somente para as contas dessa agência chegou ao elevado valor de R\$ 355.555,92 (trezentos e cinquenta e cinco mil, quinhentos e cinqüenta e cinco reais e noventa e dois centavos).

Embora os outros bancos vitimados pelos golpes não tenham respondido às intimações deste Juízo para informar o montante de operações ilícitas ocorridas em suas agências no período investigado, o fato que surge incontestado é o de que a quadrilha atuou intensamente, vitimando um incontável número de clientes do sistema financeiro e movimentando elevada quantia em dinheiro, não somente na agência Borborema do Banco do Brasil, mas também em outros bancos.

Especificamente quanto ao acusado, a intensa movimentação financeira realizada em suas contas bancárias na CEF (0920.013.00107269-6, fls. 1295/1321, e 2558.003.000 00066-8, fls. 1322/1360) e no UNIBANCO (7130.731763-7, fls. 1459/1484), inclusive envolvendo expressivos valores, no período em que o acusado se encontrava em plena atividade criminosa, demonstram também a potencialidade lesiva de sua conduta.

A tipicidade, uma vez constatada, carrega, já, um indício de ilicitude.

ILICITUDE

Essa ilicitude (ou antijuridicidade) deve ser entendida como a relação de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico, que se dá quando não concorrem quaisquer das causas de exclusão da ilicitude, sejam as legais do art. 23 do CP, sejam quaisquer outras causas que a doutrina chama de supralegais.

No caso, a antijuridicidade da conduta de DEYVID CAVALCANTE ANDRADE decorre, de forma indiciária, do fato

da tipicidade penal de sua conduta, restando cabalmente constatada pelo fato de não existirem quaisquer causas de exclusão da ilicitude, sequer sugeridas pela defesa.

CULPABILIDADE

A culpabilidade de DEYVID CAVALCANTE ANDRADE decorre do fato de ser ele penalmente imputável à época do fato, de ser-lhe exigível que adotasse conduta diversa da que adotou, bem como ser ele, não só potencialmente, mas também efetivamente consciente da ilicitude de sua conduta. Em razão disso, incide sobre a conduta do réu um juízo de reprovabilidade que tem como consequência a imposição de uma sanção, de uma pena, como resposta estatal ao desvio de conduta por ela praticado.

ZÓZIMO DANTAS GURGEL NETTO (fls. 1984/1991):

MATERIALIDADE E AUTORIA

Afirmou a denúncia que o réu começou suas atividades praticando atos típicos de “aliciador”, mas depois, adquiriu um *notebook* e o repassou ao menor DIEGO TENÓRIO a fim de que este, sob o seu comando, promovesse transferências entre contas bancárias de vítimas do golpe e as contas de “laranjas” arregimentados pelo próprio acusado.

Como visto acima, a defesa nega qualquer participação do réu nas atividades criminosas.

Apesar dos esforços da defesa no sentido de inocentar o réu, há nos autos elementos probatórios suficientes para a sua incriminação, ao menos pelo crime de furto qualificado.

Com efeito, a materialidade dos delitos de furto está suficientemente comprovada por provas idôneas, recolhidas durante criteriosa investigação policial.

Na fase inquisitorial foram interceptados diálogos entre o acusado e outros membros do grupo criminoso, evidenciando sua participação nas práticas delituosas bem como o modo como agia, especificamente na condição de “aliciador”.

A prova de tais fatos está cabalmente produzida no conteúdo dos diálogos gravados pela polícia, bem como nos depoimentos de DIEGO TENÓRIO e nos resultados da perícia realizada no referido *notebook*.

Os diálogos entre o acusado e ERMI LEAL, ocorridos entre os dias 11 e 14 de dezembro de 2005, evidenciam o momento em que o acusado buscava contatos com um “usuário”, possivelmente o menor infrator DIEGO TENÓRIO ou com SANCLER. Os diálogos demonstram, também, que foi ERMI LEAL quem intermediou o contato entre o acusado e o usuário a fim de que se entendessem sobre como atuariam conjuntamente na prática dos crimes. Eis alguns dos diálogos entre o réu e o ERMI LEAL: 200512111656029.wav, 200512111703529.wav, 200512131730289.wav, 200512140750589.wav.

Como não foram gravados diálogos entre o acusado e SANCLER, o conjunto probatório indica que ERMI LEAL intermediou o contato entre o réu e DIEGO TENÓRIO, uma vez que foram interceptados vários diálogos entre estes dois, no período entre os dias 27 de janeiro de 2006 e 3 de fevereiro de 2006.

Esses diálogos entre o réu e DIEGO TENÓRIO comprovam a atuação do acusado como “aliciador”, fornecendo contas bancárias de “laranjas” para que DIEGO utilizasse nas transferências ilícitas, evidenciando sua participação na prática de furto qualificado. Eis alguns dos diálogos entre o réu e DIEGO: 2006012712111913.wav, 2006012712360913.wav, 2006012712491213.wav, 2006012714320313.wav, 2006012714411413.wav, 2006012714523413.wav, 2006012714532813.wav, 2006012911232513.wav, 2006013014480313.wav, 2006013119281713.wav. Em seu interrogatório (fl. 262/266), ZÓZIMO reconheceu sua voz e a de DIEGO TENÓRIO nos diálogos 2006012714320313.wav, 2006012911232513.wav, 2006013119281713.wav.

A atuação de ZÓZIMO como aliciador é corroborada, também, pelos seus diálogos com outro aliciador, chamado RILDO, e com um usuário desconhecido (HNI), conforme se pode ver nos seguintes áudios gravados pela polícia: RILDO (2006012712395313.wav, 2006012714283013.wav, 2006012714414913.wav, 2006012714421513.wav, 2006012714510113.wav, 2006012715071113.wav) e HNI (2006013012413413.wav, 2006013120241113.wav, 2006020112164513.wav, 2006020315182413.wav).

Os diálogos, por si sós, não são conclusivos sobre se ZÓZIMO forneceu um computador a DIEGO TENÓRIO para que este operasse as transferências ilícitas, mas as de-

clarações de DIEGO perante a polícia e em juízo não deixam dúvidas sobre este fato.

Em seu interrogatório (fl. 262/266), ZÓZIMO disse que conheceu DIEGO através de ERMI LEAL, mas que não cedeu um computador para que DIEGO promovesse transferências ilícitas pela internet. Disse que vendeu a DIEGO o computador, tendo DIEGO lhe pago a quantia de R\$ 1.000,00 (mil reais), pedindo-lhe um prazo de 15 a 30 dias para pagar os restantes R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). Disse que ligou diversas vezes para DIEGO para cobrar essa quantia, em razão de atraso, mas não conseguiu receber todo o dinheiro.

Apesar das negativas do acusado, no Termo de Declarações prestadas por DIEGO TENÓRIO durante o inquérito (transcrito no texto da denúncia às fls. 116/117 destes autos e constante do Apenso V ao IPL 336/05) e nas declarações prestadas diante do juízo (cópia às fls. 484/487 destes autos judiciais), o menor infrator confirmou que ZÓZIMO comprou um *notebook* e o entregou a ele para que realizasse transferências ilícitas pela internet, bem como que ZÓZIMO ameaçou denunciá-lo à polícia caso ele não realizasse as operações por ele determinadas. Disse que se sentiu intimidado porque ZÓZIMO era mais velho que ele, DIEGO, e porque era “policial”.

Embora DIEGO tenha negado que houvesse realizado as operações solicitadas por ZÓZIMO, a prova pericial realizada no mencionado *notebook* cedido por ZÓZIMO a DIEGO demonstra que este, de fato, realizou intensa atividade criminosa utilizando aquele equipamento.

Deveras, o laudo pericial (fls. 881/883) dá conta de que os três elementos necessários para a prática dos crimes de interceptação telemática ilegal e violação de sigilo bancário foram encontrados em grande quantidade no *notebook* utilizado pelo menor DIEGO TENÓRIO. O laudo confirma que nas mídias periciadas foram encontrados diversos diretórios denominados “listas de *e-mails*”, “programas” e “engenharia”, concluindo que o usuário DIEGO “obteve êxito na sua conduta”.

Quanto ao mais, as respostas de ZÓZIMO às perguntas formuladas durante do interrogatório judicial (fls. 262/266) são evidentemente enganosas, ao ponto de ele explicar a

razão de haverem sido apreendidos os cartões bancários de MANUEL BATISTA dizendo: “(...) que não conhece MANUEL BATISTA; que os cartões de MANUEL BATISTA, apreendidos em poder do interrogado foram achados e jogados dentro de sua casa, acomodados dentro de uma bolsinha preta”.

As testemunhas de defesa indicadas pelo acusado, GENOVEVA RODRIGUES DE SOUZA (fls. 626/627), JOSÉ ROCHA DE LIMA (fl. 628) e ALINE BARBOSA LOPES (fl. 629), nada sabiam sobre os fatos, sendo meramente abonatórias, de modo que seu depoimento em nada influi para infirmar as teses acusatórias e serão considerados, oportunamente, apenas para efeito de fixação da pena-base, em caso de condenação.

Do acima exposto, forçoso é concluir que procede a acusação contra ZÓZIMO no sentido de que cedeu o *notebook* a DIEGO e obrigou-o a realizar transferências ilícitas entre contas bancárias, ao mesmo tempo em que atuava como aliciador de “laranjas” para o mesmo esquema criminoso.

Vê-se, pois, que, há nos autos prova suficiente da materialidade e da autoria quanto aos delitos de furto qualificado, interceptação telemática ilegal e de violação de sigilo bancário.

Tenho, pois, como comprovada a prática, pelo acusado, dos fatos que lhe são imputados na denúncia.

A conduta é típica, no sentido formal, correspondendo, em tese, ao tipo penal do furto qualificado, erigido no art. 155, § 4º, incisos II e IV, do CP, pois ocorreram vários atos de subtração de coisa alheia móvel (dinheiro), mediante fraude (obtenção, mediante ardil, dos dados bancários da vítima, sem o seu conhecimento nem seu consentimento) e com o concurso de duas ou mais pessoas, conforme acima descrito.

(...)

O dolo (tipicidade subjetiva) está presente, uma vez que o modo como o acusado contribuiu para a prática do crime (fornecendo um *notebook* para que DIEGO TENÓRIO pudesse efetuar transferências ilícitas entre eles, fornecendo contas bancárias para receber tais transferências, seguindo-se o saque e a apropriação dos dinheiros alheios) dei-

xa ver que ele possuía consciência da conduta e do resultado, consciência do nexo causal entre a conduta e o resultado, bem como que teve vontade livre e consciente de realizar a conduta e de provocar o resultado pretendido.

A tipicidade material decorre da lesividade da conduta ao bem jurídico tutelado, no caso, a posse e, de forma secundária, a propriedade.

Quanto à lesividade das condutas perpetradas pelo acusado e o grupo, diversos ofícios de instituições bancárias, recolhidos nos autos do inquérito, demonstram a potencialidade lesiva das condutas desferidas pelo grupo de facinoras de que fazia parte o acusado, causando consideráveis prejuízos aos clientes do sistema financeiro, bem como às próprias instituições bancárias, que estão obrigadas a repor os valores furtados das contas de seus clientes.

Ainda quanto à lesividade das condutas perpetradas pela quadrilha, o relatório das fls. 992/1002 dos autos da Ação Penal Pública nº: 2006.82.01.001115-8 comprova que, somente em uma agência do Banco do Brasil em Campina Grande (Agência Borborema), ocorreram 287 transferências ilícitas, recebidas em contas de clientes daquela agência, no período entre novembro de 2004 e fevereiro de 2006, no qual a quadrilha estava atuando livremente. O volume total de transferências ilícitas somente para as contas dessa agência chegou ao elevado valor de R\$ 355.555,92 (trezentos e cinquenta e cinco mil, quinhentos e cinquenta e cinco reais e noventa e dois centavos).

Embora os outros bancos vitimados pelos golpes não tenham respondido às intimações deste Juízo para informar o montante de operações ilícitas ocorridas em suas agências no período investigado, o fato que surge incontestemente é o de que a quadrilha atuou intensamente, vitimando um incontável número de clientes do sistema financeiro e movimentando elevada quantia em dinheiro, não somente na agência Borborema do Banco do Brasil, mas também em outros bancos.

A tipicidade, uma vez constatada, carrega, já, um indício de ilicitude.

ILICITUDE

Essa ilicitude (ou antijuridicidade) deve ser entendida como a relação de contrariedade entre a conduta do agente e o

ordenamento jurídico, que se dá quando não concorrem quaisquer das causas de exclusão da ilicitude, sejam as legais do art. 23 do CP, sejam quaisquer outras causas que a doutrina chama de supralegais.

No caso, a antijuridicidade da conduta de ZÓZIMO DANTAS GURGEL NETTO decorre, de forma indiciária, do fato da tipicidade penal de sua conduta, restando cabalmente constatada pelo fato de não existirem quaisquer causas de exclusão da ilicitude, sequer sugeridas pela Defesa.

CULPABILIDADE

A culpabilidade de ZÓZIMO DANTAS GURGEL NETTO decorre do fato de ser ele penalmente imputável à época do fato, de ser-lhe exigível que adotasse conduta diversa da que adotou, bem como ser ele, não só potencialmente, mas também efetivamente consciente da ilicitude de sua conduta. Em razão disso, incide sobre a conduta do réu um juízo de reprovabilidade que tem como consequência a imposição de uma sanção, de uma pena, como resposta estatal ao desvio de conduta por ele praticado.

b) DA PRESCRIÇÃO DO CRIME DE QUADRILHA

Também são irrefutáveis as provas do cometimento do crime de quadrilha perpetradas pelos acusados demonstrados nos autos, configurando-se na permanência do grupo em sua empreitada criminosa, revelando-se a atuação coordenada entre “programadores”, “usuários” e “aliciadores”, em que todos agiam conscientemente, com unidade de desígnios e objetivo mútuo de garantir que as ações fossem levadas a efeito.

Irretocável, portanto, o tópico do comando sentencial (fls. 1992/1993):

2.2 - QUADRILHA OU BANDO

Para a configuração do delito de formação de quadrilha exige-se o vínculo estável e permanente entre mais de três indivíduos, a organização e a divisão de tarefas, com a finalidade de cometer crimes (unidade de desígnio).

A atuação dos “programadores”, “usuários” e “aliciadores”, sem dúvida, se subsume no tipo de quadrilha ou bando, conforme já fora verificado em outros processos decorrentes dos mesmos fatos aqui em apuração.

O requisito da permanência do vínculo criminoso está também cabalmente comprovado, eis que a quadrilha atuou por mais de dois anos consecutivos (desde 2004 até início de 2006).

Os incontáveis delitos, perpetrados ao longo de mais de dois anos, deixam ver que a atuação da quadrilha era permanente e por prazo indeterminado, tendo sido interrompida somente quando foi desbaratada pela Polícia Federal, em fevereiro de 2006, por ordem deste Juízo.

Nem se diga que se trata de mera continuidade delitiva ou de concurso eventual de pessoas, sem configurar quadrilha, eis que, consoante doutrina DAMÁSIO, “há crime ainda que os componentes da quadrilha se reúnam para a prática de furtos ligados pelo nexó de continuidade”.

Ademais, havia unidade de desígnio, pois, todos os “programadores”, “usuários” e “aliciadores” tinham plena consciência da necessidade da atuação de cada um deles para garantir o sucesso da empreitada criminoso.

Nada obstante, a atuação dos chamados “laranjas” é distinta da dos demais integrantes do grupo criminoso.

Em regra, a participação dos “laranjas” era somente eventual, não revestindo a forma estável e permanente que caracteriza a formação de quadrilha.

Entendo, por isso, que a participação dos “laranjas” no esquema se resumia à prática isolada de crime de furto qualificado, sem incursão no crime de formação de quadrilha, nos casos em que, comprovadamente, ocorreu apenas um ou poucos furtos, configurando, no máximo, a continuidade delitiva, mas não a incorporação do “laranja” ao bando. Entendo assim porque, em regra, pelo que se apurou, o chamado “laranja” não tinha conhecimento de como funcionava todo o esquema criminoso, contando, necessariamente, com a participação de mais de três pessoas, organizadas e com divisão de tarefas.

Somente quando o “laranja” passa a atuar também como “aliciador”, buscando outros titulares de contas bancárias para cederem suas contas ao bando, é que sua participação se transmuda, passando a integrar a quadrilha de forma consciente, permanente e estável.

Tal foi o caso de IREMBERG VIVEIROS LINHARES e de alguns dos acusados em outros processos, onde ficou comprovado que, além de fornecer inicialmente a sua própria conta bancária, o “laranja” passou a obter outras contas para receber transferências ilícitas, sempre mediante pagamento de uma comissão.

Quanto aos réus neste processo, entendo que todos eles aderiram ao bando, de forma livre e consciente, com unidade de desígnios e permanência, adotando uma posição dentro da organização criminosa, seja como usuário ou como aliciador, de modo que entendo procedente a imputação de quadrilha contra todos eles. A atuação de cada um deles, na forma como acima ficou narrado, deixa patente a sua adesão à quadrilha, pois todos contribuíram, de forma decisiva, para a prática de inúmeros crimes de furto, o que revela a permanência e a unidade de desígnios de sua atuação.

Em consequência, entendo que deve ser afastada, em relação a todos os réus, a incidência da qualificadora do concurso de pessoas, na forma prevista no inciso IV do art. 155 do Código Penal, como forma de se evitar o intolerável *bis in idem*, em face da condenação por quadrilha.

Entretanto, em que pese a lúcida argumentação que sustenta a razão de decidir, estritamente dentro dos elementos carreados à instrução penal, a punibilidade em relação ao crime de quadrilha não mais subsiste em desfavor dos acusados em virtude da ocorrência da prescrição retroativa.

Assim, tratando-se de sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, o instituto da prescrição regula-se pela pena aplicada, a teor do art. 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal³, com redação dada pela Lei nº. 7209/84, aplicável ao feito em curso.

³ Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.

§ 2º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.

Com efeito, o édito condenatório ora rechaçado, para todos os acusados, fixou a reprimenda corpórea dois anos de reclusão, incidindo, portanto o prazo prescricional previsto no art. 109⁴, V, do CP.

Dessa forma, não se pode olvidar a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, porquanto entre o recebimento da denúncia, em 22/03/2006 (fl. 184), e a sentença, em 16/11/2010 (fl. 2005), transcorreu prazo superior a 4 (quatro) anos.

Assim, a teor do art. 107, IV, do Código Penal⁵, a decretação da extinção da punibilidade dos agentes é medida que se impõe.

Insta, alfm, assinalar a inaplicabilidade, *in casu*, da Lei nº 12.234/2010, porquanto posterior aos fatos narrados na denúncia, não podendo, outrossim, retroagir por ser mais gravosa ao réu.

c) CONSUNÇÃO DO CRIME DE INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA ILEGAL E DE VIOLAÇÃO DO SIGILO BANCÁRIO

Em que pesem a respeitável tese desenvolvida pelo ilustre magistrado para condenar JOSÉ ELENILTON DIAS, DEYVID CAVALCANTE ANDRADE e ZÓZIMO DANTAS GURGEL NETTO, tenho por pertinente a tese defensiva arrimada na aplicabilidade do princípio da consunção, entendendo que, no caso concreto, a interceptação telemática ilegal e a violação do sigilo bancário são, em verdade, crimes-meio para a prática do delito de furto qualificado (crime-fim).

De um modo geral sobre essas imputações assim se pronunciou o juiz (fls. 1976):

⁴ Art. 109 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

(...)

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

⁵ Art. 107. Extingue-se a punibilidade:

IV - pela prescrição, decadência ou perempção.

A captação de dados bancários mediante a atuação de *trojans* (cavalos de tróia) adrede instalados nos computadores das vítimas corresponde ao tipo penal da interceptação telemática ilegal (art. 10 da Lei n. 9.296/1996).

Por outro lado, a obtenção das “infos” e a invasão das contas bancárias das vítimas, seja para efetuar meros “testes” das “infos”, visando detectar a presença de disponibilidade financeira, seja para efetuar as operações de transferências ilícitas de dinheiros ali depositados ou outros tipos de operações como o pagamento de boletos, correspondem ao tipo penal da violação de sigilo bancário (art. 10 da Lei Complementar n. 105/2001), uma vez que todas essas operações exigem o conhecimento e o manejo dos dados sigilosos das contas bancárias das vítimas.

Ocorre que, compulsando os autos, verifica-se que inexistente registro de alguma conta cujo sigilo bancário tenha sido indevidamente violado e que apresentasse saldo zero, pelo contrário, das informações prestadas pelas instituições financeiras, observa-se que, de fato, existiam valores nas contas bancárias das vítimas, tanto existiam que ditos valores foram subtraídos.

Trata-se, de fato, de hipótese de aplicabilidade do princípio da consunção, com a absorção dos crimes-meio (*in casu*, interceptação telemática ilegal e a violação do sigilo bancário) pelo crime-fim (furto qualificado), porquanto, à luz da regra do concurso de crimes, o objetivo último dos agentes foi o de subtração, mediante o artifício cibernético, dos valores depositados nas contas dos correntistas das instituições. Não há que se falar, assim, em práticas autônomas, tendo em vista que os crimes anteriores constituem, apenas, meio para a perpetração do delito principal, de forma que a consumação esgota-se no furto qualificado.

Não é demais registrar que não se vislumbra, por parte dos acusados, intuito de tornar público e de dar conhecimento a terceiros a respeito da movimentação financeira dos correntistas, mas tão somente avaliar a possibilidade/viabilidade de transferência ilícita de valores.

Neste sentido, aliás, os precedentes jurisprudenciais do egrégio Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e desta Corte:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. FRAUDE ELETRÔNICA NA INTERNET. TRANSFERÊNCIA DE VALORES MANTIDOS EM CONTA CORRENTE SOB A GUARDA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. FURTO QUALIFICADO. CONSUMAÇÃO NO LOCAL DE SUBTRAÇÃO DO BEM.

1. Configura crime de furto qualificado a subtração de valores de conta corrente, mediante transferência bancária fraudulenta, sem o consentimento do correntista. Precedentes.

2. É competente o Juízo do local da consumação do delito de furto, qual seja, que se dá onde o bem é subtraído da vítima, saindo de sua esfera de disponibilidade.

3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal e Juizado Especial Criminal de Maringá, Seção Judiciária do Estado do Paraná, suscitante.

(CC nº 86.241/PR, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção do STJ, unânime, *DJU* de 20/08/2007, p. 237)

PENAL E PROCESSUAL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. INTERNET. FURTO QUALIFICADO MEDIANTE FRAUDE (ART. 155, § 4º, II E IV, CP). USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 304, CP). ART. 10 DA LEI COMPLEMENTAR N. 105/2001. INIDONEIDADE DAS PROVAS E INTEMPESTIVIDADE DA JUNTADA DE DOCUMENTOS. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. DOSIMETRIA DA PENA. CONTINUIDADE DELITIVA.

1. O presente processo é conexo com outro da mesma natureza, em que os ora apelantes figuram, também, como acusados, membros de quadrilha de criminosos cibernéticos que, ao realizarem transações bancárias, via internet, utilizando-se de dados bancários de terceiros, causaram prejuízos a instituições financeiras, dentre as quais a Caixa Econômica Federal, empresa pública federal, que teve que ressarcir inúmeros clientes lesados, findando, assim, por sofrer os prejuízos pelos crimes praticados, o que atraiu a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento do feito nos termos do art. 109, IV, da Constituição Federal.

(...)

4. A materialidade delitiva resta incontestável e a confis-

são em sede policial e em juízo, corroborada pelas declarações das testemunhas de acusação, encontram-se em harmonia com o amplo contexto probatório coligido aos autos e levam à formação de um juízo de certeza de que os ora apelantes, de fato, violavam o sigilo bancário de clientes de instituições financeiras para posterior realização de saques fraudulentos, configurando, assim, o delito previsto no artigo 155, § 4º, II, do Código Penal (“furto qualificado mediante fraude”).

5. Na espécie, não tem aplicação o princípio da consumação, por tratar de crimes autônomos e independentes, não constituindo o delito de uso de documento falso (art. 304, CP) o crime-meio para a consumação do delito de furto qualificado mediante fraude (crime-fim).

6. O delito de quebra do sigilo bancário (art. 10 da LC 105/2001) encontra-se absorvido pelo crime de furto qualificado pela fraude, posto que o objetivo dos recorrentes era tão somente a subtração, mediante artifício, de valores constantes das contas bancárias de correntistas, e tal intento só teria êxito com a quebra dos sigilos bancários. Portanto, o crime de quebra do sigilo bancário era crime-meio à perpetração do crime de furto qualificado (crime-fim). (...)

15. Recursos parcialmente providos.

(TRF - 1ª Região, 4ª Turma, Rel. l'TALO FIORAVANTI SABO MENDES, ACR nº 200739000012961, e-DJF1 DATA:06/09/2011, p. 347)

PROCESSO PENAL. PENAL. QUADRILHA OU BANDO. ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. FURTO QUALIFICADO COMETIDO PELA INTERNET. ART. 155, § 4º, II, C/C art. 2º. CRIME DE ESTELIONATO QUALIFICADO. *EMENDATIO LIBELLI*. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE FURTO MEDIANTE FRAUDE. QUADRILHA. DIVISÃO DE TAREFAS. PENA-BASE. MANUTENÇÃO. ABSORÇÃO DO CRIME DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PREVISTA NA LEI COMPLEMENTAR 105/01 PELO DE FURTO QUALIFICADO PELA FRAUDE. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA DE UM DOS RÉUS. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 29, *CAPUT*, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA EM RELAÇÃO A TRÊS DOS RÉUS E DESPROVIDA EM RELAÇÃO AOS OUTROS 3 (TRÊS)

APELANTES. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA DELAÇÃO PREMIADA CONSTANTE DO ART. 14 DA LEI 9.807/99. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE PERDÃO JUDICIAL. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Deve-se operar o correto enquadramento da condutas no art. 155, § 4º, II, conforme assente entendimento jurisprudencial do eg. Superior Tribunal de Justiça.

2. A prova da atuação de cada um dos apelantes, da forma individualizada na sentença, encontra-se contundente e firme, suficientemente, para a condenação.

3. A redução da pena-base para o mínimo legal, considerando que basta que uma das oito circunstâncias judiciais seja desfavorável, não tem lugar nos presentes autos, dados os elementos concretamente indicados. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

4. No caso *sub judice*, a subsidiariedade e dependência do crime de quebra de sigilo bancário em relação ao crime de furto qualificado é manifesta. O crime anterior era apenas preliminar para a realização do crime fim, qual seja, a subtração de valores dos usuários, não constituindo, portanto, prática autônoma. Desta feita, o crime de furto qualificado absorveu o de quebra de sigilo bancário, impondo-se a absolvição dos réus/apelantes pelo crime do art. 10 da Lei Complementar n. 105/201.

5. Preenchido o requisito subjetivo consistente no ânimo de estabilidade e permanência na prática do crime, bem como a participação de mais de 3 (três) pessoas na conduta delitativa, impõe-se a condenação dos réus, também, pela prática do crime de quadrilha constante do art. 288 do CP.

6. Não há participação de menor importância em relação a um dos réus (art. 29, § 1º, do CP), o qual alegou ser responsável apenas pelo suporte técnico aos computadores usados nos crimes, visto que, além da conduta configurar coautoria, há provas no sentido de que também obteve vantagem econômica em decorrência dos ilícitos praticados pelo grupo.

6. Considerando que a nova definição jurídica atribuída ao fato prevê abstratamente a pena mínima de 2 anos de reclusão, superior, portanto, à pena mínima prevista no art. 171, § 3º, do Código Penal sobre a qual incidiu a condenação, a pena fixada em concreto deve ser mantida, em atendimento ao princípio da *ne reformatio in pejus*.

7. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por 2 penas restritivas de direitos, uma vez que não preenchido o pressuposto exigido pelo inciso III do art. 44 do Código Penal.

(ACR nº 2004.39.00.000135-8/PA, Relatora Juíza Federal Convocada Rosimayre Gonçalves de Carvalho, 4ª Turma do TRF/1ª Região, unânime, e-DJF1 de 22/05/2009, p. 85)

PROCESSUAL PENAL. “OPERAÇÃO REPLICANTE”. CRIMES DE FURTO QUALIFICADO MEDIANTE FRAUDE (CP, ART. 155, § 4º, II). BEM APREENDIDO. RESTITUIÇÃO. RECURSO DE APELAÇÃO. IMPROVIMENTO.

1. Trata a “Operação Replicante” de crimes consistentes em furtos mediante fraude via internet e clonagem de cartões bancários e de crédito.

2. A conduta consubstanciada na transferência bancária de valores, sem o consentimento do correntista, por intermédio de fraude eletrônica na Internet, configura crime de furto qualificado mediante fraude (CP, artigo 155, § 4º, inciso II). Precedentes do STJ e desta Corte.

3. Existindo dúvida acerca da licitude da procedência do bem, com ação penal ajuizada para julgar possível conduta criminosa relacionada à sua aquisição com verba decorrente de ilícitos penais, impõe-se a manutenção de sua apreensão.

4. Recurso de apelação improvido.

(ACR nº 2007.35.00.003952-9/GO, Relator Desembargador Federal Mário César Ribeiro, 4ª Turma do TRF/1ª Região, unânime, e-DJF1 de 18/07/2008, p. 67)

PENAL. ROUBO QUALIFICADO. ART. 155, PARÁGRAFO 4º, II E IV, DO CÓDIGO PENAL. ART. 1º, VII, DA LEI Nº 9.613/98, C/C ARTS. 29 E 70, CP. CRIMES DE INFORMÁTICA. FURTO QUALIFICADO E CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FRAUDES ATRAVÉS DA INTERNET. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES DE DADOS TELEMÁTICOS. CRIMES-MEIO PARA O FURTO. TRANSFERÊNCIA FRAUDULENTA DE DINHEIRO PARA A CONTA DE TERCEIROS E PARA PAGAMENTO DE BOLETOS BANCÁRIOS. CRIMES PRATICADOS POR EX-POLICIAIS. CONCUSSÃO. VIOLAÇÃO DE SIGILO BANCÁRIO NÃO CONFIGURADO. VIOLAÇÃO DE SIGI-

LO FUNCIONAL. ARTIGO 316 E 325 DO CÓDIGO PENAL, PARÁGRAFO ÚNICO DO CP. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59, DO CP. POSSIBILIDADE. REDUÇÃO DAS PENAS.

1. Preliminares de incompetência da Justiça Federal, nulidade do processo por ausência de defesa técnica, e por falta de apresentação da defesa preliminar nos termos do art. 514 do Código de Processo Penal - CPP, rejeitadas.

2. Agentes que, mediante fraude, conseguiram obter dados bancários de clientes da CEF, apropriando-se de numerário depositado nas contas de correntistas da instituição bancária. 3. A quebra do sigilo bancário e a interceptação das comunicações de dados telemáticos visavam à consecução das informações sigilosas de clientes de instituições bancárias, visto que, apenas de posse das referidas informações, poderiam os agentes praticar o furto, agindo, perante o sistema de informática da instituição bancária, como se fossem o próprio cliente, operando a transferência de valores, sendo, portanto, crimes-meio para a prática do crime-fim, o furto. (...)

10. Os então policiais, ao exigirem de membros da quadrilha um extrato bancário referente ao saldo das contas deles, e se valerem das informações privilegiadas que tinham, como acerca da expedição de mandados de prisão e outras diligências, somente desejavam saber de quanto dinheiro os integrantes da quadrilha dispunham, a fim de quantificar o valor a ser exigido para deixarem de efetuar a prisão deles. Não havia o intuito de tornar público e dar conhecimento a terceiros a respeito da movimentação financeira dos membros da quadrilha, sendo a exigência da retirada do extrato um meio para a prática do crime de concussão, não ficando configurado o crime de violação de sigilo bancário (art. 10 da LC nº 105/2001) nem o de **violação de sigilo** funcional (art. 352 do Código Penal). (...)

13. Apelação do MPF improvida e apelação dos réus providas em parte.

(TRF - 5ª Região, 3ª Turma, Rel. Desembargador Federal Geraldo Apoliano, ACR nº 6205, v.u., j. 20/08/2009, DJE 27/11/2009, p. 399) (grifos)

A hipótese é, pois, de consunção, porque, como dito, a fraude revelada nas manobras virtuais foi o meio encontrado para a execução do crime de furto, revestido com aquela qualificadora, o que impõe a absolvição dos recorrentes JOSÉ ELENILTON DIAS, DEYVID CAVALCANTE ANDRADE e ZÓZIMO DANTAS GURGEL NETTO dos crimes previstos no art. 10 da Lei nº 9.296/1996 – interceptação telemática ilegal –, e no art. 10 da Lei Complementar nº 105/200 – violação de sigilo bancário –, eis que foram absolvidos pelo crime de furto qualificado – art. 155, § 4º, II, do CP.

As considerações acima tecidas cabem para responder aos argumentos veiculados nas apelações, pelo que passo à nova dosimetria da pena, desta feita, com a exclusão dos crimes de interceptação telemática ilegal e de violação de sigilo bancário e reconhecendo a extinção da punibilidade em relação ao delito de quadrilha.

d) CORREÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA

Não prosperam as alegações veiculadas nas apelações quanto à dosimetria da pena infligida aos acusados, salvo quanto à subsistência da imputação dos crimes previstos no art. 10 da Lei nº 9.296/1996 – interceptação telemática ilegal – e no art. 10 da Lei Complementar nº 105/2001 – violação de sigilo bancário, condutas que serviram de meio para a concretização do furto qualificado – art. 155, § 4º, II, do CP –, portanto consumidas por este e pelo reconhecimento da extinção da punibilidade da prescrição retroativa em relação ao crime do – art. 288 do CP.

Com efeito, nada a reparar na fundamentação utilizada na dosimetria, operação realizada dentro dos cânones do sistema trifásico, tendo sido esmiuçada de forma pormenorizada cada uma das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, bem como as atenuantes e agravantes, finalmente, as causas de aumento de diminuição de pena, como dão conta o dispositivo em relação aos apelantes JOSÉ ELENILTON DIAS (fl. 1997), DEYVID CAVALCANTE ANDRADE (fls. 1999/2000) e ZÓZIMO DANTAS GURGEL NETTO (fl. 2002).

Em vista dessas observações sou pelo parcial provimento das apelações, procedendo a exclusão da dosimetria dos crimes de interceptação telemática ilegal, violação de sigilo bancário e de

quadrilha, mantendo incólume os outros efeitos da condenação nos estritos termos do dispositivo (fl. 2005).

d.1) JOSÉ ELENILTON DIAS:

Mantida a condenação pela prática de furto qualificado (art. 155, § 4º, II, do CP) e a pena privativa de liberdade fixada em 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pena de multa correspondente a 30 dias-multa, sendo o valor do dia-multa equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente em fevereiro de 2006;

d.2) DEYVID CAVALCANTE ANDRADE:

Por sua responsabilidade pela prática do crime de furto qualificado (art. 155, § 4º, II, do CP), mantenho a pena privativa de liberdade de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pena de multa correspondente a 20 (vinte) dias-multa, sendo o valor do dia-multa equivalente a um vigésimo do salário-mínimo vigente em fevereiro de 2006;

d.3) ZÓZIMO DANTAS GURGEL NETTO

É de ser mantida a condenação por furto qualificado (art. 155, § 4º, II, do CP) à pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pena de multa correspondente a 60 (sessenta) dias-multa, sendo o valor do dia-multa equivalente a um vigésimo do salário mínimo vigente em fevereiro de 2006.

Tecidas essas considerações, não conheço da apelação criminal interposta por ADEILTON DE LIMA RANGEL JÚNIOR e dou parcial provimento às demais.

Assim voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 10.361-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO
CORDEIRO (CONVOCADO)
Apelante: PEDRO SIMÃO KEFFAS DE OLIVEIRA JÚNIOR
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. GREGÓRIO CELSO MEDEIROS DE MACE-
DO SILVA E OUTRO (APTE.)

EMENTA: PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 183 DA LEI Nº 9.472/97. EMPRESA QUE PRESTAVA, SEM AUTORIZAÇÃO, SERVIÇO DE PROVEDOR DE INTERNET. SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO (SVA) PREVISTO NO ART. 61 DA LEI 9.472/97, O QUAL NÃO SE CONFUNDE COM ATIVIDADE DE TELECOMUNICAÇÕES. ATIPICIDADE DA CONDUTA DO RÉU. APELAÇÃO PROVIDA.

- A atividade prestada pela empresa “Citygate - P.S.K. de Oliveira Júnior - ME”, tida como “comunicação multimídia”, não se enquadra como “serviço de telecomunicações”, senão que dele se utiliza para viabilizar o acesso do usuário final à internet (SCI). Trata-se de serviço de valor adicionado (SVA), atividade que não demanda autorização da ANATEL, nos termos da Norma do Ministério das Comunicações nº 04/95.

- Daí por que os gestores da empresa Citygate – entre eles o recorrente – jamais poderiam realizar o crime encartado na Lei nº 9.472/97, art. 183 [“desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação: detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”].

- Ainda que se tratasse de genuíno serviço de telecomunicação, é certo que a lei de regência não tutela criminalmente as práticas de comunicação social operadas de modo ostensivo, mas sem outorga do órgão competente, as quais de-

vem ser vigiadas e punidas pelos demais ramos do ordenamento jurídico, notadamente o Direito Administrativo.

- De se registrar, nesta linha, que a clandestinidade – elementar do tipo penal em questão – não está caracterizada no caso vertente, pois o apelante tinha firma registrada e mantinha contrato de prestação de serviços com outra empresa (fato não desconstruído pela acusação), o que afasta a presunção de que atuasse às escondidas.

- A absolvição é medida que se impõe, na linha de precedentes do STJ (REsp 201000416169, Rel. Ministra Eliana Calmon) e deste TRF5 (RSE 1.816/CE, Rel. Des. Federal. Francisco Cavalcanti; ACR 8.085-RN, Rel. o Des. Fed. Francisco Barros Dias).

- Provisamento do apelo.

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, por maioria, dar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 10 de setembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (Convocado):

Trata-se de apelação interposta por PEDRO SIMÃO KEFFAS DE OLIVEIRA JÚNIOR, contra sentença que, julgando procedente a denúncia, condenou o réu pela prática do crime previsto na Lei nº 9.472/97, aplicando-lhe a pena de 2 (dois) anos de detenção (inicialmente em regime aberto), substituída pela prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública e à entrega de 10 (dez)

cestas básicas no valor de meio salário mínimo cada, mais multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Em suas razões, pugna o réu pela sua absolvição com fundamento nos princípios da intervenção mínima, ofensividade e lesividade, argumentando que uma medida administrativa seria suficiente para reprimir a infração que teria cometido. Aponta que não haveria dolo em sua conduta, posto que teria firma registrada e mantinha contrato de prestação de serviços, o que demonstraria não ter a intenção de manter-se “clandestino”. Alternativamente, alega a nulidade da pena de multa imposta por suposta afronta ao princípio da individualização da pena (já que o juiz não teria levado em consideração suas condições econômicas).

Contrarrazões foram apresentadas.

Nesta instância, remetidos os autos à Procuradoria Regional da República, opinou o ilustre representante do *Parquet* pelo não provimento do recurso.

É o que importa relatar.

Pedi dia para julgamento, por se tratar de hipótese na qual o Regimento Interno da Casa não impõe o envio dos autos ao Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (Relator Convocado):

Penso que o recorrente tem razão.

Com efeito, PEDRO SIMÃO KEFFAS DE OLIVEIRA JÚNIOR foi condenado por manter em operação serviço de provedor de internet sem autorização da ANATEL, fato constatado, depois de denúncia (fls. 06 e 07 do inquérito), através de fiscalização realizada por aquela agência reguladora.

Entendeu a sentença que o réu cometera o crime previsto no art. 183 da Lei nº 9.472/97, consistente em “desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação”. Assume especial relevância, nesse contexto, a definição legal do que seja o serviço de telecomunicações, para a verificar se a conduta do recorrente se subsume – ou não – ao tipo penal pelo qual restou condenado.

A Lei nº 9.472/97, traz, pois, as seguintes definições:

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

(...)

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte **e com o qual não se confunde**, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado **não constitui serviço de telecomunicações**, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição. (Grifei)

Em consulta ao sítio da Anatel¹, verifica-se:

3. Qual a definição de Serviço de Conexão à Internet (SCI)?

Serviço de Conexão à Internet - SCI, conforme definido na Norma do Ministério das Comunicações nº 004, de 31/05/1995, é o nome genérico que designa **o serviço de valor adicionado que possibilita o acesso à Internet a usuários e provedores de serviços de informações**. O provimento do SCI não depende de concessão, permissão ou autorização da Anatel. (Grifei)

Percebe-se, então, que serviço prestado pela empresa Citygate - P.S.K. de Oliveira Júnior - ME não se enquadra como serviço de telecomunicações, senão que dele se utiliza para viabilizar o acesso do usuário final à internet (SCI). Trata-se de serviço de valor adicionado (SVA), atividade que não demanda autorização da ANATEL, nos termos da Norma do Ministério das Comunicações nº 04/95, exatamente como declarou o apelante em depoimento.

¹ <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do>

mento prestado na fase inquisitorial (fls. 46/47 do IPL). Precedentes neste sentido, há vários. Tome-se este do STJ:

Processo

REsp 1.183.611/PR

RECURSO ESPECIAL: 2010/0041616-9

Relator(a): Ministra ELIANA CALMON (1114)

Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento: 15/06/2010

Data da Publicação/Fonte: *DJe* 22/06/2010

Ementa

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. SERVIÇO PRESTADO PELOS PROVEDORES DE INTERNET. ISS. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES.

1. Considera-se deficiente a fundamentação de recurso especial em que não foi indicado com objetividade os dispositivos de lei federal supostamente violados. Incidência da Súmula 284/STF.
2. A atividade desempenhada pelos provedores de acesso à internet constitui serviço de valor adicionado (art. 61 da Lei 9.472/97).
3. As Turmas de Direito Público desta Corte firmaram entendimento de que o ISS não incide sobre o serviço prestado pelos provedores de acesso à internet, em razão desta atividade não estar compreendida na lista anexa ao Dec. Lei 406/68. Precedentes.
4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.

Outro, agora deste TRF5:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 183 DA LEI Nº 9.472/97. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA. SINAL DE INTERNET BANDALARGA. NÃO CARACTERIZAÇÃO COMO TÍPICO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO - SVA. ART. 61 DA LEI Nº 9.472/97. ATIPICIDADE DA CONDUTA DO ACUSADO. RETRANSMISSÃO DO SINAL DE INTERNET A TERCEIROS VIA RADIOFREQUÊNCIA, MEDIANTE PAGAMENTO. MATERIALIDADE DO DELITO NÃO COMPROVADA. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Hipótese em que o apelado é acusado de retransmitir sinal de internet banda larga via rádio a terceiros, median-

te pagamento, sem a devida autorização e licenciamento por parte da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, o que configura delito tipificado no artigo 183 da Lei nº 9.472/97.

2. A Lei nº 9.472/97 dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, prevendo em artigo 61 que “Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações”. E em seu parágrafo 1º prevê que o serviço de valor adicionado “não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição”.

3. À luz da legislação pertinente o sinal de internet contratado pelo apelado e supostamente retransmitido a terceiros não pode ser caracterizado como típico serviço de telecomunicação e nem pode ser a este assemelhado. A atividade irregular que é imputada ao réu se assemelha a um serviço de provedor de internet, e como tal se enquadra como um serviço de valor adicionado (SVA), conceituado na forma do artigo 61 da Lei nº 9.472/97. A conduta imputada ao apelado poderia até enquadrar-se no âmbito das infrações administrativas, por ser atípica na esfera penal.

4. Não há prova nos autos de que o apelado tenha explorado economicamente o serviço de internet banda larga contratado junto à empresa fornecedora de tal serviço. Pelo que se infere dos autos o sinal de internet banda larga era utilizado nos computadores da *lan house* de propriedade do recorrido, tendo as testemunhas ouvidas em Juízo informado apenas que costumavam frequentar o referido estabelecimento para se utilizar dos serviços de internet por ele oferecidos.

5. A materialidade do delito imputado ao réu também não restou satisfatoriamente comprovada, pois o sinal de internet regularmente contratado era recebido por meio de antena de rádio e difundido para a conexão à internet dos equipamentos instalados na *lan house* mantida pelo apelado, sem que se possa verificar qualquer ilícito penal nessa prática.

6. Para a configuração do crime previsto no artigo 183 da Lei nº 9.472/97 não basta a simples ausência de licença

para se operar um serviço de comunicação. Faz-se necessário conhecer a potência do equipamento utilizado, por imprescindível para a verificação da real potencialidade lesiva da conduta do acusado dessa prática. No caso dos autos não foi realizada a perícia no equipamento apreendido para aferição da potência alcançada pelo sinal retransmitido, o que seria de relevante importância para caracterizar a alegada exploração comercial mediante a irradiação do sinal de internet contratado pelo apelado.

7. Apelação improvida.

(TRF-5 - APR: 200984000021690, Relator: Desembargador Federal Francisco Barros Dias, Data de Julgamento: 21/06/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: 30/06/2011)

Mais um:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DESENVOLVER CLANDESTINAMENTE ATIVIDADES DE TELECOMUNICAÇÃO (ART. 183 DA LEI Nº 9.472/97). RETRANSMISSÃO DE INTERNET. SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO. ATIPICIDADE DA CONDUITA. DESPROVIMENTO.

1. Recurso em sentido estrito em face de decisão de rejeição, por atipicidade penal, de denúncia manejada contra o recorrido, cuja conduta foi tida como subsumida ao tipo do art. 183 da Lei nº 9.472/97 (desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação).

2. Nos termos do art. 61, parágrafo 1º, da Lei nº 9.472/97, “serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações”.

3. Em que pese o relatório da ANATEL ter classificado a atividade desenvolvida pelo denunciado como “Serviço de Comunicação Multimídia”, a atividade, em verdade, enquadra-se no conceito de “Serviço de Valor Adicionado”. É que o serviço prestado pelo recorrido, por si só, não possibilitava a emissão, transmissão ou recepção de informações. Para ter acesso à internet, os usuários precisavam de uma terceira pessoa para efetuar o serviço de retransmissão de internet, servindo a atividade do recorrido apenas de canal físico para que ficasse estabelecido um vínculo comunicacional entre os usuários e a internet.

4. “A atividade desempenhada pelos provedores de acesso à internet constitui serviço de valor adicionado (art. 61

da Lei 9.472/97)” (REsp 201000416169, Eliana Calmon, STJ - Segunda Turma, DJe DATA: 22/06/2010).

5. Desprovemento do recurso em sentido estrito.

(PROCESSO: 00000286420134058106, RSE 1.816/CE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO CAVALCANTI, Primeira Turma, JULGAMENTO: 20/06/2013, PUBLICAÇÃO: DJe 27/06/2013 - Página 210)

Ainda que se tratasse de genuíno serviço de telecomunicação, é certo que a lei de regência não tutela criminalmente as práticas de comunicação social operadas de modo *ostensivo*, mas sem outorga do órgão competente, as quais devem ser vigiadas e punidas pelos demais ramos do ordenamento jurídico, notadamente o Direito Administrativo.

De se registrar, nesta linha, que a *clandestinidade* – elementar do tipo penal em questão – não está caracterizada no caso vertente, pois o apelante tinha firma registrada e mantinha contrato de prestação de serviços com outra empresa (fato não desconstruído pela acusação), o que afasta a presunção de que atuasse às escondidas.

Não vislumbro, portanto, tipicidade na conduta praticada.

Assim, rogando vênias a eventuais entendimentos dissonantes, dou provimento à apelação do réu, absolvendo-o, pois, com fundamento na norma encartada no CPP, art. 386, III.

É como voto.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 317-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(CONVOCADO)

Apelante: UNIÃO

Apelado: RESTAURANTE BAR BODE ASSADO DO DJIVAN

Advs./Procs.: DRS. HUMBERTO BORGES CHAVES FILHO (APDO.)

EMENTA: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADMINISTRATIVO. PROIBIÇÃO DA VENDA DE BEBIDA ALCOÓLICA EM ESTABELECI-

MENTO PRÓXIMO À RODOVIA SITUADA EM ÁREA RURAL. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, DA PROPORCIONALIDADE, DA ISONOMIA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 2º E 3º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 415/2008, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.705/2008.

- A vedação consignada na MP nº 415/08, convertida na Lei nº 11.705/2008, à venda de bebida alcoólica nas rodovias federais situadas em área rural, não se reveste de razoabilidade e de proporcionalidade, na medida em que não alcança o fim a que se propõe (redução de acidentes de trânsito causados pela ingestão de tal espécie de bebida), em detrimento do sacrifício dos comerciantes das rodovias, vez que nada impede que um condutor de veículo a adquira em estabelecimento comercial situado em perímetro urbano próximo, onde tal atividade é permitida, para consumi-la, e depois dirigir pela rodovia federal, burlando facilmente o objetivo da proibição.

- Vedação que constituiu afronta ao princípio da isonomia, bem como ao princípio da livre iniciativa, pois penaliza, unicamente, os comerciantes cujos estabelecimentos estejam situados em área rural, enquanto que os comerciantes que tenham estabelecimentos em área urbana, bem próximos, ou mesmo às margens das rodovias federais, desde que “sem acesso direto” a elas, ficam fora da proibição.

- Princípios estes que não devem ser relevados em função de um valor maior, qual seja, o bem à vida, eis que todos eles se harmonizam, sem que qualquer um deles precise ser anulado.

- A proibição do consumo de bebidas alcoólicas por parte de motoristas não deve vincular-se à proibição de sua comercialização em estabelecimentos próximos a rodovias, porquanto os

acidentes rodoviários não estão sempre relacionados à bebida, mas, muitas vezes, a falhas de sinalização, estradas precárias, falta de educação no trânsito, fadiga, cansaço, dentre outros motivos.

- A vedação imposta nos arts. 2º e 3º da MP nº 415/08, convertida na Lei nº 11.705/08, implica risco evidente de redução do número de empregos, bem como a circulação de capital, pela simples comercialização de um produto lícito que, inclusive, é vendido por outros comerciantes em estabelecimentos próximos ao do impetrante.

- Acolhimento da arguição. Declaração da inconstitucionalidade dos arts. 2º e 3º da MP nº 415/08, convertida na Lei nº 11.705/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, acolher a arguição de inconstitucionalidade, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que pas-sam a integrar o presente julgado.

Recife, 7 de agosto de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA - Relator
Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(Convocado):

Na Sessão do dia 10/6/2010, a colenda Terceira Turma deste Tribunal entendeu, à unanimidade, que a Medida Provisória nº 415/08, convertida na Lei nº 11.705/2008, ao proibir a venda de bebida alcoólica nas rodovias federais situadas em área rural, teria violado o princípio da isonomia, bem assim o da livre iniciativa, porquanto teria penalizado unicamente os comerciantes cujos estabelecimentos estejam situados em área rural, enquanto que os

comerciantes estabelecidos em área urbana, bem próximos ou mesmo às margens das rodovias federais, desde que “sem acesso direto”, ficaram a salvo de tal proibição.

O douto presentante do *Parquet* Federal opinou pelo conhecimento do incidente de inconstitucionalidade e, no mérito, pela declaração incidental de inconstitucionalidade da norma prevista nos artigos 2º e 3º da MP nº 415/08, convertida na Lei 11.705/2008 - 204/220.

É, no que importa, o relatório. À Subsecretaria do Plenário para as providências elencadas no artigo 140, § 1º, do Regimento Interno deste Tribunal.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA (Relator Convocado):

A Medida Provisória nº 415/08 proibiu a venda de bebidas alcoólicas em todos os estabelecimentos situados “... na faixa de domínio de rodovia federal ou em local contíguo à faixa de domínio com acesso direto à rodovia ...”, tal como disposto no art. 1º (os infratores poderiam sofrer autuação e arcar com as penalidades administrativas legalmente previstas).

A referida Medida Provisória foi posteriormente convertida na Lei nº 11.705/2008, que ressalvou da proibição os estabelecimentos situados em área urbana, conforme transcrição que a seguir realizo:

Art. 2º. São vedados, na faixa de domínio de rodovia federal ou em terrenos contíguos à faixa de domínio com acesso direto à rodovia, a venda varejista ou o oferecimento de bebidas alcoólicas para consumo no local.

§ 1º. A violação do disposto no *caput* deste artigo implica multa de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

§ 2º. Em caso de reincidência, dentro do prazo de 12 (doze) meses, a multa será aplicada em dobro, e suspensa a autorização de acesso à rodovia, pelo prazo de até 1 (um) ano.

§ 3º. Não se aplica o disposto neste artigo em área urbana, de acordo com a delimitação dada pela legislação de cada município ou do Distrito Federal.

Art. 3º. Ressalvado o disposto no § 3º do art. 2º desta Lei, o estabelecimento comercial situado na faixa de domínio de rodovia federal ou em terreno contíguo à faixa de domínio com acesso direto à rodovia, que inclua entre suas atividades a venda varejista ou o fornecimento de bebidas ou alimentos, deverá afixar, em local de ampla visibilidade, aviso da vedação de que trata o art. 2º desta Lei. (destaquei)

Assim, em relação aos estabelecimentos situados em área rural, penso que o ato impugnado, praticado sob amparo da Medida Provisória nº 415/2008, convertida na Lei nº 11.705/2008, seria írrito, por afrontar os princípios da isonomia, da livre isonomia, da livre concorrência, bem como os valores sociais do trabalho.

A proibição da venda de bebida alcoólica, nas rodovias federais situadas em área rural, não se reveste de razoabilidade e de proporcionalidade, na medida em que não alcança o fim a que se propõe (redução de acidentes de trânsito causados pela ingestão de tal espécie de bebida), em detrimento do sacrifício dos comerciantes das rodovias, vez que nada impede que um condutor de veículo a adquira em estabelecimento comercial situado em perímetro urbano próximo, onde tal atividade é permitida, para consumi-la, e depois dirigir pela rodovia federal, burlando facilmente o objetivo da proibição.

Tal medida fere, ainda, o princípio da isonomia, bem como o da livre iniciativa, pois penaliza unicamente os comerciantes cujos estabelecimentos estejam situados em área rural, enquanto que os comerciantes que tenham estabelecimentos em área urbana, bem próximos, ou mesmo às margens das rodovias federais, desde que “sem acesso direto”, ficam fora da proibição.

O douto representante do Ministério Público Federal, inclusive, em seu Parecer (fls. 204/220), assim se pronunciou:

Não se aduza, por outro lado, que estes princípios deveriam ser relevados em função de um valor maior, qual seja, o bem à vida, sob o argumento de que este se sobreporia aos demais. É que não há de se falar em conflito, haja vista que todos estes princípios se harmonizam, sem que quaisquer deles precisem ser anulados.

Ressalte-se que a proibição do consumo de bebidas alcoólicas por parte de motoristas não deve vincular-se à proibição de sua comercialização em estabelecimentos próximos a rodovias, porquanto os acidentes rodoviários não estão sempre relacionados à bebida, mas muitas vezes a falhas de sinalização, estradas precárias, falta de educação no trânsito, fadiga, cansaço, dentre outros motivos.

(...)

Vê-se, portanto, que a Medida Provisória nº 415/08, convertida na Lei nº 11.705/08, não pode atingir indiscriminadamente a todos, como no caso em apreço, em que existe o risco evidente de redução do número de empregos, bem como a circulação de capital, pela simples comercialização de um produto lícito que, inclusive, é vendido por outros comerciantes com estabelecimentos muito próximos do impetrante.

Por tudo o que foi exposto, impõe-se a conclusão de que a norma prevista nos artigos 2º e 3º da MP nº 415/08, convertida na Lei 11.705/2008, contraria aos princípios constitucionais em vigor.

Sob o influxo de tais considerações, voto no sentido de que seja reconhecida e declarada a **inconstitucionalidade** dos arts. 2º e 3º da Medida Provisória nº 415/08, convertida na Lei nº 11.705/2008.

É como voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 128.976-PE**

Relator:
p/ acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA

Agravantes: CONCRETТА EMPREENDEMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A, CONCRETТА BOULEVARD DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO LTDA., CONCRETТА LUXEMBURGO DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO LTDA., CONCRETТА MONET DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO LTDA. E CONCRETТА PARTICIPAÇÕES S/A

Agravada: FAZENDA NACIONAL

Embtes.: CONCRETТА EMPREENDEMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A, FAZENDA NACIONAL E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Partes Int.: TENÓRIO EMPREENDEMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A, G. C. EMPREENDEMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., TENÓRIO INCORPORAÇÕES E EMPREENDEMENTOS S/A E FILIAL, COMAFAL - COMERCIAL E INDUSTRIAL DE FERRO E AÇO LTDA. E FILIAIS, CPP COMÉRCIO E EMPREENDEMENTOS S/A, TREVIPAR EMPREENDEMENTOS IMOBILIÁRIOS, MANAROLA SERVIÇOS DE COBRANÇA LTDA. E FILIAL, CONSTRUCIL EMPREENDEMENTOS & PARTICIPAÇÕES S/A, DARUPAR EMPREENDEMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A, IDEAL EMPREENDEMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A, DTT CONSTRUÇÕES S/A E FILIAL, CPP - COMPANHIA PAULISTA DE PARTICIPAÇÕES, BMR EMPREENDEMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A, DELTA PARTICIPAÇÕES & EMPREENDEMENTOS LTDA., INDÚSTRIAS MICHELETTO S/A E FILIAIS, MICHELETTO NORDESTE S/A IND. E COMÉRCIO, GALMAVA EMPREENDEMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A, SCIPIOTE EMPREENDEMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A, IPPE EMPREENDEMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A, COMAFAL - COMÉRCIO, EMPREENDEMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A, TARI-TA RODRIGUES VALENCA, TANAGRA RODRI-

GUES VALENÇA TENÓRIO, CARLOS EDUARDO TENÓRIO GUÉDES ROCHA, CLÁUDIO DA SILVA ROCHA JÚNIOR, VALDELICE TENÓRIO GUEDES ROCHA, MARIA MANUELA RODRIGUES VALENÇA TENÓRIO ROCHA CORTE REAL, CLÁUDIO DA SILVA ROCHA NETO, ALBERTO COSTA FERREIRA, MURILLO BARCELLOS MARCHI, MAURÍCIO VERDIER, ROBERTO WILLY HEIMPEL E LUCIANO GOMES DE ARAÚJO

Advs./Procs.: DRS. BRUNO NOVAES BEZERRA CAVALCANTI E OUTROS, ANDREA FEITOSA PEREIRA E OUTROS, LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES E OUTROS, ARTHUR MAIA ALVES NETO E OUTROS, ARNALDO LIMA BORGES E OUTROS E BRUNO NOVAES BEZERRA CAVALCANTI E OUTROS

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. IMPRESTABILIDADE PARA REEXAME DO JULGADO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS COÑHECIDOS E NÃO PROVIDOS.

- Embargos de declaração interpostos por CONCRETTA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A E OUTROS, pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e pela FAZENDA NACIONAL contra acórdão que, por maioria de votos, deu parcial provimento ao agravo de instrumento.

- Alegações da CONCRETTA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A E OUTROS de 1) erro na interpretação quanto aos fatos que deram ensejo aos acórdãos proferidos nos REsp's nºs 513078/AL e 677424/PB; 2) omissão acerca da existência de periculum in mora inverso; 3) omissão por não ter sido supostamente observado que a indisponibilidade de todos os bens e direitos pertencentes às agravantes inviabilizaria o exercício de suas atividades; 4) omissão quanto à im-

possibilidade de a indisponibilidade recair sobre o Empreendimento Monet e 5) omissão acerca da indispensabilidade de prévio procedimento administrativo para fins de redirecionamento.

- A simples leitura dos embargos declaratórios já permite concluir que, sob o pretexto do erro de fato, as agravantes pretendem, na verdade, o rejugamento do agravo, mediante reinterpretação dos acórdãos do STJ e do art. 4º, § 2º, da Lei nº 8.437/2002 para emprestar-lhes o sentido que lhes seja favorável. Os embargos declaratórios, todavia, não se prestam à reinterpretação de dispositivos legais (art. 4º, § 2º, da Lei nº 8.347/02), tampouco de precedentes jurisprudenciais (REsp's nºs 513078/AL e 677.424/PB). Tal liberdade de interpretação, que, no caso concreto, apenas serviu de base à formação da convicção do órgão julgador, jamais ensejaria a declaração de nulidade do decisum pela apreciação de lide diversa (art. 460 do CPC).

- Inexistência de omissão no julgado pela suposta falta de pronunciamento sobre o periculum in mora inverso. Ao reconhecer que estavam presentes os requisitos para a concessão da medida cautelar fiscal, dentre os quais certamente se inclui o periculum in mora, até porque se trata de requisito ínsito a todas as medidas cautelares, não se faria necessário tecer quaisquer considerações acerca de um suposto periculum in mora inverso. Dito de outro modo, a Turma julgadora, ao dar parcial provimento ao agravo, findou por reconhecer que o periculum in mora militava em favor da Fazenda Pública, sendo desnecessário explicitar os motivos que a levaram a não reconhecer a existência do periculum in mora inverso.

- Ausência de omissão acerca da alegação de que a indisponibilidade de todos os bens e direitos pertencentes às empresas agravantes prejudica-

ria o exercício de suas atividades. Com efeito, os votos que serviram de base ao acórdão embargado manifestaram-se expressamente no sentido de que a indisponibilidade de todos os bens seria contrária ao princípio da função social da empresa. Foi justamente por este motivo que a Turma decidiu pela liberação de parte dos bens alcançados pela medida cautelar de indisponibilidade.

- Inocorrência de omissão quanto à suposta impossibilidade de a indisponibilidade recair sobre o Empreendimento Monet. Tanto no voto-condutor como no voto-vista proferido pelo Des. Federal André Dias Fernandes (convocado) houve expressa referência ao patrimônio de afetação vinculado à CONCRETIA MONET DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO LTDA. Em ambos os votos, concluiu-se pela manutenção da constrição sobre o referido patrimônio por falta de registro no cartório competente (fl. 522), mais especificamente, pela constatação da existência de nota devolutiva do Segundo Ofício de Registro de Imóveis do Recife relativa àquele empreendimento. Além disso, ficou consignado no voto-condutor que aos adquirentes das unidades residenciais compete a defesa de seus direitos através de embargos de terceiro.

- Não ocorrência da alegada omissão sobre a indispensabilidade de prévio procedimento administrativo de redirecionamento. Também incide aqui a regra segundo a qual o julgador não está obrigado a se manifestar sobre cada um dos fundamentos levantados pelas partes, sendo necessário apenas que sejam apontadas as razões que formaram o convencimento. Ora, devendo a prova necessária à medida cautelar de indisponibilidade ser produzida na própria ação cautelar fiscal, inexistiu espaço para a alegação de que o redirecionamento demandaria procedi-

mento administrativo prévio, de modo que o argumento não se mostrava irrelevante para a decisão do agravo.

- Alegações da FAZENDA NACIONAL de 1) contradição no julgado ao se admitir, por um lado, que o escopo da norma (art. 31-A, § 8º, da Lei 4.591/64, com a redação dada pela Lei nº 10.931/04) é proteger os adquirentes das unidades autônomas, e concluir, por outro, por retirar da indisponibilidade todo o acervo de bens e direitos da Empresa Concretta Boulevard Desenvolvimento Imobiliário LTDA.; 2) omissão e contradição por não ter ficado definido que a incomunicabilidade do patrimônio de afetação não é absoluta, estando adstrita ao necessário para a construção da obra; 3) omissão ainda quanto à aplicabilidade dos arts. 655, I, e 655-A do CPC, que expressamente admitem a indisponibilidade de ativos financeiros, preferencialmente, em relação a qualquer outro bem.

- Percebe-se pelo teor do voto-vista proferido pelo Des. Federal André Dias Fernandes (convocado), bem assim pela retificação do voto-condutor, que a retirada da indisponibilidade se restringiu aos “valores pagos por terceiros para a consecução de incorporação imobiliária às despesas necessárias para a realização do empreendimento, protegendo, assim, quantias investidas por terceiros de boa-fé (art. 31-A, §§ 1º e 8º, Lei nº 4.591/64)”. Ou seja, não se retirou da indisponibilidade todo o patrimônio da Empresa Concretta Boulevard, mas apenas aqueles bens e direitos que podem ser enquadrados como patrimônio de afetação, não tendo existido, portanto, as alegadas omissões e contradições, no que se relaciona a esse ponto.

- Inexistência de omissão quanto à indicação dos motivos para o afastamento das normas contidas nos arts. 655, I, e 655-A do CPC. Observe-se

que o motivo da liberação dos ativos financeiros foi expressamente declinado no voto-condutor, qual seja, a necessidade de manutenção das atividades da empresa, em face do princípio da função social da empresa. Assim, segundo o entendimento da Turma, a autorização legal para a indisponibilidade de tais valores não pode constituir óbice absoluto à liberação dos bens e valores quando estiver em jogo a continuidade da empresa.

- Alegações do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL de 1) contradição ao se admitir que a indisponibilidade de bens e valores integrantes pode alcançar o ativo circulante, vindo, no entanto, a Turma a determinar a liberação da indisponibilidade incidente sobre os ativos financeiros, inclusive aplicações financeiras e valores devidos por administradoras de cartões de crédito; 2) omissão em razão de não ter sido observado que o instituto da afetação imobiliária de bens não é uma medida para proteger uma empresa, servindo tão somente para resguardar os promitentes compradores das unidades imobiliárias adquiridas junto à empresa que registrou aquele empreendimento; 3) omissão em razão de não ter sido determinado o monitoramento da conta bancária vinculada ao empreendimento, de modo a permitir, no final, que o lucro fique sujeito ao gravame.

- Antes de admitir a indisponibilidade de bens e direitos fora do ativo permanente, o eminente Relator para o acórdão considerou que o princípio da função social da empresa impediria a indisponibilidade de bens e direitos integrantes do ativo circulante. Em razão disso, concluiu “que, ao aplicar o art. 4º, § 1º, da Lei 8.397/92, somente deverão ser liberados os valores constantes de ativos financeiros, incluindo-se as aplicações, e igualmente valores que são devidos às requeri-

das por administradoras de cartões de crédito”. Por outro lado, a leitura completa do voto-condutor conduz facilmente à conclusão de que as aplicações e os valores devidos às requeridas por administradoras de cartões de crédito foram tidos como pertencentes ao ativo circulante, não tendo, portanto, existido a alegada contradição.

- Inexistência de omissão quanto aos fundamentos da retirada da indisponibilidade incidente sobre o patrimônio de afetação vinculado ao Empreendimento Boulevard. Como nitidamente se observa da retificação de voto (fls. 523/524), o fundamento da liberação foi a inexistência de indícios de irregularidade na instituição e no registro do patrimônio de afetação, admitindo ainda que sua finalidade é proteger a poupança popular. A retirada da indisponibilidade, desse modo, ficaria restrita aos valores pagos para a cobertura das despesas necessárias à realização do empreendimento.

- A falta de determinação da Turma julgadora para que se faça o monitoramento da conta bancária vinculada ao empreendimento não pode ser entendida como omissão. Ora, se a Turma julgadora não adotou tal providência é porque não a considerou necessária. Do contrário, teria explicitado esse ponto por ocasião do julgamento, de modo que o inconformismo da parte quanto à questão deverá ser manifestado através do recurso apropriado.

- Constatação, em termos gerais, de que, sob o pretexto de omissão, obscuridade, contradição, erro de fato e prequestionamento, pretendem os embargantes, simplesmente, que esta Turma proceda à reapreciação da matéria, o que não se admite em sede de embargos de declaração, que não se prestam à modificação do que foi sobejamente decidido.

- Embargos de declaração interpostos por Concretta Empreendimentos Imobiliários S/A e outros, pela Fazenda Nacional e pelo Ministério Público Federal conhecidos, porém improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, conhecer dos embargos de declaração interpostos pelos particulares, pela Fazenda Nacional e pelo MPF e negar-lhes provimento, nos termos do voto do relator p/ acórdão, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 21 de maio de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de embargos de declaração interpostos por CONCRETTA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A E OUTROS, pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e pela FAZENDA NACIONAL contra acórdão proferido por esta 4ª Turma, que, por maioria de votos, deu parcial provimento ao agravo de instrumento.

CONCRETTA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A E OUTROS alegam que:

(a) o v. acórdão incorreu em erro de fato ao interpretar os dois precedentes do c. STJ colacionados no voto-condutor, “(...) para asseverar que tal Corte entende que nos casos em que o valor do débito é superior ao dos bens se justificaria a excepcionalidade da medida de indisponibilidade para atingir **bens fora** do ativo permanente”, quando o “(...) Superior Tribunal de Justiça parte da premissa de que a regra do artigo 4º, § 1º, da Lei 8.347/02, por sua cogência, volta-se à proteção da continuidade da empresa – na fase preliminar de um feito cautelar, principalmente – e só pode ser relativizada quando for demonstrado, em cada caso concreto,

que a constrição de bens do ativo circulante não vá prejudicar essa continuidade, ônus este, claro, que incumbe à Fazenda”;

(b) os precedentes acostados ao voto não se amoldam ao caso concreto, uma vez que as premissas fáticas são completamente diversas;

(c) o julgado constante do REsp 513078/AL “(...) o próprio Superior Tribunal de Justiça parte da premissa de que o § 1º do artigo 4º da lei em referência **detém finalidade específica de proteger e asseverar a continuidade da empresa, razão por que aduz que tal regra só pode ser relativizada em casos excepcionais, em que comprovado que a constrição (ou parte dela) não comprometerá a subsistência da empresa**”;

(d) a exceção contida no § 1º do art. 4º da Lei nº 8.397/92 deve ser interpretada levando em conta que, “(...) ainda quando o débito for superior ao patrimônio, só é possível a indisponibilidade de bens do ativo da pessoa jurídica, viabilizando sua continuidade”;

(e) a existência de grupo econômico só se torna relevante “(...) se superado o primeiro ponto (da necessidade de comprovação da excepcionalidade do caso concreto, excepcionalidade essa que, reitere-se, não pode ser o fato dos débitos serem superiores)”;

(f) “(...) essa **excepcionalidade não existe**, o que afasta a aplicação dos precedentes por falta de pressuposto fático-material (‘erro de fato’), tornado-se a decisão inexistente, por ser meramente aparente”;

(g) o artigo 4º, § 1º, da Lei nº 8.347/02, deve ser interpretado em consonância com os “(...) **princípios constitucionais da função social e da preservação da empresa, da livre iniciativa (art. 1º da CF/88), do livre exercício das atividades econômicas (art. 170, parágrafo único, da CF/88, da proporcionalidade da penhora (menor onerosidade possível), em respeito aos preceptivos legais 966 do CC-2002 c/c artigo 620 do CPC, e ficam desde já prequestionados**”;

(h) há precedentes no TRF da 3ª Região e neste Tribunal, no sentido de que é impossível, em sede de medida cautelar fiscal, decretar a indisponibilidade de verba do ativo circulante”;

(i) o voto-condutor, ao partir de premissa equivocada, acabou por apreciar “(...) lide diversa da submetida ao crivo judicial, tornando-se nulo o *decisum* ora embargado, em violação ao art. 460 do CPC;

(j) a decisão embargada não se manifestou “(...) sobre as razões que justificariam, sob o pálio do *periculum in mora* inverso, a liberação do ativo circulante das embargantes”;

(k) acaso seja mantida a indisponibilidade dos bens das agravantes, há *periculum in mora* inverso, uma vez que estas ficaram impedidas de usufruir dos bens e rendimentos necessários à manutenção do exercício de suas atividades, bem como impossibilitadas de continuar a explorar a atividade econômico-empresarial;

(l) o *periculum in mora* inverso, “(...) **não apenas protege o interesse das agravantes, mas também os interesses dos adquirentes das unidades imobiliárias vendidas e iniciadas**”;

(m) “(...) a indisponibilidade de **todos os bens, principalmente aqueles direcionados ao capital de giro e à atividade empresarial**, da sociedade empresarial, **especialmente diante do grau de interesse público social e coletivo que circunscreve a atividade econômica**, deve ser a última alternativa a ser adotada em um processo de execução (quiçá em cautelar fiscal), visto que implica verdadeiro óbice à existência da empresa”;

(n) o acórdão incorreu em omissão, ao deixar de se pronunci- ar acerca da discussão relativa à “(...) indistinta indisponibilidade dos bens, já que se viam à atividade empresária”;

(o) a decisão embargada não emitiu qualquer pronunciamento em relação “(...) a impossibilidade da indisponibilidade recair sobre o Empreendimento Monet, notadamente em razão das unidades vendidas e pelo fato da necessidade de se manter hígidos os contratos de compra e venda das unidades imobiliárias autônomas”;

(p) deve ser afastada a constrição sobre o Empreendimento Monet (Jardim Monet, “(...) já que várias de suas unidades habitacionais (quase 70%) foram formalmente prometidas para venda a terceiros de boa-fé e a suspensão dessas vendas e das demais

unidades pode inviabilizar por completo a construção, em claro, evidente e inaceitável prejuízo aos adquirentes”;

(q) manutenção da decisão que decretou a indisponibilidade sobre o Empreendimento Monet, além de vulnerar o disposto nos artigos 237 e 481 do CC/2002, “(...) ofende a função social da posse, ainda que indireta, dos terceiros adquirentes;

(r) o v. acórdão restou omissis, porquanto deixou de se pronunciar acerca da discussão de que a exigência do “(...) procedimento administrativo prévio para instalar-se o redirecionamento, ainda que em sede de cautelar fiscal, dispensa dilação probatória”;

(s) o STF, ao julgar o RE 608.426, se posicionou no sentido de que “(...) o redirecionamento da execução fiscal só pode ser realizado contra aquele que tenha efetivamente participado do processo administrativo que originou tal débito, ou outra quem ao menos tenha sido regularmente concedida oportunidade para tanto, mesmo que tenha permanecido silente, pois, ao contrário, haveria indevida e abusiva restrição às garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório” e

(t) é inadmissível o redirecionamento dos débitos fiscais de outras empresas para as agravantes, uma vez que estas “(...) além de não serem sócias (muito menos gestoras) das sociedades cujos débitos pretende-se garantir mediante a presente cautelar fiscal, em nenhum momento participaram dos processos administrativos que conduziram à constrição de tais supostos débitos, inclusive porque são empresas autônomas, com patrimônio e sócios distintos”.

A **FAZENDA NACIONAL** argui que:

(a) o acórdão incorreu em contradição ao admitir que o escopo da norma (art. 31-A, § 8º, da Lei 4.591/64, com a redação dada pela Lei nº 10.931/04) é “(...) proteger os adquirentes das unidades autônomas” e concluir por retirar da (...) indisponibilidade todo o acervo de bens e direitos da Empresa Concretta Boulevard Desenvolvimento Imobiliário LTDA., sob o fundamento de que o patrimônio de afetação não pode ser atingido por créditos alheios à obra”;

(b) “(...) a incomunicabilidade do patrimônio de afetação não é absoluta e está adstrita ao necessário para a construção da obra” e, “(...) **uma vez concluída a obra, os recursos advindos das vendas e que retratam o lucro da empresa podem ser indisponibilizados, pois estão fora do patrimônio de afetação**”;

(c) compete à Empresa Concretta Boulevard Desenvolvimento Imobiliário LTDA. demonstrar que os recursos recebidos dos adquirentes das unidades estão afetados à construção do empreendimento;

(d) existe “(...) contradição entre a parte dispositiva e a fundamentação do acórdão, já que, como o patrimônio de afetação não abrange todo o acervo de bens e direitos da empresa, não seria possível sua liberação total, como constou no dispositivo do julgado”;

(e) “(...) deve-se esclarecer ainda que as 4 unidades permutadas pelo terreno com a empresa BMR Empreendimentos Imobiliários S/A (outra integrante do Grupo Tenório e parte na cautelar fiscal originária) podem se indisponibilizados, já que fora do patrimônio de afetação constituído pela Concretta Boulevard”;

(f) o acórdão, a despeito de entender que a indisponibilidade não pode atingir os ativos financeiros das empresas, restou omissa acerca da aplicabilidade dos arts. 655, I, e 655-A do CPC que “(...) expressamente admitem a indisponibilidade de ativos financeiros, preferencialmente em relação a qualquer outro bem e

(g) “(...) faz-se necessário sanar omissão no r. acórdão, para que sejam declinados os motivos para o afastamento das normas contidas nos arts. 655, I, e 655-A do CPC, até mesmo para fins de prequestionamento”.

Ao final, requer sejam acolhidos os embargos de declaração “(...) para que se esclareça o alcance da liberação dos bens e direitos da empresa Concretta Boulevard Desenvolvimento Imobiliário LTDA., assim como as razões por que não poderiam ser indisponibilizados os ativos financeiros (inclusive e especialmente as aplicações) das empresas, considerando o disposto nos arts. 655, I, e 655-A do CPC”.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, por sua vez, aduziu que:

(a) o acórdão embargado incorreu em contradição ao se asentar em decisão do c. STJ, que no seu entender permite “(...) que a indisponibilidade também atingisse o ‘ativo circulante’, quando o patrimônio fosse qualificadamente inferior às dívidas, e concluir por “(...) liberar a indisponibilidade incidente sobre ‘OS ATIVOS FINANCEIROS, INCLUSIVE AS APLICAÇÕES E OS VALORES QUE LHE SÃO DEVIDOS POR ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO’ (fl. 515), sem justificativa razoável, como exigido no voto vencido”;

(b) a decisão embargada tem elementos antitéticos, uma vez que “(...) a premissa levaria à conclusão oposta, na medida em que os votos não controvertem sobre a existência de causa para a desconsideração da pessoa jurídica, além de estar igualmente indubitado que os créditos da União são superiores ao patrimônio das empresas que formam o grupo de fato”;

(c) o instituto da afetação imobiliária de bens “(...) não é uma medida para proteger uma empresa, de tal modo a permitir-lhe fugir de suas obrigações perante o Fisco ou particulares, mas uma fórmula legal estabelecida – após a experiência decorrente da fraudulenta falência da famosa empresa ENCOL – **para proteger os promitentes compradores das unidades imobiliárias adquiridas junto à empresa que registrou aquele empreendimento**”;
e

(d) o acórdão não se pronunciou “(...) sobre o controle da observância das regras legais que regulam o patrimônio por afetação pelo juiz *a quo*, observado o contraditório, principalmente através de conta bancária vinculada ao empreendimento, de tal modo a permitir, no final, que o lucro fique sujeito ao gravame”

Por fim, requer o provimento do recurso, “(...) para que sejam afastadas a contradição e a omissão apontadas”.

Impugnação apresentada apenas pela Fazenda Nacional às fls. 677/684.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

De início, cumpre ressaltar que os embargos de declaração só terão lugar quando houver na sentença ou no acórdão obscuridade, contradição, ou ainda quando for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal, seja porque a parte o requereu expressamente, seja porque se tratava de matéria suscetível de apreciação *ex officio*.

É oportuno ainda esclarecer que o juiz, ao prolatar a decisão, não está obrigado a examinar todos os fundamentos de fato e de direito trazidos à discussão, podendo conferir aos fatos qualificação jurídica diversa da atribuída, seja pelo autor, seja pelo réu. Não se encontrando, pois, obrigado a responder a todas as alegações das partes, nem a mencionar o dispositivo legal em que fundamentou sua decisão, compete-lhe entregar a prestação jurisdicional, levando em consideração às teses discutidas no processo, enquanto necessárias ao julgamento da causa, indicando tão só o fundamento de sua convicção no decidir.

Por pertinente, trago à colação os precedentes jurisprudenciais adotando essa linha de entendimento:

É entendimento assente de nossa jurisprudência que o órgão judicial, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pela parte. Sua fundamentação pode ser sucinta, pronunciando-se acerca do motivo que, por si só, achou suficiente para a composição do litígio (STJ. 1ª Turma, AI 169.073-SP-AgRg. Rel. Min. José Delgado, j. 4.6.98, negaram provimento, v.u., *DJU*, p. 44 - Código de Processo Civil, Theotonio Negrão, 30ª edição, nota ao art. 535).

O Juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos (RJTJESP 115/207- Processo Civil, Theotonio Negrão, 30ª edição, nota ao art. 535).

Além das hipóteses previstas expressamente no Código de Processo Civil, admite-se, ainda, a oposição dos embargos de

declaração para correção de erro de fato. Tal posicionamento coaduna-se com o comando Constitucional insito no art. 5º, LXXVIII, acrescido pela EC nº 45/2004.

Seu conhecimento é igualmente defendido por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, conforme comentários trazidos ao art. 535 do CPC, em seu Código de Processo Civil Comentado, ora em destaque:

Erro de Fato. Admitem-se embargos de declaração para corrigir flagrante e visível erro de fato em que incidiu a decisão, evitando-se os percalços com a eventual interposição de RE, REsp ou ajuizamento de ação rescisória. Nesse sentido: JTACivSP110/256, 108/287, 100/178, 93/385, 86/318, 53/168; RT 562/146; RTJ 57/145; Lex-JTA 105/352; RJTJRS 69/136.

Feitas essas considerações, trago a lume a ementa do acórdão embargado, que se encontra redigida nos seguintes termos:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. GRUPO ECONÔMICO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. ART. 4º, §§1º E 2º, DA LEI 8.397/92. PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL.

I - A via do agravo de instrumento, por ausente maior espaço para produção de provas, não é idônea, em tese, para demonstrar a ausência de grupo econômico, confusão patrimonial, ou abuso de direito, matéria que deverá ser desenvolvida no decorrer da instrução da medida cautelar fiscal.

II - É possível o ajuizamento de medida cautelar fiscal preparatória de redirecionamento futuro em execução fiscal, conforme inteligência que resulta do art. 11 da Lei 8.397/92, ao permitir a propositura da medida antes da existência de executivo fiscal.

III - A alegação de confusão patrimonial permite, com fundamento no art. 2º, V, b, da Lei 8.397/92, o ajuizamento de medida cautelar fiscal independentemente da constituição do crédito tributário, valendo salientar que, no caso concreto, não é possível considerar, pelo menos nesta sede, o óbice do art. 2º, V, a, do mesmo diploma, pois, demais dos supostos débitos superarem, em muito, o patrimônio das requeridas, não houve a individualização dos débitos suspensos em virtude de parcelamento.

IV - A despeito do art. 4º, § 1º, da Lei 8.397/92, restringir, em sendo devedora pessoa jurídica, a indisponibilidade aos bens integrantes do ativo permanente, afigura-se possível, com lastro no § 2º do mesmo preceito, superar-se tal limitação quando a pessoa jurídica paralisar as suas atividades, ou não possuir bens (RESP 513.078-AL e RESP 677.424-PE), hipótese esta que abrange as situações onde o débito apontado é, por várias vezes, superior ao montante do patrimônio conhecido.

V - Demonstração da existência, há quase dois anos antes da medida atacada, da constituição de patrimônio de afetação quanto ao empreendimento Concretta Boulevard Desenvolvimento Imobiliário Ltda., nos termos do art. 31-A, §§ 1º e 2º, da Lei 4.591/64, o qual, por força do art. 10 da Lei 10.931/2004, não pode ser atingido por créditos tributários alheios, sem contar que a formalização de tal patrimônio, perante inscrição no registro imobiliário, confere-se presunção relativa da prática de ato lícito, de maneira a caber a terceiros – inclusive a Administração Tributária – demonstrar, o quanto baste, a fraude, o que, especificadamente quanto a este empreendimento, não sucedeu, até por necessitar de maior lastro probante.

VI - Provimento parcial do recurso, a fim de liberar da indisponibilidade os ativos financeiros de que são propriedade das agravantes, os valores resultantes de pagamento de administradoras de cartões e todo o acervo de bens e direitos relacionados ao empreendimento Concretta Boulevard Desenvolvimento Imobiliário Ltda.

Cumprida essa formalidade, passo à apreciação individualizada de cada um dos embargos declaratórios.

I - DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA CONCRETTA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A E OUTROS

As empresas embargantes iniciam seus embargos declaratórios apontando a ocorrência de erro de fato no julgamento do agravo. Vale dizer que, embora se admita a interposição de embargos declaratórios para correção de erro de fato, conforme demonstrado acima, não se verifica no acórdão embargado a ocorrência de qualquer vício dessa natureza.

Basta uma simples leitura dos embargos declaratórios da CONCRETTA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A E OU-

TROS (letras “a”, “b”, “c”, “d”, “e”, “f”, “g” e “h”) para concluir que as embargantes pretendem, na verdade, sob o pretexto do erro de fato, o rejuízo do agravo, mediante reinterpretatão dos acórdãos do STJ que lhe serviram de esteio, para que seja emprestado ao art. 4º, § 2º, da Lei nº 8.437/2002 o sentido que lhe seja favorável. Essa providência, todavia, não se comporta nos estreitos limites dos embargos de declaração. Ressalte-se que, em momento algum, o voto-condutor afirmou que o caso dos autos seria idêntico aos daqueles julgados, tendo feito referência aos acórdãos do STJ apenas como reforço de interpretação que estava sendo adotada.

Ademais, sabidamente não se prestam os embargos de declaração à reinterpretatão de dispositivos legais (art. 4º, § 2º, da Lei nº 8.347/02), tampouco de precedentes jurisprudenciais (REsp nº 513.078/AL e 677.424/PB). Tal liberdade de interpretação, cujo exercício apenas serviu de base à formação da convicção do órgão julgador, jamais ensejaria a declaração de nulidade do *decisum* por apreciatão de lide diversa (art. 460 do CPC) (letra “i”).

Outro ponto suscitado pelas empresas embargantes diz respeito à suposta ocorrência de omissão no julgado por falta de pronunciamento acerca das razões que, sob o pálio do *periculum in mora* inverso, justificariam a liberação do ativo circulante (letras “j”, “k” e “l”). Como anteriormente explicitado, o julgador não está obrigado a enfrentar todos os argumentos apresentados pelas partes, sendo necessário tão somente que exponha as razões que firmaram seu convencimento.

Ora, ao reconhecer que estavam presentes os requisitos para a concessão da medida cautelar fiscal, dentre os quais certamente se inclui o *periculum in mora*, em razão mesmo de tratar-se de requisito ínsito a todas as medidas cautelares, não se faria necessário tecer quaisquer considerações acerca de um suposto *periculum in mora* inverso. Em outros termos, a Turma julgadora, ao dar parcial provimento ao agravo, findou por reconhecer que o *periculum in mora*, militava em favor da Fazenda Pública, sendo desnecessário explicitar os motivos que a levaram a não reconhecer a existência do *periculum in mora* inverso.

Por outro lado, não se pode dizer que a Turma deixou de observar que a indisponibilidade de todos os bens e direitos pertencem

centes às empresas agravantes prejudicaria o exercício de suas atividades, impossibilitando-as de explorar suas atividades econômico-empresariais (letras “m” e “n”). Note-se que os votos que serviram de base ao acórdão embargado manifestaram-se expressamente no sentido de que a indisponibilidade de todos os bens seria contrária ao princípio da função social da empresa. Foi por esta razão e com base no voto-condutor que a Turma decidiu, em maior extensão, pela liberação de parte dos bens alcançados pela medida cautelar de indisponibilidade.

Não assiste, ainda, razão às embargantes quando afirmam que a Turma deixou de se manifestar sobre a alegação de impossibilidade de a indisponibilidade recair sobre o empreendimento Monet (letras “o”, “p” e “q”). Tanto no voto-condutor como no voto-vista proferido pelo Des. Federal André Dias Fernandes (Convocado), que integram o julgamento do agravo de instrumento, houve expressa referência ao patrimônio de afetação vinculado à CONCRETTA MONET DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO LTDA. Em ambos, concluiu-se pela manutenção da constrição sobre o referido patrimônio por falta de registro no cartório competente (fl. 522), ou seja, ante a constatação da existência de nota devolutiva do Segundo Ofício de Registro de Imóveis do Recife, relativa àquele empreendimento. Além disso, ficou consignado no voto-condutor que aos adquirentes das unidades residenciais compete a defesa de seus direitos através de embargos de terceiro.

No que tange à alegação de omissão sobre a indispensabilidade de prévio procedimento administrativo de redirecionamento (letras “r”, “s” e “t”), incide também a regra segundo a qual o julgador não está obrigado a se manifestar sobre cada um dos fundamentos levantados pelas partes, sendo necessário apenas que sejam apontadas as razões que formaram o convencimento.

Com efeito, devendo a prova necessária à medida cautelar de indisponibilidade ser produzida na própria ação cautelar fiscal, inexistente espaço para a alegação de que o redirecionamento demandaria procedimento administrativo prévio. Daí se conclui que o argumento não se mostrava irrelevante para a decisão do agravo.

Diante dessas considerações, e não havendo quaisquer dos vícios apontados pelas empresas embargantes, deve ser negado provimento a seus embargos declaratórios.

II - DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL

Sustenta a Fazenda Nacional que o acórdão embargado incidiu em contradição ao considerar, por um lado, que o objetivo da instituição do patrimônio de afetação é proteger os adquirentes de unidades autônomas, decidindo, no entanto, por outro, retirar da indisponibilidade todo o acervo de bens e direitos da Empresa Concretta Boulevard, sob o fundamento de que o patrimônio de afetação não pode ser atingidos por créditos alheios à obra. Segundo a embargante, contraditoriamente teriam sido objeto de liberação bens e direitos que estão fora do patrimônio de afetação (letras “a”, “b”, “c”, “d” e “e”).

Faz-se oportuno esclarecer que somente há contradição no julgado quando este apresenta proposições entre si inconciliáveis, o que não ocorre na hipótese em discussão.

Percebe-se pelo teor do voto-vista proferido pelo Des. Federal André Dias Fernandes (Convocado), bem assim pela retificação do voto-condutor, que a retirada da indisponibilidade se restringiu aos “valores pagos por terceiros para a consecução de incorporação imobiliária às despesas necessárias para a realização do empreendimento, protegendo, assim, quantias investidas por terceiros de boa-fé (art. 31-A, §§ 1º e 8º, a Lei nº 4.591/64)”. Ou seja, não se retirou da indisponibilidade todo o patrimônio da Empresa Concretta Boulevard, mas apenas aqueles bens e direitos que podem ser enquadrados como patrimônio de afetação.

Verifico, por fim, apresentar-se irrelevante para o julgamento do agravo a alegação de que “(...) faz-se necessário sanar omissão no r. Acórdão, para que sejam declinados os motivos para o afastamento das normas contidas nos arts. 655, I, e 655-A do CPC”. (letra “f” e “g”). Observe-se que o motivo da liberação dos ativos financeiros foi expressamente declinado no voto-condutor, qual seja, a necessidade de manutenção das atividades da empresa, em face do princípio da função social da empresa. Assim, segundo o entendimento da Turma, a autorização legal para a indisponibilidade de tais valores não constitui óbice absoluto à liberação dos bens e valores quando esteja em jogo a continuidade da empresa.

Assim, verificando-se a inexistência dos vícios apontados pela Fazenda Nacional, não merecem acolhimento seus embargos declaratórios.

III - DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Em seus embargos declaratórios, o Ministério Público Federal aduz ter o julgado incorrido em contradição ao admitir que a indisponibilidade de bens e valores integrantes pode alcançar o ativo circulante, vindo, no entanto, a determinar a liberação da indisponibilidade incidente sobre os ativos financeiros, inclusive aplicações financeiras e valores devidos por administradoras de cartões de crédito.

A contradição é apenas aparente. Antes de admitir a indisponibilidade de bens e direitos fora do ativo permanente, o eminente Relator para o acórdão considerou que o princípio da função social da empresa impediria a indisponibilidade de bens e direitos integrantes do ativo circulante. Em razão disso, concluiu “que, ao aplicar o art. 4º, § 1º, da Lei 8.397/92, somente deverão ser liberados os valores constantes de ativos financeiros, incluindo-se as aplicações, e igualmente valores que são devidos às requeridas por administradoras de cartões de crédito”.

A leitura completa do voto-condutor conduz facilmente à conclusão de que as aplicações e os valores que são devidos às requeridas por administradoras de cartões de crédito foram tidos como pertencentes ao ativo circulante, não tendo ocorrido, portanto, a suposta contradição.

Por outro lado, a retirada da indisponibilidade sobre o patrimônio de afetação vinculado ao Empreendimento Boulevard, como nitidamente se observa da retificação de voto (fls. 523/524), não teve o escopo de proteger a empresa. Constatou textualmente da aludida retificação que a liberação do patrimônio de afetação teve a finalidade de proteger a poupança popular, se restringindo aos valores pagos para a cobertura das despesas necessárias à realização do empreendimento.

A falta de determinação da Turma julgadora para que se faça o monitoramento da conta bancária vinculada ao empreendimento

não pode ser entendida como omissão. Se a Turma tivesse considerado necessária a determinação teria explicitado esse ponto por ocasião do julgamento, de modo que o inconformismo da parte deverá ser manifestado através do recurso apropriado.

Assim, verificando-se a inexistência dos vícios apontados pelo Ministério Público Federal, não merecem ser acolhidos os embargos declaratórios.

IV - CONCLUSÃO

Na verdade, observa-se que, sob o pretexto de omissão, obscuridade, contradição, erro de fato e prequestionamento, pretendem as embargantes, simplesmente, que esta Turma proceda à reapreciação da matéria, o que não se admite em sede de embargos de declaração, que não se prestam à modificação do que foi sobejamente decidido.

Diante de tais considerações, e tendo em vista a inexistência da omissão, obscuridade e contradição apontadas, conhecimento dos embargos de declaração interpostos pelo particular, Fazenda Nacional e MPF, negando-lhes provimento.

É como voto.

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 485.076-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Embargante: ESTADO DE ALAGOAS
Embargado: PAULO BARROS DA SILVA LIMA
Parte Int.: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs: DRS. FRANCISCO GUSTAVO FORTALEZA E OUTROS (EMBTE.) E ADRIANA ALVES DOS SANTOS (EMBDO.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. DISPONIBILIDADE DE RENDA. PRECATÓRIO. CESSÃO DE CRÉDITO A TERCEIROS. NÍTIDA PERMANÊNCIA DA NATUREZA

SALARIAL. ALÍQUOTA DE 27,5%. ARTIGO 153, III, DA CARTA MAGNA. ARTIGO 43 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.

- O cerne da questão diz respeito à natureza jurídica da renda auferida pelo autor com a cessão a terceiros de crédito inscrito em precatório judicial decorrente do reconhecimento do direito ao recebimento de diferenças salariais das URP's, gatilhos e trimestralidade.

- Os valores disponibilizados ao autor (diferenças salariais das URP's, gatilhos e trimestralidade) através de precatório são rendas que configuram acréscimo ao seu patrimônio, não se tratando de transação passível de ser tributada como ganho de capital, mas de verba de natureza salarial.

- A cessão do precatório a terceiros, mesmo com deságio, não altera a natureza do crédito de salarial para ganho de capital, porquanto o autor já possuía disponibilidade jurídica da renda, justificando-se a manutenção da alíquota de 27,5%.

- Precedentes do Pleno e Turmas deste eg. TRF da 5ª Região: EIAc 20088000005389601, Desembargador Federal Geraldo Apoliano, TRF5 - Pleno, DJe - Data: 26/10/2012 - Página: 102; AC 200880000053379, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Segunda Turma, DJe - Data: 20/05/2010 - Página: 262; AC 00023955920114058000, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Segunda Turma, DJe - Data: 22/03/2012 - Página: 563; AC 200880000046259, Desembargador Federal Cesar Carvalho, TRF5 - Primeira Turma, DJe - Data: 10/08/2011 - Página: 215; TRF5 - Quarta Turma - AC 477.540 - Relator(a) Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, DJe 06/10/2009 - Página: 644.

- Embargos infringentes interpostos pelo Estado de Alagoas e pela Fazenda Nacional providos

para fazer prevalecer o voto vencido, concluindo-se pela improcedência do pedido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, dar provimento a ambos os embargos infringentes, na forma do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Vencidos os Exmos. Srs. Desembargadores Federais Edilson Nobre Júnior, Francisco Cavalcanti e Marcelo Navarro.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de embargos infringentes interpostos pelo Estado de Alagoas e pela Fazenda Nacional contra acórdão proferido pela egrégia Quarta Turma desta Corte Regional que, por maioria de votos, deu provimento à apelação de Paulo Barros da Silva Lima, para julgar procedente o pedido do autor, no sentido de considerar a cessão de crédito de precatório requisitório como ganho de capital, tributável pela alíquota de 15% (quinze por cento).

O acórdão embargado foi ementado nos seguintes termos:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LITISCONSÓRCIO EM CARÁTER OBRIGATÓRIO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 47 QUE DEVE SER FEITA EM HARMONIA COMAS NOVAS DISPOSIÇÕES DO ART. 514, §§ 3º E 4º. JULGAMENTO QUE DEVE PROSSEGUIR NO TRIBUNAL QUANDO, SENDO A MATÉRIA DE DIREITO, TODOS OS INTERESSADOS TIVERAM OPORTUNIDADE DE RECORRER. CESSÃO DE CRÉDITO DE DIREITO OBJETO DE PRECATÓRIO. GANHO DE CAPITAL. INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA DE 15%. PRECEDENTES DA E. 4ª TURMA. APELO PROVIDO.

1. Se a demanda discute a possibilidade de incidência do percentual da alíquota de imposto de renda em decorrência de rendimento auferido por trabalho, a pessoa jurídica tributante é, por definição, a legitimada passiva para ingressar na lide. No caso em apreço, discutem-se duas formas de tributação possíveis. Uma, pela incidência de rendimentos do trabalho, na qual o legitimado seria o Estado de Alagoas por força das disposições constantes do art. 157, I, da CF/88. A outra, por rendimento de capital, na qual a legitimada seria a própria União Federal nos termos do art. 153, III, da CF/88, e do art. 16 da Lei nº 7.713/88. Por serem as condições da ação, dentre elas a legitimidade, reconhecidas *in status assertionis*, ambos seriam passivamente legitimados.

2. Outrossim, muito embora seja verdadeiro que o litisconsorte necessário deva participar de todas as fases do processo, as disposições do art. 47 do Código de Processo Civil devem ser interpretadas coerentemente com as novas reformas inseridas nos §§ 3º e 4º do art. 514 desse mesmo diploma legal. Nestes termos, sendo possível o julgamento no tribunal, por tratar-se a questão apenas de direito, é desnecessário o retorno dos autos à primeira instância se todos os litisconsortes apresentaram recurso, ou as respectivas contrarrazões.

3. “A alienação de direitos de crédito objeto de precatório, mediante cessão onerosa em favor de terceiro, configura ganho de capital, na forma do art. 21 da Lei 8.981/95, não mais podendo o respectivo valor ostentar colorido remuneratório, uma vez que sua quitação não é realizada pelo ente político que tem a obrigação de remunerar o servidor. Em assim sendo, é devido o montante do imposto de renda, numa só vez, independentemente de ajuste anual, mediante a incidência da alíquota de 15%, ao invés daquela de 27,5%.” (AC 475.390/AL, rel. Desembargador Federal Lázaro Guimarães, julgado em 12/04/2011). No mesmo sentido: AC 404.861/AL, rel. Desembargador Federal Edilson Nobre, julgado em 09/11/2010.

4. Tal conclusão parte da premissa, feita pelo art. 1º da Lei 7.713, de 22 de Dezembro de 1988, entre rendimento e ganho de capital. Existe ganho de capital, nos termos do art. 3º, § 3º, da mencionada norma nas “operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aqui-

sição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.”

5. Com efeito, tratando-se de precatório judicial, ainda não houve a disponibilização plena do *quantum* condenatório a que fez jus o beneficiário, existindo apenas a expectativa do seu recebimento efetivo. Desse modo, não poderia, como de fato não é, a só existência do precatório judicial ser tributada a qualquer título, ainda quando se cuidar de rendimento (art. 12 da Lei 7.713), uma vez que inexistente a efetiva percepção financeira do valor consignado.

6. Em sendo assim, sua cessão, vez que se trata de direito creditício, está sujeita à tributação, não por rendimento, mas sim por ganho de capital, submetendo-se a tributação do Imposto de Renda à regra do art. 21 da Lei 8.981, de 20 de Janeiro de 1995, que prevê a alíquota de 15% (quinze por cento) sobre o valor do ganho auferido, sendo tais ganhos apurados em separado e não integrando, ademais, a base de cálculo do Imposto de Renda na declaração de ajuste anual. Finalmente, na forma do art. 21, § 2º, o imposto pago não poderá ser deduzido do devido na declaração.

7. Também não infirma esse silogismo o fato de que, a considerar o valor do precatório e o valor da cessão, que obviamente, sempre sofrerá um deságio, jamais haveria ganho de capital na forma do § 2º, art. 3º, da Lei 7.713/88, mercê de inexistir a necessária “diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente”. Em se tratando de direito creditício em perspectiva, o custo de aquisição será zero, nos termos do art. 16, § 4º, da Lei 7.713/88, pois não existe preço ou valor anterior de aquisição. De consequência, a tributação terá como base de cálculo o valor efetivamente percebido através da cessão.

8. A título de *obiter dictum*, esclarece-se que a cessão encerra negócio jurídico autônomo, havendo, assim, dois fatos geradores para fins de imposto de renda, a saber: a) a cessão propriamente dita; b) o pagamento do precatório judicial, oportunidade na qual será o cessionário (comprador) também tributado, inclusive, na qualidade de responsável por força da aquisição que realizou (art. 131, I, do

CTN) pela Fazenda Pública titular do respectivo crédito tributário.

9. Apelos providos, condenando-se a parte sucumbente ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 10.000 (dez mil reais) *pro rata parte*, tendo esse valor, por *dies ad quem*, a data deste julgamento, com o consequente cancelamento da condenação em sucumbência e honorários fixadas em 1º grau de jurisdição.

A eminente Des. Federal Margarida Cantarelli foi vencida, sustentando o argumento de que a cessão dos créditos decorrentes de precatório não descaracteriza o auferimento de renda de natureza salarial, tributável na fonte a título de IRPF, na alíquota de 27,5%. Defendeu que a cessão de precatório a terceiros, mesmo com deságio, não altera a natureza do crédito de salarial para ganho de capital, porquanto o autor já possui disponibilidade jurídica da renda.

Na ocasião, os demais componentes da Quarta Turma, Des. Federais convocados Bruno Leonardo Câmara Carrá (Rel. p/ acórdão vencedor) e Marco Bruno Miranda, entenderam que se tratando de cessão de precatório judicial, ainda não houve a disponibilização plena do *quantum* condenatório a que fez jus o beneficiário, existindo apenas a expectativa do seu recebimento efetivo. Desse modo, não poderia, a só existência do precatório judicial ser tributada a qualquer título, ainda quando se cuidar de rendimento (art. 12 da Lei 7.713), uma vez que inexistente a efetiva percepção financeira do valor consignado. Aduziram que sua cessão, vez que se trata de direito creditício, está sujeita à tributação não por rendimento, mas sim por ganho de capital, submetendo-se a tributação do Imposto de Renda à regra do art. 21 da Lei 8.981, de 20 de Janeiro de 1995, que prevê a alíquota de 15% (quinze por cento) sobre o valor do ganho auferido, sendo tais ganhos apurados em separado e não integrando.

O Estado de Alagoas (fls. 249/262), em seu recurso, defendeu que a natureza jurídica dos valores recebidos por precatório não pode ser alterada por convenção das partes, nos termos do art. 123 do CTN. Dessa forma, a cessão de um crédito que tinha natureza salarial (verbas de servidor público), por precatório, a terceiros, não descaracteriza a origem salarial dos valores. Aduziu que

é devida a alíquota de 27,5% sobre a percepção de rendimentos que implicam o aumento da capacidade contributiva. Ao final, pugnou pelo provimento dos embargos infringentes para que prevaleça o voto vencido.

Por sua vez, a Fazenda Nacional argumentou (fls. 271/275), em síntese, que deve prevalecer o voto vencido, com a manutenção da sentença de improcedência em todos os seus termos. Pugnou pelo provimento do recurso.

A parte embargada apresentou contrarrazões ao recurso (fls. 278/280).

Admitidos os embargos infringentes, vieram-me conclusos os autos.

Dispensada a revisão, nos termos do art. 28, VIII, do Regimento Interno, por ser a matéria versada nos autos predominantemente de direito.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Trata-se de embargos infringentes interpostos pelo Estado de Alagoas e pela Fazenda Nacional contra acórdão proferido pela egrégia Quarta Turma desta Corte Regional que, por maioria de votos, deu provimento à apelação de Paulo Barros da Silva Lima, para julgar procedente o pedido do autor, no sentido de considerar a cessão de crédito de precatório requisitório como ganho de capital, tributável pela alíquota de 15% (quinze por cento).

O cerne da questão diz respeito à natureza jurídica da renda auferida pelo particular com a cessão a terceiros de crédito inscrito em precatório judicial decorrente do reconhecimento do direito ao recebimento de diferenças salariais das URP's, gatilhos e trimestralidade.

Entendo que os valores disponibilizados ao autor (diferenças salariais das URP's, gatilhos e trimestralidade) através de precatório são rendas que configuram acréscimo ao seu patrimônio, não

se tratando de transação passível de ser tributada como ganho de capital, mas de verba de natureza salarial.

Deve-se ressaltar que a cessão de crédito verificada não tem o condão de alterar a natureza de verba salarial, sobre a qual incide o imposto de renda sobre a alíquota de 27,5%.

Este egrégio Tribunal, incluindo a col. 2ª Turma, da qual fazia parte, já se manifestou sobre a questão debatida, tendo entendido que a tributação do Imposto de Renda na fonte à alíquota de 27,5% tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica jurídica da renda, produto do trabalho do autor, ocorrida via expedição de precatório.

Vale a transcrição dos seguintes precedentes neste sentido:

TRIBUTÁRIO. DISPONIBILIDADE DE RENDA. PRECATÓRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. CESSÃO DE CRÉDITO. INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO IR SOBRE GANHO DE CAPITAL. NÍTIDA PERMANÊNCIA DA NATUREZA SALARIAL. ALÍQUOTA DE 27,5%. ARTIGO 153, III, DA CARTA MAGNA. ARTIGO 43 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. SENTENÇA FUNDAMENTADA. NULIDADE AFASTADA.

1. A hipótese é de recurso interposto por particular contra a sentença que desacolheu a pretensão autoral, a qual objetivava a declaração de inexistência da relação jurídica obrigacional tributária existente para com as rés (recolhimento de imposto de renda) à base de alíquota de 27,5%, pugnano pelo reconhecimento da incidência da alíquota de 15% sobre a operação, tendo em vista se tratar a hipótese de cessão de crédito à TELEMAR inscrito em precatório judicial.

2. O cerne da questão diz respeito à natureza jurídica da renda auferida pelo particular com a cessão à TELEMAR de crédito inscrito em precatório judicial decorrente do reconhecimento do direito ao recebimento de diferenças salariais das URP's, gatilhos e trimestralidade, a fim de se reconhecer a incidência ou não de imposto de renda e qual a alíquota aplicada.

3. Os valores disponibilizados ao autor (diferenças salariais das URP's, gatilhos e trimestralidade) através de precatório são rendas que configuram acréscimo ao seu pa-

trimônio, não se tratando de transação passível de ser tributada como ganho de capital, mas de verba de natureza salarial; havendo que se ressaltar que a cessão de crédito verificada não tem o condão de alterar a natureza de verba salarial, sobre a qual incide o imposto de renda sobre a alíquota de 27,5%.

4. Este egrégio Tribunal já se manifestou sobre a questão debatida, tendo entendido que a tributação do Imposto de Renda na fonte à alíquota de 27,5% tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica jurídica da renda, produto do trabalho das autoras, ocorrida via expedição de precatório.

5. Apelação não provida.

(AC 20088000053379, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Segunda Turma, DJe - Data: 20/05/2010 - Página: 262.)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA FUNDAMENTADA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. IMPOSTO DE RENDA. CESSÃO DE CRÉDITO INSCRITO EM PRECATÓRIO ESTADUAL. REGIME DE GANHO DE CAPITAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. PERMANÊNCIA DA NATUREZA SALARIAL DAS VERBAS. ALÍQUOTA DE 27,5%. APLICAÇÃO.

1. Embora de forma sucinta, os fundamentos necessários para a demonstração da convicção do juízo foram devidamente apresentados, restando atendido, pois, o disposto no art. 93, IX, da Constituição, e no art. 458, II, do CPC. Não se pode confundir ausência de motivação com fundamentação contrária aos interesses da parte. Alegação de nulidade da sentença afastada.

2. Os demandantes cederam à TELEMAR/OI créditos inscritos em precatório judicial do Estado de Alagoas, com base na Lei Estadual nº 6.410/2003, relativos a diferenças salariais reconhecidas judicialmente, pretendendo conferir à referida operação natureza jurídica de ganho de capital, nos termos do art. 18 da Lei 9.249/95, e, por conseguinte, ficarem sujeitos ao Imposto de Renda à alíquota 15% (quinze por cento), e não 27,5% (vinte e sete e meio por cento), que fora recolhido pelo Estado de Alagoas.

3. Não há como entender que tal operação configura alienação de bens ou direitos, nos moldes do art. 3º, parágrafos 2º e 3º, da Lei 7.713/88, pois, para tanto, haveria a

necessidade de um dispêndio anterior, o que não ocorreu na hipótese.

4. O recebimento dos valores devidos pelo Estado de Alagoas com deságio, em função da cessão dos precatórios configura, na verdade, transferência de verba de natureza salarial reconhecida judicialmente, através de negociação com o próprio Estado devedor, e não resultado de ganho de capital decorrente de alienação de bens ou direitos.

5. Precedentes desta Segunda Turma: AC 474.875 (Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias, *DJe* 20/05/2010).

6. Apelação improvida.

(AC 00023955920114058000, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Segunda Turma, *DJe* - Data: 22/03/2012 - Página: 563.)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. CESSÃO DE PRECATÓRIO. ALÍQUOTA INCIDENTE. NATUREZA DO CRÉDITO.

- A alíquota de Imposto de Renda que incide sobre os valores pagos através de precatório depende da natureza do crédito. Tratando-se de verbas salariais, correta a aplicação do percentual de 27,5%.

- A cessão do precatório a terceiros, mesmo com deságio, não altera a natureza do crédito de salarial para ganho de capital, porquanto o autor já possuía disponibilidade jurídica da renda, justificando-se a manutenção da alíquota.

- Precedentes deste Tribunal: AC 474.875-AL, Rel. Des. Fed. Francisco Barros Dias, 2ª Turma, unânime, *DJ* de 20/05/10; AC 477.540-AL, Rel. Des. Fed. Margarida Cantarelli, 4ª Turma, unânime, *DJ* de 06/10/09.

- Apelação improvida.

(AC 200880000046259, Desembargador Federal Cesar Carvalho, TRF5 - Primeira Turma, *DJe* - Data: 10/08/2011 - Página: 215.)

TRIBUTÁRIO. DISPONIBILIDADE DE RENDA. PRECATÓRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. CESSÃO DE CRÉDITO. INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO IR SOBRE GANHO DE CAPITAL. NÍTIDA PERMANÊNCIA DA NATUREZA SALARIAL. ALÍQUOTA DE 27,5%. ARTIGO 153, III, DA CARTA MAGNA. ARTIGO 43 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. SENTENÇA FUNDAMENTADA. NULIDADE AFASTADA.

I - Os valores pagos às autoras representam o que lhes era devido (diferenças salariais das URP, gatilhos e trimes-

tralidade, concedidas mediante decisão judicial a funcionários públicos estaduais) pagos com atraso, inscrito em precatório, caracterizando-se como renda, apenas com recebimento postergado.

II - Tal disponibilidade de crédito configura acréscimo ao seu patrimônio, da mesma forma que o recebimento da remuneração pelo trabalho acrescida dos percentuais cabíveis na data adequada o seria. O recebimento de trinta por cento do valor total, como resultado de cessão de crédito realizada com empresa interessada em liquidar débitos tributários estaduais, sofrendo um deságio de 70% sobre o valor bruto, não se trata de resultado da soma de ganhos auferidos no mês, decorrente de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza (artigo 3º, parágrafo 2º, da Lei nº 7.713/88), mas de transferência de verba de natureza salarial através de negociação com o próprio Estado.

III - A tributação do Imposto de Renda na fonte, no caso dos autos, tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica jurídica da renda, produto do trabalho das autoras, ocorrida via expedição de precatório, pelo que a cessão de créditos procedida não afastou a natureza salarial, onde a retenção legal do Imposto de Renda incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento da decisão judicial transitada em julgado deve de fato ocorrer na fonte obrigada ao pagamento, no caso, quando o Estado disponibilizou a renda para as autoras, não podendo, a cessão de crédito procedida acarretar prejuízos para o polo passivo (Fisco), através de afastamento da alíquota de 27,5% para adoção da de 15%, como pretendido pelas cedentes, ora apelantes, inclusive sob pena de violação ao princípio da boa-fé objetiva.

IV - Os honorários advocatícios devem ser arcados pela parte vencida, rateados, em havendo litisconsórcio.

V - Apelação improvida.

(TRF5 - Quarta Turma - 200880000014660 - AC 477.540 - Relator(a): Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, *DJe* 06/10/2009 - Página: 644).

Assim, a cessão do precatório a terceiros, mesmo com deságio, não altera a natureza do crédito de salarial para ganho de capital, porquanto o autor já possuía disponibilidade jurídica da renda, justificando-se a manutenção da alíquota de 27,5%.

A questão também já foi decidida pelo Pleno desta eg. Corte, nos seguintes termos:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL. PRECATÓRIO JUDICIAL. VERBAS SALARIAIS. CESSÃO DE CRÉDITOS. IMPOSTO DE RENDA. NATUREZA SALARIAL. ALÍQUOTA DE 27,5%. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL.

1. As verbas que constituíram a base de cálculo do imposto de renda foram percebidas pelo servidor por precatório judicial em decorrência de decisão que lhe foi favorável, proferida em ação onde se discutiu verbas salariais, em face do Estado de Alagoas.

2. Embargada que realizou a operação de cessão de créditos para terceiro (empresa privada), conforme autorizado pelo art. 100, parágrafo 13º, da Constituição Federal. Insurge-se contra a retenção da fonte do Imposto de renda no percentual de 27,5%, em face da natureza salarial das verbas e pretende a incidência de 15% (quinze por cento), sob a alegação de que os valores que compuseram a base de cálculo da exação se caracterizam como “ganho de capital”, nos moldes previstos no art. 18 da Lei nº 9.249/95.

3. As verbas que compõem a renda tributável pelo IR devem manter a natureza jurídica do fato que lhe deu origem durante a sua trajetória, não podendo, o acordo de cessão de créditos, transmutar tal natureza e interferir na sua forma de tributação. Precedentes: AC nº 474.875-AL, Segunda Turma, DJe de 20/5/2010, Rel. Des. Fed. Francisco Barros Dias; AC nº 477.540/AL, Quarta Turma, DJe de 6/10/2009, Rel. Des. Fed. Margarida Cantarelli.

4. “(...) a disponibilidade do crédito, por si só, configurou a hipótese de incidência do aludido imposto em relação à disponibilidade jurídica da renda, tanto é que o autor pôde negociar tal crédito com terceiros. Acaso não houvesse essa disponibilidade, ao menos jurídica, não seria válida a transação feita pelos demandantes com terceiros, o que só vem a fortalecer o raciocínio de que a disponibilidade de direito da renda já havia sido concretizada, de modo que não se pode dissociar a causa jurídica da renda (vencimentos) do fato gerador do respectivo imposto” - fl. 62.

5. Embargos infringentes providos.

(EIAC 20088000005389601, Desembargador Federal Geraldo Apoliano, TRF5 - Pleno, DJe - Data: 26/10/2012 - Página: 102.)

Diante do exposto, reportando-me aos fundamentos acima transcritos, dou provimento aos embargos infringentes interpostos pelo Estado de Alagoas e pela Fazenda Nacional para fazer prevalecer o voto vencido, concluindo-se pela improcedência do pedido.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 5.177-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Impetrantes: DRS. JOSÉ ANTÔNIO CAVALCANTI FILHO E OUTRO
Impetrado: JUÍZO DA 4ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Paciente: JOSIVAN DOS SANTOS SILVA (RÉU PRESO)

EMENTA: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE PROCESSADO POR FRAUDE CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL. QUADRILHA. PACIENTE QUE SE OCULTOU PARA DIFICULTAR A PERSECUÇÃO PENAL. AMEAÇA À ORDEM PÚBLICA. CRIME COM PENA MÁXIMA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. POSSIBILIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO PENAL.

- A prisão preventiva decretada está consoante as disposições do art. 312 do Código de Processo Penal, diante dos fortes indícios de autoria e materialidade, da complexidade dos fatos criminosos, eis que o paciente integra um bando, com uma estrutura organizada, que se dedicava a fraudar documentos com o escopo de auferir indevido proveito financeiro em detrimento do já

combalido cofre da Previdência Social, tendo causado um prejuízo de cerca de R\$ 1.679.633,30 (um milhão, seiscentos e setenta e nove mil, seiscentos e trinta e três reais e trinta centavos) justificando, portanto, a segregação preventiva a que estão submetidos os pacientes.

- A ocultação do paciente não se deu por “mera divergência de endereço”, eis que ciente da ação penal em seu desfavor, devidamente assistido por advogado constituído, ainda assim, só foi encontrado após dois anos, fato que reforça o fundado receio de que venha novamente a se ocultar em prejuízo da instrução processual e da aplicação da lei penal em caso de eventual condenação.

- Justificada a segregação cautelar imposta ao paciente no fundado temor que torne a delinquir ou que venha atentar contra os atos do processo ou contra a ordem pública ou econômica, na dicção do art. 312 do CP.

- O paciente, desassustado e em franco menoscabo à justiça, continuou perseverando na prática criminosa, mesmo após iniciada a ação penal com a prisão do suposto chefe da quadrilha, consoante informação prestada pelo juízo impetrado.

- Remanesce hígida a fundamentação do decreto prisional, rechaçando a pretensão libertária de aplicação de outras medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, porquanto insuficientes para garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal.

- Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de *ha-*

beas corpus, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 12 de setembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOSIVAN DOS SANTOS SILVA, qualificado nos autos, contra coação supostamente perpetrada pelo Juízo da 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, por ter decretado, nos autos do Pedido de Liberdade Provisória nº 0006632-41.2013.4.05.8300, a prisão preventiva do paciente cujo trecho da decisão transcrevo a seguir (fls. 1.368/1.371):

(...)

Inicialmente, verifico que o requerente JOSIVAN DOS SANTOS SILVA teve a prisão preventiva decretada em 24/08/2010, nos autos da Representação Criminal nº 0010230-08.2010.4.05.8300 (cópia da decisão às fls. 36/42), cujo mandado foi cumprido em 31/05/2013, porquanto preenchido o requisito da garantia da ordem pública, nos moldes do art. 312 do CPP.

A denúncia, recebida em 19/11/2010, foi oferecida pelo *Parquet* na Ação Penal nº 0003098-60.2011.4.05.8300, em desfavor do requerente e de mais nove acusados, por haverem pretensamente incorrido na infração do disposto no art. 171 e art. 313-A c/c art. 71 e participação do art. 288, todos do Código Penal.

Segundo narrou o *Parquet*, à ocasião do oferecimento da denúncia, os denunciados, em comunhão de desígnios, iniciaram a prática dos delitos de falsificação de documentos, tais como Carteira de Identidade, Certidões de Nascimento, de Casamento e Óbito, documentos estes que foram utilizados perante diversas Agências da Previdência Social com o fim de obter benefícios previdenciários, os

quais foram percebidos, em alguns casos, mediante a facilitação do servidor do INSS, CLÁUDIO NASCIMENTO SILVEIRA ROSA, no ano de 2005.

Após diversas tentativas frustradas de citação, determinou-se o desmembramento do feito nº 0003098-60.2011.4.05.8300 em relação à MISAEL DOS SANTOS SILVA e JOSIVAN DOS SANTOS SILVA (ora requerente), formando-se, por conseguinte, o processo nº 0004882-38.2012.4.05.8300 (em anexo).

Pois bem.

Compulsando os presentes autos, tenho que o pedido formulado, no sentido de ver revogada a prisão preventiva outrora decretada não merece prosperar. Explico.

Deveras, diferentemente do que foi alegado pela defesa, observo que a segregação cautelar do encarcerado, determinada em 24/08/2010 (cópia da decisão às fls. 36/42), deu-se como medida necessária para a garantia da ordem, já que o acusado, *in thesís*, participava da atuação criminosa da quadrilha ali investigada, sendo, inclusive, à época da representação criminal, beneficiário de pensão por morte ativa, mesmo após já ter sido iniciada ação penal e determinada a prisão de MISAEL DOS SANTOS SILVA, pai do acusado e suposto chefe da quadrilha.

Segundo o MM. Magistrado prolator daquela decisão, portanto, a prisão fazia-se necessária para a garantia da ordem pública, porquanto os delitos continuavam a se repetir, mesmo quando da existência de outras ações penais em face de vários dos acusados, bem como meio de “minimizar a sangria que provoca, junto com os demais membros da quadrilha, aos cofres da autarquia previdenciária”.

É de se registrar, ainda, como bem lembrado pelo membro ministerial, que, no presente momento, além dos motivos já esposados na decisão que decretou a prisão preventiva, deve-se adicionar o fato de que o acusado, mesmo ciente da existência de ação penal em seu desfavor, ocultou-se para não ser citado por mais de 2 (dois) anos. Com efeito, à fl. 583 (dos autos da Ação Penal 0004882-38.2012.4.05.8300), consta procuração em que o ora requerente outorgou poderes ao advogado Rodrigo Trindade, para que este atuasse em sua defesa nos autos daquela ação.

Observo, inclusive, que, em nenhum momento, o réu ou o advogado antes constituído, vieram aos autos para informar a alteração de endereço, ou mesmo dizer se o acusado pretendia participar dos atos processuais.

Assim, revela-se crível que, acaso solto, o acusado possa vir novamente a se ocultar, impossibilitando a aplicação da lei penal.

Dessarte, temerária se mostra a concessão da liberdade ao requerente sob pena de se comprometer a ordem pública, pela reiteração da conduta, e mesmo a aplicação da lei penal, conforme acima explanado.

Acrescente-se, ainda, que as demais condições pessoais do agente (primariedade, ocupação e residência fixa), ainda que fossem favoráveis, por si sós, não inibiriam sua segregação cautelar, desde que presentes os pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal, exatamente como ocorreu na hipótese. Como regra geral, exige-se, também, dois requisitos genéricos, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, para a manutenção da prisão.

Na esfera penal, o *fumus boni iuris* é caracterizado pela probabilidade de que o réu venha a ser condenado. Esta probabilidade somente é verificada quando presentes, ao menos, prova da materialidade e indícios de autoria. Assim, presentes estes elementos, considera-se existente a fumaça do bom direito.

O segundo requisito genérico é o *periculum in mora*, configurado quando presentes alguns dos fundamentos específicos do art. 312 do Código de Processo Penal, ou seja, quando fundar-se na garantia da ordem pública, da ordem econômica, para conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Em relação à aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, embora a Lei nº 12.403/2011 tenha trazido relevantes alterações no trato das prisões e da liberdade provisória, estabelecendo alternativas ao cárcere, registre-se que o delito perpetrado é doloso e punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, sendo este um dos requisitos autorizadores da medida constritiva.

Destarte, não cabe, no presente caso, a imposição de medida cautelar prevista no art. 319 do CPP, diversa da prisão preventiva, uma vez que insuficientes para a garantia da ordem pública, bem como para assegurar a aplicação da lei penal, já que não teriam qualquer eficácia no caso em foco.

Posto isso, INDEFIRO, o pedido de revogação da prisão preventiva já decretada em desfavor de JOSIVAN DOS SANTOS SILVA, mantendo sua custódia cautelar nos termos da decisão exarada nos autos da Representação Criminal nº 0010230-08.2010.4.05.8300, o que faço forte no art. 312 do Código de Processo Penal.

Dos autos se extrai que o paciente, juntamente com mais nove acusados, foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 171 e art. 313-A c/c art. 71 e art. 288, todos do Código Penal, pela prática, em comunhão de desígnios, dos delitos de falsificação de documentos (carteira de identidade, certidões de nascimento, de casamento e de óbito etc.), os quais foram utilizados perante diversas agências da Previdência Social com a finalidade de obter benefícios previdenciários fraudulentos.

Em virtude do não comparecimento ao juízo, apesar de intimado, a MM. Juíza Federal, entendendo não serem cabíveis as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, decretou a prisão preventiva do paciente.

Instada a se manifestar, a autoridade reputada coatora prestou informação, ressaltando a necessidade da medida extrema (fls. 1.363/1.372).

O impetrante alega, em síntese (fls. 02/18):

a) que o paciente encontra-se preso por mera divergência de endereço, o que não pode ser suficiente à presunção de que o paciente pretenderá foragir-se, ameaçará a aplicação da lei, atrapalhará a investigação criminal ou cometerá novas infrações;

b) inexistem razões para a manutenção da prisão cautelar porquanto o paciente preenche todos os requisitos para a revogação de sua prisão;

c) inexistem os pressupostos que ensejam a decretação da prisão preventiva;

d) a aplicabilidade de outra medida cautelar prevista no art. 319 do Código de Processo Penal;

e) por fim, requer liminarmente a revogação da prisão preventiva com a expedição do alvará de soltura e definitiva concessão do *writ*.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 1.388/1.392).

O Ministério Público Federal apresentou parecer pela denegação da ordem (fls. 1.394/1.399).

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

A presente ação está jejuna de elementos que permitam aferir quaisquer ilegalidades ou abuso de direito a atingir o direito do paciente.

A prisão preventiva decretada está consoante as disposições do art. 312 do Código de Processo Penal, diante dos fortes indícios de autoria e materialidade, da complexidade dos fatos criminosos, eis que o paciente integra um bando, com uma estrutura organizada, que se dedicava a fraudar documentos com o escopo de auferir indevido proveito financeiro em detrimento do já combalido cofre da Previdência Social, tendo causado um prejuízo de cerca de R\$ 1.679.633,30 (um milhão, seiscentos e setenta e nove mil, seiscentos e trinta e três reais e trinta centavos) justificando, portanto, a segregação preventiva a que estão submetidos os pacientes.

Diferentemente do alegado, a ocultação do paciente não se deu por “mera divergência de endereço”, eis que ciente da ação penal em seu desfavor, devidamente assistido por advogado constituído, ainda assim, só foi encontrado após dois anos, fato que reforça o fundado receio de que venha novamente a se ocultar em prejuízo da instrução processual e da aplicação da lei penal em caso de eventual condenação.

No caso concreto, resta indubitavelmente justificada a segregação cautelar imposta ao paciente no fundado temor que torne a

delinquir ou que venha atentar contra os atos do processo, ou contra a ordem pública ou econômica, na dicção do art. 312¹ do CP.

O paciente, desassustado e em franco menoscabo à justiça, continuou perseverando na prática criminosa, mesmo após iniciada a ação penal com a prisão do suposto chefe da quadrilha, assim diz a informação prestada pelo juízo reputado de coator (fl. 1.369).

Por fim, remanesce hígida a fundamentação do decreto prisional, rechaçando a pretensão libertária de aplicação de outras medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, como alternativa no fato de o crime perseguido ser doloso e reprimido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos.

Qualquer outra medida é inaplicável em favor do paciente neste momento, uma vez que a prisão decretada busca a garantia da ordem pública, bem como para assegurar a aplicação da lei penal.

Tecidas essas considerações, denego a ordem.

Assim voto.

¹ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

INQUÉRITO Nº 2.502-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Indic./Invdo.: SEM INDICIADO
Investigados: JOSÉ VIEIRA DA SILVA, ALEXIANA VIEIRA BRAGA E JANEMÁRCIO DA SILVA
Advs./Procs.: DRS. FABRÍCIO ABRANTES DE OLIVEIRA, CLÁUDIO ROBERTO LOPES DINIZ, GILSON MARQUES EVANGELISTA E OUTRO E JOHN JOHNSON GONÇALVES DANTAS DE ABRANTES

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO ANTECIPADA OU VIRTUAL. REJEIÇÃO. PRELIMINARES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO-LEI 201/67 E INÉPCIA DA INICIAL. AFASTADAS. CRIMES PREVISTOS NO ART. 89 DA LEI 8.666/93 E ART. 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI 201/67. MATERIALIDADE DELITIVA E INDÍCIOS DE AUTORIA. CARACTERIZAÇÃO. DENÚNCIA RECEBIDA.
- A prescrição antecipada ou em perspectiva não encontra amparo em nosso ordenamento jurídico, sendo repelida a sua aplicação por nossos Tribunais pátrios. O Supremo Tribunal Federal tem repelido o instituto da prescrição antecipada (HC nº 66.913-1/DF, Min. Sydney Sanches, DJ 18.11.1988 e RHC nº 76.153-2/SP, Min. Ilmar Galvão, DJ 27.03.1998), assim como esta Corte Federal da 5ª Região, por importar em violação de princípios de direito material e de direito processual, não encontrando tal tese qualquer respaldo na doutrina e na majoritária jurisprudência pátria.
- No que tange ao mérito da recepção, já não pairam dúvidas nas Cortes superiores e nos tribunais de 2º grau, no sentido de que o referido

regramento foi recepcionado, estando em vigor no ordenamento jurídico. Precedentes. Recurso ordinário em Habeas Corpus (RHC 107.675, Luiz Fux, STF).

- Inépcia da peça acusatória afastada, posto que atendeu satisfatoriamente os requisitos previstos no art. 41 do CPP, uma vez que contém a narrativa adequada quanto ao fato criminoso, compreendendo todas as suas circunstâncias, a devida qualificação dos acusados, a identificação do tipo penal infringido e, ainda, o rol das testemunhas.

- A questão dos autos diz respeito ao recebimento de denúncia contra os acusados, prefeito do Município de Marizópolis/PB, sua sucessora, e servidor público municipal pela suposta prática do crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93 (fraude de licitação) c/c art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/67, quanto aos dois primeiros e somente art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/67, em relação ao terceiro, em concurso de agentes.

- Foi irregularmente dispensada licitação para compra de materiais de construção e mão de obra, optando-se pela execução direta pelo próprio Município, num contexto de irregularidades nas contratações, divergências em notas fiscais, diferenças quanto a valores pagos aos trabalhadores, falsificação de assinaturas em folhas de pagamento e entrega de vales em Mercadinho de propriedade de servidor público.

- Havendo prova quanto à materialidade do fato criminoso e de indícios de autoria que justificam apontar os acusados como responsáveis, deve ser admitida a denúncia oferecida, uma vez que, para a prolação de decisum expressando o juízo de admissibilidade vigora o princípio in dubio pro societate.

- Embora previsto no art. 2º, II, do Decreto-Lei nº 201/67, não se verifica a justa causa na hipótese

em questão para o afastamento do acusado do cargo de prefeito, uma vez que concretamente não há nenhuma evidência que sua permanência na função irá dificultar a persecução penal, sobretudo porque o Ministério Público não apontou situações que indicassem sua pertinência e nem sequer requereu essa providência.
- Ação penal recebida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, receber a denúncia com relação a JOSÉ VIEIRA DA SILVA, ALEXIANA VIEIRA BRAGA e JANEMÁRCIO DA SILVA, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 18 de setembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de inquérito policial no bojo do qual foi oferecida denúncia pelo Ministério Público Federal, em desfavor de JOSÉ VIEIRA DA SILVA (Prefeito do Município de Marizópolis/PB), ALEXIANA VIEIRA BRAGA (sucessora, ex-prefeita do referido município) e JANEMÁRCIO DA SILVA (funcionário público da prefeitura de Marizópolis/PB), pela suposta prática dos crimes previstos no art. 89 da Lei 8.666/93 e art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, em relação aos dois primeiros denunciados e art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, em relação ao terceiro denunciado, em concurso de agentes.

A peça acusatória fundamentou-se no Inquérito Policial 175/2006, instaurado pela Polícia Federal, em virtude de irregularidades apuradas quando da realização de licitação para construção de campo de futebol bem como na apropriação de verbas oriundas

das de repasse fruto da celebração do Convênio 460.005 com o Ministério do Esporte e Turismo, representado pela Caixa Econômica Federal, no valor de R\$ 145.000,00 (cento e quarenta e cinco mil reais), cujo objeto seria a “implantação de infraestrutura esportiva em comunidades carentes/construção de campo de futebol”.

Consta da denúncia que o denunciado José Vieira apenas promoveu licitação para a execução da obra de terraplanagem (Carta Convite nº 029/2002), dispensando-a indevidamente para a aquisição de materiais e mão de obra para a construção de campo de futebol, em desrespeito à Lei nº 8.666/93.

Em relação aos materiais de construção, afirma a denúncia que, como se observa da inicial da Ação Civil Pública (Processo nº 0002690-43.2009.4.05.8202) (fls. 422/445), os mesmos foram adquiridos sem concorrência pública às firmas Maria de Fátima Ramalho Santos (Construsul Materiais de Construção), Cícero Joaquim de Oliveira (Cimacal) e Alberto Gonçalves da Nóbrega, no total de R\$ 54.593,36 (cinquenta e quatro mil, quinhentos e noventa e três reais e trinta e seis centavos).

Outrossim, aduz que em relação a algumas notas fiscais emitidas pela firma Construsul Materiais de Construção existe divergência entre as suas cópias existentes no processo e as vias fixas no talão de notas fiscais, conforme Informação Fiscal (fls. 406/407), da lavra do Auditor Fiscal Tributário Estadual Antônio Andrade Moura.

Quanto à mão de obra contratada, informa a inicial acusatória que se verificou a existência de falsas assinaturas de pedreiros, diferenças entre os valores efetivamente pagos e o constante na folha de pagamentos, chegando alguns a não receber remuneração alguma, o que evidenciaria o caráter fraudulento da referida obra bem como a apropriação de valores.

Ainda, dois saques no valor total de R\$ 32.945,90 (trinta e dois mil, novecentos e quarenta e cinco reais e noventa centavos) foram emitidos e sacados de forma direta na boca de caixa por José Vieira da Silva, cujas cópias constam às fls. 33 e 42 do apenso.

Relativamente ao denunciado Janemárcio da Silva, afirma que o mesmo é pessoa de confiança do prefeito, sendo o encarregado

de preencher as fichas com os dados e valores dos trabalhadores temporários, conforme depoimentos e confirmações de deduções às fls. 515, 520 e 521 do apenso 3.

Afirma também que a sucessora do denunciado José Vieira, a denunciada Alecxiana Vieira, ciente de todas as ilegalidades destacadas, especialmente a contratação direta de empresas e de mão de obra para execução do aludido convênio, continuou efetuando pagamentos em desacordo com a lei. E ocasionou prejuízo ao erário decorrente de dispensa de licitação.

A competência foi declinada para o TRF da 5ª Região, tendo em vista se tratar, um dos indiciados, de prefeito de um dos Municípios da Paraíba.

Chegando o presente inquérito policial a este egrégio Tribunal, foi concedida vista dos autos ao Ministério Público Federal, que ofereceu a Promoção Ministerial nº 538/12, reiterando os pedidos da denúncia e a notificação dos denunciados, para defesa preliminar (fl. 10).

Dessa forma, os investigados foram notificados para apresentar defesa preliminar, as quais foram tempestivamente oferecidas.

Em sua defesa (fls. 23/32), o denunciado José Vieira da Silva suscita preliminarmente a prescrição punitiva virtual, vez que os fatos narrados na denúncia ocorreram em 2002, e a inaplicabilidade do Decreto-Lei nº 201/67, tendo em vista que o artigo 5º, inciso XXXIX, da CF/88 prevê o princípio da reserva legal e o referido decreto é um ato oriundo unilateralmente do Poder Executivo. No mérito aduz que a edificação, construção e execução da obra do campo de futebol de Marizópolis foram efetivadas dentro das especificações projetadas, devidamente fiscalizadas e aprovadas pela CEF, TCU e Ministério dos Esportes. Alega, ainda, que os preços dos materiais de construção eram compatíveis com os preços de mercado na época e que não dispensou indevidamente licitação de materiais e mão de obra, apenas optou por fazê-la por Administração Direta, dentro da lei. Afirma que a narrativa de utilização de documentos falsos é fantasiosa e destoante da realidade fática. Por fim, pugna pelo reconhecimento das preliminares e, caso ultrapassadas, pelo não recebimento da denúncia.

A denunciada Alecxiana Vieira Braga apresentou defesa às fls. 35/40, suscitando, preliminarmente, a inépcia da inicial, visto que a denúncia não se encontra revestida de detalhamentos específicos e a inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos, conforme decisão proferida pelo Plenário do STF ao julgar a Reclamação 2139, cujo entendimento é o de que os agentes políticos não respondem por improbidade administrativa com base no art. 37, § 4º, da CF/88, regulado pela Lei nº 8.429/92, mas apenas por crime de responsabilidade perante o STF. No mérito, aduz a denunciada que as imputações que lhe são atribuídas não são verdadeiras, a prova disso é que o estádio de futebol encontra-se construído. Aduz que o mero erro formal não é capaz de impor sanções ao administrador, senão quando existe comprovação de dano ao erário. Desse modo, requer o reconhecimento das preliminares apresentadas e, não sendo estas atendidas, seja a presente ação julgada improcedente com a absolvição da acusada de todas as imputações que lhe foram feitas.

Foi apresentada defesa pelo acusado Janemárcio da Silva às fls. 42/49, onde o mesmo afirma que ocupa o cargo efetivo de fiscal de urbanismo, tributos e transporte, sem poder de decisão, e jamais foi ordenador de despesa. Aduz que a denúncia descreve atipicidade da conduta, ao discorrer sua conduta, responsabilizando-o como encarregado de preencher ficha com dados dos trabalhadores e valores a serem pagos a estes, bem como que tais trabalhadores recebiam vale-compras exclusivamente para aquisições em seu mercadinho. Defende também que a inicial acusatória é genérica, inexistindo correta individualização da conduta de cada agente, nos termos do art. 41 do CPP.

Devidamente intimado para se manifestar sobre as preliminares alegadas às fls. 35/40, o Ministério Público Federal manifestou-se nos autos, apresentando a Promoção nº 171/2013, onde requer que sejam negados quaisquer efeitos à defesa preliminar dos denunciados. Refutou a prescrição antecipada ou virtual, declinando o teor da Súmula 438 do STJ. Afirmou que o Decreto 201/67 foi recepcionado pela CRFB, consoante Súmula 496 do STF e precedente do STJ. Rechaçou a inépcia da denúncia, afirmando que a peça preenche os requisitos do art. 41 do CPP, proporcio-

nando o exercício do contraditório e ampla defesa. No mérito, indica equívoco do denunciado José Vieira, ao qualificar elementos de informação colhidos como prova, pois estas últimas dependem do exercício, ainda diferido, do contraditório. Quanto à defesa da denunciada Alecxiana Vieira, aduziu que a matéria deduzida não guarda relação com a natureza das imputações da denúncia. Em seguida, sustentou a presença dos requisitos para recebimento da denúncia, relatando que o denunciado José Vieira celebrou contrato de repasse e emitiu cheques destinados ao custeio de obras, tendo ciência e dolo nos ilícitos. Quanto a Janemárcio da Silva, afirmou que este foi beneficiado com as ilegalidades, vez que parte dos empregados na obra pública recebia seus pagamentos em vales-compra, válidos somente em seu estabelecimento comercial. Por fim, a denunciada Alecxiana Vieira, ciente de todas as ilegalidades destacadas, especialmente a contratação direta de empresas, continuou efetuando os pagamentos em desacordo com a lei, sendo evidente o prejuízo ao erário. Ao final, requereu o recebimento integral da denúncia.

À fl. 60 dos autos, o denunciado José Vieira da Silva requereu a juntada de instrumento procuratório em anexo e a concessão de vista dos autos pelo prazo legal. Foi concedida vista dos autos ao advogado, não havendo este se manifestado.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

A hipótese é de inquérito policial no bojo do qual foi oferecida denúncia pelo Ministério Público Federal, em desfavor de JOSÉ VIEIRA DA SILVA (Prefeito do Município de Marizópolis/PB), ALEXIANA VIEIRA BRAGA (sucessora, ex-prefeita do referido município) e JANEMÁRCIO DA SILVA (funcionário público da prefeitura de Marizópolis/PB), pela suposta prática dos crimes previstos no art. 89 da Lei 8.666/93 e art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, em relação aos dois primeiros denunciados e art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, em relação ao terceiro denunciado, em curso de agentes.

A denúncia fundamentou-se no Inquérito Policial 175/2006, instaurado pela Polícia Federal, em virtude de irregularidades apuradas quando da realização de licitação para construção de campo de futebol bem como na apropriação de verbas oriundas de repasse fruto da celebração do Convênio 460.005 com o Ministério do Esporte e Turismo, representado pela Caixa Econômica Federal, no valor de R\$ 145.000,00 (cento e quarenta e cinco mil reais), cujo objeto seria a “implantação de infraestrutura esportiva em comunidades carentes/construção de campo de futebol”.

1. Prejudicial e Preliminares

1.1. Prejudicial de prescrição antecipada, virtual ou em perspectiva

O Supremo Tribunal Federal tem repellido o instituto da prescrição antecipada (HC nº 66.913-1/DF, Min. Sydney Sanches, *DJ* 18.11.1988 e RHC nº 76.153-2/SP, Min. Ilmar Galvão, *DJ* 27.03.1998), assim como esta Corte Federal da 5ª Região, por importar em violação de princípios de direito material e de direito processual, não encontrando tal tese qualquer respaldo na doutrina e na majoritária jurisprudência pátria.

Sobre a matéria trazida a exame, a corrente penalista majoritária discute o “eventual desrespeito ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. Esse princípio, adotado pelo sistema processual, impõe ao Ministério Público o dever de provocar, por meio de denúncia, o pronunciamento jurisdicional sobre a pretensão de punir. Se o fato típico estiver comprovado e a autoria demonstrada, a denúncia ou aditamento, portanto, será de rigor. Nesse sentido, o exercício da ação não estaria adstrito a juízos de conveniência. Outro aspecto levantado por parte da doutrina que afasta essa modalidade de prescrição é a sua falta de previsão legal em nosso ordenamento jurídico.”¹

Neste sentido:

¹ MARQUES, Jader. “AÇÃO PENAL. PENA PROJETADA. HIPÓTESE DE CONDENAÇÃO. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. POSSIBILIDADE”. Revista Síntese de Direito Penal nº 24. Porto Alegre: Síntese, 2004.

HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA, PELA PENA EM PERSPECTIVA. INADMISIBILIDADE. PRECEDENTES. INQUÉRITO POLICIAL. ARQUIVAMENTO. SÚMULA 524 DO STF. NOVAS PROVAS. DENÚNCIA OFERECIDA.

1. O Supremo Tribunal Federal tem repellido o instituto da prescrição antecipada (HC nº 66.913-1/DF, Min. Sydney Sanches, DJ 18.11.1988 e RHC nº 76.153-2/SP, Min. Ilmar Galvão, DJ 27.03.1998).

2. A denúncia foi oferecida com base em novas provas, produzidas posteriormente ao arquivamento do inquérito policial. Ausência de ofensa à Súmula 524 desta Corte.

3. *Habeas corpus* indeferido.

(STF - HC 82.155-SP - 1ª T. - Relª. Minª. Ellen Gracie - DJU 07.03.2003 - p. 00041). (Grifos nossos)

INQUÉRITO. EX-PREFEITO MUNICIPAL. DECRETO-LEI Nº 201/67. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

1. A prescrição antecipada ou em perspectiva não encontra amparo em nosso ordenamento jurídico, sendo repelida a sua aplicação pelos Tribunais.

2. Fase processual em que se verifica apenas a admissibilidade da acusação quanto aos fatos que constituem, em tese, crimes tipificados no CP ou em Leis extravagantes, e da existência de indícios da sua autoria; além da observância aos preceitos dos arts. 41 e 43 do CPP.

3. Denúncia oferecida nos termos exigidos pela Lei. Resposta contendo alegações que não afastam de plano a acusação.

4. Denúncia recebida.

(TRF 4ª R. - INQ 2001.70.01.003212-0 - PR - 4ª S. - Relª. Desª. Fed. Maria de Fátima Freitas Labarrère - DJU 07.01.2004 - p. 158). (Grifos nossos)

Rechaçando, ainda, a prescrição antecipada, verifique-se o teor da Súmula 438 do STJ:

É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.

1.2. Preliminar de Inconstitucionalidade do Decreto-Lei 201/1967

Tecnicamente falando, não há que se falar em inconstitucionalidade do Decreto-Lei 201/1967, tendo em vista que a norma precede a Constituição de 1988, assim, o instituto jurídico a ser analisado é a recepção, ou não, pela Constituição.

No que tange ao mérito da recepção, já não pairam dúvidas nas Cortes Superiores e nos Tribunais de 2º grau, no sentido de que o referido regramento foi recepcionado, estando em vigor no ordenamento jurídico. Segue precedente:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PEDIDO DE LIMINAR PARA SUSPENDER A AÇÃO PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. UTILIZAÇÃO DE BENS PÚBLICOS EM PROVEITO PRÓPRIO OU ALHEIO (ART. 1º, INC. II, DO DL 201/67). ATIPICIDADE. REEXAME DE PROVAS. VEDAÇÃO NA VIA DO *WRIT*. ALEGADA NÃO RECEPÇÃO DO DECRETO-LEI 201/67 PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. MATÉRIA SUMULADA NO STF - SÚM. 496: "SÃO VÁLIDOS, PORQUE SALVAGUARDADOS PELAS 'DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS' DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967, OS DECRETOS-LEIS EXPEDIDOS ENTRE 24 DE JANEIRO E 15 DE MARÇO DE 1967". PRECEDENTES. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DA AÇÃO PENAL: INCONSISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA, *PRIMA FACIE*, DE VIOLAÇÃO.

1. O trancamento da ação penal por meio de *habeas corpus* é medida excepcional, somente admissível quando transparecer dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, circunstâncias não evidenciadas na hipótese em exame.

2. O DL 201/67 não padece do vício de inconstitucionalidade. É que o Supremo Tribunal Federal decidiu que: 'PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. DL 201/67: CONSTITUCIONALIDADE. PREFEITO. DL 201/67, ART. 1: CRIMES COMUNS. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DAS DENÚNCIAS. PROVA:

EXAME. I. - O Supremo Tribunal Federal rejeitou a arguição de inconstitucionalidade do D.L. 201, de 1967. HC 70.671-PI, Velloso, Plenário, 13.04.94; HC 69.850-RS, Rezek, Plenário, *DJ* de 27.05.94. II. - Inviável o truncamento da ação penal se a denúncia descreve fatos que configurem, em tese, ilícito penal. III. - Os crimes denominados de responsabilidade, previstos no art. 1º do D.L. 201, de 1967, são crimes comuns, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente de pronunciamento da Câmara Municipal. IV. - Denúncias que atendem aos requisitos do art. 41 do C.P.P. V. - O exame de provas não é possível no âmbito estreito do *habeas corpus*. VI. - HC não conhecido no tocante ao paciente Joaquim de Oliveira Castro Filho, na parte em que alega a inconstitucionalidade do D.L. 201, de 1967, porque é mera reiteração do HC 70.671-PI, e indeferido quanto ao mais.” (HC 71.669/PI, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, *DJ* de 02/02/1996).

3. *In casu*, o paciente, prefeito municipal, foi denunciado pela suposta prática do crime de responsabilidade descrito no art. 1º, inc. II, do Decreto-Lei nº 201/1967, por ceder, para uso indevido de vereador de sua base de sustentação, veículo do município, que restou sinistrado, causando considerável prejuízo ao erário.

4. A alegação de ausência de autoria, objetivando o truncamento da ação penal, demanda aprofundado reexame de fatos e provas, insuscetível em *habeas corpus*.

5. A ausência de denúncia de suposto coautor, matéria inerente à prova, não revela *prima facie* violação do princípio da indisponibilidade da ação penal.

6. O princípio da indisponibilidade da ação penal não se aplica na hipótese de crime próprio, por isso que o sujeito ativo do crime de responsabilidade é o prefeito ou quem, em virtude de substituição, nomeação ou indicação, esteja no exercício das funções de chefe do Executivo Municipal. Os delitos referidos no art. 1º do Dec.-Lei 201/67 só podem ser cometidos por prefeito, em razão do exercício do cargo ou por quem, temporária ou definitivamente, lhe faça as vezes. Assim, o presidente da Câmara Municipal, ou os vereadores, ou qualquer servidor do Município não podem ser sujeito ativo de nenhum daqueles crimes, a não ser como copartícipe (Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial, coordenação Alberto Silva

Franco e Rui Stocco, 7ª ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 2.690).
7. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se nega provimento.
(RHC 107.675, LUIZ FUX, STF.)

Desta forma, rejeitada a preliminar.

1.3. Inépcia da denúncia

A preliminar de inépcia da peça acusatória, suscitada pela defesa, não merece acolhimento.

Em conformidade com o art. 41, a peça acusatória deverá conter a: (a) exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (descrição das condutas de cada um dos réus, sendo abrandada essa formalidade nos crimes societários); (b) qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo (certeza da identidade física do réu, ainda que desconhecido o seu verdadeiro nome); (c) classificação do crime (indicação do dispositivo legal no qual se enquadra a conduta ilícita narrada; e o (d) rol de testemunhas.

Embora não tenha promovido nenhuma alteração no conteúdo do art. 41 do Código de Processo Penal, o legislador da Reforma de 2008 revogou o art. 43 do mesmo diploma normativo, que tratava, inadequadamente, das hipóteses de rejeição da ação penal. Afinado com a melhor processualística, o legislador cuidou das hipóteses de rejeição da ação penal no art. 395 do CPP e, em relação às questões de mérito que podem dar ensejo ao julgamento antecipado da lide, no art. 397 do CPP, como situações que conferem lastro à absolvição sumária, após o contraditório.

Por isso mesmo, em atenção ao art. 41 do CPP, a primeira missão do juiz, ao ter sob apreciação qualquer ação penal para fins de pronunciamento quanto a sua admissibilidade, ou não, é o exame em relação à presença dos pressupostos processuais e às condições da ação. É um exame de censura, para fins de rejeição, se for o caso.

Em verdade, a rejeição da ação penal é uma exceção, posto que a regra é a sua admissibilidade. Seja por falta de pressuposto processual, seja por ausência de uma condição da ação, a rejei-

ção da ação penal importa em encerramento do processo sem que, sequer, ocorra a sua formação, nem muito menos a sua instrução. A exigência da satisfação dos pressupostos processuais e das condições da ação, em rigor, é uma limitação ao direito fundamental do amplo acesso à justiça, que quer dizer muito mais do que acesso ao Judiciário em si, pois importa em assegurar que a pessoa tenha o direito de ver o seu direito discutido pelo órgão jurisdicional de forma efetiva e em duração de tempo razoável. Rejeitar a ação penal, por conseguinte, equivale a negar o direito, sequer, de discutir o assunto pela via judicial. Por isso mesmo, sendo uma exceção, a decisão judicial nesse sentido tem de ser, necessariamente, fundamentada em uma das hipóteses do art. 395 do Código de Processo Penal.

Nesse particular, nos termos do art. 395 do CPP, com a redação da Lei nº 11.719, de 2008, a rejeição liminar da ação penal se dará quando:

- a) for “manifesta” a inépcia da petição inicial;
- b) faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou
- c) faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Note-se que a inépcia da ação penal, que é a preliminar suscitada pela defesa para o não recebimento da denúncia, corresponde à ausência de requisito necessário para a instauração válida da relação processual, ou seja, é um pressuposto processual de ordem objetiva.

Doutrinadores há, como Afrânio Silva Jardim², que defendem existir, quanto à ação penal, uma quarta condição da ação, que seria a “(...) justa causa, ou seja, um suporte probatório mínimo em que se deve lastrear a acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado”. A mera existência do processo criminal, não se há de negar, gera para o acusado uma série de efeitos negativos,

² Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres, RJ, Forense, 1987, p. 70.

das mais diversas ordens, até mesmo psicológica, o que afeta a sua qualidade de vida pessoal, familiar, social e pode, até mesmo, comprometer, irremediavelmente, o seu futuro. Diante disso, não se pode oferecer uma ação penal contra alguém, a não ser que se tenha uma culpa sumária formada contra ele, sob pena de inexistir justa causa, até mesmo, para o indiciamento.

Aparentemente, houve uma atecnia do legislador, na medida em que tratou da inépcia da petição inicial como se ela não fosse uma falta de pressuposto objetivo. Da mesma forma, à primeira vista, o legislador considerou a falta de justa causa uma circunstância que não se enquadra quer como pressuposto processual, quer como condição da ação, o que dá fôlego, em uma primeira análise, à conclusão de que seria hipótese de falta de condição de procedibilidade.

Certamente ninguém haverá de dizer que a inépcia da ação, que se verifica quando não há o pleno preenchimento dos requisitos necessários à petição inicial (art. 41 do CPP), não tem a natureza jurídica de falta de pressuposto processual, apenas porque o legislador disse, no inciso I do art. 395, que esse vício é hipótese de rejeição da denúncia ou queixa, e, no inciso II do mesmo comando normativo, afirmou que a mesma consequência jurídica se dará quando *faltar pressuposto processual*.

Menos preocupado com o rigor científico do que com a realidade, o que se teve em mente, com a redação emprestada ao art. 395 do CPP, foi ressaltar que, no momento do exame quanto ao recebimento, ou não, da ação penal, o juiz, dentre os pressupostos processuais e as condições da ação, deve dar acentuado destaque exatamente para aqueles vícios que, mais frequentemente, são questionados no decorrer do processo, muitas vezes, até mesmo, por meio da interposição de *habeas corpus*.

A denúncia regularmente elaborada, especificamente em relação à imputação criminosa, que exige narrativa fática pormenorizada e individualizada, por mais paradoxal que seja, é *condition sine qua non* para o exercício da defesa com foros de efetividade. Isso é sobremaneira relevante para o acusado. Daí por que é de fundamental importância o exame criterioso da adequação da petição inicial aos requisitos do art. 41 do CPP.

Com suporte nessas breves explicações de ordem doutrinária, incumbe afirmar que **não merece prosperar a preliminar de inépcia da ação penal**. É que a denúncia satisfaz os requisitos necessários a sua proposição, na forma do art. 41 do Código de Processo Penal, oferecendo aos acusados a possibilidade plena do exercício do seu direito de defesa. Com efeito, na referida peça, foram expostos os fatos imputados criminosos de modo objetivo e pormenorizado, individualizadas as condutas dos agentes, na condição de prefeito municipal, sucessora do prefeito e agente público, bem como foram ainda apontadas as correspondentes participações, em tese, nas atividades criminosas, com menção aos respectivos dispositivos criminais relativos às condutas atribuídas ao acusado.

Assim, não se vislumbra a existência de vício insanável na denúncia, tendo em consideração os elementos de prova colhidos nos autos e, em especial, pelos fundamentos a seguir esposados.

A uma, porque os fatos criminosos descritos na ação penal respectiva restaram, em tese, evidenciados para fins de recebimento da denúncia, não havendo que se exigir maior detalhamento e descrição das condutas imputadas aos acusados no ato de proposição da denúncia.

A duas, porque a denúncia descreveu, suficientemente, o ilícito em tese perpetrado pelos denunciados, relacionando-os com o conjunto de provas constituído principalmente de acervo documental, em adequada correspondência com as exigências do art. 41 do CPP, permitindo aos acusados a clara ciência das condutas ilícitas que lhe foram imputadas, assegurando-lhe, assim, a oportunidade para o livre exercício do contraditório e da ampla defesa, razão por que não há de falar-se em inépcia da peça acusatória.

Rejeição da preliminar de inépcia.

2. Mérito

2.1. Ação penal. Existência de justa causa. Recebimento

Como é de sabença, para o recebimento da denúncia é necessária prova da materialidade delitiva e de indícios de autoria. É a exigência de justa causa como condição para o exercício da ação penal, garantia muito cara, porque assegura que nenhuma pessoa

será constrangida, por meio de processo criminal, quanto ao seu direito de liberdade e mesmo à honra e à imagem, sem ter contra si provas de que o fato efetivamente ocorreu, assim como de indícios que, se não autorizam a conclusão de sua culpa, justificam que seja apontada como a possível autora do fato criminoso.

É como se o sistema dissesse que todas as pessoas são *presumidamente inocentes*, daí por que, para que ela seja apontada como a provável autora de um crime, exige-se que essa imputação esteja apoiada em uma culpa sumária. Dessa forma, para o cidadão, essa presunção de inocência é uma garantia no sentido de que ele não poderá ser perturbado em sua paz nem arranhado em sua dignidade como pessoa em razão de imputações levianas, invocadas sem a menor plausibilidade, com o propósito, apenas, de deixá-lo em situação constrangedora.

A importância da análise da justa causa como condição da ação, de maneira a abortar a existência de um processo temerário, com conseqüente comprometimento desnecessário da imagem e da tranquilidade de uma pessoa, revela o acerto do devido destaque que lhe foi conferido na lei, como forma de recomendar ao juiz, no momento da feitura do exame da petição inicial, especial atenção a esse aspecto.

No caso dos autos, cuida-se de denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal, em desfavor de JOSÉ VIEIRA DA SILVA (Prefeito do Município de Marizópolis/PB), ALEXIANA VIEIRA BRAGA (sucessora, ex-prefeita do referido município) e JANEMÁRCIO DA SILVA (funcionário público da prefeitura de Marizópolis/PB), pela suposta prática dos crimes previstos no art. 89 da Lei 8.666/93 e art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, em relação aos dois primeiros denunciados e art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, em concurso de agentes.

Os dispositivos invocados dispõem:

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;

(...)

§1º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos.

§ 2º A condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo, acarreta a perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular.

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade legal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Impende destacar que, nesse momento, **não é dado incursionar em análise profunda da prova**, sob pena de antecipar-se, indevidamente, o julgamento de mérito da lide.

Segundo entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, “a rejeição da denúncia somente tem cabimento em casos em que se verifique de plano a atipicidade da conduta, sem a necessidade de o magistrado, na simples decisão de recebimento, efetuar um exame aprofundado da prova, cuja apreciação deve aguardar momento oportuno, qual seja a instrução criminal”. (STJ, REsp 200101289916, Og Fernandes, Sexta Turma, *DJe*: 22/03/2010)

Sob este aspecto, é de se ver que o juízo de recebimento da denúncia não é a sede própria para o exame aprofundado de provas, inclusive a ouvida de testemunhas. Ora, o próprio STF já decidiu que “para o recebimento da ação penal não se faz necessária a existência de prova cabal e segura acerca da autoria do delito descrito na inicial, mas apenas prova indiciária, nos limites da razoabilidade” (STF, HC 93.628, Ricardo Lewandowski).

Ainda sobre a questão:

DENÚNCIA - RECEBIMENTO. O recebimento da denúncia faz-se considerados indícios da autoria e da materialidade criminosa.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OMISSÃO. A inexistência de omissão conduz ao desprovimento dos embargos declaratórios. Isso ocorre no que embrionária a ação penal, estando-se em fase de simples recebimento da denúncia. Não cabe conclusão sobre elementos probatórios coligidos. Mostram-se suficientes para tanto indícios da autoria e da materialidade do crime.

(STF, Inq-ED 2.052, MARCO AURÉLIO)

As provas já coligidas até então ao feito evidenciam indícios suficientes de autoria e demonstram a materialidade delitiva.

A questão dos autos diz respeito ao convênio nº 460.005, firmado pela Municipalidade com o Ministério do Esporte, objeto do Contrato de Repasse nº 145720-68/2002, cujo objeto era a implantação de infraestrutura esportiva em Marizópolis - PB (construção de um campo de futebol). O referido Ministério transferiu a importância de R\$ 145.000,00, cabendo à prefeitura a contrapartida de R\$ 75.952,61.

Como se verifica dos autos, o Prefeito José Vieira promoveu licitação (Carta-convite) apenas para a execução da obra de terraplanagem. Relativamente aos materiais de construção e mão de obra dispensou indevidamente a licitação, optando pela execução direta pelo próprio município (fl. 107).

Os materiais de construção foram adquiridos sem concorrência pública e pesquisa de preço, na importância de R\$ 54.593,36, mediante notas fiscais com divergências com vias do talão de notas fiscais, o que reforça a ideia de indícios de fraude.

O Prefeito José Vieira, através do também denunciado, Janemário da Silva, contratou de forma verbal mão de obra para a construção do campo de futebol, na pessoa do Sr. João Manoel do Nascimento, que chamou pedreiros e ajudantes para trabalhar na obra.

Ainda, dois cheques no valor total de R\$ 32.945,90 (trinta e dois mil, novecentos e quarenta e cinco reais e noventa centavos) foram emitidos e sacados de forma direta na boca do caixa por

José Vieira da Silva, cujas cópias constam às fls. 33 e 42 do apenso.

Também existiram irregularidades na negociação referente à contratação da mão de obra para a construção do campo de futebol. Houve diferenças quanto aos valores efetivamente pagos aos pedreiros, e o valor constante da folha de pagamento, bem como quanto ao valor pago pelas diárias aos trabalhadores, o que denota a existência de apropriação de quantias, devendo estas ser devidamente apuradas em regular ação penal. Dentre os operários temporários, o pedreiro Valmir Inácio da Silva, que protocolou representação no Ministério Público, informou que nunca recebeu valores discriminados em notas e afirmou que as assinaturas apostas nas folhas de pagamentos não são suas.

Apurou-se que os pedreiros e ajudantes que trabalharam na obra recebiam de R\$ 10,00 a R\$ 20,00 por dia trabalhado, mediante **vale-compras do mercadinho do servidor indiciado Janemárcio da Silva** (depoimento de fls. 128, 129, 153), que também teria colaborado com falsificação de assinaturas dos trabalhadores em folha de pagamento fictícia.

Em seu depoimento no IP, Valmir Inácio da Silva afirmou (excertos, fls. 128/129):

QUE, de fato se recorda que no ano de 2004 foi procurado pela pessoa encarregada da obra, conhecido por João do Mari, que mora na mesma rua do depoente, a fim de trabalhar na construção de um muro do campo de futebol nesta cidade; QUE o depoente acertou com JOÃO o valor da diária de dez reais, trabalhando de 6 a 8 dias; (...) QUE, no final do trabalho, o depoente recebeu um vale de sessenta reais, com o objetivo de fazer compras no Mercadinho de SILVA, de Janemárcio da Silva; QUE, então, o depoente compareceu ao mercadinho e trocou o vale por legumes; Que JOÃO trabalhava para a prefeitura de Marizópolis-PB; QUE JOÃO afirmou ao depoente que estava pagando com vale pois não tinha recebido o dinheiro da prefeitura; QUE não confirma sua assinatura aposta no documento de fls. 8 e 9, ou seja, o depoente nunca recebeu o valor de R\$ 1.086,90.

Outro trabalhador da obra, Sr. João Manoel do Nascimento, afirmou, em seu depoimento:

QUE foi procurado pelo Sr. JOSÉ VIEIRA DA SILVA, então prefeito deste Município, mediante contrato verbal, para trabalhar na obra relacionada com o campo de futebol (...) QUE às vezes o prefeito pagava em espécie ao depoente e aos demais pedreiros. QUE, quando o prefeito não fazia o pagamento em espécie, o prefeito orientava os pedreiros que adquirissem no Mercadinho Silva, criando uma espécie de débito do depoente e dos demais pedreiros perante o Mercadinho Silva, de propriedade de Janemárcio da Silva.

Termos de declarações constantes às fls. 252, 253, 255, 256, 125, 258, prestados perante a Promotora Curadora do Patrimônio Público, por Valmir Inácio da Silva, Gilvanildo Raimundo dos Santos Barros, Jucelândio de Sousa Araújo são unânimes em declarar que “João de Mari” os convidou para execução da obra, repassando os valores das diárias, contudo, estas não chegavam perto dos valores consignados nas folhas de pagamento, cujas assinaturas não foram firmadas pelos depoentes.

O laudo documentoscópico nº 366/09-SR/PB (fls. 321/329) comprova que são as falsas assinaturas de alguns pedreiros apostas nas folhas de pagamento. Verificou indícios de irregularidades nas folhas de pagamentos, consistentes em: a) lançamentos apostos à guisa de assinaturas atribuídos a pessoas distintas apresentando convergências significativas, indicando unicidade de punho; b) lançamentos apostos à guisa de assinatura de Alecxiana Vieira Braga, apresentando divergências gráficas que indicam origem de punhos distintos e c) impressões digitais atribuídas a pessoas distintas apresentando características semelhantes, indicando uma origem comum.

A participação do segundo indiciado, Janemárcio da Silva, pessoa de confiança do prefeito voltava-se à contratação irregular do pedreiro João Manoel do Nascimento para realizar a construção do campo de futebol, sem ajuste prévio de preço, passando a efetuar pagamentos em “vale-compras” em seu estabelecimento, bem como ao possível preenchimento de fichas com dados dos trabalhadores temporários, conforme declarações de Luzimar Silva (fl.

515), ratificada pelo Secretário de Administração (fls. 520/521), apropriando-se, portanto, de rendas públicas em proveito próprio.

Segundo o então prefeito e também denunciado José Vieira (fls. 174/175), o pagamento dos trabalhadores do estádio de futebol ficava a cargo do Secretário das Finanças e do Coordenador Janemárcio da Silva.

A responsabilidade de Alecxiana Vieira Braga, sucessora do indiciado José Vieira da Silva, deriva do fato de que a então prefeita, ciente das irregularidades anteriormente praticadas, continuou a proceder a pagamentos, relativos ao convênio (cuja obra tinha término previsto para 2006), e a realizar compras de materiais de construção sem licitação ou pesquisa de preços, em conformidade com o mesmo *modus operandi* do sucedido, causando, da mesma forma prejuízo ao erário. Na sua gestão, foi enviada a Prestação de Contas do Convênio, com conteúdo ideologicamente falso, o que acarretou a aprovação da prestação de contas pela Caixa Econômica Federal.

Por fim, a estas razões, convém acrescentar excertos do Parecer do Ministério Público Federal atuante nesta Corte (fls. 54/59):

O ora denunciado JOSÉ VIEIRA DA SILVA celebrou contrato de Repasse, emitiu cheques destinados ao custeio das obras, enfim, tinha pleno conhecimento da forma como estavam sendo executados, consoante se infere da sua defesa preliminar (à fl. 29), sendo evidente sua atuação dolosa nos ilícitos, bastando a leitura das declarações de João Manoel do Nascimento (fls. 411/412), numeração do inquérito policial e da r. sentença condenatória em ação de improbidade administrativa.

Igualmente, atestado que o ora denunciado JANEMÁRCIO SILVA em unidade de desígnios com JOSÉ VIEIRA praticou os delitos descritos na denúncia, visto que era responsável pelo preenchimento das folhas de pagamento onde se registravam os pagamentos realizados aos empregados da obra, tendo sido constatada a falsidade das assinaturas dos pedreiros José Casimiro, Francisco de Assis Sousa Rolim e Francisco Antônio Rolim, consoante declarações à fl. 515, comprovando-se, ao menos para o fim de recebimento da denúncia, sua atuação dolosa nos crimes em tese praticados.

É certo que o ora denunciado JANEMÁRCIO SILVA fora beneficiado com a ilegalidade, vez que parte dos empregados na obra pública recebia seus pagamentos em vales-compra, válidos somente no estabelecimento comercial de citado denunciado, fatos típicos, ao menos em tese.

Por fim, “A sucessora do denunciado José Vieira, a denunciada Alecxiana Vieira, ciente de todas as ilegalidades ora destacadas, especialmente a contratação direta de empresas e de mão de obra para execução do aludido convênio, continuou efetuando os pagamentos em desacordo com a lei” (fl. 4), sendo evidente o prejuízo ao erário.

Registre-se que a materialidade é rechaçada pelos ora defendentes, buscando impedir o recebimento da denúncia exclusivamente ao argumento de negativa de autoria e inexistência de dolo, mesmo presentes os indícios necessários ao recebimento da denúncia, notadamente em face dos substanciosos elementos de informação colhidos na fase pré-processual.

Nesse diapasão, exigir-se, como pretendem os ora denunciados, que já fosse exaustivamente demonstrada sua responsabilidade, implicaria em prejulgamento da causa, em detrimento dos postulados do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, o que além de afetar a esfera dos direitos dos ora defendentes, impede o esclarecimento adequado dos fatos, fulminando o princípio da busca da verdade real.

Em segundo, eventual aprovação de contas pelos órgãos administrativos ou de controle interno do concedente não inviabiliza a persecução penal, em face do princípio da independência das instâncias (art. 125 e 126 da Lei nº 8.112/90, art. 935 do Código Civil, arts. 66 e 67 do Código de Processo Penal). (...)

Em terceiro, o exame dos elementos, para admissibilidade da denúncia, é limitado, por não encerrar as discussões sobre a materialidade e autoria dos ilícitos, possibilitando a oportuna produção de provas, inclusive pericial, permitindo ao julgador formar seu convencimento sobre a responsabilidade dos denunciados.

Com efeito, vige o princípio *in dubio pro societate*, autorizando o recebimento da inicial, ante fortes indícios de que

os ora denunciados atuaram de forma livre e consciente, para dispensar indevidamente licitação, alegando questionável estado de emergência; contrataram “empresa de fachada” para execução de obra pública, apesar de fortes indícios de que o próprio ente público a executara, bem como que fora adquirido imóvel de propriedade do corréu, nos quais se realizaram benfeitorias diretamente pela edilidade, com recursos públicos destinados à obra, imóvel posteriormente expropriado por preço superior ao de mercado, devendo ser instaurada a ação penal, aplicando-se os seguintes julgados:

(...)

Em quarto, contrariamente ao afirmado pelo denunciado, são prescindíveis elementos de prova necessários para convencimento pleno do julgador da autoria, nesta fase, porquanto para a justa causa bastam os indícios de autoria e materialidade, já demonstrados, reservando-se o juízo de certeza de autoria e materialidade para julgamento de mérito.

(...)

Em quinto, não trouxeram os ora denunciados nenhum elemento que corroborasse suas alegações, não infirmando de forma concreta e razoável os sólidos elementos de informação a que se refere a denúncia, devendo-se receber a denúncia para que tenham oportunidade de comprovar suas alegações.

Com base em todo exposto, constata-se que todas estas irregularidades, bem como a participação minuciosa dos denunciados devem ser apuradas mediante ação penal, tendo em vista a existência de indícios de autoria e materialidade.

4. Ausência de necessidade de afastamento do exercício do cargo durante a instrução criminal

Embora previsto no art. 2º, II, do Decreto-Lei nº 201/67, não se verifica a justa causa, na hipótese em questão, para o afastamento do acusado do cargo de prefeito, uma vez que concretamente não há nenhuma evidência que sua permanência na função irá dificultar a persecução penal, sobretudo porque o Ministério Público não apontou situações que indicassem sua pertinência e nem sequer requereu essa providência.

Vale dizer que o STJ já decidiu, em sede de *habeas corpus*, que “o afastamento provisório da função pública, consoante previsão do art. 2º, II, do Decreto-Lei nº 201/67, exige específica motivação com os dados da causa, sendo inadmissíveis cogitações genéricas sem parâmetro na conduta pretérita ou presente do denunciado” (STJ, HC 200600653493, ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJ: 04/09/2006).

5. Conclusão

Diante do exposto, em razão da existência de prova da materialidade e de indícios de autoria, recebo a denúncia ofertada contra JOSÉ VIEIRA DA SILVA (Prefeito do Município de Marizópolis/PB), ALECXIANA VIEIRA BRAGA (sucessora, ex-prefeita do referido município) e JANEMÁRCIO DA SILVA (funcionário público da prefeitura de Marizópolis/PB), pela suposta prática dos crimes previstos no art. 89 da Lei 8.666/93 e art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, em relação aos dois primeiros denunciados e art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, em relação ao terceiro denunciado, em concurso de agentes.

É como voto.

RESTAURAÇÃO DOS AUTOS (VICE-PRESIDÊNCIA) Nº 57-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR
Parte A: ADEMAR RIGUEIRA NETO E OUTROS
Parte R: JUÍZO DA 13ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO
Paciente: FLÁVIO DE QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RESTAURAÇÃO DE AUTOS. RECURSO ESPECIAL ADMITIDO PELA VICE-PRESIDÊNCIA DESTA TRIBUNAL. DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA AO VICE-PRESIDENTE PARA APRECIÇÃO. COMPETÊNCIA DO PLENO PARA JULGAMENTO. OBSERVÂNCIA DAS DISPOSIÇÕES DO CPC (ARTS. 1.063 A 1.069) E DO RITRF5 (ARTS. 252/256).

- Por meio do Ato nº 257/2011, o Presidente deste Tribunal, à época da autuação do presente incidente, Dr. Paulo Roberto de Oliveira Lima, delegou ao Vice-Presidente deste Regional competência para decidir sobre a admissibilidade dos recursos especiais, extraordinários e ordinários, e os incidentes que se suscitarem.

- O desaparecimento dos autos do HC 4.422-PE ocorreu quando se aguardava a digitalização do processo integral para envio eletrônico do recurso especial admitido ao Superior Tribunal de Justiça.

- Observância das disposições contidas nos arts. 1.063 a 1.069 do CPC, assim como dos arts. 252 a 256 do RITRF5, que possibilitaram às partes a juntada de cópia de peças e de documentos dos autos extraviados, assim como se manifestaram sobre as peças já encartadas nesta restauração de autos.

- Autos julgados restaurados, de acordo com o que estabelece o art. 1.069 do CPC, tendo sido fixado como último momento, antes do extravio, a cota do Ministério Público Federal que se deu por ciente da decisão que admitiu o recurso especial.

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 do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sessão plenária realizada nesta data, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas que integram o presente, por unanimidade, declarar restaurados os autos do HC 4.222-PE, nos termos do voto do Relator.

Recife, 22 de maio de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE
JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PE-REIRA NOBRE JÚNIOR:

Diante da informação da Diretora da SREEO a respeito da não localização dos autos do *Habeas Corpus* nº 0009257-87.2011.4.05.0000 (HC 4.422-PE), o em. Des. Federal Rogério Filho Moreira, à época Vice-Presidente desta Corte, determinou o encaminhamento das informações e dos documentos obtidos diretamente das partes ao setor de Distribuição, a fim de que fosse procedida a autuação sob a classe de Restauração de Autos da Vice-Presidência - RAVP.

Após a distribuição do feito, o impetrante do *habeas corpus* assim como a autoridade apontada como coatora foram intimados para se manifestarem sobre os documentos constantes nesta RAVP, ao tempo em deveriam apresentar todos e quaisquer documentos em seu poder.

Devidamente intimado, o impetrante não se manifestou, conforme se verifica da certidão de fl. 353.

Por outro lado, a autoridade apontada como coatora, apresentou as informações proferidas nos autos do mencionado *habeas corpus*, cópia da denúncia e dos despachos e decisões proferidas nos autos da Ação Penal nº 0023708-93.2004.05.8300, fls. 339/352.

Por meio da Promoção nº 2.726/2013, fls. 224/226, a em. representante do Ministério Público Federal, Dr^a. Isabel Guimarães da Câmara Lima, requer a juntada das cópias do Parecer nº 2.495/2011, do Requerimento nº 0751/2011, das Razões de Recurso Especial nº 0146/2011 e da Cota nº 092/2011.

Em consulta ao *site* do STJ, verifiquei que o recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal contra acórdão proferido nos autos do HC 4.450-PE, com distribuição preventa ao Des. Federal Geraldo Apoliano, por força da vinculação com a Ação Originária 0023708-93.20004.4.05.8300, a mesma do HC 4.422-PE, teve negado seguimento (REsp 1.320.285-PE, Min. Jorge Mussi, publ. em 15/06/2012).

É o relatório.

VOTO

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

O Código de Processo Civil em seu art. 1.063 estabelece que *“verificado o desaparecimento dos autos, pode qualquer das partes promover-lhe a restauração.”*

No caso, muito embora não tenha havido pedido formal das partes para restauração dos autos do HC 4.422-PE, entendo que a iniciativa do setor de SREEO supre tal exigência, pois a restauração deve ser feita no interesse da própria Justiça.

De acordo com as informações da Diretora, à época, da SREEO, Maria da Graça Reis Braga, o desaparecimento dos autos do HC 4.222-PE ocorreu quando se aguardava a digitalização do processo integral para envio eletrônico do recurso especial admitido ao Superior Tribunal de Justiça.

Vale destacar trecho das informações que relata o desaparecimento:

Os referidos autos foram recebidos nesta SREEO, oriundos do Gabinete da Vice-Presidência, em 11/01/2012, com decisão admitindo o recurso especial, interposto pelo MPF. A referida decisão foi incluída no expediente de publicação DIV/2012.000022 e disponibilizada no *DJe* - Diário de Justiça Eletrônico TRF5 em 12/01/2012, considerada publicada no dia 13/01/2012. Os autos foram remetidos ao Ministério Público Federal para ciência da decisão, com vista em 24/01/2012, e devolvidos do MPF em 25/01/2012. A seguir foram deslocados para o lote de digitalização nº 1635, de 27/01/2012, onde permaneceram nas dependências físicas da SREEO, aguardando digitalização do processo integral para envio eletrônico do recurso especial admitido ao Superior Tribunal de Justiça.

Durante todo o mês de maio do corrente ano, até o primeiro dia do mês de junho, ocorreu a mudança de instalações físicas da SREEO, do 4º andar do Edf. Sede para o térreo do novo anexo do TRF da 5ª Região. Durante o processo de mudança, os lotes de digitalização foram abertos gradualmente e reloteados para envio por ordem crescente de numeração ao setor de Digitalização, que funciona no 2º

andar do anexo III deste Tribunal. Registro também que os serviços de digitalização foram interrompidos, em virtude de mudança da empresa encarregada dos procedimentos, vencedora da licitação a partir de 14/05/2012, só voltando a transmitir os processos eletronicamente ao STJ em 26/06/2012.

Ocorre que o referido processo foi incluído na lista de processos solicitados para a correição do Conselho de Justiça Federal, a qual acessamos em 05/06/2012 (com os trabalhos de inspeção previstos para o período de 10 a 20/06/2012). Nos dias seguintes procedemos às buscas dos mesmos, e, ao encontrarmos o lote nº 1635 – digitalização, o processo não estava presente no referido lote. Demos início a novas buscas em todas as estantes e localizações físicas existentes nas dependências da SREEO, e repetimos exaustivamente as buscas internas sem sucesso. Diligenciamos buscas no setor de digitalização, no Gabinete da Vice-Presidência, solicitamos buscas a todas as secretarias das Quatro Turmas e Plenário, restando, até a presente data, ainda não localizados os autos do *Habeas Corpus* nº 4.422-PE. (Fls. 04/05)

A restauração de autos é procedimento especial que compete ao Presidente deste Tribunal relatar, à luz do que dispõe o Regimento Interno desta Corte (inciso XXXI do art. 16), cabendo, ademais, ao Plenário ou à Turma, dependendo do órgão ao qual couber o julgamento do feito principal, julgá-la (Regimento Interno, art. 254).

Ocorre, todavia, que por meio do Ato nº 257/2011, o Presidente Dr. Paulo Roberto de Oliveira Lima delegou ao Vice-Presidente deste Regional competência para decidir sobre a admissibilidade dos recursos especiais, extraordinários e ordinários, e os incidentes que se suscitarem.

Assim, tendo os autos desaparecido após a admissibilidade do recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, fls. 214/215, e, antes de sua remessa eletrônica ao STJ, entendo que de acordo com as normas regimentais, resta a competência deste Vice-Presidente para relatar a restauração dos autos do processo tido como extraviado e a do Pleno deste Tribunal para julgá-la.

Agora, passo a observar se foram atendidas as prescrições contidas no Código de Processo Civil (artigos 1.063 *usque* 1.069).

Constato que tanto o impetrante como o impetrado do HC 4.422-PE, assim como o *Parquet* foram intimados para apresentarem documentos e para se manifestarem sobre os já juntados aos autos, o que atende às normas processuais.

Por outro lado, observo que as peças principais do *habeas corpus* foram juntadas, a exemplo da cópia da petição inicial e dos documentos anexos, inclusive cópia da denúncia, decisão liminar, informações, parecer, acórdão, razões e contrarrazões ao recurso especial, decisão de admissibilidade do recurso e cota de ciência da decisão que recebeu o recurso especial.

Com essas considerações, julgo restaurados os autos relativos ao Proc. nº 0009257-87.2011.4.05.0000 (HC 4.422-PE) a fim de que, nestes autos, o processo tenha continuidade com os seus ulteriores termos, na forma do artigo 1.067 do CPC.

Fixo como último momento, antes do extravio, a cota do Ministério Público Federal que se deu por ciente da decisão que admitiu o recurso especial.

Proceda-se, com urgência, à digitalização do processo para encaminhamento eletrônico ao Superior Tribunal de Justiça.

É como voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO

128276-AL	Rel. Des. Federal Fernando Braga	13
132152-PE	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria	20
132377-CE	Rel. Des. Federal Paulo Machado Cordeiro (Convocado)	23

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR

4433-RN	Rel. Des. Federal Francisco Wildo (Presidente) ..	30
4453-RN	Rel. Des. Federal Francisco Wildo (Presidente) ..	40

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

22115-CE	Rel ^a . Des ^a . Federal Niliane Meira Lima (Convocada)	49
27317-AL	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	73
27757-PE	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	88
28072-RN	Rel. Des. Federal Manuel Maia (Convocado)	100
28149-PE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	116
28565-PE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	128

APELAÇÃO CÍVEL

442832-AL	Rel. Des. Federal Fernando Braga	137
525232-SE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	143
538085-CE	Rel ^a . Des ^a . Federal Margarida Cantarelli	153
552582-PE	Rel. Des. Federal Élio Siqueira (Convocado)	189
553942-PE	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho	210
557054-CE	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria ...	218
560264-RN	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho	224
561519-RN	Rel ^a . Des ^a . Federal Margarida Cantarelli	227

APELAÇÃO CRIMINAL

9639-PE	Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior ..	235
9742-PB	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	244
10361-RN	Rel. Des. Federal Paulo Machado Cordeiro (Convocado)	290

**ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE
NA APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO**

317-PE Rel. Des. Federal Élio Siqueira (Convocado) 297

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
NO AGRAVO DE INSTRUMENTO**

128976-PE Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira 303

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL

485076-AL Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias 323

HABEAS CORPUS

5177-PE Rel. Des. Federal José Maria Lucena 335

INQUÉRITO

2502-PB Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias 343

RESTAURAÇÃO DE AUTOS (VICE-PRESIDÊNCIA)

57-PE Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior . 366

ÍNDICE ANALÍTICO

A

Cv e Adm	Ação Civil Pública. Conselho Regional de Enfermagem – COREN/SE. Entidade privada instituída com a finalidade de prestar serviços de saúde. Inexistência de certidão de responsabilidade técnica em enfermagem. Exercício da profissão de parteira por pessoa sem a devida habilitação. Irregularidades. Recalcitrância da entidade fiscalizada. Possibilidade do exercício do poder de polícia por parte do órgão fiscalizador. Desnecessidade de recorrer ao Judiciário. Ausência de interesse processual. AC 525232-SE 143
Adm e Cons	Ação Civil Pública. Fabricação e comercialização de suco de uva. Quantidade de matéria-prima insuficiente. Dano moral coletivo. Legalidade do <i>quantum</i> fixado a título de indenização. AC 557054-CE 218
Amb	Ação Civil Pública. Projeto Acquário do Ceará. Licenciamento ambiental. Competência. AgTr 132377-CE 23
PrCv e Cv	Ação de usucapião de bem móvel. Duas contas de poupança abertas na Caixa Econômica Federal em nome do autor. Ausência de posse do bem. Impossibilidade de caracterização da usucapião. AC 560264-RN 224
Ct e Adm	Agravo em suspensão de liminar. Funcionários da antiga “Rede” (RFFSA, CBTU e TRENSURB). Exercício do policiamento ostensivo ferroviário federal. Descabimento. Ocorrência de efetiva lesão à ordem e à segurança públicas. Hipótese que justifica a

	concessão da contracautela política. AgRg na SL 4453-PE 40
Adm	Agravo em suspensão de liminar. Processo seletivo para a categoria de praticante de prático/2012. Sobrestamento do certame. Descabimento. Ocorrência de efetiva lesão à ordem pública e à economia nacional. Hipótese que justifica a concessão da contracautela política. Prolação superveniente de sentença. Confirmação da liminar. AgRg na SL 4433-RN 30
Prev	Aposentadoria por idade. Magistério. Carência. Regime próprio e regime geral da Previdência Social (RGPS). Simultaneidade de vínculos. Contribuição para ambos os regimes de Previdência. Concessão do benefício pela Lei nº 8.213/91. Possibilidade. AC 561519-RN 227
Adm	Arguição de inconstitucionalidade. Proibição de venda de bebida alcoólica em estabelecimento próximo a rodovia situada em área rural. Violação aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da isonomia e da livre concorrência. Inconstitucionalidade dos arts. 2º e 3º da MP nº 415/2008, convertida na Lei nº 11.705/2008. AI na APEL-REEX 317-PE 297

B

Ct e Adm	Barracas construídas em área de praia. Demolição. Interesse público. Proporcionalidade e razoabilidade. Demolição das barracas abandonadas e das construídas sem autorização, após proibição judicial. AC 538085-CE 153
----------	---

C

- Ct, Adm e PrCv Concurso público. Nomeação de novos aprovados para unidades de lotação mais vantajosa. Necessidade de obediência à ordem de classificação do concurso, oferecendo as vagas aos candidatos melhores classificados, ainda que já nomeados e lotados em outras unidades. Imposição do princípio da impessoalidade. Preliminar de intempestividade do recurso. Rejeição. AgTr 128276-AL 13
- Cv e Adm Contrato administrativo. Rescisão. Balizamento luminoso da pista de pouso/decolagem do Aeroporto Internacional dos Guararapes. Empresa que foi impedida de testar o funcionamento e o desempenho do serviço e de realizar a “operação inicial assistida”. Falta de providências, por parte da INFRAERO, no que se refere à autorização técnica da CELPE para efetuar as adequações necessárias à energização da casa de força na subestação. Serviços que ficaram pendentes por culpa da Administração. Indenização. Ressarcimento à autora pelos prejuízos suportados. AC 552582-PE 189
- Cv Contrato de financiamento habitacional conjugado ao programa “Minha Casa, Minha Vida”. Sentença que julgou procedente o pedido para excluir os autores dos cadastros de proteção ao crédito. Vedação da cobrança do débito do contrato de compra e venda de imóvel. Mútuo com obrigações e alienação fiduciária. Determinação de realização de vistoria técnica para fins de apuração de ocorrência de danos físicos na

	construção, a fim de possibilitar a restauração do imóvel. Condenação da Caixa Econômica Federal no pagamento de danos morais e materiais. AC 553942-PE 210
Pen e PrPen	Crime de receptação. Prescrição retroativa. Estelionato. Depoimento de corrêu. Prova hábil à condenação. Redução da pena. Prescrição retroativa. Extensão dos efeitos ao corrêu não apelante. ACr 9639-PE 235
Pen e PrPen	Crimes de dispensa ou inexigibilidade de licitação e de apropriação de bens ou rendas públicas. Materialidade delitiva e indícios de autoria. Caracterização. Denúncia recebida. Prejudicial de prescrição antecipada ou virtual. Rejeição. INQ 2502-PB 343

E

PrCv	Execução fiscal. Embargos de terceiro. Doação de imóveis aos filhos, homologada por sentença. Ação de divórcio. Fato ocorrido em momento anterior ao do surgimento dos créditos executados. Insubistência da penhora. AC 442832-AL 137
------	--

F

Pen e PrPen	Furto qualificado. Movimentações indevidas em contas bancárias. Princípio da consunção. Aplicabilidade em relação aos crimes de interceptação telemática ilegal e de violação de sigilo bancário. Furto mediante fraude. Ocorrência. Elementos de autoria e materialidade. Manutenção da dosimetria. ACr 9742-PB 244
-------------	--

H

PrPen	<i>Habeas corpus</i> . Paciente processado por fraude contra a previdência social. Ocultação para dificultar a persecução penal. Quadrilha. Ameaça à ordem pública. Manutenção da prisão preventiva decretada. Possibilidade. Presença dos requisitos do CP, art. 312. HC 5177-PE 335
-------	---

I

Trbt	Imposto de renda retido na fonte. Disponibilidade de renda. Precatório. Cessão de crédito a terceiros. Permanência da natureza salarial. Alíquota de 27,5%. EI na AC 485076-AL 323
------	--

M

PrCv	Medida cautelar fiscal. Agravo de instrumento. Embargos de declaração. Omissão, obscuridade e contradição. Inexistência. Imprestabilidade para reexame do julgado. ED no AgTr 128976-PE 303
------	---

P

Trbt e PrCv	PIS e COFINS. Cooperativas. Isenção. Atos cooperativos vinculados à atividade básica da associação. Não incidência, inclusive sobre rendimentos de aplicações financeiras. APELREEX 27317-AL 73
Trbt	PIS – Importação e COFINS – Importação. Fundação pública estadual. Direito a isenção decorrente da imunidade constitucional à tributação do IPI. Demonstração de inexistência de similar nacional. APELREEX 22115-CE 49

Pen Prestação de serviços de provedor de internet sem autorização. Serviço de valor adicionado (SVA) previsto na Lei nº 9.472/97, art. 61, o qual não se confunde com atividade de telecomunicações. Atipicidade da conduta do réu. ACr 10361-RN 290

Trbt e Adm Processo Administrativo Fiscal Federal. Duração razoável. Prazo para decisão da Administração Pública. Aplicação da Lei nº 9.784/99. Impossibilidade. Norma geral. Lei do Processo Administrativo Fiscal. Decreto nº 70.235/72. Lei nº 11.457/07, art. 24. Norma de natureza processual. Aplicação imediata. Possibilidade, *in casu*. Compensação de ofício prevista na Lei nº 9.430/96, art. 73, e DL nº 2.287/86, art. 7º. Concorrência tácita e retenção de valor a ser restituído ou ressarcido pela Secretaria da Receita Federal. Legalidade do Decreto nº 2.138/97, art. 6º e parágrafos. Ilegalidade do procedimento apenas quando o crédito tributário a ser liquidado se encontrar com exigibilidade suspensa. APELREEX 28565-PE 128

R

Adm Responsabilidade civil do Estado. Acidente em rodovia decorrente de comprovada má conservação da pista de rolamento e ausência de sinalização. Vítima fatal. Militar de 38 anos. Sentença que condenou o DNIT a indenizar a viúva e a filha do *de cujus*. *Quantum* indenizatório. Desarmonia com precedentes desta Corte e da Corte Especial. Redução da indenização por danos morais. APELREEX 28072-RN 100

PrCv	Restauração de autos. Recurso especial admitido pela Vice-Presidência deste Tribunal. Delegação de competência ao Vice-Presidente para apreciação. Competência do Pleno para julgamento. Observância das disposições do CPC, arts. 1063 a 1069, e do RITRF5 (arts. 252 a 256). RAVP 57-PE 366
------	--

S

Adm	Servidor público. Tratamento psiquiátrico. Incapacidade temporária. Perícia judicial conclusiva de que o servidor está apto para o trabalho. Readaptação. Possibilidade. Dano moral. Configuração. APELREEX 27757-PE 88
-----	---

T

Amb e Trbt	Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental – TCFA. Comércio de gás liquefeito. Exigibilidade. AgTr 132152-PE 20
Prev	Tempo de serviço prestado em condições prejudiciais à saúde. Averbação. Contagem especial. Cobrador de ônibus. Comprovação com o simples enquadramento dentro da categoria profissional prevista no item 2.4.4 do anexo ao Decreto nº 53.831/64. Exposição ao agente ruído. Comprovação. Requisitos para concessão de aposentadoria por tempo de contribuição preenchidos. APELREEX 28149-PE 116