

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

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

Número 106 - Novembro/Dezembro - 2013

R. TRF 5ª Região, nº 106, p. 1-358, Novembro/Dezembro - 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	347
3. Índice Analítico	351

JURISPRUDÊNCIA

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0801923-
95.2013.4.05.0000 (PJE)**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Agravante: MARIA DA CONCEIÇÃO GONÇALVES FERREIRA
Agravada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. GUSTAVO FREITAS WANDERLEY (AGRTE.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL APOSENTADA. NEOPLASIA MALIGNA. LAUDO DE JUNTA MÉDICA. CURA. ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. IMPOSSIBILIDADE.

- Agravo contra decisão que, nos autos de ação ordinária, indeferira o pleito de urgência que visava à imediata proibição, por parte da União, de descontar dos proventos de aposentadoria da servidora pública federal (TRT 6ª Região) o valor a título de Imposto sobre a Renda, em face do acometimento de moléstia grave, qual seja, de neoplasia maligna da mama (câncer de mama). A servidora se submeteu a um procedimento cirúrgico para retirada do câncer de mama em 2005. Em 2010, requerera e obtivera a isenção do IRPF. Em 2013, Junta Médica do TRT-6ª constatara a ausência da doença.

- Assiste razão ao Juízo de origem, quando do indeferimento da tutela de urgência, por não ser mais necessária a isenção a título de imposto de renda, nem a de contribuição previdenciária, porque há laudo médico oficial, confeccionado pela Junta Médica do TRT-6ª, indicando a ulterior inexistência da moléstia em crivo.

- Não colhe o argumento de que, uma vez comprovado ter sido acometida de neoplasia maligna, faz a agravante jus à isenção de Imposto de Renda prevista no art. XIV da Lei 7.713/88, posto

que é preciso que se comprove que a patologia continua em atividade, ou que haja recidiva da doença, é dizer, que essa tenha reaparecido após um período de aparente cura, para efeito de manutenção da isenção tributária em testilha.

- Demais disso, após a concessão da isenção do Imposto de Renda sobre os proventos de aposentadoria ou reforma percebidos por portadores de moléstias graves, nos termos do art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88, o fato de a Junta Médica constatar a ausência de sintomas da doença é justificativa suficiente à revogação do benefício isencional, devendo voltar, pois, a incidir o tributo devido.

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

Recife, 22 de outubro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Trata-se de agravo de instrumento manejado por Maria da Conceição Gonçalves Ferreira contra decisão interlocutória proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco que, nos autos de ação ordinária c/c pedido de antecipação de tutela, indeferira este pleito de urgência, o qual visava a imediata proibição, por parte da União, de descontar dos proventos de aposentadoria da servidora pública federal o valor a título de Im-

posto sobre a Renda, porquanto haja isenção em seu favor, por conta do acometimento de moléstia grave, qual seja, de neoplasia maligna da mama (câncer de mama).

A decisão vergastada negara o pedido antecipatório sob o argumento de que não restaram configurados os requisitos autorizadores da concessão do pedido antecipatório, quais sejam, o da prova inequívoca e verossimilhança da alegação, ao se basear em laudo médico confeccionado pela Junta do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, o qual concluíra pela ulterior inexistência da doença supraespecificada.

Sustenta a agravante, em síntese, que, reconhecida a neoplasia maligna, não se exige a demonstração da contemporaneidade dos sintomas, nem a indicação de validade do laudo pericial, nem tampouco da comprovação da recidiva da enfermidade, para que o contribuinte permaneça fazendo jus à isenção do Imposto de Renda assegurada pelo art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713/88.

Alega, ainda, que a saúde, a recuperação e uma adequada qualidade de vida dos pacientes portadores dessa moléstia precisam ser mantidas com a aquisição de remédios, transportes, exames, cirurgias e tratamentos, os quais implicam elevados custos, mesmo após a constatação por laudo médico do desaparecimento do câncer de que se cuida, tendo em vista a necessidade ainda existente de realização de exames periódicos.

Aduz, por fim, que, com a manutenção do benefício isencional em relação ao Imposto de Renda, deve-se atentar para a aplicação do § 21 do art. 40 da Carta Magna de 1988, o qual prevê a incidência de contribuição previdenciária apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria que superem o dobro do limite máximo estabelecido pelo RGPS, nos casos em que o beneficiário seja portador de doença incapacitante, como ocorreria, em seu entender, no presente caso.

O agravo fora recebido pelo relator convocado com a atribuição de efeito suspensivo.

A agravante atravessara petição nos autos requerendo o cumprimento da liminar deferida neste agravo, implicando, assim, a imediata cessação do desconto do Imposto de Renda nos proven-

tos da autora e a devida adequação do cálculo da contribuição previdenciária na forma do § 21 do art. 40 da CF a partir do próximo mês de outubro de 2013, com a expedição de novo ofício, constando a possibilidade de incidência de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) caso haja descumprimento da medida.

Não foram apresentadas as contrarrazões pela parte agravada no prazo legal.

É o relatório.

VOTO

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

Penso que a decisão objurgada não merece reproche.

A servidora se submeteu a um procedimento cirúrgico para retirada do câncer de mama em 2005. Em 2010, requereu e obteve a isenção do IRPF. Em 2013, Junta Médica do TRT-6ª constatará a ausência da doença.

Ora, assiste razão ao Juízo de origem, quando do indeferimento da tutela de urgência, por não ser mais necessária a isenção a título de imposto de renda, nem a de contribuição previdenciária, porquanto há laudo médico oficial, confeccionado pela Junta Médica do TRT-6ª, indicando a ulterior inexistência da moléstia em crivo.

Não colhe o argumento de que, uma vez comprovado ter sido acometida de neoplasia maligna, faz a agravante jus à isenção de Imposto de Renda prevista no art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88, posto que é preciso que se comprove que a patologia continua em atividade, ou que haja recidiva da doença, é dizer, que essa tenha reaparecido após um período de aparente cura, para efeito de manutenção da isenção tributária em testilha.

Demais disso, após a concessão da isenção do Imposto de Renda sobre os proventos de aposentadoria ou reforma percebidos por portadores de moléstias graves, nos termos art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88, o fato de a Junta Médica constatar a ausência de sintomas da doença é justificativa suficiente à revogação do benefício isencional, devendo voltar, pois, a incidir o tributo devido.

Mercê do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.
É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA Nº 7.056-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Agravante: ALUMÍNIO DO NORDESTE IND/ COM/ LTDA. - ALUNIC
Agravada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. MANUEL DE FREITAS CAVALCANTE JÚNIOR E OUTROS (AGRTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL. MÉRITO APRECIADO PELO STF. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE PARA O JULGAMENTO DA RESCISÓRIA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. SUCUMBÊNCIA PROCESSUAL. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO DO AUTOR EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AGRAVO PROVIDO.

- Agravo regimental, o qual busca sanar a omissão quanto a não manifestação acerca da sucumbência processual.

- Nos estritos termos do artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC, os honorários advocatícios serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, observados o grau de zelo do causídico; o local da prestação do serviço; a natureza e importância da causa; o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

- A verba honorária sob comento deve representar uma contrapartida financeira pelo dispêndio de energia processual, por parte do patrono do vencedor.

- A matéria em discussão é relativa ao crédito dos valores do IPI incidente sobre o produto final em cujo processo produtivo foram utilizados insumos isentos, não tributados ou tributados à alíquota zero. O labor do causídico da agravante consistiu apenas na elaboração da contestação, de uma petição de considerações finais e no oferecimento do presente agravo, sendo razoável a fixação do valor da condenação em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

- Agravo regimental conhecido e provido para condenar a parte autora ao pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais, fixados no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide o Pleno do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 30 de outubro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de agravo regimental, interposto pela ALUNIC - ALUMÍNIO DO NORDESTE IND/COM/LTDA. contra decisão monocrática que extinguiu ação rescisória ajuizada pela Fazenda Nacional sem resolução do mérito, após acolher preliminar de incompetência absoluta desta Corte.

Em suas razões, a ora agravante apontou a existência de suposta omissão da decisão com relação à condenação da agravada ao pagamento de honorários advocatícios.

A parte agravada alega que o reconhecimento da incompetência absoluta, independentemente da consequência que acarrete (encaminhamento dos autos ou extinção do feito), não pode implicar na condenação de qualquer das partes em honorários advocatícios, visto que em ambos os casos não há em que se falar em julgamento da causa, obstado, inclusive, pelo reconhecimento da incompetência absoluta, sob pena de nulidade de ato decisório proferido por tribunal que se reconhece incompetente.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

In casu, houve a interposição de embargos declaratórios, transformados no presente agravo, em face de decisão monocrática que julgou extinta, sem resolução do mérito, ação rescisória.

Na hipótese dos autos, assiste razão aos agravantes, devendo ser sanada a omissão, uma vez que não houve manifestação acerca da sucumbência processual na decisão monocrática do relator.

Nos estritos termos do artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC, os honorários advocatícios serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, observados o grau de zelo do causídico; o local da prestação do serviço; a natureza e importância da causa; o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para seu serviço.

Nesse passo, a verba honorária sob comento deve representar uma contrapartida financeira pelo dispêndio de energia processual, por parte do patrono do vencedor.

É cabível a condenação em verba honorária em decisão que reconhece a incompetência em ação rescisória, como consta no seguinte precedente:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA UNIÃO DAS DECISÕES QUE INADMITIRAM OS RECURSOS EXTREMOS NA AÇÃO ORIGINÁRIA. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 730 DO CPC. NÃO ARGUIÇÃO EM SEDE

DE RECURSO ESPECIAL NA EXECUÇÃO. MÉRITO JULGADO PELO STJ. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE PARA O JULGAMENTO DA RESCISÓRIA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. SUCUMBÊNCIA PROCESSUAL. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO DO AUTOR EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EMBARGOS PROVIDOS.

1. Embargos de declaração opostos pelas rés em face do acórdão prolatado nos presentes autos, em que o pleno julgou extinta a rescisória, sem resolução do mérito. Requer seja sanada a omissão quanto à condenação da parte autora ao pagamento de honorários advocatícios.

2. Os embargos de declaração só terão lugar quando houver na sentença ou acórdão obscuridade, contradição ou quando se tiver omitido algum ponto sobre que deveria levar em consideração, conforme prevê o art. 535 do Código de Processo Civil.

3. Deve ser sanada a omissão, uma vez que não houve manifestação acerca da sucumbência processual.

4. Nos estritos termos do artigo 20, parágrafos 3º e 4º do CPC, os honorários advocatícios serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, observados o grau de zelo do causídico; o local da prestação do serviço; a natureza e importância da causa; o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para seu serviço.

5. A verba honorária sob comento deve representar uma contrapartida financeira pelo dispêndio de energia processual, por parte do patrono do vencedor.

6. A matéria em discussão é eminentemente de direito, tratando da regularidade da intimação da União nos autos principais, de modo que, transcorrido *in albis*, o prazo para contestação, a atuação do patrono das embargantes consistiu apenas na sustentação oral apresentada na sessão de julgamento e no oferecimento dos presentes embargos; sendo razoável a fixação do valor da condenação em R\$ 1.000,00 (um mil reais).

7. Embargos de declaração, conhecidos e providos para condenar a parte autora ao pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais, fixados no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

(EDAR 0016033062011405000001, Desembargador Federal Bruno Teixeira, TRF5 - Pleno, DJe - Data: 27/09/2013 - Página: 62.)

No caso concreto, a matéria em discussão é relativa ao credi-
tamento dos valores do IPI incidente sobre o produto final em cujo
processo produtivo foram utilizados insumos isentos, não tributa-
dos ou tributados à alíquota zero. O labor do causídico da agravan-
te consistiu apenas na elaboração da contestação, de uma peti-
ção de considerações finais e no oferecimento dos presentes agra-
vos; sendo razoável a fixação do valor da condenação em R\$
2.000,00 (dois mil reais).

Por tais razões, conheço do presente agravo regimental, dan-
do-lhe provimento para condenar a parte autora ao pagamento dos
honorários advocatícios sucumbenciais, fixados no valor de R\$
2.000,00 (dois mil reais).

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 22.830-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA
NOBRE JÚNIOR (VICE-PRESIDENTE)
Apelante: UNIÃO
Apelado: PAULO ROBERTO PRAXEDES DE MORAES
Agravante: AGU - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

***EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO DA
VICE-PRESIDÊNCIA QUE JULGOU PREJUDICA-
DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (ART. 543-B,
§ 3º, DO CPC). CONCURSO PÚBLICO PARA IN-
GRESSO NAS FORÇAS ARMADAS. EMBARGOS
DE DECLARAÇÃO NO RE 600.885/RS. ALCANCE
SUBJETIVO DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS
DA DECISÃO. CANDIDATOS COM AÇÕES AJUI-
ZADAS ATÉ O PRONUNCIAMENTO DA CORTE
SUPREMA. IMPROVIMENTO.***

***- Agravo regimental da União Federal contra de-
cisão da Vice-Presidência que julgou prejudica-
do o recurso extraordinário, com base no art.
543-B, § 3º, do CPC, alegando, em síntese, que a***

decisão do STF no julgamento do RE 600.885/RS, apenas alcançaria os candidatos que até o momento daquele julgamento foram beneficiados por decisão judicial.

- Ao julgar os embargos de declaração no RE 600.885/RS, o STF deixou claro que a modulação não alcançaria os candidatos com ações ajuizadas nas quais se discute o mesmo objeto do recurso extraordinário, sem fazer, no entanto, qualquer discrimen quanto ao fato dos candidatos já terem obtido ou não decisão judicial favorável nas ações judiciais em trâmite até aquela data de julgamento.

- Considerando que o primeiro acórdão da Corte Suprema foi publicado em 01/07/2011, e que, nesta data, a parte autora já tinha ajuizado a presente demanda, pois o fez em 03/06/2011, correta a decisão da Vice-Presidência ao julgar prejudicado o recurso extraordinário com base no art. 543-B, § 3º, do CPC, concluindo que o acórdão recorrido encontra-se em conformidade com o pronunciamento do STF no referido precedente julgado sob a sistemática da repercussão geral.

- Agravo regimental não provido.

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, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR - Relator Vice-Presidente

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR (Vice-Presidente):

Insurge-se a UNIÃO FEDERAL contra decisão da Vice-Presidência que julgou prejudicado o recurso extraordinário, com base no art. 543-B, § 3º, do CPC, alegando, em síntese, que a decisão do STF no julgamento do RE 600.885/RS, julgado em 09/02/2011, ao modular os efeitos do acórdão para reconhecer a validade dos concursos realizados até 31.12.2011, apenas alcançaria aos candidatos que até o momento daquele julgamento foram beneficiados por decisão judicial.

Do contrário, arremata, bastaria que todos os candidatos, em data posterior ao pronunciamento do STF, ajuizassem ação e, obtendo decisão em confronto com a modulação dos efeitos do RE 600.885/RS, passariam a participar de concurso público.

É o relatório.

VOTO

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

A argumentação da UNIÃO FEDERAL de que a modulação dos efeitos não alcançaria o caso do autor porque até a data do julgamento pelo STF no RE 600.885/RS, ou seja, 09/02/2011, este não tinha decisão judicial que lhe era favorável, não procede.

O pronunciamento do STF no RE 600.885/RS e nos embargos de declaração estão assim ementados:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NAS FORÇAS ARMADAS: CRITÉRIO DE LIMITE DE IDADE FIXADO EM EDITAL. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. SUBSTITUIÇÃO DE PARADIGMA. ART. 10 DA LEI Nº 6.880/1980. ART. 142, § 3º, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DECLARAÇÃO DE NÃO RECEPÇÃO DA NORMA COM MODULAÇÃO DE EFEITOS. DESPROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. Repercussão geral da matéria constitucional reconheci-

da no Recurso Extraordinário nº 572.499: perda de seu objeto; substituição pelo Recurso Extraordinário nº 600.885.

2. O art. 142, § 3º, inciso X, da Constituição da República, é expresso ao atribuir exclusivamente à lei a definição dos requisitos para o ingresso nas Forças Armadas.

3. A Constituição brasileira determina, expressamente, os requisitos para o ingresso nas Forças Armadas, previstos em lei: referência constitucional taxativa ao critério de idade. Descabimento de regulamentação por outra espécie normativa, ainda que por delegação legal.

4. Não foi recepcionada pela Constituição da República de 1988 a expressão “nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica” do art. 10 da Lei nº 6.880/1980.

5. O princípio da segurança jurídica impõe que, mais de vinte e dois anos de vigência da Constituição, nos quais dezenas de concursos foram realizados observando-se aquela regra legal, modulem-se os efeitos da não recepção: manutenção da validade dos limites de idade fixados em editais e regulamentos fundados no art. 10 da Lei nº 6.880/1980 até 31 de dezembro de 2011.

6. Recurso extraordinário desprovido, com modulação de seus efeitos.

(RE 600885, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO *DJe*-125 DIVULG 30-06-2011 PUBLIC 01-07-2011 EMENT VOL-02555-03 PP-00398)

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OMISSÃO. ALCANCE SUBJETIVO DE MODULAÇÃO DE EFEITOS DE DECLARAÇÃO DE NÃO RECEPÇÃO. CANDIDATOS COM AÇÕES AJUIZADAS DE MESMO OBJETO DESTE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRORROGAÇÃO DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA NÃO RECEPÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS.

1. Embargos de declaração acolhidos para deixar expresso que a modulação da declaração de não recepção da expressão “nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica” do art. 10 da Lei nº 6.880/1980 não alcança os candidatos com ações ajuizadas nas quais se discute o mesmo objeto deste recurso extraordinário.

2. Prorrogação da modulação dos efeitos da declaração de não recepção até 31 de dezembro de 2012.

(RE 600885 ED, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-243DIVULG 11-12-2012 PUBLIC 12-12-2012)

De ver-se que ao julgar os embargos, o STF deixou claro que a modulação não alcançaria os candidatos com ações ajuizadas nas quais se discute o mesmo objeto do recurso extraordinário, sem fazer, no entanto, qualquer discrimen quanto ao fato dos candidatos já terem obtido ou não decisão judicial favorável nas ações judiciais em trâmite até aquela data de julgamento.

Considerando que o primeiro acórdão da Corte Suprema foi publicado em 01/07/2011, e que, nesta data, a parte autora já tinha ajuizado a presente demanda, pois o fez em 03/06/2011, correta a decisão da Vice-Presidência que julgou prejudicado o recurso extraordinário com base no art. 543-B, § 3º, do CPC, concluindo que o acórdão recorrido encontra-se em conformidade com o pronunciamento do STF no referido precedente julgado sob a sistemática da repercussão geral.

Por tais fundamentos, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 506.317-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR (VICE-PRESIDENTE)
Apelante: ALUÍZIO CRISPIM DE MIRANDA
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Agravante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Advs./Procs.: DRS. MARCOS ANTÔNIO INÁCIO DA SILVA E OUTROS (APTES.) E FRANCISCO FREDERICO FELIPE MARROCOS E OUTROS (APDA.)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIDA A ALEGAÇÃO DA AGRAVANTE, NO SENTIDO DA NECESSIDADE DE SOBRESTA-

MENTO DO RECURSO EM FACE DE DELIBERAÇÃO DO RELATOR DO RE 591.797 E DO RE 626.307, TENDO EM VISTA QUE A SUSPENSÃO SE LIMITOU AOS FEITOS NOS QUAIS HAJA RECURSO QUE TENHA OBJETO IDÊNTICO AO ARTICULADO EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL NOS PRECEDENTES ACIMA.

- Tal situação que não se amolda à espécie, porquanto, diante da ausência da interposição de recurso extraordinário, restou preclusa a discussão de matéria constitucional, remanescendo, apenas e tão só, questão de legalidade objeto de recurso especial.

- Improvimento.

ACÓRDÃO

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

Recife, 9 de outubro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR - Relator Vice-Presidente

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR (Vice-Presidente):

Cuida-se de agravo regimental interposto pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL diante de decisão que negou seguimento a recurso especial, aplicando diretriz advinda com o julgamento do REsp 1.133.872-PB.

Alega a parte agravante, em suma, alegando ser a hipótese de sobrestamento do feito até a decisão do Pretório Excelso no RE 591.797 e RE 626.307.

Eis, em síntese, o que tenho para relatar.

VOTO

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

A despeito de sedutora, a linha de raciocínio desenvolvida pela parte agravante não merece prosperar.

Não desconheço que há sobre o tema de mérito, pendente no Supremo Tribunal Federal, dois recursos extraordinários (RE 591.797 e RE 626.307), tendo havido determinação que os respectivos processos restassem suspensos no aguardo de decisão.

Isso, no entanto, não é de ser aplicado indiscriminadamente para todos os feitos onde haja tal discussão.

Deve haver ressalva a situações como a dos autos, onde a instituição financeira demandada deixou escoar o prazo destinado à interposição do recurso extraordinário, de modo a permitir que, em determinado feito, haja preclusão quanto à discussão de matéria constitucional.

Nessas situações, não se pode cogitar de confronto com entendimento do Pretório Excelso, porquanto não será mais possível à parte agravante interpor recurso extraordinário.

De outro lado, não havendo a interposição, a tempo e modo, de recurso extraordinário, também não se afigura aplicável o art. 543-B do CPC.

Tanto é assim que o Min. Dias Toffoli, ao determinar o sobrestamento nos recursos indicados, foi demasiado claro em explicitar que o sobrestamento se restringe aos autos nos quais o inconformismo tenha versado sobre o objeto desta repercussão geral, o que não é mais o caso aqui vivenciado, por inexistir discussão de constitucionalidade, deduzida em recurso extraordinário, mas, unicamente, o manejo de recurso especial.

Com essas considerações, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 4.470-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
(PRESIDENTE)
Requerente: UNIÃO
Requerido: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO
DO CEARÁ - CREMEC
Agravante: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO
DO CEARÁ - CREMEC
Adv./Proc.: DR. ANTONIO DE PÁDUA DE FARIAS MOREIRA
(REQDO.)

***EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM
SUSPENSÃO DE LIMINAR. “PROJETO MAIS
MÉDICOS” (MP Nº 621/2013). TUTELA ANTECI-
PADA QUE DESOBRIGOU CONSELHO REGIO-
NAL DE MEDICINA DE PROMOVER O REGIS-
TRO PROVISÓRIO DE MÉDICOS INTERCAMBIS-
TAS CUJOS DIPLOMAS NÃO SE ENCONTREM
REVALIDADOS. HIPÓTESE QUE JUSTIFICA A
CONCESSÃO DA CONTRACAUTELA POLÍTICA.
DECISÃO CONCESSIVA DO PLEITO DE SUS-
PENSÃO. MANUTENÇÃO ATÉ O TRÂNSITO EM
JULGADO DA DEMANDA PRINCIPAL. IMPROVI-
MENTO DO RECURSO.***

***- Agravo regimental interposto pelo Conselho
Regional de Medicina do Estado do Ceará em face
da decisão com que restou deferido pedido de
suspensão de tutela antecipada concedida pelo
il. Juízo da 7ª Vara Federal do Ceará, no âmbito
da Ação Civil Pública nº 0802059-42.2013.4.
058100.***

***- Demanda originária proposta pelo conselho
com vistas à obtenção de provimento jurisdicio-
nal que lhe desobrigasse de promover o regis-
tro provisório dos médicos intercambistas par-
ticipantes do “Projeto Mais Médicos para o Bra-
sil”, instituído pela MP nº 621/2013, sem a revali-***

dação dos diplomas expedidos por universidades estrangeiras.

- Pleito de suspensão deferido pela Presidência sob o fundamento de que a decisão traduzia clara agressão à ordem pública (em sua acepção administrativa), considerando não ser dado aos Juízes proceder à avaliação do mérito de políticas públicas, no que concerne ao exame de critérios de sua conveniência e oportunidade.

- Evidência do risco de comprometimento à saúde pública, considerando que, no tocante às 834 vagas ofertadas ao Ceará, somente houve interesse de 106 médicos brasileiros em seu preenchimento, dos quais apenas 35 iniciaram suas atividades. Assim, mantida a antecipação de tutela, ao menos 12 municípios – em situação de extrema pobreza – permaneceriam sem qualquer assistência médica.

- Inviabilidade do exame de questões relativas ao próprio mérito da controvérsia, sabido tratar-se de matérias suscetíveis ao debate nas vias recursais ordinárias, instrumentos que, ressamidamente, permitem a verificação do acerto ou desacerto da decisão impugnada.

- Improvimento do agravo regimental, para manter-se a suspensão da tutela antecipada.

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, 23 de outubro 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 pelo CREMEC - Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará, em face da decisão com que restou deferido pedido de suspensão de tutela antecipada concedida pelo il. Juízo da 7ª Vara Federal do Ceará, no âmbito da Ação Civil Pública nº 0802059-42.2013.4.058100.

A demanda originária foi proposta pelo conselho com vistas à obtenção de provimento jurisdicional que lhe desobrigasse de promover o registro provisório dos médicos intercambistas participantes do “Projeto Mais Médicos para o Brasil”, instituído pela Medida Provisória nº 621/2013, sem a devida comprovação da revalidação dos diplomas expedidos por universidades estrangeiras.

O pleito de suspensão requestado foi deferido sob o fundamento de que a decisão proferida em primeiro grau traduzia clara agressão à ordem pública (em sua acepção administrativa), considerando não ser dado aos Juízes proceder à avaliação do mérito de políticas públicas, no que concerne ao exame de critérios de sua conveniência e oportunidade.

Em reforço dessa argumentação, a decisão suspensiva ainda destacou o risco de comprometimento à saúde pública, considerando que, no tocante às 834 vagas ofertadas ao Ceará, somente houve interesse de 106 médicos brasileiros em seu preenchimento, dos quais apenas 35 iniciaram suas atividades. Assim, mantida a antecipação de tutela, ao menos 12 municípios – em situação de extrema pobreza – permaneceriam sem qualquer assistência médica.

Irresignado, o Conselho sustenta, em seu agravo, que a fundamentação da decisão suspensa está lastreada na análise da constitucionalidade e da legalidade da Medida Provisória nº 621/2013, e não no enfrentamento do mérito (conveniência e oportunidade) do Programa Mais Médicos.

Nesse contexto, considera que a decisão desta presidência afastou-se da realidade, incorrendo em “silogismo vicioso”, pois partiu de uma premissa falsa (intromissão no mérito administrati-

vo) para chegar a uma conclusão equivocada (mácula ao princípio da tripartição dos Poderes).

Insiste ter o Juízo de primeira instância firmado sua argumentação na injustificada quebra de isonomia entre os médicos formados em instituições estrangeiras, quando dispensa os chamados “médicos intercambistas” da necessidade de revalidação de seu diploma para o exercício da medicina no território nacional, mantendo, porém, tal exigência em relação aos demais médicos cujo diploma foi obtido no exterior.

O não enfrentamento desse ponto, por parte da decisão ora agravada, configuraria, segundo o agravante, cerceamento de defesa, razão pela qual pugna pelo provimento do recurso, em ordem a reformar-se a decisão recorrida (fls. 300-310).

Veio aos autos, ainda, uma petição em que o Estado do Ceará requer seu ingresso nos autos, na condição de assistente da União, nos termos do que preceitua o art. 50 do CPC, alegando, para tanto, ser manifesto o seu interesse jurídico no deslinde do feito (fls. 297-299).

É o relatório. Em mesa para julgamento.

VOTO

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

Inicialmente, entendo ser o caso de deferir o ingresso do Estado do Ceará neste feito, na condição de assistente da União, considerando que, como bem destaca o requerente, a promoção da saúde é competência comum de todos os entes federativos, os quais são, por desígnio constitucional, encarregados de “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (art. 23, II, da CF/88).

Além disso, a demanda originária está diretamente ligada ao registro provisório, por parte do Conselho Regional de Medicina do Estado do Ceará, dos médicos intercambistas participantes do “Projeto Mais Médicos para o Brasil”, instituído pela Medida Provisória nº 621/2013, sem a necessidade de revalidação dos diplomas expedidos por universidades estrangeiras.

Tal significa dizer que o *decisum* de primeiro grau afeta, sobremaneira, o implemento do projeto em diversos municípios cearenses que aderiram ao programa do Governo Federal; vários deles sob o risco de permanecer sem a assistência médica que os beneficiaria.

Assim, o interesse jurídico do Estado do Ceará afigura-se inquestionável, motivo pelo qual deve ser autorizado seu ingresso no feito, na condição de assistente da União (art. 50, CPC).

Assentada tal premissa, passo ao exame das razões recursais, as quais se me afiguram tão contundentes quanto equivocadas.

Com efeito, diversamente do que supõe o agravante, a decisão desta Presidência não se baseia em “silogismo vicioso”. Na verdade, o que ali se tem é uma análise do que restou decidido pelo Juízo de primeiro grau segundo os parâmetros que delimitam a atuação dos presidentes dos Tribunais na apreciação de pedidos de suspensão de liminares.

Ora, é demasiadamente sabido que o espaço deliberativo inerente aos pedidos de suspensão não rende ensejo a uma análise dos elementos jurídico-normativos das decisões que se pretende sobrestar. Esse é um cotejo técnico próprio dos recursos, não se devendo confundir esses meios de impugnação, ocupantes que são de espaços cognitivos diversos.

Nesse diapasão, nada obstante o agravante insista em alardear a omissão do *decisum* na discussão dos fundamentos em que se louvou o Juízo de primeiro grau – sobretudo no tocante à pretensa violação ao princípio constitucional da isonomia –, é fato que tal análise não se faz necessária. Ao ministrar a contracautela – de índole político-administrativa – a Presidência somente precisa perquirir sobre a conveniência e a oportunidade de se manter os efeitos da decisão impugnada antes de seu trânsito em julgado.

Tal qual já havíamos salientado, 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.

Com efeito, 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 tratar-se matérias suscetíveis ao debate nas vias recursais ordinárias, instrumentos que ressamidamente permitem a verificação do acerto ou desacerto da decisão impugnada.

Em outras palavras, a decisão que se procede na apreciação de suspensão da tutela antecipada – que é, ela própria, de natureza efêmera e provisória – não significa um julgamento que se sobreponha à decisão jurídica ora impugnada. Isso somente acontecerá se houver sido interposto agravo de instrumento, que é o recurso cabível na espécie.

A suspensão dos efeitos da tutela de urgência concedida – objeto da decisão ora agravada – limita-se, unicamente, a apreciar se há manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade, bem como o risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Sendo esse o contexto, em se tratando da paralisação de programa destinado ao implemento de uma política pública endereçada a melhorar o sistema de saúde pública, a sua sustação, pura e simples, sem uma apreciação jurídica definitiva – porque nas lindes próprias de uma transitória medida liminar –, causa evidente lesão, sobretudo, à saúde pública, rendendo ensejo, por conseguinte, à suspensão solicitada.

Como bem ressaltado no requerimento de suspensão, a saúde pública, caso mantido o comando judicial ora contestado, res-

taria seriamente comprometida, na medida em que os dados apresentados revelam a penúria em que se encontra a referida unidade da federação em tema dessa natureza, de fundamental importância para a vida do cidadão.

Com efeito, não se pode desprezar o fato de que, das 834 vagas ofertadas pelo “Projeto Mais Médicos para o Brasil”, abertas a partir da demanda de 150 municípios que aderiram ao programa, somente houve o interesse de 106 médicos brasileiros, dos quais somente 35 iniciaram suas atividades, nada obstante estes possuam prioridade na escolha do local da prestação do serviço.

Ainda nesse diapasão, o quadro apresentado à fl. 29 revela que, de 16 municípios cearenses pequenos e médios, com população cuja soma atinge 883.295 moradores, com mais de 20% deles vivendo em situação de extrema pobreza, não houve interesse de médicos brasileiros em nada menos que 12 deles.

Tais informações são, sem dúvida, sérios indicativos de que, uma vez obstaculizado o recebimento dos médicos intercambistas, nos termos da decisão combatida, os municípios referidos permanecerão sem qualquer assistência médica, a despeito da disposição do multicitado programa em supri-la.

Isso é o quanto me basta para ratificar os fundamentos da decisão ora agravada, mantendo suspensa a tutela antecipada concedida pelo Juízo da 7ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, até o trânsito em julgado da sentença a ser proferida na Ação Civil Pública nº 0802059-42.2013.4.05.8100.

Por todo o exposto, adoto as seguintes providências:

- a) defiro o pedido de ingresso no feito, na condição de assistente (art. 50, CPC) formulado pelo Estado do Ceará; e
- b) nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR
Nº 0801655-41.2013.4.05.0000 (PJE)**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO
(PRESIDENTE)
Parte A.: MUNICÍPIO DE FORTALEZA
Partes R: INSTITUTO AMBIENTAL VIRAMUNDO E MINISTÉ-
RIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. JURACI MOURÃO LOPES FILHO E MIGUEL
ROCHA NASSER HISSA (PARTE A.)

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATI-
VO. AGRAVO REGIMENTAL EM SUSPENSÃO
DE LIMINAR. COMPETÊNCIA DO PLENO. SO-
BRESTAMENTO DE OBRA. DESCABIMENTO.
OCORRÊNCIA DE EFETIVA LESÃO À ORDEM E
À ECONOMIA PÚBLICAS. HIPÓTESE QUE JUS-
TIFICA A CONCESSÃO DA CONTRACAUTELA
POLÍTICA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO CON-
CESSIVA DO PLEITO DE SUSPENSÃO. IMPRO-
VIMENTO DO RECURSO.**

*- Ainda que a suspensão de liminar tenha sido
deferida em ação civil pública, o agravo regimen-
tal que a impugna deve ser dirigido ao Presiden-
te da Corte, por ser da competência do Pleno
deste Tribunal. Inteligência do art. 12, §1º, da Lei
nº 7.347/85, em cotejo com os Regimentos Inter-
nos do STF (art. 297), do STJ (art. 271) e desta
Corte (art. 228). Precedentes desta Corte.*

*- A decisão que determinou a suspensão da obra
integrante do Programa de Transporte Urbano
de Fortaleza – TRANSFOR – traduz clara agres-
são à ordem e à economia públicas, tanto por im-
possibilitar que a sociedade possa, com maior
brevidade, usufruir de melhor trânsito na região,
como por impor severos prejuízos a serem su-
portados com verbas públicas.*

*- O receio de que o Poder Público cause dano
ambiental irreparável ou exceda a área contida*

no projeto inicial – sem um dado específico quanto à sua ocorrência – não é suficiente para justificar a suspensão de uma empreitada cujo objetivo maior é melhorar a qualidade de vida da população.

- 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, 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 pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão de minha relatoria que deferiu pedido de suspensão de liminar formulado pelo Município de Fortaleza/CE, assegurando a continuidade das obras do TRANSFOR na confluência das Avenidas Antônio Sales e Engenheiro Santana Junior.

Inconformado com o aludido *decisum*, vem o Ministério Público Federal valer-se do presente recurso para argumentar que não se está diante de circunstância que autorize a suspensão da liminar, já que ausente *grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas*.

Reconhece, no recurso, a importância da obra para a municipalidade, mas ressalta que, em casos como esse, deve-se atentar para a forma com que as intervenções no meio ambiente são conduzidas, obedecendo-se as normas do Direito Ambiental. Ainda sobre a questão, afirma que o Plano de Controle Ambiental es-

pecífico - PCA elaborado para a construção em tela não pode substituir o EIA/RIMA, já que se trata de um procedimento bem menos rigoroso. Destaca, também, que o EIA/RIMA realizado, por sua vez, além de ultrapassado, licenciou o projeto TRANSFOR como um todo, sem levar em conta as especificidades de cada uma das obras inclusas.

Argumenta, outrossim, que o IBAMA constatou uma supressão de área do Parque do Cocó superior à que havia sido, em tese, autorizada pela SEUMA.

Ressalta que, embora reconheça que tais questões devam ser apreciadas pelo magistrado de primeiro grau, elas já demonstram que as irregularidades vêm ocorrendo. Por tal razão, sustenta, não se discute o cumprimento de mero formalismo, mas busca-se uma forma de assegurar a diminuição dos efeitos do impacto ambiental decorrente da construção das obras no Parque do Cocó.

Defende, ademais, que, no caso de confronto entre dois interesses públicos, no caso, o direito à mobilidade urbana e o direito ao meio ambiente equilibrado, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade, para que se analise qual deles deve preponderar. No caso, destaca, o direito ao meio ambiente saudável, em razão de sua importância e abrangência, deveria prevalecer.

Discorre ainda sobre os princípios da prevenção, da precaução e colaciona julgados que, sob sua ótica, corroboram a tese por ele defendida.

Ao final, reitera a inexistência de grave lesão advinda da suspensão das obras, bem como a ausência de urgência, mormente em se considerando que o citado empreendimento está em estudo desde o ano de 2002.

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 SR. DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS (Relator Presidente):

1- Preliminar: Competência do Pleno para julgamento do recurso

Inicialmente, cumpre registrar que, conquanto não tenha sido questionada a competência para julgamento deste recurso, tenho por bem tecer breves considerações acerca da matéria, a fim de afastar eventual alegação de incompetência deste Órgão Plenário.

Na verdade, como a ação originária do feito se trata de uma ação civil pública, poder-se-ia alegar que a competência para julgamento de agravo contra decisão proferida em Suspensão de Liminar seria da Turma, em razão do que dispõe o art. 12, § 1º, da Lei nº 7.347/85.

Considero, todavia, não ser esse o melhor posicionamento a ser adotado, já que há vários outros aspectos que devem ser levados em consideração na hipótese e que conduzem a um entendimento diverso.

Com efeito, a Lei nº 8.437/92, que trata das medidas cautelares contra atos do Poder Público, é expressa, em seu art. 4º, § 1º, ao prever a sua aplicação ao mandado de segurança e à ação civil pública. Esse mesmo diploma legal previu, ainda, no § 3º do art. 4º, a interposição de recurso de agravo contra o *decisum* que conceder ou negar a suspensão. Nesse ponto, penso que o legislador silenciou, propositadamente, acerca da competência para o seu julgamento, em razão do que dispõe o art. 96, I, a, da CF/88 – que deixa a critério de cada um dos Tribunais, através de seus regimentos internos, a definição da competência de seus órgãos jurisdicionais e administrativos.

Por sua vez, o Regimento Interno do TRF da 5ª Região, em seu art. 228, ao dispor sobre a suspensão de liminar, afirma que o recurso cabível contra decisão do Presidente é o “agravo interno”, cujo julgamento é de competência do Pleno, conforme expressamente reconhecido no art. 6º, b, do mencionado diploma infralegal.

A própria doutrina, inclusive, já se debruçou sobre o tema, consoante se pode verificar em trecho da obra de Elton Venturi, *in verbis*:

De fato, muito embora o art. 12, § 1º, da Lei 7.347/85 refira o cabimento do agravo interno 'para uma das turmas julgadoras', adotando-se como parâmetro os regimentos internos do STF (art. 297) e do STJ (art. 271), o agravo deve ser dirigido ao juiz Presidente do Tribunal, o qual, se mantiver sua decisão originária, deve submeter o recurso ao plenário ou ao órgão especial para julgamento imediato.¹

Por fim, nunca é demais lembrar que este Órgão Plenário julgou, recentemente, um Agravo em Suspensão de Liminar (de nº 4275/SE) manejado contra a decisão proferida pelo então Presidente desta Corte, Des. Fed. Paulo Roberto de Oliveira Lima, em que o feito originário se tratava de uma ação civil pública.

Não há, portanto, razões para se afastar a competência do Pleno deste Tribunal para o julgamento do agravo regimental, cujo mérito ora se passa a apreciar.

2- Mérito:

A decisão com que o il. Vice-Presidente desta Corte, Des. Federal Edilson Nobre, no exercício da Presidência, deferiu a suspensão de liminar pleiteada no feito em referência, que se encontra vazada nos seguintes termos:

(...) Cumpre-me ressaltar, iniciaismente, que a medida de que ora se trata, prevista nos arts. 15 da Lei nº 12.016/2009 e 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. Confirmam-se, porque oportuno, os regramentos contidos naqueles dispositivos legais:

Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e

¹ VENTURI, Elton. Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público - 2 ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 230/231.

para **evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas**, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso **suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença**, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

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**. (Grifos inautênticos)

Decerto, consoante se pode inferir, o legislador valeu-se do adjetivo “grave” justamente como forma de evidenciar a excepcionalidade da medida suspensiva almejada, de modo que somente uma avaliação efetiva acerca da gravidade da lesão pode autorizar a concessão legítima da providência reclamada. Nesse sentido, elucidativo é o voto do ex-Ministro do STF, Sepúlveda Pertence, no julgamento do AgRgSS 432-DF, *DJU* 12.2.1993:

(...) é medida excepcional de contracautela, destinada à salvaguarda de relevantes interesses públicos sob risco iminente, na hipótese de execução, ainda que provisória, da ordem judicial. (...) O que a singulariza é, precisamente, que esses requisitos do *periculum in mora*, na suspensão de segurança, são qualificados. Não é qualquer risco que a justifica, não é qualquer possibilidade, não é, nem mesmo, a probabilidade de um risco qualquer: é apenas o risco de grave dano a interesses públicos relevantíssimos.

Com efeito, no exame 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 estas matérias susce-

tíveis ao debate nas vias recursais ordinárias, instrumentos que ressabidamente permitem a verificação do acerto ou desacerto da decisão impugnada.

Feitas, pois, estas considerações iniciais, volto à análise do pleito de suspensão em referência, ponderando desde logo vislumbrar os pressupostos que ensejariam sua concessão. Explico.

A obra que está sendo construída e cuja execução foi obstada pela liminar proferida na ação civil pública faz parte do Programa de Transporte Urbano de Fortaleza – TRANSFOR –, em estudo desde o ano de 2002, e que tem por objetivo primordial a melhoria do transporte público coletivo, através de um conjunto de ações e intervenções na malha viária da cidade.

É consabido, ainda, que o trecho onde está sendo construído o viaduto – no cruzamento das avenidas Antônio Sales e Engenheiro Santana Júnior – é um dos grandes pontos de congestionamento diário em Fortaleza e que a mencionada obra irá interferir no ecossistema do Parque do Cocó.

No *decisum* objeto da suspensão de liminar ora em análise, o douto magistrado singular considerou necessário o embargo da obra diante do potencial risco ambiental existente. Tenho, contudo, que as circunstâncias do caso indicam, em verdade, que a paralisação da construção causará maior prejuízo à ordem e à economia públicas, tanto por impossibilitar que a sociedade possa, com maior brevidade, usufruir de melhor trânsito na região, como por impor severos prejuízos a serem suportados com verbas públicas.

Por outro lado, não vislumbro o grave dano ambiental a ser causado visto que, como houve a elaboração de um EIA/RIMA para o projeto TRANSFOR – e quanto a isso não há controvérsia –, parece-me, à primeira vista, desnecessário que uma obra que dele faz parte precise de um novo estudo específico, mormente quando o já existente foi devidamente aprovado pelo órgão competente.

Ademais, para cada um dos grupos no qual se dividiu o projeto TRANSFOR, foi elaborado um Plano de Controle Ambiental específico, e para esta obra em si, diante da interferência que haveria no Parque do Cocó, foi inserida uma medida mitigadora, consistente na execução de um Plano de Mane-

jo, exatamente para disciplinar o uso da área em consonância com a proteção de seus recursos ambientais.

Foram, ainda, previstas outras medidas compensatórias da intervenção nas áreas ambientais diretamente afetadas pela obra, tais como replantio de pelo menos 3 (três) mudas de porte semiadulto (1,80m a 2,50m) para cada planta sacrificada, conforme condicionante prevista na Autorização para o desmatamento, emitida pela SEUMA – Secretaria de Urbanismo e Meio Ambiente – também anexada.

Relevante ainda destacar que a Licença de Instalação da Obra foi deferida em novembro de 2006, conforme consta no anexo da inicial, e vem sendo continuamente renovada até os dias atuais.

Da mesma forma, considero, a princípio, que a alteração realizada no projeto do viaduto não justifica, por si só, a necessidade de elaboração de um novo estudo de impacto ambiental, principalmente porque, ao que parece, a modificação inserida previu uma redução na área ambiental a ser afetada – que de 0,30 ha, passou a ser de 0,16 ha, consoante documentação em anexo (pág. 213 do PBA e página 5.16 do PCA acostado pelo Ministério Público Federal – fl. 408).

Cumprе salientar, outrossim, que o receio do dano ambiental foi respaldado em relatório que, a despeito de elaborado pelo IBAMA, não pode ser tido como conclusivo, vez que, além de ter sido confeccionado após breve vistoria no local – iniciada às 16h05min e finda às 16h48min, conforme expresso no próprio documento – apenas cita uma área aproximada de desmatamento.

Insta ressaltar, afinal, ser compreensível que a realização de uma obra de tal monta gere opiniões dissonantes entre os diversos grupos sociais. Todavia, não se pode perder de vista que, diante dos graves problemas enfrentados diariamente nas cidades brasileiras, cabe ao administrador público buscar soluções e escolher, dentre as possíveis, a que melhor atenda aos interesses da sociedade. Esse poder de escolha que compete ao administrador público é o que se denomina, no mundo jurídico, de “discricionariedade administrativa”.

E é esse mesmo poder de escolha que, embora legitimamente exercido, enfrenta, muitas vezes, resistência de alguns setores da sociedade. Não menos legítimo, outrossim,

é o direito daqueles que, por discordarem, buscam, agora, a paralisação da obra. O objetivo buscado, entretanto, não se legitima e, portanto, não deve ser atendido, quando a sua concretização é capaz de causar um dano ainda maior à sociedade do que aquele por eles defendido, como considero ocorrer no caso em deslinde.

Desta feita, entendo que o receio de que o Poder Público cause dano ambiental irreparável ou exceda a área contida no projeto inicial – sem um dado específico quanto à sua ocorrência – não é suficiente para justificar a suspensão de uma empreitada cujo objetivo maior é melhorar a qualidade de vida da população que diariamente se vê obrigada a enfrentar uma verdadeira jornada em direção ao trabalho, e em seu retorno para casa, dentro dos coletivos e carros que tentam circular pela cidade.

Com essas considerações, defiro o pedido de suspensão.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor deste *decisum* ao douto Juiz Federal prolator do ato judicial vergastado. (...)

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

Além disso, importa observar que o douto magistrado *a quo* adotou, ainda que em segunda decisão, raciocínio diverso ao que deveria empregar na espécie – que cuida de questão da suspensão *inaudita altera pars*. Concedeu a liminar, embora não a tenha denominado como tal, determinando que, depois, se ouvisse o Município, quando se recomenda que o tivesse ouvido antes de conceder qualquer medida judicial, tendo em vista o interesse público que ele encarna.

Nego, pois, provimento ao agravo regimental.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 25.570-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Apelantes: MARCÍLIO RAMOS DA SILVA, FUNDAÇÃO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA DO ESTADO DE PERNAMBUCO HEMOPE E UNIÃO
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. SANDRO BELTRÃO FARIAS E OUTRO E LAURENE ÁUREA LUCENA TAVARES DE MELO

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE HEMOTERAPIA. CONTAMINAÇÃO DE PACIENTE PELO VÍRUS DA HEPATITE C. NEXO DE CAUSALIDADE. DANOS MATERIAL/MORAL.

- O juiz é o destinatário da prova, cabendo somente a ele aferir sobre a necessidade ou não de sua realização, logo, não nulifica a sentença o julgamento antecipado da lide, por haver o magistrado considerado suficientes ao seu convencimento as provas carreadas à inicial.

- Legitimidade do HEMOPE e da UNIÃO para figurarem no polo passivo da lide em que se discute a responsabilidade civil do Estado pela contaminação de paciente hemofílico, em tratamento na Fundação HEMOPE, pelo vírus da Hepatite 'C' em decorrência de transfusão de hemoderivados, haja vista a responsabilidade fiscalizatória dos referidos entes.

- Em se tratando de prestações de trato sucessivo, a prescrição só abrange as parcelas anteriores ao lustro, a contar da data do ajuizamento da demanda.

- Para a indenização postulada, decorrente da Hepatite 'C' contraída pelo demandante, fulcrada no art. 37, § 6º, da Carta Magna, há de se aferir a

existência do dano e o nexo de causalidade entre este e a conduta do agente público.

- Muito embora seja inconteste a legitimidade da União para figurar no polo passivo da presente demanda, conforme consignado na sentença, a jurisprudência desta Corte vem entendendo que no episódio ocorrido no âmbito do HEMOPE não restou evidenciado o nexo causal entre o dano sofrido pelo autor e a conduta perpetrada por agentes federais, de modo a afastar a solidariedade no que toca ao pagamento da indenização pelo referido ente.

- Os documentos que repousam nos autos evidenciam que o autor, após o início do tratamento da sua hemofilia, no âmbito do HEMOPE, mediante transfusão de sangue, contraiu o vírus da Hepatite 'C'.

- Honorários advocatícios majorados para R\$5.000,00 (cinco mil reais), em consonância com o art. 20, § 4º, do CPC.

- Aplicação da Súmula 54-STJ, de modo a autorizar a incidência dos juros de mora a contar do evento danoso.

- Remessa oficial e apelação da União parcialmente providas. Apelo do HEMOPE desprovido. Apelação autoral parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, dar parcial provimento à remessa oficial e às apelações da União e do autor, negando provimento ao apelo do HEMOPE, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 24 de outubro 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 remessa oficial e de apelações interpostas contra sentença que julgou procedente o pedido autoral, condenando a UNIÃO e a FUNDAÇÃO HEMOPE a pagar indenização por danos morais fixados em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e danos materiais no valor de 5 (cinco) salários mínimos, *pro rata*, desde a citação, enquanto vida tiver o demandante, em face do reconhecimento da responsabilidade pela contaminação do demandante pelo vírus da Hepatite 'C'.

O promovente recorre, postulando: a majoração da indenização por danos morais; a aplicação dos juros de mora a contar da data do evento danoso; a fixação dos honorários advocatícios com base em percentual sobre o valor da condenação global; a limitação do pagamento dos danos materiais até os seus 70 (setenta) anos.

O HEMOPE apela, sustentando as seguintes preliminares: cerceamento do direito de defesa, à míngua da realização de perícia médica; legitimidade do Estado de Pernambuco; e prescrição. No mérito, defende que no presente caso não restou evidenciada a sua culpa/dolo, ressaltando, de outro lado, ser inaplicável o Código de Defesa do Consumidor.

A UNIÃO insurge-se, igualmente, defendendo, em preliminar: a sua ilegitimidade e, em consequência, a incompetência da Justiça Federal; prescrição do fundo de direito. No mérito, defende que não pode ser responsabilizada pela contaminação viral objeto da presente demanda. Aduz, ainda, que na hipótese a teoria a ser aplicada é a teoria subjetiva, de modo a necessitar da efetiva demonstração da omissão da administração federal hábil à ocorrência do infortúnio. Sustenta, também, que é imprescindível que a vítima demonstre o fato danoso e o injusto e que este foi ocasiona-

do por ação ou omissão de agente do Poder Público, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las.

Contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

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

Objetivam os recorrentes a reforma da sentença que julgou procedente a pretensão autoral, condenando a UNIÃO e a FUNDAÇÃO HEMOPE a pagar indenização por danos morais fixados em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e danos materiais no valor de 5 (cinco) salários mínimos, *pro rata*, desde a citação, em face de o promovente ter contraído o vírus da Hepatite 'C', ao se utilizar dos serviços de saúde (transfusão) na área dos hemoderivados, por ser portador do Mal de Pott, bem como de hemofilia.

Passo ao exame das prefaciais.

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade da sentença, por eventual cerceamento do direito de defesa do HEMOPE, por entender que a necessidade de produção de determinadas provas encontra-se submetida ao princípio do livre convencimento do magistrado, em face das circunstâncias de cada caso, pois, sendo o juiz o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização.

No caso, se o magistrado considerou suficientes as provas carreadas à inicial, não há falar em nulidade do julgado (STJ, 4ª Turma, AGA 987507, Relator Min. Luis Felipe Salomão, *DJE* 17/12/2010).

Quanto ao aspecto da legitimidade, consigno que o “HEMOPE e a UNIÃO são partes legítimas a figurar no polo passivo da lide em que se discute a responsabilidade civil do Estado pela contaminação de paciente hemofílico, em tratamento na Fundação HEMOPE, pelo vírus da Hepatite 'C' em decorrência de transfusão de hemoderivados, haja vista a responsabilidade fiscalizatória dos referidos entes”. (TRF5ª, 4ª T., AC 495070/PE, rel. Des. Federal convocado Frederico Dantas, *DJE* 04/08/2011, p. 584)

Por corolário, resta patente a competência desta Justiça Federal.

Quanto à ocorrência de prescrição quinquenal, igualmente não merece acolhimento.

É que, em se tratando de prestação de trato sucessivo, o fundo de direito não é atingido pela prescrição, que só alcança as parcelas vencidas no período anterior aos cinco anos que antecederam a data da propositura da ação.

Ainda que assim não entenda, registre-se que a ciência inequívoca da contaminação do autor pelo vírus da Hepatite 'C' ocorreu em 24/09/2003, conforme se infere à fl. 41, sendo certo que ajuizou o presente feito em 30/05/2008 perante a Justiça Estadual, dentro, portanto, do lustro.

Passo ao mérito.

Para a indenização postulada, fulcrada no art. 37, § 6º, da Carta Magna, há de se aferir a existência do dano e o nexo de causalidade entre este e a conduta do agente, sendo prescindível perquirir-se a respeito da existência da culpa, cuja comprovação será essencial apenas em futura ação regressiva a ser promovida pelo Estado contra o seu preposto.

No caso em apreço, entendo presentes os requisitos necessários ao reconhecimento da responsabilidade estatal.

Com efeito, a sentença recorrida apontou, com inegável acerto, que o autor após o início do tratamento da sua hemofilia, mediante transfusão de sangue, passou a ser portador do vírus da Hepatite 'C'.

A propósito, vale transcrever a sentença na parte que enfoca tal aspecto:

No caso vertente, os documentos acostados aos autos comprovam que o autor é portador de hemofilia e, submetido a testes, esses revelaram a contaminação com o vírus de Hepatite 'C' (fls. 41/44), quando já era paciente do Hemope desde, pelo menos, 1983 (fls. 46/52 e 219/220), tendo ali realizado várias transfusões.

A imposição da realização de exames laboratoriais no sangue coletado deu-se a partir da vigência da Lei 7.649/88.

No entanto, a análise dos autos demonstra que, a despeito de a primeira internação e consequente transfusão sanguínea ter sido realizada no autor a partir de 1983 (fl. 49), antes, portanto, da obrigatoriedade legal do controle do sangue fornecido, o tratamento hemoterápico continuou sendo realizado.

Os relatórios médicos e do corpo de enfermagem indicam transfusões feitas nos anos de 1990 (fls. 46/52 e 219/220), períodos posteriores ao termo inicial para a obrigatoriedade, por parte do Poder Público estadual e federal, da realização de testes com o objetivo de detectar a existência de doenças infecciosas.

Como a doença – Hepatite ‘C’ – só foi diagnosticada em 1994 (fl. 219), impõe-se concluir que a contaminação pode ter ocorrido em qualquer das internações a que foi submetido o autor em período anterior, inclusive naquelas em que já era obrigatória a realização dos testes que poderiam detectar os vírus em questão.

Nesse passo, não merece acolhida a alegação da FUNDAÇÃO HEMOPE de que somente a partir de 1993, com a Portaria nº 1.376, tornou-se obrigatória a triagem laboratorial para o vírus da Hepatite ‘C’ em doadores de sangue, pois não é a ausência de uma norma específica de fiscalização que tem o condão de afastar o dever de o Estado atuar, mormente quando relevante questão de interesse público, envolvendo, como no caso, a saúde da população.

De acordo com a Lei nº 4.701/65, a atividade hemoterápica será exercida sob os preceitos da Política Nacional do Sangue, dentre os quais se insere o estabelecimento de medidas de proteção individual do receptor e do doador. Embora somente com a edição da Lei nº 7.649/88, tenha se tornado obrigatório a realização de exames sorológicos no material sanguíneo utilizado nas transfusões, há um dever do Poder Público de agir, ou seja, de fiscalização dos hemoderivados. Portanto, responde a UNIÃO FEDERAL pelo dano ocasionado pela contaminação de pessoas submetidas à transfusão sanguínea em razão de tratamento de hemofilia pelo vírus HCV. (Fls. 485/486)

Muito embora seja inconteste a legitimidade da União para figurar no polo passivo da presente demanda, conforme consignado na sentença, a jurisprudência desta Corte vem entendendo que

no episódio ocorrido no âmbito do HEMOPE não restou evidenciado onexo causal entre o dano sofrido pelo autor e a conduta perpetrada por agentes federais, de modo a afastar a solidariedade no que toca ao pagamento da indenização pelo referido ente.

A propósito, vale transcrever o seguinte precedente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. PATOLOGIA ADQUIRIDA DURANTE TRATAMENTO HOSPITALAR. RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA DA UNIÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. EVENTO DANOSO NÃO ORIUNDO DE ATO PRATICADO POR AGENTES LIGADOS AO ÂMBITO DA ESTRUTURA FEDERAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Primeiramente, é interessante ressaltar que o dano ocorrido à autora, no curso de tratamento realizado no HEMOPE, entidade dotada de personalidade jurídica própria e sujeita a direitos e obrigações que lhe são peculiares, não atrai a solidariedade da União, quando tal evento danoso não tiver sido oriundo de ato praticado por agentes ligados a âmbito da estrutura federal. Melhor dizendo, dos documentos acostados aos autos, não se vislumbra nexocausal entre o suposto dano sofrido pela autora, ora agravada, e qualquer ato praticado, seja a título de dolo, seja sob a forma de culpa, por agentes da União.

II - Importa assinalar, ainda, que não restou comprovada, nos autos, a existência de dano ensejado por omissão da União (*v.g.*, má prestação de serviço público, vale dizer, falta ou falha do serviço), sob o prisma da responsabilidade subjetiva da Administração, o que se daria quando a sua atuação normal, ordinária, regular, só por só, seria eficaz para evitar o evento danoso que se quer imputar à União.

III - Isto porque, soma-se às considerações feitas, o fato de que a atribuição de “fiscalização e controle” dos medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, mercê do parágrafo 1º do art. 4º da Lei nº 8.080/90, não reveste os contornos interpretativos eleitos pela autora, sendo incapaz de resistir a mais superficial análise, sob pena de a União se responsabilizar, em desalinho ao princípio da razoabilidade, por todas as ações indenizatórias ligadas aos incidentes ocorridos durante o tratamento hospitalar, seja na rede pública, bem como na esfera particular. Na práti-

ca, a aplicação desta exegese estaria, por assim dizer, inviabilizando a continuidade dos serviços prestados pelo Sistema Único de Saúde - SUS, o que, em última análise, acarretaria prejuízo irreparável à população desvalida economicamente, intimamente dependente do referido sistema. IV - Agravo de instrumento parcialmente provido. (TRF5ª, 4ª T, PJE 08000379520124050000, rel. Des. Federal Edilson Nobre, j. 19/06/2012)

No que toca à indenização por dano material, verifico o seu cabimento, notadamente em face das despesas (medicamentos e alimentação especial) advindas da nova patologia que acomete o demandante, sendo certo que o pensionamento fixado na origem (cinco salários mínimos) afigura-se razoável para tal.

Passo a examinar a existência ou não de dano moral.

Segundo José de Aguiar Dias, para caracterizar o dano moral, basta compreendê-lo em relação ao seu conteúdo, que "... não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado."¹

Para Maria Helena Diniz, "o direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente"²

No meu sentir, na hipótese de que se cuida, a existência do dano moral é irrecusável, afinal, não se pode negar o sofrimento físico e emocional pelo qual passa o autor que, ao procurar o serviço de saúde estatal para tratar da sua hemofilia, contraiu uma patologia da gravidade da Hepatite 'C'.

No que tange à fixação da indenização pecuniária a que faz jus o autor pelo constrangimento que lhe foi impingido (art. 5º, V,

¹ Da responsabilidade civil, vol. II, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 730.

² Curso de direito civil brasileiro. Responsabilidade civil, 7º vol., 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 82.

CF), tarefa das mais árduas, fica a critério do Magistrado, conforme destaca Clayton Reis *apud* Antônio Montenegro, ao afirmar que, em nossa doutrina nacional, “predomina o entendimento de que a fixação da reparação do dano moral deve ficar ao prudente arbítrio dos juízes. Comungam desse sentir, entre nós, Wilson Melo da Silva e Aguiar Dias, para quem o arbitramento é critério por excelência para indenizar o dano moral”³, sustentando, ainda, que essa idéia ganha corpo na jurisprudência, “na medida em que transfere para o juiz o poder de aferir, com o seu livre convencimento e tirocínio, a extensão da lesão e o valor da reparação correspondente.”⁴.

Penso que, sopesadas as circunstâncias do caso concreto, a fixação da referida indenização em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) é suficiente para reparar os prejuízos morais sofridos, sem, contudo, propiciar o enriquecimento ilícito do demandante.

Quanto à limitação do pagamento dos danos materiais até os seus 70 (setenta) anos, registro que a sentença recorrida, ao deferir a pensão vitalícia em favor do autor, limitou-se aos termos do pedido, conforme bem esclarecido à fl. 528, de modo que inexistente qualquer reparo a ser feito.

Com relação aos juros de mora, verifico que não foi observado os ditames da Súmula 54/STJ, que estabelece a sua incidência a contar do evento danoso.

Por fim, no que pertine aos honorários advocatícios, diversamente do entendimento do demandante, deve-se observar a disciplina do art. 20, § 4º, do CPC, *in verbis*: “Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b*, e *c* do parágrafo anterior”.

³ Dano moral. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 84.

⁴ Ob. Cit., p. 85.

Do exame do preceptivo legal supracitado e diante do contexto dos autos, entendo justo e razoável a majoração da verba honorária para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Diante do exposto, dou parcial provimento à remessa oficial e à apelação da União, para eximi-la do pagamento da indenização imposta na origem; negando provimento ao apelo do HEMOPE, a quem caberá arcar integralmente pelos danos; dando parcial provimento ao apelo autoral, para autorizar a incidência dos juros de mora a partir do evento danoso (Súmula 54-STJ), majorando os honorários advocatícios para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a ser rateado pelos réus.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 25.847-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC
Apelados: ELIETE FERREIRA DA SILVA E CÔNJUGE
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. ROBERTO ARRUDA CAVALCANTE E OUTROS (APDOS.)

EMENTA: CIVIL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRESCRIÇÃO TRIENAL NÃO CONFIGURADA. MATERNIDADE-ESCOLA UFC. RESULTADO DE EXAME DE HIV POSITIVO. ERRO DE DIAGNÓSTICO. MULHER GRÁVIDA. DANO MORAL. ADOÇÃO DA TÉCNICA DA MOTIVAÇÃO REFERENCIADA (PER RELATIONEM). AUSÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ENTENDIMENTO DO STF.

- Cuida-se de apelação cível e remessa obrigatória interposta pela UFC - Universidade Federal do Ceará contra sentença da MM. Juíza Federal da 7ª Vara/CE que julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, para condenar a Universidade Federal do Ceará a pagar aos autores

indenização por danos morais, no valor de R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais), a ser acrescida da taxa SELIC, nos termos do art. 406 do Novo Código Civil e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sendo R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais) para Eliete Ferreira da Silva e R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais) para Francisco Américo da Silva. Condenou a UFC, ainda, no pagamento de honorários de advogado, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, os quais estipulou em 10% (dez por cento) do valor atualizado da condenação.

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

3. (...) “Em suas razões de apelação, às fls. 331/357, a recorrente alega, em síntese que: a) houve prescrição trienal da pretensão dos autores; b) inexistente nexos de causalidade entre o ato praticado pela UFC e o alegado dano moral dos autores; c) não foi apresentada qualquer prova técnica a desqualificar o trabalho da equipe interdisciplinar da UFC e d) não houve ato ilícito da Maternidade-Escola UFC”.

4. (...) “Fílio-me ao entendimento que vem sendo recentemente adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, realmente, a prescrição contra a Fazenda Pública, mesmo em se tratando de indenização, obedece ao prazo prescricional de 5 anos previsto no Decreto-Lei 20.910, de 6 de janeiro de 1932, uma vez que a previsão do artigo 206, parágrafo 3º, V, do Código Civil disciplina as relações entre particulares, não tendo aplicabilidade nas relações do Estado com o particular”.

- (...) “Os depoimentos das testemunhas Alcioneide Vieira dos Santos e Raimundo Nonato Pedrosa, arroladas pelos autores, confirmam os danos emocionais que sofreram, notadamente a parturiente. Já os depoimentos das testemunhas arroladas pela defesa confirmam os fatos alegados na inicial, notadamente no que concerne aos procedimentos médicos adotados e a informação de que à autora lhe foi dado, realmente, o resultado positivo para o exame de HIV”.

- (...) “Portanto, patente está o dano moral sofrido pelos demandantes, diante do efeito da lesão, o caráter da sua repercussão, a vergonha, o constrangimento, a dor, e o vexame ocasionados pela informação falsa de que a promovente estava contaminada com o vírus HIV, sendo, por isso, submetida à ministração, patentemente desnecessária, de soro com a medicação antiretroviral (AZT), e outra medicação que bloqueou a amamentação”.

- (...) “O que se tem no presente caso é a responsabilidade objetiva da Administração Pública prevista no art. 37, § 6º, da Constituição da República, diante do dano, da conduta e do nexo de causalidade já configurados”.

- (...) “Evidentes, portanto, os graves transtornos provocados pela Administração Pública aos autores, os quais não contribuíram, por mínimo que seja, configurando, sem dúvidas, danos morais passíveis de reparação”.

- Apelação e remessa obrigatória improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa obrigatória, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que integram o presente julgado.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Cuida-se de apelação cível e remessa obrigatória interposta pela UFC - Universidade Federal do Ceará contra sentença da MM. Juíza Federal da 7ª Vara/CE que julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, para condenar a Universidade Federal do Ceará a pagar aos autores indenização por danos morais, no valor de R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais), a ser acrescida da taxa SELIC, nos termos do art. 406 do Novo Código Civil e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sendo R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais) para Eliete Ferreira da Silva e R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais) para Francisco Américo da Silva. Condenou a UFC, ainda, no pagamento de honorários de advogado, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, os quais estipulou em 10% (dez por cento) do valor atualizado da condenação.

Em suas razões de apelação, às fls. 331/357, a recorrente alega, em síntese, que: a) houve prescrição trienal da pretensão dos autores; b) inexistente nexos de causalidade entre o ato praticado pela UFC e o alegado dano moral dos autores; c) não foi apresentada qualquer prova técnica a desqualificar o trabalho da equipe interdisciplinar da UFC e d) não houve ato ilícito da Maternidade Escola UFC.

Contrarrazões apresentadas, às fls. 364/381, pugnano pelo não provimento do recurso.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Considerando que a mais alta Corte de Justiça do país já firmou entendimento no sentido de que a motivação referenciada

(*per relationem*) não constitui negativa de prestação jurisdicional, tendo-se por cumprida a exigência constitucional da fundamentação das decisões judiciais¹, adoto como razões de decidir os termos da sentença, que passo a transcrever:

(...)

De fato, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, ficou estabelecido em três anos o prazo prescricional relativo à pretensão de reparação civil, conforme estabelecido no artigo 206, parágrafo 3º, V, já tendo este juízo, inclusive, em decisão anterior, acolhido a prescrição trienal sob tal fundamento.

Entretanto, revendo meu posicionamento anterior, filio-me ao entendimento que vem sendo recentemente adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, realmente, a prescrição contra a Fazenda Pública, mesmo em se tratando de indenização, obedece ao prazo prescricional de 5 anos previsto no Decreto-Lei 20.910, de 6 de janeiro de 1932, uma vez que a previsão do artigo 206, parágrafo 3º, V, do Código Civil disciplina as relações entre particulares, não tendo aplicabilidade nas relações do Estado com o particular.

Vejamos, portanto, os recentíssimos julgados do STJ:

AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO ESPECIAL. JUROS MORATÓRIOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/1997. LEI Nº 11.960/2009. APLICAÇÃO IMEDIATA. EFEITOS RETROATIVOS. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. AÇÃO INDEMNIZATÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/1932. REEXAME DO SUPORTE FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO VERBETE Nº 7 DA SÚMULA DO STJ.

¹ Precedentes do STF: AI 855829 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 20/11/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO *DJe-241*, DIVULG 07-12-2012, PUBLIC 10-12-2012; AI 738982 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 29/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO *DJe-119*, DIVULG 18-06-2012, PUBLIC 19-06-2012; e AI 813692 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO *DJe-056*, DIVULG 16-03-2012, PUBLIC 19-03-2012.

- Consolidou-se o entendimento no âmbito desta Corte no sentido da imediata aplicação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com a redação dada pelo art. 5º da Lei nº 11.960/2009, aos processos em curso, ficando vedada, porém, a concessão de efeitos retroativos à referida norma.

- A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que o prazo prescricional referente às ações indenizatórias contra a Fazenda Pública é quinquenal, conforme previsto no art. 1º do Decreto-Lei nº 20.910/1932.

- É vedado em recurso especial o reexame de matéria de fato. Nesse sentido, o verbete nº 7 da Súmula desta Corte.

Agravos regimentais improvidos. (AgRg no REsp 1268331/RS, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, DJe 07/03/2012, DJe 07/03/2012)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL. PRESCRIÇÃO. DANOS MORAIS. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. Cuidam os autos de ação de indenização decorrente de acidente automobilístico.

2. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que a prescrição contra a Fazenda Pública, mesmo em ações indenizatórias, rege-se pelo Decreto 20.910/1932.

3. O Tribunal *a quo* determinou a redução do *quantum* indenizatório, de acordo com a situação fática. Portanto, é inviável analisar a tese defendida no recurso especial, a qual busca afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido. Aplicação da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 36517/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 23/02/2012)

DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRAZO PRESCRICIONAL.

1. Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão que proveu o recurso especial, assentando que prevalece, mesmo na vigência do Código Civil de 2002, o prazo prescricional quinquenal para as pretensões relativas à responsabilidade civil do Estado.

2. A jurisprudência atual da Primeira Seção do STJ encontra-se sedimentada neste sentido: “É de cinco anos o prazo para a pretensão de reparação civil do Estado” (REsp 1.081.885/RR, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, julgado em 13.12.2010, *DJe* 1.2.2011)

3. As Turmas de Direito Público têm ratificado esse entendimento.

4. A prevalência do prazo quinquenal decorre da interpretação sistemática das normas que disciplinam especificamente a prescrição das pretensões contra o Estado, por se tratar de uma tônica no regime de Direito Público. Assim, inaplicável a regra do Código Civil que está a disciplinar as relações de Direito Privado.

5. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1262568/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN *DJe* 08/11/2011)

Assim, considerando que os fatos que alicerçam a impetração desta ação ocorreram há menos de 5 anos, não há que se falar em prescrição da pretensão dos autores, daí porque, acolho os embargos de declaração para sanar a omissão, porém, nego-lhes provimento, mantendo a sentença tal como lançada.

(...)

Observa-se que não existe divergência alguma quanto aos fatos narrados na inicial da presente ação de indenização por danos morais, ou seja, de que a autora foi submetida ao parto cesariano e que por duas vezes lhe foi comunicado o resultado falso positivo para o exame de HIV.

Na cópia do prontuário médico de fl. 26, por sua vez, consta, de fato, carimbo informando que foi realizado aconselhamento e teste rápido para HIV com resultado positivo.

Os depoimentos das testemunhas Alcioneide Vieira dos Santos e Raimundo Nonato Pedrosa, arroladas pelos autores, confirmam os danos emocionais que sofreram, notadamente a parturiente. Já os depoimentos das testemunhas arroladas pela defesa confirmam os fatos alegados na inicial, notadamente no que concerne aos procedimentos médicos adotados e a informação de que à autora lhe foi dado, realmente, o resultado positivo para o exame de HIV.

Portanto, patente está o dano moral sofrido pelos demandantes, diante do efeito da lesão, o caráter da sua repercussão, a vergonha, o constrangimento, a dor, e o vexame ocasionados pela informação falsa de que a promovente estava contaminada com o vírus HIV, sendo, por isso, submetida à ministração, patentemente desnecessária, de soro com a medicação antiretroviral (AZT), e outra medicação que bloqueou a amamentação.

O que se tem no presente caso é a responsabilidade objetiva da Administração Pública prevista no art. 37, § 6º, da Constituição da República, diante do dano, da conduta e do nexo de causalidade já configurados.

Os danos morais, nas palavras de Carlos Alberto Bittar, são “aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal) ou da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social)”. Sua indenização é constitucionalmente assegurada como forma de proteção ao direito fundamental à honra, intimidade e privacidade, nos termos do art. 5º, X, da Carta Federal de 1988.

A efetividade do dano moral, por sua peculiar natureza, é demonstrável pela simples prova da ocorrência do fato lesivo do qual resultou desequilíbrio emocional ou sentimento de pesar íntimo, capaz de gerar alterações psíquicas, afigurando-se impossível a prova direta da dor e da aflição, sentimentos intrínsecos à alma humana. Trata-se, pois, dano presumido, tornando-se desnecessário, inclusive, qualquer prova de repercussão de cunho patrimonial.

Situação idêntica a destes autos foi julgado recentemente pelo egrégio TRF da 1ª Região, nos autos da Apelação Cível nº 200633000172867, cuja ementa adoto como fundamento para esta decisão:

CIVIL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. HOSPITAL UNIVERSITÁRIO. RESULTADO DE EXAME DE HIV POSITIVO. ERRO DE DIAGNÓSTICO. MULHER GRÁVIDA. DANO MORAL.

1. Ante a ocorrência de grave dano moral à parturiente, por diagnóstico equivocado de AIDS, comprovado está o nexo de causalidade entre o ato do hospital público e o referido dano, razão por que se acha caracterizada a

responsabilidade civil objetiva do Estado (CF, art. 37, § 6º). Precedentes.

2. Caso em que a autora, em trabalho de parto, após realizar exame de sangue em maternidade pública, recebeu resultado de que era portadora do vírus do HIV, tendo sido, por isso, submetida a cesariana e, após realização de outro exame, com novo resultado positivo, mas negativo para o consorte-varão, foi separada da filha, recém-nascida, e impedida de amamentá-la logo após o parto, sendo ambas submetidas ao uso de AZT. Todavia, nos dias que se seguiram, ao realizar novo exame, no próprio hospital, assim como outro exame, um mês depois, em outro laboratório, recebeu resultado diverso, atestando a ausência do vírus HIV.

3. A par de a conduta do hospital ter sido a mais indicada para os casos da espécie, isso, entretanto, não afasta os graves traumas, indúvidos, decorrentes do erro de diagnóstico quanto a enfermidade, assaz grave, como sucedeu no caso (AIDS). De efeito, é bastante traumático para uma pessoa receber a notícia de que é portadora de uma doença que, via de regra, é tão degradante, acarretando dor física e emocional. Além de ocasionar a morte, ainda expõe o seu portador a discriminação e sobrevida, em geral, de péssima qualidade.

4. As consequências são ainda mais danosas em se tratando de mulher grávida, prestes a dar à luz, que se viu sem chance de tentar parto normal, bem assim privada de amamentar seu rebento e tê-lo ao seu lado ao término do parto. A questão da amamentação é de extrema importância, não só para a satisfação pessoal da mãe, mas para saúde psicológica e física da recém-nascida. Acresce a circunstância de que a mãe se achava em situação de fragilidade física e psicológica e foi submetida a forte medicação (AZT), cujos efeitos colaterais são sabidamente ocorrentes.

5. Some-se, ainda, a situação vexatória a que foi submetida a parturiente, diante do seu marido, tanto mais porque este teve o resultado negativo para HIV, o que pode ter gerado naturais dúvidas quanto à fidelidade conjugal da esposa. Isto é, houve risco, até mesmo, de ruptura da entidade familiar.

6. A questão referente aos maus-tratos no hospital, entretanto, não foi suficientemente comprovada.

7. Majora-se o montante da condenação, fixada em R\$ 15.500,00, a título de danos morais, para R\$ 18.000,00, a fim de adequá-lo ao precedente da Quinta Turma, da lavra do juiz então convocado, Avio Mozar José Ferraz de Novaes, na AC 1999.36.00.006117-3/MT, e-DJF1 de 21/02/2008.

8. Apelação da UFBA desprovida.

9. Apelação da autora provida a fim de majorar para R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais) o valor da condenação a título de danos morais.

(TRF 1ª Região, Quinta Turma AC -200633000172867, DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS, e-DJF1, DATA: 01/04/2011, PÁGINA: 93)

Evidentes, portanto, os graves transtornos provocados pela Administração Pública aos autores, os quais não contribuíram, por mínimo que seja, configurando, sem dúvidas, danos morais passíveis de reparação.

Nesse ponto, surge a sempre árdua tarefa de avaliação pecuniária do dano moral, em face da inexistência de dispositivos legais que estabeleçam critérios objetivos. Esta ausência de critérios postos deriva da própria natureza do dano moral que, por definição, independe de qualquer vinculação com prejuízo material.

No intuito de se estabelecer pelo menos alguns parâmetros para guiar o Julgador, estabeleceu-se uma série de circunstâncias a serem observadas quando da avaliação do *quantum* devido, dentre os quais a natureza compensatória e penal da indenização.

O valor da reparação de danos morais deve ter caráter compensatório a fim de suprimir, ainda que de forma imperfeita, a dor, a angústia e o sofrimento suportados. Além disso, o valor do dano moral deve abranger sua função penal, no escopo de impor grave ônus econômico ao ofensor, refletindo-se de modo expressivo em seu patrimônio.

Ao mesmo tempo, a indenização não deverá ser tão baixa nem tão elevada que se torne simbólica ou conduza ao enriquecimento indevido da vítima. Deve-se apurar o valor da indenização mediante cálculo de razoabilidade.

Portanto, considerando como parâmetros as atividades profissionais dos promoventes, ela doméstica e ele agricultor,

bem como as consequências bastante gravosas do evento, o caráter retributivo e especialmente, punitivo da condenação, mostra-se adequado e equânime o valor de indenização na ordem de R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais), sendo R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais) para cada um dos promoventes.

Frise-se que, a teor do enunciado nº 326 da Súmula de jurisprudência do STJ, a fixação do dano moral em valor inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca. Ademais, ao contrário da indenização pelo dano material, que deve ser corrigida desde a data do evento danoso (Súmula 43 do STJ), a indenização pelo dano moral deverá sofrer correção monetária somente a partir da data da decisão que, por último, arbitrar o exato valor da condenação (Súmula 362 do STJ). Todavia, sobre ambas as indenizações deve incidir juros de mora desde a data do dano (Súmula 54 do STJ). Como, após o novo código civil, a taxa legal de juros de mora é a SELIC (art. 406), que já engloba juros e correção monetária, deixa-se de aplicar correção monetária como um acessório autônomo. Neste sentido, veja-se o seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM MOMENTO ANTERIOR AO JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RATIFICAÇÃO INEXISTENTE. INTEMPESTIVIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. TRABALHO INSALUBRE SEM A NECESSÁRIA PROTEÇÃO. DEFICIÊNCIA AUDITIVA PERMANENTE E PROGRESSIVA. AUMENTO DA INDENIZAÇÃO. CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE.

1. É necessária a ratificação do reclamo especial aviado em momento anterior ao julgamento dos embargos de declaração, mesmo quando opostos pela parte contrária, sob pena de intempestividade. Precedente da Corte Especial.

2. Para decidir pelo dever de indenizar da Universidade Federal de Santa Maria/RS em face de Dejanir Oliveira da Silva, servidor da autarquia, o Tribunal Regional valeu-se dos seguintes fundamentos expressamente consignados no voto condutor do aresto: 1) O laudo pericial constatou que o servidor, no exercício de suas atividades laborais, foi submetido a níveis de ruídos excessivos os quais, com o passar do tempo podem produzir o “trauma acústico” apresentado; 2) O dano constatado

foi a perda de 30% (trinta por cento) da audição do recorrente; 3) O dano é irrecuperável e progressivo; 4) A prova testemunhal produzida comprovou o nexo causal e a omissão da universidade; 5) A UFSM/RS poderia ter evitado ou diminuído os riscos da lesão; 6) O recorrente foi exposto aos ruídos intensos durante mais de 5 (cinco) anos.

3. Diante dessas premissas fáticas, todas expressamente constantes do acórdão recorrido, e que não podem ser aqui alteradas, o Tribunal *a quo* chegou à conclusão de que o valor devido a título de indenização pelo dano moral deveria ser de 13.000,00 (treze mil reais).

4. No presente caso, para apreciar o pedido de majoração do valor arbitrado não incide o óbice contido da Súmula 7/STJ, uma vez que as constatações acima elencadas não foram retiradas do conjunto probatório que instrui a demanda, mas do próprio acórdão recorrido, onde expressamente estão consignadas. Para que haja a possibilidade de aumentar ou diminuir o valor da indenização necessário apenas fazer um reavaliação das circunstâncias fáticas acima enumeradas.

5. Tendo em vista a circunstância de ser o dano irreversível e progressivo – o que significa que no presente momento a perda da audição deve ser fixado muito além dos 30% identificados quando da elaboração do laudo em 1997 – e, ainda, o total descaso da parte ré ao permitir que seu servidor trabalhasse em um ambiente de risco todo um lustro, tenho por fixar o valor sugerido no parecer do Ministério Público Federal no patamar de 62.250,00 (sessenta e dois mil e duzentos e cinquenta reais), em consonância com o que foi decidido no REsp 790.671/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 30.04.07.

6. Sobre o montante devem incidir juros de mora de 0,5% ao mês (art. 1.062 do Código de Bevilacqua) até a entrada em vigor do novo Código Civil, quando, então, passa a incidir a taxa SELIC, nos termos do art. 406 do Novo Diploma e da jurisprudência deste Superior Tribunal. O termo inicial de sua incidência é a data do evento danoso (Súmula 54/STJ).

7. A correção monetária, tratando-se de dano moral, como é o caso dos autos, deveria incidir a partir do arbitramento, ou seja, da presente data, entretanto, como a

taxa SELIC já representa, a um só tempo, índice de correção e taxa de juros, deixa-se de determinar sua incidência, uma vez que já há a aplicação do referido índice a partir da edição do Novo Código Civil.

8. Analisada a questão de fundo, fica prejudicada a análise da contrariedade ao art. 535 do CPC.

9. Recurso especial da Universidade Federal de Santa Maria/RS não conhecido e recurso especial de Dejanir Oliveira da Silva provido em parte.

(REsp 464.552/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2008, DJe 03/10/2008)

Por tais argumentos, nego provimento à apelação e à remessa obrigatória.

Assim voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 27.575-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelantes: FAZENDA NACIONAL E LINDINALVA PONTES LIMA
Apelados: OS MESMOS E JOSÉ EDUARDO DE AMORIM
Adv./Proc.: DRA. LINDINALVA PONTES LIMA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA (LEI Nº 8.009/90). PROVA. DESCONSTITUIÇÃO.

- Participação do executado em imóvel considerado bem indivisível. Penhora. Possibilidade.

- Reserva do bem para terceiros interessados. Alienação após citação. Nulidade (art. 185 do CTN).

- Honorários advocatícios mantidos.

- Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial parcialmente provida. Apelação do particular improvida.

ACÓRDÃO

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

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

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Trata-se de julgamento por força de remessa oficial e apelações interpostas pela Fazenda Nacional e Lindinalva Pontes Lima em face de sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 12ª Vara/PB, Dr. Bianor Arruda Bezerra Neto, que julgou procedente o pedido formulado pelo Sr. José Eduardo Amorim, ao reconhecer a impenhorabilidade do bem constricto (fl. 22) e também, das quotas-partes dos bens penhorados (fls. 23/24).

Em suas razões recursais, a Fazenda Nacional alega:

1) a ausência de provas acerca da unicidade do bem penhorado pertencente ao casal e;

2) a manutenção das penhoras recaídas sobre os imóveis descritos nos autos de penhora de fls. 22/24;

3) a possibilidade de penhora da quota-parte do imóvel;

4) informa que o executado é proprietário de 1/8 dos imóveis situados na Rua Padre Inácio de Almeida, 134 e Rua Augusto de Almeida, 54, no Município de Guarabira;

5) que o termo de audiência acostado à fl. 27, em que o executado renuncia a sua oitava parte dos imóveis, em favor de terceiro, foi lavrado em 26 de outubro de 2009, ou seja, após a citação pessoal do apelado na execução fiscal ocorrida em 29 de janeiro de 2009.

Irresignada com o arbitramento dos honorários advocatícios, a advogada Dra. Lindinalva Pontes Lima recorre tão somente com o fito de majorá-los de forma equitativa.

Foram apresentadas as contrarrazões.

Em cumprimento à decisão de fls.137/138, vieram-me os autos, devidamente retificados, conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de embargos à Execução Fiscal nº 0000479-57.2011.4.05.8204 opostos pelo sócio coobrigado, sustentando a impenhorabilidade do imóvel transcrito no auto de penhora, sob a alegação de ser bem de família.

O douto julgador julgou procedente o pedido, desconstituiu a penhora sobre o imóvel do apelante e também desconstituiu a penhora incidente sobre o 1/8 do bem considerado indivisível e outra parte, não pertencente ao executado, e, sim, à Sra. Maria do Socorro Amorim Alves. Por fim, condenou a União ao pagamento de honorários advocatícios.

Em seu apelo, a Fazenda Nacional sustenta a manutenção da penhora sobre o imóvel, caso existentes outros imóveis de menor valor que possam servir de moradia à família do apelado. Sustenta que não restou comprovado tratar-se de um único imóvel pertencente ao casal, utilizado como moradia. Afirma também que o executado, em 26 de outubro de 2009, alienou um bem imóvel, após realizada a citação em 29 de janeiro de 2009.

A sentença julgou procedente o pedido do apelado baseando-se nos seguintes fundamentos (fls. 85/89):

07 - Cinge-se a controvérsia nos autos em saber se o imóvel penhorado à fl. 22 é ou não bem de família, haja vista a impenhorabilidade prevista legalmente para tal espécie de bem.

08 - Tal restrição é prevista, como sabido, pela Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, cujo artigo 1º assim dispõe:

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e neles residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei. (Grifei)

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

09 - A referida impenhorabilidade foi concebida com o fito de proteger a dignidade dos residentes do imóvel, bem como amparar a entidade familiar, entendida esta como “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (art. 226, § 4º, da CF/88), não obstante o Superior Tribunal de Justiça já ter entendido que “é impenhorável, por efeito do preceito contido no artigo 1º da Lei nº 8.009/1990, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário” (REsp 222.823, 3ª Turma, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 06/12/2004, p. 281).

10 - Na literalidade da norma acima transcrita, considera-se impenhorável o único imóvel pertencente ao devedor, quando for constatado que o referido bem constitui a sua moradia.

11 - Contudo, a jurisprudência tem alargado o campo de incidência da impenhorabilidade do bem de família. Entende-se, por exemplo, que faz jus aos benefícios da impenhorabilidade prevista no dispositivo sob comento o devedor que, mesmo não residindo no único imóvel que lhe pertence e desde que não possua um outro, emprega o numerário obtido com a locação daquele para fins de subsistência, ou seja, por via transversa o referido bem seria um instrumento idôneo para garantia da morada do executado. Sob o tema, confira-se: REsp nº 315.979; REsp nº 439.920; REsp nº 445.990; REsp nº 462.011; REsp nº 698.332; REsp nº 735.780; AGA nº 576.449; AGA nº 653.019.

12 - Já se entendeu, inclusive, que o imóvel em construção encontra-se ao abrigo da lei mencionada, quando for utilizado posteriormente como residência do executado.

(REsp nº 507.048, 3ª Turma, Min. Nancy Andrighi, DJ 30/06/2003, p. 249).

13 - Em suma, para ser amparado pela impenhorabilidade, o bem imóvel tem que ser utilizado como moradia do devedor, ou, em uma exegese ampliativa, empreendida pelo STJ, os recursos derivados de sua eventual locação deverão ser empregados na subsistência do executado e sua família.

14 - A jurisprudência pátria tem se firmado no sentido de que a caracterização de imóvel como bem de família trata-se de uma prerrogativa de proteção ao devedor, que depende da comprovação de que o bem penhorado seja o único imóvel de propriedade do executado ou, existindo outros imóveis de propriedade do executado, que o bem penhorado constitua a moradia da entidade familiar, razão pela qual se torna desnecessária a intimação do embargante para juntar a cópia da declaração de bens constantes no imposto de renda, já que a existência de outros bens não retira o caráter de impenhorabilidade do imóvel em questão, uma vez que se trata da moradia do embargante e de sua família.

15 - Ademais, caso a exequente/embargada demonstre a existência de outros bens passíveis de penhora em nome do executado, nos autos da execução fiscal, os mesmos poderão ser penhorados, sem nenhum prejuízo à exequente.

16 - No caso em questão, o embargante, formalmente, nos termos do artigo 1.227 do Novo Código Civil, possui um imóvel residencial (fl. 25), localizado à Rua Napoleão Laureano, nº 285, Centro; 1/8 de um prédio em alvenaria (fl.26), servindo de garagem, situado na Rua Augusto de Almeida, nº 54 e 1/8 de uma casa (fl. 26), situada na Rua Padre Inácio de Almeida, nº 134, todos na cidade de Guarabira/PB.

17 - Na inicial, o embargante demonstra e comprova que reside no imóvel localizado na Rua Napoleão Laureano, nº 285, Centro, Guarabira/PB, juntando diversos documentos como contas de energia, telefone, IPTU, plano de saúde, declaração de vizinhos, entre outros, atestando a destinação residencial do referido imóvel.

18 - Observe-se que a procuração juntada em 2004, aos autos da execução correlata (fl. 89), outorgando poderes ao causídico que atuou no citado feito executivo, quando ainda não havia sido efetivada a penhora sobre o bem descrito à fl. 22, corrobora que o embargante, de fato, reside no bem constricto.

19 - Diante dos fundamentos acima expostos, imperioso reconhecer a impenhorabilidade prevista pela Lei nº 8.009/1990 em relação ao imóvel situado na Rua Napoleão Laureano, nº 285, Centro, Guarabira/PB, constricto nos autos apenso.

20 - Com relação à quota parte do imóvel localizado na Rua Padre Inácio de Almeida, nº 134, penhorado à fl. 24, verifica-se que tal bem pertencia ao espólio dos bens deixados pelo falecimento de Maria de Lourdes Souza Amorim e foi transmitida, antes de efetivada a constrição, por ocasião da partilha, devidamente homologada por sentença, à herdeira Maria do Socorro Amorim Alves, não integrando, portanto, o patrimônio do executado.

21 - Também não deve subsistir a penhora realizada sobre parte do prédio (fl. 23), que serve de garagem, situado na Rua Augusto de Almeida, nº 54, não só pelo seu caráter de indivisibilidade, mas principalmente por fazer parte do imóvel descrito no parágrafo anterior o qual, repita-se, no momento da constrição, já não pertencia ao acervo patrimonial do executado.

III

DISPOSITIVO

22 - Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO e extingo o processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, I, do CPC, para determinar a desconstituição das penhoras efetivadas às fls. 23/26 dos autos da Execução Fiscal nº 0000479-57.2011.4.05.8204 (apensa).

23 - Defiro o pedido de justiça gratuita.

24 - Sem condenação em custas processuais, em face da isenção prevista, para os embargos à execução, no art. 7º da Lei nº 9.289/96.

25 - Honorários pela parte embargada, os quais arbitro em R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do artigo 20, § 3º e 4º, do CPC.

Dos autos do processo extrai-se que o imóvel localizado à Rua Napoleão Laureano, nº 285, Centro, Guarabira/PB é a residência do embargante/executado, caracterizando-se bem de família, garantido pela Lei nº 8.009/90, não podendo, portanto, ser penhorado. O conjunto probatório trazido aos autos é revelador, não dando margem a dúvidas (fls. 30/66). Logo, há de se desconstituir a penhora sobre o bem mencionado.

Contudo, vejo que há um dado relevante não considerado pelo douto julgador, é o fato de que o apelante foi citado pela primeira vez na condição de coexecutado, haja vista seu nome já constar na CDA nº 55 650.607-3 (fl. 105-v do processo de execução em apenso) em 30.04.2008, a segunda vez em 20.08.2008 (fl. 116, apenso) e a terceira vez em 22.01.2009. Ocorre que, após a citação, o executado renunciou ao seu direito de herança ao transferir seu quinhão a terceiro, este fato ocorreu em 26.10.2009 (fl. 27 dos embargos de execução). Ora, referida alienação não pode prevalecer, primeiro, porque à época já havia ocorrido a citação e, segundo, acordos particulares contra a Fazenda Pública não são eficazes.

No entanto, quanto aos outros bens penhorados, há de se fazer algumas considerações. Verifico que o imóvel com endereço à Rua Padre Inácio de Almeida, nº 134, foi objeto de partilha, tendo o executado renunciado à sua parte em benefício da Sra. Maria do Socorro Amorim Alves, segundo consta no Termo de Audiência (fl. 27):

1) Todos os herdeiros terão direito ao terreno, situado na Rua Padre Inácio de Almeida, nº 134, Centro, Guarabira, descrito à fl. 17, item 2, avaliado atualmente em R\$ 12.000,00, com exceção do herdeiro **JOSÉ EDUARDO DE AMORIM que renuncia o seu quinhão em favor da inventariante MARIA DO SOCORRO AMORIM ALVES.**

Quanto ao bem situado na Rua Augusto de Almeida, nº 54, a certidão exarada (fl. 26) do Cartório de Registro de Imóveis e Tabela do Protesto de Títulos da Comarca de Guarabira/PB informa que:

(...) consta que JOSÉ EDUARDO DE AMORIM, portador do CPF nº 044.914.834-34, é senhor e possuidor de: **1/8 DE UM PRÉDIO** em alvenaria, servindo de garagem, com o respectivo terreno próprio, situado na Rua Augusto de Almeida nº 54, nesta cidade, em condomínio com Antônio Gentil de Amorim, Luciano Batista de Amorim, (...)

Veja que, resguardado o bem considerado impenhorável, verifica-se que o executado é detentor de parcelas de bens imóveis as quais revelam uma expressão monetária. O douto julgador considerou que as referidas parcelas não se sujeitariam à penhora, primeiro porque já não pertenciam ao executado e segundo, tratava-se de bem indivisível. Ora, referido entendimento não encontra apoio nem em precedentes jurisprudenciais relativos à matéria de Direito Tributário nem quanto à matéria de Direito Civil, observe:

RESP 201100624849

RESP - RECURSO ESPECIAL - 1252353

Relator(a): LUÍS FELIPE SALOMÃO.

Sigla do órgão: STJ

Órgão julgador: QUARTA TURMA

Fonte: DJe DATA: 21/06/2013. DTPB:

Decisão Ementa

EMEN: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FRAUDE DE EXECUÇÃO. DEVEDOR CITADO EMAÇÃO QUE PROCEDE À RENÚNCIA DA HERANÇA, TORNANDO-SE INSOLVENTE. ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA, CARACTERIZANDO FRAUDE À EXECUÇÃO. INEFICÁCIA PERANTE O EXEQUENTE. PRONUNCIAMENTO INCIDENTAL RECONHECENDO A FRAUDE, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DO EXEQUENTE PREJUDICADO, NOS AUTOS DA EXECUÇÃO OU DO PROCESSO DE CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. RENÚNCIA TRANSLATIVA. ATO GRATUITO. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA MÁ-FÉ DO BENEFICIÁRIO. IMPOSIÇÃO DE MULTA PELA FRAUDE, QUE PREJUDICA A ATIVIDADE JURISDICIONAL E A EFETIVIDADE DO PROCESSO. CABIMENTO.

1. Os bens presentes e futuros – à exceção daqueles impenhoráveis –, respondem pelo inadimplemento da obrigação, conforme disposto nos arts. 591 do Código de Processo Civil e 391 do Código Civil. Com efeito, como é o patrimônio do devedor que garante suas dívidas, caracteri-

za fraude à execução a disponibilidade de bens pelo de-
mandado, após a citação, que resulte em sua insolvência,
frustrando a atuação da Justiça, podendo ser pronunciada
incidentalmente nos autos da execução, de ofício ou a
requerimento do credor prejudicado, sem necessidade de
ajuizamento de ação própria.

2. O art. 592, V, do Código de Processo Civil prevê a ineficácia (relativa) da alienação de bens em fraude de execução, nos limites do débito do devedor para com o autor da ação. Nesse passo, não se trata de invalidação da renúncia da herança, mas sim na sua ineficácia perante o credor – o que não implica deficiência do negócio jurídico –, atingindo apenas as consequência jurídicas exsurgidas do ato; por isso, não há cogitar das alegadas supressão de competência do Juízo do inventário, anulação da sentença daquele Juízo, tampouco em violação à coisa julgada.

3. Assim, mesmo em se tratando de renúncia translativa da herança, e não propriamente abdicação, se extrai do conteúdo do art. 1.813 do Código Civil/02, combinado com o art. 593, III, do CPC que, **se o herdeiro prejudicar seus credores, renunciando à herança, o ato será ineficaz perante aqueles com quem litiga. Dessarte, muito embora não se possa presumir a má-fé do beneficiado pela renúncia, não há como permitir o enriquecimento daquele que recebeu gratuitamente os bens do quinhão hereditário do executado, em detrimento do lícito interesse do credor e da atividade jurisdicional da execução.**

4. “É o próprio sistema de direito civil que revela sua intolância com o enriquecimento de terceiros, beneficiados por atos gratuitos do devedor, em detrimento de credores, e isso independentemente de suposições acerca da má-fé dos donatários (v.g. arts. 1.997, 1.813, 158 e 552 do Código Civil de 2002). (REsp 1163114/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 01/08/2011)

5. Recurso especial não provido.

Ademais, não se nega que é possível a penhora de fração ideal de bem indivisível pertencente à devedora, porém para tanto, não pode ser bem de família, consistindo em imóvel para moradia. (De-

sembargadora Federal Margarida Cantarelli *DJe* - Data: 01/04/2013 - AC - Apelação Cível - 554343). Neste sentido, confira-se este posicionamento:

AC 00014407020124058201 AC - Apelação Cível - 561096
Relator(a): Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira
Sigla do órgão: TRF5. Órgão julgador: Quarta Turma
Fonte: *DJe* - Data: 20/09/2013 - Página: 395
Decisão: UNÂNIME

Ementa

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. SÓCIO DIRETOR INCLUÍDO NO POLO PASSIVO. LEGITIMIDADE DO CÔNJUGE (ART. 1.046, PARÁGRAFO 3º, DO CPC). POSSIBILIDADE DE PENHORA E ALIENAÇÃO DE BEM INDIVISÍVEL. RESERVA DA MEAÇÃO. ALEGAÇÃO DE BEM DE FAMÍLIA. ÔNUS DA PROVA. NÃO COMPROVAÇÃO.

1. Apelação interposta contra a sentença que julgou extintos os embargos de terceiro, com esteio no artigo 267, inciso VI, do CPC, ajuizados para desconstituir a penhora que recaiu sobre imóvel.

2. O redirecionamento da execução fiscal para o sócio diretor FERNANDO SILVESTRE DA SILVA FILHO retira a legitimidade para propor embargos de terceiro, sendo os embargos à execução o meio adequado para a defesa daqueles que fazem parte da relação jurídica processual.

3. Comprovação do vínculo conjugal da embargante MARIA EUNICE TAVARES SILVESTRE com FERNANDO SILVESTRE DA SILVA FILHO, desde 9 de janeiro de 1989, sob o regime de comunhão universal de bens, o que lhe dá legitimidade para opor os presentes embargos em defesa de sua meação.

4. Súmula 251 do colendo STJ: “A meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal”. Ônus do qual a exequente não se desincumbiu.

5. *In casu*, tem-se que a constrição recaiu sobre bem indivisível, sendo, portanto, possível penhora e alienação do bem, conforme dispõe o art. 655-B do CPC, cabendo ao cônjuge meeiro metade do produto da alienação.

6. A Lei nº 8.009/90, que institui a impenhorabilidade do bem de família, destina-se a sua proteção, blindando de

efetiva impossibilidade de constrição judicial, o imóvel destinado à residência do casal ou da entidade familiar.

7. Para fins de impenhorabilidade, necessária se faz a comprovação dos requisitos de que o imóvel é único e, ainda, que seja este destinado à moradia da entidade familiar.

8. Indiscutível que a prova deve ser produzida pela parte que alega seu direito constitutivo, no caso, do terceiro embargante, assumindo este o risco no caso da não produção da prova que lhe incumbia, o que ocorreu no caso dos autos.

9. Apelação conhecida em parte e, no mérito, negado provimento.

Importa salientar que as transações realizadas entre particulares não valem como meio de defesa contra a Fazenda Pública. À época que o executado renunciou ao seu quinhão na condição de herdeiro a favor da Sra. Maria do Socorro Amorim Alves, a execução fiscal já tramitava. Ora, esta transação é nula. O entendimento exarado no art. 185 do CTN, em sua nova redação (LC 118/2005), considera como fraudulenta as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito na dívida ativa.

Assim, entendo que os dois bens remanescentes devem ser garantidos como penhora, haja vista tratar-se de patrimônio do coexecutado, seja através da participação do quinhão como mencionado acima, como na parte de 1/8 de uma garagem. Estes bens detêm um valor monetário. Contudo, deve-se reservar e respeitar o direito de terceiros.

Tendo em vista a reforma parcial da sentença, entendo que os honorários advocatícios devem ser mantidos no valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais) fixados na douta sentença.

Assim, com estas considerações, dou parcial provimento à apelação da Fazenda Nacional para manter a penhora da fração ideal pertencente ao executado referente aos dois bens considerados penhoráveis e nego provimento à apelação da advogada.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 27.821-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(CONVOCADO)
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: FRANCISCO ELOI MARQUES DAMASCENO
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRA. JOANNA PAOLA MORANO MARQUES (APDO.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. CELETISTA. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM TEMPO COMUM. COMPROVAÇÃO DE ACORDO COM A LEI VIGENTE À ÉPOCA DO EXERCÍCIO. DECRETOS 53.831/64 E 83.080/79. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. JUROS. HONORÁRIOS.

- A comprovação do tempo de serviço especial deverá ser efetuada de acordo com a legislação vigente à época em que o serviço foi prestado, por aplicação do princípio tempus regit actum.

- Somente a partir da vigência da Lei nº 9.032/95 é que se faz necessária a comprovação da efetiva exposição aos agentes nocivos, a caracterizar o trabalho em condições especiais. Antes da vigência da referida norma, bastava o mero enquadramento da atividade exercida pelo trabalhador nos grupos profissionais previstos nos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/1979, dispensando-se, inclusive, a apresentação de laudo técnico.

- Autor-apelado que faz jus ao reconhecimento do tempo de serviço prestado no período de 1º.06.1981 a 29.04.1995, como especial, visto que a atividade de “médico veterinário” pode ser devidamente enquadrada no item 1.3.1 do Anexo I do Decreto 53.831/64, e nos itens 2.1.3 e 1.3.1 do Decreto 83.080/79, prevalecendo a presunção legal decorrente do exercício da atividade profis-

sional, bem como pela existência dos contratos lavrados na CTP, (fls. 27 e 39) e do Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP (fls. 19/20), que são suficientes para comprovar a exposição excessiva a agentes nocivos biológicos (zoonoses) e químicos (poeira, herbicida, inseticida e fungicida), no referido lapso temporal.

- Tempo de serviço que é suficiente, uma vez feita a conversão em tempo comum e somado ao(s) período(s) comum(uns), para a concessão de aposentadoria integral por tempo de contribuição, uma vez que o autor/apelado perfez, na data do requerimento administrativo (17.02.2011), tempo de serviço superior a 35 (trinta e cinco) anos. A data do início do benefício da aposentadoria - DIB deve ser a do aludido requerimento administrativo.

- Juros de mora e honorários advocatícios mantidos, como fixados na sentença, nos termos do que dispõe o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, e em R\$ 1.000,00 (mil reais).

- O Supremo Tribunal Federal - STF, pelo julgamento das ADIs nº 4.357 e nº 4.425, por arrastamento, declarou a inconstitucionalidade do art. 5º da referida Lei nº 11.960/09, cuja aplicação, contudo, no caso vertente, não há como se afastar, posto que configuraria a reformatius in pejus.

- Apelação e remessa necessária improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa necessária, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA (Convocado):

Apelação desafiada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em face da sentença das fls. 150/155, que julgou procedente o pedido formulado na inicial, condenando a Autarquia Previdenciária a conceder aposentadoria por tempo de contribuição em favor do autor, a partir de 17.02.2011, após o reconhecimento e a conversão em tempo comum do tempo de serviço prestado em condições especiais, bem como ao pagamento das parcelas vencidas, corrigidas monetariamente, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, e acrescidas de juros de mora, a partir da citação e até a Lei 11.960/09, e, a contar desta data, juros de mora e correção monetária, nos termos que dispõe o dito diploma legal. Condenou-se a Autarquia sucumbente, ainda, ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), tendo sido, ainda, antecipados os efeitos da tutela, para determinar que o INSS desse cumprimento à obrigação de fazer.

Em suas razões de apelo – fls. 157/16 –, a Autarquia Previdenciária pediu a reforma da sentença, alegando, em suma, que: a) o período de 1º.06.1981 a 28.04.1995 não pode ser reconhecido como especial, uma vez que os Laudos e os PPP's demonstram que o autor laborava em locais variados, descaracterizando, portanto, a permanência exigida; b) o tempo de serviço/contribuição trabalhado pelo autor até 16.12.1998, ou até a data do requerimento administrativo, não integraliza o período mínimo legal suficiente, para a concessão do benefício vindicado. Por fim, requereu a improcedência do pedido.

Contrarrazões às fls. 165/172. Sentença submetida ao reexame necessário. Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(Relator Convocado):

A pretensão do autor-apelado é a de que haja o enquadramento e a conversão do tempo de serviço prestado sob condições especiais em comum, para fins de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição.

A comprovação do tempo de serviço especial deverá ser efetuada de acordo com a legislação vigente à época em que o serviço foi prestado, por aplicação do princípio *tempus regit actum*.

Mas a aplicação da lei vigente à época da concessão do benefício não poderia incidir para desrespeitar direito adquirido, ou desconsiderar o direito em aquisição.

Até 28 de abril de 1995, a legislação previdenciária não exigia, para a concessão do benefício de aposentadoria especial, a prova da efetiva exposição aos agentes nocivos, bastando o enquadramento da situação fática nas atividades previstas nos quadros anexos aos Decretos n°s 53.831/64 e 83.080/79.

O que importava para a caracterização do tempo de trabalho, como especial, era o grupo profissional abstratamente considerado, e não, as condições da atividade do trabalhador.

Com a edição da Lei n° 9.032, publicada na data já referida, abandonou-se o sistema de reconhecimento do tempo de serviço com base na categoria profissional do trabalhador, para exigir-se a comprovação efetiva da sujeição aos agentes nocivos, através do Formulário SB-40 ou DSS-8030.

Posteriormente, foi promulgada a Lei n° 9.528/97, reclamando a apresentação de laudo técnico para a referida comprovação.

Atualmente, a Lei n° 8.213/91, no seu art. 58, § 1°, dispõe:

A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista.

Com o advento da Instrução Normativa nº 95/03, a partir de 01/01/2004, o segurado não necessita mais apresentar o laudo técnico, pois se passou a exigir efetivamente o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), apesar de aquele servir como base para o preenchimento desse.

Cabe destacar ser possível a conversão de tempo especial em comum, nos termos da redação original do art. 57, § 5º, da Lei nº 8.213/91, porque o art. 28 da MP 1663-10, de 28.05.98, não foi convalidado, quando foi ela convertida em lei (a de nº 9.711, de 20.11.98), bem como o Decreto nº 4.827, de 03.09.03, que modificou o artigo 70, parágrafo único, do Decreto nº 3.048/99, que vedava a pleiteada conversão.

Registro, ainda, a possibilidade de comprovação de tempo de serviço especial por meio de laudo pericial, mesmo que produzido em data posterior ao tempo da atividade, a teor da IN INSS PRES nº 20/07, alterada pela IN/INSS nº 27/08.

Em decisão recente, a Corte Especial do STJ, quando do julgamento do Resp nº 1151363/MG, julgado em 23/3/2011, de relatoria do Exmº. Sr. Min. Jorge Mussi, apreciou a questão como recurso repetitivo representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC), restando sedimentado que “É possível a conversão do tempo de serviço de forma majorada exercido em atividades especiais para fins de aposentadoria comum, mesmo que esse tempo diga respeito a período posterior a 28/5/1998, visto que a Lei nº 9.711/1998 (convertida da MP nº 1.663-15/1998) não mais reproduziu a revogação do § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213/1991, permissivo da conversão. Também é assente nos tribunais que a caracterização e a comprovação do tempo de atividade especial regem-se pela legislação em vigor na época em que foi exercido, tanto que esse entendimento foi incorporado ao Regulamento da Previdência pelo Dec. nº 4.827/2003 (vide art. 70, § 1º, do Dec. nº 3.048/1999). Contudo, é consabido ser a obtenção do benefício submetida à legislação vigorante na data do requerimento administrativo. Daí o porquê de o art. 70, § 2º, do referido regulamento (redação dada pelo Dec. nº 4.827/2003) determinar a aplicação da tabela dele constante, independentemente da época em que foi prestada a atividade especial. Então, ciente de que o fator de conversão é o resultado da divisão do número máximo de tempo comum (35 anos para

o homem e 30 para a mulher) pelo número máximo de tempo especial (15, 20 e 25 anos), mesmo diante dos Decs. n°s 53.831/1964 e 83.080/1979, há que aplicar, na hipótese, o multiplicador de 1.40 para a conversão do tempo de serviço especial correspondente a 25 anos prestado por homem (35/25), tal qual constante do art. 173 da IN n° 20/2007. Posto isso, descabe ao INSS combater, na via judicial, a orientação constante de seu próprio regulamento”.

Assim, trabalhadores expostos a agentes nocivos poderiam fazer a conversão dos anos trabalhados, a qualquer tempo.

Diz o apelado que exerceu as atividades de “médico veterinário”, junto à Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural do Ceará - EMATERCE, entre 1º.06.1981 e 17.02.2011.

Em relação ao período de 1º.06.1981 a 28.04.1995, penso que ficou comprovado o caráter especial das atividades exercidas (prestadas em condições prejudiciais à saúde), visto que a atividade do autor pode ser devidamente enquadrada no item 1.3.1 do Anexo I do Decreto 53.831/64, e nos itens 2.1.3 e 1.3.1 do Decreto 83.080/79, prevalecendo a presunção legal decorrente do exercício da atividade profissional, como decidido pelo MM. Juiz sentenciante.

Em reforço ao raciocínio, trago à colação o seguinte precedente, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO DO ATO DE APOSENTADORIA, PARA INCLUSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL LABORADO COMO CELETISTA. ATIVIDADE INSALUBRE. DIREITO ADQUIRIDO. INAPLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ART. 40, § 4º, DA CF/88. MÉDICO VETERINÁRIO. ATIVIDADE PREVISTA NA LEGISLAÇÃO ATINENTE À MATÉRIA. INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA. APELO PROVIDO.

1. O servidor público submetido ao Regime Jurídico da Lei nº 8.112/90, mas que no regime da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT prestou serviços em condições especiais, tem direito à contagem de tempo, com incidência do fator de conversão, conforme a legislação previdenciária vigente na época em que exerceu referidas atividades.

2. A ausência de lei complementar regulamentando o artigo 40, § 4º, da Constituição Federal de 1988 não é óbice à pretendida conversão. O que tal artigo estabelece é que não haverá para o servidor público aposentadoria especial, até o advento de legislação complementar, porém não veda a conversão do período comprovadamente trabalhado em condições especiais à época em que o servidor era regido pelo regime celetista. Precedentes.

3. Hipótese em que o autor desempenhou as atividades de Preparador de Laboratório e Médico Veterinário, na Faculdade de Veterinária / Departamento de Clínica Veterinária da UFPEL, atividades elencadas nos códigos nºs 1.3.1 e 1.3.2 do Decreto nº 53.831/64 (agentes biológicos) e 2.1.3 do Anexo II do Decreto nº 83.080, sendo, portanto, dispensável a comprovação da existência de condições especiais na prestação do trabalho.

4. Embora a revisão do ato de aposentadoria esteja sujeita à prescrição do fundo de direito, cabendo ao servidor reclamá-la dentro do prazo de 5 anos de sua concessão, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/32, no caso houve a interrupção da marcha prescricional, diante da existência de pedido administrativo de averbação do tempo especial, afastando a inércia do requerente. Alegação da ré quanto à prescrição rejeitada.

5. Apelo provido, para declarar o direito do apelante à contagem ponderada quanto ao período de trabalho insalubre até o advento do Regime Jurídico Único, com a revisão de sua aposentadoria, mediante a integralização dos proventos, e o pagamento das diferenças existentes, acrescidas de correção monetária e juros de mora, estes contados desde a citação.

(AC 200371100084818, CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, TRF4 - TERCEIRA TURMA, 08/10/2009 – destaquei)

No tocante ao período trabalhado após a vigência da Lei nº 9.032, de 28-4-95, faz-se necessária a demonstração da efetiva exposição a agentes nocivos, para fins de comprovação do tempo de serviço especial.

Constam dos autos documentos que atestam que, em verdade, o apelado se submeteu à exposição de agentes nocivos à saúde,

de, quando empregado da EMATERCE, a exemplo do contrato lavrado na Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS (fls. 27 e 39) e do Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP (fls. 19/20), que são suficientes para comprovar a exposição excessiva a agentes nocivos biológicos (zoonoses) e químicos (poeira, herbicida, inseticida e fungicida), no referido lapso temporal.

No entanto, no referido PPP, não consta qualquer informação acerca da habitualidade e da permanência da exposição do autor aos agentes nocivos. Assim, o período de 29.04.1995 a 17.02.2011 não pode ser reconhecido como especial.

Importa registrar, ainda, que a utilização de Equipamento de Proteção Individual (EPI) não deve afastar o direito do autor ao reconhecimento e ao cômputo do tempo de serviço especial, em face da Súmula 9 da Turma de Uniformização das decisões das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais, *in verbis*: “Aposentadoria especial - Equipamento de Proteção Individual. O uso de Equipamento de Proteção Individual (EPI), ainda que elimine a insalubridade, no caso de exposição a ruído, não descaracteriza o tempo de serviço especial prestado”.

Após a conversão do período trabalhado em condições especiais – de 1º.06.1981 a 28.04.1995 –, com o devido acréscimo de 40%, e somado ao(s) período(s) comum(ns), o apelado contava, na data do requerimento administrativo, com mais de 35 anos de tempo de contribuição, fazendo jus à aposentadoria por tempo de contribuição, com proventos integrais, a partir da data do requerimento administrativo.

No tocante aos juros moratórios, entendo pela manutenção da decisão apelada. Explico.

À época da decisão, só poderiam ser aplicados os ditames da Lei nº 11.960/09, afinal, a presente ação só foi ajuizada após a sua vigência. Entretanto, destaca-se que o STF, quando do julgamento das ADIs nºs 4.357 e 4.425, declarou inconstitucional, por arrastamento, o art. 5º da Lei nº 11.960/09, dispositivo que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, cuja aplicação, no caso vertente, não há como se afastar, posto que configuraria a *reformatio in pejus*.

Honorários sucumbenciais mantidos em R\$ 1.000,00 (um mil reais), eis que em conformidade com os ditames do art. 20, § 4º, do CPC.

Por fim, cumpre destacar que mantenho a concessão da antecipação dos efeitos da tutela deferida na r. sentença, em face dos requisitos reclamados para o deferimento do favor processual seguirem sendo presentes.

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

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 27.883-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(CONVOCADO)
Apelante: HILDA COUTINHO DE OLIVEIRA
Apeladas: UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC E
FAZENDA NACIONAL
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª RE-
GIÃO
Advs./Procs.: DRS. JÚLIO DE ASSIS ARAÚJO BEZERRA LEITE
E OUTRO (APTE.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL. DOENÇA GRAVE PREVISTA EM LEI. INTEGRALIDADE DOS PROVENTOS. PARIDADE ENTRE ATIVOS E INATIVOS. JUROS DE MORA. DOENÇA. IMPOSTO DE RENDA SOBRE PROVENTOS. ISENÇÃO. - Pretensão da autora/apelante de que a UFC seja condenada a revisar os critérios utilizados no cálculo dos proventos de aposentadoria por invalidez que percebe, para que lhe conceda proventos integrais (valor da última remuneração no cargo efetivo), e com a aplicação da regra de paridade entre aposentados e servidores

ativos, por ser portador de doença grave prevista em lei.

- A aposentadoria por invalidez da servidora foi deferida com fundamento no art. 40, §1º, I, e 21, da CF/88, com redação dada pela EC nº 41/03 e pela EC nº 47/05, por ser a mesma portadora de doença grave prevista em lei, sendo os proventos calculados de acordo com o disposto no art. 1º da Lei nº 10.887/04 c/c o art. 186, I, § 1º, e art. 188, ambos da Lei nº 8.112/90.

- Consoante se infere da leitura do artigo 40, I, da CF/88, as aposentadorias por invalidez permanente, resultantes de doença grave, contagiosa ou incurável, foram expressamente excluídas pela Constituição de terem os seus proventos proporcionais ao tempo de contribuição, de modo que os mesmos devem ser integrais, com base na remuneração total do servidor, quando na ativa; desse modo, os §§ 3º e 17 do art. 40 da CF/88, e a Lei nº 10.877/04 não são aplicados às mesmas.

- No tocante à aplicação da regra de paridade entre aposentados/pensionistas e servidores ativos, observa-se que não existia regra de transição em relação à aposentadoria por invalidez dos servidores que ingressaram no serviço público até a edição das EC's 41/03 e 47/05, e que foram acometidos com doença incapacitante após sua edição, uma vez que trataram, somente, de regras de transição no tocante às aposentadorias voluntárias, consoante se infere dos arts. 2º e 6º da EC 41/03, e do art. 3º da EC nº 47/05.

- Em homenagem ao princípio da isonomia, todavia, não se poderia adotar tratamento diferenciado aos servidores que ingressaram no serviço público em data anterior às referidas Emendas e se aposentaram voluntariamente, em relação aos servidores que também ingressaram no serviço público na mesma época, porém, foram

acometidos de doenças graves que os tornaram inválidos, concedendo-lhes aposentadorias diversas. Tanto assim o é que o legislador constituinte derivado, objetivando corrigir o vácuo que induziu à dúvida, ao promulgar a EC nº 70, de 29 de março de 2012, expressamente determinou a observância a este preceito, ao tempo em que cometeu à Administração a revisão das aposentadorias a partir da data de sua promulgação.

- Apelante que faz jus à revisão de sua aposentadoria, para que seja calculada com base na remuneração do cargo efetivo em que passou à inatividade, em paridade com a remuneração dos servidores ativos, com efeitos retroativos à data da sua concessão até 29 de março de 2012, dia anterior ao termo inicial da revisão determinada pela EC nº 70/12.

- Pacífica a jurisprudência do colendo STJ na esteira de que “o termo inicial da isenção do imposto de renda sobre proventos de aposentadoria prevista no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88 é a data de comprovação da doença mediante diagnóstico médico”.

- Apelação do particular provida e remessa necessária não provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação da autora e negar provimento à remessa necessária, 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 e remessa necessária desafiadas em face da sentença de fls. 222-232, que extinguiu o processo, sem resolução de mérito, no tocante ao pedido de concessão de aposentadoria por invalidez, por superveniente perda de interesse processual, julgou improcedente o pedido formulado na inicial, quanto ao reconhecimento do direito à integralidade dos proventos de aposentadoria por invalidez que percebe, com a aplicação da regra de paridade com os servidores ativos, e julgou procedentes o pedido de reconhecimento de isenção de imposto de renda e de repetição de indébito tributário.

Na apelação, a parte autora pediu a reforma da sentença, alegando que não incide o disposto nos §§ 3º e 17 do art. 40 da CF/88, e na Lei nº 10.887/04, à aposentadoria por invalidez decorrente de doença grave prevista na legislação que rege a matéria, de servidor que ingressou no serviço público antes da vigência da EC nº 41/03, uma vez que a sua situação fática está sujeita à exceção prevista no § 1º, I, do art. 40 da CF/88, sendo aplicáveis as regras da integralidade e de paridade entre aposentados e servidores ativos, de acordo com o art. 7º da EC 41/2003 e o art. 3º da EC nº 47/05, desde a concessão do benefício.

Remessa necessária.

As contrarrazões estão às fls. 314-317. Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA
(Relator Convocado):

A pretensão da autora é a de que a Universidade Federal do Ceará - UFC seja condenada a lhe conceder aposentadoria por invalidez de forma integral, e com a aplicação da regra de paridade com os servidores ativos, por ser portador de doença grave prevista em lei.

É indubitável que, no tocante aos benefícios previdenciários (ou estatutários), é aplicável a legislação vigente no momento em que o segurado reuniu os requisitos autorizadores da concessão do favor legal.

A aposentadoria por invalidez da servidora foi concedida com fundamento no art. 40, §1º, I, e 21, da CF/88, com a redação dada pela EC nº 41/03 e pela EC nº 47/05, por ser a mesma portadora de doença grave prevista em lei, sendo os proventos calculados de acordo com o disposto no art. 1º da Lei nº 10.887/04 c/c os arts. 186, I, § 1º, e 188, ambos da Lei nº 8.112/90.

Trago à colação o art. 40 da CF/88:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

De acordo com o artigo supra, infere-se que as aposentadorias por invalidez permanente, resultantes de acidente em serviço, doença grave, contagiosa ou incurável, foram expressamente excluídas pela Constituição de terem os seus proventos proporcionais ao tempo de contribuição, de modo que devem ser integrais, com base na remuneração total do servidor, quando na ativa. Assim, os §§ 3º e 17 do art. 40 da CF/88 e a Lei nº 10.877/04 não se aplicam às mesmas.

Nesse particular, colhem-se os seguintes precedentes:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. MAL DE PARKINSON. DOENÇA PREVISTA NO ROL TAXATIVO DO ART. 186 DA LEI 8.112/90. PREVISÃO DE PROVENTOS INTEGRAIS. EMENDA CONSTITUCIONAL 41/03. NÃO APLICAÇÃO EM VIRTUDE DA EXCEPCIONALIDADE PREVISTA NO ART. 40, § 1º, I, DA CF/88. DIREITO DO IMPETRANTE À PERCEPÇÃO DA APOSENTADORIA NA FORMA INTEGRAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. A aposentadoria por invalidez decorrente de enfermidade grave e incurável gera direito à percepção do pagamento integral dos proventos, nos termos do art. 40, § 1º, I, da CF/88 e do art. 186, I, da Lei 8.112/90.

2. A 3ª Seção deste Tribunal pacificou o entendimento de que a Emenda Constitucional 41/03, ao extinguir o cálculo integral para os benefícios concedidos nos termos do art. 40, § 3º (aposentadorias) e § 7º (pensões) da Carta Magna e da Lei 10.887/04, excepcionou expressamente os casos em que o pagamento deve ser percebido integralmente, como no caso de Servidor Público aposentado por invalidez permanente, decorrente de doença grave, prevista no rol taxativo da legislação regente.

3. *In casu*, o impetrante comprovou com a apresentação de laudo oficial ser portador do Mal de Parkinson, doença que consta do rol taxativo do art. 40, § 1º, I, da CF/88, de sorte que a aplicação do cálculo aritmético previsto na Lei 10.887/04 pela Administração viola o princípio da estrita legalidade e a garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos.

4. Ordem concedida para anular o trecho da Portaria 1.497, de 21.10.08, do Advogado-Geral da União, que determinou o cálculo proporcional da aposentadoria do impetrante, devendo ser mantido o pagamento integral dos proventos, em conformidade com o art. 40, § 1º, I, da CF/88, nos termos do parecer do MPF.

(MS 200900287076, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - TERCEIRA SEÇÃO, DJe DATA:23/03/2010.) - negritei.

ADMINISTRATIVO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SERVIDOR PÚBLICO PORTADOR DE ALIENAÇÃO MEN-

TAL. PROVENTOS INTEGRAIS. POSSIBILIDADE. ART. 186 DA LEI Nº 8.112/1990. SENTENÇA MANTIDA.

1. Hipótese em que os esclarecimentos prestados pelo perito judicial demonstram que a doença que acomete o autor (transtorno depressivo recorrente, episódio atual grave com sintomas psicóticos e esquizofrenia paranóide) é uma espécie do gênero alienação mental, prevista no art. 186, I, parágrafo 1º, da Lei nº 8.112/90 como doença grave hábil a ensejar a aposentadoria por invalidez do servidor com proventos integrais.

2. A jurisprudência pátria vem se inclinando no sentido de reconhecer que doenças como as de que é portador o apelado se enquadram como forma de alienação mental capaz de conferir ao servidor o direito de se aposentar por invalidez com proventos integrais. Precedentes: AC441268 (Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, TRF5, 3ª Turma, *DJE* 22/06/2011) e APELREEX10678 (Rel. Des. Federal Francisco Wildo, 2ª Turma, *DJE* 12/08/2011);

3. Manutenção da sentença que condenou a União a efetuar a revisão dos proventos do demandante para que estes passem a ser pagos de forma integral, de acordo com disposto no art. 40, parágrafo 1º, I, da CF/88 c/c art. 186, parágrafo 1º, da Lei 8.112/90 e art. 1º da Lei 10.887/2004.

4. Apelação e remessa oficial improvidas.

(PROCESSO: 200881000012902, APELREEX22539/CE, DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO, Segunda Turma, JULGAMENTO: 12/06/2012, PUBLICAÇÃO: *DJe* 21/06/2012 - Página 376)

No tocante à aplicação da regra de paridade entre aposentados/pensionistas e servidores ativos, observa-se que não existia regra de transição em relação à aposentadoria por invalidez dos servidores que ingressaram no serviço público até a edição das EC's 41/03 e 47/05, e que foram acometidos com doença incapacitante após sua edição, uma vez que trataram, somente, de regras de transição no tocante às aposentadorias voluntárias, consoante se infere dos arts. 2º e 6º da EC 41/03, e do art. 3º da EC nº 47/05.

No entanto, em homenagem ao princípio da isonomia, não se poderia adotar tratamento diferenciado aos servidores que ingressaram no serviço público em data anterior às referidas Emendas e se aposentaram voluntariamente, em relação aos servidores que

também ingressaram no serviço público na mesma época, porém foram acometidos de doenças graves que os tornaram inválidos, concedendo-lhes aposentadorias diversas.

Tanto assim o é que o legislador constituinte derivado, objetivando corrigir o vácuo que induziu à dúvida, ao promulgar a EC nº 70, de 29 de março de 2012, expressamente determinou a observância a este preceito, ao tempo em que cometeu à Administração a revisão das aposentadorias a partir da data de sua promulgação:

Art. 1º A Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 6º-A:

Art. 6º-A O servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda Constitucional e que tenha se aposentado ou venha a se aposentar por invalidez permanente, com fundamento no inciso I do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, tem direito a proventos de aposentadoria calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, não sendo aplicáveis as disposições constantes dos §§ 3º, 8º e 17 do art. 40 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base no *caput* o disposto no art. 7º desta Emenda Constitucional, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos desses servidores.

Art. 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, assim como as respectivas autarquias e fundações, procederão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias da entrada em vigor desta Emenda Constitucional, à revisão das aposentadorias, e das pensões delas decorrentes, concedidas a partir de 1º de janeiro de 2004, com base na redação dada ao § 1º do art. 40 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, com efeitos financeiros a partir da data de promulgação desta Emenda Constitucional.

Assim, entendo que aos servidores que ingressaram no serviço público antes das modificações constitucionais no cálculo dos benefícios deve ser garantida a revisão de suas aposentadorias

com efeitos retroativos à data da sua concessão, com juros de mora e correção monetária.

Por fim, mantenho a sentença, no toante à isenção do imposto de renda para aposentado portador de moléstia grave, por estar em conformidade com o entendimento desta Corte. A propósito:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. APOSENTADO PORTADOR DE MOLÉSTIAS GRAVES (HEPATITE “C” E CARDIOPATIA). ISENÇÃO. ART. 6º DA LEI 7.713/88 COM ALTERAÇÕES POSTERIORES. ROL TAXATIVO. ART. 111 DO CTN. VEDAÇÃO À INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. JULGAMENTO DEFINITIVO PELO STJ SOB O MANTO DE RECURSO REPETITIVO. TERMO INICIAL: DATA DO DIAGNÓSTICO DA PATOLOGIA. PRECEDENTES.

1. Apelação contra sentença que julgou procedente pedido para declarar o autor isento da incidência do IR sobre os seus proventos, bem como ordenar a ré a proceder à restituição dos valores indevidamente descontados dos proventos do autor, da referida exação, desde a data do diagnóstico das doenças crônicas graves (hepatite “C” e cardiopatia), respeitada a prescrição quinquenal.

2. “A concessão de isenções reclama a edição de lei formal, no afã de verificar-se o cumprimento de todos os requisitos estabelecidos para o gozo do favor fiscal. O conteúdo normativo do art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88, com as alterações promovidas pela Lei 11.052/2004, é explícito em conceder o benefício fiscal em favor dos aposentados portadores das seguintes moléstias graves: moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma. Por conseguinte, o rol contido no referido dispositivo legal é taxativo (*numerus clausus*), vale dizer, restringe a concessão de isenção às situações nele enumeradas. Consectariamente, revela-se interdita a interpretação das normas concessivas de isenção de forma analógica ou

extensiva, restando consolidado entendimento no sentido de ser incabível interpretação extensiva do aludido benefício à situação que não se enquadre no texto expresso da lei, em conformidade com o estatuído pelo art. 111, II, do CTN” (REsp 1116620/BA, decidido no regime do art. 543-C do CPC).

3. *In casu*, comprovaram-se as moléstias graves (hepatite “C” e cardiopatia) por laudo médico.

4. É pacífica a jurisprudência do colendo STJ na esteira de que “o termo inicial da isenção da imposto de renda sobre proventos de aposentadoria prevista no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88 é a data de comprovação da doença mediante diagnóstico médico. Precedentes: REsp 812.799/SC, 1ª T., Min. José Delgado, *DJ* de 12.06.2006; REsp 677603/PB, 1ª T., Ministro Luiz Fux, *DJ* de 25.04.2005; REsp 675.484/SC, 2ª T., Min. João Otávio de Noronha, *DJ* de 01.02.2005” (REsp 900550/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI).

5. Apelação e remessa oficial não providas.

(PROCESSO: 00036785620124058300, APELREEX27214/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO, Terceira Turma, JULGAMENTO: 09/05/2013, PUBLICAÇÃO: *DJe* 14/05/2013 - Página 322)

Forte nas razões expendidas, dou provimento à apelação da autora e nego provimento à remessa necessária.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 525.508-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA
Apelante: UNIÃO
Apelado: MUNICÍPIO DO RECIFE (PE)
Advs./Procs.: DRS. HUMBERTO CABRAL VIEIRA DE MELO E OUTROS (APDO.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA. LEGALIDADE. BASE DE CÁLCULO. INAPLICABILIDADE DA IMUNIDADE CONSTITU-

CIONAL. SERVIÇO PÚBLICO ESPECÍFICO E DIVISÍVEL.

- No Direito Processual Brasileiro, vige a regra do pas des nullités sans grief. Dessa forma, não pode a nulidade do processo de execução ser reconhecida quando, apesar da ausência de intimação do executado para se manifestar sobre a substituição da CDA para correção de mero vício formal, não houve, como no caso, qualquer prejuízo para o pleno exercício, por parte daquele, de seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa.

- O apelante não se desincumbiu do ônus de desconstituir a presunção de liquidez e certeza de que goza a Certidão de Dívida Ativa - CDA, por força do previsto no art. 3º da Lei nº 6.830/80.

- Na espécie, a certidão que aparelhou a execução fiscal ajuizada pelo apelado foi emitida em total conformidade com as determinações previstas no § 5º da Lei nº 6.830/80 c/c art. 202 do Código Tributário Nacional.

- O demonstrativo dos cálculos não é documento essencial para a propositura de execução fiscal, sendo suficiente para a validade do título a demonstração da legislação aplicável ao cálculo do principal e consectários.

- A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal. (STF, Súmula Vinculante nº 19)

- A Taxa de Limpeza Pública da cidade do Recife, após a edição da Lei Municipal nº 16.126/95, que modificou o art. 62 do Código Tributário do Município, passou a ter como fato gerador a prestação de serviços municipais de remoção e coleta de lixo

- Cuida-se, portanto, de típico serviço público específico e divisível, razão pela qual pode ser

objeto de contraprestação mediante a cobrança de taxas.

- Não é aplicável ao caso a imunidade recíproca prevista na alínea a, do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal, vez que tal regra refere-se, apenas, a impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços, e não a taxas, como é a hipótese dos autos.

- É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra. (STF, Súmula Vinculante nº 29)

- Dessa forma, o fato de um dos elementos utilizados na base de cálculo do IPTU ser considerado quando da determinação da alíquota da Taxa de Coleta de Lixo não significa que ambas as exações tenham a mesma base de cálculo.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 1º de outubro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA:

Trata-se de apelação (fls. 64/73) em face de sentença (fls. 55/59) que, com fulcro no inciso I do art. 269 do Código de Processo Civil, julgou improcedentes os embargos apresentados pela recorrente ante a execução fiscal contra ela movida pelo MUNICÍPIO DO RECIFE.

Rejeitadas as preliminares, entendeu o Juízo Originário que não seria inconstitucional a cobrança da Taxa Limpeza Pública - TLP prevista no art. 62 do Código Tributário Municipal da Cidade do Recife. Ressaltou, ainda, que o fato de um dos elementos utilizados na fixação da base de cálculo do IPTU ter sido considerado quando da determinação da alíquota da taxa de coleta de lixo não significaria que ambos teriam a mesma base de cálculo.

Irresignada, apresentou a UNIÃO apelação (fls. 64/73) no escopo de ver reformada a sentença em Primeira Instância proferida, alegando, em síntese:

a) a nulidade do processo por ausência de intimação para se manifestar sobre a substituição da Certidão de Dívida Ativa - CDA que instruiu a demanda executória;

b) a inexecuibilidade da aludida CDA;

c) a inconstitucionalidade e a ilegalidade da cobrança da TLP. Contrarrazões apresentadas às fls. 77/126.

Dispensada a revisão. Peça dia para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA (Relator):

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

Consoante ensaiado no relatório, trata-se de apelação (fls. 64/73) em face de sentença (fls. 55/59) que, com fulcro no inciso I do art. 269 do Código de Processo Civil, julgou improcedentes os embargos apresentados pela recorrente ante a execução fiscal contra ela movida pelo MUNICÍPIO DO RECIFE.

A sentença não merece reforma.

Inicialmente, destaco que não merece acolhida alegação de nulidade do processo por ausência de intimação para se manifes-

tar sobre a substituição da Certidão de Dívida Ativa - CDA que instruiu a demanda executória.

Embora o § 8º do art. 2º da Lei nº 6.830/80 prescreve que *até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos*, na espécie, a substituição noticiada às fls. 20/21 dos autos principais em nada prejudicou o exercício do direito de defesa por parte da apelante.

É que, no caso, procedeu-se tão somente à alteração da expressão “taxas imobiliárias” por “Taxa de Limpeza Pública - TLP”, o que foi feito, inclusive, em prol do recorrente e em obediência à legislação tributária no escopo de viabilizar àquele a ciência exata da exação objeto de cobrança

Ademais, sabe-se que, no Direito Processual Brasileiro, vige a regra do *pas des nullités sans grief*. Dessa forma, não pode a nulidade do processo de execução ser reconhecida quando, apesar da ausência de intimação do executado para se manifestar sobre a substituição da CDA para correção de vício formal, não houve, como no caso, qualquer prejuízo para o pleno exercício, por parte daquele, de seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa.

Prossigo. O art. 3º da Lei nº 6.830/80 estabelece que (sem grifos no original):

Art. 3º - A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez.

Parágrafo Único - A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite.

Por sua vez, o inciso I do art. 333 do CPC prescreve que incumbe ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito.

Compulsando os autos, verifico que o apelante não se desincumbiu do ônus de provar a falta de liquidez e certeza da Certidão de Dívida (fls. 14/15) que instruiu a presente demanda executória, vez que se limitou a formular alegações genéricas de que a referi-

da CDA não foi emitida de acordo com os requisitos legais que lhe conferem a presunção relativa prevista no dispositivo legal supracitado.

Ao disciplinar a matéria, a Lei 6.830/80, nos parágrafos 5º e 6º do seu art. 2º estabelece que (sem grifos no original):

Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

(...)

§ 5º - O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:

I - **o nome do devedor, dos corresponsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;**

II - **o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;**

III - **a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;**

IV - **a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;**

V - **a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e**

VI - **o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.**

§ 6º - **A Certidão de Dívida Ativa conterá os mesmos elementos do Termo de Inscrição e será autenticada pela autoridade competente.**

O Código Tributário Nacional, por sua vez, em seu art. 202, preceitua que (sem grifos no original):

Art. 202. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente:

I - **o nome do devedor e, sendo caso, o dos corresponsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;**

II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;

III - a origem e natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;

IV - a data em que foi inscrita;

V - sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito.

Parágrafo único. A certidão conterá, além dos requisitos deste artigo, a indicação do livro e da folha da inscrição.

Fixadas estas premissas, ao se analisar a CDA que instruiu a presente demanda executória (fls. 14/15), conclui-se, nitidamente, que a emissão daquela obedeceu a todas as determinações previstas nos dispositivos legais acima destacados, razão pela qual não há que se falar em nulidade.

No sentido do texto, os seguintes precedentes (sem grifos no original):

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. REQUISITOS PARA CONSTITUIÇÃO VÁLIDA. DÉBITO DECLARADO EM DCTF. DEMONSTRATIVO ANALÍTICO DO DÉBITO. FORMA DE CÁLCULO DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. NULIDADE NÃO CONFIGURADA.

1. Conforme preconiza os arts. 202 do CTN e 2º, § 5º, da Lei nº 6.830/80, a inscrição da dívida ativa somente gera presunção de liquidez e certeza na medida que contenha todas as exigências legais, inclusive, a indicação da natureza do débito e sua fundamentação legal, bem como forma de cálculo de juros e de correção monetária.

2. A finalidade desta regra de constituição do título é atribuir à CDA a certeza e liquidez inerentes aos títulos de crédito, o que confere ao executado elementos para opor embargos, obstando execuções arbitrárias.

3. A pena de nulidade da inscrição e da respectiva CDA, prevista no artigo 203 do CTN, deve ser interpretada *cum grano salis*. **Isto porque o insignificante defeito formal não deve reclamar por parte do exequente um novo processo com base em um novo lançamento tributário para apuração do tributo devido, posto conspirar**

contra o princípio da efetividade aplicável ao processo executivo extrajudicial.

4. *In casu*, não merece censura a decisão recorrida, uma vez que a hipótese vertente trata de débito apurado pelo próprio contribuinte, através de DCTF, no qual os valores são lançados sobre as informações declaradas pelo próprio devedor, tendo sido, ainda, reconhecida a inexistência de outros defeitos no título executivo, consoante se depende dos fundamentos expendidos no voto condutor do acórdão recorrido.

5. Destarte, a nulidade da CDA não deve ser declarada por eventuais falhas que não geram prejuízos para o executado promover a sua a defesa, informado que é o sistema processual brasileiro pela regra da instrumentalidade das formas (*pas des nullités sans grief*), nulificando-se o processo, inclusive a execução fiscal, apenas quando há sacrifício aos fins da Justiça.

6. Recurso especial improvido.

(STJ, RESP 686.516, Rel.: Ministro LUIZ FUX, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Julgado em: 18/08/2005, DJe: 12/09/2005)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. PRESENÇA DOS REQUISITOS ESSENCIAIS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA NÃO ELIDIDA. PRECEDENTES STJ E DESTA CORTE. REEXAME NECESSÁRIO PROVIDO.

1. Reexame necessário contra sentença que, em sede de Execução Fiscal, extinguiu o feito reconhecendo de ofício a nulidade do título executivo por entender que os dados constantes da CDA não foram capazes de evidenciar a certeza, exigibilidade e a liquidez dos créditos a que se referem.

2. A CDA que instruiu o presente executivo contém o nome do devedor, o valor originário da dívida, a data do vencimento, a origem da dívida, o termo inicial (da atualização monetária e dos juros), disposições legais estabelecendo a incidência dos juros de mora, correção monetária e multa, a data da inscrição e o número do processo administrativo que a originou, não havendo falar em nulidade.

3. A certidão de dívida ativa atende aos requisitos necessários, elencados por lei, estando discrimina-

da a origem do débito, referente a “STN-MP 2.196-3/2001-OP CEDIDAS À UNIÃO”, decorrente de cessão dos créditos rurais de instituição financeira para a União, possibilitando sua cobrança através de execução fiscal, de forma que não pode ser afastada a validade do título executivo apenas pelo fato de ter sido utilizada a forma codificada, pois é plenamente aferível de sua análise a origem do débito.

4. **Orientação jurisprudencial do STJ no sentido de que a nulidade de CDA, com base em alegação de defeito formal, somente deve ocorrer quando comprovada, nos autos, a ocorrência de prejuízo para o executado em nome do princípio da efetividade que deve nortear o processo executivo extrajudicial, fora disso, não há que se falar em cerceamento de defesa, inclusive, porque a CDA presente nos autos não exhibe falhas essenciais em sua estrutura, podendo o executado se defender plenamente.**

5. **A presunção de certeza e liquidez com que se reveste a Dívida Ativa somente pode ser ilidida por prova inequívoca a cargo do interessado, o que não ocorreu no presente caso.**

6. Reexame necessário provido para determinar o regular prosseguimento da execução fiscal.

(TRF 5, APELREEX 24.982, Rel.: Desembargador Federal FRANCISCO BARROS DIAS, Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, Julgado em: 13/11/2012, *DJe*: 22/11/2012)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. NULIDADE. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS ESSENCIAIS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE.

- Cuida-se de apelação da União interposta contra sentença que reconheceu de ofício a nulidade da Certidão da Dívida Ativa - CDA que embasa a presente execução fiscal. A apelante argui nulidade da sentença e, no mérito, pugna pela regularidade do título executivo e pelo prosseguimento da execução.

- **O STJ “firmou o entendimento de que é possível o reconhecimento de ofício da nulidade da Certidão da Dívida Ativa”** (STJ, REsp 856.871, Primeira Turma, rel. Min. Teori Albino Zavascki, pub. *DJ* 09.10.06). Preliminar de nulidade da sentença rejeitada.

- Depreende-se das CDAs em execução que o crédito é de natureza contratual, pois no campo relativo à forma de constituição do crédito está consignado “TÍTULOS DE CRÉDITO” e o campo relativo à origem do débito menciona a Medida Provisória 2.196-3/2001, que autorizou a União a receber os créditos rurais de instituições financeiras. Dessarte, não se verifica nas CDAs a nulidade apontada pela sentença.

- Apelação provida. Devolução dos autos ao Juízo de origem para regular processamento do feito.

(TRF 5, APELREEX 26.985, Rel.: Desembargador Federal JOSÉ EDUARDO DE MELO VILAR FILHO, Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, Julgado em: 14/05/2013, DJe: 23/05/2013)

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CDA FORMADA DE ACORDO COM OS REQUISITOS LEGAIS. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DE IRREGULARIDADES. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. CÉDULA RURAL HIPOTECÁRIA. MP Nº 2.196-3/01. CRÉDITOS ORIGINÁRIOS DE OPERAÇÕES FINANCEIRAS CEDIDOS À UNIÃO. MP 2.196-3/2001. DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO. JULGAMENTO PELO STJ SOB A ÉGIDE DO RECURSO REPETITIVO. TAXA SELIC E COMISSÃO DE PERMANÊNCIA: MOMENTOS DE INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. A sentença julgou parcialmente procedentes embargos à execução fiscal.

2. **O art. 333 do CPC diz incumbir ao autor o ônus da prova quando se tratar de fato constitutivo do seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.**

3. **Milita em favor dos atos da Administração Pública a presunção *juris tantum* de legitimidade. Nos termos do art. 3º da LEF, a CDA goza de presunção de certeza e liquidez, a qual só pode ser ilidida por prova em contrário. *In casu*, a embargante limitou-se a alegar, de forma genérica, que a CDA acostada ao processo executivo fiscal não contempla os requisitos legais que conferem liquidez e certeza ao título, sem, contudo, demonstrar de forma concreta em que consistem tais ilegalidades. O embargante não se desencilhou do seu ônus de demonstrar a irregularidade da certidão de dívida ativa, em cujo favor paira pre-**

sunção de certeza e liquidez.

4. O STJ, sob o manto do art. 543-C do CPC (REsp 1.123.539/RS), decidiu que “os créditos rurais originários de operações financeiras, alongadas ou renegociadas (cf. Lei nº 9.138/95), cedidos à União por força da Medida Provisória 2.196-3/2001, estão abarcados no conceito de Dívida Ativa da União para efeitos de execução fiscal – não importando a natureza pública ou privada dos créditos em si –, conforme dispõe o art. 2º e parágrafo 1º da Lei 6.830/90, *verbis*: ‘art. 2º Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não-tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Parágrafo 1º. Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o art. 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda.’”

5. A correção do referido crédito rural deve observar os critérios estipulados na MP nº 2.196-3/2001, que prevê a incidência da Taxa SELIC, a qual engloba além da correção monetária os juros moratórios, sendo vedada sua utilização cumulada com qualquer outro índice de igual natureza. Reconhecida a incidência da Taxa SELIC, a partir da aludida MP, exclui-se a aplicação da comissão de permanência, bem como quaisquer outros encargos.

6. É devida a exclusão da comissão de permanência a partir da edição da MP nº 2.196-3/2001, que previu a aplicação da Taxa Selic, sendo possível a incidência da comissão no momento anterior à cessão, quando o crédito possuía natureza apenas de crédito bancário, desde que não cumulada com outros índices de correção do crédito.

7. O processo executivo não afronta a preservação do mínimo existencial do embargante, vez que este último se submete a procedimento legal de cobrança de empréstimo, estando sujeito ao procedimento previsto pelo legislador, não se podendo privilegiar um ou outro com base em situação específica, o que afrontaria o princípio da igualdade.

8. Apelações não providas.

(TRF 5, AC 529.216, Rel.: Desembargador Federal MARCELO NAVARRO, Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Julgado em: 24/05/2012, DJe: 31/05/2012)

Ressalto, também, que como na CDA em questão constam todos os fundamentos legais do débito cobrado, prescinde-se da discriminação pormenorizada dos cálculos do valor total da dívida.

No sentido do texto, os seguintes precedentes (sem grifos no original):

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CDA QUE PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS (ART. 2º, PARÁGRAFO 5º, DA LEI Nº 6.830/80 C/C ART. 202 DO CTN). VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA. EXTINÇÃO DO FEITO EXECUTIVO. DESCABIMENTO.

- Constam na CDA o valor originário do débito, os dispositivos legais atinentes à correção monetária e aos juros de mora, bem como os demais requisitos previstos no art. 2º da Lei. 6.830/80, devendo prevalecer a presunção de liquidez e certeza do título, inexistindo elementos em contrário.

- A Lei nº 6.830/80 exige tão somente que a Certidão da Dívida Ativa contenha a indicação da natureza do débito e a forma de cálculo dos juros e correção monetária (art. 2º, parágrafo 5º), inexistindo qualquer previsão na referida lei quanto à obrigatoriedade de que a certidão venha acompanhada do memorial detalhado de cálculos.

- “A pena de nulidade da inscrição e da respectiva CDA, prevista no artigo 203, do CTN, deve ser interpretada *cum granu salis*. Isto porque o insignificante defeito formal que não compromete a essência do título executivo não deve reclamar por parte do exequente um novo processo com base em um novo lançamento tributário para apuração do tributo devido, posto conspirar contra o princípio da efetividade aplicável ao processo executivo extrajudicial.” (REsp 686516/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 12/09/2005 p. 230).

- Apelação provida.

(TRF 5, AC 470417, Rel.: Desembargador Federal FRANCISCO WILDO, Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, Julgado em: 24/11/2009, DJe: 01/12/2009)

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DESNECESSIDADE MEMÓRIA DISCRIMINADA DO DÉBITO. CERTEZA E LIQUIDEZ DA CDA. INOCORRÊNCIA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.

1. O demonstrativo dos cálculos não é documento essencial para a propositura de execução fiscal, sendo suficiente para a validade do título a demonstração da legislação aplicável ao cálculo do principal e consectários. A sua presunção de certeza e validade advém do preenchimento dos requisitos do art. 202 do Código Tributário Nacional e do art. 2º, parágrafo 5º, da Lei de Execuções Fiscais;

2. Ademais, não colhe o argumento do contribuinte apelante sobre a prescrição intercorrente, dado que apenas em 2006 fora expedido o mandado de intimação, penhora e avaliação. Ocorre que o recorrente deslembrou do período de suspensão da contagem do prazo prescricional em face do parcelamento (REFIS, de 04.04.2000 a 20.11.2003);

3. Mais ainda, a Fazenda Nacional requerera o prosseguimento do feito em 02.08.2004, é dizer, não quedara inerte para sofrer com a pronúncia da prescrição;

4. Apelação do contribuinte improvida.

(TRF 5, AC 437.657, Rel.: Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Julgado em: 12/06/2008, DJe: 05/09/2008)

Feitas estas considerações, passo ao mérito.

O inciso II do art. 145 da Constituição prescreve que (sem grifos no original):

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

No mesmo sentido, o art. 77 do Código Tributário Nacional estabelece que (sem grifos no original):

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gera-

dor o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Nas palavras de Luciano Amaro (sem grifos no original):

(...) o fato gerador da taxa não é um fato do contribuinte, mas um fato do Estado. O Estado exerce determinada atividade e, por isso, cobra a taxa da pessoa a quem aproveita aquela atividade.¹

Vê-se, portanto, que as taxas apresentam caráter eminentemente retributivo, vez que é cobrada em razão da atividade do Estado e corresponde à contraprestação paga pelo contribuinte àquele ente em decorrência da utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível prestado ou posto à disposição do sujeito passivo.

Por serviços específicos e divisíveis, entende-se aqueles que podem ser individualizados, de maneira a ser possível identificar e avaliar, isoladamente do complexo da atividade estatal, a parcela utilizada individualmente pela pessoa ou grupo de pessoas.

A partir desta premissa, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento no sentido de que a Taxa de Limpeza Pública - TLP será inconstitucional quando vinculada a serviços de caráter universal e indivisíveis a exemplo da varrição das vias públicas, da limpeza dos logradouros públicos e dos bueiros, das bocas-de-lobo e das galerias pluviais.

No sentido do texto, os seguintes precedentes (sem grifos no original):

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IPTU. IMUNIDADE. AUTARQUIA. TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA. INDIVISIBILIDADE.

1. Imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, c, da Constituição de 1988. Não impede o alcance do benéfico a circunstância de o imóvel encontrar-se locado. Precedentes.

¹ AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro / Luciano Amaro - 16. ed. - São Paulo: Saraiva, 2010.

2. Taxa de Limpeza Pública. É inviável a cobrança de taxa quando vinculada não somente a serviço público de natureza específica e divisível. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, AI 501.942, Rel.: Ministro EROS GRAU, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Julgado em: 16/12/2004, DJ: 08/04/2005)

SERVIÇO DE LIMPEZA DE LOGRADOUROS PÚBLICOS E DE COLETA DOMICILIAR DE LIXO. UNIVERSALIDADE. COBRANÇA DE TAXA. IMPOSSIBILIDADE.

- Tratando-se de taxa vinculada não somente à coleta domiciliar de lixo, mas, também, à limpeza de logradouros públicos, que é serviço de caráter universal e indivisível, é de se reconhecer a inviabilidade de sua cobrança.

- Precedente: RE 206.777.

- Embargos de divergência conhecidos e providos.

(STF, RE 256.588 ED-EDv, Rel.: Ministra ELLEN GRACIE, Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO, Julgado em: 19/02/2003, DJ: 03/10/2003)

Contudo, quando instituída em decorrência de atuação estatal específica e divisível, a TLP é constitucional, entendimento este já pacificado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 576.321, submetido à sistemática da repercussão geral prevista no art. 543-B do CPC.

Transcrevo, abaixo, a ementa do referido recurso (sem grifos no original)

CONSTITUCIONAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. TAXA. SERVIÇOS DE LIMPEZA PÚBLICA. DISTINÇÃO. ELEMENTOS DA BASE DE CÁLCULO PRÓPRIA DE IMPOSTOS. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE. ART. 145, II E § 2º, DA CONSTITUIÇÃO.

I - Questão de ordem. Matérias de mérito pacificadas no STF. Repercussão geral reconhecida. Confirmação da jurisprudência. Denegação da distribuição dos recursos que versem sobre os mesmos temas. Devolução desses RE à origem para adoção dos procedimentos previstos no art. 543-B, § 3º, do CPC. Precedentes: RE 256.588-ED-EDV/RJ, Min. Ellen Gracie; RE 232.393/SP, Carlos Velloso.

II - Julgamento de mérito conforme precedentes.

III - Recurso provido.

(STF, RE 576.321 QO, Rel.: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO, Julgado em: 04/12/2008, DJe: 12/02/2009)

Destaco, ainda, trecho do voto do Ministro Relator (sem grifos no original):

Com efeito, a Corte entende como específicos e divisíveis os serviços públicos de coleta, remota e tratamento ou destinação de lixo provenientes de imóveis, desde que essas atividades sejam completamente dissociadas de outros serviços públicos de limpeza realizados em benefício da população em geral (*uti universi*) e de forma indivisível, tais como os de conservação e limpeza de logradouros e bens públicos (praças, calçadas, vias, ruas, bueiros).

Decorre daí que as taxas cobradas em razão exclusivamente dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis são constitucionais, ao passo que é inconstitucional a cobrança de valores tidos como taxa em razão de serviços de conservação e limpeza de logradouros e bens públicos.

(STF, RE 576.321 QO, Rel.: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO, Julgado em: 04/12/2008, DJe: 12/02/2009)

Tal entendimento levou, posteriormente, à edição, por aquela Corte Julgadora, da Súmula Vinculante nº 19, cujo enunciado abaixo se transcreve (sem grifos no original):

Taxa - Serviços Públicos de Coleta, Remoção e Tratamento ou Destinação de Lixo ou Resíduos Provenientes de Imóveis

A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal.

(STF Súmula Vinculante nº 19 - PSV 40 - DJe nº 223/2009 - Tribunal Pleno de 29/10/2009 - DJe nº 210, p. 1, em 10/11/2009 - DOU de 10/11/2009, p. 1)

Na espécie, observo que a TLP da cidade do Recife, após a edição da Lei Municipal nº 16.126/95, que modificou o art. 62 do

Código Tributário do Município, passou a ter como fato gerador a prestação de serviços municipais de remoção e coleta de lixo.

Transcrevo, abaixo, o referido dispositivo legal (sem grifos no original):

Art. 62. A Taxa de Limpeza Pública - TLP tem como fato gerador a prestação de serviços municipais de coleta e remoção de lixo.

Como se vê, não é a cobrança da referida exação vinculada à limpeza de ruas e logradouros públicos – serviços que beneficiam toda a coletividade, insuscetíveis, portanto, de divisibilidade.

Cuida-se, na verdade, de típico serviço público específico e divisível, razão pela qual pode ser objeto de contraprestação mediante a cobrança de taxas.

Saliento, ainda, que não é aplicável ao caso a imunidade recíproca prevista na alínea a² do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal, vez que tal regra refere-se, apenas, a impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços, e não a taxas, como é a hipótese dos autos.

Por fim, quanto à base de cálculo da TLP, o art. 65 do Código Tributário do Município do Recife estabelece que (sem grifos no original):

Art. 65 - A Taxa Limpeza Pública - TLP será calculada com base na Unidade Fiscal de Referência - UFIR, de acordo com a seguinte fórmula:

$TLP = Fc \times Ei \times Ui$, onde:

Fc - Fator de coleta de lixo, conforme especificado no anexo III;

Ei - Fator de enquadramento do imóvel em razão da área construída (Ac), quando edificado, ou testada fictícia (TF), quando não edificado, expresso em UFIR,

² Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

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

**conforme especificado nos Anexos VI e VII;
Ui - Fator de utilização do imóvel, subdividido em residencial, comercial com lixo orgânico, comercial sem lixo orgânico, industrial e hospitalar, conforme especificado no anexo V.**

§ 1º - Na hipótese de utilização diversificada do imóvel, será aplicado o maior fator de utilização do imóvel (Ui) no cálculo da Taxa Limpeza Pública (TLP).

§ 2º - Será reduzida em 50% (cinquenta por cento) a Taxa de Limpeza Pública para os imóveis não edificadas que possuam muros e, quando situados em logradouro provido de meio-fio, também possuam calçadas.

Por sua vez, os Anexos III e V daquele Diploma Tributário destacam o fator que deve ser utilizado para a coleta de lixo domiciliar e o fator para o tipo de utilização do imóvel, consoante se depreen-
do do abaixo transcrito:

**ANEXO III
FATOR DE COLETA DE LIXO DOMICILIAR
TIPO DE COLETA FATOR (Fc)**

Convencional mecanizada diária com coleta seletiva - 4,0
Convencional mecanizada diária sem coleta seletiva - 3,0
Convencional mecanizada alternada com coleta seletiva - 3,0
Convencional mecanizada alternada sem coleta seletiva - 2,0
Manual diária - 0,7
Manual alternada - 0,5
Inexistente - 0,0

**ANEXO V
FATOR DE UTILIZAÇÃO DO IMÓVEL
TIPO DE UTILIZAÇÃO DO IMÓVEL FATOR (Ui)**

Terreno - 0,80
Predial de uso exclusivamente - 1,04
Predial de uso NÃO residencial SEM produção de lixo orgânico - 1,95
Predial de uso NÃO residencial COM produção de lixo orgânico - 3,25

O fato de a TLP considerar, por força do previsto no dispositivo legal acima destacado, a área construída ou testada fictícia do imóvel como elemento de cálculo para a determinação de seu valor apenas indica o volume de lixo a ser produzido por cada contri-

buinte, o que, por sua vez, termina por especificar e individualizar o serviço prestado.

Ademais, o fato de um dos elementos utilizados na base de cálculo do IPTU ser considerado quando da determinação da alíquota da taxa de coleta de lixo não significa que ambas as exações tenham a mesma base de cálculo.

No sentido do texto, o seguinte precedente (sem grifos no original):

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TAXA DE COLETA DE LIXO. CONSTITUCIONALIDADE. DÉBITOS DA FAZENDA PÚBLICA. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. NECESSIDADE DE LEGISLAÇÃO QUE DISCIPLINE A MATÉRIA. SUCUMBÊNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO.

1. A taxa de limpeza pública, quando não vinculada a limpeza de ruas e de logradouros públicos, constitui tributo divisível e específico, atendido ao disposto no artigo 145, II, da CB/88. Precedentes.

2. O fato de um dos elementos utilizados na fixação da base de cálculo do IPTU ser considerado quando da determinação da alíquota da taxa de coleta de lixo não significa que ambos tenham a mesma base de cálculo. Precedentes.

3. A correção monetária e a incidência de juros sobre os débitos da Fazenda Pública dependem de lei que regula a matéria. Precedentes.

4. Os honorários de sucumbência devem ser decididos no juízo da execução. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, RE 532.940 AgR, Rel.: Ministro EROS GRAU, Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, Julgado em: 24/06/2008, DJe: 14/08/2008)

Ainda neste sentido, o enunciado da Súmula Vinculante nº 29, editada pelo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual (sem grifos no original):

Constitucionalidade - Adoção no Cálculo do Valor de Taxa - Elementos da Base de Cálculo Própria de Imposto
É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria

de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra.

(STF Súmula Vinculante nº 29 - PSV 39 - *DJe* nº 45/2010 - Tribunal Pleno de 03/02/2010 - *DJe* nº 28, p. 1, em 17/02/2010 - *DOU* de 17/02/2010, p. 1)

Convém, por fim, salientar que o entendimento desta Corte Regional acerca da matéria em análise é uníssono, consoante se depreende das ementas de julgamento abaixo destacadas (sem grifos no original):

No sentido do texto, os seguintes precedentes (sem grifos no original):

EMBARGOS À EXECUÇÃO. TRIBUTÁRIO. TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA (TLP). LEI MUNICIPAL Nº 3.882/89. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA INSTITUIDORA. SERVIÇO PÚBLICO ESPECÍFICO E DIVISÍVEL. BASE DE CÁLCULO QUE NÃO COINCIDE COM A DO IPTU.

1. Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedente os embargos à execução que visavam declarar a inconstitucionalidade da Taxa de Limpeza Pública instituída pelo Município de Natal.

2. Ao contrário do que alega a apelante, o fato gerador da TLP abrange apenas os serviços de coleta, remoção e destinação de lixo, os quais apresentam os requisitos necessários de especificidade e divisibilidade.

3. Quanto à alegação de que a base de cálculo da TLP coincide com a do IPTU, somente um de seus elementos seria coincidente (área construída do imóvel), o que não é suficiente para ofender o disposto no art. 145, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

4. Precedentes do STF.

5. Apelação improvida.

(TRF 5, AC 318.395, Rel.: Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Julgado em: 06/05/2010, *DJe*: 18/05/2010)

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA (TLP) DO MUNICÍPIO DE RECIFE/PE. NULIDADE DA CDA, INEXISTÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE DA TLP. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA NO RE 576.321/SP.

- Caso em que não restou configurado qualquer vício a ensejar a nulidade da CDA, a qual reúne as informações necessárias à sua existência, de molde a assegurar ao contribuinte o exercício da ampla defesa.

- A petição inicial dos presentes embargos demonstra que a executada teve conhecimento dos aspectos concernentes a origem, fundamentos legais, titularidade, critérios de atualização, bem como dos demais elementos constantes no título, razão porque resta suprida a exigência formal para constituição do título, porquanto idôneos os elementos constantes na CDA a garantir o exercício do direito à defesa.

- O col. STF no julgamento, em sede de repercussão geral, do RE 576.321/SP reconheceu a constitucionalidade da taxa de serviço de limpeza pública, cobrada com base em serviço público específico e divisível, ainda que na apuração do valor devido, se adote um ou mais dos elementos que compõem a base de cálculo próprio de impostos, desde que não se verifique identidade integral entre uma base e outra.

- Apelação desprovida.

(TRF 5, AC 548.213, Rel.: Desembargador Federal RUBENS DE MENDONÇA CANUTO, Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, Julgado em: 23/10/2012, DJe: 25/10/2012)

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA. LEGALIDADE. COBRANÇA AO INSS. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE IMUNIDADE. FATO GERADOR. SERVIÇO PÚBLICO ESPECÍFICO E DIVISÍVEL.

1. Cobrança de IPTU dos anos de 1989 a 2000. Débito inscrito em 13/10/2001 e execução ajuizada em 15/09/2003. Inocorrência de decadência ou de prescrição.

2. "Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não se justifica o acolhimento da arguição da prescrição ou decadência". Inteligência da Súmula nº 106/STJ.

3. Os documentos acostados às fls. 68/73 (ficha reduzida do imóvel no Sistema de Cadastro Imobiliário com atualização cadastral em 18/02/2010), demonstram que o imóvel alvo da cobrança da TLP é de propriedade do INSS,

não tendo que se falar em ilegitimidade passiva da referida Autarquia.

4. A regra insculpida no artigo 150, VI, a, da Constituição Federal, que trata sobre a imunidade recíproca, refere-se apenas a impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, e não, a taxas, como no caso dos autos. Inexistência do direito à imunidade.

5. O fato gerador da taxa é a prestação de serviço público específico e divisível, cuja utilização pelo contribuinte pode ser efetiva ou potencial.

6. Na atual redação do art. 62 do Código Tributário Municipal do Recife, a Taxa de Limpeza Pública no Município de Recife tem como fato gerador, a prestação dos serviços municipais de coleta e remoção de lixo. Como se extrai do precedente do STF (AI nº 456.900), é legítima a cobrança quando referente apenas à coleta domiciliar. Inexistência de inconstitucionalidade.

7. É certo que a TLP considera a área construída ou a testada fictícia do imóvel (artigo 65 do CTM de Recife) como elemento do cálculo da TLP; todavia, tal é um indicativo do volume de lixo a ser produzido por cada contribuinte, caracterizando, assim, o caráter específico e divisível do serviço prestado.

8. O fato de ser utilizado, também, na apuração da base de cálculo do IPTU não torna inconstitucional a taxa, pois “O fato de um dos elementos utilizados na fixação da base de cálculo do IPTU ser considerado quando da determinação da alíquota da taxa de coleta de lixo não significa que ambos tenham a mesma base de cálculo” (STF, RE 532940 AgR/PR, 2ª Turma, rel. Ministro Eros Grau, julg. 24/06/2008). Apelação improvida.

(TRF 5, AC 525.244, Rel.: Desembargador Federal ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO, Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Julgado em: 25/07/2013, DJe: 02/08/2013)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. TPL - TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA. LANÇAMENTO. NOTIFICAÇÃO. REMESSA DO CARNÊ. MATÉRIA DECIDIDA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. FATO GERADOR. REMOÇÃO E COLETA

DE LIXO. SERVIÇO ESPECÍFICO E DIVISÍVEL. CONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DECLARADA PELO STF.

1. O ponto não examinado pelo juízo de origem, por se tratar de inovação recursal, não pode ser objeto de apelação, e não deve ser conhecido pelo Tribunal, sob pena de incorrer em supressão de instância.

2. A remessa, ao endereço do contribuinte, do carnê de pagamento do IPTU é ato suficiente para a notificação do lançamento tributário, não havendo nulidade do processo administrativo por ausência de notificação do sujeito passivo. REsp 1.111.124/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, decidido sob os auspícios do sistema de recursos repetitivos (art. 543-C do CPC).

3. Entendimento que se aplica, por analogia, à TLP - Taxa de Limpeza Pública. Precedentes do STJ.

4. **Os serviços públicos dividem-se em *uti universi* (ou gerais ou universais) e *uti singuli* (também chamados singulares e específicos).**

5. **Os serviços universais são prestados indistintamente a todos os cidadãos e beneficiam um número indeterminado de pessoas, assim, não podem ser custeados por taxas, mas sim, pelas receitas gerais do Estado, basicamente os impostos.**

6. **Serviços específicos se referem a uma pessoa ou a um número determinado (ou determinável) de pessoas. Assim, por gozarem de divisibilidade podem ser individualmente considerados e custeados por meio de taxas de serviço.**

7. A taxa de limpeza pública, quando não vinculada a limpeza de ruas e de logradouros públicos, constitui tributo divisível e específico, atendido ao disposto no artigo 145, II, da CRFB/88. Precedentes.

8. A TLP - Taxa de Limpeza Pública da Cidade do Recife, após a edição da Lei Municipal 16.126/95, que modificou o art. 62 do Código Tributário do Município, passou a ter como fato gerador a prestação de serviços municipais de remoção e coleta de lixo. Trata-se, pois, de serviço público específico e divisível que pode ser objeto de contraprestação mediante a cobrança de taxas.

9. Apelação a que se nega provimento.

(TRF 5, AC 558.788, Rel.: Desembargador Federal EMILIANO ZAPATA LEITÃO, Órgão Julgador: QUARTA TURMA, Julgado em: 23/07/2013, DJe: 26/07/2013)

Com essas considerações, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 556.215-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelantes: IGREJA EVANGÉLICA MISSIONÁRIA TABERNÁCULO DO DEUS VIVO E MUNICÍPIO DE PETROLINA (PE)
Apelada: UNIÃO
Advs./Procs.: DRs. CARLOS EDUARDO RESENDE MONTES E LEON DELACIO DE OLIVEIRA E SILVA E OUTROS

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. IMÓVEL DE PROPRIEDADE DA UNIÃO, CEDIDO AO MUNICÍPIO DE PETROLINA, E POSTERIORMENTE DOADO À IGREJA EVANGÉLICA MISSIONÁRIA TABERNÁCULO DO DEUS VIVO, PELO MUNICÍPIO. - Nulidade da doação. Indevida disposição do imóvel. Nulidade da Lei Municipal nº 1.499/2004. - Apelações improvidas.

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, 8 de outubro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Trata-se de apelações interpostas contra sentença que julgou procedente o pedido exordial da ação reivindicatória, assim dispondo:

III. DISPOSITIVO

27. Do exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos (art. 269, I, do Código de Processo Civil), para DECLARAR a nulidade da Lei Municipal nº 1.466/2004, e, por conseguinte, CONFIRMAR, integralmente, os termos da tutela de urgência outrora deferida (fls. 131/133).

28. DEIXO de apreciar o pedido constante no “item 4. b” da petição de fl. 164, posto que inadequadamente formulado em sede de contestação, quando deveriam ser objeto de reconvenção.

29. CONDENO os réus, solidariamente, no pagamento dos honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), em atenção aos critérios do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, especialmente a natureza e a importância da causa. Este valor será atualizado, a partir desta data, consoante as disposições do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

30. Ainda, CONDENO a ré IGREJA MISSIONÁRIA PENTECOSTAL TABERNÁCULO DO DEUS VIVO no pagamento de 50% (cinquenta por cento) das custas processuais. DEIXO de condenar o réu MUNICÍPIO DE PETROLINA no pagamento das custas processuais dada a isenção que o beneficia (art. 4º, I, da Lei nº 9.289/1996).

31. Sem duplo grau de jurisdição obrigatório.

32. Certificado o trânsito em julgado e nada mais havendo, ARQUIVEM-SE os autos, com baixa na Distribuição.

33. Custas processuais *ex lege*.

À fl. 283v, consta decisão reconhecendo erro material, assim dispondo:

(...)

6. Nessa ordem de considerações, RECONHEÇO o erro material da sentença (fls. 232/237), e, por conseguinte,

substituo, no seu item 27, a indicada Lei nº 1.466/2004 pela Lei nº 1.499/2004.

(...)

A IGREJA EVANGÉLICA MISSIONÁRIA TABERNÁCULO DO DEUS VIVO, interpôs recurso de apelação, alegando em síntese: atendimento à exigência de efetivo aproveitamento da área, contrariando o que dispõe o processo Administrativo nº 04962.002443/2012/60-SPU; desrespeito ao princípio da isonomia e da moralidade administrativa, informando que há outros lotes na área do antigo aeroporto de Petrolina, em que a União não ingressou com Ação Reivindicatória; inaplicabilidade do art. 71 do Decreto-Lei nº 9.760/46, ante a sua boa-fé; e requer por fim, o ressarcimento dos gastos com a construção.

O Município de Petrolina também interpôs recurso de apelação, alegando em síntese: a área em questão lhe pertencia e que em 1940 foi doada à União, para fins de construção do aeroporto da cidade, mas, posteriormente, deixando de ser utilizada para a finalidade prevista, foi parcialmente cedida ao ente municipal, quando deveria ter sido objeto de reversão; que a área foi cedida pela União ao Município, em acordo de cooperação federativa, com finalidade de buscar o desenvolvimento local, e que a União não pode desconsiderar o histórico do imóvel e analisar o caso como simples cessão do proprietário para um particular, pois houve uma cooperação entre entes federados, onde o interesse público primário é o desenvolvimento da região, e o interesse público secundário é a titularidade da área. Por fim, assegura que houve equívoco por parte do Município (doação e/ou cessão sem juridicamente ser o proprietário) e da autora (não reversão da área e declaração de nulidade do contrato de cessão), e se opõe a eventual possibilidade de indenizar a apelante IGREJA MISSIONÁRIA PENTECOSTAL TABERNÁCULO DO DEUS VIVO.

Contrarrrazões às fls. 272/279.

Parecer do Procurador Regional da República, pelo desproviamento das apelações.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de ação reivindicatória de terreno cedido pela União ao Município de Petrolina, e ocupado irregularmente pela apelante IGREJA EVANGÉLICA MISSIONÁRIA TABERNÁCULO DO DEUS VIVO, após doação através da Lei nº 1.499/2004.

Compulsando-se os autos, vejo restou devidamente comprovado o direito de propriedade da União sobre terreno em litígio, às fls. 27/54, e conseqüentemente demonstrando vício na doação, haja vista que o terreno foi doado por ente que não detinha poderes para tal fim.

Ainda, da análise do Contrato de Cessão, firmado entre a União e o Município de Petrolina (fls. 55/58), observa-se que não há previsão de o Município de Petrolina dispor o imóvel em litígio a terceiros. Ainda, a cláusula quarta do Contrato de Cessão estabelece que a cessão *“tornar-se-á nula, independentemente de ato especial, revertendo o imóvel ao Patrimônio da União Federal, sem direito o outorgado cessionário a qualquer indenização, inclusive por benfeitorias realizadas, nos seguintes casos: a) se ao imóvel, no todo ou em parte, vier a ser dada utilização diversa da que lhe foi destinada; b) se houve inobservância do prazo previsto no decreto autorizativo da cessão; c) se ocorrer inadimplemento e cláusula contratual (...)”*.

Quanto ao pedido de indenização pelas benfeitorias, formulado pela IGREJA EVANGÉLICA MISSIONÁRIA TABERNÁCULO DO DEUS VIVO, entendo que também não merece prosperar. Isto porque a apelante sequer concluiu a construção do templo no prazo de 36 meses previsto na Lei nº 1.499/2004, que doou o terreno.

Oportuno colacionar trechos da bem fundamentada sentença:

6. Os documentos colacionados demonstram que a autora e o réu MUNICÍPIO DE PETROLINA, em 1984, celebraram Contrato de Cessão, sob a forma de utilização gratuita, de área de propriedade da autora, na qual está localizado o imóvel objeto desta ação, interditando-se ao cessio-

nário-município dela dispor (fls. 56/58). Entretanto, posteriormente, por força da Lei Municipal nº 1.499, de 7 de julho de 2004 (fls. 100/101), o referido imóvel foi doado pelo município-cessionário à ré IGREJA MISSIONÁRIA PENTECOSTAL TABERNÁCULO DO DEUS VIVO (fls. 52/54).

17. Ocorre que o referido Contrato de Cessão não previu a possibilidade de o réu MUNICÍPIO DE PETROLINA dispor do imóvel objeto do ajuste, o qual deveria se destinar à formação de reserva ecológica, implantação de áreas de lazer e de sistema viário (fl. 57). Portanto, a doação em apreço mostra-se viciada, pois promovida por quem não detinha poderes para tanto.

18. Por oportuno, vale ressaltar que o fato do imóvel em tela ter pertencido, anteriormente, ao réu MUNICÍPIO DE PETROLINA, consoante afirmado por este – que assevera que, não mais utilizada a área para os fins previstos no ato de disposição, “a bem da verdade, deveria ter ocorrido a reversão do bem ao Município de Petrolina” (fl. 195) –, não é capaz de infirmar a atual titularidade da propriedade desse bem, posto que legítima, consoante reconhecido pelo próprio réu, MUNICÍPIO DE PETROLINA, para o qual “o que se apresenta juridicamente, atualmente, é que a União é a proprietária da área e o município de Petrolina possui cessão, para finalidade determinada” (fl. 196).

19. Tendo em vista, justamente, a finalidade determinada para o Contrato de Cessão, sua cláusula quarta estabelece, expressamente, que a cessão tornar-se-á nula, independentemente de ato especial, revertendo o imóvel ao patrimônio da autora, sem direito o outorgado cessionário a qualquer indenização, inclusive por benfeitorias realizadas, se ao imóvel, no todo ou em parte, vier a ser dada utilização diversa da que lhe foi destinada; se houver a inobservância do prazo previsto no decreto autorizativo da cessão; se ocorrer inadimplemento de cláusula contratual; se a outorgada cessionária renunciar à cessão, deixar de exercer as suas atividades específicas ou se extinguir; e se, em qualquer época, a outorgante cedente necessitar do imóvel para seu uso próprio, ressalvado, em tal caso, a indenização por benfeitorias necessárias, de cuja realização tenha sido dado o prévio e indispensável conhecimento da autora (fl. 57).

20. Nesse contexto, em 19 de janeiro de 2012, a Superintendência do Patrimônio da União em Pernambuco declarou “nulo o Contrato de Cessão, sob forma de utilização gratuita, lavrado dia 11/07/1984, tendo em vista o Parecer AGU/CGU/NAJ/PE nº 115/2009, emitido em 09/02/2009, referente à área ‘A’ do antigo Aeroporto de Petrolina, na Cidade de Petrolina, contendo o terreno 860.721.127m², matriculado sob o nº 5881, no Cartório de Imóveis da Comarca de Petrolina, em favor da outorgada cessionária Prefeitura Municipal de Petrolina” (fl. 75).

21. O réu MUNICÍPIO DE PETROLINA inobservou os termos do Contrato de Cessão em tela quando editou a Lei nº 1.499/2004, desafetando e autorizando a doação e/ou cessão de área de propriedade da autora para a ré IGREJA MISSIONÁRIA PENTECOSTAL TABERNÁCULO DO DEUS VIVO. Sendo assim, impõe-se seja declarada nula a aludida Lei Municipal, e, por conseguinte, sem qualquer efeito todos os atos dela decorrentes.

22. Por outro lado, ainda que válida a Lei nº 1.499/2004, verifica-se que a doação nela prevista apenas se efetivaria por escritura pública (art. 3º), mas tal formalidade não foi observada, nem poderia ser, já que o imóvel doado é de propriedade da autora, não podendo o réu MUNICÍPIO DE PETROLINA dispor deste bem, especialmente por documento público (fl. 52/54).

23. Ademais, a ré IGREJA MISSIONÁRIA PENTECOSTAL TABERNÁCULO DO DEUS VIVO não concluiu a construção do seu templo no prazo de 36 (trinta e seis) meses, contados da vigência da Lei nº 1.499/2004 (art. 3º, V). No ponto, cumpre frisar que, inobstante a área em questão tenha sido utilizada para eventos religiosos (fls. 166/184), mesmo com a precária estrutura de que o espaço dispõe, é manifesto que sua construção não foi concluída, carecendo, inclusive, de telhado, componente básico de qualquer ambiente no qual se pretende abrigar pessoas, no caso, fiéis.

24. Em arremate, não há que se falar em “impossibilidade de reivindicação isolada da área ocupada pela ré sem adotar os mesmos procedimentos em relação a quem se encontra em idêntica situação nos demais lotes da área ‘A’ do antigo aeroporto de Petrolina” (fl. 164). O processamento e o julgamento desta demanda, submetida à apreciação judicial, independe da existência de possíveis ilegalidades/

irregularidades existentes em relação a outros imóveis, em outras ou em idênticas circunstâncias. Na oportunidade, segundo a autora, “no que tange aos demais imóveis que envolvem a área ‘A’ do antigo aeroporto de Petrolina, cumpre afirmar que já se encontram em trâmite nesta Procuradoria diversos processos administrativos com o mesmo objeto da presente demanda, em face de outros sujeitos que também ocupam irregularmente a área em questão” (fl. 229).

25. Por fim, embora as circunstâncias demonstrem que a ré IGREJA MISSIONÁRIA PENTECOSTAL TABERNÁCULO DO DEUS VIVO, desde julho de 2004, acreditava ser legítima possuidora do imóvel objeto desta ação – pois o mesmo lhe havia sido doado através da Lei nº 1.499/2004 – e, por conseguinte, ocupava-o de boa-fé, imperioso reconhecer que eventual pleito indenizatório foge ao âmbito da presente ação, notadamente ante a ausência de pedido reconvenicional. Caberá a interessada, mediante ação própria, buscar o eventual ressarcimento dos prejuízos suportados.

26. Dessarte, a pretensão aqui deduzida merece acolhida.

Ante o exposto, nego provimento às apelações.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 557.033-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANUEL MAIA (CONVOCADO)
Apelantes: JOSÉ CARLOS ANTUNES E UNIÃO
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. MAGALY AGNES OLIVEIRA DE A. ALMEIDA E OUTROS

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONTRATO TEMPORÁRIO CELEBRADO COM O EXÉRCITO. CARGO DE MECÂNICO. CONSTRUÇÃO DA BR 101. LEI Nº 8.745/93. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E HORAS EXTRAS. COMPROVAÇÃO POR LAUDO PERICIAL. POSSIBILIDADE. HORA EX-

TRA IN ITINERE. PERCEPÇÃO. ARTIGO 11 DA LEI 8.745/93.

- Cuida-se de contrato temporário de trabalho firmado entre o Exército e o apelante, para o cargo de mecânico, para construção da BR101, que liga o Estado de Pernambuco ao da Paraíba, contra esse regido pela Lei nº 8.745/1993.

- A sentença julgou parcialmente procedente o pedido deduzido na inicial, condenando a União ao pagamento de adicional de insalubridade ao demandante no percentual de 10% sobre o seu salário-base, sem acréscimos, bem como ao pagamento de horas extraordinárias laboradas efetivamente pelo autor, com os abatimentos dos valores já recebidos, tudo devidamente corrigido com juros e correção monetária na forma do art.1º-F da Lei nº 9.494/97, com os respectivos reflexos em repouso semanal remunerado, gratificação natalina e adicional de férias.

- Aplica-se à hipótese o regime jurídico da Lei nº 8.745/93, que prevê, por meio do art. 11, a aplicação dos arts. 68 a 74 os quais permitem o pagamento de adicionais ao funcionário em razão do exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas e da prestação de serviços extraordinários.

- Apesar de o adicional de insalubridade ser condicionado à permanência da causa que lhe originou, deve, sob certas circunstâncias, incorporar-se à remuneração normal do empregado.

- No caso dos autos, considerando que, pela habitualidade com que era devido o seu pagamento, já que segundo constatação feita pelo perito oficial a exposição era contínua, e tendo em vista a natureza salarial que lhe confere o art. 7º da Constituição Federal, perde o adicional de insalubridade o caráter meramente acessório para integrar o salário para todos os efeitos legais.

- Condenação da União nos reflexos do adicional de insalubridade quando do cálculo das férias, somadas ao terço de férias e décimo terceiro salário, hora extra e domingos trabalhados. (Precedente: TRT- 4ª Região , Relator: Fabiano de Castilhos Bertolucci, DJ: 27/01/1999, 2ª Vara do Trabalho de Canoas)

- Aplica-se tal raciocínio no que concerne à atividade exercida em horário extraordinário, porque mantidas as condições insalubres de trabalho a que se expõe o empregado, devendo o referido adicional integrar também as horas suplementares, estendendo-se a vantagem de forma proporcional.

- Manutenção do pagamento do adicional de insalubridade no grau médio, nos termos consignados na sentença, porque lastreada nas conclusões consignadas no laudo pericial.

- Deve ser afastada a alegação da União de incidência de prescrição bienal prevista no Código Civil porquanto a prescrição aplicável à hipótese é a quinquenal, estabelecida no Decreto 20.930/32.

- Manutenção da sentença também no que concerne ao cálculo das horas extras tendo em vista que o douto sentenciante enfrentou o tema socorrendo-se da análise realizada pelo perito em cujo laudo pericial consigna a utilização pelo Exército de prática denominada “arejamento”, um período de folgas destinado à compensação das horas extras laboradas, numa espécie de banco de horas.

- Diante dos depoimentos colhidos em juízo, restou constatado que o horário estabelecido no contrato de trabalho não era observado, sendo inservíveis também os documentos juntados aos autos para aferimento das horas extras, porque contêm o que a doutrina convencionou denomi-

nar de “horário britânico”, com registros uniformes de entrada e saída do local de trabalho.

- Deve ser abatido dos cálculos relativos às horas extras o valor referente ao período em que o recorrido encontrava-se de férias. Precedente desta Corte: APELREEX27656/PE, Terceira Turma, Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho (Convocado), DJE - 11/09/2013

- Condenação da União ao pagamento de horas extras relativas à jornada in itinere. Precedente: TRF 1ª Região, AC - 199737000038781, Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho, e-DJF1 DATA: 06/09/2012.

- Apelação do particular parcialmente provida para conceder-lhe o pagamento da incidência do reflexo do adicional de insalubridade no cálculo das férias, terço de férias, décimo terceiro salário, hora extra e domingos trabalhados bem como para acrescer ao cômputo do serviço extraordinário as horas extras in itinere.

- Apelação da União e remessa oficial, tida por interposta, parcialmente providas, apenas para retirar do cômputo do valor relativo às horas extras o período de férias efetivamente gozados pelo recorrido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 10 de outubro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MANUEL MAIA - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANUEL MAIA (Convocado):

Cuida-se de apelações e de remessa oficial, tida por interposta, da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido deduzido na inicial, condenando a União ao pagamento de adicional de insalubridade ao demandante no percentual de 10% sobre o seu salário base, sem acréscimos, bem como ao pagamento de horas extraordinárias laboradas efetivamente pelo autor, com os abatimentos dos valores já recebidos, tudo devidamente corrigido com juros e correção monetária na forma do art.1º-F da Lei nº 9.494/97, com os respectivos reflexos em repouso semanal remunerado, gratificação natalina e adicional de férias.

Em suas razões recursais, insurge-se o particular aduzindo que: a) deve haver a condenação da União nos reflexos do adicional de insalubridade quando do cálculo das férias somadas ao terço de férias e décimo terceiro salário, hora extra, domingos trabalhados; b) a condenação da União ao pagamento de adicional de insalubridade deveria ter sido no grau máximo porque: b.1) além da exposição do recorrente aos hidrocarbonetos aromáticos, trabalhava em local insalubre porque exposto ao calor, poeira e constante ruído; b.2) a realização de perícia na sala do Centro de Operações do 3º Batalhão de Engenharia de Construção prejudicou a caracterização dos riscos ambientais, haja vista que na maior parte do tempo o recorrente trabalhava na obra de construção na BR 101; b.3) não consta nos autos prova de que a recorrida fornecia os equipamentos de uso individual (EPI's) ou fiscalizava o uso desses equipamentos; e) apesar de ter sido contratado para jornada de 40 horas semanais, foi submetido a jornadas extenuantes de trabalho, sem direito a intervalo para alimentação e intrajornada, sendo obrigado a trabalhar por mais de 12 horas por dia; b.4) restou comprovado pela perícia que a atividade exercida expõe os trabalhadores a níveis de ruído acima do limite de tolerância estabelecido legalmente para oito horas diárias; apesar de haver previsão contratual, não foi pago ao recorrente o adicional de insalubridade; c) durante o verão, para dar celeridade à obra, o apelante era submetido a uma jornada extenuante de mais de doze horas

por dia, sendo-lhe devidos os valores relativos às horas extras referentes ao intervalo intrajornada não usufruído, com o acréscimo de 50% sobre o valor da hora normal de trabalho, nos termos do art. 71, § 4º, da CLT, possuindo também previsão no art. 73 da Lei nº 8.112/90, aplicável por determinação da Lei nº 8.745/93; d) também lhes são devidos os valores relativos às horas *in itinere*, nos termos do art. 58, § 2º, da CLT; e) não consta nos autos prova do suposto “arejamento”, nem banco de horas para compensação das horas extras laboradas; f) as testemunhas ouvidas em juízo não laboravam efetivamente com o apelante para descrever as reais condições por ele trabalhadas.

A União, por sua vez, recorre da sentença aduzindo que o pagamento para a concessão de adicional de insalubridade, no caso concreto, consta na Cláusula Décima do Contrato de Serviço Temporário e no art. 70 da Lei nº 8.112/90, e não pelas regras estabelecidas na CLT, devendo ser afastada a condenação do ente público ao pagamento da referida verba.

Assevera, ainda, a União, que caso seja mantida a sua condenação ao pagamento de adicional de insalubridade, que seja descontado o período relativo às férias gozadas pelo trabalhador a cada ano e que seja reconhecida a prescrição bienal das parcelas que antecederam o ajuizamento da demanda, nos termos do art. 206, § 2º, do Código Civil.

Quanto à condenação em horas extras, assevera o ente público que: a) quando da execução das obras na BR 101, é sabido que o Exército se aproveitava da luz solar, sendo normal o trabalho se estender um pouco mais no verão; b) as horas extras foram devidamente pagas ou compensadas pelo sistema de “arejamento” ou entrada mais tarde e/ou saída antecipada; c) a prova da execução de horas extras constitui ônus do autor, nos termos do art. 333, I, do CPC; d) as folhas de ponto juntadas aos autos devem ser consideradas como meio de prova, afastando-se o argumento sentencial de que configuram o que a doutrina chama de “horário britânico”; e) diante da imprecisão dos depoimentos testemunhais, não restou comprovado o exercício de horas extras; f) houve compensação de horas trabalhadas acima do normal, no verão, através do sistema de arejamento, chegando alguns trabalhadores ci-

vis a folgar vinte dias durante o inverno, recebendo remuneração, sendo essa uma prática comum no Exército; g) caso seja mantida a condenação ao pagamento de horas extras, que se proceda ao abatimento dos meses em que o recorrido encontrava-se de férias; h) deve ser reconhecida a prescrição bienal das parcelas relativas aos dois anos anteriores ao ajuizamento da demanda, nos termos do art. 206, § 2º, do CC c/c o art. 269, IV, CPC).

Contrarrazões apresentadas por ambas as partes.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANUEL MAIA (Relator Convocado):

Inicialmente, importante esclarecer que o autor foi admitido no quadro de pessoal da União por meio de contrato temporário de trabalho firmado pelo Exército, no cargo de mecânico, na construção da BR101, que liga o Estado de Pernambuco ao da Paraíba, sendo o contrato em questão regido pela Lei nº 8.745/1993.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido deduzido na inicial, condenando a União ao pagamento de adicional de insalubridade ao demandante no percentual de 10% sobre o seu salário base, sem acréscimos, bem como ao pagamento de horas extraordinárias laboradas efetivamente pelo autor, com os abatimentos dos valores já recebidos, tudo devidamente corrigido com juros e correção monetária na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com os respectivos reflexos em repouso semanal remunerado, gratificação natalina e adicional de férias.

Ambas as partes divergiram dos termos da sentença no que concerne ao adicional de insalubridade, sendo que o particular alegou, em síntese, o seguinte:

- a) deve haver a condenação da União nos reflexos do adicional de insalubridade quando do cálculo das férias somadas ao terço de férias e décimo terceiro salário, hora extra, domingos trabalhados; b) a condenação da União ao pagamento de adicional de insalubridade deveria ter sido no grau máximo, porque: b.1) além da exposição do recor-

rente aos hidrocarbonetos aromáticos, trabalhava em local insalubre, porque exposto ao calor, poeira e constante ruído; b.2) a realização de perícia na sala do Centro de Operações do 3º Batalhão de Engenharia de Construção prejudicou a caracterização dos riscos ambientais haja vista que na maior parte do tempo o recorrente trabalhava na obra de construção na BR 101; b.3) não consta nos autos prova de que a recorrida fornecia os equipamentos de uso individual (EPI's) ou fiscalizava o uso desses equipamentos; e) apesar de ter sido contratado para jornada de 40 horas semanais, foi submetido a jornadas extenuantes de trabalho, sem direito a intervalo para alimentação e intra-jornada, sendo obrigado a trabalhar por mais de 12 horas por dia; b.4) restou comprovado pela perícia que a atividade exercida expõe os trabalhadores a níveis de ruído acima do limite de tolerância estabelecido legalmente para oito horas diárias; apesar de haver previsão contratual, não foi pago ao recorrente o adicional de insalubridade;

Já a União, sobre o adicional de insalubridade, aduz que o pagamento para a concessão de adicional de insalubridade, no caso concreto, consta na Cláusula Décima do Contrato de Serviço Temporário e no art. 70 da Lei nº 8.112/90, e não pelas regras estabelecidas na CLT, devendo ser afastada a condenação do ente público ao pagamento da referida verba.

Assevera, ainda, a União, que caso seja mantida a sua condenação ao pagamento de adicional de insalubridade que seja descontado o período relativo às férias gozadas pelo trabalhador a cada ano e que seja reconhecida a prescrição bienal das parcelas que antecederam o ajuizamento da demanda, nos termos do art. 206, § 2º, do Código Civil.

A respeito do adicional de insalubridade, o julgador singular entendeu o seguinte, *in verbis*:

2.1 Do adicional de insalubridade:

O art. 68 da referida Lei nº 8.112/90, aplicável, como dito, por força do art. 11 da Lei 8.745/93, estatui que “os servidores que trabalhem com habitualidade em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias tóxicas, radioativas ou com risco de vida, fazem jus a um adicional sobre o vencimento do cargo efetivo”, até que sejam elimi-

nados os riscos e condições que deram causa à concessão (§ 2º do mesmo dispositivo legal).

A Lei nº 8.270/91, de seu turno, previu no art. 12 a concessão de adicionais de insalubridade e periculosidade aos servidores civis da União, suas autarquias e fundações públicas, nos termos das normas legais e regulamentares pertinentes aos trabalhadores em geral e calculados com base nos percentuais de 5%, 10% e 20%, no caso de insalubridade nos graus mínimo, médio e máximo, respectivamente, e 10%, no caso de periculosidade. Segundo o § 3º do mesmo dispositivo, tais percentuais incidem sobre o vencimento do cargo efetivo, mas, tratando-se de trabalhador temporário, deve-se considerar como base de cálculo do adicional a remuneração base prevista no contrato, com os respectivos reajustes, conforme entende a jurisprudência pátria:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. FORNECIMENTO. PROVA. PERCENTUAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- (...) - A Lei nº 8.270/91, em seu art. 12, prevê o percentual de cinco, dez e vinte por cento, no caso de insalubridade nos graus mínimo, médio e máximo, respectivamente, os quais incidirão sobre o vencimento do cargo efetivo. No caso do contratado temporário, deverá ser considerada como base de cálculo do adicional de insalubridade a remuneração base prevista no contrato, a qual não corresponde à remuneração total devida ao mesmo.

- Os honorários advocatícios devem ser compensados em razão da sucumbência recíproca.

- Apelações e remessa oficial conhecidas e parcialmente providas.

(TRF 4ª Região, 3ª Turma, AC 200071010025897, Rel. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 24/10/2005, DJ 19/04/2006, p. 561)

Da leitura do laudo pericial, observa-se que o trabalho do autor, como mecânico, era insalubre, em função do contato direto e habitual com hidrocarbonetos, sendo que os equipamentos de proteção individual fornecidos ao demandante não eram hábeis a eliminar este risco.

No que diz respeito à impugnação da parte autora ao laudo pericial, no sentido de que a perícia não ocorreu no local de efetiva realização dos trabalhos do autor, é de se dizer que não merece acolhimento. É que o Centro de Operações, onde se deu a vistoria (fl. 111, item 2.1), foi descrito pelas testemunhas como sendo parte da obra em si, dentro do destacamento militar, onde se desenvolve grande parte das atividades dos profissionais contratados temporariamente pela União para a duplicação da BR 101. Destarte, as conclusões periciais foram efetivamente obtidas do ambiente laboral, sendo válidas para atestar a exposição ou não do autor a agentes nocivos caracterizados da insalubridade.

Tal conclusão é confirmada pelo fato de haver o perito constatado a existência de agentes insalubres para determinadas categorias de trabalhadores, como é o caso dos autos, que se sujeitavam a riscos químicos no desenvolvimento das suas atividades. Ora, se o perito não houvesse realizado a inspeção no efetivo local de trabalho, jamais atestaria a insalubridade nas situações em que ela efetivamente estava presente.

Da mesma forma, o fato de haver sido referida pela testemunha Paulo André a existência de poeira no local de trabalho não implica no reconhecimento da insalubridade por este fator, já que é assente na jurisprudência o entendimento de que é imprescindível a produção de prova pericial para a verificação da existência de agentes nocivos, somente sendo lícito ao julgador valer-se de outros elementos quando não for mais possível a realização de perícia no ambiente laboral. Neste sentido, a Orientação Jurisprudencial nº 278 da SBDI-1 do TST, também aplicável ao caso:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PERÍCIA. LOCAL DE TRABALHO DESATIVADO. *DJ* 11.08.03

A realização de perícia é obrigatória para a verificação de insalubridade. Quando não for possível sua realização, como em caso de fechamento da empresa, poderá o julgador utilizar-se de outros meios de prova.

Quanto aos equipamentos de proteção individual (EPI), é de se ver que as testemunhas do autor admitiram que estes eram devidamente fornecidos pela União, embora ar-

gumentem que a reposição dos materiais descartáveis era deficiente em determinadas épocas. Nada obstante, constatou-se na perícia judicial, com a confirmação segura por parte da testemunha de defesa, que as funções eram desenvolvidas com os EPI's adequados e necessários para a atividade (com exceção da máscara contra gases químicos), sendo que a maioria deles não é de reposição frequente – a exemplo das botas, luvas, aventais e protetores auriculares, os quais, segundo o perito e os presentes na realização da vistoria, eram do tipo concha. Desta forma, as declarações de que não eram utilizados porque não eram repostos perdem a confiabilidade.

Portanto, o adicional é devido e deverá ser pago no percentual de 10%, visto que o emprego de produtos contendo hidrocarbonetos aromáticos como solventes ou em limpeza de peças está prevista como sendo caracterizadora da insalubridade em grau médio pelo Anexo 13 da Norma Regulamentadora (NR) 15, aprovada pela Portaria MTb 3.214/78.

Entretanto, o adicional de insalubridade se trata de salário-condição, ou seja, é uma parcela salarial paga ao empregado em virtude do exercício contratual em circunstâncias específicas, que pode ser suprimida caso desaparecida a circunstância que determinou o seu pagamento. Por via de consequência, somente é devido enquanto o trabalhador esteve sujeito aos agentes nocivos, de modo que o adicional não deve ser reconhecido para o período em que o demandante afastou-se do trabalho em razão do gozo de auxílio-doença (novembro e dezembro/2010). Neste sentido:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. AUXÍLIO. DOENÇA. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO.

O lapso de tempo em que o empregado se encontra afastado das suas atividades laborais em virtude de auxílio-doença caracteriza a suspensão do contrato de trabalho. Nesse ínterim, o empregado não está exercendo suas atividades normais, muito menos sob condições insalubres. Logo, não faz jus ao adicional de insalubridade. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST, 4ª Turma, RR 4268237819985125555, Rel. Ives Gandra Martins Filho, DJ 27/09/2002)

Pois bem.

Entendo que procede a insurgência do particular no sentido de que deve haver a condenação da União nos reflexos do adicional de insalubridade quando do cálculo das férias, somadas ao terço de férias e décimo terceiro salário, hora extra e domingos trabalhados.

É que, apesar de o adicional de insalubridade ser condicionado à permanência da causa que lhe originou, deve, sob certas circunstâncias, incorporar-se à remuneração normal do empregado.

É o caso dos autos considerando que, pela habitualidade com que era devido o seu pagamento, já que, segundo constatação feita pelo perito oficial, a exposição era contínua, e tendo em vista a natureza salarial que lhe confere o art. 7º da CF, perde o caráter meramente acessório e integra o salário para todos os efeitos legais.

Assim, aplica-se tal raciocínio no que concerne à atividade exercida em horário extraordinário, porque mantidas as condições insalubres de trabalho a que se expõe o empregado, devendo o referido adicional integrar também as horas suplementares, estendendo-se a vantagem de forma proporcional.

Nesse sentido, observa-se o seguinte julgado:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. REFLEXOS. O adicional de insalubridade, pela habitualidade com que devido o seu pagamento e tendo em vista a natureza salarial que lhe confere o artigo 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal, perde o caráter meramente acessório, integrando o salário para todos os efeitos legais. No caso de jornada extraordinária, porque inalteradas as condições desvantajosas de trabalho a que se expõe o empregado, deve o referido adicional integrar as horas suplementares, estendendo-se a vantagem de forma proporcional, pois incidindo o seu pagamento sobre a contraprestação mínima mensal devida ao trabalhador, remunera tão-somente as horas trabalhadas dentro da jornada normal. (...)
(TRT-4, Relator: FABIANO DE CASTILHOS BERTOLUCCI, Data de Julgamento: 27/01/1999, 2ª Vara do Trabalho de Canoas)

Sob tal fundamento é que deve ser afastado o argumento da União de que se deve abater do adicional de insalubridade o período relativo às férias gozadas pelo trabalhador a cada ano.

Já no que pertine às alegações do particular de que o pagamento do referido adicional deveria ter sido no grau máximo, porque trabalhava em local insalubre, exposto ao calor, poeira e constante ruído e demais questionamentos no tocante ao uso dos EPI's, entendo que não merece reparo a decisão singular tendo em vista que lastreada nas conclusões consignadas no laudo pericial, razão pela qual adoto os seus fundamentos, como razões de decidir.

Também não merecem prosperar os argumentos da União de que é indevido o adicional de insalubridade nos termos da CLT e de que incide a prescrição bienal.

Ocorre que, trata-se, na hipótese, de contrato temporário de trabalho em que o autor foi admitido no quadro de pessoal da União, no cargo de mecânico, para exercer suas funções na obra de duplicação da rodovia BR 101.

Assim, aplica-se-lhe o regime jurídico da Lei nº 8.745/93, que prevê, por meio do art. 11, a aplicação dos arts. 68 a 74, os quais permitem o pagamento de adicionais ao funcionário em razão do exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas e da prestação de serviços extraordinários.

Importante ressaltar, ainda, que a prescrição aplicável à hipótese é a quinquenal, estabelecida no Decreto 20.930/32.

Passemos agora à análise do pagamento devido ao autor a título de horas extras.

A sentença analisou pormenorizadamente o trabalho realizado de forma extraordinária nos seguintes termos:

2.2 Das horas extras:

Como se sabe, os art. 73 e art. 74 da Lei nº 8.112/90, aplicáveis ao presente caso por força do art. 11 da Lei 8.745/93, preveem o pagamento de 50% (cinquenta por cento) de acréscimo em relação à hora normal de trabalho, em caso de serviço extraordinário para atender a situa-

ções excepcionais e temporárias, respeitado o limite máximo de 2 (duas) horas diárias.

A jornada de trabalho do demandante era de 40 (quarenta) horas semanais, consoante se pode inferir da cláusula quinta do contrato de trabalho celebrado entre as partes (fl. 140). Entretanto, o autor argumenta, em sua inicial, que o labor exercido durante os quatro anos na condição de contratado temporário extrapolava frequentemente as 12 horas diárias, tendo trabalhado inclusive aos sábados, domingos e feriados.

As Leis 8.112/90 e 8.745/93 não preveem o pagamento de compensação de repouso intrajornada, preconizando apenas ser a jornada semanal de 40 horas. Assim, tendo em conta que o autor é trabalhador temporário contratado pela União, não se lhe aplica a regra do art. 71, § 4º, da CLT, sendo o direito ao acréscimo remuneratório, quando da inobservância do dito intervalo, restrito aos empregados celetistas.

Porém, a hora trabalhada deve ser remunerada, como hora normal e sem o acréscimo, sob pena de enriquecimento ilícito da União.

Nesta mesma linha, não há qualquer previsão para a retribuição do tempo em que o trabalhador se deslocou para o local de trabalho, as chamadas horas *in itinere*, de modo que, mesmo que houvessem sido preenchidos os requisitos do instituto, seu pagamento seria indevido.

Pois bem. Dada a diversidade dos fatos para as diferentes épocas do ano, a análise do pedido de pagamento de horas extraordinárias exige a separação entre o trabalho prestado nos meses de tempo chuvoso da região – entre abril e agosto – e de tempo seco – de setembro a março.

A prova testemunhal indicou seguramente que, nos meses secos, o trabalho do autor se estendia para além da jornada de 8 horas diárias. Com efeito, restou comprovado em audiência, tanto pelos depoimentos das testemunhas arroladas pelo autor, quanto por aquelas indicadas pela União, que o transporte fornecido pela demandada passava na cidade de Goiana (onde residia o demandante) entre 4 e 5 horas da manhã. Considerando que a testemunha DANILO OLIVEIRA afirmou que o trajeto entre esta cidade e o Centro de Operações, computando-se o tempo para recolher todos os trabalhadores, levava cerca de 30 minu-

tos, pode-se concluir que o efetivo labor iniciava-se por volta das 05h30, ilação esta que é corroborada pelo depoimento prestado por PAULO ANDRÉ.

No que diz com o intervalo intrajornada, demonstrou-se por meio das testemunhas do autor, principalmente DANILLO OLIVEIRA, que este era concedido apenas pelo tempo suficiente para a realização da refeição pelo trabalhador, donde se pode presumir que não ultrapassava a meia hora diária. A União Federal, por sua vez, deixou de produzir prova em sentido oposto, de modo que somente o tempo de 30 minutos pode ser considerado como intervalo não remunerado destinado ao repouso.

Ainda quanto ao período não chuvoso, ficou comprovado que o autor, de fato, trabalhava diversas vezes além do horário normal. É que, embora as testemunhas tenham afirmado que a jornada diária se encerrava por volta das 18h em algumas oportunidades, o conjunto probatório desenvolveu-se no sentido de que era exigida do demandante, com certa frequência, a prestação de horas extras até aproximadamente as 20h, inclusive em alguns dos sábados, domingos e feriados.

Diga-se, nesta esteira, que a afirmação da testemunha FERNANDES RODRIGUES no sentido de que os obreiros eram liberados com frequência às 22h não dispõe de credibilidade, seja porque seu depoimento apresentou contradição em relação a este ponto – tendo dito, em um momento, que retornava do trabalho entre 18 e 19h, e, em outro, que saía sempre às 21h ou 22h –, seja porque desdoa do restante do conjunto probatório.

É de se perceber, ainda, que o fato de a prorrogação ser ilícita, por ter ultrapassado as duas horas diárias admitidas (art. 74 da Lei 8.112/90), não produz qualquer efeito diverso das prorrogações legalmente permitidas (remuneração, repercussões contratuais, incidência do adicional, dentre outras), visto que é inviável o retorno ao *status quo ante*, com a devolução da força de trabalho despendida pelo obreiro. A sua não remuneração adequada ocasionaria um enriquecimento sem causa da empregadora.

Nos meses de tempo chuvoso, por outro lado, a jornada diária era bem mais curta.

De fato, as duas testemunhas trazidas pela União Federal afirmaram, em uníssono, que o horário de entrada, no in-

verno, era às 07h da manhã, sendo tal declaração corroborada pela própria regra de experiência segundo a qual a luminosidade natural, no inverno, tem início mais tarde. Quanto ao fim do expediente, FERNANDES RODRIGUES, testemunha do autor, informou que os obreiros saíam no horário normal.

Ora, diante das condições naturais que predominam no inverno nordestino, e sendo de conhecimento geral que obras de construção civil se desenvolvem em ritmo menos intenso no tempo chuvoso, é perfeitamente crível que os trabalhadores fossem menos exigidos durante esse período. Aliás, a própria testemunha mencionada declarou que no inverno “sempre tinha alguma coisa pra fazer, pra passar o dia e cumprir o horário”, o que denota, à evidência, que os trabalhadores, nestas épocas, laboravam apenas durante a jornada diária normal, não existindo horas extraordinárias prestadas em favor da empregadora além daquelas já pagas pela União, seja antes do início, após o término ou no intervalo intrajornada.

Mas não é só. Conforme as provas produzidas em audiência, no período chuvoso, para além de laborar apenas durante a jornada contratual, aos trabalhadores era concedido o que se costuma chamar de “arejamento”, que é um período de folgas destinado à compensação das horas extras laboradas, numa espécie de banco de horas. E todas as testemunhas do autor afirmaram que o sistema era aplicado na prática, tendo FERNANDES RODRIGUES, inclusive, dito que era muito comum, podendo os trabalhadores tirar aproximadamente 20 dias de folga por ano. Na espécie, a análise das fichas financeiras demonstra que nos anos de 2008, 2009 e 2010 o autor não recebeu suas horas extras habituais por dois ou três meses, devendo, portanto, ser considerado como existente a compensação para estes anos-calendários.

Por fim, uma acurada análise das fichas financeiras juntadas aos autos (fls. 132/282) demonstrou que eram pagas regularmente ao autor uma média de 40 horas extraordinárias nos meses sem chuva, as quais devem ser devidamente computadas no arbitramento das horas extraordinárias laboradas pelo demandante.

Sendo assim, e diante da impossibilidade de se aferir, dia a dia, a sobrejornada prestada pelo demandante, além da

necessidade de se computarem as horas extras já pagas e aquelas devidamente compensadas, mostra-se imprescindível o arbitramento da jornada do demandante. E isso porque a União Federal deixou de exhibir os cartões de ponto assinados pelo autor durante o contrato de trabalho, ou pelo menos parte deles, e os poucos documento deste tipo, trazidos junto com a petição inicial (fls. 74/84), são inservíveis como meio de prova, visto que contêm o que a doutrina convencionou denominar de “horário britânico”, ou seja, registros uniformes de entrada e saída do local de trabalho e que não revelam a realidade laboral. Ademais, a prova testemunhal claramente afastou o cumprimento da jornada dentro do horário estabelecido no contrato, como já demonstrado, de forma que não resta outra saída que não estipular uma média de horas extras prestadas pelo demandante. Acerca desta possibilidade, a jurisprudência do e. TRT da 6ª Região (PE):

HORAS EXTRAORDINÁRIAS. CARTÕES DE PONTO INVÁLIDOS. DEPOIMENTOS COM ALGUMAS DESSEME-LHANÇAS. ARBITRAMENTO DE UMA JORNADA MÉDIA. POSSIBILIDADE.

É bastante razoável que o julgador, tomando como base os horários alegados e as informações prestadas pelo autor e por sua testemunha, arbitre uma jornada média, já que restou demonstrado que os cartões de ponto anexados aos autos não correspondiam com a realidade fática, sequer sendo apontados pelos trabalhadores.

(TRT 6ª Região, RO 193200826106008 PE, Rel. Dione Nunes Furtado da Silva, j. 05/09/2008)

A jornada mensal fica, então, arbitrada da seguinte forma: a) para os meses secos (de setembro a março), em que ficou comprovada a existência da sobrejornada, reconhece-se o labor extraordinário prestado por quatro vezes na semana, das 05h30 às 12h e das 12h30 às 20h, e em dois finais de semana por mês (sábados e domingos), no horário normal. No entanto, deverá ser abatido do montante total as horas extras já pagas (média de 40h por mês) e aquelas compensadas por meio do “arejamento” (20 dias de folgas – 160h anuais, para os anos de 2008, 2009 e 2010). Atente-se para o fato de que de novembro a dezembro/2010 não há sobrejornada a ser remunerada, visto que

o autor esteve em gozo de auxílio-doença durante este intervalo.

b) para os meses de chuva (entre abril e agosto), não há horas extras a serem adimplidas além daquelas já devidamente pagas pela União Federal no curso do contrato de trabalho.

É bom deixar claro, já a fim de evitar a oposição inadequada e protelatória de descabidos embargos de declaração, que a motivação exposta é suficiente para apreciar todos os pedidos formulados pelas partes, não havendo necessidade, por isso, de análise de todos os argumentos jurídicos levantados por elas.

Entendo que deve ser mantida a sentença no que concerne ao cálculo das horas extras tendo em vista que o douto sentenciante enfrentou o tema socorrendo-se da análise realizada pelo perito em cujo laudo pericial consigna a utilização pelo Exército de prática denominada “arejamento”, um período de folgas destinado à compensação das horas extras laboradas, numa espécie de banco de horas.

Ademais, para a desconstituição do laudo pericial com a majoração da condenação em horas extras, seria necessário que o autor acostasse aos autos prova em sentido contrário, nos termos do art. 333, I, do CPC.

Diante dos depoimentos colhidos em juízo, restou constatado que o horário estabelecido no contrato de trabalho não era observado, sendo inservíveis também os documentos juntados aos autos para aferimento das horas extras, porque contêm o que a doutrina convencionou denominar de “horário britânico” com registros uniformes de entrada e saída do local de trabalho.

No entanto, entendo que devem ser abatidos dos cálculos relativos às horas extras o período em que o recorrido encontrava-se de férias, como requerido pela União.

Esse é o entendimento dessa e. Corte, consoante se observa pelo julgado abaixo transcrito:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO TEMPORÁRIO. CARPINTEIRO CONTRATADO PELO EXÉRCITO PARA A CONSTRUÇÃO DA BR 101. LEI Nº 8.745/93. ADICIONAL DE

INSALUBRIDADE. LAUDO PERICIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. HORAS EXTRAS. POSSIBILIDADE

1. Sentença que julgou procedentes, em parte, os pedidos do autor, para condenar a União ao pagamento de horas extraordinárias, devendo ser abatido, do montante total, as horas extras já pagas (média de 40 h por mês) e aquelas compensadas por meio do “arejamento” (20 dias de folgas – 160 h anuais, para os anos de 2008 e 2010), em feito no qual se objetivava o pagamento de horas extras laboradas, além de adicional de insalubridade, com reflexos nas demais verbas salariais (gratificação natalina, férias mais 1/3 e repouso remunerado).
2. Caso em que o autor/apelante foi admitido no quadro de pessoal do Exército, por meio de contrato temporário de trabalho, no cargo de carpinteiro, para exercer suas funções na obra de duplicação da rodovia BR 101.
3. O art 11 da Lei nº 8.745/93 determina que os funcionários contratados temporariamente têm reconhecido o direito à percepção do adicional de insalubridade e do serviço extraordinário, dentre outras vantagens decorrentes do trabalho assalariado.
4. Hipótese em que, da leitura do laudo pericial, conclui-se que o trabalho do autor, como carpinteiro, era salubre, não existindo qualquer elemento nocivo a que estivesse submetido de forma habitual e sem o uso de Equipamento de Proteção Individual (EPI).
5. No tocante às horas extras, não restou configurada a hipótese do denominado “horário britânico”, tal como consignado na sentença, uma vez que há uma variação no horário de saída, compatível com a atividade desenvolvida, e a regularidade do início das atividades e do intervalo para refeições deu-se em razão da disciplina existente nas instituições militares.
6. Assim, as horas extraordinárias deverão ser apuradas, em sede de liquidação, a partir dos cartões de ponto apresentados pela União, utilizando-se a jornada fixada na sentença para os períodos em que não houve a exibição do ponto. **Excluídas as horas extras concernentes ao período relativo a um mês por ano, referente ao mês em que o autor encontrava-se de férias.** (Grifamos)
7. Manutenção dos honorários advocatícios, no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

8. Apelação do autor improvida. Apelação da União e Remessa Necessária providas em parte (itens 5 e 6). (APELREEX27656/PE, Terceira Turma, Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho (Convocado), DJE - 11/09/2013)

Por outro lado, é devido ao particular o pagamento de horas extras relativas à jornada *in itinere*, consoante entendimento albergado pelo TRF da Primeira Região, assim ementado:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO TEMPORÁRIO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. GOZO DE FÉRIAS, ADICIONAL DE FÉRIAS, ADICIONAL DE TEMPO DE SERVIÇO, HORA-EXTRA *IN ITINERE*. PERCEPÇÃO. ARTIGO 11 DA LEI 8.745/93. HORA EXTRA *IN ITINERE*. CONDUÇÃO FORNECIDA PELO EMPREGADOR.

1. O art. 11 da Lei nº 8.745, de 09.12.1993, outorgou aos contratados temporariamente os direitos à percepção de adicional por tempo de serviço, por serviço extraordinário, adicional de férias e outras garantias e vantagens decorrentes dos serviços prestados.

2. O autor foi contratado em 01.06.1993, passando a ser regido pelas novas disposições da Lei nº 8.745 a partir de 09.12.1993, de forma a fazer jus às parcelas relativas a gratificações natalinas, anuênios, adicional de insalubridade e de periculosidade (se houver laudo), férias acrescidas de 1/3, tudo com fulcro nos arts. 63 a 80 da Lei nº 8.112/90 e 11 da Lei nº 8.745/93.

3. Correta a condenação ao pagamento dos períodos de férias não gozados, vez que a documentação acostada aos autos comprova o gozo de somente dois períodos de férias (01.11.1996 a 30/11/96 e de 31/03/97 a 30/04/1997, fls. 52 e 125), num intervalo de 4 (quatro) anos

4. Deve ser reformada a sentença no que concerne à determinação de pagamento dos valores relativos a 3 (três) anuênios, considerando que o direito ao pagamento de tal vantagem surgiu somente com a Lei nº 8.745, de 09/12/1993, e que a MP 1.480-26, de 17/01/97, resguardou o direito à percepção do anuênio aos servidores que, em 5 de julho de 1996, já o tivessem adquirido. Assim, em 05/07/1996, o autor fazia jus à incorporação de apenas 2 (dois) anuênios.

5. Com relação ao pagamento das horas extras *in itinere*, nos termos do enunciado 90 do TST, o tempo

despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho, entendimento que tem sido adotado por esta Corte (RO 8901153513, JUIZ AMILCAR MACHADO, TRF1 - PRIMEIRA TURMA, DJDATA: 15/10/2001. PÁGINA: 114.)

6. Colhe-se dos autos que o trabalho era exercido de segunda a sexta, das 8:30 às 16:15h, com intervalo de uma hora para almoço. Por conseguinte, jornada diária de 06h45min, num total de 32h25min semanais e 129 horas mensais, que somada ao período gasto no trajeto ida-volta (numa aproximação de 4 horas diárias) daria mais 80 horas, totalizando no mês 209 horas, quantidade inferior à prevista no contrato de prestação de serviço temporário (220 horas). Como resultado, conclui-se que não há hora extra a ser indenizada, ainda que incluído o período *in itinere*.

(TRF1, AC - 199737000038781, JUÍZA FEDERAL ROSIMAYRE GONCALVES DE CARVALHO, e-DJF1 DATA: 06/09/2012)

Por tais razões, dou parcial provimento à apelação do particular para conceder-lhe o pagamento da incidência do reflexo do adicional de insalubridade no cálculo das férias, terço de férias, décimo terceiro salário, hora extra e domingos trabalhados bem como para acrescentar ao cômputo do serviço extraordinário as horas extras *in itinere* e dou parcial provimento à apelação da União e à remessa oficial, tida por interposta, para retirar do cômputo do valor relativo às horas extras o período de férias gozados pelo trabalhador.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 558.778-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA
Apelante: FRANCISCO VALFRIDO BARBOSA
Apelada: UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. MARIA ERONEIDE ALEXANDRE MAIA E OUTROS (APTE.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRANTE QUE ERA APOSENTADO À ÉPOCA DA PUBLICAÇÃO DA EMENDA 41/2003 E QUE RETORNOU AO SERVIÇO PÚBLICO APÓS 6 ANOS, MEDIANTE APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO PARA APLICAÇÃO DA REGRA DE TRANSIÇÃO PREVISTA NA EMENDA 41/2003. EXERCÍCIO DO CARGO PÚBLICO EM QUE SE DEU A APOSENTADORIA COMPULSÓRIA POR MENOS DE TRÊS ANOS. INEXISTÊNCIA DO DIREITO À PARIDADE VENCIMENTAL.

- Apela-se contra sentença que denegou a segurança, deixando de reconhecer ao impetrante – servidor aposentado compulsoriamente – o direito à paridade de vencimentos.

- Necessário se faz, para a aplicação da regra de transição prevista na EC 41/2003, que o servidor já ostentasse tal condição quando da publicação desta – 31/12/2003 – (artigo 6º).

- Entretanto, o impetrante tomou posse no cargo de Professor Adjunto, na Universidade Federal do Ceará, apenas em 17/12/2009.

- Irrelevante se mostra, para fins de verificar o preenchimento do citado requisito, o fato do apelante ter mantido vínculo com o serviço público antes da publicação da citada emenda, posto que

a norma foi demasiada clara ao fixar o critério discriminador, aplicando-se a regra de transição apenas àqueles que eram servidores quando de sua publicação.

- Da mesma forma, incapaz de influenciar em tal conclusão, o fato do apelante, a esse tempo, encontrar-se aposentado pelo Município de Fortaleza, posto que com a aposentadoria se deu a vacância do cargo e, conseqüentemente, extinguiu seu vínculo com o “serviço público”.

- Também se mostra sem repercussão para o deslinde da presente demanda o fato de ter o apelante renunciado à sua aposentadoria junto ao município de Fortaleza, primeiro, porque isso não resultou no retorno do servidor à atividade, segundo, porque eventual (re)provimento do cargo por reversão voluntária não tem o condão de retroagir ao tempo da desvinculação, terceiro, porque a referida renúncia foi requerida para regularizar essa sua última investidura junto à Universidade Federal do Ceará, vez que já acumulava uma segunda aposentadoria na Universidade Estadual do Ceará.

- Ademais, mesmo restasse superado o obstáculo retro, tem-se que a regra de transição restringe o direito à paridade vencimental àqueles servidores que tenham ao menos cinco anos de exercício no cargo em que se der a aposentadoria (EC 41/2003 – art. 6º, III).

- O apelante, entretanto, exerceu o cargo de Professor ADJUNTO, junto à Universidade Federal do Ceará, por apenas dois anos e oito meses – de 17/12/2009 a 10/8/2012 –, não se podendo agregar, para fins de preenchimento do citado requisito, o tempo em que exerceu o cargo de Professor ASSISTENTE, junto à Universidade Federal do Acre, por se tratar de cargo distinto, embora integrante da mesma carreira. Precedentes do STJ (AgRg no RMS 33.751/MS, Rel. Ministro

Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/05/2011) e do TRF da 2ª Região (AR - AÇÃO RESCISÓRIA 3840. Processo 201102010065720. Relator: Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund, Terceira Seção Especializada, E-DJF2R em 22.03.2012).
- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

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

DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA:

Trata-se de apelação cível (fls. 105/110) interposta por Francisco Valfrido Barbosa em face de sentença (fls. 99/101) que denegou a segurança, por ausência de direito líquido e certo.

O Juízo de origem entendeu que o exercício do cargo de Professor universitário vinculado à Universidade Federal do Acre não se confunde com o exercício em cargo diverso, pertencente a distinto quadro administrativo, o de Professor de ensino superior da Universidade Federal do Ceará.

Considerou que *“o cargo em que o impetrante se aposentou foi o de Professor da Universidade Federal do Ceará, e não cargo que não mais exercia, de Professor da Universidade Federal do Acre. No cargo de que resultou a aposentadoria, feixe de atribuições exclusiva e inconfundivelmente vinculado à estrutura administrativa da Universidade Federal do Ceará, só foi investido, depois de concurso de provas e títulos a ele expressamente referente, no dia 17/12/2009, tendo um efetivo exercício no mesmo de*

menos de três anos, já que nele foi aposentado compulsoriamente, por atingir o limite máximo de 70 (setenta) anos de idade, em 10/08/2012”.

Assim, o impetrante não teria preenchido o requisito de cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se deu a aposentadoria, conforme exigência do art. 6º, IV, da Emenda Constitucional nº 41/2003.

Por fim, acrescentou que a exigência prevista na referida emenda objetiva evitar aposentadorias súbitas e repentinas vacâncias de servidor que tenha acabado de ser investido com mais idade em cargo público, por isso tem que exercer continuada e ininterruptamente por um prazo efetivo mínimo de cinco anos se nele quiser se aposentar.

Em suas razões recursais, o apelante/impetrante pugna pela reforma da sentença, para que sua aposentadoria seja regida nos termos do art. 6º da Emenda Constitucional nº 41/2003, alegando que o cargo em que se deu a aposentadoria, na Universidade Federal do Ceará, exercido de 17/12/2009 a 10/08/2012, é o mesmo que foi desempenhado na Universidade Federal do Acre, de 1976 a 1984.

Afirmou que “(...) o legislador constitucional derivado não condicionou que o tempo mínimo de exercício, de 5 anos, no cargo em que se desse a inativação, tivesse de ser cumprido ininterrupta e exclusivamente na mesma instituição”.

Asseverou ainda que reúne todos os requisitos necessários da regra de transição contida no art. 6º da EC nº 41/2003, posto que a) contava com 70 anos de idade à data da aposentadoria compulsória; b) tinha 39 anos, 4 meses e 15 dias de tempo de contribuição; c) tinha 26 anos, 3 meses e 19 dias de efetivo exercício, no serviço público; d) possuía 10 anos, 1 mês e 28 dias de carreira no magistério superior, cumpridos no cargo de Professor de 3º grau, no qual se deu a aposentadoria; e e) era servidor público municipal, com ingresso nos quadros de pessoal da municipalidade de Fortaleza em data anterior à publicação da Emenda Constitucional nº 41/2003.

Contrarrazões às fls. 116/119.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 128/132, opinando pelo não provimento da apelação.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA (Relator):

DA NECESSÁRIA VINCULAÇÃO COM O SERVIÇO PÚBLICO QUANDO DA PROMULGAÇÃO DA EMENDA 41/2003

Aduzindo o autor que faz jus à paridade vencimental prevista na Emenda Constitucional 41/2003, necessário se perquirir acerca do preenchimento dos requisitos ali fixados.

Em seu artigo 6º, referida norma assim dispõe:

Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, **que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda, poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria**, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições: (grifos acrescidos)

Vê-se que, como primeiro requisito para a paridade buscada, se faz necessário que o servidor já ostentasse essa condição desde 31/12/2003, mantendo-a até o momento de sua aposentadoria.

Como visto, o impetrante tomou posse no cargo de Professor Adjunto, na Universidade Federal do Ceará, apenas em 17/12/2009, o que faz denotar, de logo, que o mesmo não preencheu o primeiro requisito fixado pelo legislador constitucional.

Irrelevante se mostra, para fins de verificar o preenchimento da citada condição, o fato do apelante ter mantido vínculo com o

serviço público antes da promulgação da emenda¹, posto que a norma foi demasiada clara ao fixar o critério discriminador: fazem jus à paridade vencimental apenas aqueles que eram servidores quando da publicação da emenda.

Da mesma forma, incapaz de influenciar em tal conclusão o fato do apelante, a esse tempo, encontrar-se aposentado pelo serviço público (Município de Fortaleza)².

Ora, o vínculo com o serviço público se dá através do **provimento** de um cargo público, de sorte que a **vacância** do mesmo (sem o simultâneo provimento de outro cargo) importa na extinção desse vínculo.

Assim, como a aposentadoria acarreta a vacância do cargo público, não há se falar que o apelante mantinha o vínculo com o serviço público quando da entrada em vigor da multicitada emenda.

Também se mostra sem repercussão para o deslinde da presente demanda o fato de ter o apelante renunciado à sua aposentadoria junto ao município de Fortaleza, **primeiro**, porque isso não resultou no retorno do servidor à atividade (segundo o Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza – Lei Municipal nº 6.794/90 – art. 33), o instituto da reversão já era proibido, **segundo**, porque eventual (re) provimento do cargo por reversão voluntária não tem o condão de retroagir ao tempo da desvinculação, **terceiro**, porque a referida renúncia foi requerida para regularizar

¹ Antes do exercício do cargo de professor na Universidade Federal do Ceará, o tempo de serviço do impetrante foi realizado da seguinte forma: a) na Universidade Estadual do Ceará, de 01/03/1959 a 28/02/1963; b) na empresa Fenix Caixeiral, de 01/09/1967 a 23/09/1975; c) na Universidade Federal do Acre, de 01/01/1976 a 30/04/1984; d) na Prefeitura Municipal de Fortaleza, de 17/09/1984 a 30/06/1999; e e) na Fundação Edson Queiroz, de 14/08/2007 a 16/12/2009 (v. fl. 68).

² Verifica-se que o impetrante era servidor da Prefeitura Municipal de Fortaleza antes da publicação da EC nº 41/2003, sendo que exerceu o cargo de professor até 30/06/1999 (v. certidão de tempo de contribuição de fl. 42), quando passou voluntariamente para a inatividade. A publicação do ato de aposentadoria ocorreu em 02/05/2006 (v. diário oficial do município de fl. 47).

essa sua última investidura junto à Universidade Federal do Ceará (fl. 45), posto que já acumulava uma segunda aposentadoria na Universidade Estadual do Ceará.

Entendo, por conseguinte, que o impetrante não se enquadra nos requisitos para fazer jus à regra de transição prevista no art. 6º da EC 41/2003.

DA NECESSIDADE DE EXERCÍCIO DE AO MENOS 5(CINCO) ANOS NO CARGO EM QUE SE DER A APOSENTADORIA

Outrossim, ainda fosse superado o requisito para aplicação da regra de transição trazida pela EC 41/2003, tem-se que esta restringe o direito à “paridade vencimental” àqueles servidores que tenham ao menos cinco anos de exercício no cargo em que se der a aposentadoria. (Art. 6º, IV – parte final)

Segundo o impetrante, o cargo de Professor de 3º grau exercido na Universidade Federal do Ceará seria o mesmo cargo exercido junto à Universidade Federal do Acre no período de 01.01.1976 a 29.04.1984, de forma que, ainda que de forma não contínua, teria o mesmo satisfeito tal condição.

O insigne José dos Santos Carvalho Filho, *in* Manual de Direito Administrativo, 26ª Edição, Ed. Atlas, 2013, p. 210-2011, ensina que “Carreira é o conjunto de classes funcionais em que seus integrantes vão percorrendo os diversos patamares de que se constitui a progressão funcional. **As classes são compostas de cargos que tenham as mesmas atribuições.** Os cargos que compõem as classes são cargos de carreira, diversos dos cargos isolados que, embora integrando o quadro, não ensejam o percurso progressivo do servidor”. (p. 610/611). (Grifos acrescidos)

A carreira de Magistério Superior compreende as classes de Professor Titular, Professor Adjunto, Professor Assistente e Professor Auxiliar, conforme o Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos, anexo ao Decreto nº 94.664/87.

Assim, embora integrantes da mesma carreira – magistério superior – os cargos de Professor auxiliar, Professor assistente, Professor adjunto e Professor titular são distintos, não se confundindo um com outro.

No caso, tem-se que o apelante, no período de 1/1/1976 a 29/4/1984, exerceu o cargo efetivo de **Professor ASSISTENTE**, junto à Universidade Federal do Acre³, e o cargo efetivo de **Professor ADJUNTO**, no período de 17/12/2009 a 10/8/2012, os quais, como se disse, são cargos distintos para fins do inciso IV, parte final, do art. 6º da EC 41/2003.

Desse modo, constata-se que o impetrante foi nomeado em 17/12/2009 (ingresso através de concurso público) e foi aposentado compulsoriamente em 10/8/2012, tendo dois anos, sete meses e 23 dias de efetivo exercício no cargo em que se deu a aposentadoria (Professor Adjunto na Universidade Federal do Ceará), portanto forçoso ver que não cumpriu o requisito de cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se aposentou, não fazendo, pois, jus à aposentadoria nos termos almejados.

Nesse sentido, colaciono precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DEFENSOR PÚBLICO ESTADUAL. APOSENTADORIA. ABONO DE PERMANÊNCIA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cinge-se a controvérsia a definir se as impetrantes – Defensoras Públicas do Estado de Mato Grosso do Sul – têm direito a receber abono de permanência no período em que continuarem trabalhando, na forma do art. 40, § 19, da CF/1988; da Lei Complementar Estadual 111/2005, que trata da Defensoria Pública Estadual; e da Lei Estadual 3.150/2005, que regula o Regime de Previdência Social do Estado.

2. Consoante a Lei Complementar Estadual 111/2005, a carreira de defensor público do Estado de Mato Grosso do Sul é organizada nos cargos de Defensor Público de Primeira Instância e Defensor Público de Segunda Instância.

3. O art. 73 da Lei Estadual 3.150/2005, que instituiu o Regime de Previdência dos servidores sul-mato-grossenses, prevê que o servidor poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, entre outros requi-

³ Conforme certidão de tempo de contribuição de fl. 78.

sitos, o período de “cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria”.

4. Hipótese em que as recorrentes, não obstante tenham mais de 20 anos na carreira de defensor público estadual, não completaram o período de cinco anos no cargo de defensor público de segunda instância (cargo em que se dará a aposentadoria), nos termos e condições exigidos na legislação pertinente. Incabível, portanto, o abono de permanência almejado.

5. Agravo regimental não provido.

(STJ. AgRg no RMS 33.751/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/05/2011, *DJe* 30/05/2011).

AÇÃO RESCISÓRIA. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. APOSENTADORIA. JUÍZA-AUDITORA MILITAR. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98. IMPOSSIBILIDADE. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO RESCISÓRIO.

(...)

A questão controvertida, contudo, diz respeito a saber se a inativação pode, ou não, se dar no cargo de Juiz Auditor, que ela ocupou por menos de um ano.

- A Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, artigo 2º, estabeleceu, na mesma toada – exigência de cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria –, em harmonia com a EC 20/98.

- Diante do quadro normativo, a meu juízo, transparece, de forma insofismável, que tendo a ré completado os requisitos para a aposentação em 1997, e tendo ascendido, por promoção, do cargo de Juíza Auditora Substituta para Juíza Auditora em 1999, sobrevivendo a aposentadoria em 2000, não cumpriu o lustro constitucional, para se aposentar neste último cargo, havendo maltrato ao regramento Constitucional.

(...).

(TRF da 2ª Região. AR - AÇÃO RESCISÓRIA 3.840. Processo 201102010065720. Relator: Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund. Órgão Julgador: Terceira Seção Especializada. Publicação: e-DJF2R em 22.03.2012).

Por todo o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 560.509-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANUEL MAIA
(CONVOCADO)
Apelantes: ESTADO DO CEARÁ, FRANCISCO RIVELINO PIN-
TO DE SOUSA E UNIÃO
Apelados: OS MESMOS
Parte R.: MUNICÍPIO DE FORTALEZA (CE)
Advs./Procs.: DRS. FELIPE SILVEIRA AGUIAR, GERLANO ARAÚ-
JO PEREIRA DA COSTA E SUZANA RIBEIRO MA-
CHADO

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRATAMENTO MÉDICO. CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO, DOS ESTADOS E DOS MUNICÍPIOS. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DIREITO À SAÚDE. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO. PREVALÊNCIA SOBRE O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS PELO ART. 37, § 6º, DA CF/88.

- Apelações interpostas pela União, Estado do Ceará e parte autora em face de sentença responsável por julgar parcialmente procedente o pleito autoral, condenando a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza a adotarem as providências necessárias para que seja realizada a cirurgia de transgenitalização pleiteada pelo autor, bem como os tratamentos adjacentes, em um dos hospitais credenciados para tal procedimento, através do programa Tratamento Fora do Domicílio - TFD e de acordo com as regras do referido programa, inclusive de custeio entre os entes federados.

- Nos moldes em que dispõe o art. 196 da Lei

Maior, é obrigação do Estado – assim entendido União, Estados, Distrito Federal e Municípios – assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação e/ou procedimentos cirúrgicos necessários ao seu tratamento médico.

- A legitimidade para figurar no polo passivo da demanda é de qualquer dos entes federativos que integram o Sistema Único de Saúde, independentemente da atividade que será exercida por cada um deles. Precedentes do STJ.

- Em seu artigo 196, a Constituição Federal estabelece ser a saúde “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

- O direito à vida e à saúde é prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à população pela Constituição da República, incumbindo ao Poder Público o dever de garantir a observância desse direito, por meio de políticas públicas que visem à proteção e recuperação da saúde, nas quais se incluem os programas de fornecimento de medicamentos/tratamentos aos necessitados, sejam eles de alto custo ou não. Precedentes do STF.

- Sendo a hipótese de proteção aos direitos à vida e à saúde, estes devem prevalecer em relação à alegada observância à reserva do possível. Precedentes do STJ.

- Quanto à alegação de violação ao princípio da igualdade suscitada pela União e pelo Estado do Ceará, como é bem sabido por todos, este consiste em tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade. Diante das vicissitudes do presente caso, onde o autor, durante anos vinha percor-

rendo em busca de sua identidade sexual plena, a qual é corolário da dignidade da pessoa humana, de nada ia valer a concessão do direito ao procedimento de transgenitalização para somente ser realizado após uma nova longa espera em fila no SUS para este fim.

- Diante do que dispõe o art. 37, § 6º, da atual Carta Magna, a obrigação de indenizar por parte do Estado surge com a presença cumulativa da existência do fato lesivo, da causalidade material entre o eventus damni e a ação ou omissão do agente público (nexo de causalidade) e a ocorrência do dano. Desta forma, havendo a exclusão de qualquer destes três elementos, resta prejudicada a obrigação de indenizar por parte do Estado.

- In casu, não logrou êxito o particular em provar qualquer destes requisitos; isto porque a eventual demora no atendimento médico requerido, quando inerente ao próprio tratamento pleiteado, não caracteriza omissão, o que, por conseguinte, prejudica a responsabilidade civil do Estado. Dano moral não configurado.

- Apelações da União, do Estado do Ceará e do particular não providas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 31 de outubro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MANUEL MAIA - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANUEL MAIA
(Convocado):

Trata-se de recursos de apelação interpostos por FRANCISCO RIVELINO PINTO DE SOUSA, ESTADO DO CEARÁ e pela UNIÃO, em face de sentença responsável por julgar parcialmente procedente o pleito autoral, condenando a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza a adotarem as providências necessárias para que seja realizada a cirurgia de transgenitalização pleiteada pelo autor, bem como os tratamentos adjacentes, em um dos hospitais credenciados para tal procedimento, através do programa Tratamento Fora do Domicílio - TFD e de acordo com as regras do referido programa, inclusive de custeio entre os entes federados.

No que tange ao pedido de indenização por danos morais, a MM. Juíza julgou-o improcedente.

Pugna o Estado do Ceará, preliminarmente, por sua ilegitimidade passiva; no mérito, aduz, em apertada síntese, a necessidade de observância do princípio da isonomia constitucional, da averiguação das possibilidades econômicas do Estado, e, por fim, do princípio da reserva do possível.

Já o particular pleiteia o provimento de seu pleito quanto aos danos morais, como também para reformar a sucumbência recíproca parcial, condenando somente a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza ao pagamento de ônus sucumbencial em valor equivalente a 20% sobre o valor da causa.

Por fim, a União se insurge, preliminarmente, pela falta de interesse de agir e por sua ilegitimidade passiva; no mérito, alega ofensa ao princípio da igualdade, bem como do acesso igualitário às ações e serviços de saúde; também afirma a impossibilidade do autor em passar à frente na fila de tratamento de transgenitalização, como também a existência, dois meses após a propositura da ação, de notícia nos autos (fls. 98/101) da cobertura do procedimento e os encaminhamentos respectivos, não se sustentando, pois, a alegação da sentença vergastada de falha de informação e insuficiência de orientação ao autor, razão pela qual não se

habilitaria tal fundamento a autorizar o desrespeito à ordem da fila do SUS.

Contrarrazões apresentadas por todos os apelantes, subiram os autos a esta egrégia Corte, cabendo-me por distribuição.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANUEL MAIA (Relator Convocado):

Antes de adentrar no mérito da questão, passo, primeiramente, à análise das preliminares suscitadas pelo Estado do Ceará e pela União.

No que se referem às preliminares de ilegitimidade passiva suscitadas, entendo que estas não merecem prosperar. Isto porque, nos moldes em que dispõe o art. 196 da Lei Maior, é obrigação do Estado – assim entendido União, Estados, Distrito Federal e Municípios – assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação e/ou procedimentos cirúrgicos necessários ao seu tratamento médico.

Desta forma, a legitimidade para figurar no polo passivo da demanda é de qualquer dos entes federativos que integram o Sistema Único de Saúde, independentemente da atividade que será exercida por cada um deles. Neste sentido, colaciono julgado proferido pelo colendo STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE. COMPETÊNCIA DO STF RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DO ESTADO.

1. A presente divergência (legitimidade passiva da União nas pretensões de fornecimento de medicamentos) não guarda similitude com a matéria submetida ao procedimento do art. 543-C do CPC no REsp 1.102.457/RJ.

2. Não cabe ao STJ examinar, no recurso especial, violação de preceitos e dispositivos constitucionais, tendo em vista a necessidade de interpretar matéria cuja competên-

cia é exclusiva da Suprema Corte, nos termos do art. 102 da CF.

3. O funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios, de modo que qualquer um desses entes têm legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso a medicamentos para tratamento de problema de saúde. Precedentes do STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AGA 201101673450, CASTRO MEIRA - SEGUNDA TURMA, DJe DATA: 22/08/2013. DTPB)

Quanto à carência de ação por falta de interesse de agir mencionada pela União, esta igualmente não prospera, diante da efetividade da via Judicial em propiciar ao autor o seu pleito. Apesar da União alegar que informou nos autos a possibilidade de, administrativamente, o autor poder realizar a cirurgia aqui pleiteada, este não se encontra vinculado à via administrativa para, em caso de insucesso, se dirigir à via judicial.

Ademais, a própria União informa que a cirurgia de transgenitalização somente se encontrava possível de ser realizada no Sistema Único desde 18/08/2008, enquanto, por outro lado, o autor há mais de 4 anos antes da propositura do feito vinha buscando a realização do já aludido procedimento médico, tempo mais que plausível para haver a busca ao Poder Judiciário.

Por fim, o procedimento em questão sequer é realizado no Estado do Ceará, outra forte razão para que o autor busque o socorro judiciário.

Rejeito, pois, a preliminar de carência de ação por falta de interesse de agir.

Pois bem. Quanto ao mérito da questão, entendo que a sentença fustigada deve manter-se irreparável.

Isto porque no artigo 196, a Constituição Federal estabelece ser a saúde “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

A promoção, proteção e recuperação da saúde é, pois, dever do Estado, compreendidos aí todos os entes políticos que compõem a organização federativa do Estado brasileiro. O dispositivo acima transcrito se fundamenta em vários princípios, dentre os quais se sobressai o do acesso universal e igualitário às ações do Estado que objetivam a mais plena garantia de cobertura e atendimento da população.

Assim, o direito à vida e à saúde é prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à população pela Constituição da República, incumbindo ao Poder Público o dever de garantir a observância desse direito, por meio de políticas públicas que visem à proteção e recuperação da saúde, nas quais se incluem os programas de fornecimento de medicamentos/tratamentos aos necessitados, sejam eles de alto custo ou não. Nesse sentido, é o entendimento do Excelso Pretório:

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO. PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, *CAPUT*, E 196). PRECEDENTES (STF). ABUSO DO DIREITO DE RECORRER. IMPOSIÇÃO DE MULTA. RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- O direito à saúde – além de qualificar-se como direito

fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE.

- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR.

- O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER.

- O abuso do direito de recorrer – por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual – constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa.

A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. (STF - RE-AgR 393175 / RS. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello - DJ de 02/02/2007. Decisão: Unânime)

In casu, conforme bem explanado pela meritíssima juíza sentenciante:

(...) não há controvérsia nos autos quanto à indicação da cirurgia para o autor, de acordo com as próprias exigências do Sistema Único de Saúde, limitando-se a lide à adoção das medidas concretas necessárias à efetivação do tratamento indicado, tendo em vista inexistir, no Ceará, hospital credenciado para realizar a cirurgia de transgenitalização.

Com efeito, a cirurgia de transgenitalização foi instituída no âmbito do SUS através da Portaria MS nº 1.707/2008, tendo o processo transexualizador sido regulamentado pela Portaria SAS/MA nº 457/2008. Ocorre que, de acordo com as exigências do Ministério da Saúde, somente 4 (quatro) hospitais no país são atualmente habilitados para realizar a referida cirurgia, quais sejam: Hospital de Clínicas de Porto Alegre - Universidade Federal do Rio Grande do Sul - Porto Alegre/RS; Universidade Estadual do Rio de Janeiro - HUPE Hospital Universitário Pedro Ernesto - Rio de Janeiro/RJ; Fundação Faculdade de Medicina HCFMUSP Inst. de Psiquiatria - Fundação Faculdade de Medicina MECMPAS - São Paulo/SP; Hospital das Clínicas - Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Goiás - Goiânia/GO.

Exatamente em razão das poucas unidades hospitalares aptas a realizar o procedimento cirúrgico indicado ao autor no país, bem como em função da ausência de orientação correta ao requerente quanto ao procedimento que deveria adotar para ser incluído em fila de espera do programa TFD - Tratamento Fora do Domicílio, que o sofrimento autoral, de não ter uma identidade plena, vem se prorrogando por tantos anos.

Com efeito, dos documentos juntados aos autos e, principalmente, a partir dos esclarecimentos prestados pelos representantes do Município de Fortaleza em audiência (termo de fl. 317), verificou-se que existe programa voltado ao atendimento de pessoas cujos problemas de saúde não podem ser tratados em unidades hospitalares do Estado do Ceará, qual seja o TFD - Tratamento Fora do Domicílio.

Ocorre que não foi dada publicidade adequada a tal informação, nunca tendo sido o autor orientado a habilitar-se no referido programa, sendo dada ao requerente como resposta apenas a impossibilidade de que a cirurgia fosse realizada – razão pela qual o promovente buscou, ainda no ano de 2008, o Judiciário.

Diante da situação acima externada, entendo que o sofrimento do requerente não mais pode ser prorrogado, razão pela qual deve ser-lhe concedida medida judicial que determine a adoção, pelos entes públicos, das medidas necessárias à imediata realização do procedimento cirúrgico.

Ademais, quanto à alegação de violação ao princípio da igualdade, como é bem sabido por todos, este consiste em tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade. Diante das vicissitudes do presente caso, onde o autor, durante anos vinha percorrendo em busca de sua identidade sexual plena, a qual é corolário da dignidade da pessoa humana, de nada ia valer a concessão do direito do procedimento de transgenitalização para ser realizado após uma nova longa espera em fila no SUS para esse fim. Seria um verdadeiro contrasenso.

Por outro lado, sendo a hipótese de proteção aos direitos à vida e à saúde, estes devem prevalecer em relação à alegada observância à reserva do possível, conforme inclusive já decidiu o STJ:

PROCESSUAL CIVIL ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ART. 461, § 5º, DO CPC. BLOQUEIO DE VALORES PARA ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexiste omissão capaz de ensejar a ofensa ao art. 535 do CPC se o Tribunal de origem examina, ainda que implicitamente, a questão dita omissa.
 2. É vedada a esta Corte, em sede de recurso especial, analisar suposta violação a dispositivos constitucionais.
 3. Inexistência de similitude fática entre os arestos confrontados no recurso especial, sendo inviável o conhecimento do recurso pela alínea c do permissivo constitucional.
 4. Tem prevalecido no STJ o entendimento de que é possível, com amparo no art. 461, § 5º, do CPC, o bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos pelo Estado.
 5. Embora venha o STF adotando a “Teoria da Reserva do Possível” em algumas hipóteses, em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, aquela Corte não aplica tal entendimento, por considerar que ambos são bens máximos e impossíveis de ter sua proteção postergada.
 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.
- (RESP 200501603248, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJe DATA: 23/04/2008.)

No que se infere ao dano moral, também entendo que não há que impor tal obrigação aos entes da Federação integrantes do polo réu neste feito. Diante do que dispõe o art. 37, § 6º, da atual carta magna, a obrigação de indenizar por parte do Estado surge com a presença cumulativa da existência do fato lesivo, da causalidade material entre o *eventus damni* e a ação ou omissão do agente público (nexo de causalidade) e a ocorrência do dano.

Desta forma, havendo a exclusão de qualquer destes três elementos, resta prejudicada a obrigação de indenizar por parte do Estado.

In casu, não logrou êxito o particular em provar qualquer destes requisitos; isto porque a eventual demora no atendimento médico requerido, quando inerente ao próprio tratamento pleiteado, não caracteriza omissão, o que, por conseguinte, prejudica a responsabilidade civil do Estado. Houve esforços por parte do Poder Público em proporcionar o devido tratamento ao particular: tanto é que o Hospital Universitário Walter Cantídio da UFC, após 4 anos de análise, indicou a cirurgia de transgenitalização.

Ademais, não se pode afirmar omissão por parte do Estado do Ceará na realização do procedimento cirúrgico, pelo simples fato deste Estado não dispor de equipe e estrutura médica para a sua realização, sendo estes somente realizados, atualmente, nos Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e Goiás.

Por fim, quanto ao quesito do apelo do particular referente à reforma da sucumbência recíproca parcial, condenando apenas a União ao pagamento de custas e honorários advocatícios, também não padece de reforma este ponto da sentença. Isto porque a magistrada foi clara ao afirmar que, em virtude da sucumbência mínima do particular, somente a União arcaria com o pagamento de R\$1.000,00 (hum mil reais), “**já considerando compensada a parcela que seria devida pelo autor, nos termos do art. 20, § 4º, c/c art. 21 do CPC**” – fl. 460 dos autos.

Diante destas considerações, nego provimento às apelações da União, do Estado do Ceará e do particular, mantendo a sentença em sua plenitude.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 560.526-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelante: SIRVA-SE BEM REFEIÇÕES LTDA.
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Advs./Procs.: DRS. CARLOS MAGALHÃES BELFORT NETO E OUTROS (APTE.) E RICARDO CARNEIRO CUNHA E OUTROS (APDO.)

EMENTA: CIVIL. APELAÇÃO A ATACAR SENTENÇA QUE, EM AÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO, JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO DE NULIDADE DA EXECUÇÃO, CUJO TÍTULO EXECUTIVO CONSISTE EM CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM RECURSOS ORIGINÁRIOS DO FUNDO DE AMPARO AO TRABALHADOR - FAT.

- O Decreto 22.626/33 não se aplica às instituições financeiras, públicas ou privadas, sendo-lhes permitido capitalizar juros, quando expressamente autorizada por lei, nos contratos bancários celebrados após a edição da Medida Provisória 1.963-17/2000 [reeditada sob o nº 2.170/2001], que passou a admitir a capitalização com prazo inferior a um ano.

- A comissão de permanência não pode ser cumulada com correção monetária ou outros consectários provenientes da impontualidade, como juros, multa, taxa de rentabilidade, tendo a jurisprudência se pronunciado sobre a sua legalidade, como instrumento de atualização da dívida, a contar do seu vencimento, composta pela taxa de Certificado de Depósito Interbancário, divulgada pelo Banco Central do Brasil, tal como previsto no contrato. Jurisprudência da eg. Terceira Turma. Matéria sumulada [Súmulas 30, 294, 296, todas do Superior Tribunal de Justiça] e jurisprudência desta Corte.

- Caso em que a perícia, realizada nos autos, apurou a inoccorrência de cumulação de comissão de permanência com outros índices de correção monetária.

- A pretensão recursal defende a limitação da taxa de juros em doze por cento ao ano, com base no § 3º do art. 192 da Constituição Federal, e na Lei de Usura [Decreto 22.626]. É inaplicável aos contratos de abertura de crédito a limitação de juros de doze por cento ao ano, de que trata a Lei de Usura. Os juros remuneratórios devem ser cobrados apenas pelo critério previsto no contrato.

- Apelação não provida.

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, 3 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 pela empresa Sirva-se Bem Refeições Ltda. contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, que, em ação de embargos à execução, julgou improcedente o pedido de nulidade da execução, consistente em contrato de financiamento do Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT.

Assevera ser ilegal o valor do débito do contrato, em face dos acréscimos da comissão de permanência cumulada com a correção monetária, da prática de capitalização de juros, da cobrança de juros acima do limite constitucional de 12% ao ano.

Em resposta ao recurso, a Caixa Econômica Federal alega que não houve cobrança excessiva de juros incidentes sobre o débito questionado, argumentando a legalidade de todos os encargos pactuados, sem olvidar que, como instituição financeira, não está adstrita aos limites impostos pelo Dec. 22.626/33, inexistindo óbice à prática de juros anuais em patamar superior a doze por cento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

A insurgência recursal dirige-se contra a sentença que, em ação de embargos à execução, julgou improcedente o pedido de nulidade da execução, consistente em contrato de financiamento do Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT.

O recurso aponta a ilegalidade da incidência da capitalização de juros, que tornaram o débito exorbitante.

A capitalização de juros faz incidir juros sobre o capital acrescido dos juros acumulados, operação que se renova a cada vencimento. Nessa sucessiva prática, opera-se a incorporação dos juros ao capital inicial, que passa a render juros no período seguinte, caracterizando o denominado anatocismo.

Considero que, mesmo evidenciada a incidência de juros capitalizados no contrato celebrado entre as partes, o Decreto 22.636/33 não se aplica às instituições financeiras, públicas ou privadas, sendo-lhes permitido capitalizar juros.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1112880, de relatoria da min. Nancy Andrighi, firmou o posicionamento no sentido de que, nos contratos de mútuo bancário, celebrados após a edição da MP nº 1.963-17/00 (reeditada sob o nº 2.170-36/01), admite-se a capitalização mensal de juros, desde que expressamente pactuada.

Nesse sentido, colaciono precedentes desta Segunda Turma:

[1] PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO PARTICULAR PARA ABERTURA DE CRÉDITO À PESSOA FÍSICA PARA FINANCIAMENTO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. POSSIBILIDADE. CONTRATO FIRMADO EM DATA POSTERIOR À EDIÇÃO DA MP Nº 1.963-17/2000.

- “O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória”. (Súmula 247 do STJ). Precedente: Tribunal Regional Federal - 5ª Região; AC 524801/PB; Data do julgamento: 22/03/2012; Primeira Turma; Relator: Desembargador Federal Manoel Erhardt; Diário da Justiça Eletrônico TRF5 (DJe) - 29/03/2012 - Página 119.

- O Superior Tribunal de Justiça, com base na súmula 596 do STF, firmou o entendimento de que, com a edição da Lei 4.595/64, não se aplicam as limitações fixadas pelo Decreto 22.626/33, de 12% ao ano, aos contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro

Nacional, salvo nas hipóteses de legislação específica. (AgRg no REsp 818.155/RS, Rel. Ministro Jorge Scartezini, Quarta Turma, julgado em 25.04.2006, DJ 15.05.2006 p. 240)

- O mesmo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1112880, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, pacificou o entendimento segundo o qual, nos contratos de mútuo bancário, celebrados após a edição da MP nº 1.963-17/00 (reeditada sob o nº 2.170-36/01), admite-se a capitalização mensal de juros, desde que expressamente pactuada.

- Como, no caso concreto, os negócios jurídicos foram pactuados em 2009, é de se admitir a capitalização mensal dos juros remuneratórios.

(AC 545.789/PE, des. Sérgio Murilo Wanderley, convocado, DJe de 30 de outubro de 2012, p. 235).

[2] CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO PARA FINANCIAMENTO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL AUTORIZADA PELA MP Nº 1963-17/2000, REEDITADA SOB Nº 2170-36/2001. CONTRATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 8.177/91. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TR. MULTA. HONORÁRIOS.

1. Apelo da parte embargante em face de sentença que julgou procedente o pedido formulado em ação monitória promovida pela CEF, condenando a parte ré ora recorrente ao pagamento da quantia total de R\$ 21.066,60 referente à dívida do contrato particular de abertura de crédito à pessoa física para financiamento de materiais de construção e outros pactos, instrumento sob nº 1031.160.0000182-46.

2. Para os contratos bancários firmados posteriormente à entrada em vigor da MP nº 1.963-17/2000, atualmente reeditada pela MP nº 2170-36/2001, como o que ora se analisa, é possível a capitalização mensal dos juros desde que expressamente prevista no contrato avençado entre as partes, mesmo porque, na espécie, não houve demonstração da ocorrência de capitalização.

3. Se o contrato de financiamento é posterior ao advento da Lei nº 8.177/91 que instituiu a TR, inexistente óbice à aplicação do referido indexador.

4. Ainda que não houvesse qualquer ilegalidade na cobrança de multa moratória de 2%, nos moldes do art. 51, pará-

grafo 1º, do CDC, tal encargo, mesmo previsto contratualmente, não fora cobrado pela CEF.

5. Conquanto seja ilegal a previsão contratual de cobrança antecipada de honorários advocatícios, não houve, na hipótese, demonstração de que tal rubrica tenha sido cobrada.

6. Apelação improvida.

(AC 49.563/PE, des. Francisco Wildo, DJe de 22 de novembro de 2012, p. 241).

[3] CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO BANCÁRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INÉPCIA DA INICIAL. PRELIMINARES AFASTADAS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LIMITAÇÃO DOS JUROS A 12%. INAPLICABILIDADE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. CLÁUSULA DE VENCIMENTO ANTECIPADO DA DÍVIDA. LEGALIDADE. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. Apelação interposta por particular contra a sentença que, em ação monitória, julgou procedente a pretensão de instituição bancária objetivando a cobrança de quantia referente ao inadimplemento de contrato para financiamento de materiais de construção.

2. Alegação de cerceamento de defesa desacolhida, tendo em vista ter o juízo *a quo* julgado antecipadamente a lide por entender desnecessária a remessa dos autos a *expert*, já que a demandada, em seus embargos, não apresentou impugnação específica aos cálculos ofertados pelo credor, nem requereu a produção de prova pericial.

3. Afastada a preliminar de inépcia da inicial, uma vez que a CEF instruiu corretamente o seu pedido com cópia do contrato particular de abertura de crédito à pessoa física para financiamento de materiais de construção e outros pactos e demonstrativo claro acerca dos valores devidos, os quais não foram especificamente impugnados pela parte ré.

4. Não há ofensa a princípio da informação contratual, na medida em que o contrato bancário em discussão (não obstante ser de adesão) previu de forma clara em suas cláusulas as taxas de juros a serem aplicadas.

5. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários não enseja automaticamente a declaração de nulidade das disposições contratuais em sua generalidade, devendo a parte que invoca a proteção da

legislação consumerista delimitar justificadamente em que aspectos o contrato bancário está em desacordo com o CDC, o que não ocorreu nos autos.

6. Nos contratos de empréstimo bancário celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, salvo nas hipóteses de legislação específica, a taxa de juros remuneratórios não está limitada ao patamar de 12% (doze por cento) ao ano, haja vista a inaplicabilidade da limitação constitucional inserta no parágrafo 3º do artigo 192 da Constituição Federal, o qual foi revogado com a edição da Emenda Constitucional nº 40, ensejando a edição da Súmula nº 648 do STF.

7. Com o advento da Medida Provisória nº 1.963-17/2000 (reeditada sob o nº 2.170/2001) passou a ser admitida a capitalização com prazo inferior a um ano, nas hipóteses em que o contrato foi celebrado após o início de vigência desse normativo, como é o caso dos autos.

8. Legalidade da cláusula que prevê o vencimento antecipado da dívida, tendo em vista que o devedor, ao contratar com o credor, recebeu o dinheiro à vista e se comprometeu a pagar o empréstimo mensalmente, não se podendo exigir que o credor aguarde o vencimento de todas as prestações acordadas quando o devedor não cumpre sua obrigação. Precedente: TRF5, AC 00177459420104058300, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Primeira Turma, *DJE*: 13/07/2012 - Página: 69.)

9. Apelação não provida.

(AC 549.013/PE, des. Francisco Barros Dias, *DJe* de 08 de novembro de 2012, p. 186).

Na hipótese vertente, o negócio jurídico foi firmado em julho de 2005, portanto, em data posterior ao advento da citada medida provisória, legitimando a capitalização de juros remuneratórios, de acordo com o pacto.

A comissão de permanência, por sua vez, atualiza monetariamente o valor do débito e remunera a instituição financeira pelo período de mora contratual, assumindo dupla função, razão pela qual a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de considerar ilegal a cumulação de correção monetária com comissão de permanência, ou com qualquer acréscimo decorrente da impontualidade (juros, multa, taxa de rentabilidade etc.),

de acordo com as Súmulas 30, 294, 296, todas do Superior Tribunal de Justiça, nestes termos:

[1] A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis (Súmula 30/STJ).

[2] Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato (Súmula 294 do STJ).

[3] Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado (Súmula 296 do STJ).

Como se vê, a cobrança da comissão de permanência não pode ser cumulada com correção monetária ou outros consectários provenientes da impontualidade, como juros, multa, taxa de rentabilidade.

Nesse sentido, já me pronunciei em diversos julgados [AC 515.639/CE – (2006.81.00.016530-8) – sessão de julgamento de 3 de março de 2011]:

CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA VISANDO AO PAGAMENTO DE DÉBITO ORIUNDO DE CONTRATO DE ADESÃO AO CRÉDITO DIRETO CAIXA [CDC] E CONTRATO DE CRÉDITO ROTATIVO [CROT], NO VALOR DE VINTE E UM MIL, QUINHENTOS E OITENTA E NOVE REAIS E CINQUENTA E SETE CENTAVOS.

1. A pretensão recursal ataca a sentença na parte que determinou a exclusão da taxa de rentabilidade, por manifesta ilegalidade da cumulação com a comissão de permanência.

2. A comissão de permanência não pode ser cumulada com correção monetária ou outros consectários provenientes da impontualidade, como juros, multa, taxa de rentabilidade, tendo a jurisprudência se pronunciado sobre a sua legalidade, como instrumento de atualização da dívida, a contar do seu vencimento, composta pela taxa de Certificado de Depósito Interbancário-CDI, divulgada pelo Banco Central do Brasil, tal como previsto no contrato [AC

447.620/CE, Des. Geraldo Apoliano, *DJe* de 18 de janeiro de 2010, página 247].

3. No caso, o contrato padrão da Caixa Econômica Federal prevê a cobrança cumulada da comissão de permanência com outros encargos [Cláusula Décima Terceira], devendo ser mantida a sentença.

4. Apelação improvida.

É ilegítima a cobrança cumulada da comissão de permanência com correção monetária, juros remuneratórios, multa e taxa de rentabilidade. No caso, a perícia realizada nos autos apurou a inoccorrência de cumulação de comissão de permanência com outros índices de correção monetária, inexistindo qualquer ilegalidade quanto a essa questão.

Nesse aspecto, deve ser mantida a sentença.

No que tange à taxa de juros, a pretensão recursal defende a limitação da taxa de juros em doze por cento ao ano, ao passo que a sentença rechaçou esse pleito, com base no § 3º do art. 192 da Constituição Federal, amparada pela Súmula 648 do Supremo Tribunal Federal, bem como a Lei de Usura às operações realizadas com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, de acordo com a Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela emenda constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar (Súmula 648 do STF).

As disposições do Decreto 22.626/93 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional (Súmula 596 do STF).

No mesmo sentido, tem sido a orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO ROTATIVO. QUESTÕES FEDERAIS NÃO DEBATIDAS NO ACÓRDÃO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. JUROS. LIMITAÇÃO (12% AO ANO). LEI DE USURA (DECRETO Nº 22.626/33). NÃO INCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DA

LEI Nº 4.595/64. DISCIPLINAMENTO LEGISLATIVO POSTERIOR. SÚMULA Nº 596 - STF. INEXISTÊNCIA DE ONEROSIDADE EXCESSIVA. ABUSIVIDADE. DISCIPLINA DO CDC. PACIFICAÇÃO DO TEMA. DIVERGÊNCIA. SEDE INAPROPRIADA.

I - As questões federais não enfrentadas pelo Tribunal estadual recebem o óbice das Súmulas nºs 282 e 356 do c. STF, não podendo, por falta de prequestionamento, ser debatidas no âmbito do recurso especial.

II - Não se aplica a limitação de juros de 12% ao ano prevista na Lei de Usura aos contratos bancários de abertura de crédito em conta corrente, sequer considerada como excessivamente onerosa a taxa média do mercado. Precedente da 2ª Seção do STJ.

III - Agravo improvido.

(REsp 471.517/RS, Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 4 de maio de 2004)

Perfilho o mesmo entendimento.

Inexiste a alegada abusividade, sendo admissível a cobrança dos juros remuneratórios apenas pelo critério previsto no contrato, afastada a limitação da taxa de juros a 12% ao ano.

Por todas essas razões, nego provimento ao recurso.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 561.931-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA

Apelantes: FRANCISCO FERREIRA SOUTO FILHO, REFINAÇÃO E MOAGEM DE SAL SANTA HELENA - REFI-MOSAL E SOCIEDADE OESTE LTDA. - SOCEL

Apelado: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

Partes R.: F. SOUTO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE SAL S.A., SERV SAL DO NORDESTE COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES E TRANSPORTES LTDA., FAZENDA NOVA LTDA.E SINDICATO DA INDÚSTRIA DA EXTRAÇÃO DO SAL NO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE - SIESAL

Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Advs./Procs.: DRS. FELIPE AUGUSTO CORTEZ MEIRA DE MEDEIROS E OUTROS, DANIEL VICTOR DA SILVA FERREIRA E OUTROS, JOSÉ TARCÍSIO JERÔNIMO E OUTROS, JOSÉ NAERTON SOARES NERI, HEDERLI COSTA DE OLIVEIRA E OUTRO E JOSÉ DE RIBAMAR DE AGUIAR E OUTROS

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. LIVRE CONCORRÊNCIA. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. FORMAÇÃO DE CARTEL. LEI 12.529/2011. INFRAÇÃO CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DESNECESSIDADE DE CULPA. MEDIDA CAUTELAR. CARACTERÍSTICAS E DISCIPLINA ESPECÍFICAS PREVISTAS NA LEI DE REGÊNCIA.

- A defesa da livre concorrência, princípio constitucional expresso (art. 170), tem por escopo primordial impedir a formação de monopólio no mercado, na medida em que a Constituição Federal abomina as diversas formas de dominação do mercado, como cartéis, trustes e oligopólios

em geral, pois monopólio e livre concorrência são conceitos antitéticos.

- A Lei 12.529/2001 estruturou o SBDC - Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispôs sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, dentre outras providências.

- A concentração do poder econômico, por si só, não atenta contra a ordem constitucional e consiste na detenção, em alta escala, dos meios de produção, concentrado nas mãos de um grupo de pessoas ou de empresas ou, ainda, de uma pessoa. No entanto, esse poder deve ser exercido no interesse maior da sociedade.

- A Constituição Federal considera ilegal e reprime o abuso do poder econômico que visa dominar os mercados ou eliminar a concorrência e aumentar, arbitrariamente, os lucros, nos termos do art. 173, § 4º: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

- Nos termos do art. 36 da Lei 12.529/2011, a responsabilidade por infração à ordem econômica é objetiva, ou seja, não depende da verificação de culpa, além disso, o dispositivo legal considera como infrações os atos que tenham por objetivo atingir algum dos seguintes efeitos, ainda que não alcançados.

- A orientação do STJ (MC12748/SP, Relª. Minª. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 17/05/2007), é no sentido de que a busca e apreensão de documentos para instruir processo administrativo do CADE, em combate a cartel, possui disciplina específica na Lei de regência, não se aplicando as regras do CPC.

- O art. 13 da mencionada lei dispõe, ainda, sobre a possibilidade de procedimento cautelar de busca e apreensão a ser ajuizado pela Procura-

doria Federal junto ao CADE, quando, no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo, para a imposição de sanções administrativas por infração à ordem econômica, nos seguintes termos: “Art. 13. Compete à Superintendência-Geral: VI - no interesse da instrução dos tipos processuais referidos nesta Lei: d) requerer ao Poder Judiciário, por meio da Procuradoria Federal junto ao Cade, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839 e seguintes do CPC, sendo inexigível a propositura de ação principal”.

- No processo cautelar, além dos requisitos essenciais comuns a todas as ações, a saber: legitimidade ad causam, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido; deve haver o atendimento aos requisitos específicos do processo cautelar, são eles: o fumus boni juris e o periculum in mora. Verificando a existência dos cinco requisitos, o juiz deverá deferir a cautelar, haja vista a inexistência de discricionariedade, para deferir ou indeferir o pedido.

- No caso dos autos, é latente a legitimidade e o interesse do CADE, haja vista que a Lei 12.529/2011, reconhece àquela autarquia, tanto um como o outro requisito. A possibilidade jurídica do pedido exsurge, igualmente, da Lei 12.529/2011, a teor do disposto no art. 13, VI, d.

- Quanto aos requisitos específicos, observo que a efetiva existência do fumus boni juris e do periculum in mora constitui o mérito da ação cautelar. É isso que o juiz deverá examinar para de-

cidir se concede ou não o provimento cautelar.
- Inocorrência da alegada nulidade da sentença, pois a sua fundamentação, corretamente, limitou-se ao reconhecimento da existência dos requisitos autorizadores da concessão das tutelas cautelares (a fumaça do bom direito e o perigo da demora), bem como rechaçou, desenvolvendo argumentação irrepreensível, as teses arguidas pela defesa.

- A medida cautelar prevista na Lei 12.529/2011 apresenta as seguintes características: i. Possui normatividade específica na lei de regência, não se lhe aplicando as disposições do CPC, exceto quando a lei específica, expressamente, determinar a sua aplicação; ii. Trata-se de medida genérica, no que diz respeito ao seu objeto, haja vista que, nos termos da lei, prescinde de nomear, especificamente, aquilo que se pretende buscar e apreender; iii. É medida satisfativa, porquanto, a própria lei dispensa a propositura da ação principal; iv. Seu procedimento obedecerá ao rito previsto nos arts. 839 e seguintes do CPC, por expressa determinação legal; v. Trata-se de medida específica, tomada no interesse do inquirido ou de procedimento administrativo para imposição de sanções administrativas por infração à ordem econômica.

- Irreparável o indeferimento de perícia, pois, em se tratando de feito de natureza meramente cautelar, não se discute sobre a comprovação ou não da existência do cartel.

- O fato de, até o momento, ainda não ter havido a intimação para apresentar defesa no procedimento administrativo, é matéria que refoge aos limites da medida cautelar de busca e apreensão. É possível que o CADE, em face dos documentos arrecadados, simplesmente archive o procedimento, se entender pela não caracterização do cartel.

- Não há irregularidade na nomeação de servidor do CADE para atuar como depositário, tampouco na circunstância do rompimento dos lacres do malote ter ocorrido na sede do órgão, em Brasília.

- Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à 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, 17 de setembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

O CADE - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA ajuizou medida cautelar de busca e apreensão, com fundamento na Lei 12.529/2011, em desfavor do SIESAL - Sindicato das Indústrias de Extração de Sal do Rio Grande do Norte, o SIMORSAL - SINDICATO DA INDÚSTRIA DE MOAGEM E REFINO DE SAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE, F. SOUTO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE SAL S.A., SERV SAL DO NORDESTE COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES E TRANSPORTES LTDA. e contra os apelantes objetivando provimento jurisdicional que assegurasse a busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, livros, fitas, computadores e arquivos magnéticos em poder das empresas requeridas e que guardem relação com a Averiguação Preliminar nº 08012.005882/2008, realizada pelo CADE e cuja apreensão serviria à comprovação da prática da conduta ilícita de cartel pelas empresas requeridas.

Segundo o CADE ao investigar prática de *dumping* pela empresa EMPREMAR LTDA. - SOCIEDAD ANÓNIMA EMPRESA MA-

RÍTIMA, acabou, por via reflexa, tomando conhecimento da existência de indícios de formação de cartel entre as empresas salineiras do Rio Grande do Norte. Tais indícios consistem em declaração de representantes dos sindicatos salineiros acerca de reuniões agendadas para fixar o valor do sal e para divisão do mercado.

A liminar pleiteada foi deferida.

O SIESAL - SINDICATO DAS INDÚSTRIAS DE EXTRAÇÃO DE SAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE interpôs agravo de instrumento (AGTR 128814/RN, Rel. Des. Federal Edilson Nobre), o qual teve seguimento denegado, nos termos do art. 557 do CPC, conforme a decisão abaixo transcrita:

Trata-se de agravo de instrumento interposto por SIESAL - SINDICATO DA INDÚSTRIA DA EXTRAÇÃO DO SAL NO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão exarada pelo juízo da 8ª Vara da Seção Judiciária de Mossoró/RN, pela qual deferiu o pedido de busca e apreensão de diversos objetos pertencentes às empresas demandadas, destinado a instruir a Averiguação Preliminar nº 08012.005882/2008, para fins de comprovação da prática de conduta ilícita (cartel). Às suas razões, pondera que a parte agravada iniciou sua investigação de suposta prática anticoncorrencial com base em “trechos de uma entrevista que teria sido publicada no jornal ‘O MOSSOROENSE’, no ano de 2001 (08/04/2001), há mais de 11 (onze) anos, de autoria do Sr. Renato Fernandes da Silva, à época, Presidente do SINDICATO DA INDÚSTRIA DE MOAGEM E REFINO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE - SIMORSAL e que nada tem a ver e nem poderia ter sido confundido com o SINDICATO DA INDÚSTRIA DA EXTRAÇÃO DO SAL NO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE - SIESAL vez que são pessoas jurídicas distintas” (fl. 06).

Discorre que o procedimento de averiguação de suposta prática de conduta ilegal (cartel) não observou o devido processo legal.

Assevera que a agravada não apontou qualquer ato tipificado como anticoncorrencial por parte da ora agravante, dificultando, sobremaneira, o amplo acesso ao direito de defesa, assegurado no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

Finaliza sua exposição, aduzindo que a decretação da busca e apreensão extrapolou os limites legais, na medida em que “se exteriorizou de forma perversa, sem limites e sem qualquer parâmetro” (fl. 08).

DECIDO.

Conforme ensaiado no relatório, cumpre advertir que a *ve-xata quaestio* orbita em torno de aquilatar a legalidade quanto à medida de busca e apreensão decretada pelo juízo a quo, para fins de instruir a Averiguação Preliminar nº 08012.005882/2008, instaurada com o fito de investigação de possíveis infrações à ordem econômica (prática de cartel).

Prima facie, importa divisar que o campo de atuação deste recurso, neste juízo prefacial, próprio das tutelas de urgência, restringe-se, tão somente, a perquirir possível extrapolção dos limites legais da medida decretada pelo juiz de primeiro grau, não alcançando o mérito quanto à suposta montagem de cartel direcionado a burlar os princípios corolários da livre concorrência, uma vez que a sua concretização demandaria dilação probatória incompatível com o rito processual desta via recursal, eis que dotado de cognição bastante reduzida.

Dentro deste contexto, tenho que a alegação de que a busca e apreensão decretada pelo juiz de piso, sem a ouvida da parte adversa, estaria solapando o princípio do devido processo legal, não encontra amparo na *ratio es-sendi* da medida fustigada, na medida em que a sua concretização ao depois do contraditório poderia, de acordo com as regras ordinárias de experiência, comprometer gravemente a formação do acervo instrutório necessário para comprovar as infrações imputadas à parte demandada, ora agravante, o que esvaziaria, como sói ocorrer na espécie, todo o trabalho investigativo realizado anteriormente.

Na verdade, na hipótese em tela não há, propriamente falando, uma subtração do contraditório, mas sim, um diferimento da sua formalização, a ser concretizada por ocasião do curso do procedimento administrativo (Averiguação Preliminar nº 08012.005882/2008) ou na ação judicial específica, caso existam elementos probatórios prestantes para se prosseguir na investigação do ilícito indigitado na ação principal (formação de cartel).

Doutra via, não é despiciendo lembrar que a realização da busca e apreensão deve se orientar dentro dos manda-

mentos axiológicos da razoabilidade e da proporcionalidade – dois importantes instrumentos limitadores do poder do estado – não podendo inviabilizar que as empresas investigadas continuem realizando suas atividades de forma regular, ainda que promovam uma alteração da sua rotina em virtude do cumprimento da medida, sob pena de resvalar em arbítrio e abuso de poder.

Frente às considerações tecidas, é valiosa a observação do juiz de primeiro grau ao dizer que “os segredos industriais das empresas réis têm de ser resguardados pelo CADE, o qual deve abster-se de divulgá-los a terceiros”. Continua, ainda, o magistrado afirmando, de forma criteriosa, que “(...) a medida cautelar deve ser cumprida da forma menos onerosa para as partes réis, evitando-se apreensões desnecessárias à instrução da averiguação preliminar em curso perante o CADE, daí emergindo a conveniência do acompanhamento da diligência por representante do CADE, em ordem a evitar embaraços desnecessários ao regular funcionamento da empresa” (fl. 231).

Vê-se, pois, que a decisão vergastada cuidou de resguardar os ditames constitucionais de liberdade de iniciativa e livre concorrência aliada à proteção dos consumidores e à repressão ao abuso do poder econômico (CF, art. 173, §§ 4º e 5º), valendo-se de uma exegese sistemática do ordenamento jurídico vigente, sob o pálio de que “não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços”. Na hermenêutica dos direitos há que imperar, sobretudo, uma lógica material e não formal, orientada por valores de assinalada relevância, a celebrar o entendimento de que a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos pela novel lei nº 12.529/2011, voltada à prevenção e à repressão quanto às infrações cometidas contra a ordem econômica.

À guisa de ilustração, confira-se o disposto no parágrafo único do art. 1º da lei acima referida, *in verbis*:

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.

Com o quadro desenhado, não vislumbro qualquer pecha de ilegalidade quanto à determinação de busca e apreensão em análise.

Isto porque, repise-se, o agravante não logrou êxito em comprovar o inadequado cumprimento da medida judicial ou qualquer fato que demonstrasse que estaria desbordante dos limites legais.

Nessa ordem de ideias, em exame compatível com a medida postulada, observa-se que os fundamentos agitados pelo agravante não lograram demonstrar a relevância necessária à concessão do efeito suspensivo ativo requerido.

Forte nessas razões, nego seguimento ao presente recurso, com esteio no *caput* do art. 557 do Estatuto Instrumental Civil c/c art. 28, inciso XI, do Regimento Interno deste Regional.

Oportunamente, arquivem-se os autos.

P.I.

Recife, 22 de outubro de 2012.

Desembargador Federal EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

Relator

A sentença proferida pelo Juízo Federal da 8ª Vara do Rio Grande do Norte julgou procedente o pedido para reconhecer a eficácia do procedimento de busca e apreensão de objetos e documentos encontrados nos estabelecimentos das empresas requeridas e que guardem relação com a Averiguação Preliminar nº 08012.005882/2008 e cuja apreensão serviria à comprovação da prática da conduta ilícita – cartel – por parte das pessoas jurídicas investigadas.

FRANCISCO FERREIRA SOUTO FILHO, REFIMOSAL - REFINAÇÃO E MOAGEM DE SAL SANTA HELENA LTDA., SOCEL - SOCIEDADE OESTE LTDA. interpõem apelação em face de sentença, em sede de medida cautelar de busca e apreensão, ajuizada pelo CADE - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA.

Argumenta o apelante FRANCISCO FERREIRA SOUTO FILHO ofensa à Constituição Federal (art. 5º, LIV e LV, e ao art. 170, IV) e à Lei 9.784/99. Requer a declaração de nulidade da busca e apreensão. Para tanto, aduz a ocorrência de cerceamento de de-

fesa, pois, seria imprescindível a realização de prova pericial para saber se há ou não cartel.

Ainda consoante o apelante FRANCISCO FERREIRA SOUTO FILHO houve afronta ao princípio constitucional do contraditório, haja vista a ausência de intimação para apresentar defesa no processo administrativo.

A REFIMOSAL, por sua vez, sustenta que o procedimento administrativo é nulo, seja porque a medida requerida não atendeu aos requisitos exigidos pela Lei 12.529/2011; seja porque o procedimento administrativo não concedeu oportunidade de defesa prévia aos investigados. Aduz, ademais, a ausência dos indícios para configuração de cartel (art. 36 da Lei 12.529/2011). Requer seja dado provimento ao recurso para seja julgada improcedente a medida cautelar.

A apelante SOCEL afirma que a sentença é nula porquanto é desfundamentada, ao arrepio do art. 93, IX, da Constituição Federal e art. 458, II, do CPC. Requer a reforma da sentença para que seja julgada improcedente a cautelar.

Contrarrazões apresentadas.

Era o que cabia relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

Por livre concorrência se entende a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social (Tavares, 2011, p. 256).

Seus objetivos são: a defesa do consumidor, por considerá-lo como a parte vulnerável nas relações de consumo e a garantia de um legítimo e eficiente sistema econômico de mercado.

Assim, a defesa da livre concorrência, princípio constitucional expresso (art. 170), tem por escopo primordial impedir a formação de monopólio no mercado, na medida em que a Constituição Fe-

deral abomina as diversas formas de dominação do mercado, como cartéis, trustes e oligopólios em geral, pois monopólio e livre concorrência são conceitos antitéticos.

Desta feita, determina a Constituição Federal, no art. 173, § 4º:

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Para cumprir a determinação constitucional foi editada a Lei 8.884/94, que transformou o CADE - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA em autarquia e dispôs sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Posteriormente, a Lei 10.149/2000 acrescentou dispositivos à Lei 8.884/94.

Finalmente, em 2011, a Lei 12.529/2011, que atualmente rege a matéria, revogou diversas disposições da Lei 8.884/94.

A Lei 12.529/2011 estruturou o SBDC - Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispôs sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, dentre outras providências.

A concentração do poder econômico que consiste na detenção, em alta escala, dos meios de produção, concentrado nas mãos de um grupo de pessoas ou de empresas ou, ainda, de uma pessoa, por si só, não afeta a ordem constitucional. No entanto, o poder econômico deve ser exercido no interesse maior da sociedade.

Assim, a Constituição Federal considera ilegal e reprime o abuso do poder econômico que visa dominar os mercados ou eliminar a concorrência e aumentar, arbitrariamente, os lucros, conforme mandamento traçado no § 4º do art. 173 da Constituição, acima transcrito.

Nos termos do art. 36 da Lei 12.529/2011, a responsabilidade por infração à ordem econômica é objetiva, ou seja, não depende da verificação de culpa, além disso, o dispositivo legal considera como infrações os atos que tenham por objetivo atingir algum dos seguintes efeitos, ainda que não alcançados. Confira-se:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do *caput* deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

O art. 13 da mencionada lei dispõe, ainda, sobre a possibilidade de procedimento cautelar de busca e apreensão a ser ajuizado pela Procuradoria Federal junto ao CADE, quando, no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo, para a imposição de sanções administrativas por infração à ordem econômica, nos seguintes termos:

Art. 13. Compete à Superintendência-Geral:

VI - no interesse da instrução dos tipos processuais referidos nesta Lei:

d) requerer ao Poder Judiciário, por meio da Procuradoria Federal junto ao Cade, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839 e seguintes da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal.

É conveniente ressaltar que, de acordo com o STJ (MC 12748/SP, Rel^a. Min^a. Eliana Calmon, 2^a Turma), a busca e apreensão de documentos para instruir processo administrativo do CADE, em combate a cartel, possui disciplina específica na Lei de regência, não se aplicando as regras do CPC.

No processo cautelar, além dos requisitos essenciais comuns a todas as ações, a saber: legitimidade *ad causam*, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido; deve haver o atendimento aos requisitos específicos do processo cautelar, são eles: o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Verificando a existência dos cinco requisitos, o juiz deverá deferir a cautelar, haja vista a inexistência de discricionariedade, para deferir ou indeferir o pedido.

No caso dos autos, é latente a legitimidade e o interesse do CADE, haja vista que a Lei 12.529/2011, reconhece àquela autarquia, tanto um como o outro requisito. A possibilidade jurídica do pedido exsurge, igualmente, da Lei 12.529/2011, a teor do disposto no art. 13, VI, *d*.

Quanto aos requisitos específicos, observo que a efetiva existência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* constitui o mérito da ação cautelar. É isso que o juiz deverá examinar para decidir se concede ou não o provimento cautelar.

A alusão a uma situação abstrata de perigo e de verossimilhança do direito alegado é indispensável à concessão das medidas cautelares.

No caso dos autos, o CADE arguiu que o SIESAL - SINDICATO DAS INDÚSTRIAS DA EXTRAÇÃO DE SAL DO RIO GRANDE DO NORTE e a FIERN - FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE formularam representação em desfavor da empresa SOCIEDAD ANÓNIMA EMPRESA MARÍTIMA - EMPREMAR S/A.

Narra a peça inicial:

O Sindicato e a Federação levaram ao conhecimento do CADE que a empresa EMPREMAR S/A estaria praticando “fretes subcotados no transporte de sal a granel do Chile para o Brasil com o objetivo de falsear a concorrência e dominar o mercado de transporte marítimo de sal a granel”. Essa representação de origem à Averiguação Preliminar 08012.001022/2008-25.

(...)

Pela análise da manifestação da Salina Diamante Branco no âmbito da Averiguação Preliminar 08012.001022/2008-25, iniciado com a representação do SIESAL e da FIERN, pode-se constatar que há indícios de que empresas do setor de sal estão formando um conluio para aumentar os preços praticados no setor e diminuir a oferta do produto.

Em vista dos indícios de formação de cartel entre as empresas salineiras da região Nordeste do Brasil, a SDE, *ex officio*, houve por bem instaurar um novo processo, a Averiguação Preliminar 08012.005882/2008, para apurar me-

lhor os fatos (nota técnica e despacho de instauração às fls. 58/67). Além disso, a SDE realizou um estudo econômico sobre a viabilidade de formação de cartel na indústria salineira (fls. 70/77).

A Averiguação Preliminar em trâmite na SDE, ainda que munida de fortes indícios da provável cartelização do setor, esbarra agora na difícil tarefa de reunir provas como contatos, troca de informações sobre preços e clientes e outros documentos capazes de corroborar a informação fornecida pela SDB. Trata-se de tarefa árdua, uma vez que a concretização do cartel normalmente se realiza de forma discreta e sigilosa.

Foi deferida, liminarmente, a medida cautelar de busca e apreensão vindicada pelo CADE.

A decisão concessória da medida cautelar pleiteada, além de se amparar nos dispositivos específicos da Lei 12.529/2011, acolhe os argumentos do CADE, desenvolvendo a seguinte argumentação, confira-se:

Trata-se de medida cautelar que visa instruir procedimento investigatório preliminar, de modo que no instante de sua realização não há como delimitar precisamente os objetos sobre os quais recairá, à diferença do que sucede nas buscas e apreensões em geral regidas pelo art. 839 e seguintes do CPC, razão pela qual a redação do art. 13, VI, *d*, da Lei 12.529/2011 é mais abrangente que a do art. 841, II, do CPC.

Logo, o art. 13, VI, *d*, da Lei 12.529/2011, norma posterior e mais específica, prevalece sobre o disposto no art. 841, II, do CPC no tocante à desnecessidade de indicação precisa da coisa a ser apreendida.

Acerca da amplitude desta medida, o STJ, na apreciação da Medida Cautelar 12.748, concedeu liminar à União, esclarecendo que a busca de que tratava a Lei 8.884/94 seria ampla, e não por coisa certa, nos termos do Código de Processo Civil.

Cumpra assinalar que à medida cautelar prevista na Lei 12.529/2011 o próprio legislador conferiu natureza satisfativa, ao eliminar expressamente a necessidade de ajuizamento posterior de ação principal. Esta satisfatividade se

justifica pelo fato de que a medida visa a instruir investigação administrativa, e não ação judicial futura.

(...)

A Salina Diamante Branco aduziu que as empresas potiguares “[...] procuraram se focar na adoção de estratégias protecionistas e de limitação da concorrência, noticiando a quem quisesse ouvir que procurariam se organizar para discutir a redução da produção de sal a fim de eliminar a existência de sobreoferta [...] e, nos últimos tempos, chegam a afirmar que vão propor aos concorrentes chilenos uma composição que garantisse uma ‘cota de importação do sal do Chile’”. (Fl. 92)

Com o início das investigações, o Departamento de Estudos Econômicos do CADE elaborou a Nota Técnica nº 002/2012 (fls. 35/55), na qual faz uma análise econômica que evidencia existirem condições estruturais propícias para a formação de cartel no setor, conforme se depreende de sua conclusão:

- * elevada concentração da oferta nas mãos de seis grandes salineiras;
- * regularidade nas vendas de sal *in natura* para a indústria e de sal refinado para consumo humano;
- * demanda por sal, *in natura* e beneficiado, estável ao longo dos últimos anos;
- * baixo poder de barganha diante de seus principais consumidores;
- * demanda pouco sensível ao preço;
- * produto bastante homogêneo;
- * empresas importantes com contatos em diferentes mercados; e
- * diversas entidades que facilitam a comunicação e, portanto, a troca de informações sensíveis entre rivais.

Prova indiciária de que os preços do mercado de sal estão sendo artificialmente definidos mediante ações conjuntas das empresas salineiras é a sua evolução comparativa com outros produtos alimentares, do tipo condimentos, como o sal, de modo que há traços de artificialidade no preço, além de acentuada curva de aumento de preço.

Neste sentido, confirmam-se os achados, os gráficos de variação de preços e a conclusão do estudo técnico citado:

Destaca-se que o preço do sal refinado apresentou evolução crescente e acentuada a partir de março-junho de 2008, justamente o período reportado nos autos como sendo aquele em que as empresas e sindicatos do setor no Rio Grande do Norte teriam procurado formalizar acordos para divisão de mercado com os concorrentes chilenos. A partir deste período, os preços do sal divergem fortemente de todas as séries comparativas, seja do próprio INPC, seja do similar específico para o setor de alimentos, seja da série para outros condimentos.

(...)

No tocante ao requisito do perigo da demora, este também está configurado, na medida em que a investigação efetuada na Averiguação Preliminar em trâmite no CADE já concluiu todas as diligências possíveis na coleta de indícios suficientes à instauração de processo administrativo, sendo que a próxima etapa consiste na notificação das empresas investigadas para prestar esclarecimentos sobre a prática ilícita denunciada.

A sentença, por seu turno, rechaçou os argumentos expendidos pelos réus, em suas peças de defesa. Tais argumentos, inclusive, são repisados em suas razões de apelação.

A propósito, destaco da sentença, os seguintes trechos:

DO PEDIDO DE PROVA PERICIAL

Essa discussão – ocorrência ou não de cartel – é reiterada em todas as contestações, esquecendo-se os réus que neste processo não se pretende definir se eles praticaram ou não tal ato ilícito. Trata-se de uma AÇÃO CAUTELAR e, como tal, deve ser atacada em seus fundamentos (presença do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*) ou sobre a ocorrência de nulidade na própria operação de busca e apreensão.

DA OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL E À LEI 9.784/99 EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO NO PROCESSO DE AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR

Mais uma vez, sem razão a empresa ré. Não há como se deferir contraditório e ampla defesa em um processo que tramita de forma sigilosa, a não ser, como foi o caso dos autos, de forma diferida. Ademais, a averiguação preliminar, transformada em inquérito administrativo pela Lei 12.529/2011, é apenas etapa acessória à instauração do processo administrativo propriamente dito, momento em que lhe será ofertada a possibilidade de defesa, se isso, de fato e com base nas provas recolhidas por meio da busca e apreensão, entender o CADE que existem motivos para a sua instauração.

DA INEXISTÊNCIA DE PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO REGULAR

A SOCEL - SOCIEDADE OESTE LTDA., por sua vez, aduz que o autor não poderia ter requerido a presente medida cautelar com base em Averiguação Preliminar instaurada naquele órgão, sobretudo porque tal procedimento foi revogado pela Lei nº 12.529/2011 e não poderia ser convolado em inquérito administrativo, novo instrumento criado pela mencionada lei.

Sem razão a empresa ré, pois se adotado o seu raciocínio todos os procedimentos de averiguação preliminar instaurados sob a égide da Lei 8.884/94 estariam fadados ao arquivamento unicamente porque a nova lei (Lei 12.529/2011) alterou a nomenclatura do procedimento e lhe deu novas nuances.

Observa-se, no caso tratado nos autos, que, efetivamente, o CADE demonstrou a existência dos requisitos autorizadores da concessão das tutelas cautelares; a fumaça do bom direito e o perigo da demora, restaram sobejamente demonstrados.

O magistrado *a quo*, ao conceder a medida liminar, ponderou a existência dos seus requisitos autorizadores; a sentença rechaçou, desenvolvendo argumentação irrepreensível, as teses desenvolvidas pela defesa, a qual se limitou a arguições genéricas acerca da inocorrência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*; da necessidade de perícia para averiguar a formação de cartel; a ofensa ao devido processo legal ou ao princípio da ampla defesa e do contraditório; a natureza satisfativa da medida.

De fato, a medida cautelar prevista na Lei *Antitrust* – Lei 12.529/2011, ostenta as seguintes características:

- i. Possui normatividade específica na lei de regência, não se lhe aplicando as disposições do CPC, exceto quando a lei específica, expressamente, determinar a sua aplicação.
- ii. Trata-se de medida genérica, no que diz respeito ao seu objeto, haja vista que, nos termos da lei, prescinde de nomear, especificamente, aquilo que se pretende buscar e apreender;
- iii. É medida satisfativa, porquanto, a própria lei dispensa a propositura da ação principal;
- iv. Seu procedimento obedecerá ao rito previsto nos arts. 839 e seguintes do CPC, por expressa determinação legal;
- v. Trata-se de medida específica, tomada no interesse do inquérito ou de procedimento administrativo para imposição de sanções administrativas por infração à ordem econômica.

Essa compreensão é prestigiada pela jurisprudência desta egrégia Corte. A propósito, confira-se as seguintes ementas:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORMAÇÃO DE CARTEL. PRÁTICA NEFASTA À ECONOMIA NACIONAL E AOS CONSUMIDORES. PROTEÇÃO À LIVRE CONCORRÊNCIA. PROVAS COLETADAS NO CURSO DE AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR. PELO IMPROVIMENTO DO AGRAVO.

1. Agravo de instrumento interposto em face de decisão que deferiu a liminar pleiteada, determinando a busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, livros, fitas, computadores e arquivos magnéticos que guardem relação com o Inquérito Administrativo nº 08012.0055882/2008.

2. Pelas provas até então coletadas no curso da Averiguação Preliminar nº 08012.005882/2008, observa-se a formação de cartel entre as empresas salineiras da Região Nordeste do Brasil, dentre as quais se inclui a recorrente, prática extremamente nefasta à economia nacional e aos consumidores.

3. Conforme decisão proferida pelo douto Desembargador Federal Edilson Pereira Nobre Júnior, nos au-

tos do AGTR 128814/RN: “[...] Doutra via, não é despiendo lembrar que a realização da busca e apreensão deve se orientar dentro dos mandamentos axiológicos da razoabilidade e da proporcionalidade – dois importantes instrumentos limitadores do poder do estado – não podendo inviabilizar que as empresas investigadas continuem realizando suas atividades de forma regular, ainda que promovam uma alteração da sua rotina em virtude do cumprimento da medida, sob pena de resvalar em arbítrio e abuso de poder. Frente às considerações tecidas, é valiosa a observação do juiz de primeiro grau ao dizer que “os segredos industriais das empresas réis têm de ser resguardados pelo CADE, o qual deve abster-se de divulgá-los a terceiros”. Continua, ainda, o magistrado afirmando, de forma criteriosa, que “[...] a medida cautelar deve ser cumprida da forma menos onerosa para as partes réis, evitando-se apreensões desnecessárias à instrução da averiguação preliminar em curso perante o CADE, daí emergindo a conveniência do acompanhamento da diligência por representante do CADE, em ordem a evitar embaraços desnecessários ao regular funcionamento da empresa” (fl. 231). [...] Com o quadro desenhado, não vislumbro qualquer pecha de ilegalidade quanto à determinação de busca e apreensão em análise. Isto porque, repise-se, o agravante não logrou êxito em comprovar o inadequado cumprimento da medida judicial ou qualquer fato que demonstrasse que estaria desbordante dos limites legais”.

4. Agravo de instrumento improvido.

(AGTR128641/RN, Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti, 1ª Turma, DJe 15/03/2013)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVESTIGAÇÃO DE ATO INFRATOR CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. INDÍCIOS DE FORMALIZAÇÃO DE CARTEL. BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAL EM PODER DA AGRAVANTE. POSSIBILIDADE. PELO IMPROVIMENTO DO AGRAVO.

1. Agravo de instrumento, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, que recebeu a apelação da agravante apenas no efeito devolutivo.

2. O deferimento do pleito da parte recorrente nos termos pretendidos causará lesão ao recorrido, uma vez que este ficará impedido de dar continuidade à investigação de ato infrator contra a ordem econômica, a saber, a existência de indícios de formalização de cartel, uma vez que as provas obtidas ficarão inacessíveis ao CADE.

3. A sentença do douto magistrado de piso foi fundamentada da seguinte forma:“(...) Deve-se aferir apenas a existência de indícios da formalização do cartel, para que se possa autorizar a busca e apreensão requerida pelo CADE, concedendo a essa autarquia federal meios de prova para instruir o Inquérito Administrativo nº 08012.009957/208-50 e embasar a abertura do processo administrativo, no qual deverão ser asseguradas às empresas demandadas a ampla defesa e o contraditório. (...) Dessa forma, estando demonstrados documentalmente os indícios da prática de cartel entre as empresas demandadas e considerando-se a necessidade de se reunir provas para instruir o Inquérito Administrativo nº 08012.009957/208-50, entendo que está presente o requisito da plausibilidade do direito invocado para a concessão da tutela cautelar de busca e apreensão requerida na petição inicial. No que tange ao requisito do *periculum in mora*, entendo que ele resta igualmente caracterizado diante da necessidade do CADE de obter provas para instruir o Inquérito Administrativo nº 08012.009957/208-50 (...)”.

4. A extração de cópias do material apreendido não prejudica a parte, pois o seu uso na investigação poderá ser contraditado e, caso haja insucesso do CADE na ação de busca e apreensão, a sua utilização como prova em processo administrativo restará prejudicada e poderá, ainda, ser impedida por decisão judicial. De outra banda, a manutenção do material lacrado impede o andamento da investigação e frustra a razão de ser da medida de urgência requerida, causando evidente prejuízo.

5. Agravo de instrumento improvido.

(AGTR133731/RN, Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti, 1ª Turma, DJe 04/09/2013)

No caso dos autos, os apelantes, em nenhum momento, trouxeram quaisquer argumentos que pudessem infirmar ou afastar

tais conclusões, pelo contrário, se limitaram a formular arguições de cunho genérico de ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da motivação das decisões judiciais e às disposições da Lei 9.784/99.

Assim, por não acolher as arguições dos apelantes, nego provimento às apelações.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 563.628-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Apelante: LUCIANO CASSEMIRO DA SILVA
Apelados: UNIÃO E ESTADO DA PARAÍBA
Advs./Procs.: DRS. TATIANA INVERNIZZI RAMELLO E SANCHIA MARIA F. C. R. ALENCAR

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTO. ECULIZUMAB/SOLIRIS, PARA TRATAMENTO DA PATOLOGIA DENOMINADA HEMOGLOBINÚRIA PAROXÍSTICA NOTURNA (CID 10 D59.5). MEDICAMENTO DE ALTÍSSIMO CUSTO, SEM REGISTRO NA ANVISA, E QUE NÃO CONSTA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. RISCO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO ACESSO UNIVERSAL E IGUALITÁRIO ÀS AÇÕES E PRESTAÇÕES DA SAÚDE.

- Apelação do particular em face da sentença que julgou improcedente o pedido de condenação das partes demandadas (União, Estado da Paraíba e Município de Sapé) ao fornecimento do medicamento ECULIZUMAB/SOLIRIS, para tratamento da patologia denominada Hemoglobinúria Paroxística Noturna (CID 10 D59.5), por não possuir, o medicamento, registro na ANVISA e não ser recomendada a sua incorporação ao Sistema Único de Saúde - SUS.

- Pretende-se a reforma da sentença recorrida, ao argumento, em síntese, de que a doença que o acomete é rara, progressiva, potencialmente mortal e implica em tratamento específico, contínuo e ininterrupto. Que o medicamento necessário à sua saúde não é experimental, vez que é aceito pela comunidade médica, que foi recomendado por prescrição médica, e, ainda, que o parecer elaborado pela Comissão Permanente de Protocolos de Atenção à Saúde da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal é precursor de futura regulamentação pela ANVISA e inclusão deste medicamento no SUS. Destaca recente decisão do STF, datada de 15.10.2012, proferida na Suspensão de Liminar de nº 558, pelo Exmo. Ministro Ayres Britto.

- O direito fundamental à saúde foi constitucionalmente resguardado (art. 196), com a determinação de ser dever do Estado, garantir a saúde a todos, devendo, para tanto, realizar políticas públicas, sociais e econômicas que concretizem e torne efetivo esse direito. Sem saúde não há como se conceber um vida digna, que representa um dos princípios fundamentais da República.

- O caso vertente possui contornos específicos. A doença rara que acomete a autor/apelante, bem como a necessidade do medicamento ECULIZUMAB/SOLIRIS, são incontroversos. Contudo, o medicamento pretendido não possui registro na ANVISA, tampouco consta do Sistema Único de Saúde. Ademais, é de ser ressaltado o altíssimo custo da despesa no patamar de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais), conforme apontado na sentença, pelo juiz singular.

- Considerando que o medicamento pretendido não está registrado na ANVISA, tampouco consta do Sistema Único de Saúde, sem descurar no altíssimo custo da medicação, a sua concessão

é capaz de afetar o princípio do acesso universal e igualitário às ações e prestações da saúde, eis que, segundo destaca Luiz Roberto Barroso, em se pronunciando acerca da matéria “na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros”.

- A decisão proferida pelo então Presidente do colendo STF, Ministro Ayres Britto, ocorreu em sede de Suspensão Liminar, razão pela qual foram afastados apenas os pressupostos excepcionais para o controle político da decisão então recorrida.

- Ratifica-se o entendimento desta Turma adotado no julgamento do AGTR de nº 128442, da relatoria do Exmo. Desembargador Federal Edilson Pereira Nobre Júnior, que negou provimento ao recurso interposto da decisão que denegou a concessão da liminar nestes autos.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

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

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de apelação do particular em face da sentença que julgou improcedente o pedido de condenação das partes demandadas (União, Estado da Paraíba e Município de Sapé) ao forneci-

mento do medicamento ECULIZUMAB/SOLIRIS, para tratamento da patologia denominada Hemoglobinúria Paroxística Noturna (CID 10 D59.5), por não possuir, o medicamento, registro na ANVISA e não ser recomendada a sua incorporação ao Sistema Único de Saúde - SUS.

O autor/apelante pretende a reforma da sentença recorrida, ao argumento, em síntese, de que a doença que o acomete é rara, progressiva, potencialmente mortal e implica em tratamento específico, contínuo e ininterrupto. Que o medicamento necessário à sua saúde não é experimental, vez que é aceito pela comunidade médica, que foi recomendado por prescrição médica, e, ainda, que o parecer elaborado pela Comissão Permanente de Protocolos de Atenção à Saúde da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal é precursor de futura regulamentação pela ANVISA e inclusão deste medicamento no SUS. Destaca recente decisão do STF, datada de 15.10.2012, proferida na Suspensão de Liminar de nº 558, pelo Exmo. Ministro Ayres Britto.

Contrarrazões apresentadas.

É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

A presente ação foi ajuizada em face da União e do Estado da Paraíba e do Município de Sapé, objetivando o fornecimento do medicamento, de alto custo, denominado ECULIZUMAB/SOLIRIS, necessário ao tratamento do autor, consoante prescrição médica, diagnosticado com Hemoglobinúria Paroxística Noturna (CID 10 D59.5).

Com efeito, o direito fundamental à saúde foi constitucionalmente resguardado (art. 196), com a determinação de ser dever do Estado, garantir a saúde a todos, devendo, para tanto, realizar políticas públicas, sociais e econômicas que concretizem e torne efetivo desse direito. Sem saúde não há como se conceber um vida digna, que representa um dos princípios fundamentais da República.

No entanto, o caso vertente possui contornos específicos.

A doença rara que acomete o autor/apelante, bem como a necessidade do medicamento ECULIZUMAB/SOLIRIS, são controversos. Contudo, o medicamento pretendido não está registrado na ANVISA, tampouco consta do Sistema Único de Saúde. Ademais, o altíssimo custo da despesa no patamar de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais), conforme apontado na sentença, pelo juiz singular.

Não bastassem tais observações, esta Corte, no AGTR de nº 128442, da relatoria do Exmo. Desembargador Federal Edilson Pereira Nobre Júnior, interposto neste feito, decidiu a questão, ainda que em análise prefacial, encontrando-se o acórdão assim ementado:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. POLÍTICAS PÚBLICAS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA TRATAMENTO DE SAÚDE. EFICÁCIA DO TRATAMENTO NÃO COMPROVADA DEFINITIVAMENTE. IMPROVIMENTO.

I - Sem negar a gravidade da doença que acomete o autor, não se pode olvidar que não existe estudo técnico definitivo que comprove a eficácia do tratamento com o medicamento SOLIRIS/ECULIZUMAB, não havendo a certeza de que tal procedimento possa contribuir para a melhoria da saúde do agravante.

II - Não há evidências nos autos de que o emprego do fármaco objeto da ação originária é a única solução a fim de promover o tratamento da doença que acomete o demandante, logo, não vislumbro garantias que impliquem no reconhecimento de situação excepcional a ensejar, em prol do agravante, o custeio pelo Estado de serviço de saúde distinto daqueles que constam das políticas do SUS.

III - Ademais, considerando que a gestão do SUS deve respeitar o princípio do acesso universal e igualitário às ações e prestações da saúde, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido por aquele, salvo se comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente, o que no presente caso, não há prova indene de dúvida a respeito.

IV - Por fim, a concessão da medida requestada materializa, por assim dizer, maltrato ao princípio da isonomia, que

apregoa tratamento unânime às pessoas, ideal este impregnado do mais alto relevo.

IV - Agravo regimental improvido.

Das razões de decidir do Relator, destaco:

Em relação ao fornecimento do medicamento SOLIRIS/ ECULIZUMAB, não se pode olvidar que não existe estudo técnico definitivo que comprove a eficácia do tratamento requerido. Nessa linha, tenho dúvida de que tal procedimento possa contribuir, por assim dizer, para a melhoria da saúde da agravante. Demais disso, não há menção de que a terapêutica solicitada seja decisiva para a garantia da vida daquele, bem como no que diz respeito à dosagem correta a ser aplicada no paciente, de modo a implicar no reconhecimento de situação excepcional a ensejar, em prol de pessoa determinada, o custeio pelo Estado de ação ou serviço de saúde distinto daqueles que constam das políticas do SUS.

Outrossim, não há evidências nos autos de que o emprego do fármaco objeto da ação originária é a única solução a fim de promover o tratamento da doença que acomete o demandante, ora agravante.

Sem negar a gravidade da doença que acomete o autor, entendo que, no presente caso, fortes razões concorrem para o indeferimento do seu pleito.

Uma delas – e talvez a mais relevante – reside no fato de que o Departamento de Ciência e Tecnologia, da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos - DECIT apresentou parecer não recomendando ao Ministério da Saúde a incorporação do Eculizumab em seus sistemas públicos de saúde, confira-se:

O departamento de Ciência e Tecnologia, da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos (DECIT) realizou um estudo (em anexo) e diante das limitações de evidência de eficácia, da escassez de dados de segurança, visto que os biológicos favorecem o surgimento de doenças infecciosas/virais importantes, e considerando o alto custo do medicamento, além do fato de não possuir registro na ANVISA, não recomenda a utilização do Eculizumabe no Sistema Único de Saúde. Além disso, tanto a agên-

cia canadense (*Canadian Agency for Drugs and Technologies in Health - CADTH*), quanto a agência escocesa (*Scottish Medicines Consortium - SMC*) não recomendam a incorporação do Eculizumabe em seus sistemas públicos de saúde.

Ademais, considerando que a gestão do SUS deve respeitar o princípio do acesso universal e igualitário às ações e prestações da saúde, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido por aquele, salvo se comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente, o que no presente caso, não há prova indene de dúvida a respeito.

De fato, a documentação acostada aos autos não comprova a deficiência na prestação do serviço de saúde, nem a impropriedade da política pública atualmente existente para fins de tratamento da doença em comento.

Cumprе ressaltar, outrossim, que não se quer dizer aqui que os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do SUS sejam inquestionáveis, insuscetíveis de impugnação judicial. Mas o que se defende é que somente se afastem as escolhas do Poder Público no âmbito das prestações de saúde quando se constate, mediante prova robusta, a excepcionalidade do caso e a ineficiência da política pública existente.

Dessa maneira, no presente caso, inexistе razão capaz de implicar o reconhecimento de situação excepcional a ensejar, em prol de administrado determinado, o custeio pelo Estado de ação ou serviço de saúde distinto daqueles que constam das políticas do SUS.

Com efeito, não se afigura razoável deslocar os recursos destinados à saúde para custear o tratamento de uma determinada pessoa, quando há tratamento específico fornecido pelo SUS, máxime quando a importância a ser despendida pela Fazenda ultrapassa o exorbitante valor de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais), conforme apontou o magistrado de piso (fl.280). A prevalência do interesse do agravante, no particular, conspira em detrimento das demais pessoas que necessitam de atendimento pelo SUS, pois, consoante destacado por LUÍS ROBERTO BARROSO “o que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o

direito à vida e à saúde de outros” (Da falta de efetividade à jurisdicionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>, acesso em 28-05-2009).

À derradeira, tenho que a concessão da medida requestada materializa, por assim dizer, maltrato ao princípio da isonomia, que apregoa tratamento unânime às pessoas, ideal este impregnado do mais alto relevo.

Forte nessas razões, nego seguimento ao presente recurso, porquanto manifestamente inadmissível.

Assim, considerando que o medicamento pretendido não possui registro na ANVISA, tampouco consta do Sistema Único de Saúde, sem descurar no altíssimo custo da medicação, a sua concessão é capaz de afetar o princípio do acesso universal e igualitário às ações e prestações da saúde, eis que, segundo destaca Luiz Roberto Barroso, em se pronunciando acerca da matéria “na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros”.

Por fim, ressalte-se que a decisão proferida pelo então Presidente do Colendo do STF, Ministro Ayres Britto, ocorreu em sede de Suspensão Liminar, razão pela qual foram afastados apenas os pressupostos excepcionais para o controle político da decisão então recorrida.

Assim, ratifico o entendimento desta Corte adotado no julgamento do AGTR de nº 128442, da relatoria do Exmo. Desembargador Federal Edilson Pereira Nobre Júnior, ao apreciar contra a decisão que denegara pedido de liminar.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5.993-CE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelante: ROSANA PEREIRA MARTINS
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. CLOVIS SAHIONE E OUTROS (APTE.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE MULHERES PARA O FIM DE PROSTITUIÇÃO. ARTS. 228, §§ 2º E 3º, E 231, § 2º, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA. APENAÇÃO FIXADA NA NOVA SENTENÇA SUPERIOR ÀQUELA CONSTANTE NA ANTERIOR SENTENÇA ANULADA, TRANSITADA EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. CONFIGURAÇÃO. NULIDADE PROCESSUAL A SER SANADA NO APELO. PRINCÍPIO NE PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. APLICAÇÃO. CRIME DO ART. 228 DO CÓDIGO PENAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. CRIME-MEIO À PRÁTICA DO CRIME DO ART. 231 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. TIPICIDADE DA CONDUITA. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS. PRESENÇA DO DOLO. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. INAPLICABILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. PARAGRÁFO 2º DO ART. 231 DO CÓDIGO PENAL. EMENDATIO LIBELLI. POSSIBILIDADE. AGRAVANTE DO ART. 61, II, A, DO CÓDIGO PENAL. MOTIVO TORPE. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CONTINUIDADE DELITIVA. INAPLICABILIDADE DO INSTITUTO PENAL. CONDUTAS DIVERSAS, ESPECÍFICAS E DESVINCULADAS. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. CONFIGURAÇÃO. EXTRADIÇÃO. CONFIRMAÇÃO DA CONDENAÇÃO EM SEDE RECURSAL. RETOMADA DO PROCEDIMENTO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

- Caracterizada a reformatio in pejus indireta diante de condenação em pena mais grave à antes consignada em sentença, transitada em julgado para a acusação, que restou anulada a partir de recurso da defesa, devendo ser restabelecida, como a máxima a ser suportada, a pena aplicada anteriormente, afastando-se vício de nulidade por sanada neste apelo. Princípio ne pas de nullité sans grief.

- O crime do art. 228 do Código Penal – favorecimento à prostituição – não se mostra, nos presentes autos, meio para a prática do crime do art. 231 do mesmo diploma legal, diante das condutas adotadas pela acusada que se enquadram igualmente aos verbos do tipo penal, que não se exaurem em promover a saída das vítimas do território nacional, para o simples o exercício da prostituição no estrangeiro.

- Aplicação da emendatio libelli. Correta classificação jurídica dos fatos, sendo prescindível de nova vista às partes, pois o acusado defende-se do crime como narrado na denúncia e não da capitulação ali indicada. Precedentes.

- O conjunto probatório carreado aos autos, notadamente as declarações prestadas não apenas pelas pessoas vitimizadas nas condutas descritas na peça acusatória, como também em condutas objeto de outra persecução penal e demais testemunhas ouvidas, mostram-se robustas à comprovação da autoria e da materialidade delitivas e à configuração do dolo, afastando-se pretensa aplicação do princípio in dubio pro reo.

- É de ser reconhecida a qualificadora do parágrafo 2º do art. 231 do Código Penal, eis que empregada fraude para conseguir o intento criminoso.

- Revogada, no curso do processo, a pena de multa prevista no parágrafo 3º do art. 231 do Código Penal, não mais incide aquela, por mais

benéfica a legislação, ainda que, em posterior redação legislativa, tenha retornado ao ordenamento jurídico.

- A agravante do art. 61, II, a, do Código Penal – motivo torpe – não se confunde com a forma qualificada do crime de tráfico internacional de mulheres mediante fraude.

- Não se mostra pertinente a aplicação do instituto do crime continuado, por se tratar, a hipótese dos autos, de condutas delitivas distintas, específicas e desvinculadas uma das outras, com vontades livres e conscientes, restando configurado o concurso material, como definido no art. 6 do Código Penal.

- Superado o motivo pelo qual se encontrava suspenso o pedido de extradição, com o presente julgamento do apelo formulado, não mais existem óbices à regular e imediata tramitação do procedimento pertinente à extradição da acusada.

- Apelação parcialmente provida, conduzindo à condenação pelo cometimento, por duas vezes, dos crimes do art. 228, §§ 1º e 2º, e do art. 231, § 2º, c/c art. 61, II, a, todos do Código Penal, em concurso material, fixando-se, ao final, a pena total de 32 (trinta e dois) anos de reclusão, em regime inicial de cumprimento fechado, e de 266 (duzentos e sessenta e seis) dias-multa, cada qual valorado em 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos, atualizado quando da execução, afastadas as possibilidades de substituição da pena por restritivas de direitos ou sua suspensão condicional, por não atendidos os requisitos, respectivamente, dos arts. 44 e 71, ambos do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal, em que são partes as acima mencionadas, acordam os de-

sembargadores federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 1º de outubro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
- Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Cuida-se de apelação criminal interposta contra sentença de fls. 1.086/1.117 (vol. 4), proferida em 7 de março de 2012, que julgou procedente a pretensão punitiva para condenar ROSANA PEREIRA MARTINS, pelo cometimento, em duas condutas autônomas, do tipificado nos arts. 231, § 2º, e 228, §§ 2º e 3º, c/c art. 61, II, a, todos do Código Penal, às penas ao final fixadas, dado o concurso material, em 42 (quarenta e dois anos) e 8 (oito) meses de reclusão e a 2.666 (dois mil, seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, cada qual valorado em 1 (um) salário mínimo.

Diz a denúncia, em síntese, que a acusada aliciou, no ano de 2001, duas mulheres no Estado do Ceará (Odeva Alice de Sales e Francisca Fabiana Vieira) para viajarem à cidade espanhola de Llanes, onde reside, com o suposto fim de trabalharem como garçonetes, e que lá ambas as vítimas teriam sido forçadas a trabalhar em estabelecimento de prostituição comandado pelo cidadão espanhol conhecido como Benito, sendo aprisionadas em virtude de dívidas com o pagamento das passagens.

Ainda, que a acusada atuou no aliciamento das duas mulheres no Ceará e promoveu sua viagem (pagamento de passagens e emissão de passaportes) para obter lucro, no que teria sido apoiada por seu marido, o policial espanhol Luiz Angel Portilla Perez.

Recebida e a denúncia em 28 de abril de 2004 (fls. 9/10, vol. 1).

Em apelação anteriormente interposta (fls. 569/587), condenada às penas de 32 (trinta e dois) anos de reclusão e 266 (duzen-

tos e sessenta e seis) dias-multa (fls. 498/527, vol. 3), pretendeu anular a sentença de 1º grau ou obter sua absolvição por inexistência de autoria ou insuficiência de prova, com base nos seguintes argumentos: a) que o magistrado de 1º grau, durante a instrução, cerceou sua defesa ao impedir a oitiva de testemunhas residentes em Llanes (Espanha), as quais seriam indispensáveis para a elucidação dos fatos; b) que a ré seria, na verdade, uma vítima de esquema internacional de tráfico de mulheres, tendo sido “vendida” para casas de prostituição em Israel e na Espanha até conhecer seu atual marido, o policial espanhol Luiz Angel Portilla Perez; c) que o espanhol Benito foi um de seus exploradores, pelo que não mantém mais relações com ele; d) que atualmente trabalha como cozinheira em um restaurante comum de Llanes, e não tem vínculos com as casas de prostituição; e) que as supostas vítimas Odeva Alice e Francisca Fabiana são suas primas, mas que em nenhum momento a ré promoveu sua viagem à Espanha ou teve proveito econômico de sua prostituição junto ao prostíbulo do espanhol Benito ou outras casas do gênero; f) que não há prova de sua participação no esquema criminoso, sendo reconhecida como pessoa idônea pela comunidade de Llanes; g) que a acusação formulada por Odeva Alice e motivadora da denúncia deve-se a desejo de vingança pessoal de sua prima, em virtude de desavenças motivadas pelo uso de cocaína; e h) que, quanto à dosimetria, a pena revela-se exacerbada e fora dos parâmetros legais e jurisprudenciais para a fixação de agravantes e concurso material.

Esta col. 4ª Turma, em sessão de 28 de abril de 2009, julgou parcialmente procedente o apelo (fls. 811/812), para anular a sentença e determinar a reabertura da instrução probatória.

Advindo a nova condenação, interpôs o recurso, com pedido para apresentar suas razões nesta instância revisional.

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

Em seu apelo (fls. 1.290/1.320, vol. 5), aduz, em preliminar, a nulidade da sentença por contaminada ante a presença do *reformatio in pejus*, eis que não houve, quando da anterior sentença proferida, insurreição pelo Ministério Público Federal e, assim, ocorrido o trânsito em julgado para a acusação. No mérito, sua absolvi-

ção pela atipicidade da conduta e, alternativamente, a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*. Ainda, o julgamento *extra petita*, devendo se aplicar o enunciado da Súmula nº 453/STF, pretendendo a absolvição do delito do art. 228 do Código Penal e extirpação da qualificadora do art. 231 do Código Penal.

Por fim, acaso mantida a condenação, aduz a exacerbação na dosimetria da pena e, ainda, pretender ver adequada à hipótese dos autos a ficção jurídica do crime continuado, afastando-se a incidência do concurso material.

Contrarrazões às fls. 1.321/1.325, pelo improvimento do recurso, exceto quanto às alegações que entende merecer acolhida, no que diz respeito à *reformatio in pejus* e ao julgamento *extra petita*.

O *Parquet* Federal, em parecer de fls. 1.327/1.334v., opina no sentido de ser reformada a pena para, excluída a condenação pela prática do crime do art. 228 do Código Penal, manter-se a pena pela prática do delito do art. 231, §§ 2º e 3º, do Código Penal, com a correspondente pena de multa.

É o relatório.

À revisão.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Alega a apelante, em apertada síntese, a *reformatio in pejus* indireta; a atipicidade da conduta; julgamento *extra petita*; exacerbação da pena, não sendo a hipótese do concurso material, mas de continuidade delitiva; e a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

De início há que se comungar o expendido em sede de contrarrazões e no parecer ministerial quanto às teses da *reformatio in pejus* e do julgamento *extra petita*, da primeira peça colhendo, como fundamento de decidir, os seguintes excertos (fls. 1322/1323 e 1325):

É nesse sentido que se compreende o acolhimento do princípio da proibição da *reformatio in pejus*, pois, uma vez

decretada a nulidade do julgamento anterior, em face de recurso exclusivo da defesa, não poderia o magistrado de primeiro grau, em nova sentença, estabelecer uma situação mais detrimetosa à parte ré, em termos de pena, como assim o fez.

Faço minhas as palavras de Lúcio Santoro de Constantino (*In: Recursos criminais, sucedâneos recursais criminais e ações impugnativas autônomas criminais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 40), para quem “muito embora se trate de sentença nula, a mesma, efetivamente, gerará efeitos na sentença que se seguir”, de modo que não poderia, agora, piorar a situação antes posta, mesmo que essa primeira decisão esteja maculada de vício que a torne nula (salvo se o vício de tratasse de incompetência absoluta, a qual geraria inexistência da sentença, e não nulidade, não sendo essa, porém, a hipótese dos autos).

Assim, o limite a ser suportado pela defesa é o mesmo da primitiva sentença, antes de ser anulada por recurso só por ela interposto, posto que tal parte, ao recorrer, pretende, como é óbvio, “a reforma do decisório a fim de afastar a sucumbência e melhorar sua situação estabelecida na decisão atacada” (*idem*, p. 39).

De toda forma, para os fins aqui cogitados, tal discussão perde um certo sentido, na medida em que a própria análise da dosimetria da pena, no que a defesa alega exacerbação, poderá chegar a um patamar inferior àquele lançado na primeira sentença, o que eliminaria tal questionamento.

Acrescento, por oportuno e lúcido, do parecer ministerial (fls. 1328v./1329 e 1322v./1333), *verbis*:

A reformatio in pejus indireta, no caso, resulta da aplicação da pena em quantidade superior à imposta na r. sentença anulada, em face de recurso exclusivo da defesa, invocando-se precedente do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Homicídio doloso. Tribunal do Júri. Três julgamentos da mesma causa. Reconhecimento da legítima defesa, com excesso, no segundo julgamento. Condenação do réu à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime semiaberto. Interposição de re-

curso exclusivo da defesa. Provimento para cassar a decisão anterior. Condenação do réu, por homicídio qualificado, à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, no terceiro julgamento. Aplicação de pena mais grave. Inadmissibilidade. *Reformatio in peius* indireta. Caracterização. Reconhecimento de outros fatos ou circunstâncias não ventilados no julgamento anterior. Irrelevância. Violação consequente do justo processo da lei (*due process of law*), nas cláusulas do contraditório e da ampla defesa. Proibição compatível com a regra constitucional da soberania relativa dos veredictos. HC concedido para restabelecer a pena menor. Ofensa ao art. 5º, incs. LIV, LV e LVII, da CF. Inteligência dos arts. 617 e 626 do CPP. Anulados o julgamento pelo tribunal do júri e a correspondente sentença condenatória, transitada em julgado para a acusação, não pode o acusado, na renovação do julgamento, vir a ser condenado a pena maior do que a imposta na sentença anulada, ainda que com base em circunstância não ventilada no julgamento anterior. (Grifado)

No entanto, em face do pedido nas razões do apelo de redução da pena, o que conduzirá a quantidade inferior à imposta na sentença primeira, não deve ser declarada a nulidade da Decisão, invocando-se mudando o que deve ser mudado, precedente do Excelso Pretório:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. REPETIÇÃO DE JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA. PREJUDICIALIDADE (...) ORDEM DENEGADA. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar a revisão criminal do paciente, afastou, como pleiteado pela defesa, a qualificadora reconhecida apenas no segundo julgamento do tribunal do júri. Tal fato resultou no reajustamento da pena aplicada para patamar inferior ao pretendido, subsidiariamente, pela defesa, ficando, por conseguinte, prejudicada a tese relativa à chamada *reformatio in peius* indireta. (...)

Em face do princípio *ne pas de nullité sans grief*, bem como ante a possibilidade de significativa redução da pena no julgamento do recurso, incabível a anulação da r. sentença, devendo-se aplicar o art. 563, c/c o 3º, ambos do Código de Processo Penal, combinados ainda com o art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil.

Sugere-se, pois, rejeitar-se a nulidade da r. sentença, possível a redução da pena para quantidade inferior à aplicada na anterior sentença, por ser questão exclusiva de direito.

(...)

No entanto, deve ser parcialmente provido o recurso, eis que não configurada a prática do crime do art. 228 do Código Penal, porquanto trata-se de conduta meio para prática do crime do art. 231 do mesmo Código, ambos com redação anterior às reformas de 2005 e 2009, devendo-se aplicar o princípio da consunção, porquanto a finalidade da ora apelante ao enviar pessoas para o estrangeiro era se prostituírem forçosamente, sendo evidente que ao pretender tal fato, necessariamente, teria de favorecer ou promover de alguma forma a prostituição, invocando-se, no pertinente, as contrarrazões de apelação às fls. 694/701:

8. A quarta insurgência [julgamento *extra petita* (fls. 647/651)] merece colhimento, pois o julgador decidiu de modo diverso do que consta no pedido. As provas são robustas no sentido de incriminar ROSANA PEREIRA MARTINS. Aqui, é de ser aplicado o Princípio da Consunção, sendo que o Favorecimento da Prostituição (CPB, art. 228) foi crime-meio para a consumação do crime-fim Tráfico de Mulheres (CPB, art. 231). Com efeito, houve emprego de fraude (perpetrada por ROSANA PEREIRA MARTINS) para que as primas (FABIANA e ODEVA) concordassem com a ida à Espanha, sendo que o serviço encontrado por lá, diferentemente do prometido, foi a prostituição. Pior, viveram o verdadeiro inferno das escravas sexuais em um país do Primeiro Mundo, como sobejamente comprovado nos autos.

De fato, o crime do art. 228 do Código Penal, constituiu tão somente o meio de obtenção do resultado, ínsito ao tipo de multirreferido art. 231, ensejando redução substancial da pena privativa de liberdade, prejudicada a alegação de *reformatio in pejus* indireta.

Superadas tais questões, passo às demais insurgências.

No que diz respeito à atipicidade da conduta, o conjunto probatório carreado aos autos mostra-se sobremaneira robusto a autorizar a demonstração da materialidade e da autoria delitivas.

Aliás, perfeita e exaurientemente enfrentada a questão na sentença recorrida, que ora transcrevo:

105 - No presente caso, a gênese das investigações teve por móvel a *notitia criminis* veiculada pela Delegacia da Mulher, representada pela Dra. Carmem Lúcia Marques, dando conta da possível existência de um esquema voltado para o tráfico internacional de mulheres para fins de prostituição, cujo contato ocorreria em um salão de beleza denominado 'Rita Cabeleireiros' (fl. 07 do IPL).

106 - Após serem realizadas diligências, logrou a Polícia Federal encontrar a Sra. Geânia do Nascimento Sandres que, ao prestar depoimento no âmbito policial, afirmou ter sido convidada pela acusada, Rosana Pereira Martins, para viajar à Espanha, com todas as despesas pagas, e ainda com a promessa de melhorar seu padrão financeiro, senão vejamos (fls. 08/09 do IPL):

QUE, trabalha como ajudante na Marmitaria Raimundinha, à Rua Beni de Carvalho nº 437 - Aldeota; QUE, no dia 26.01.2001 foi procurada pela Sra. Rita e convidada para viajar para Espanha e trabalhar como garçomete em um restaurante; ... QUE, de imediato foi para a residência da Sra. Rita e conheceu a sua sobrinha de nome Rosângela; QUE, a Sra. Rita serviu de intercâmbio para conhecer a sua sobrinha de nome Rosângela; QUE, esta pessoa de nome Rosângela mora na Espanha e só vem ao Brasil com o objetivo de pegar garotas para viajarem para Espanha; QUE, a Sra. Rosângela combinou e pagou todas as despesas com documentação e transporte da declarante, como por exemplo: Fotos, taxa de passaporte, dinheiro para comprar bolsa de viagem e passagem aérea; ... QUE, na documentação apresentada para tirar o passaporte, ficou faltando o comprovante de votação nas últimas eleições; QUE, a Sra. Rosângela foi com a declarante até o TRE e resolveu tudo; QUE, logo após tudo isto, a declarante começou a ser procurada pela sua vizinhança e ser alertada que a Sra. Rosângela iria levá-la para Espanha, com o intuito de colocá-la no serviço de escrava da prostituição; ... QUE, ficou sabendo ainda, que todas as garotas que viajam, são vendidas como escravas do sexo e que se tentarem retornar para o território brasileiro são mortas; QUE,

diante de tudo isto, a declarante resolveu procurar a Sra. Rita e comunicar que tinha desistido da viagem; ... QUE, a Sra. Rosângela procurou a declarante e tentou convencê-la do contrário, afirmando ter tido muitas despesas com a mesma e que estava muito chateada com tudo isto; QUE, a Sra. Rosângela pediu que a declarante não falasse nada do ocorrido com ninguém e muito menos com a Polícia Federal; QUE, toda esta estória relatada aconteceu também com outras três garotas, que ao contrário da declarante, resolveram viajar; (...)

107 - Em seguida, foi tomado o depoimento da Sra. Rita Pereira Feitosa – indicada por Geânia como sendo a tia de Rosângela, a qual afirmou o seguinte (fls. 10/11 do IPL):

QUE, trabalha em casa como manicure e cabeleireira, possuindo um ponto em casa chamado “RITA CABELEIREIRO”; QUE, a declarante afirma possuir 4 (quatro) sobrinhas de nomes: ROSANA, ODEVA ALICE DE SALES, FABIANA e ADRIANA que estão atualmente morando na ESPANHA; QUE, as mencionadas FABIANA e ODEVA foram para ESPANHA em janeiro de 2001; QUE, as garotas FABIANA e ODEVA foram para ESPANHA trabalhar no restaurante da ROSANA como garçone, salientando a declarante que este restaurante deve ser uma casa noturna; ... QUE, a declarante afirma ter convidado a pedido de sua sobrinha ROSANA, a sua vizinha de nome GEANE para trabalhar como garçone na ESPANHA; QUE, sabe que outra garota de nome MARY, que trabalhava no Brasil na vida noturna, também foi convidada por sua sobrinha de nome ROSANA, para ir trabalhar em seu restaurante na ESPANHA; QUE, a sua sobrinha ROSANA pagava todas as despesas de suas “convidadas para ESPANHA”, com passagens, fotos e tudo que fosse necessário, ficando de tudo o que fosse gasto com as garotas fosse devolvido quando as mesma estivessem trabalhando na ESPANHA; QUE, o namorado de sua sobrinha de nome ODEVA, o Sr. Moisés Filho, que mora no Maracanaú, ligou uma vez para a declarante afirmando que as garotas iriam para ESPANHA para trabalhar na prostituição; ... QUE, a sua sobrinha de nome ODEVA entrou em contato com sua mãe, Dna. Francisca Vieira Lima, informando que não

está gostando, e está trabalhando com o objetivo de voltar ao Brasil ...

108 - Por sua vez, **a Sra. Francisca Vieira Sales, mãe de Odeva Alice Sales, confirmou que sua filha foi iludida por Rosana Pereira Martins, ora acusada, uma vez que ao chegar na Espanha a mesma foi trabalhar, a contragosto, como prostituta, sendo ali mantida em regime análogo ao cárcere privado, conforme se lê a seguir (fls. 14/15 do IPL), in verbis:**

... QUE, comparece a esta descentralizada, com o objetivo de prestar declarações, no sentido de ajudar sua filha a conseguir um meio de se libertar e conseguir voltar para o Brasil; QUE, a declarante possui uma irmã de nome Suzana Vieira Lima, que desde há aproximadamente 20 anos não dava notícias de sua existência para a família e que em meados de fevereiro de 2000, apareceu de repente oriunda do estado do Rio de Janeiro, demonstrando um padrão de vida elevado, dizendo que possuía duas filhas de nomes ADRIANA e ROSANA, que eram casadas com espanhóis e possuíam um bom nível de vida; ... **QUE, nesta mesma época a Sra. ROSANA convidou sua filha de nome ODEVA ALICE SALES, ... que era proprietária de um salão de beleza localizado à Av. Dedé Brasil, desempenhando a função de Cabeleireira/Manicure, para viajar com destino à Espanha com a promessa de que iria ganhar o dobro que percebia no Brasil; QUE, a sua filha ODEVA viajou em 11.01.2001 com destino à Espanha, na companhia de outra sobrinha de FABIANA ...; QUE, a proposta que sua filha de nome ODEVA teria recebido de sua sobrinha ROSANA, foi que ela iria trabalhar no mesmo ramo de atividades e que teria seu próprio salão de beleza; QUE, sua filha ao chegar na Espanha, ligou dizendo que cada garota que chega lá, vai para um local diferente, tendo um quarto individual para receber homens e se prostituírem; QUE, a declarante afirma que sua filha ODEVA não saiu do Brasil com este objetivo de serviço, não aceitando trabalhar desta forma e que desde o início tenta retornar para o Brasil; ... QUE, a declarante afirma ainda que outra**

garota de nome Mary, que trabalhava no Brasil como prostituta, também foi para à Espanha à convite de ROSANA; ... QUE, a declarante está com muito medo e receio do que possa acontecer com sua filha ODEVA, pois recebeu uma ligação de seu namorado Moisés, informando que tinha conseguido entrar em contato com ODEVA e a mesma estava presa e que todo o seu dinheiro tinha sido tomado pela ROSANA; ... QUE, informa ainda que ROSANA é conhecida na Espanha pelo nome de Stella;

109 - Quando reinquiridas pela autoridade policial responsável pelo andamento das investigações, Geânia do Nascimento Sandres, Rita Pereira Feitosa e Francisca Vieira Sales ratificaram o inteiro teor de suas declarações prestadas anteriormente (fls. 47/51 do IPL), sendo que, as duas primeiras, afirmaram reconhecer como sendo Rosana Pereira Martins e Odeva Alice Sales como sendo as pessoas das fotos que repousam às fls. 33/37 dos autos do Inquérito Policial respectivo.

110 - Ainda na fase inquisitorial, logrou-se tomar o depoimento de Odeva Alice de Sales, uma das vítimas, tendo esta fornecido detalhes da participação e atuação da denunciada na perpetração do crime, objeto da delação, senão vejamos (fls. 115/118 do IPL):

... QUE, no mês de janeiro de 2001, foi convidada pela nacional ROSANA PEREIRA MARTINS, prima da depoente, para viajar para a Espanha onde trabalharia em um bar de propriedade da mesma; QUE, como a depoente era cabeleireira à época, ROSANA prometeu-lhe um emprego como cabeleireira na Espanha onde a mesma ganharia muito dinheiro; QUE, ROSANA também convidou para ir trabalhar na Espanha uma prima da depoente de nome FRANCISCA FABIANA VIEIRA, sendo que todas as despesas de viagem foram pagas por ROSANA, inclusive a taxa de emissão de passaporte; QUE, ao chegar à Espanha, foram muito bem recebidas por ROSANA, onde receberam até casacos de frio, mas a situação que ROSANA oferecera de trabalharem em sua propriedade não ocorreu, pois a mesma ainda não existia; ... QUE, ROSANA infor-

mou à depoente e sua prima FABIANA que as mesmas teriam que trabalhar para um espanhol de nome BENITO, com a finalidade de pagar QUINHENTAS MIL PESETAS, (em torno de seis mil reais à época), para fins de cobrir as despesas com as passagens; QUE, permaneceram ainda cerca de dois dias na casa de ROSANA, quando foram apresentadas ao espanhol BENITO; ... QUE, ROSANA, no dia seguinte, salvo engano, dia 23 de janeiro de 2001, levou a depoente e FABIANA, para conhecer a propriedade do espanhol BENITO; QUE, em tal propriedade tratava-se de um clube de nome HOLLYWOOD, conhecido no jargão espanhol como sendo um “PUTCLUB”; QUE, tal clube funcionava somente prostíbulo, ou seja, as mulheres eram expostas para os clientes que desejassem fazer sexo com as mesmas; ... QUE, ao chegar ao clube, BENITO pediu sua passagem e a de FABIANA, informando inclusive que as mesmas passariam a ter nomes de guerra; ... QUE, o trabalho das duas resumia-se em dirigirem-se aos clientes e tentar convencer os mesmos a fazerem sexo com elas; ... QUE, ROSANA, na verdade, abandonou a depoente e sua prima no bar de BENITO; ... QUE, disse a ROSANA que aquele trabalho não dava para a depoente, mas ROSANA disse que já tinha trabalhado no bar, inclusive sua irmã, e que tinham ganhado muito dinheiro; QUE, ROSANA é casada com um policial espanhol, o qual trabalha no trânsito da cidade; QUE, muitas vezes pensou em fugir da cidade de Astúrias para qualquer cidade onde houvesse uma representação brasileira, mas como vivia praticamente em “cárcere privado”, pois não tinha mesmo a chave do quarto; ... QUE, afirma ainda que foi ameaçada de morte pelo marido de ROSANA, pois o mesmo achava que a depoente tinha denunciado a mesma para a polícia federal no Brasil; (...)

111 - Em juízo, a denunciada Rosana Pereira Martins negou as acusações que lhe foram assacadas na denúncia (fls. 178/181):

QUE, desde 1998, mora na Espanha, esclarecendo que, em 1997, foi convidada por Simone e Ariana a trabalhar como bailarina em Israel, sendo que, lá chegando, foi submetida, contra sua vontade e sob ameaça, a se prostituir; que, passados alguns meses e após aprender algumas palavras no idioma hebraico, conseguiu ajuda do consulado brasileiro mediante uso de salvo-conduto diplomático, vez que seus documentos pessoais foram retidos no prostíbulo em que trabalhava, voltou ao Brasil, mais propriamente ao Município Ricardo de Albuquerque, na Baixada Fluminense; que voltou a vivenciar situações de miséria e penúria, vivendo com sua mãe, duas irmãs, um irmão e dois sobrinhos, em uma pequena casa de quarto e cozinha; que a situação de fragilidade econômica ensejou que a depoente aceitasse, ao final de 1998, novo convite de Simone, sendo que a depoente agora estava ciente de que iria exercer a prostituição na Espanha, na cidade de Badajos, no sul da Espanha, para trabalhar no clube ARANGO I; que a depoente acabou, após dois meses, sendo vendida para trabalhar no prostíbulo de Benito, na cidade de Llanes, esclarecendo ainda que a depoente pagou a Benito setecentos e oitenta mil pesetas, frente as despesas de viagem, pagando-se diariamente pela estadia no prostíbulo; que a depoente tinha horário de trabalho das vinte e uma horas até o fechamento com o último cliente, sendo que o sistema era de se apresentar ao cliente e convencê-lo a consumo de bebidas e programa sexual; que a depoente permaneceu em tal atividade até 2000, quando conheceu seu esposo Luis Angel Portilla Perez, tendo então ido morar com o mesmo e desenvolvendo a profissão de cozinheira; que o casal então montou, inicialmente, o bar IPANEMA e, depois, o COPACABANA, e a churrascaria BRASA DE OURO, todos em Llanes; que, desde 2005, a depoente é cozinheira-empregada inicialmente no restaurante COLOMBO, e, depois, na cidreira LA CASONA; que, esclarece, os estabelecimentos que montou são comerciais típicos, em nada parecidos com o de Benito ou qualquer prostíbulo, conforme fotos que apresenta; que o esposo da depoente é policial local há vinte e dois anos, possuindo uma pistola de trabalho, sendo devolvida ao quartel ao final do

expediente; que não sabe quem é Geânia do Nascimento Sandres, sendo que Odeva e Francisca Fabiana são primas da depoente, tendo ido ambas à Espanha por conta própria e não com a ajuda ou a convite da depoente; que surpreendentemente ambas compareceram à casa da depoente sem seu convite ou anuência cerca de dez dias após já estarem na Espanha, tendo a depoente acolhido ambas, no que pese a oposição de seu esposo, mas sensibilizada pela situação das mesmas, esclarecendo que ambas permaneceram apenas uma noite na casa da depoente, afirmando que estavam trabalhando no clube de Benito e para lá retornando após tal única noite; ... que não foi a depoente quem apresentou ambas a Benito; que credita as informações de ambas contra a depoente à mera inveja ou vingança, vez que Odeva, uma vez, foi expulsa do estabelecimento da depoente por ter seu esposo flagrado Odeva consumindo cocaína; que não conhece Mary nem Juliana Pessoa Teixeira, nunca tendo auxiliado qualquer pessoa a ir à Espanha; ... que responde a processo no Rio de Janeiro, conforme noticiado na denúncia (...) QUE só soube que Benito era cafetão após ser levada a seu estabelecimento; que, provavelmente, as primas da depoente souberam do endereço e contato de Benito na época em que a depoente lá trabalhava e mandava dinheiro ao Brasil; ... que foi Benito quem levou Odeva e Fabiana até a casa da depoente, não sabendo o porquê; ... que nunca comprou passagem nem providenciou passaporte para ninguém (...)

112 - Ouvida em novo interrogatório na Espanha (fl. 990), a ré negou qualquer participação nos fatos apontados na denúncia, aduzindo que as vítimas indicadas na verdade apareceram espontaneamente na cada da ré na Espanha, lá passando a se prostituir, no mesmo local anteriormente utilizado pela própria ré para ditas atividades.

113 - Declarações de Francisca Fabiana Vieira Obeso prestadas na Espanha na mesma audiência em que foi ouvida a ré (fls. 992/995) indicam que a mesma morou com Rosana, responsabilizando a vítima Odeva de a ter “forçado” a prestar declarações mentirosas na Polícia Federal, no que pese confirmar que foi a Espanha se prostituir.

114 - Declarações às fls. 995/997 da testemunha de defesa Antonio Galan Campillo confirmam que Odeva dedicava-se à prostituição e que Rosana negava-lhe ajuda para deixar tal atividade (fl. 997);

115 - A testemunha de defesa Manuel Angel Castro Ruisanchez ouvido na Espanha à fl. 998 confirmou que a ré chegou a Espanha no Club Hollywood, citado em outros depoimentos.

116 - As demais testemunhas ouvidas na Espanha, sem qualificação completa e uma sendo irmã da ré, nada colaboraram para a elucidação dos fatos, realizando apenas comentários genéricos sobre a ré ou comentários de “ouvir dizer” a respeito da vítima Odeva. Evidentemente tais declarações, bem como as obtidas pela ré em cartório civil, não possuem qualquer condão de invalidar as declarações das vítimas e, ao contrário, chegam mesmo a confirmá-las.

117 - Ora, os depoimentos colhidos em sede policial e em juízo, sob o crivo do contraditório, demonstram que a versão dos fatos apresentada pela denunciada, negando a prática criminosa, mostra-se desprovida de razoabilidade e dissociada do contexto probatório coligido nos autos.

118 - Com efeito, a prova oral produzida com a presença do Ministério Público Federal e defesa, demonstra de forma inequívoca que Rosana Pereira Martins participou diretamente da abordagem das vítimas, utilizando-se de ardil para induzir as vítimas a deixarem o país, desempenhando papel determinante na prática delitiva, uma vez que tinha ela o domínio final do fato, sendo a responsável pela aquisição das passagens e demais documentos necessários à saída do país. As vítimas, por sua vez, foram iludidas quanto ao convite de trabalho a ser exercido na Espanha, uma vez que afirmaram explicitamente que não tinham conhecimento de que estavam sendo atraídas para atividade de prostituição, pois imaginavam que iriam trabalhar no mesmo ramo de atividade exercida aqui no Brasil. Tal fato é confirmado, inclusive, pelo depoimento da mãe de Odeva Alice Sales – Sra. Francisca Vieira Sales, acima transcrito.

119 - Merece ainda ser destacado que o exercício atual de

profissão lícita (cozinheira) e a possível estabilidade (econômica/psicossocial) adquirida com o casamento e o nascimento de duas filhas não possuem o condão de afastar a participação de Rosana Pereira Martins no crime anterior de favorecimento à prostituição, tampouco se mostram relevantes aos fatos delitivos em questão o aparecimento das vítimas (Odeva e Fabiana) em situações de festa promovidas pela acusada ou reportagens da televisão espanhola.

120 - Aliás, como já assentou a jurisprudência: “Consuma-se o crime previsto no art. 231 do Código Penal, cuja competência para processar é da Justiça Federal, com a promoção ou facilitação de saída de mulher para o exterior, a fim de exercer a prostituição, independentemente de que ela venha, efetivamente, a exercer o meretrício”. (TRF-4ª Reg., AC 960410 382-2/PR, Rel. Vladimir Freitas, 0001005).

121 - Em corroboração, tem-se o fato de que a própria acusada vivenciou situação semelhante quando inicialmente se submeteu, contra sua vontade e sob ameaça, a se prostituir em Israel, exercendo tal ofício posteriormente na Espanha, quando foi trabalhar para o rufião de nome Benito (Benito Ordas Garcia) – o mesmo para quem Odeva Alice e Francisca Fabiana foram encaminhadas. É de notar que o mesmo sistema de atendimento ao ‘cliente’ foi apontado tanto por Rosana Pereira Martins quanto por Odeva Alice, isto é: a prostituta se aproximava do potencial cliente para induzi-lo ao consumo de bebidas e programa sexual, o que confirma a participação da ré em todos os atos.

122 - Também não merece prosperar o argumento de que Odeva Alice e Francisca Fabiana tenham ido à Espanha por conta própria. Explica-se: a) os depoimentos nos autos são convergentes no sentido de que Rosana Pereira Martins há muitos anos não encontrava em contato com seus familiares residentes nesta Capital, sendo, pois, de todo improvável, senão impossível, que as mesmas soubessem da precisa localização da acusada na Espanha quiçá da existência do cáften Benito b) Odeva Alice e Francisca Fabiana, por serem pessoas de poucos recursos financeiros, jamais poderiam arcar com as despesas decorrentes de uma viagem internacional.

123 - Acrescente-se, em reforço aos argumentos já expendidos, que a denunciada está sendo processada pela Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro, por envolvimento com prostituição e tráfico de mulheres para o exterior, tendo sido o seu nome incluído no Sistema Nacional de Procurados e Impedidos (fls. 20 e 77/78 do IPL). Neste aspecto, peças constantes nos apensos a este processo indicam com farto conjunto probatório a identidade dos comportamentos da ré com relação a várias outras vítimas do tráfico de pessoas (apenso I, fls.12, 321, 335, 368, 397 e apenso II)

124 - Por fim, em prol da defesa da acusada, há o depoimento de Francisca Fabiana Vieira prestado às fls. 80/81 do Inquérito Policial, quando afirmou que: “nunca recebeu nenhuma proposta por parte de ROSANA PEREIRA MARTINS, para se prostituir na Espanha.”, sendo esta a mesma Francisca Fabiana Vieira Obeso, agora já casada com um policial, colega de trabalho do esposo da ré, que prestou declarações na Espanha na mesma audiência em que foi ouvida a ré (fls. 992/995) dizendo que que a mesma morou com Rosana, responsabilizando a vítima Odeva de a ter “forçado” a prestar declarações mentirosas na Polícia Federal, no que pese confirmar que foi a Espanha se prostituir.

125 - No entanto, percebe-se facilmente que não se pode emprestar a tais depoimentos correspondência com a verdade dos fatos, pois consta no Auto de Acareação procedido no âmbito da Polícia Federal (fls. 119/120) com o fim de esclarecer as divergências verificadas nas declarações de Odeva Alice e Francisca Fabiana, que esta última, embora tenha ratificado seu depoimento anterior, demonstrou visível temor em falar sobre o assunto.

126 - A propósito, o Delegado Federal encarregado da diligência consignou em Relatório Complementar que: “ ... Enquanto ODEVA manteve sua versão de que a prima comum, ROSANA, as levou à Espanha para prostituição, FABIANA, negou. Era visível no rosto de FABIANA o medo em falar sobre o assunto. Informalmente chegou a concordar com ODEVA, mas declarou ter medo de falar, principalmente porque pretende retornar à Espanha para casar-se e morar na mesma cidade onde mora ROSANA, pessoa que considera ser muito bem informada, e que de tudo sabe”. (Fl. 121 do IPL).

127 - Vale salientar que a maioria das garotas convidadas para “trabalhar” na Espanha são pessoas humildes e de pouca instrução, representando, assim, alto grau de vulnerabilidade em caso de intimidação.

128 - Conclui-se, pois, que os fatos narrados na denúncia encontram-se devidamente provados, sendo a ré a responsável pelos mesmos.

129 - Perceba-se que o encanto proporcionado às garotas traficadas, com hospedagem em hotéis, refeições sofisticadas, roupas novas e atenção personalizada faziam parte de um *modus operandi* previamente pensado, testado e confirmado em outras vítimas. Perceba-se, ainda, pelos depoimentos prestados, que não se pode fazer qualquer paralelo entre a vida sexual pretérita das garotas e a maturidade que apresentam, vez que se mostram aparentemente mulheres experientes e independentes, mas são, apenas, meninas com os mesmos desejos de amor e carinho de qualquer adolescente que tem como característica a esperança e fé em um destino mágico, rápido e definitivo.

130 - Preparar garotas e enviá-las para a prostituição foi o menor dos crimes da ré. Praticou ela a corrupção profunda de corações e mentes que não se sabe quando ou se é possível serem restaurados.

131 - Em cada abraço comprado, em cada beijo roubado, em cada relação consumada, um pedaço da dignidade de tais garotas era sangrado e amputado de suas vidas, sendo substituído por lembranças de temor, sensações de agonia e certezas de decepção, desesperança e desamparo.

132 - A história dessas garotas está irremediavelmente marcada por tantas profundas cicatrizes emocionais e elas terão que conviver com isso com seus futuros esposos, filhos e netos, trazendo a eterna e amarga lembrança de uma época em que foram mercadorias em terras estrangeiras. A angústia, também perpétua, será sempre revivida na simples menção da palavra “Espanha”, país de um povo tão carinhoso e receptivo como o nosso e que também foi vilipendiado com tais ações.

133 - Resta provado nos autos, pois, o envolvimento da ré em tal rede de prostituição internacional e o envio efetivo de, pelo menos, duas garotas para trabalharem

como prostitutas na Espanha, sendo que com relação a ambas foi utilizada fraude, vez que não sabiam que seriam submetidas à prostituição nem às condições ou dívidas.

134 - Restam caracterizados, pois, os crimes previstos nos artigos 228 - Favorecimento à Prostituição na sua forma qualificada de emprego de fraude (§§ 2º e 3º) e Tráfico de Mulheres – art. 231.

Assim, a partir do ora albergado, resta superada a tese da atipicidade da conduta e, por consequência, ante as provas e a presença do dolo, igualmente afastada a pretendida aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

Em especial ao crime do art. 228 do Código Penal, de “*induzir ou atrair alguém à prostituição, facilitá-la ou impedir que alguém a abandone*”, não a vejo, nos presentes autos, como já inserida na conduta do art. 231 do mesmo diploma legal, ao entendimento de uma particularidade por ser voltado para o tráfico. Explico.

Além de promover e de facilitar a saída de mulheres para exercer a prostituição no estrangeiro, a conduta perpetrada pela acusada igualmente se amolda aos verbos do tipo penal do favorecimento à prostituição, como se pode depreender do conjunto probatório coligido aos autos e exaustivamente demonstrado na sentença.

Acrescente-se, por oportuno, não se poder falar em julgamento *extra petita*, diante do permissivo contido no art. 388 do Código de Processo Penal, quanto a novo enquadramento sem a necessidade de aditamento à denúncia ou qualquer outra diligência, eis que o acusado defende-se do crime descrito na denúncia e não da capitulação ali indicada.

Passo à dosimetria da pena, na forma da legislação como vigente à época dos fatos, isto é, na forma anterior à vigência das Leis nºs 11.106/2005 e 12.015/2009, assim expressos:

Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone:

Pena: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

§ 1º Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1º do artigo anterior.

Pena: reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 2º Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude: Pena: reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, além da pena correspondente à violência.

3º Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também a multa.

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada no território nacional de mulheres que nele venha a exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena: reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1º do art. 227. Pena: reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 2º Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena é de reclusão, de 5 (cinco) a 12 (doze) anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também a multa.

Ocorre que, com a edição da Lei nº 11.106/2005, restou revogado o § 3º do art. 231 do Código Penal, pelo que, ainda que retornado o seu texto com advento de nova lei (nº 12.015/2009), resta impossibilitada a sua aplicação por mais gravosa.

No tocante ao § 2º do art. 231 do Código Penal, pela lei editada em 2009, passou-se à previsão de uma majorante em relação à pena cominada no *caput*, aumentando-a à metade, o que, a princípio, não traz dissonância à redação anterior, por guardar relação entre as penas antes previstas, bem como, inclusive evidenciado na sentença, pertinente a aplicação do instituto da *emendatio libelli*.

Dito isso, colho, ainda, da sentença:

138 - Antes de passarmos à dosimetria da pena a ser aplicada no presente caso, cumpre observar que ante os elementos probatórios colhidos nos autos deve ser reconhecida, *in casu*, a qualificadora prevista no § 2º do art. 231 do Código Penal, uma vez que a denunciada, mediante ardil, induziu as vítimas a deixarem o país, sob falsa promessa de trabalho honesto a ser exercido no exterior. Feito esse reparo, cumpre enfatizar que o artigo 383 do CPP permite

esse novo enquadramento sem a necessidade de aditamento à denúncia ou qualquer outra diligência. Com efeito, estabelece referido dispositivo processual: O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. Ademais, a correta classificação jurídica dos fatos, tratando-se de simples *emendatio libelli*, prescinde de nova vista às partes, pois o acusado defende-se do crime descrito na denúncia e não da capitulação nela constante (STF: RT 608/445).

(...)

141 - Verifico, ainda, que a ré demonstrou um total desprezo com o destino das vítimas, entregando-as em terras estrangeiras para exploração sexual, agindo com consciência livre e total de tais atos, com o único intuito de lucro, pelo que entendo que a pena mínima não é suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Melhor analisando os autos percebo que a reprovabilidade das condutas da ré mostra-se ainda mais grave do que nossa primeira apreciação, pelo que a pena ora imposta deve refletir a necessidade de melhor garantia dos objetivos normatizados de prevenção e reprovação.

142 - Assim, na forma do art. 59 do Código Penal, com relação ao crime praticado pela ré e que teve duas vítimas imediatas, analisando sua personalidade desvirtuada, sua consciência das consequências do crime, as circunstâncias pessoais de favorecimento pessoal em detrimento do calvário de suas vítimas, e modo livre de agir, valendo-se de vantagem econômica inicial e da pobreza e miséria das vítimas, **CONDENO a ré, para cada um dos crimes relativos a cada uma das vítimas**, nas penas de 8 (oito) anos de reclusão e, levando-se em conta a condição de empresária da ré, o lucro obtido com cada crime, multa de 1000 (mil) dias-multa, sendo cada dia calculado em um salário mínimo vigente à época dos fatos, de acordo com o **art. 228** - Favorecimento à Prostituição na sua forma qualificada de emprego de fraude (§§ 2º e 3º) e na pena de 8 (oito) anos de reclusão pelo crime previsto no **art. 231** do Código Penal - Tráfico de Mulheres.

143 - Todos os crimes praticados pela ré tiveram apenas um único motivo: a torpeza do lucro fácil com a desgraça

de suas vítimas, pelo que resta caracterizada a circunstância agravante do motivo torpe, pelo que aumento todas as penas em um terço, na forma do art. 61, II, a, do Código Penal.

Como visto, foram valoradas negativamente a personalidade, a culpabilidade, as circunstâncias e os motivos do crime, conduzindo a sentença à fixação da pena média cominada no § 2º do art. 231 do Código Penal, de 8 (oito) anos, para cada um dos crimes.

Adotando-se um critério objetivo, na forma entendida por Guilherme de Souza Nucci (*Código Penal comentado*, 11. ed., São Paulo: RT, 2012, p. 435/440), tem-se por razoavelmente ponderada a pena-base, na forma da condenação pelos tipos descritos nos arts. 228, §§ 2º e 3º, e 231, § 2º, ambos do Código Penal.

Contudo, é de se verificar que na anterior sentença, que restou transitada em julgado para a acusação, a tinha fixado, igualmente para a forma qualificada, em 6 (seis) anos de reclusão para cada crime, além de 200 (duzentos) dias-multa no que se refere ao crime do art. 288, acarretando, a nova pena aplicada, como antes explicitado, em uma *reformatio in pejus* indireta, que não deve levar em consideração a totalidade da pena consignada nas sentenças, mas para cada um dos crimes em apuração.

Desta forma, para que não haja prejuízo à parte, a conduzir à nulidade da sentença agora recorrida, entendo dever prevalecer a pena base antes fixada, em 6 (seis) anos de reclusão e em 200 (duzentos) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria da pena, presente a agravante do art. 61, II, do Código Penal – motivo torpe – que não se confunde com a forma qualificada do crime do tráfico de mulheres mediante fraude, pelo que se mostra aplicável ao caso vertente, e coerente o patamar adotado na sentença de 1/3 (um terço) para cada fato, tornando a pena definitiva, para cada um dos crimes praticados, em 8 (oito) anos de reclusão e em 266 (duzentos e sessenta e seis) dias-multa

Por fim, no tocante à pretendida aplicação do instituto da continuidade delitiva, expurgando-se o concurso material, vejo igualmente imaculada, neste ponto, a sentença recorrida, que assim verbera:

139 - Quanto à incidência da prática de crime continuado, na forma do art. 71 do Código Penal, tenho-a por impertinente a hipótese dos autos. Com efeito, o favorecimento à substituição e a introdução ou a saída de mais de uma mulher do País caracteriza, a meu ver, lesões distintas ao bem jurídico tutelado pela norma penal em comento, e não mera agravação qualitativa de uma única lesão.

140 - Assim, por cada mulher traficada, merece a ré pena correspondente.

Acrescentaria, como noticiado na peça acusatória, restar demonstrada autonomia de desígnios nas ações praticadas, não apenas quanto às primas (Fabiana e Odeva) traficadas para a Espanha, que aqui se apura, como em relação a outras, sem qualquer ligação social ou familiar, objeto de investigação perante a 5ª Vara da Justiça Federal no Rio de Janeiro (Proc. nº 99.0047126-1), de tráfico de mulheres para Israel.

Ademais, restou caracterizada a autonomia de cada uma das ações em comento na presente persecução, sendo elas específicas e desvinculadas uma da outra, com vontades livres e conscientes, pelo que não há como considerar as condutas de tráfico das duas mulheres, como descrito na peça acusatória, de ser a segunda uma continuidade da primeira, eis que realizadas, para atingir o fim pretendido, condutas diversas.

Desta forma, é de ser mantido o concurso material para se obter, ao final, na forma do art. 69 do Código Penal, a pena de 32 (trinta e dois) anos de reclusão, em regime de cumprimento inicialmente fechado, e de 266 (duzentos e sessenta e seis) dias-multa, cada qual valorado em 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos, atualizado quando da execução.

E, não atendidos os requisitos dos arts. 44 e 77, ambos do Código Penal, tenho por afastadas as possibilidades de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou da sua suspensão condicional, respectivamente.

Por fim, passo à análise do pedido de extradição referido na sentença, objeto de anterior apreciação nesta col. 4ª Turma, em sede do HC-2993/C (j. 20.11.2007), da minha relatoria, onde tive a oportunidade de assim me pronunciar:

A extradição pode ser caracterizada como o ato por meio do qual um indivíduo é entregue por um Estado a outro que seja competente para processá-lo e julgá-lo. Instituto próprio do Direito Internacional, situa-se no campo da assistência mútua que deve nortear as relações entre os Estados, como membros da comunidade internacional, correspondendo a um mecanismo de repressão à criminalidade.

Na decisão concessiva de liminar, reportei-me a esta questão, argumentando o que se segue (fls. 95-97):

Sabe-se que a extradição pode ser requerida tanto na fase instrutória como depois da condenação para que venha o extraditando responder ao processo ou cumprir a pena que lhe foi imposta. A extradição é um dos mais antigos institutos do Direito Internacional, relativamente à Cooperação Internacional Penal, e tem-se registros da sua prática em textos de mais de mil anos antes de Cristo, na Mesopotâmia. Apesar de prática antiga, continua tendo um procedimento lento e complexo. Por dedicar-me ao seu estudo, há muitos anos, entendo ser de bom alvitre não deflagrar tal pedido antes, pelo menos, do julgamento da apelação.

Registro, também, que o representante ministerial, no parecer de fls. 175-177, posicionou-se de forma contrária ao pedido de extradição. Transcrevo, por oportuno, trecho da aludida peça, adotando-o como razões de decidir no presente julgamento:

Ensina Yussef Said Cahali (Estatuto do Estrangeiro, São Paulo, ed. Saraiva, 1983, pág. 361) que nosso sistema jurídico somente admite a extradição pedida ou solicitada, requerida mediante prévia formalização, não podendo o Estado agir espontaneamente, oferecendo-se à devolução do extraditando sem qualquer provocação ou solicitação do Estado interessado.

A extradição passiva representa, no direito brasileiro, um ato misto, administrativo e judiciário, vez que se reclama a intervenção de ambos os poderes para que a extradição seja concedida; e seu processamento se desenvolve em três etapas: a) recolhimento do pedido até seu encaminhamento ao Supremo Tribunal Federal;

b) fase judiciária de verificação da legalidade do pedido;
c) entrega do extraditando.

Dispõe, aliás, o artigo 80 do Estatuto dos Estrangeiros que a extradição será requerida por via diplomática, ou, na falta de agente diplomático do Estado que a requerer, diretamente de Governo a Governo, devendo o pedido ser instruído com a cópia autêntica ou a certidão da sentença condenatória, pronúncia ou da prisão preventiva, proferida por autoridade competente. Isso porque a extradição é um ato de soberania solicitado por um Estado ao outro.

Diz o artigo 80 daquela norma jurídica que a extradição será requerida pelo agente diplomático do Estado que a requerer; apenas na falta daquele, será requerida diretamente, de Governo a Governo.

Na hipótese, se está diante de decisão condenatória que, sequer, transitou em julgado. Penso ser temerário, *data venia*, nesta altura, pensar-se em pedido de extradição, que obedece às formalidades legais traçadas.

A meu sentir, extraditar a paciente antes mesmo do julgamento da apelação seria medida demasiado gravosa, haja vista o elevado montante da pena e, principalmente, a ausência de trânsito em julgado. Se inexistem elementos indicativos de seu ânimo para evadir-se da aplicação da lei penal brasileira, seria prematuro e desnecessário, considerando-se a complexidade do procedimento e o envolvimento de Estado estrangeiro, pedir desde logo a extradição ao governo espanhol. Creio, assim, que é possível aguardar ao menos a manifestação do Tribunal sobre o caso, quando esta Quarta Turma, por prevenção, examinará com maior detalhe a acusação de tráfico internacional de pessoas.

Ante o exposto, concedo a ordem de *habeas corpus*, a fim de que a paciente continue em liberdade até o julgamento da apelação, devendo permanecer suspenso o pedido de extradição até o julgamento do recurso apelatório.

Superado, então, o motivo pelo qual entendi necessária a suspensão do pedido de extradição, com o presente julgamento do apelo formulado, não encontro óbices à regular e imediata tramitação do procedimento pertinente à extradição da acusada.

Posto isso, dou parcial provimento ao apelo, tão somente para reconhecer a ocorrência da *reformatio in pejus*, fixando-se, desta forma, a pena final em **32 (trinta e dois) anos de reclusão, em regime de cumprimento inicialmente fechado, e de 266 (duzentos e sessenta e seis) dias-multa, cada qual valorado em 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos, atualizado quando da execução.**

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 8.647-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E DIMAS COSTA DA SILVA
Apelados: OS MESMOS
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E DA DEFESA, ATACANDO SENTENÇA QUE CONDENOU O RÉU PELA PRÁTICA DOS CRIMES DE FALSIDADE IDEOLÓGICA E CORRUPÇÃO PASSIVA.

- Preliminar de nulidade por cerceamento de defesa rechaçada. A adoção do expediente a que se refere o art. 616 do codex processual penal é mera faculdade do Tribunal competente para o julgamento do apelo interposto, devendo a produção das provas das alegações tanto da acusação quanto da defesa ficar adstrita ao âmbito da instrução criminal. Precedentes de ambas as Turmas julgadoras integrantes da 3ª Seção (STJ, REsp 1342016, min. Alderia Ramos de Oliveira [convocada], julgado em 18 de dezembro de 2012).

- Robusto e harmônico conjunto probatório a comprovar que o réu, entre outubro de 2002 e

março de 2004, solicitou e recebeu vantagens ilícitas, com o fim de inserir dados falsos no sistema informatizado da FUNASA, que vieram a acarretar um prejuízo aos cofres públicos da ordem de trezentos e trinta e seis mil, trinta e um reais e noventa centavos.

- Conduta que não se enquadra no crime de inserção de dados falsos em sistema de informações (art. 313-A do CP), à medida que o ora apelante, à época dos fatos, não era considerado funcionário autorizado a manejar o sistema de pagamentos da autarquia, pois não possuía senha de acesso para isto.

- Absorção do delito de falsidade ideológica pelo crime de corrupção passiva, tendo em vista que o dolo do recorrente foi de solicitar e receber a vantagem ilícita para a prática de ato vedado pela norma, constituindo o lançamento da informação falsa no sistema informatizado mero exaurimento da conduta, senão um meio para se chegar ao fim colimado. Precedente do TRF-2ª Região (ACR 5005, des. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, julgada em 22 de setembro de 2010).

- Dosimetria da pena refeita, para reduzir a sanção ao patamar de cinco anos e quatro meses de reclusão, bem como ao pagamento de quantia correspondente a duzentos dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos.

- Apelação do réu parcialmente provida, para reduzir a pena e excluir a condenação concernente ao ilícito de falsidade ideológica. Apelo do Ministério Público Federal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação do Ministério Público Federal e dar parcial provimento à

apelação do réu, apenas para reduzir a pena-base, fixando-a, por maioria de votos, em três anos de reclusão, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Apelações criminais desafiadas pelo Ministério Público Federal e pelo réu Dimas Costa da Silva, desafiando a sentença proferida nos autos da ação penal em epígrafe.

O decreto condenatório atacado julgou parcialmente procedente a denúncia, absolvendo os réus Maria da Purificação Fernandes Reis, Roberto Ramalho da Silva e Maria Siqueira de Medeiros, todavia, condenando o acusado ora recorrente à pena total de onze anos, onze meses e vinte de dias de reclusão, pela prática dos crimes de falsidade ideológica e corrupção passiva majorada (art. 299, parágrafo único, combinado com o art. 317, § 1º, todos do CP).

Narra a exordial acusatória que, entre outubro de 2002 e março de 2004, Dimas da Costa Silva, juntamente com os corréus absolvidos, perpetrou diversas fraudes na concessão e majoração de benefícios de pensão, mediante inserção de dados falsos no sistema informatizado da FUNASA, provocando, nesse passo, um prejuízo aos cofres públicos da ordem de trezentos e trinta e seis mil, trinta e um reais e noventa centavos.

Em suas razões recursais, fls. 1996-2003, o *Parquet* se insurge contra a dosimetria da pena, tecendo considerações genéricas acerca do caráter ressocializador e punitivo da sanção criminal. Requer, outrossim, a fixação do valor da reparação do dano, em conformidade com a norma abrigada no art. 91, inciso I, do CP.

O réu condenado, por seu turno, fls. 2011-2029, apela para pugnar pela absolvição, calcado na tese de insuficiência de provas

para a condenação, aduzindo que sequer possuía senha de acesso para a concessão de benefícios previdenciários na FUNASA, tampouco trabalhara no setor de pagamentos, de onde teriam se originado os lançamentos indevidos. Nessa toada, atribui a responsabilidade pelos eventuais ilícitos aos corréus absolvidos.

Alude, outrossim, à ocorrência de contradição nas versões apresentadas pelas testemunhas, sustentando que não se revestem da veracidade necessária para autorizar a prolação de veredicto condenatório.

Requer, alternativamente, que, caso mantida a condenação hostilizada, seja feita com base nas tipificações descritas na peça vestibular, isto é, pelos crimes de inserção de dados falsos em sistema de informações, corrupção passiva e violação de sigilo funcional (arts. 313-A, 317, § 1º, e 325, § 1º, inciso I, e § 2º, todos do CP), ao passo que a sentença esgrimida o condenou pelos delitos de falsidade ideológica e corrupção passiva, e, mesmo assim, por uma única conduta, incidindo *em um execrável e injusto bis in idem*, fl. 2019. Mais adiante (fl. 2022), porém, pugna, textualmente, *seja afastada a condenação pela prática da corrupção passiva, mantendo-se apenas a condenação pela suposta falsidade ideológica qualificada pela natureza de funcionário público do agente*, ou, ainda, decretada a absorção do crime de falsidade ideológica pelo crime-fim, que, nessa hipótese, seria o de corrupção passiva.

Insurge-se, por derradeiro, contra a quantificação da reprimenda, taxando-a de exacerbada, em especial, no pertinente ao arbitramento da pena-base, asseverando que as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do diploma repressor restaram sopesadas com demasiada severidade, a despeito de ser o sentenciado primário e detentor de bons antecedentes. E que, além disso, a causa de aumento decorrente da continuidade delitiva foi aplicada no grau máximo (art. 71 do CP).

Contrarrrazões apresentadas pela defesa (fls. 2005-2010) e pela acusação (fls. 2031-2037).

Foram os autos à Procuradoria Regional da República, que ofertou parecer opinando pelo provimento do recurso do *Parquet* e improvimento do apelo do réu, fls. 2045-2047.

A defesa atravessou petição pugnando pela reabertura da instrução, na forma do art. 616 do CPP, arrimado em novos depoimentos testemunhais, com firma reconhecida em cartório, fls. 2065-2072, pleito que findou indeferido, fl. 2081, vindo a defesa, então, a arguir preliminar de nulidade absoluta, alegando cerceamento de defesa, fl. 2083.

À fl. 2086, foi determinada a baixa dos autos ao Ministério Público Federal de primeiro grau, para avaliar se é o caso de se instaurar investigação criminal quanto ao teor das declarações prestadas pela testemunha Renan Ferreira de Araújo.

É o que importa relatar.

Encaminhar o feito ao douto Revisor, para os fins do art. 197 do Regimento Interno desta Corte Regional.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

De início, conheço da preliminar de nulidade absoluta por suposto cerceamento de defesa, conquanto o faça para rechaçá-la.

A defesa alega que o feito se encontra maculado por nódoa insanável, decorrente do desatendimento do pedido de conversão do julgamento em diligência, nos moldes do art. 616 do CPP.

Aduz que a oitiva das testemunhas arroladas à fl. 2069v, consoante é possível depreender do teor das declarações coligidas às fls. 2070-2072, conduziria à absolvição do réu ora apelante, porquanto teria o condão de comprovar sua inocência, ou, pelo menos, de evidenciar que não há elementos suficientes para a condenação, à medida que o recorrente sequer possuía a senha para acessar o sistema para a concessão dos benefícios fraudulentos, e que, além disso, os computadores eram utilizados por várias pessoas, não sendo razoável atribuir unicamente a ele a responsabilidade pelos ilícitos perquiridos.

De logo, registro que a conversão do feito em diligência, na forma da referida norma legal, não constitui direito subjetivo do réu, mas, ao revés, situa-se no âmbito do juízo de conveniência e oportunidade do juiz, que sempre terá a liberdade de, agindo dentro de

seu livre convencimento, indeferir as diligências que entender prolatórias ou inúteis. Aliás, a própria redação do dispositivo legal em comento já torna fácil alcançar este tirocínio, tendo em vista a utilização pelo legislador do verbo *poderá*, em lugar de *deverá*.

Nessa toada, colho do repertório jurisprudencial do STJ o recente paradigma a orientar que *a adoção do expediente a que se refere o art. 616 do codex processual penal é mera faculdade do Tribunal competente para o julgamento do apelo interposto, devendo a produção das provas das alegações tanto da acusação quanto da defesa ficar adstrita ao âmbito da instrução criminal. Precedentes de ambas as Turmas julgadoras integrantes da 3ª Seção* (REsp 1342016, min. Alderia Ramos de Oliveira [convocada], julgado em 18 de dezembro de 2012).

Ademais, no caso em apreço, a matéria concernente ao exame da autoria delitiva se confunde com o próprio mérito da persecução criminal, que, conforme será analisado, restou cabalmente esclarecido por vastos e unívocos elementos, razão pela qual não se revela imprescindível uma nova oitiva de testemunhas.

Por fim, vale ainda mencionar que, uma destas novas testemunhas arroladas pela defesa, exatamente Renan Ferreira de Araújo (fl. 2072), já foi ouvido em juízo (vide vídeo acostado à fl. 1842), ocasião em que, aparentemente, apresentou versão diferente sobre os fatos que lhe foram perguntados. Por conseguinte, determinei a baixa dos autos ao Ministério Público Federal que atua na primeira instância, para que avaliasse se é o caso de se instaurar uma investigação criminal visando a apurar a eventual prática do crime de falso testemunho, ou de falsidade ideológica, providência que, provavelmente, já está sendo encetada (fl. 2091).

Desse modo, levo de vencida a preliminar de nulidade.

Quanto ao mérito, não há dúvidas de que o veredicto condenatório deve ser mantido, uma vez que o robusto e harmônico conjunto probatório coligido aos autos comprovou, de modo irretorquível, a autoria e a materialidade delitivas.

De fato, não remanesce qualquer incerteza sobre haver sido o réu Dimas Costa da Silva o verdadeiro responsável pelas concessões e majorações dos benefícios de pensão esquadrihados, ocorridas entre outubro de 2002 e março de 2004, mediante inser-

ção de dados falsos no sistema informatizado da FUNASA, que vieram a acarretar um prejuízo aos cofres públicos da ordem de trezentos e trinta e seis mil, trinta e um reais e noventa centavos.

A materialidade delitiva começou a ser descortinada em sede de sindicância administrativa, exitosa sobre a irregularidade dos benefícios e os valores indevidos. Foi possível identificar, outrossim, as pessoas ilicitamente beneficiadas e as senhas pessoais que foram utilizadas para os lançamentos no sistema informatizado da autarquia.

Trata-se, pois, de irregularidades incontestáveis, que sequer chegaram a ser discutidas na seara penal.

Por outro lado, a autoria, conquanto negada pelo ora apelante, também começou a ser apurada na via administrativa, através de depoimentos unívocos, que findaram sendo confirmados no curso da instrução.

Tais depoimentos foram corroborados por provas materiais, como, por exemplo, os comprovantes de depósitos realizados na conta do recorrente pela representante legal de uma das beneficiárias, Maria José Lins dos Prazeres, verificado contemporaneamente aos fatos perquiridos, e que o apelante alegou ser proveniente de um empréstimo pessoal, todavia, sem conseguir fazer qualquer início de prova nesse sentido.

Restou incontroverso, ainda, que o apelante era o servidor que trabalhava, exatamente, no setor de pensões, e, embora não tivesse senha pessoal para acessar o sistema, utilizava as senhas dos corrêus absolvidos (Maria da Purificação Fernandes Reis, Roberto Ramalho da Silva e Maria Siqueira de Medeiros) sem que estes soubessem, pois se aproveitava do fato de os colegas terem aberto o sistema, ou terem repassado suas senhas para estagiários, para realizar as fraudes no horário de almoço ou após o término do expediente, o que foi confirmado, inclusive, por meio das informações colhidas diretamente no sistema informatizado, já que a hora em que os lançamentos são feitos, bem como a senha da pessoa que os realizou, ficam devidamente registradas.

Destaque-se, a esse respeito, que, conquanto o recorrente tenha negado em juízo a prática dos fatos investigados, confessou, por ocasião do interrogatório (vídeo acostado à fl. 1871) que,

em algumas oportunidades, trabalhou no horário de almoço, para alimentar o sistema SICAD.

Da mesma forma, revelou-se cabalmente demonstrada a solicitação de vantagens pelo acusado para a prática dos atos ilícitos, seja de ordem financeira, seja em forma de proveitos outros, como, por exemplo, hospedagem gratuita na casa de uma das beneficiárias, durante o Festival de Inverno de Garanhuns.

Nesse sentido, colho da sentença atacada os seguintes excertos (fl. 1972):

56. Com efeito, a testemunha Maria José Lins dos Prazeres reafirmou em juízo (fls. 1828 e 1842) que a sua mãe de criação foi pensionista da Funasa e recebia por procuração como representante dela, conhecendo Dimas como funcionário da Funasa, a quem teria entregue a certidão de óbito de sua mãe de criação e este lhe teria dito que iria cortar o benefício, mas não cortou, o dinheiro continuou a ser creditado por cerca de mais sete meses, mas a depoente não mexia no dinheiro, era o seu marido que o entregava a Dimas, para que este o restituísse à Funasa, não lembrando em que banco era depositado o valor restituído, mas recordando-se de que era conta de terceiros, somente uma vez tendo sido na conta pessoal de Dimas, ora sendo por meio de transferência, ora por meio de depósito.

57. Da mesma forma, a testemunha José Ernandes da Silva, fls. 1829 e 1842, asseverou que a servidora Maria do Carmo Pereira Millet era mãe adotiva de sua esposa e faleceu em 2001, tendo sido comunicado o óbito à Funasa. Acrescentou que o valor correto do benefício era de setecentos reais e cerca de dois meses antes de a sogra morrer até por sete meses depois passou a ser creditado valor de sete mil reais, tendo sido procurado por Dimas em sua casa, dizendo-lhe que iria chegar um valor que estava errado, e que o valor devia ser devolvido à Funasa, como efetivamente o foi devolvido, na pessoa específica de Dimas, seja em mãos, seja depositando em conta por ele determinada. Na primeira vez, devolveu em mãos, na sua própria casa, a Dimas, lá em Limoeiro.

58. Como se não bastasse, a testemunha Ruydael Gomes Silveira, fls. 1830 e 1842, prestou em Juízo depoimento, dizendo que a sua filha era pensionista da sua falecida mãe e

esteve na Funasa certa vez, num recadastramento, quando um funcionário de lá lhe disse que a sua filha tinha um dinheiro para receber, podendo resolver por meio de advogado, o que demoraria mais tempo, ou por meio daquele funcionário mesmo, o que seria mais rápido e mediante a retribuição de um valor. Após isso, tendo acreditado no funcionário, por ser qualificado, achando que estava tudo certo, pois ia sair o valor na conta da sua filha, a ser aberta no Banco do Brasil, bem como constaria no contracheque da pensionista, efetivamente recebeu o valor mencionado. Informou que esse valor recebido foi de oito mil reais e a gratificação para o funcionário foi de R\$ 3.000,00, paga mediante transferência para uma conta indicada pelo funcionário (não recordando o nome do titular desta), em três vezes, em dias sucessivos, porque não haveria como ser feita a transferência toda de uma vez só. Não lembra o titular da conta indicada por Dimas para as transferências.

(...) 68. Essa conduta repetiu-se nos três casos mencionados nos itens 56 a 58 retro e, ainda, naqueloutro lembrado pelo Ministério Público Federal em suas razões finais, nos seguintes termos, o que ora adoto como razão de decidir:

Além da conduta acima descrita, semelhante ato ilícito restou igualmente comprovado durante o curso da instrução probante, a partir do depoimento da testemunha de defesa Cleonice Delgado Rosendo (mídia digital à fl. 1851 – vol. 8/8).

Conforme declarações prestadas pela citada depoente, o réu Dimas Costa obteve vantagem decorrente de semelhante “favor” prestado, consubstanciada em hospedagem na residência de Cleonice para participar de conhecido evento cultural realizado na cidade de Garanhuns/PE, o chamado Festival de Inverno. (...)

Em resumo, quanto ao veredicto condenatório, nada há de ser alterado.

Assiste razão à douta julgadora de primeiro grau quando afirma que os fatos investigados não se enquadram no crime de inserção de dados falsos em sistema de informações (art. 313-A do CP), à medida que o ora apelante, à época dos fatos, não era considerado funcionário autorizado a manejar o sistema de pagamentos da FUNASA, pois não possuía senha de acesso para isto.

Nesse sentido, colho a lição ministrada por Guilherme de Souza Nucci (Código Penal Comentado, Editora Revista dos Tribunais, 6ª ed., p. 1012), no sentido de que *o sujeito ativo somente pode ser o funcionário público e, no caso presente, devidamente autorizado a lidar com o sistema informatizado ou banco de dados. O funcionário não autorizado somente pode praticar o crime se acompanhado de outro, devidamente autorizado.*

Todavia, o apelo da defesa merece provimento em parte, exatamente no que diz respeito à absorção do delito de falsidade ideológica pelo crime de corrupção passiva, tendo em vista que o dolo do recorrente foi de solicitar e receber a vantagem ilícita para a prática de ato vedado pela norma, constituindo o lançamento da informação falsa no sistema informatizado mero exaurimento da conduta, senão um meio para se chegar ao fim colimado.

Em caso semelhante, assim já decidiu o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, quando considerou ser *correta a r. sentença que reconheceu a absorção do delito de falsidade ideológica pelo crime de corrupção, uma vez que o primeiro foi praticado, apenas, para viabilizar o segundo, motivo pelo qual a regra da consunção deve ser prestigiada na hipótese* (ACR 5005, des. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, julgada em 22 de setembro de 2010).

Nessa esteira, mantenho a condenação, unicamente, quanto ao crime de corrupção passiva, na figura prevista no art. 317, § 1º, do CP, tendo em vista que o apelante, mediante o recebimento de vantagem indevida, efetivamente praticou diversos atos com infração do dever funcional, gerando sensível prejuízo à Administração Pública.

Passando à dosimetria da pena, novamente entendo que o apelo da defesa merece provimento, porquanto considero que a reprimenda para a prática do crime de corrupção passiva foi fixada em patamar exacerbado.

Decerto, atento às regras do sistema trifásico, albergado no art. 68 do CP, penso que, ao contrário do que consignou a douta magistrada de primeiro grau, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, também do diploma repressor, foram sopesadas com demasiado rigor em desfavor do réu, especialmente no que pertine à culpabilidade e às circunstâncias do delito, que considero normais para a espécie.

Não obstante, o grau de censura decorrente das consequências do ilícito reclama forte repreensão, haja vista que a conduta do recorrente causou elevado prejuízo aos cofres públicos, os quais foram quantificados na sentença atacada em quase seiscentos e vinte mil reais (fl. 1980). Consequentemente, reduzo a pena-base para três anos de reclusão.

Nada a registrar na segunda fase da dosagem da sanção.

Contudo, ao alcançar a terceira fase do apenamento, elevo a cominação em um terço, à vista da presença da causa de aumento encontrada no art. 317, § 1º, do CP – por haver, efetivamente, praticado ato infringindo dever funcional –, chegando, agora, aos quatro anos de reclusão.

Por derradeiro, aplico, ainda, a causa de aumento decorrente da continuidade delitiva (art. 71 do CP), no mesmo patamar aplicado na sentença hostilizada, ou seja, em um terço, chegando, agora, ao montante de cinco anos e quatro meses de reclusão, pena que torno definitiva, à míngua de outras diminuições ou acréscimos.

Fixo o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda, arrimado no art. 33, § 2º, alínea *b*, do CP.

Quanto à pena de multa (art. 49 do CP), reduzo-a na mesma proporção, para arbitrá-la no montante de duzentos dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos, em face da situação econômica do réu.

Por último, no pertinente à fixação do valor para a reparação do dano, requerida pelo Ministério Público Federal em seu apelo, considero correto o decreto condenatório recorrido, que deixou de procedê-lo *porquanto essa condenação já foi imposta na ação de improbidade administrativa 0013842-22.2008.4.05.8300, que tramitou perante a 21ª Vara Federal desta Seção Judiciária*, fl. 1983.

Forte nessas considerações, dou parcial provimento à apelação do réu, para reduzir a pena e excluir a condenação concernente ao ilícito de falsidade ideológica, e nego provimento ao apelo do Ministério Público Federal.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 9.176-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

Apelantes: RAIMUNDO ALVES SILVA, OSVALDO VICENTE DA SILVA, VALDIR SANTANA, DANIEL PINHEIRO RODRIGUES, ALCIDES SANTANA, LUIZ IDALMIR DA CRUZ, JOSÉ MARIA PAULINO RODRIGUES E FRANCISCO ALTANIR DA CRUZ (RÉU PRESO)

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Assist.: BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN

Reptes.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO E PROCURADOR REGIONAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL

Advs./Procs.: DRS. PAULO NAPOLEÃO GONÇALVES QUEZADO E OUTROS, RUY JOAQUIM BÉZERRA DA SILVA JÚNIOR E OUTRO, LAUREANO FRANCISCO A. DE OLIVEIRA, AGILEU LEMOS DE SOUZA E EDUARDO DA SILVA LOPES

EMENTA: PENAL. PERSECUÇÃO DECORRENTE DO FURTO AO BANCO CENTRAL EM FORTALEZA (CE). FAMILIARES E AMIGOS DE UM DOS INVASORES QUE, NÃO PARTICIPANTES DA EMPREITADA, SOFRERAM A IMPUTAÇÃO DE HAVEREM COMETIDO OS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO E DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CONDUTAS, TODAVIA, QUE NÃO FORAM PERPETRADAS COM ÂNIMO DE OCULTAÇÃO E/OU DISSIMULAÇÃO DA RES FURTIVA, MAS COM O PROPÓSITO EXCLUSIVO DE USÁ-LA. PROVIMENTO DOS APELOS DA DEFESA PARA DECRETAR A ABSOLVIÇÃO DOS RECORRENTES.

- Não há nulidade se o advogado do réu, ao ensejo da apresentação de suas alegações finais, acabou formulando defesa genérica, mais ainda quando o patrono pretensamente desidioso foi constituído pela própria parte.

- Inexiste, também, qualquer ilegalidade nas es-

cutas telefônicas realizadas entre os meses de julho a novembro de 2007, seja porque (i) a quebra de sigilo inicial e suas prorrogações foram devidamente fundamentadas, seja porque (ii) o próprio ato de prorrogar a interceptação assenta-se na mais que indubitosa complexidade da causa (subjetivamente abrangente), seja, enfim, porque (iii) os diálogos relevantes foram transcritos e trazidos aos autos, o que acabou permitindo regular contraditório sobre todos eles.

- Ainda quando o “furto” não estivesse entre os ilícitos que, à época dos gastos apurados neste processo, figuravam no rol dos crimes capazes de pavimentarem a realização do crime autônomo de lavagem de dinheiro, mercê do cometimento posterior de gestos de ocultação e/ou dissimulação da res furtiva, o fato é que o MPF pretendeu configurado o branqueamento de capitais porque o crime antecedente (o furto havido no BACEN) teria sido cometido por “organização criminosa”, o que já permitiria, por si, a incidência da norma penal incriminadora (Lei 9.613/1998, art. 1º, VII).

- Não há inconstitucionalidade na Lei 9.613/1998, art. 1º, VII, sobretudo porque o conceito de “organização criminosa”, que aquele diploma não define, foi suficientemente aperfeiçoado através da Convenção de Palermo, aprovada pelo Decreto Legislativo 231/03 e promulgada pelo Decreto 5.015/04, donde a inocorrência da vulneração à taxatividade constitucional (art. 5º, XXXIX). Ainda quando haja alguma contribuição doutrinária em sentido contrário, apontando a pretensa inconstitucionalidade da referida lei e/ou de sua aplicação, a jurisprudência parece caminhar na direção de sua constitucionalidade, cf. HC 77.771-SP do STJ.

- O cometimento do crime antecedente através de “organização criminosa” – como aconteceu,

sim, no caso do furto que vitimou o Banco Central do Brasil – não interfere na prática da lavagem através de “quadrilha”, já que, sendo ilícitos distintos e autônomos, poderiam ter sido cometidos por agrupamentos diferentes (não há, pois, qualquer bis in idem na hipótese). É isso, aliás, o que sustenta o Parquet relativamente às pessoas envolvidas no caso apurado, vinculadas todas elas – segundo disse – a dois invasores do BACEN, mas que não participaram do famoso “assalto”: parentes de amigos de Antônio Arzeno da Cruz teriam branqueado parte dos valores os quais, depois da divisão do butim, cobriram a si e ao comparsa Marcos Rogério Machado de Moraes.

- Relevante dizer que o presente processo criminal iniciou-se com 9 (nove) denunciados, mas houve desmembramento porque a (então) ré Nadir Santana não foi encontrada, de modo que a sentença acabou por condenar os oito réus restantes a penas que vão de 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 400 dias-multa (cada um deles dosado em 2 salários-mínimos vigentes à época dos fatos), a 105 (cento e cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 2.400 (dois mil e quatrocentos) dias-multa (cada dia-multa fixado em 1 salário mínimo vigente à época dos fatos).

- Errou, porém, a sentença. A par do evidente excesso das penas cominadas (algumas superiores àquelas que foram destinadas aos próprios “assaltantes” do BACEN, a revelar sua mais que evidente desproporcionalidade), o fato é que própria condenação não se sustenta, porque nenhuma das condutas que os réus adotaram caracteriza (quer semântica, quer juridicamente) gesto de ocultação e/ou de dissimulação da res furtiva, mas mera usufruição (expressão, aliás, também utilizada na sentença, cf. fl. 2.306). Tal con-

clusão vale para (i) a compra de imóveis, de automóveis (carros e motocicletas) e de gado; (ii) para a aquisição de CDs e DVDs; (iii) para mútuos celebrados com terceiros; e, igualmente, (iv) para as transferências feitas entre contas bancárias oficiais, gestos que a sentença considerou como lavagem, mas que, de tão ostensivos, com ela jamais poderiam ou podem ser confundidos.

- Descaracterizado, então, o crime de “lavagem”, é impossível falar-se de associação capaz de dar ensejo à configuração de um “bando” urdido para praticá-la (CP, art. 288).

- Apelações providas, conquanto rejeitadas as preliminares, a bem de que seja decretada a absolvição dos réus.

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 as apelações, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Trata-se de apelações criminais (oito) interpostas por FRANCISCO ALTANIR DA CRUZ, RAIMUNDO ALVES SILVA, LUÍS IDALMIR DA CRUZ, JOSÉ MARIA PAULINO RODRIGUES, DANIEL PINHEIRO RODRIGUES, VALDIR SANTANA, ALCIDES SANTANA e OSVALDO VICENTE DA SILVA contra sentença que, julgando procedente em parte a denúncia, condenou-os pelo crime previsto na

Lei nº 9.613/98, art. 1º, VII, e § 1º, I, II, c/c art. 288 do Código Penal, aplicando-lhes as seguintes penas:

a) FRANCISCO ALTANIR DA CRUZ – 89 (oitenta e nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão (inicialmente em regime fechado), mais 1.800 (um mil e oitocentos) dias-multa, sendo cada dia-multa fixado em 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos;

b) RAIMUNDO ALVES SILVA – 105 (cento e cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão (inicialmente em regime fechado), mais 2.400 (dois mil e quatrocentos) dias-multa, sendo cada dia-multa fixado em 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos;

c) LUÍS IDALMIR DA CRUZ – 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão (inicialmente em regime semiaberto), mais 400 (quatrocentos) dias-multa, sendo cada dia-multa fixado em 2 (dois) salários mínimos vigentes à época dos fatos;

d) JOSÉ MARIA PAULINO RODRIGUES – 18 (dezoito) anos de reclusão (inicialmente em regime fechado), mais 800 (oitocentos) dias-multa, sendo cada dia-multa fixado em 2 (dois) salários mínimos vigentes à época dos fatos;

e) DANIEL PINHEIRO RODRIGUES – 28 (vinte e oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão (inicialmente em regime fechado), mais 1.200 (um mil e duzentos) dias-multa, sendo cada dia-multa fixado em 2 (dois) salários mínimos vigentes à época dos fatos;

f) VALDIR SANTANA – 23 (vinte e três) anos de reclusão (inicialmente em regime fechado), mais 1.200 (um mil e duzentos) dias-multa, sendo cada dia-multa fixado em 2 (dois) salários mínimos vigentes à época dos fatos;

g) ALCIDES SANTANA – 13 (treze) anos de reclusão (inicialmente em regime fechado), mais 800 (oitocentos) dias-multa, sendo cada dia-multa fixado em 2 (dois) salários mínimos vigentes à época dos fatos; e

h) OSVALDO VICENTE DA SILVA – 42 (quarenta e dois) anos de reclusão (inicialmente em regime fechado), mais 1.400 (um mil e quatrocentos) dias-multa, sendo cada dia-multa fixado em 2 (dois) salários mínimos vigentes à época dos fatos.

Eis as razões das apelações:

1. ALCIDES SANTANA alega: a) nulidade das provas obtidas nas interceptações telefônicas, pois teria sido excedido o prazo determinado pelo art. 5º da Lei 9.296/98, não sendo permitidas renovações sucessivas por tempo indeterminado; b) que não haveria prova robusta do liame subjetivo entre o recorrente e os outros acusados, a afastar, então, o concurso de pessoas, *sine qua non* ao crime de formação de quadrilha; c) que o réu seria primário e de bons antecedentes, devendo incidir em seu favor o princípio da presunção de inocência; e d) ausência de justa causa para a ação penal, pois não haveria prova de que o recorrente houvesse lavado o dinheiro oriundo do furto ao BACEN;

2. FRANCISCO ALTANIR DA CRUZ insurge-se contra as interceptações telefônicas como meio exclusivo de prova e alega ausência de tipicidade para a ocorrência dos crimes de quadrilha e de lavagem de dinheiro, bem como a inexistência de concurso material entre os ilícitos que lhe foram imputados;

3. OSVALDO VICENTE DA SILVA, DANIEL PINHEIRO RODRIGUES e VALDIR SANTANA em suas apelações, suscitam: a) a necessidade de declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* do art. 1º, VII, da Lei nº 9.613/98; b) que deveriam ser absolvidos em decorrência de insuficiência de provas para a condenação; c) que, em restando frustradas as postulações anteriores, deveria haver a prolação de acórdão absolutório, mediante abrigo da tese de inidoneidade das interpretações telefônicas realizadas; e d) a absolvição em relação à acusação pela prática do crime de quadrilha, pois a ausência de dolo conduziria à atipicidade de sua conduta;

4. RAIMUNDO ALVES SILVA alega: a) nulidade das provas obtidas nas interceptações telefônicas, pois teria sido excedido o prazo determinado pelo art. 5º da Lei 9.296/98, não sendo permitidas renovações sucessivas por tempo indeterminado; b) não existiriam provas concretas da atuação criminosa do recorrente; c) a necessidade de afastamento da regra do concurso material e, igualmente, o afastamento daquela prevista na Lei de Lavagem; d) e, caso a condenação seja mantida, que a pena deveria ser fixada no mínimo legal, tendo em vista que o recorrente seria primário, com profissão definida e renda fixa;

5. LUÍS IDALMIR DA CRUZ afirma que não estariam presentes os elementos objetivos ou subjetivos do tipo, bem como não teria restado comprovado que houvesse auxiliado na eventual prática do crime, tendo sido acusado apenas por ser irmão de um dos acusados; e

6. JOSÉ MARIA PAULINO RODRIGUES argui: a) a nulidade do processo por violação à ampla defesa, pois as alegações finais apresentadas por seu patrono teriam sido genéricas; b) que a interceptação telefônica não teria sido transcrita em seus exatos termos e haveria, antes de cada transcrição, uma interpretação prévia feita pela polícia federal; c) a condenação teria sido baseada apenas nos elementos presentes em inquérito; d) a prescrição do crime de favorecimento pessoal; e) a inconstitucionalidade *incidenter tantum* do art. 1º, VII, da Lei nº 9.613/98, reconhecendo-se, por consequência, a atipicidade da conduta e absolvição pelo crime de lavagem de dinheiro; f) a inexistência do crime de quadrilha pela falta de dolo associativo; g) que o convertimento de numerário furtado em ativos lícitos (no caso, banda de forró) e a aquisição de CDs e DVDs, seriam ações vinculadas ao mesmo fato, devendo, então, ser aplicada apenas uma pena do crime de lavagem de dinheiro para as duas condutas.

Contrarrazões apresentadas pelo Ministério Público.

O Banco Central do Brasil (BACEN) também apresentou contrarrazões, na qualidade de assistente da acusação.

Nesta instância, remetidos os autos à Procuradoria Regional da República, opinou o ilustre representante do *Parquet* pela manutenção da sentença em todos seus termos.

Houve revisão.

Pus o feito em pauta e, tendo ficado remanescente por longo período, retirei-o, a bem de colocá-lo novamente (agendando o julgamento, desta feita, para o dia 8 de outubro, data em que ele está sendo finalmente realizado).

É o que importa relatar.

VOTO

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

Este processo é uma (mais uma) das apurações judiciais decorrentes do espetaculoso furto à sede do BACEN localizada em Fortaleza. Esclareça-se de logo que, neste feito, não se julga o “assalto” em si, mas a possível lavagem do dinheiro com ele obtido, mais precisamente o *branqueamento* que se disse perpetrado por alguns parentes e amigos de **Antônio Artenho da Cruz**, relativamente aos valores que, depois da divisão do butim, couberam a si e ao comparsa **Marcos Rogério Machado de Moraes**.

Também é relevante sublinhar que o processo iniciou-se com 9 (nove) denunciados, mas foi desmembrado, durante a tramitação em primeiro grau, haja vista que a (então) ré Nadir Santana não foi encontrada, de modo que a sentença acabou por condenar os oito réus restantes a penas que vão de 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 400 dias-multa (cada um deles dosado em 2 salários-mínimos vigentes à época dos fatos), a 105 (cento e cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 2.400 (dois mil e quatrocentos) dias-multa (cada dia-multa fixado em 1 salário mínimo vigente à época dos fatos).

Os apelos, demais das substanciosas teses meritórias que veiculam, retratam algumas preliminares processuais, as quais, diante da prejudicialidade ostentada, tenho por bem enfrentar em primeiro lugar.

I - PRELIMINARES PROCESSUAIS

JOSÉ MARIA PAULINO RODRIGUES argui, consoante visto no relato formulado, a) a nulidade do processo por violação à ampla defesa, já que as alegações finais apresentadas por seu patrono teriam sido genéricas, b) que a interceptação telefônica não teria sido transcrita em seus exatos termos e haveria, antes de cada transcrição, uma interpretação prévia feita pela polícia federal, e c) que a condenação teria sido baseada apenas nos elementos presentes em inquérito.

Não tem razão, contudo, em qualquer uma dessas alegações.

Em primeiro lugar, anoto que não há nulidade se o advogado do réu, ao apresentar alegações finais, formula defesa genérica, mais ainda quando o patrono pretensamente desidioso foi constituído pela própria parte queixosa, ou seja, não era bacharel designado pelo juízo para o exercício de *munus publico*; a ser verdadeira, como é, a premissa de que o litigante tem o natural direito de escolher o patrono que o defenderá em juízo, é indubitado que ele precise suportar as consequências (inclusive técnicas) de sua opção.

Ainda que assim não tivesse sido – pondere-se a hipótese –, vale lembrar que não houve prejuízo ao recorrente, porque tudo o que ele gostaria de ter sustentado em alegações finais acabou verbalizando, depois, em suas razões de apelação (recurso cuja natureza, sabidamente ordinária, enseja devolutividade objetivamente ampla).

Do mesmo modo, estou certo de inexistir qualquer laivo de ilegalidade nas escutas telefônicas (decretadas no período de julho a novembro de 2007), seja porque (i) a quebra de sigilo inicial e suas prorrogações foram devidamente fundamentadas, seja porque (ii) o próprio ato de prorrogar a interceptação tem justificativa na indubitosa complexidade da causa (subjetivamente abrangente), seja, enfim, porque (iii) os diálogos relevantes foram transcritos e trazidos aos autos, o que acabou permitindo regular contraditório sobre todos eles (trazer as demais conversações seria apenas cultuar o supérfluo, com o que a jurisdição não pode, nem deve, pactuar).

Anoto que a regra da improrrogabilidade da “quebra” – de origem que considero pretoriana, e não legislativa – assegura a privacidade das pessoas investigadas, mas precisa conviver com situações extremas, como aquela retratada nos presentes autos, na qual prorrogar a interceptação não era medida apenas possível, mas absolutamente necessária à perfeita elucidação dos tormentosos fatos de interesse criminal. Neste sentido, vale lembrar que a Lei 9.296/96, em seu art. 5º, não limita a renovação a uma única oportunidade, senão que coube à jurisprudência construir (à luz da proporcionalidade e dando ênfase à dicção legal dos “quinze dias” mais “quinze dias”) limites exegéticos à prorrogação (os

quais – eu insisto – não tenho como vulnerados na hipótese vertente):

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Não é correto, outrossim, asseverar que a condenação findou baseada em elementos de convicção somente presentes no inquérito policial. É, de fato, indiscutível que a sentença – peça muito bem elaborada, de um cuidado invejável no trato das apurações fáticas – os abordou longamente. Mas é equivocada dizer que houvesse parado neles.

Atente-se, por exemplo, à referência feita às versões colhidas em juízo, itens 147 e 148 (às fls. 2.421 e 2.422), que se reportam aos depoimentos das testemunhas arroladas pela defesa de JOSÉ MARIA PAULINO RODRIGUES.

São, portanto, preliminares que merecem reproche.

II - CRIME DE FAVORECIMENTO PESSOAL (CP, ART. 348): EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Também não reclama acolhida a arguição de que a punibilidade do crime de favorecimento pessoal (CP, art. 348) teria sido apanhada pela prescrição. Credite-se esta certeza menos à tese em si mesma, e mais ao fato de que a própria sentença já cuidara de afirmá-lo, fazendo-o, aliás, em pelo menos duas oportunidades (fls. 2.322 e 2.483). No fim de contas, a condenação que houve – e contra a qual os apelos apontam sua artilharia – deu-se pelos crimes de lavagem e de formação de quadrilha. Só e tão somente.

III - A PRETENZA INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA INSERTA NA LEI 9.613/1998, ART. 1º, VII.

Ainda quando o “furto” não estivesse entre os ilícitos que, à época dos gastos apurados neste processo criminal, figuravam no rol dos ilícitos capazes de realizar o cometimento do crime de lavagem de dinheiro, mercê do cometimento posterior de gestos de ocultação e/ou dissimulação da *res furtiva* (redação original da

Lei 9.613/98), o fato é que o *Parquet* pretendeu configurado o *branqueamento* de capitais porque o crime antecedente (o furto no BACEN) teria sido cometido por “organização criminosa”, o que já permitiria, por si, a incidência da norma incriminadora prevista no art. 1º, VII, da lei regente:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

(...)

VII - praticado por organização criminosa.

Sendo certo que “organização criminosa” é conceito confundível com o de “quadrilha” – diferenciação indubitosa a partir da Lei 10.217/01 –, os recorrentes, então, à míngua de uma narrativa legal que preenchesse o conteúdo da norma de incriminação, esboçaram o argumento de que ela seria inconstitucional. Mas não têm, também aqui, qualquer razão, sobretudo porque o conceito de “organização criminosa” foi aperfeiçoado através da Convenção de Palermo, aprovada pelo Decreto Legislativo 231/03 e promulgada pelo Decreto 5.015/04, donde, pois, a inócência de qualquer possibilidade de vulneração à taxatividade constitucional (art. 5º, XXXIX).

É certo que nem todos os doutrinadores têm este meu entendimento; destaco, como exemplo de divergência, a sempre relevante lição de Luiz Flávio Gomes, em texto intitulado “Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo”, o qual pode ser encontrado no sítio “www.lfg.com.br”:

1º) a definição de crime organizado contida na Convenção de Palermo é muito ampla, genérica, e viola a garantia da taxatividade (ou de certeza), que é uma das garantias emanadas do princípio da legalidade;

2º) a definição dada, caso seja superada a primeira censura acima exposta, vale para nossas relações com o direito internacional, não com o direito interno; de outro lado, é da essência dessa definição a natureza transnacional do delito (logo, delito interno, ainda que organizado, não se encaixa nessa definição). Note-se que a Convenção exige “(...) grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente

há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”. Todas as infrações enunciadas na Convenção versam sobre a criminalidade transnacional. Logo, não é qualquer criminalidade organizada que se encaixa nessa definição. Sem a singularidade da transnacionalidade não há que se falar em adequação típica, do ponto de vista formal;

3º) definições dadas pelas convenções ou tratados internacionais jamais valem para reger nossas relações com o Direito penal interno em razão da exigência do princípio da democracia (ou garantia da *lex populi*).

Mas, com todo respeito, não vejo na convenção largueza terminológica capaz de comprometer a segurança jurídica, fundamento basilar da legalidade constitucional (art. 5º, XXXIX):

(...) grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Demais disso, sua internalização, havendo-a submetido aos titulares da política legislativa nacional, implica admiti-la inclusive sob a ótica de nossa, digamos, democracia “interna”, pelo que, além de válido, o conceito, já então compatibilizado com nosso ordenamento jurídico, pode e deve ser tomado em consideração para dar densidade à norma incriminadora ora examinada. A jurisprudência caminha neste sentido, como se percebe do HC 77.771-SP do STJ, Relatora a Ministra Laurita Vaz:

HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE DINHEIRO. INCISO VII DO ART. 1º DA LEI Nº 9.613/98. APLICABILIDADE. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONVENÇÃO DE PALERMO APROVADA PELO DECRETO LEGISLATIVO Nº 231, DE 29 DE MAIO DE 2003, E PROMULGADA PELO DECRETO Nº 5.015, DE 12 DE MARÇO DE 2004. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA A PERSECUÇÃO PENAL.

1. Hipótese em que a denúncia descreve a existência de organização criminosa que se valia da estrutura de entidade religiosa e empresas vinculadas, para arrecadar vultosos valores, ludibriando fiéis mediante variadas fraudes – mormente estelionatos –, desviando os numerários oferecidos para determinadas finalidades ligadas à Igreja em proveito próprio e de terceiros, além de pretensamente lucrar na condução das diversas empresas citadas, algumas por meio de “testas-de-ferro”, desvirtuando suas atividades eminentemente assistenciais, aplicando seguidos golpes.
2. Capitulação da conduta no inciso VII do art. 1º da Lei nº 9.613/98, que não requer nenhum crime antecedente específico para efeito da configuração do crime de lavagem de dinheiro, bastando que seja praticado por organização criminosa, sendo esta disciplinada no art. 1º da Lei nº 9.034/95, com a redação dada pela Lei nº 10.217/2001, c/c o Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Precedente.

IV - QUESTÕES MERITÓRIAS PROPRIAMENTE DITAS

Anoto, na sequência, que o cometimento do crime antecedente através de “organização criminosa” – exatamente como no caso do furto que vitimou BACEN, o que digo, sim, à luz da Convenção de Palermo – não interfere no posterior cometimento da lavagem através de “quadrilha”, porque, sendo ilícitos distintos e autônomos, poderiam ter sido cometidos por agrupamentos também distintos e autônomos (não há *bis in idem*). É exatamente isso o que sustenta o *Parquet* relativamente às pessoas envolvidas no caso apurado, vinculadas todas elas a dois invasores do BACEN, mas que não participaram do famoso “assalto”: parentes de amigos de **Antônio Artenho da Cruz** teriam *branqueado* parte dos valores os quais, depois da divisão do butim, couberam a si e a **Marcos Rogério Machado de Moraes**.

Mas por que razão, então, eu não acompanho a sentença em todas as suas conclusões? A resposta é simples, quase trivial. A par do evidentiíssimo excesso nas sanções que foram cominadas – algumas superiores àquelas que foram destinadas aos próprios

“assaltantes” do BACEN, a revelar sua mais que evidente desproporcionalidade –, o fato é que própria condenação não se sustenta, porque nenhuma das condutas que os réus adotaram caracteriza (quer semântica, quer juridicamente) gesto de *ocultação* e/ou de *dissimulação* da *res furtiva*, mas mera *usufruição* (expressão, aliás, também utilizada na primeira instância à fl. 2.306).

Transcrevo as conclusões do juízo *a quo* para cada um dos acusados, dispensando as considerações quanto ao crime de favorecimento pessoal, haja vista as razões já declinadas:

1) FRANCISCO ALTANIR DA CRUZ (fl. 2.382):

117 - Do exposto, temos que os áudios interceptados conjugados com os demais depoimentos e provas acostadas aos autos, tais como relatórios de inteligência e vigilância policiais, deixam claro que FRANCISCO ALTANIR DA CRUZ não só tinha ciência da participação do irmão “BODE” no furto perpetrado contra o Banco Central em Fortaleza, como se beneficiou do dinheiro furtado. Francisco Altanir realmente promoveu vastos delitos de “lavagem”, no entanto, só restaram comprovados nos autos as seguintes “lavagens”: 1) em banda de forró; 2) na aquisição do veículo GOL; 3) na aquisição de CD’s e DVD’s; 4) no empréstimo de R\$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais) ao empresário José Ivaldo Bezerra da Silva; 5) no empréstimo de R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais) ao empresário José Ivaldo Bezerra da Silva; 6) transferências do dinheiro furtado para a agência: 1511, conta corrente: 116574-0 – Gabriel, Unibanco; 7) para o Banco do Brasil, agência: 1227-0, conta corrente: 31.225-8, em nome de: José E. R. Santos; 8) para a Caixa Econômica Federal, agência 4089, conta poupança: 2461-7, em nome de Lenir. Portanto, cometeu Francisco Altanir, comprovadamente, **8 (oito) delitos** de “Lavagem” ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores (art. 1º, VII, c/c o art. 1º, I, II, da Lei 9.613/98).

118 - Restou também demonstrado que Francisco Altanir associou-se com mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para cometer os delitos de “lavagem”, especialmente com seus irmãos, Antônio Artênio da Cruz (vulgo “BODE”) e Luís Idalmir da Cruz, com Raimundo Alves da Silva (vulgo “Raimundinho

do Lua de Mel” ou “Gordo”), José Maria Paulino Rodrigues (Zé Maria), Osvaldo Vicente da Silva (vulgo “Vavá”), dentre outros.

2) RAIMUNDO ALVES (fls. 2.407 e 2.408):

135 - Do exposto, temos que os áudios interceptados conjugados com os demais depoimento e provas acostadas aos autos, tais como relatórios de inteligência e vigilância policiais, **demonstram inequivocamente que Raimundo Alves (“Gordo”) é um dos principais mentores do processo de branqueamentos de ativos de Antônio Artenho da Cruz**, sendo alguns dos demais réus desse processo seus prepostos, por ele utilizados como eficazes instrumentos de ocultação e lavagem de recursos amealhados com o furto ao BACEN/CE. Muitos outros delitos de “lavagens” foram promovidos por Raimundo Alves da Silva, vulgo “Gordo” ou “Raimundinho do Lua de Mel”, no entanto, só restaram comprovados nos autos os seguintes: 1) em banda de forró; 2) na aquisição do veículo GOL; 3) na aquisição de DVD’s; 4) no empréstimo de R\$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais) ao empresário José Ivaldo Bezerra da Silva; 5) no empréstimo de R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais) ao empresário José Ivaldo Bezerra da Silva (esses cinco delitos foram realizados em participação com FRANCISCO ALTANIR DA CRUZ, conforme visto anteriormente); 6) transferências do dinheiro furtado para a agência: 1511, conta corrente: 116574-0 – Gabriel, Unibanco; 7) para o Banco do Brasil, agência: 1227-0, conta corrente: 31.225-8, em nome de: José E. R. Santos; 8) para a Caixa Econômica Federal, agência: 4089, conta poupança: 2461-7, em nome de Lenir; 9) compra do imóvel situado na Rua Reverendo Paulo Lício Rizzo, nº 248, com área construída de 259,33 metros quadrados, matrícula nº 47.865 do 2º Registro de Imóveis da cidade de São Bernardo do Campo/SP (v. apenso II); 10) nas compras de bens semoventes (gado) para o genitor de “Bode”, José Dito Barbosa; 11) no empréstimo da quantia de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) para a pessoa conhecida como RONALD. Portanto, cometeu Francisco Altanir, comprovadamente, 11 (onze) delitos de “Lavagem” ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores (art. 1º, VII, c/c o art. 1º, I, II, da Lei 9.613/98). Portanto, cometeu Francisco Altanir, comprovadamente, **11**

(onze) delitos de “Lavagem” ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores, capitulados no artigo 1º, VIII e § 1º, I e II, da Lei 9.613/98.

136 - Restou também demonstrado que RAIMUNDO ALVES DA SILVA associou-se com mais três pessoas, em quadrilha ou bando, para cometer os delitos de “lavagem”, especialmente com Antônio Artênio da Cruz (vulgo “Bode”) e seus irmãos Francisco Altenir da Cruz (vulgo “Neném do Dito”) e Luís Idalmir da Cruz, além de José Maria Paulino Rodrigues (Zé Maria), Osvaldo Vicente da Silva (vulgo “Vavá”), dentre outros.

3) LUIZ IDALMIR (fl. 2.417):

141 - A testemunha de acusação Antônio Celso dos Santos, Delegado do Serviço especial de inteligência da Polícia Federal de Brasília, responsável pela investigação do furto qualificado ao BACEN/CE, confirmou a participação de Luis Idalmir, um dos “lavadores” de Antônio Artenho. Vejamos trechos de seu depoimento relacionados ao réu Luis Idalmir da Cruz (fls. 1287/1294):

(...) que Luiz Idalmir da Costa, conhecido como “Luiz” ou “Idalmir” – trata-se do irmão de “Bode” e durante a investigação foram verificados diversos contatos dele com Daniel Pinheiro, vulgo “Hélio”, sempre visando intermediar transferências de dinheiro entre “bode” e outras pessoas a ele ligadas; que Francisco Altanir da Cruz, vulgo “Neném do Dito”, também é irmão de “Bode” e ex-marido de Geniglei Alves dos Santos, irmã de “Alemão”: que se trata de ex-presidiário e na época da investigação estava vivendo com uma mulher chamada Karine; que ele recebia dinheiro de “Bode” por intermédio de Idalmir, Daniel Pinheiro e Raimundinho, por transferências bancárias em contas de terceiros indicados por “Neném”; (...) QUE no decorrer da investigação, ficou evidenciado que Luís Idalmir mantinha contato muito estreito com Daniel Pinheiro, o qual intermediava o contato com “Bode”, a fim de remeter valores: que no seu entender, houve indícios suficientes da participação de Luis Idalmir, até porque tinha consciência da ilicitude que cercava as transferências: que o depoente participou pessoalmente de duas diligências na residência de “José Dito”, mas não da diligência específica ocorrida em

25 de setembro de 2008; que não se recorda se a equipe que fez essa diligência chegou a constatar a presença de Luís Idalmir, mas em uma das diligências que o depoente efetuou, chegou a vê-lo na residência; que não se recorda se foi encontrada alguma coisa especificamente na casa de Luís Idalmir, mas se isso ocorreu está nos autos; que não se recorda se em alguma conversa interceptada Luís Idalmir admitiu que estivesse com dinheiro proveniente do furto ao BACEN, mas é difícil que isso tenha ocorrido, pois ninguém admitia esse fato; que pelo que se recorda, o dinheiro (aproximadamente cento e nove mil reais) não foi apreendido nem na casa nem no terreno do pai de Luís Idalmir, mas sim em um carro de presos que estavam no local; que não foi feito um levantamento da evolução patrimonial de Luis Idalmir antes e após o furto ao BACEN. (...).

142 - Apesar do contexto probatório indicar maior participação do réu Luis Idalmir nos diversos crimes de “lavagens” investigados, apenas um desses delitos (“lavagem” em continuidade delitiva) foi devidamente comprovado, especialmente devido à pobreza da investigação em relação ao referido acusado.

4) JOSÉ MARIA PAULINO (fl. 2.427):

151 - Dessa forma, a conjugação dos áudios interceptados com os demais depoimentos e provas aos autos, tais como relatórios de inteligência e vigilância policiais, deixam claro que JOSÉ MARIA PAULINO RODRIGUES promoveu vastos delitos de “lavagem”, no entanto, só restaram comprovados nos autos os seguintes: 1) em banda de forró; 2) na aquisição de CD's e DVD's; 3) na transferência (TED) de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) de José Maria para Neném do Dito, dinheiro proveniente do furto. Portanto, cometeu José Maria, comprovadamente, **3 (três) delitos** de “Lavagem” ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores (art. 1º, VII, c/c o art. 1º, I, II, da Lei 9.613/98).

152 - Restou também demonstrado que JOSÉ MARIA PAULINO RODRIGUES associou-se com mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para cometer os delitos de “lavagem”, especialmente com Antônio Artênio da Cruz (vulgo “Bode”) e seus irmãos Francisco Altenir da Cruz (vulgo “Neném do Dito”) e

Luís Idalmir da Cruz, além Daniel Pinheiro Rodrigues (“Hélio”), dentre outros, praticando, assim, o tipo previsto no **artigo 288 do Código Penal**.

5) DANIEL PINHEIRO (fls. 2.443 e 2.444):

168 - Dessa forma, a conjugação dos áudios interceptados com os demais depoimentos e provas acostadas aos autos, tais como relatórios de inteligência e vigilância policiais, deixam claro que DANIEL PINHEIRO RODRIGUES promoveu vastos delitos de “lavagem”. Restaram comprovadas nos autos as seguintes “lavagens”: 1) em transferência bancária, através da conta corrente nº 7174-9 - BRADESCO, agência: 2350-7, titular Josemir Rodrigues; 2) via conta corrente: 31.225-8 - Banco do Brasil, agência: 1227-0, em nome de: José E. R. Santos; 3) por intermédio da conta poupança nº 1001676-2 - BRADESCO, agência: 0687-4, titular Derir Jales Melo; 4) na transferência do terreno, descrito no item 165, para Oliveira Andrade Adelino; 5) no repasse da quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para o réu Valdir Santana, a mando de Artenho (Bode). Portanto, cometeu Daniel, comprovadamente, **5 (cinco) delitos** de “Lavagem” ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores (art. 1º, VII, c/c o art. 1º, I, II, da Lei 9.613/98).

6) VALDIR SANTANA (fls. 2.456 e 2.457):

183 - Dessa forma, a conjugação dos áudios interceptados com os demais depoimentos e provas acostadas aos autos, tais como relatórios de inteligência e vigilância policiais, deixam claro que VALDIR SANTANA promoveu vastos delitos de “lavagem”. Restaram comprovadas nos autos as seguintes “lavagens”: 1) em transferência bancária, através da conta da Caixa Econômica Federal, número: 1546.013258-9, em nome de Maria Aparecida; 2) no recebimento da quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para branqueamento; 3) participação na aquisição, posse e uso do veículo HILLUX, de placa HPM 3719/MA. Portanto, cometeu Valdir Santana, comprovadamente, **3 (três) delitos** de “Lavagem” ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores (art. 1º, VII, c/c o art. 1º, I, II, da Lei 9.613/98).

184 - Por fim, restou também evidenciado que Valdir Santana é parte ativa da “quadrilha” montada para “lavar” o dinheiro fur-

tado do BACEN/CE, juntamente com Antônio Artênio da Cruz (vulgo “BODE”) e seus irmãos Francisco Altenir da Cruz (vulgo “Neném do Dito”) e Luís Idalmir da Cruz, além de Daniel Pinheiro Rodrigues (“Hélio”), Alcides Santana e Nadir Santana, dentre outros, praticando, assim, o tipo previsto no **artigo 288 do Código Penal**. A ficha individual constante nas fls. 605/633 demonstra tal assertiva, não havendo mais necessidade de sua transcrição.

7) ALCIDES SANTANA (fls. 2.460 e 2.461):

191 - Do exposto e, ainda, conforme já analisado nos itens 177/180, restou satisfatoriamente demonstrado que Alcides Saldanha participou de três “lavagens” do dinheiro proveniente da cota-parte de Antônio Artenho do furto ao BACEN/CE, vale dizer: 1º) uso da conta de terceiro (conta bancária da Caixa Econômica Federal, número: 1546.013258-9, em nome de Maria Aparecida Gomes) por parte de Alcides Saldanha, para depositar dinheiro proveniente do furto; 2º) intermediação no recebimento da quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para branqueamento; 3º) participação na aquisição, posse e uso do veículo HILLUX, de placa HPM 3719/MA (o endereço do proprietário do veículo estava registrado como sendo o de Alcides Saldanha).

192 - Apesar da existência de fortes indícios de que Alcides praticou vários outros delitos de “lavagem”, conforme diligências de vigilância empreendidas pelos investigadores (v. fls. 569/579), tal fato não restou concretamente comprovado, tendo em vista que a investigação restou comprometida em relação à pessoa de Alcides Saldanha, por conta da recusa da autoridade policial de São Luís/MA em participar, à época, da operação nacional que visava a efetivação de prisões temporárias de pessoas relacionadas ao bando de Antônio Artenho, dentre os quais o ora réu Alcides, e a de cumprimento de mandados de busca e apreensão em algumas residências localizadas no Maranhão, por entender que necessitaria de ordem específica da Justiça Federal daquele Estado (v. fl. 385).

193 - Finalizando a análise em relação a Alcides Santana, nenhuma dúvida restou quanto à participação dele na “quadrilha”

montada para “lavar” o dinheiro furtado do BACEN/CE, juntamente com Antônio Artênio da Cruz (vulgo “BODE”) e seus irmãos Francisco Altenir da Cruz (vulgo “Neném do Dito”) e Luís Idalmir da Cruz, além de Daniel Pinheiro Rodrigues (“Hélio”), Valdir Santana e Nadir Santana, dentre outros, praticando, assim, o tipo previsto no **artigo 288 do Código Penal**. A ficha individual constante nas fls. 562/580 demonstra tal assertiva, não havendo mais necessidade de sua transcrição.

8) OSVALDO VICENTE (fls. 2.480, 2.482 e 2.483):

211 - Dessa forma, a conjugação dos áudios interceptados com os demais depoimentos e provas acostadas aos autos, tais como relatórios de inteligência e vigilância policiais, deixam claro que OSVALDO VICENTE DA SILVA promoveu vastos delitos de “lavagem”. Restaram comprovadas nos autos as seguintes “lavagens”: 1) empréstimo a juros de R\$ 130.000,00, proveniente da cota-parte de Antônio Artenho no furto ao BACEN/CE, ao empresário José Ivaldo Bezerra da Silva; 2) empréstimo a juros de R\$ 170.000,00, também proveniente da cota-parte de Antônio Artenho no furto ao BACEN/CE, ao empresário José Ivaldo Bezerra da Silva; 3) transporte de R\$ 110.157,00 cento e dez mil, cento e cinquenta e sete reais), referente ao pagamento de empréstimo que “Bode” teria feito a Ivaldo, valor encontrado com Osvaldo quando de sua prisão na residência do pai de Antônio Artenho (Município de Olho D'Água dos Gomes – Boa Viagem/CE); 4) depósitos do dinheiro furtado em conta de terceiros; 5) incumbência de transferir o imóvel situado na Rua Projetada, s/nº, Tijupá Queimado – São José de Ribamar/MA para terceiros, adquirido com o dinheiro do furto e pertencente de fato ao assaltante Antonio Artenho (BODE); 6) na compra do veículo GM ASTRÁ de placa DON-8855, registrado em seu nome (de Osvaldo), referente à cota-parte de Marcos Rogério do dinheiro furtado. Portanto, cometeu Osvaldo Vicente, comprovadamente, **6 (seis) delitos** de “Lavagem” ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores (art. 1º, VII, c/c o art. 1º, I, II, da Lei 9.613/98).

213 - As provas são robustas no sentido de que OSVALDO VICENTE DA SILVA associou-se com mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para cometer os delitos de “lavagem”,

especialmente com Antônio Artênio da Cruz (vulgo “BODE”) e seus irmãos Francisco Altenir da Cruz (vulgo “Neném do Dito”) e Luís Idalmir da Cruz, além José Maria Paulino Rodrigues (“José Maria”), Raimundo Alves da Silva (vulgo “Raimundinho do Lua de Mel” ou “Gordo”), dentre outros, praticando, assim, o tipo previsto no **artigo 288 do Código Penal**. As fichas individuais dos acusados demonstram tal assertiva, não havendo mais necessidade de transcrição.

Não existe na narrativa transcrita, com escusas ao juízo de primeira instância, qualquer coisa parecida, mesmo remotamente, com o clássico gestual da “lavagem” de dinheiro, que consiste na manutenção não instantânea de certo mecanismo – e da rotina que lhe é imanente, feito engrenagem – para “tratamento” do capital, metamorfoseando sua natureza: antes, “sujo” e de ostentação proscribita, à míngua de lastro gênico lícito que fosse capaz de justificá-lo; depois de “lavado”, já então acrescido de uma nova nota de origem, patrimônio “limpo” e de exploração imune a qualquer tipo de questionamento, perseguição e recuperação.

É bem verdade que parte da doutrina vê lavagem em atos que, ainda quando praticados de maneira isolada, implicam alguma forma de ocultação e/ou dissimulação do capital.

Mas mesmo isso não é de ser declarado no caso vertente. Faço, para justificar esta minha certeza inabalável, as seguintes indagações:

i) a compra **real** de imóveis, de automóveis (carros e motocicletas) e de gado implica ocultação e/ou dissimulação do dinheiro furtado?

ii) de que maneira a **efetiva** celebração de contratos de mútuo com terceiros, bem assim a quase singela aquisição de CDs e DVDs, implica o dolo de ocultação e/ou dissimulação da *res furtiva*?

iii) como o simples transporte de dinheiro **efetivamente** emprestado pode configurar lavagem, se o empréstimo sequer se nega tenha realmente existido?

(iv) como dizer dissimuladas transferências feitas entre contas **oficiais**, desde sempre submetidas ao controle e à fiscalização dos órgãos de regulação do sistema bancário nacional?

A resposta a tais perguntas é mais que evidente. Todos os atos que a sentença considerou como lavagem, de tão ostensivos, com ela jamais poderiam ou podem ser confundidos. A meu juízo, o cometimento do crime de *branqueamento* de capitais, ainda quando se pretenda abandonar o tratamento “clássico” dado ao assunto, pressupõe uma gestualização muito, muito distinta do mero uso do dinheiro, objeto do crime. É dizer: toda lavagem pressupõe o uso do capital, mas nem todo uso do capital configura lavagem, porquanto esta exige, como sua, uma clandestinidade que, no caso dos autos, não se pode dizer tenha acontecido.

Apresso-me, então, a resumir: **a)** a posse do dinheiro do BACEN (pelas pessoas envolvidas neste processo) era **ilícita**; **b)** assentada esta premissa, tenho como verdadeiro que a autarquia poderia buscar, inclusive em juízo penal, tudo aquilo que fora negociado (irregularmente) com o seu capital.

Mas nada disso conduz à conclusão de que os gestos praticados pelos recorrentes tenham as cores de genuína lavagem, em cuja essência, repito, viceja o gene da clandestinidade, identificado no propósito de – seja através de ocultação, seja por meio de dissimulação – dar aparência de legalidade ao dinheiro que dela não é dotado. O simples uso do capital, aquele praticado de maneira ostensiva, conquanto incompatível com o sistema jurídico, não realiza o pressuposto da incriminação desejada, porque **não esconde**, mas compra; porque **não engana**, mas adquire; porque **não mente**, já que faz exatamente aquilo que diz fazer – financia, adquire e ostenta riqueza sem lastro legal, o que permite, aliás, seja apanhado até pelo olhar mais desarmado.

Descaracterizado, então, o crime de “lavagem”, tenho como impossível falar-se de associação capaz de dar ensejo à configuração de um “bando” urdido para praticá-la (CP, art. 288).

Por estas razões, rogando antecipadas vênias a entendimentos que já imagino sejam destoantes do meu, dou provimento às apelações, rejeitando as preliminares arguidas, mas absolvendo os réus – exclusivamente das imputações que lhes são feitas neste processo – com fundamento na norma insculpida no CPP, art. 386, III.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 9.506-RN

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelantes: ARVID BIRKELAND, GUILHERME VIEIRA DA SILVA E IVAN ANTAS PEREIRA PINTO JÚNIOR
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. DIEGO FELIS SALES E OUTROS E FELIPE MACEDO DANTAS E OUTRO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA, LAVAGEM DE DINHEIRO E EVASÃO DE DIVISAS. ART. 288 DO CÓDIGO PENAL, LEI Nº 9.613/98 E LEI Nº 7.492/86, RESPECTIVAMENTE. RÉU ESTRANGEIRO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA INTERNACIONAL. DENÚNCIA. CORRETA DESCRIÇÃO E Delineamento das condutas atribuídas aos réus. Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Necessidade de tradução da peça acusatória. Alegação inoportuna. Violação à ampla defesa. Inexistência. Tradução de todos os documentos. Não obrigatoriedade. Documentos não juntados aos autos pela defesa. Nulidade. Inocorrência. Juiz sentenciante. Titular da vara federal. Participação em audiências de oitiva de testemunhas. Distribuição do processo para este magistrado. Rejeição das preliminares. Delito de formação de quadrilha. Prescrição. Ocorrência. Interceptação telefônica. Degravação integral dos diálogos. Desnecessidade. Prorrogações sucessivas. Possibilidade. Decisões fundamentadas pelo magistrado. Ausência de maus-tratos a normas e princípios constitucionais. Preliminares derra-

DEIRAS AFASTADAS. MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. LAVAGEM DE CAPITAL. DOLO ESPECÍFICO DEMONSTRADO. COMPROVAÇÃO DOS DELITOS ANTECEDENTES. RELATÓRIO FISCAL ESTRANGEIRO. LIGAÇÃO CRIMINOSA SOCIETÁRIA ENTRE OS RÉUS. CRIAÇÃO DE EMPRESAS OFFSHORE. RENDAS DECLARADAS. PATRIMÔNIOS ADQUIRIDOS. INCOMPATIBILIDADE. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. EVASÃO DE DIVISAS. FORMA EQUIPARADA. ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO. NORMA PENAL EM BRANCO. REGULAMENTAÇÃO. BANCO CENTRAL DO BRASIL. CONSUMAÇÃO. SUFICIÊNCIA DO DOLO GENÉRICO. HABITUALIDADE. PRESCINDIBILIDADE. MODUS OPERANDI. SIMULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO. PREÇO INFERIOR AO REAL VALOR DOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS. DECLARAÇÃO DE BENS E VALORES À FAZENDA NACIONAL. IRRELEVÂNCIA. FINS CRIMINAIS. DEPÓSITO DE VALORES NO EXTERIOR. LIMITE REGULAMENTAR. DECLARAÇÃO. INSTITUIÇÃO MÁXIMA MONETÁRIA. NECESSIDADE. EFEITOS DA CONDENAÇÃO. PERDA DE BENS EM FAVOR DA UNIÃO. SEQUESTRO DE BENS. PRODUTOS RESULTANTES DA AÇÃO ILÍCITA. PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, EM RELAÇÃO AO CRIME DO ART. 288 DO CÓDIGO PENAL, ACOLHIDA. APELAÇÕES PACIALMENTE PROVIDAS.

- Os réus foram condenados pelo cometimento, em tese, dos delitos de formação de quadrilha ou bando, lavagem de dinheiro, e evasão de divisas, oportunidade em que a sentença vislumbra uma organização criminosa internacional.

- Tratando-se de delito em contexto societário, prescinde a peça acusatória de extenso detalhamento das ações imputadas aos réus, ante a

complexidade do feito, exigindo-se tão somente a relação entre eles e as empresas que tenham objeto ou fins ilícitos.

- Preliminares foram suscitadas pelos apelantes, sendo a primeira mencionada acerca da exigibilidade de o réu ser informado em sua língua, com celeridade, do teor da acusação. A peça acusatória fora devidamente traduzida, ainda que após o interrogatório judicial, inclusive, na audiência correspondente e em outros momentos da fase instrutória processual, todos neles acompanhados de seus respectivos procuradores legais e do tradutor nomeado pelo juízo, os acusados não se manifestaram neste sentido, o que se presumiu pela total compreensão deles a respeito do que a eles foi imputado na exordial. Preliminar afastada.

- Não há obrigatoriedade de que todos os documentos sejam traduzidos, e caso algum desses assim deva, é necessário que seja juntado aos autos pela parte interessada. Ainda, o recorrente não demonstrou em nenhum momento a impossibilidade de obtê-los por via própria, restando afastada a tese de que o Órgão Ministerial teria pinçado-os ou sonogado-os, pelo que não há no que se falar em nulidade decorrente.

- O juiz sentenciante não fora o mesmo que presidiu a instrução na maioria de seus atos processuais. Contudo, isso não é causa necessária de prejuízo à defesa, e, por conseguinte, de nulidade processual. Aquele magistrado, além de ser titular da vara federal para a qual o processo fora distribuído, presidiu duas audiências de oitiva de testemunhas, o que não gera maus-tratos ao princípio da identidade física do juiz.

- Reconhece-se a ocorrência da prescrição retroativa do crime de formação de quadrilha, motivo pelo qual são extintas as punibilidades dos agentes quanto a este delito. O lapso tem-

poral entre a data do fato delituoso e o recebimento da denúncia ultrapassa 4 (quatro) anos, período este referente ao prazo prescricional correspondente à pena in concreto dada aos réus, todas não superiores a 2 (dois) anos de reclusão, observando-se o disposto nos artigos 109, V, e 110, todos do Código Penal.

- Desnecessária a degravação de todos os diálogos colhidos das interceptações telefônicas. Ainda, não é verdade que as conversações tiveram suas transcrições de autoria exclusivamente ministerial, pois este procedimento respeitou os moldes previstos na legislação específica, qual seja a Lei nº 9296/96, especialmente no tocante à obrigatoriedade de as degravações serem feitas pela autoridade policial, conduta esta verificada in casu, motivo pelo qual não merece acolhida a preliminar suscitada, neste ponto.

- Cristalino o entendimento dos Tribunais Superiores a respeito da viabilidade de o prazo para a concessão das interceptações telefônicas ser prorrogado sucessivas vezes, se demonstrada a indispensabilidade deste meio probatório, e observados os termos legais, requisitos estes verificados nos autos, e adequadamente fundamentados nas decisões que determinaram as sucessões correspondentes. O óbice para a permanência destas diligências em casos como este, que integra uma complexidade de fatos, pluralidade de réus e de condutas delituosas, culminaria, aí sim, em uma ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Não há previsão legal que expresse uma permissão neste sentido, tampouco há que a negue. A imprescindibilidade deste instrumento probatório mostra-se como o amparo legal para qualquer decisão que prorogue seu prazo de operação, sem ferir os preceitos processuais penais e constitucionais.

- No que tange ao mérito das apelações, a respeito das condenações, há de se falar primeiramente das condutas relacionadas com o delito de lavagem de capitais. Não obstante este exigir, para a sua consumação, o dolo específico dos agentes, este fora devidamente demonstrado nos autos, visto que aqueles tinham plena consciência da procedência criminosa das fontes econômicas que culminaram com a transposição de movimentações imobiliárias e financeiras, nas quais tiveram participação.

- O delito de lavagem de capitais pressupõe a existência e a comprovação do cometimento de infrações antecedentes, que dão causa à origem ilícita dos objetos daquele crime. No caso dos autos, os atos criminosos prévios foram comprovados, pelo que consta nos relatórios fiscais emitidos pelas autoridades norueguesas.

- Constatada a criação de empresas offshore, modalidade comum na prática do delito de lavagem de capitais, situadas em “paraísos fiscais”, que têm por finalidade gerar mais vantagens, obstar responsabilidades fiscais perante às autoridades competentes, em intuito lucrativo. O “anonimato” desses estabelecimentos cobre a responsabilidade delas, ocultando a sua origem em detrimento das exigências tributárias e monetárias correspondentes.

- A partir dos dados apresentados pela autoridade fazendária brasileira, verifica-se a incompatibilidade entre as rendas declaradas pelos réus e o patrimônio supostamente adquirido por eles, como forma de dissimular a sua origem.

- No tocante às imputações relativas ao crime contra o Sistema Financeiro Nacional, qual seja a forma equiparada no dispositivo legal que tipifica a evasão de divisas, contém o preceito penal elementos normativos do tipo que caracterizam uma norma penal em branco, a qual exi-

ge regulamentação específica, a qual, no caso, tem fulcro nas disposições do Banco Central do Brasil, órgão monetário máximo pátrio, que define o limite mínimo de valor para ter que se declarar os depósitos financeiros no exterior, obtidos e mantidos por pessoas físicas ou jurídicas com residência, domicílio ou sede no Brasil. No caso dos autos, os réus não apresentaram elementos que comprovassem qualquer declaração neste sentido, tendo em vista que possuíam valores no exterior superiores a US\$ 100.000,00 (cem mil dólares estadunidenses), sendo irrelevante, inclusive, qualquer informação a este respeito perante a Receita Federal, visto que as questões tributárias não se relacionam com os fins criminais previstos na legislação que trata do delito em comento.

- Desnecessária a habitualidade para a consumação do crime contra o Sistema Financeiro Nacional, de modo que um único depósito já enseja sua prática, sendo necessário comprovar apenas o dolo genérico da conduta dos réus, conforme evidenciado no caso concreto.

- Demonstrada que a procedência do bem que pretende restituir decorre dos atos ilícitos objeto da persecução penal, não há que se falar em ilegalidade da medida de sequestro e perda em favor da União.

- Apelações parcialmente providas, por acolhida a preliminar de extinção da punibilidade quanto ao ilícito do art. 288 do Código Penal, pela ocorrência da prescrição retroativa (art. 107, IV, c/c art. 109, V, ambos do Código Penal).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional

Federal da 5ª Região, à unanimidade, em dar parcial provimento aos apelos formulados pela defesa, acolhendo a preliminar de extinção da punibilidade, quanto ao tipificado no art. 288 do Código Penal, pela ocorrência da prescrição retroativa, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 24 de setembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
- Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Cuida-se de apelações interpostas contra sentença proferida em 20 de junho de 2012 (fls. 1352/1521, vol. 6), que julgou parcialmente procedente a denúncia para deixar de condenar TRYGVE KRISTIANSEN, por este já ter sido sancionado por condutas e fatos semelhantes em processo diverso, à luz do art. 267, V, do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao processo penal, e condenar ARVID BIRKELAND, GUILHERME VIEIRA DA SILVA e IVAN ANTAS PEREIRA PINTO JÚNIOR pelo cometimento dos delitos tipificados no art. 1, I, IV, VI e VII, § 1º, I, II e III, e § 2º, I e II, da Lei nº 9.613/98, em pena única; no art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 em continuidade delitiva; e no art. 288 do Código Penal Brasileiro, individualmente, às penas totais de 11 (onze) anos, 6 (seis) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, 9 (nove) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 7 (sete) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, respectivamente, sendo as duas primeiras em regime inicial fechado, e a última, em regime inicial semiaberto.

No tocante à pena de multa, os réus ARVID BIRKELAND, GUILHERME VIEIRA DA SILVA e IVAN ANTAS PEREIRA PINTO JÚNIOR foram condenados a pagar R\$ 672.000,00 (seiscentos e setenta e dois mil reais), R\$ 126.000,00 (cento e vinte e seis mil reais) e R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), respectivamente, valores estes sujeitos à correção monetária pelos índices oficiais.

Ressalta-se que em relação à fixação do valor mínimo de reparação civil, a sentença a considerou dispensável, em virtude dos meios mais eficazes e precisos que a União dispõe para buscar o ressarcimento do prejuízo ocasionado ao patrimônio e erário daquele ente, ante às circunstâncias deste caso.

Afirma a denúncia (fls. 3/24) que teriam os acusados acima citados, juntamente com outros indicados naquela peça, associado em quadrilha ou bando, entre 2003 e 2007, com a finalidade de cometer delitos no território nacional, especialmente no Rio Grande do Norte, contra o sistema financeiro nacional, de lavagem de dinheiro, e de falsidade ideológica.

Diante da complexidade deste feito, e em vista da detalhada e minuciosa forma pela qual o relatório em sede de sentença fora elaborado, tenho por pertinente dali transcrever os seguintes excertos:

(...) Arguiu o *Parquet* federal que, já em 2004, a partir de revelações prestadas por informante, a Delegacia de Polícia de Imigração produziu memorando (fls. 47/102, do Vol. I do Proc. nº 2006.84.00.002803-8) a respeito de Geir Lovseth, Lars Hjelde, Berit Hjeld, Rolf Bjarn, Martin Luneng, Rolf Johan ARNTSEN, Anouar Bem Marbrouk Cheffi, Trygve Kristiansen, Guilherme Vieira da Silva, Davi Arthur Lloyd, Thomas Michael Van Wagner e Peter Ewald Rentzing, relatando contra os citados várias condutas delituosas, tais como a utilização de documentos falsos para abertura de contas bancárias, o ingresso de vultuosa quantia de dinheiro no Brasil, sem qualquer declaração ao fisco, aquisição de imóvel de alto valor mediante pagamento realizado no exterior, sem ingresso de divisas no Brasil, em visível evasão de divisas, dentre outras condutas supostamente criminosas.

(...)

Justificou ainda o Ministério Público Federal que, no ano de 2005, em complemento a informações antes repassadas sobre as investigações, a Delegacia de Polícia de Imigração encaminhou expediente interno (vol. I do Proc. nº 2006.84.00.002803-8), relativo a termo de declaração prestado por Alf Jostein Sverkmo, ex-sócio da empresa Blue Marlin Group Ltda.

(...)

Com suporte nas investigações, o Ministério Público Federal arguiu que, a partir daí, a Polícia Federal, no intuito de apurar a veracidade dos fatos e crimes praticados, identificou que dezenas de pessoas foram constituídas em Natal/RN, tendo como sócias pessoas físicas e/ou jurídicas, nacionais e/ou estrangeiras com recíproco envolvimento. Nesse enfoque, estacou como fatos reveladores do cometimento de crimes: a) mudança no quadro de sócios expressiva e frequente; b) existência de sócios aparentemente sem capacidade econômica; c) a fixação de mesmo domicílio ou telefone para várias empresas e suspeitos; e d) cruzamento de sócios entre empresas, formando elos entre empresas e sócios, de modo incomum.

Registrou-se ainda na peça acusatória que boa parte das empresas envolvidas no esquema de fraudes e de práticas de condutas delituosas (anexo 02 do pedido de quebra), coincidentemente, atuavam na indústria do turismo, com empreendimentos hoteleiros, como hotéis, pousadas, *flats*, *spas*, revelando a suposta prática do crime de lavagem de dinheiro.

(...)

Informou o *Parquet* Federal que, a partir de uma lista de suspeitos, analisando-se quase que exclusivamente o cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, descobriu-se que havia uma teia de empresas constituídas em Natal/RN, da qual fazem parte os acusados, que guardariam vínculo entre si, e estavam a serviço do grupo criminoso na prática dos delitos imputados na denúncia.

(...)

Com isso, ressaltou o *Parquet* Federal que, ao contrário do que se desconfiava no início das investigações, de que todos os suspeitos sob investigação integravam uma única organização, a conclusão a que se chegou, foi a de que se tratava de, pelo menos, 5 (cinco) organizações criminosas, com condutas e integrantes distintos ou que se entrelaçavam, mas que, claramente, mantinham relações entre si.

(...)

Afirmou o representante do Ministério do Ministério Público Federal que a organização criminosa integrada pelos acusados, foi constituída em 2003 e se utilizou de interpostas pessoas (“laranja”) e de pessoas jurídicas inidôneas, com a finalidade exclusiva de cometer crimes. Disse ainda que havia divisão hierárquica de trabalho, objetivo de lucro e que o acusado TRYGVE KRISTIANSEN era o líder e a pessoa com mais recursos financeiros que fornecia ao grupo criminoso.

(...)

Com base em informação fornecida pela Receita Federal, o Ministério Público Federal afirmou que foi constatada a compra de bens desacompanhada de movimentação equivalente na conta bancária do denunciado TRYGVE KRISTIANSEN (ver o item nº 2.1.5 do Relatório Fiscal, Processo nº 2006.84.00.002803-8), e que isso caracterizaria a movimentação paralela de recursos. Disse ainda o *Parquet* federal que, embora tenha registrado aumento de participação no capital social da Blue Marlin Group Ltda. para R\$ 5.312.400,00 (cinco milhões, trezentos e doze mil e quatrocentos reais), a ser integralizado em vinte e quatro meses (a partir de junho de 2005), TRYGVE KRISTIANSEN enviou do exterior para o Brasil, de novembro de 2005 a setembro de 2006, a quantia de U\$ 3.468.945,18 (três milhões, quatrocentos e sessenta e oito mil, novecentos e quarenta e cinco dólares e dezoito centavos), a título de empréstimo para a empresa Blue Marlin Group Ltda. Com isso, arrematou que restou demonstrada a prestação de informação falsa ao Banco Central pelo acusado TRYGVE KRISTIANSEN, uma vez que a quantia remetida para a empresa Blue Marlin Group Ltda., não era decorrente de empréstimos, mas dos valores referentes aos imóveis vendidos pela empresa e recebidos no exterior.

(...)

Com relação aos acusados GUILHERME VIEIRA DA SILVA E IVAN ANTAS PEREIRA PINTO JÚNIOR, afirmou o representante do Ministério Público Federal que eles participavam da organização criminosa, figurando como sócios de direito em alguns desses empreendimentos, mas, na realidade, serviam como interpostas pessoas da organiza-

ção criminosa, comandados pelo denunciado TRYGVE KRISTIANSEN.

Consta na peça acusatória que, no relatório financeiro produzido na Noruega, apurou-se que o acusado GUILHERME VIEIRA DA SILVA tinha poder de representação para abertura de contas do Blue Marlin Group Ltda. Mencionou-se ainda que, segundo informação da Receita Federal (item 3.1.3), o denunciado GUILHERME VIEIRA DA SILVA tinha R\$ 1.864.000,00 (um milhão, oitocentos e sessenta e quatro mil reais) de capital social na Blue Marlin Group Ltda., no entanto, não teria capacidade econômica para justificar tal patrimônio. Nesse sentido, afirmou o *Parquet* federal que a movimentação financeira e o patrimônio daquele acusado seriam incompatíveis com seus rendimentos declarados, conforme relatório do órgão fazendário (item 2.64.3). Destacou inclusive que na conta bancária do acusado GUILHERME VIEIRA DA SILVA foi realizado um depósito em dinheiro, no valor de R\$ 340.000,00 (trezentos e quarenta mil reais), em 12 de agosto de 2002, tendo concluído que a conta bancária foi utilizada pela organização criminosa como terminal de pagamento com relação aos investimentos feitos no Brasil.

Quanto ao acusado ARVID BIRKELAND, o *Parquet* federal explicou que se trata de pessoa de nacionalidade norueguesa com visto de permanência no Brasil desde 22 de novembro de 2006. Disse que era sócio da empresa Brazilian Investimentos Imobiliários Ltda., firma constituída para administrar os demais empreendimentos do grupo, conforme áudio captado no monitoramento telefônico (relatório de inteligência anexo).

Informou o titular da ação penal que na Receita Federal apurou que o patrimônio ARVID BIRKELAND está estimado em um milhão e meio de reais, entretanto, segundo informação do fisco, o mencionado acusado teria recebido recursos do exterior inferiores a setenta mil dólares, e declarou rendimentos próximos a zero. Por força disso, argumentou o Ministério Público Federal que o acusado em menção, na qualidade de estrangeiro, sonogou ao Banco Central informação que devia prestar quando da realização de operação de câmbio (conversão das Coroas Norueguesas em Real), senão não havia como ter um patrimônio tão expressivo no país.

(...)

Com relação aos crimes imputados à organização criminosa, arguiu o titular da ação penal pública que as condutas dos agentes resultaram nas espécies criminosas descritas na denúncia. No tocante aos delitos contra o sistema financeiro nacional, asseverou que a prática desses ilícitos ficou configurada em dois momentos: tanto na entrada dos recursos advindos do exterior como na saída de divisas do Brasil.

Quanto às entradas dos recursos no país, arguiu o *Parquet* federal que, nada obstante tenham sido feitas com aparência de licitude, a investigação demonstrou que houve simulação, ou sonegação de informações que deviam ser prestadas ou foram falsamente, objetivando as realizações das operações de câmbio, caracterizando, em tese, o delito do art. 21, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86.

Afirmou o representante do Ministério Público Federal que os acusados GUILHERME VIERIA DA SILVA e IVAN ANTAS PEREIRA PINTO JÚNIOR participaram da organização criminosa, figurando como sócios de direito em algumas das pessoas jurídicas com atuação nas operações de câmbio, mas que serviam como interpostas pessoas da organização criminosa, tendo afirmado inclusive que eles não tinham capacidade econômica para tanto. Disse que na prática, os acusados atuavam apenas como gerentes e administradores, recebendo ordens de TRYGVE KRISTIANSEN e que, nessa situação, prestavam informação falsa, na pessoa jurídica operadora, para fins de operação de câmbio, praticando assim o crime previsto no do art. 21, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86.

Com suporte nas informações do relatório produzido pela Receita Federal (item 3.1), sustentou o representante do Ministério Público Federal que existem provas concretas de que o grupo comprou e vendeu no exterior imóveis situados no Brasil, sem que o dinheiro dessas operações fosse recambiado para o país, e que a prática de tais manobras configurou o crime descrito no art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86.

(...)

Com relação à caracterização do crime contra o sistema financeiro nacional, disse ainda o *Parquet* federal que quando do cumprimento dos mandados de busca e apreensão procedidos nas residências e empresas dos investigados, novas provas da prática dos ilícitos imputados aos acusados foram produzidas.

(...)

Com isso, arguiu o representante do Ministério Público Federal que os acusados se associaram, de forma estável e permanente para, de forma reiterada, comercializar no exterior imóveis situados no Brasil, sem o correspondente ingresso de divisas neste país.

Além disso, argumentou o titular da ação penal que os acusados praticaram atos de lavagem de dinheiro, sob a alegação de que cometeram crime contra o sistema financeiro nacional ao retirar irregularmente do Brasil recursos financeiros, mantendo-os no exterior sem declará-los neste país e, posteriormente, internalizando-os novamente no país sob a falsa informação de que se tratava de empréstimos, quando, na realidade, o mútuo era resultado de mera simulação.

(...)

Mencionou-se ainda na denúncia que a Receita Federal, no Relatório Complementar ao Parcial 01, anexado à peça acusatória, identificou a manobra das vendas dos imóveis no Brasil por preço a menor e, posteriormente, se verificou a venda dos imóveis por valor superior, com pagamento no exterior, como conduta que representa, em tese, crime de evasão de divisas. Disse o Ministério Público Federal que grande parte dos recursos que deveriam ter sido pagos no Brasil ou mesmo por aqui remetidos, ficou no exterior, configurando um desequilíbrio de reservas cambiais no Brasil, caracterizando o crime de evasão de divisas.

Justificou assim o representante do Ministério Público Federal que mencionadas transações imobiliárias, realizadas e recebidas no exterior, eram efetuadas em valores muito superiores ao seu valor real e do que era efetivamente declarado às autoridades brasileiras. Com isso, sustentou que a essa diferença de valores era apresentada, no exterior, como lucro obtido no Brasil, perfectibilizando a

operação de legalização de recursos sem origem, configurando o crime de lavagem de dinheiro e, ao mesmo tempo, o delito de evasão de divisas no Brasil.

Justificara, assim, o Órgão acusador que os acusados, juntamente com outros agentes criminosos, fariam parte de uma organização criminosa internacional com a finalidade de cometer delitos, dentre os quais aqueles imputados na peça acusatória.

Recebida a denúncia em 30 de maio de 2007 (fls. 39/40)

Subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição, dando-se vista às partes interessadas para apresentar suas razões recursais nesta instância, à luz do art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal, conforme pedido nas fls. 1528 e 1536.

Em suas razões recursais (fls. 1556/1618), ARVID BIRKELAND, preliminarmente, pede que seja declarada nulidade processual por eventual cerceamento do direito de defesa, e que a sentença deveria ter sido proferida pelo mesmo juiz da instrução. No mérito, que seja reconhecida a prescrição do delito de quadrilha, e por fim, que seja absolvido. Ainda, suscita que sejam retiradas as constrições sobre seus bens liberados.

Por sua vez, em suas razões de apelo de fls. 1620/1656, IVAN ANTAS PEREIRA PINTO JÚNIOR pugna, em sede preliminar, pela declaração de nulidade da sentença em face de eventual violação ao princípio da identidade física do juiz. Meritoriamente, por sua absolvição.

GUILHERME VIEIRA DA SILVA pede, em suas razões de recurso (fls. 1658/1698), que se declare a nulidade do processo, aduzindo cerceamento do direito de defesa e a ilicitude das provas, por ter-se constatado, em tese, irregularidade nos monitoramentos telefônicos. No mérito, que seja absolvido.

Em seu parecer de fls. 1700/1706, o *Parquet* Federal opina pelo improvimento dos recursos de apelação.

Verifica-se requerimento (fls. 1708/1711) de ARVID BIRKELAND pedindo que se concedesse autorização judicial para viagem ao exterior (Noruega), sendo aquele indeferido por este juízo, conforme despacho de fls. 1718/1719.

Ainda, IVAN ANTAS PEREIRA PINTO JÚNIOR requer na petição de fls. 1722/1845, incidentalmente, o levantamento de sequestro de bem imóvel.

Instada a se manifestar, a Procuradoria da República - 5ª Região, em parecer que repousa às fls. 1847/1850, opina, preliminarmente, pelo exame da matéria quando do julgamento da apelação e, no mérito, pelo indeferimento do pedido.

É o relatório. À revisão.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Os réus ARVID BIRKELAND, IVAN ANTAS PEREIRA PINTO JÚNIOR e GUILHERME VIEIRA DA SILVA apelam da sentença que os condenaram pela prática dos delitos de lavagem de dinheiro, evasão de divisas, e quadrilha, em concurso material, patentecendo o primeiro: preliminarmente, a nulidade processual por cerceamento de defesa, aduzindo que a sentença deveria ter sido proferida pelo juiz da instrução; no mérito, o reconhecimento da prescrição do delito de quadrilha ou bando, sua absolvição e, ainda, a retirada das constrições sobre seus bens liberados. O segundo pede, em preliminar, pela nulidade da sentença, e meritoriamente, por sua absolvição. O acusado derradeiro pugna pela nulidade processual por cerceamento do direito de defesa, além da nulidade das provas obtidas pelos monitoramentos telefônicos, por serem, em tese, ilícitas. No mérito, pela sua absolvição.

Início a análise dos apelos com a apreciação das preliminares, a começar pelas arguidas por ARVID BIRKELAND. Primeiramente, o apelante fez referência a dispositivo do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos - PIDCP, o qual trata, em suma, da obrigatoriedade de o réu, rapidamente, ser informado sobre o teor da acusação contra ele interposta, em uma língua que compreenda. De fato, compulsando os autos, verifica-se que a denúncia fora traduzida, integralmente, apenas em 4 de setembro de 2007 (fls. 209/229), momento posterior ao interrogatório dos réus e da apresentação das respectivas defesas-prévias, o que se cogitaria a uma eventual ofensa aos princípios do contraditório e ampla

defesa, em prejuízo dos réus. No entanto, este não acontecera. Ao contrário do que aludiu, houve, como visto, a devida tradução da denúncia, ainda que este não seja o único fato a ser relevado.

Não está se vislumbrando a preclusão do direito de se arguir, em sede de apelação, este quesito, contudo, os acusados, incluindo o apelante, tiveram, em seus respectivos interrogatórios em juízo, e nas defesas-prévias, oportunidade de pleitearem desapontamento neste sentido. Nos termos das audiências de interrogatório e suas assentadas de fls. 55/63 e 67/82, constam-se cientes do teor da acusação todos os réus, os quais estiveram presentes, além de seus respectivos procuradores constituídos, o advogado norueguês Dr. Jorgen Langballe, assistente da defesa, bem como o mesmo intérprete que traduziu a denúncia, o Dr. Emanuel Gurgel Belizário. No entanto, em nenhum momento, as defesas dos acusados insurgiram a respeito deste ponto levantado na apelação.

Assim, tem-se por afastada esta preliminar.

Em um segundo momento, pleiteou-se nova violação à ampla defesa, pelo fato de que teria existido negligência por parte do Ministério Público Federal acerca do aproveitamento de documentos, em tese, indispensáveis aos autos, e que aqueles deveriam ter sido traduzidos. Não obstante o apelante ter citado documentos (fl. 1563), estes em nenhum momento foram juntados aos autos, além de não ter sido demonstrada a impossibilidade do recorrente de obtê-los por via própria. Ainda, não há obrigatoriedade de serem todos traduzidos, por ausência de previsão legal neste sentido, mas tão somente a de haver instrução ou assistência técnica ao réu estrangeiro, especialmente em seu interrogatório judicial, para que o compreenda, e do teor dos fatos que lhe foram imputados na acusação. Em situação semelhante, crível o teor de precedente deste eg. Tribunal Regional:

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE (COCAÍNA). ARTIGOS 12, 14 C/C ARTIGO 18, I, DA LEI 6.368/76. NULIDADE PROCESSUAL POR FALTA DE TRADUÇÃO DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. NOMEAÇÃO DE INTÉRPRETE. OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 193 DO CPPB. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PROVAS EM CONSONÂNCIA COM O CONTRADITÓRIO

E A AMPLA DEFESA. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO PARA ACUSAÇÃO. PENA DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO. DOSIMETRIA. MANUTENÇÃO. CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA.

(...)

3 - A garantia judicial em favor do acusado estrangeiro não é a de obtenção de peças constantes no processo criminal traduzidas por conta do Estado, mas, sim, de assistência oral de intérprete, para que o mesmo réu estrangeiro possa depor com segurança e acompanhar a instrução oral da ação pena.

(...)

(ACR 4529, Rel. Des. Federal Petrucio Ferreira, TRF5, 2ª T., DJ04.01.2007, Pág. 2, Nº 3)

Os textos com conteúdo probatório, se inseridos nos autos, não são imediatamente e necessariamente traduzidos. Reforça-se que não há imposição legal neste sentido. Os acompanhamentos judicial e postulatório ao réu estrangeiro são indispensáveis para que este possa se defender nos liames do contraditório e ampla defesa, e não é por outro motivo que o Código de Processo Penal prevê no seu art. 193 a obrigatoriedade de o interrogatório ser feito por intérprete caso o interrogando não fale a língua nacional, entretanto, o que não justificaria a arguição de nulidade por ausência de alguma tradução visto que as partes, salvo prova em contrário, possuem meios legítimos tanto quanto o Estado, para buscar a transparência integral de algum documento que ache imprescindível ao processo.

Posto isso, não vejo prejuízo à defesa neste ponto, de modo que afasto a preliminar.

No tocante à nulidade suscitada pela sentença ter sido proferida por juiz diverso da instrução, não merece ser acolhida. É certo que o magistrado titular da 2ª Vara Federal do Rio Grande do Norte é o Dr. Walter Nunes a Silva Júnior, e para este fora distribuída (fl. 2) a ação penal pública correspondente à presente apelação criminal. Não obstante o juiz substituto daquela Vara, Dr. Mário Azevedo Jambo, ter presidido a instrução criminal na maioria de seus atos, o titular participou, como bem observou o apelante IVAN ANTAS PEREIRA PINTO JÚNIOR (fl. 1629), de duas audiências de oitiva de testemunhas, o que não obsta a prolação da sentença

pelo próprio titular. Não há ofensa à identidade física do juiz. A situação *sub judice* é distinta da julgada no HC 4.483/RN, contendo similitude fática com o HC 4.773/RN, cuja ementa transcrevo abaixo:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. LAVAGEM DE DINHEIRO. LEI Nº 9.613/1998. EVASÃO DE DIVISAS. LEI Nº 7.492/4986. QUADRILHA - ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. NULIDADE DA SENTENÇA. JUIZ PROLATANTE QUE NÃO PRESIDIU A INSTRUÇÃO. CONTRARIEDADE AO PRINCÍPIO DO JUÍZO NATURAL. ART. 399, PARÁGRAFO 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INOCORRÊNCIA. OITIVA DE TESTEMUNHA E NOVO INTERROGATÓRIO DE RÉUS SOB A PRESIDÊNCIA DO PROLATOR DA SENTENÇA, A QUEM COUBE O FEITO POR DISTRIBUIÇÃO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

I. Prevê o art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal, que o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença, norma processual essa que já estava em vigor quando os autos da ação penal questionada no *writ* foram conclusos para sentença.

II. Ainda que a instrução processual, com o recebimento da denúncia, interrogatório dos réus e oitiva de testemunhas tenha sido inicialmente presidida pelo Juiz Federal Substituto, resta firmada a jurisdição do titular da Vara Federal, a quem coube por distribuição o feito, por haver presidido oitiva de testemunha remanescente, deferido a dispensa de testemunhas arroladas pela defesa, oportunizado novo interrogatório, para adequar o feito ao novo rito processual e, ainda, determinado a abertura dos prazos processuais para produção de provas e alegações finais.

III. Ordem denegada.

(Rel. Convocado Des. Fed. Ivan Lira de Carvalho, TRF5, 4ªT., *DJe* 18.10.2012, Pág. 739)

Entendimento semelhante é o da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. CONDENAÇÃO. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

2. Esta Corte já decidiu que a norma contida no art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal, tem caráter relativo, inexistindo nulidade se a sentença for proferida pelo Juiz titular, ainda que a instrução tenha sido realizada por magistrado substituto.

3. Hipótese em que a Juíza substituta devolveu os autos ao magistrado titular, anotando que se encontrava no “pleno exercício de suas funções”. Não há documentos nos autos que demonstrem a razão da atuação da magistrada substituta no curso da instrução, mas é certo que a prolação de sentença pelo Juiz titular não gera nulidade.

4. Ademais, a Defesa não apontou fato concreto a indicar a existência de prejuízo ao paciente, cabendo destacar a prolação de sentença pelo Juiz natural da causa, titular no Juízo onde tramitou a ação penal.

5. *Writ* não conhecido.

(HC 167156/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, STJ, 6ª T., DJe 11.04.2013)

Não há, portanto, ilegalidade, neste caso, na prolação da sentença pelo juiz federal titular da Vara citada, para qual a ação penal fora distribuída.

Ultrapassado este ponto, passo a analisar a questão referente à alegação de prescrição do delito de quadrilha. Neste quesito, assiste razão ao recorrente. A sentença determinou a condenação dos réus pelos delitos de lavagem de dinheiro, evasão de divisas e quadrilha, e deste delito, às penas *in concreto* não superiores a 2 (dois) anos. Aplicando-se o art. 110 do Código Penal, e sabendo que o prazo prescricional incidente sobre esta pena aplicada é de 4 (quatro) anos (art. 109, V), tem-se por ultrapassado este período entre a data do fato e o recebimento da denúncia, de modo que reconheço a ocorrência da prescrição retroativa no delito de quadrilha.

Logo, extinta a punibilidade dos réus quanto ao crime previsto no art. 288 da Legislação substantiva, pela ocorrência da prescrição.

Por sua vez, GUILHERME VIEIRA DA SILVA alude, inicialmente, que teria inexistido a total degravação dos diálogos oriundos do

monitoramento telefônico, e os degravados teriam sido transcritos pelo Ministério Público, o que ensejaria em nulidade processual a partir do recebimento da denúncia. É cristalina a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da desnecessidade de degravação integral dos diálogos pela autoridade policial, mas apenas daqueles imprescindíveis ao embasamento da inicial. Cabendo ao órgão ministerial, portanto, na condição de titular privativo da ação penal pública, selecionar as partes que entenda necessário para a perfeição de sua peça acusatória. Neste sentido, colho de julgados daquela Corte Superior:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. *HABEAS CORPUS*. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO SOBRE A IMPOSSIBILIDADE DE A AUTORIDADE POLICIAL SELECIONAR OS TRECHOS DAS CONVERSAS MONITORADAS A SEREM TRANSCRITOS. INDISPENSABILIDADE DE TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DOS DIÁLOGOS. EXISTÊNCIA DA OMISSÃO APONTADA. ACOLHIMENTO DOS ACLARATÓRIOS SEM EFEITOS MODIFICATIVOS.

1. Conquanto se reconheça a omissão apontada, consistente na ausência de exame da alegada necessidade de transcrição integral das conversas interceptadas, bem como da aventada impossibilidade de seleção dos trechos que constarão do auto circunstanciado pela autoridade policial, não há como atribuir efeito modificativo ao presente recurso.

2. Como a interceptação, para valer como prova, deve estar gravada, e sendo certo que a gravação deve ser disponibilizada às partes, tem-se entendido, tanto em sede doutrinária quanto nos Tribunais Superiores, que não é necessária a degravação integral das conversas captadas, pois tal trabalho, além de muitas vezes ser de impossível realização, por outras pode se mostrar totalmente infrutífero.

3. Assim, a determinação do Juízo Federal para que fosse feita “a transcrição, ao final, apenas dos trechos das interlocuções que digam respeito ao objeto da investigação, a juízo da autoridade policial e seus agentes”, não configura, por si só, qualquer ilegalidade, uma vez que a supressão de algumas passagens das conversas, transcrevendo-se outras interessantes às investigações, não significa a emissão de juízo de valor por parte da autoridade policial, a ponto de contaminar a prova colhida.

4. Tanto este Sodalício quanto o Pretório Excelso entendem ser desnecessária a transcrição integral do conteúdo da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, bastando que seja franqueado às partes acesso aos diálogos interceptados.

5. Na hipótese dos autos, consoante consignado no acórdão embargado, toda a mídia referente às interceptações consta dos autos e foi disponibilizada às partes, motivo pelo qual não há como se reconhecer o cerceamento de defesa vislumbrado pelos impetrantes.

6. Embargos acolhidos apenas para afastar a aventada ilegalidade da degravação dos trechos das conversas selecionados pela autoridade policial, e para consignar a desnecessidade de transcrição integral dos diálogos interceptados.

(EDCH 189735, Rel. Min. Jorge Mussi, STJ, 5ªT., DJe: 24.04.2013)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DEGRAVAÇÃO INTEGRAL. DESNECESSIDADE. AUTENTICIDADE DAS GRAVAÇÕES. REGRA. PRESCINDIBILIDADE DE PERÍCIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não há necessidade de degravação dos diálogos em sua integridade por peritos oficiais, visto que a Lei 9.296/96 não faz qualquer exigência nesse sentido.

2. Não há também na lei qualquer orientação no sentido de que devem ser periciadas as gravações realizadas, com a finalidade de demonstrar sua genuinidade e intangibilidade, pois a regra é que sejam idôneas.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AROMS 28642, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, STJ, 6ªT., DJe: 15.08.2011)

Neste sentido, converge também o entendimento desta eg. Corte Regional, conforme precedente abaixo:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIMES CONTRA A PREVIDÊNCIA. QUADRILHA (ART. 288 DO CP). LAVAGEM DE DINHEIRO (ART. 1º, VII, DA LEI Nº 9.613/98). ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ALEGADA AU-

SÊNCIA NOS AUTOS DAS DEGRAVAÇÕES DE ESCUTAS TELEFÔNICAS REALIZADAS NO INQUÉRITO. INOCORRÊNCIA. ACESSO ÀS TRANSCRIÇÕES ANTES DA PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL E DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO DOS PACIENTES. DESNECESSIDADE DA JUNTADA DO CONTEÚDO INTEGRAL DAS TRANSCRIÇÕES. ENTENDIMENTO DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ANULAÇÃO DO PROCESSO. VALORAÇÃO DA PROVA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Cuida-se de ordem de *habeas corpus* impetrada em favor de pacientes, denunciados como incurso nas penas do art. 288, *caput*, do CP e no art. 1º, VII, da Lei nº 9.613/98, para o fim de anular o Processo nº 2007.83.05.000287-4, desde o seu início, determinando-se à autoridade coatora, a transcrição integral das conversas interceptadas, bem como a realização de perícia dos diálogos interceptados.

2. Na audiência de interrogatório dos pacientes realizada no dia 13/12/2007, a defesa dos pacientes asseverou que teve acesso a duas mídias, uma contendo as peças de 5 volumes de inquérito policial e outra com áudio de depoimentos e transcrições de diálogos. Como bem acentuou o MD. Procurador Regional da República, “a afirmação do advogado, lançada no termo de audiência, põe por terra o argumento lançado no presente *habeas corpus* de que não teve acesso ao conteúdo das interceptações telefônicas”.

3. Antes mesmo da prisão dos pacientes e da propositura da ação penal – as transcrições das comunicações interceptadas já haviam sido juntadas aos autos do inquérito policial, permanecendo, posteriormente, como apenso da ação penal.

4. “É desnecessária a juntada do conteúdo integral das gravações das escutas telefônicas realizadas nos autos do inquérito no qual são investigados os ora pacientes, pois bastam que se tenham gravados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida, não configurando, essa restrição, ofensa ao princípio do devido processo legal (art. 5º, inc. LV, da Constituição da República). 2. Liminar indeferida”. (STF, HC-MC 91207 / RJ - RIO DE JANEIRO, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ acórdão: Min. CÂRMEN LÚCIA, Julgamento:

11/06/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJ21-09-2007 PP-00020).

5. *In casu*, é notório que a pretensão dos impetrantes de obter a anulação do processo, ante alegada ilegalidade das provas produzidas (pelo fato de que “a polícia não buscou qualquer outro meio de prova antes da interceptação telefônica”), reclama a valoração da prova, não admitida em sede de *habeas corpus*, mormente quando a apreciação de tais provas por este Tribunal Regional Federal importaria flagrante supressão de instância, eis que o Juízo *a quo* sequer se manifestou acerca da prova colhida, o que fará, segundo frisou em suas informações, na sentença.

6. Ordem de *habeas corpus* denegada.

(HC 3162, Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti, TRF5, 1ªT., DJ: 14.05.2008, Pág. 341)

Outrossim, a transcrição das conversas não teve autoria exclusiva do Ministério Público, incorrendo qualquer ofensa à Lei nº 9.296/96. Nos moldes desta legislação, as transcrições foram feitas pela autoridade competente e juntadas aos autos do Processo nº 2006.84.00.006185-6, sendo aproveitadas para o presente feito.

Ainda, pugna o recorrente por nova nulidade, desta vez em virtude de suposta ilicitude das provas decorrentes das interceptações telefônicas, por estas terem sido prorrogadas, segundo ele, excessivamente. No entanto, não merece acolhimento este prelúdio. Firme o entendimento dos Tribunais Superiores a respeito deste tema, sob o fundamento que a complexidade do feito pode acarretar nas sucessivas prorrogações, sem ferir os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade.

Não existe, de fato, previsão na Lei nº 9.296/96 acerca da possibilidade de haver mais de uma renovação, passando o período de 30 dias destas diligências, mas ao mesmo tempo, não há previsão que obste ou afaste esta hipótese. A teor do art. 5º daquela lei, *comprovada a indispensabilidade do meio de prova*, não há nada que possa impedir outra renovação. As decisões que manifestarem a continuidade deste procedimento, claro, devem ser devidamente motivadas. E foi o que se identificou nestes autos.

O que não seria razoável, inclusive, é a negativa de se estender no tempo necessário a execução destas diligências policiais

que se mostram indispensáveis na busca da verdade real, em um caso complexo com pluralidade de réus e condutas imputadas, envolvendo uma diversidade de órgãos estatais. Nesta linha, transcrevo do Informativo nº 365 da Suprema Corte brasileira, o qual cuida minuciosamente deste delicado tema:

(...) Da análise dos autos, verifica-se que não houve a autorização de uma interceptação telefônica por um período dilatado. O que ocorreu foi a renovação pelo juízo federal, diante dos relatórios trazidos pela polícia, da interceptação telefônica diante dos indícios e de seu livre convencimento acerca da necessidade daquela diligência.

A renovação da autorização da interceptação telefônica, longe de ser proibida pelo art. 5º da Lei 9.296/96, é permitida. Ressalte-se que se trata de fatos complexos, que envolvem a investigação do relacionamento entre indivíduos e que acabou por resultar em denúncia de uma pluralidade de tipos e réus.

Somente uma investigação diferenciada, não pontual e de acompanhamento contínuo poderia produzir prova suficiente a sustentar uma denúncia desse porte.

O juízo acerca da necessidade na renovação das autorizações de interceptação telefônica deve levar em conta a natureza dos fatos e dos crimes e das circunstâncias que envolvem o caso.

A denúncia (fls. 101/127), com a indicação de 13 (treze) réus, que se pauta em um conjunto complexo de relações e fatos, com a acusação de diversos crimes, dentre os quais a evasão de divisas, a formação de quadrilha, a lavagem de dinheiro e configuração de organização criminosa, não poderia ser viabilizada senão por meio de uma investigação contínua e dilatada a exigir a interceptação telefônica ao longo de diversos períodos de 15 dias.

A possibilidade de renovação da interceptação telefônica por mais de um período de 15 (quinze) dias é amplamente aceita na doutrina.

Leio VICENTE GRECO FILHO:

(...)

A lei não limita o número de prorrogações possíveis, devendo entender-se, então, que serão tantas quantas forem necessárias à investigação, mesmo porque 30 dias pode ser prazo muito exíguo.

(...)

A leitura rápida do art. 5º, poderia levar à idéia de que a prorrogação somente poderia ser autorizada uma vez. Não é assim: “uma vez”, no texto da lei, não é adjunto adverbial, é preposição. É óbvio que se existisse uma vírgula após a palavra “tempo”, o entendimento seria mais fácil.

(...)

Com o mesmo entendimento, cito ANTONIO SCARANCA FERNANDES:

(...)

A decisão deve indicar a forma de execução da diligência (art. 5º). Diz a lei que a diligência não poderá exceder o prazo de quinze dias, “renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”. Pode-se, assim, permitir a renovação da interceptação, pelo mesmo prazo, por outras vezes, desde que, contudo, fique demonstrada a sua indispensabilidade, ou, como dizia o Projeto Miro Teixeira, quando permaneçam os pressupostos que permitem a sua autorização.

(...)

Ainda no mesmo sentido, DAMÁSIO DE JESUS e LUIZ FLÁVIO GOMES.

Diante do exposto, são legais as sucessivas prorrogações de prazo para a interceptação telefônica em virtude da necessidade de apuração de fatos complexos – que, inclusive, foi objeto de Comissão Parlamentar de Inquérito no Rio Grande do Sul –, crimes que se configuraram no tempo e pluralidade de réus e, conseqüentemente, de relações e contratos que deveriam ser investigados.

Não está configurado desrespeito ao art. 5º, *caput*, da Lei 9.296/96. (Acerca do HC 83515/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, DJ 04.03.2005, pág. 11)

O processo-crime existe para se averiguar a verdade real dos fatos, por meios razoáveis de prova, sem prejudicar o contraditório e a ampla defesa das partes, especialmente do réu, contra qual eventual delito possa ser imputado. A razoabilidade dos meios probatórios relaciona-se com os modos de execução, ou seja, operacional e investigatório, e suas circunstâncias, nas quais se inclui o

período em que as diligências poderão ser efetuadas. No caso das interceptações telefônicas, estas constituem um caminho delicado, minucioso e até subsidiário, motivo pelo qual sua execução requer requisitos diferenciados se comparadas a outros meios de prova, e um deles é o estabelecimento de um prazo, que poderá ser prorrogado se demonstrada a necessidade de sua continuação operacional, o que, reitero, fora demonstrada no caso concreto. Portanto, inexistente qualquer ilicitude na produção de provas no feito.

Ultrapassadas as preliminares, cuida do exame meritório para analisar a materialidade e a autoria delitivas do crime contra o Sistema Financeiro Nacional, e o de lavagem de capitais, a começar por este.

O delito de lavagem de dinheiro tem previsão legal na Lei nº 9.613/98, com dispositivos editados e incorporados pela Lei nº 12.683/12. Antes de adentrar nos fatos imputados aos réus, necessário uma breve qualificação deste tipo de infração. Tem como finalidade a aparência legítima de um dinheiro, valor ou bem, em sentido amplo, de origem ilícita, enganando-se o fisco e a própria sociedade, de modo que a circulação indevida deles na economia passa-se despercebida. Logo, presume-se, para a sua configuração, a ocorrência de um ou mais infrações penais prévias e que culminaram na origem ilícita dos objetos daquele crime. O modelo penal brasileiro prevê, com a evolução legislativa sobre o tema, uma abrangência geral, sem mais um rol taxativo dos crimes antecedentes, embarcando a extensa lista de delitos que o ordenamento jurídico pátrio prevê. Contudo, a data dos fatos imputados na exordial coincidem com o modelo taxativo que a legislação brasileira prescrevia, embarcando as infrações praticadas por organização criminosa, hipótese esta que se enquadra no presente caso.

A aparência legítima do valor, bem ou direito dar-se-á com sua ocultação ou dissimulação, na forma do *caput* do art. 1º da Lei nº 9.613/98, verbos estes que se relacionam com o ato de esconder, encobrir, ou, ainda, nas suas formas equiparadas, de acordo com a legislação pertinente:

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal:

I - os converte em ativos lícitos;

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal;

II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

Indubitáveis as existências de materialidade e autoria delitivas das condutas imputadas aos réus, quanto ao delito de lavagem de capitais, condenáveis em única pena, pelo fato de ser irrelevante quais e quantas foras as consumações das hipóteses delitivas previstas no art. 1º da mencionada lei, por todas caracterizarem o mesmo e único delito, não havendo no que se falar em concurso de crimes ou crime continuado.

Em relação ao acusado ARVID BIRKELAND, restara comprovada nos autos a sua aquisição de bens imóveis, juntamente com o denunciado TRYGVE KRISTIANSEN, o qual já fora condenado em outro processo, pelo cometimento do mesmo delito, com recursos de natureza ilícita depositados em contas bancárias abertas no exterior, por integrantes da família *Rasool*, grupo este também em julgamento em processo distinto em circunstâncias correlacionadas. Por mandado de busca e apreensão determinado pelo juízo *a quo* (referências relatadas em sentença, fl. 1443), fora encontrada cópia do contrato de um destes imóveis, no qual constam como partes negociantes o denunciado citado, e ABBAS GHULAM, além de outro que evidencia a participação criminosa do recorrente e os demais criminosos em comento, entre eles, BJORN THOMAS LOVSTAD, também norueguês, o qual possuía em seu desfavor registro de antecedentes criminais na Noruega (referência em sentença, fl. 1443).

Insta salientar, de antemão, que a responsabilidade dos réus não é objeto de análise tão somente com base na participação ou administração de qualquer um dos réus em empresa, certo que tais elementos convergem com a plena consciência deles, da natureza descabível dos bens e valores objetos do delito em comento, que, de fato, existe o dolo específico. Estas considerações serão devidamente fundamentadas, como será demonstrado a seguir.

Relatórios da Fazenda Nacional, das autoridades norueguesas, as degravações das interceptações telefônicas e depoimentos testemunhais, além da quebra do sigilo bancário e telefônico do réu evidenciam a materialização dos delitos de tráfico de drogas e contra o sistema financeiro nacional, todos antecedentes ao de lavagem de dinheiro, infração última que tem-se consumada, como dito, pela aquisição de bens na cidade de Natal/ Rio Grande do Norte. Ainda, do que se colhe do Relatório fiscal (referência em sentença, fl. 1445) elaborado pelo Delegado da Receita Federal, sob requisição do juízo *a quo*, e do depoimento da testemunha Jorge Freitas da Silva, Auditor da Receita Federal (fls. 231/237), nota-se o altíssimo padrão econômico do acusado, em incompatibilidade com as rendas declaradas entre os anos 2001 e 2005, logo, afastando-se qualquer argumento de que a sua condição de demandado no processo se deu unicamente por ter ingressado, apenas em 2006, em uma sociedade que tem como sócio corréus.

Não é verdade, tampouco, que na peça acusatória não teria se mencionado o seu nome e a delimitação de suas condutas, assim como a dos outros acusados, como se observa na fl. 11.

Neste ponto, pondera, de forma convincente e acertada, o douto Magistrado *a quo* na sentença (fl. 1457), de onde destaco:

Como se sabe, nos crimes de caráter societário, como é a hipótese dos autos, nos quais a autoria nem sempre se mostra claramente comprovada, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não se exige para o recebimento da denúncia descrição pormenorizada da conduta de cada agente, mas exige que a acusação estabeleça vínculo entre o denunciado e a empreitada criminosa a ele atribuída. No

caso dos autos, o conjunto probatório produzido nos autos evidenciou de forma bastante segura e convincente, tanto a particularização minuciosa das condutas dos agentes quanto o envolvimento de cada acusado nos eventos criminosos.

Outrossim, evidenciou-se empréstimo praticado pelo réu à empresa Brasil Investimentos Turísticos Ltda. em valor considerável, no ano de 2004, modalidade esta comum do delito em comento (referência em sentença, fl. 1450). A participação dele no Grupo Blue Marlin Ltda., apesar de dissociada no contrato social da empresa, fora confirmada pelo testemunho em juízo de fls. 161/165.

Sobre a exploração de atividades criminosas pelo réu e outros acusados, irretocável também a sentença no trecho que se transcreve (fls. 1454/1455):

Como se depreende dessa parte do depoimento testemunhal do delegado federal Gabriel Houine em Juízo, as atividades do grupo criminoso eram realizadas por meio da exploração de contrato de compra e venda dos imóveis do empreendimento Blue Marlin Ltda., composto pelo Blue Marlin Apartment, Blue Marlin Cotovelo Resort Spa e Blue Marlin Village Blue Marlin, de modo que os imóveis construídos no Brasil eram vendidos de forma irregular no exterior, por meio da criação de *offshore* (empresa fora do país), para vender e receber, no estrangeiro, os pagamentos referentes às vendas dos imóveis situados no Brasil, assim como o recebimento dos valores em contas abertas em bancos da Noruega, sem proceder a devida comunicação à autoridade brasileira, tendo os acusados, inclusive, para mascarar a venda dos imóveis, e o regresso dos valores, simulado a realização de empréstimos de mútuo entre as empresas situadas no exterior e os representantes do grupo criminoso residentes no Brasil, dentre eles, ARVID BIRKELAND e TRYGVE KRISTIANSEN. E mais: ademais de ter vendido os imóveis no exterior, ou seja, na Noruega, e lá ter sido efetuado o pagamento, para tentar evitar que essa trama fosse descoberta, simulou a venda dos mesmos imóveis aqui no Brasil, por valor inferior, mediante contrato de compra e venda falso.

Desta forma, por meio de empresas *offshore*, criadas em caráter anônimo para beneficiar as relações econômicas, que, em

tese, obtém mais vantagens em determinado país do que em outro, e dificultar ainda mais as fiscalizações governamentais sobre os valores envolvidos nestes negócios, o réu juntamente com outros acusados citados, consumaram a prática de lavagem de dinheiro. A venda de imóveis à Noruega, citada acima, é corroborada na transcrição de conversa telefônica entre o apelante e IVAN ANTAS PEREIRA PINTO JÚNIOR, corréu, interceptada (pedido de quebra de sigilo telefônico no Processo nº 2006.84.00.006185-6). Conclui então, convincentemente e acertadamente, o magistrado em sentença (fl. 1457), de onde transcrevo:

Nesse sentido, como já restou evidenciado na fundamentação da sentença, os vários contratos de empréstimo de dinheiro (às fls. 19/64 do Apenso VIII do Processo nº 2006.3377-0) foram todos pactuados de forma fictícia entre as empresas e os sócios do grupo criminoso, dentre eles TRYGVE KRISTIANSEN e ARVID BIRKELAND, como manobra fraudulenta para dar a aparência de legalidade aos recursos que retornaram do exterior para o Brasil, em decorrência das vendas dos imóveis edificadas no conjunto Blue Marlin, lá na Europa.

Dessa forma, os acusados ao invés de cumprirem as exigências legais para as vendas dos imóveis, situados no Brasil, no exterior, simularam os diversos contratos de mútuo, para poder justificar as transferências dos valores remetidos ao Brasil, como se tratasse de venda regular de imóvel no exterior, de ordem que por meio dessas operações fictícias, os acusados conseguiram converter os recursos ilícitos, oriundos das vendas irregulares dos imóveis no exterior, em valores lícitos, tendo todos e cada um no grupo criminoso exercido papel importante e determinante, na medida dos atos praticados, para consumação dos ilícitos de lavagem de capital e de evasão de divisas. Infere-se daí que existem provas suficientes nos autos do processo para incriminar os acusados e em especial o denunciado ARVID BIRKELAND pelos delitos de lavagem de dinheiro e evasão de divisas.

No tocante ao réu GUILHERME VIEIRA DA SILVA, também é constatada a partir das provas apresentadas, sua participação nas vendas de bens construídos no Brasil ao país escandinavo, ante a omissão de qualquer declaração perante o fisco brasileiro, utili-

zando-se o idêntico *modus operandi*, ainda que com menor intensidade delitiva, das condutas do corrêu primeiramente examinadas. Os empréstimos fictícios supramencionados, usados como meio para a prática do delito econômico, afirma a testemunha William Ferreira de Castro (mídia digital, fl. 524), não foram recomendados por ela, sabendo-se que ela seria gerente do Banco HSBC, instituição utilizada pelos acusados para possíveis movimentações financeiras. Segundo o próprio acusado, em seu interrogatório de fls. 69/72, evidente a possibilidade de todos os sócios da empresa saberem do procedimento desta, de suas atividades, e de suas movimentações bancárias no exterior, o que afasta qualquer atipicidade das condutas finalísticas dos réus.

Deste indivíduo, também são verificadas a incompatibilidade das intensas movimentações financeiras ligadas e sua renda declarada ao fisco, a partir do depoimento testemunhal de Henrique Jorge de Freitas da Silva (fls. 232/237), Auditor da Receita Federal, assim como as movimentações relacionadas à empresa Brazilian Investimentos Imobiliários Ltda. (3.29) da qual é sócio o acusado em comento, bem superiores à Declaração de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica - DIPJ.

Conta-se a partir do depoimento da testemunha de Santiago Gabriel Hounie (fls. 161/165), Delegado da Polícia Federal, e das transcrições de conversas telefônicas interceptadas (pedido de quebra de sigilo telefônico, Processo nº 2006.84.00.006185-6), o envolvimento de GUILHERME VIEIRA DA SILVA nas atividades financeiras do Grupo Blue Marlin Ltda., enfatizando-se que ele tinha prerrogativas para movimentar as contas desta empresa para o exterior, sabendo que os valores tiveram natureza criminosa, a partir dos crimes antecedentes oportunamente citados.

Acerca da individualização das condutas praticadas por IVAN ANTAS PEREIRA PINTO JÚNIOR, novamente relacionadas ao crime de lavagem de capitais, houvera a negativa dos fatos imputados na denúncia, em seu interrogatório de fls. 73/78. Não obstante sua participação no delito ser de menor expressividade se comparada à do réu norueguês, evidente o seu envolvimento na venda dos imóveis ao exterior sem as devidas declarações fiscais às autoridades brasileiras, e nos empréstimos fictícios entre as em-

presas e sócios do grupo Blue Marlin Ltda, com o intuito de dissimular a real causa daquelas alienações, como se verifica em seu próprio interrogatório, tendo plena consciência da ilicitude destas atividades.

Ainda, as alegações que constam da Receita Federal sobre os outros acusados, produz idêntico efeito a IVAN ANTAS PEREIRA PINTO JÚNIOR, corroborado com o que disse a testemunha Henrique Jorge Freitas da Silva (fls. 232/237), isto é, constata-se que no período entre os anos de 2001 e 2005, sua renda declarada à autoridade fiscal brasileira não equivale ao volume de recursos transacionados, restando demonstrada a insuficiência destes perante seu patrimônio expressivo, que ultrapassa os duzentos milhões de reais (referência em sentença, fl. 1475), e que utilizou seu nome para ocultar a identidade do indivíduo negociante das movimentações financeiras ilícitas. À título exemplificativo, se colhe da sentença:

(...) somente na empresa Brazilian Investimentos Imobiliários Ltda da qual o acusado IVAN ANTAS é sócio, o referido possuía o capital social de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), no entanto, conforme a avaliação dos técnicos da Receita Federal, apresentou, no ano-calendário de 2004, uma movimentação financeira com base na CPMF de R\$ 1.343.799,00, para uma receita informada na Declaração de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica - DIPJ de R\$ 86.562,00, o que demonstra de forma muito clara que o patrimônio do acusado apresenta forte evidência de que decorreu de fonte ilícita.

A testemunha Santiago Gabriel Hounie (fls. 161/165), por sua vez, afirmou que foram localizados documentos que demonstram a participação criminosa do réu em nome do Grupo Blume Marlin na alienação de imóveis no Brasil, tendo a contrapartida em dinheiro depositada na conta do grupo no país escandinavo, sendo encontrados contratos os quais demonstram um subfaturamento da quantia verdadeiramente paga pelas unidades imobiliárias.

Quanto às condutas praticadas pelos acusados enquadradas na tipificação do crime contra o Sistema Financeiro Nacional, qual seja, o delito de evasão de divisas, também restaram demonstradas ante o lastro probatório evidenciado nos autos. Aquele crime

tem previsão na Lei nº 7.492/86, em seu art. 22, *caput* e parágrafo único, o qual dispõe:

Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do país:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

Nestas infrações, o sujeito passivo é sempre o Estado, tendo a conduta típica prevista no *caput* uma finalidade mais específica que a tipificada no parágrafo único, em sua forma equiparada, sendo todas elas normas penais em branco, que necessitam de regulamentação legislativa a fim de delimitar a abrangência dos elementos normativos do tipo. As condutas dos réus enquadram-se na segunda modalidade, como será explicado. Neste caso, não importa a causa de o delinquente ter cometido as hipóteses previstas no dispositivo legal. No que pese opiniões diversas, creio não haver necessidade de haver habitualidade para a consumação deste delito, de modo que a pluralidade de ações enseja, a princípio, a forma prevista no art. 71 do Código Penal.

Verificou-se que a prática desta modalidade delitiva por parte dos acusados deu-se momento posterior ao cometimento do crime de lavagem de capitais. Ressalta-se inclusive a impossibilidade daquela infração ser uma daquelas prévias e condicionais à caracterização do crime de que trata a Lei nº 9.613/98, em face da incompatibilidade elementar dos tipos penais distintos. Neste, pressupõe-se a origem ilícita dos valores ou do dinheiro, por exemplo, obtido, tendo o ato delitivo correspondente a única finalidade de ocultar ou dissimular sua natureza, a fim de que tenha aparência legítima. Por outro lado, o ato citado contra o Sistema Financeiro Nacional transcende a origem lícita dos bens (em sentido amplo) obtidos. A “não autorização” para a efetuação de câmbio, a saída de moeda ou divisa, e a falta de declaração da manutenção de depósitos à repartição estatal competente, nas hipóteses previstas na legislação, não indica a procedência ilícita destes objetos, mas tão somente dos seus meios de execução.

Apesar de, segundo o que se observa no testemunho (fls. 161/165) de Santiago Gabriel Hounie, Delegado da Polícia Federal, não terem sido encontrados documentos relativos ao réu ARVID BIRKELAND que comprovariam a sua atuação do Grupo Blue Marlin, diferentemente dos corréus, foram demonstradas as evidências de que eles, inclusive o acusado norueguês, praticaram o delito de evasão de divisas em sua forma equiparada. Restou evidente a posse daquele de patrimônio no exterior que deveria ter sido declarado à repartição correspondente no prazo legal. Os réus brasileiros, como já esclarecido anteriormente, simularam a existência de um contrato de compra e venda a preço inferior ao real correspondente às negociações, com o fim de, sem prejuízo do cometimento de irregularidades tributárias, praticar o delito de evasão de divisas. A aparência de valor inferior no objeto do negócio jurídico levaria a crer que não haveria necessidade de se declarar a quantia na forma da legislação vigente, todavia, a prova desta simulação afasta esta hipótese.

Convém salientar, portanto, que a entidade competente e responsável pelo recolhimento e análise das declarações de que tratam o art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86 é o Banco Central do Brasil, como corretamente exposto na sentença, e o limite regulamentar mínimo para que se exija estas informações àquela autarquia monetária nacional é estabelecido a fim de cobrir as complementações exigidas pela norma penal em branco. Constata-se que o valor referente ao negócio jurídico de compra e venda acima comentado corresponde a R\$ 280.000,00 (duzentos e oitenta mil reais), conforme apurado no Relatório Fiscal do Processo nº 2006.84.00.002803-8, vol. 1, à fl. 163, valor este, obedecidas as correções atuais cambiais, superior a US\$ 100.000,00 (cem mil dólares dos Estados Unidos), limite estabelecido pelo Conselho Monetário Nacional, e não declarado nos termos de que dispõe o órgão deliberativo, por ausência de provas neste sentido.

Ao contrário do que alegam os recorrentes, as imputações correspondentes não insistem no fato de eles terem declarado ou deixado de declarar à autoridade fazendária, mas, sim, ao Banco Central do Brasil, por este ser o indicado legalmente. Conforme Resolução 3.854 desta Instituição, inclusive, ficam obrigados a declarar bens e valores possuídos no exterior acima do limite esta-

belecido, não apenas os residentes ou domiciliados no Brasil, como também os que possuem mera sede. Logo, a data que qualquer dos acusados se tornara residente neste país é irrelevante para fins penais, neste sentido, inexistindo relação necessária com os limites e isenções tributárias pertinentes.

Assim, sobejaram convictas as existências de materialidade e autoria delitivas dos crimes de lavagem de dinheiro e de evasão de divisas, de modo que mantenho a condenação dos réus em relação a estas infrações penais nos moldes expostos na sentença.

Por fim, há de ser analisada, por conseguinte, os pedidos previstos à fl. 1617, e no requerimento de fls. 1722/1726, em sede incidental, formulados por ARVID BIRKELAND e por IVAN ANTAS PEREIRA PINTO JÚNIOR, respectivamente, referentes à perda dos bens, direitos e valores conexos aos réus em favor da União, de que trata o art. 7º da Lei 9.613/98, como consequência de eventual condenação, no que se verifica na sentença (fls. 1506/1509).

Antes, entretanto, é de suma importância diferenciar apreensão de bem adquirido com a consumação do crime, e o sequestro de coisa proveniente com o lucro delitivo. Distinção esta é sabiamente tratada no magistério de Guilherme de Souza Nucci, cujos trechos a respeito trago à colação:

Como regra, tudo o que for pelo agente adquirido com o resultado lucrativo da prática criminosa deve ser objeto de sequestro e não de simples apreensão. Exemplificando: se o ladrão, após retirar grande quantia de dinheiro de um banco, por exemplo, compra um automóvel, em loja especializada, em negócio lícito, não pode este veículo ser objeto de apreensão, mas sim de sequestro.

Porém, se o agente utiliza o dinheiro conseguido para comprar algum objeto que seja interessante para a prova do processo criminal, pode a coisa ser apreendida. É o que o art. 240, § 1º, *b*, denomina de coisa achada. Outro exemplo: alega o agente não ser traficante, mas com o produto da venda de entorpecentes, pelo que responde, compra um equipamento para refinar droga. Torna-se importante a apreensão, a fim de se demonstrar a sua ligação com o tráfico. Pode-se, depois, aplicar o disposto no art. 133 e seu parágrafo, que é a venda pública do bem, entregando-se o montante arrecadado à União, no caso exemplificado.

Ainda no exemplo citado no primeiro parágrafo transcrito, a mera quantia de dinheiro de um banco retirada pelo criminoso seria objeto de apreensão, ao contrário do bem hipoteticamente comorado.

No caso dos autos, a medida indicada pelo magistrado *a quo* fora a de sequestro dos bens eventualmente produtos do crime, o qual pode ser revisto inclusive em sede incidental, como um dos réus pugnara. O levantamento de sequestro, em tese, pode ser feito, desde que se amolde em uma das hipóteses de que trata o art. 131 do Código de Processo Penal, senão vejamos:

- I - se a ação penal não for intentada no prazo de sessenta dias, contado da data em que ficar concluída a diligência;
- II - se o terceiro, a quem tiverem sido transferidos os bens, prestar caução que assegure a aplicação do disposto no art. 74, II, *b*, segunda parte, do Código Penal;
- III - se for julgada extinta a punibilidade ou absolvido o réu, por sentença transitada em julgado.

Não se verifica, contudo, as hipóteses acima.

Ao contrário, a sentença demonstrou, de forma clara e fundamentada, ser o bem produto da ilicitude perpetrada pela organização criminosa e apurada nos presentes autos.

Posto isso, acolhida tão somente a preliminar de extinção da punibilidade, quanto ao tipificado no art. 288 do Código Penal, pela ocorrência da prescrição retroativa e rejeitadas as demais preliminares suscitadas e, ao final, dou parcial provimento aos apelos formulados pela defesa.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 9.531-PE

Relatora: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT
Apelante: JORGE ZAVERUCHA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. PAULO CESAR MAIA PORTO E OUTROS
(APTE.)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. ASSÉDIO SEXUAL. ART. 216 DO CPB. PROFESSOR E ALUNA DE CURSO DE MESTRADO. RELAÇÃO DE ASCENDÊNCIA INERENTE AO EXERCÍCIO DE CARGO/FUNÇÃO PÚBLICA. INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS. ABSOLVIÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA.

- A acusação imputou ao réu o delito de assédio sexual, tipificado no art. 216 do CPB, mas não foi só isso, foi descrito que tal conduta típica teria sido perpetrada nas dependências da Universidade Federal de Pernambuco, onde o acusado exerceria o cargo de professor e orientador de mestrado.

- O fato como contado na peça acusatória ocorreu quando a vítima buscava esclarecimentos acerca de tese que desenvolvia sob a orientação do réu, docente integrante do mestrado de Gestão Pública, isso em sala, no prédio da Universidade Federal de Pernambuco, onde este exercia seu múnus público, ou seja, fato ocorrido no momento em que o acusado exercia suas funções, valendo-se este da ascendência existente sobre a vítima, sua aluna e servidora pública federal naquela instituição.

- Tais aspectos demonstram o interesse da União, justificando a competência da Justiça Federal, na inteligência do art. 109, inciso IV, da CF/88 (Aos juízes federais compete processar e julgar: (...); os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou inte-

resse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contrações e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral).

- Não restam dúvidas acerca da dificuldade probatória em delitos como o que aqui se estuda, que geralmente ocorrem na intimidade, como na situação ora descrita pelo órgão do Parquet, em que presentes só a vítima e o réu, sem que outras pessoas comunguem dos fatos, tanto isso é verdade que a jurisprudência é pacífica em admitir a prova indiciária de tais delitos.

- Na hipótese em apreciação, os indícios existentes no caderno processual são insuficientes à prolação de um decreto condenatório.

- Chamou atenção nos autos a ouvida da testemunha de nome EUTRÓPIO PEREIRA BEZERRA, restaurador e professor na Universidade Federal de Pernambuco/ UFPE, que pelas declarações da vítima foi a primeira pessoa a cruzar com ela na descida das escadarias da universidade. Tal relato foi desprovido de qualquer elemento mais substancial, a indicar mesmo um estado de ânimo mais desesperado por parte da vítima, próprio de quem tivesse há pouco sofrido assédio sexual.

- De fato, como reconhecido no decreto condenatório, a testemunha mencionou que a vítima estaria nervosa, ao descer as escadarias da universidade, acontece que o registro da testemunha veio seguido da afirmação de que não percebeu nenhum fato estranho com a vítima, pois tal nervosismo poderia ter se dado em razão da falta de energia nos elevadores da instituição na ocasião do encontro dos dois, o que causou inclusive um certo embaraço no térreo da universidade.

- A testemunha indicada não relatou qualquer desespero por parte da vítima, algo incomum,

presença de tremor, choro, e outros aspectos externos que evidenciassem o episódio descrito na denúncia, ao contrário, mencionou que a vítima o cumprimentou com um beijo no rosto, e solicitou que ele se encaminhasse à biblioteca.

- Tal senhor, repita-se, foi a primeira pessoa a ver a vítima, a abraçá-la, a se comunicar com ela, por isso a relevância que aqui se está dando a suas informações, e não percebeu, a ponto de trazer ao Juízo durante seu interrogatório, algo mais substancial, mais conclusivo.

- Somado a isto, tem-se que os elementos mais contundentes descritos no caderno processual foram produzidos em lugar estranho àquele indicado pelo MPF como tendo sido o local do delito, mais precisamente na biblioteca da UFPE, ambiente de trabalho da suposta vítima, e limitaram-se a relatos de colegas da suposta vítima, todos reproduzindo a versão apresentada pela Senhora LILIAN a estes colegas.

- Ora apelante que não pode ser responsabilizado penalmente pela conduta incriminadora que lhe é imputada. Apesar da existência de alguns indícios, estes não são suficientes à condenação do acusado, e isso porque não basta à condenação criminal dilações ou presunções, ainda que legítimas, sendo imprescindível a presença de comprovação dos fatos, da sua autoria e culpabilidade, mesmo por indícios, como nas hipóteses do delito que ora se estuda, mas desde que estes sejam substanciais.

- O ato judicial de condenação criminal demanda muita ponderação, isso porque é necessário o rígido convencimento do julgador acerca da materialidade e autoria do evento criminoso, uma vez que a condenação criminal produz imediatos efeitos danosos à reputação, honra e imagem das pessoas, além da implicação mais grave de restrição ao status libertatis do condenado.

- No exercício do juízo criminal, é indispensável que seja apurada a verdade material, a mera suspeita não basta à condenação penal, pois, em observância ao princípio do in dubio pro reo, ninguém pode ser condenado por prática criminosa a menos que existam provas suficientes à formação de um juízo de certeza, devidamente fundamentado pelo ente julgador.

- A absolvição criminal aqui prolatada não produz qualquer efeito no Juízo cível e administrativo, já que a insuficiência de prova da ação penal não impede que se comprovem a culpa administrativa e a civil, conforme expressamente disposto nos arts. 66 e 67 do CPB.

- Apelação do réu a que se dá provimento, para absolver o réu da prática do delito capitulado no art. 216 do CPB (assédio sexual), isso com fundamento no art. 386, inciso VII, do CPB (não existir prova suficiente para a condenação).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de ACR 9.531-PE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em dar provimento ao apelo do acusado nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 31 de outubro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Cuidam os autos de apelação criminal, interposta por JORGE ZAVERUCHA, em face de decisão prolatada no Juízo da 13ª Vara Federal da SJ/PE, que julgou procedente a denúncia do Par-

quet Federal, e condenou o acusado, pela prática do delito de assédio sexual, capitulado no art. 216 do CPB, à pena privativa de liberdade de 1 ano e 9 meses de reclusão, substituída por duas penas restritivas de direitos.

2. A acusação foi de que o réu JORGE ZAVERUCHA, na condição de professor da UFPE e orientador da tese de mestrado da vítima, LILIAN LIMA DE SIQUEIRA MELO, servidora e aluna da UFPE, constrangeu a aluna nas dependências da citada Universidade Federal, isso no intento de obter vantagem ou favorecimento sexual.

3. O Juízo *a quo* entendeu que nos autos *há prova efetiva de que o acusado, de forma consciente e voluntária, na condição de Professor da Universidade Federal de Pernambuco e de orientador da tese de mestrado de LILIAN LIMA DE SIQUEIRA MELO, durante reunião marcada com a aluna nas dependências da aludida universidade, lhe acouou, segurando-lhe a mão e avançando em sua direção, com a finalidade de beijá-la à força, apalpando-lhe, na oportunidade, as nádegas e os seios.* (Fl. 216)

4. No recurso de apelação ora em apreço, a defesa sustenta o seguinte: (a) a incompetência da Justiça Federal para o processamento do feito, já que inexistente interesse da União na acusação de crimes sexuais; (b) ausência indevida da proposta de transação penal e suspensão do processo por parte do órgão ministerial, contrariando os princípios da segurança jurídica e da isonomia; (c) ausência de provas da materialidade delitiva, cuja condenação baseou-se unicamente nas declarações da vítima; (d) atipicidade dos fatos; (e) afronta ao art. 59 do CPB; (f) impossibilidade de arbitramento de danos morais em sentença penal; e (g) irrazoabilidade da decisão por perda de cargo público.

5. Contrarrazões do MPF às fls. 450/457 dos autos.

6. A Procuradoria Regional da República com atuação junto a esta Corte Federal, apresentou o Parecer 4.374/2012 (fls. 458/467), manifestando-se pelo não provimento do apelo do réu.

7. Eis o que havia a relatar.

8. Remetam-se os autos ao Revisor, por se tratar de apelação criminal interposta de sentença em processo por crime a que a lei

comina pena de reclusão (art. 29, inciso IV, do Regimento Interno desta Corte Regional).

VOTO

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

1. Tratarei, de logo, do argumento inicial da defesa, referente à incompetência da Justiça Federal para processamento da hipótese, haja vista, ao que sustenta, a inexistência de interesse da União no que diz respeito aos crimes sexuais.

2. Pois bem, o que se verifica dos autos é que a acusação imputou ao réu o delito de assédio sexual, tipificado no art. 216 do CPB, mas não foi só isso, foi descrito que tal conduta típica teria sido perpetrada nas dependências da Universidade Federal de Pernambuco, onde o acusado exerce o cargo de professor e orientador de mestrado.

3. Veja-se que o fato como contado na peça acusatória ocorreu quando a vítima buscava esclarecimentos acerca de tese que desenvolvia sob a orientação do réu, docente integrante do mestrado de Gestão Pública, isso em sala, no prédio da Universidade Federal de Pernambuco, onde este exercia seu múnus público, ou seja, fato ocorrido no momento em que o acusado exercia suas funções, valendo-se este da ascendência existente sobre a vítima, sua aluna e servidora pública federal naquela instituição.

4. Tais aspectos, ao meu sentir, demonstram o interesse da União, justificando a competência da Justiça Federal, na inteligência do art. 109, inciso IV, da CF/88 (*Aos juízes federais compete processar e julgar: (...); os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral*).

5. Como bem pontuou a Magistrada sentenciante, sobre o suposto fato, ao atuar nas dependências da aludida universidade e valendo-se da posição nela ocupada – de professor e de orientador de mestrado – indubitavelmente o agente teria praticado infração em detrimento de serviços e interesses da entidade autárqui-

ca federal, maculando a seriedade do estabelecimento, a segurança das intermediações, a boa fama da instituição, a moral e dignidade dos alunos, que devem ser preservados por intermédio daqueles que representam a aludida universidade. (Fls. 210/211)

6. Portanto, para mim, não restam dúvidas de que é competente a Justiça Federal para a apreciação da situação agora trazida a esta Corte Regional, isso porque, repita-se, perpetrado o fato por funcionário público federal, no exercício de suas funções, no interior de universidade pública federal.

7. No que diz respeito à ausência de proposta de transação penal e suspensão do processo por parte do órgão ministerial, institutos previstos no art. 89 da Lei 9.099/95, que caberiam na situação por ser de 1 a 2 anos de detenção a pena para o delito do art. 216 (art. 2º da Lei 10.259/2001), não visualizo qualquer irregularidade, a repercutir na nulidade do feito.

8. Ao que se observa, o órgão ministerial justificou a não propositura das medidas em foco na Cota Introdutória à Denúncia, colacionada às fls. 3/6 dos autos, isso em razão das circunstâncias que envolveram a prática do crime, e por existir outro depoimento prestado na Delegacia da Mulher em desfavor do réu, em momento anterior e situação semelhante à dos autos. Frisou que tais benefícios não constituem direito subjetivo do acusado, pelo que não estaria o *Parquet* obrigado a oferecê-los.

9. Analisando a jurisprudência do STF, o que percebo é que a excelsa Corte, em reiterados julgados, se manifesta justamente nesse sentido, também este Tribunal Federal já se posicionou na direção de que inexistente a obrigação do Ministério Público quanto ao oferecimento dos benefícios de transação e suspensão condicional do processo; confira-se:

HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (LEI 9.099/95, ART. 89). REQUISITO OBJETIVO E CONTINUIDADE DELITIVA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. SÚMULA 696. ORDEM DENEGADA.

1. Em se tratando de crimes idênticos em continuidade delitiva, o requisito objetivo para a suspensão condicional do processo deverá ser calculado pela pena mínima cominada em abstrato, majorada em um sexto.

2. **A suspensão condicional do processo tem natureza jurídica de transação processual, daí porque inexistente direito subjetivo do réu a sua aplicação.**

3. **Se o Ministério Público expressa e motivadamente deixa de oferecer a suspensão condicional do processo, e o juiz homologa essa manifestação, não há que se aplicar a Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal.** (HC 83250, JOAQUIM BARBOSA, STF)

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. AÇÃO PENAL. DENÚNCIA OFERECIDA POR CRIME, EM TESE, PREVISTO NO ART. 171, PARÁGRAFO 3º, DO CÓDIGO PENAL (ESTELIONATO QUALIFICADO). PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO. DESCABIMENTO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ART. 89 DA LEI Nº 9.099/95. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO DO RÉU. REITERADOS JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. *Habeas corpus* que objetiva o trancamento de ação penal em que o paciente foi denunciado pela prática do delito previsto no art. 171, parágrafo 3º, do Código Penal (estelionato qualificado), por supostamente ter, juntamente com seu ex-sogro, também denunciado, forjado lide trabalhista com o fito de resguardar alguma porcentagem do patrimônio da Companhia Açucareira João de Deus, haja vista a empresa encontrar-se desativada e com seus bens indisponíveis.

(...)

5. Precedente desta egrégia Primeira Turma: HC 4102, Relator Desembargador Federal José Maria Lucena, j. 21/10/2010, por maioria, DJ09/12/2010, p. 524.

6. No que pertine, ainda, à alegação de que o suposto crime de estelionato teria sido na forma tentada, motivo pelo qual caberia a suspensão condicional do processo, é de ser rejeitada, uma vez que esta não constitui direito subjetivo do réu. **O Supremo Tribunal Federal, em reiterados julgados, firmou entendimento no sentido de que o *sursis* processual não pode ser considerado direito subjetivo do réu, uma vez que é própria da transação a possibilidade de opção, bem assim assentou que o Ministério Público não está obrigado a oferecer o referido benefício, até mesmo em razão de sua natureza jurídica de transação processual.**

7. Ademais, para verificar o cabimento da suspensão condicional do processo seria necessário, ainda, avaliar o atendimento aos demais requisitos previstos na lei, dentre os quais a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, o que não é viável em sede de *habeas corpus*.

8. *Habeas corpus* que se denega.

(TRF5, HC 00075282620114050000, Desembargador Federal FRANCISCO DE BARROS E SILVA, Primeira Turma, 07/07/2011, p. 392)

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. DESACATO, RESISTÊNCIA E LESÃO CORPORAL LEVE (ARTS. 331, 329 E 129, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL). SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO DO RÉU. REITERADOS JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 89 DA LEI Nº 9.099/95. ART. 77 DO CÓDIGO PENAL. NÃO ATENDIDOS OS REQUISITOS SUBJETIVOS. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. O Ministério Público Federal reconheceu que o ora paciente preenchia os requisitos objetivos constantes do art. 89 da Lei nº 9.099/95. **Entretanto, deixou de oferecer a proposta de suspensão, ante a não satisfação dos pressupostos do art. 77, II, do Código Penal, quais sejam, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias do crime.**

2. **O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que o Ministério Público não está obrigado a oferecer a suspensão condicional do processo, até mesmo em razão de sua natureza jurídica de transação processual. Assim, o benefício não pode ser considerado direito subjetivo do réu, uma vez que é própria da transação a possibilidade de opção.**

(...).

(TRF5, HC 200705000398363, Desembargadora Federal JOANA CAROLINA LINS PEREIRA, Primeira Turma, 14/08/2007, p. 656).

10. Rebatidas as preliminares, passo ao mérito, e, neste ponto, o que percebo é que não existem provas suficientes nos autos

para a condenação do réu pela prática do crime delito descrito na peça acusatória do *Parquet*.

11. De acordo com a denúncia, o crime teria sido supostamente perpetrado pelo acusado JORGE ZAVERUCHA, no dia 26/05/2011, em sua sala no 14º andar do Centro de Filosofia e Ciências Humanas da UFPE, onde teria constrangido a mestranda LILIAN LIMA DE SIQUEIRA MELO, objetivando obter favorecimento sexual.

12. Não restam dúvidas acerca da dificuldade probatória em delitos como o que aqui se estuda, que geralmente ocorrem na intimidade, como na situação ora descrita pelo órgão do *Parquet*, em que presentes só a vítima e o réu, sem que outras pessoas comunguem dos fatos, tanto isso é verdade que a jurisprudência é pacífica em admitir a prova indiciária de tais delitos.

13. Na hipótese em apreciação, penso que os indícios existentes no caderno processual são insuficientes à prolação de um decreto condenatório.

14. Chamou-me atenção nos autos a ouvida da testemunha de nome EUTRÓPIO PEREIRA BEZERRA (mídia digital de fl. 118), restaurador e professor na Universidade Federal de Pernambuco/UFPE, que pelas declarações da vítima foi a primeira pessoa a cruzar com ela na descida das escadarias da universidade. Tal relato, ao meu sentir, foi desprovido de qualquer elemento mais substancial, a indicar mesmo um estado de ânimo mais desesperado por parte da Senhora de nome LILIAN LIMA DE SIQUEIRA MELO, próprio de quem tivesse há pouco sofrido assédio sexual.

15. De fato, como reconhecido no decreto condenatório, a testemunha mencionou que a vítima estaria nervosa, ao descer as escadarias da universidade, acontece que o registro da testemunha veio seguido da afirmação de que não percebeu nenhum fato estranho com LILIAN, pois tal nervosismo poderia ter se dado em razão da falta de energia nos elevadores da instituição na ocasião do encontro dos dois, o que causou inclusive um certo embaraço no térreo da universidade.

16. Pois bem, a testemunha indicada não relatou qualquer desespero por parte da vítima, algo incomum, presença de tremor,

choro, e outros aspectos externos que evidenciassem o episódio descrito na denúncia, ao contrário, mencionou que a vítima o cumprimentou com um beijo no rosto, e solicitou que ele se encaminhasse à biblioteca; tal relato, que para mim foi de extrema relevância, pelo fato já registrado de ter sido esta a primeira pessoa que se comunicou com a vítima, me deixa inseguro para me manifestar de acordo com o órgão ministerial.

17. Mais uma vez anoto que o Senhor EUTRÓPIO PEREIRA BEZERRA foi a primeira pessoa a ver a vítima, a abraçá-la, a se comunicar com ela, por isso a relevância que estou dando a suas informações, e não percebeu, a ponto de trazer ao Juízo durante seu interrogatório, algo mais substancial, mais conclusivo.

18. Somado a isto, tem-se que os elementos mais contundentes descritos no caderno processual foram produzidos em lugar estranho àquele indicado pelo MPF como tendo sido o local do delito, mais precisamente na biblioteca da UFPE, ambiente de trabalho da suposta vítima, e limitaram-se a relatos de colegas da suposta vítima, todos reproduzindo a versão apresentada pela Senhora LILIAN a estes colegas.

19. Digo que a situação não é de fácil exame, e me inquietou realmente a sua análise, me deixando hesitante; o certo é que, estando incutido do espírito da dúvida, não me sinto com subsídios necessários à decretação de um *decisum* condenatório, nos moldes sugeridos pelo órgão ministerial.

20. Diante de tudo isto, entendo que o ora apelante não pode ser responsabilizado penalmente pela conduta incriminadora que lhe é imputada. Apesar da existência de alguns indícios, estes não são suficientes à condenação do acusado, e isso porque não basta à condenação criminal dilações ou presunções, ainda que legítimas, sendo imprescindível a presença de comprovação dos fatos, da sua autoria e culpabilidade, mesmo por indícios, como nas hipóteses do delito que ora se estuda, mas desde que estes sejam substanciais.

21. Tenho sustentado que o ato judicial de condenação criminal demanda muita ponderação, porque é necessário o rígido convencimento do julgador acerca da materialidade e autoria do evento criminoso, uma vez que a condenação criminal produz imedia-

tos efeitos danosos à reputação, honra e imagem das pessoas, além da implicação mais grave de restrição ao *status libertatis* do condenado.

22. No exercício do juízo criminal, é indispensável que seja apurada a verdade material, a mera suspeita não basta à condenação penal, pois, em observância ao princípio do *in dubio pro reo*, ninguém pode ser condenado por prática criminosa a menos que existam provas suficientes à formação de um juízo de certeza, devidamente fundamentado pelo ente julgador.

23. Por fim, registro que a absolvição criminal aqui prolatada não produz qualquer efeito no juízo cível e administrativo, já que a insuficiência de prova da ação penal não impede que se comprovem a culpa administrativa e a civil, conforme expressamente disposto nos arts. 66 e 67 do CPB.

24. Isto posto, dou provimento ao apelo do acusado JORGE ZAVERUCHA, para absolvê-lo do delito de assédio sexual, capitulado no art. 216 do CPB, isso com fundamento no art. 386, inciso VII, do CPB (não existir prova suficiente para a condenação).

25. É esse meu voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 9.944-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Apelantes: ROBERTO NEY PINHEIRO, CLÁUDIO FÍDIAS BARBOSA FREITAS, ANA MARÍLIA LINS MENDES FREITAS E FRANCISCO NILTON PASCOAL FIGUEIREDO
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ NAERTON SOARES NERI, FRANCISCO MARCOS DE ARAÚJO E OUTRO, MARIA IZABEL COSTA FERNANDES REGO E OUTRO

EMENTA: PROCESSUAL E PENAL. FRAUDE EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO (ART. 90 DA LEI Nº 8.666/93). PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍ-

SICA DO JUIZ. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA E INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. AJUSTE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL.

- Quando o magistrado que presidiu a instrução deixa de proferir sentença por haver sido removido, não há falar em violação ao primado da identidade física do juiz, a teor do que consta do art. 132 do Código de Processo Civil, aplicável analogicamente ao processo penal pela dicção do art. 3º do CPP. Precedente.

- Afasta-se a preliminar de cerceamento de defesa, uma vez que o juiz, mediante a livre apreciação das provas, chegou à conclusão de que os depoimentos das testemunhas arroladas pelos réus eram insuficientes para desconstituir a documentação trazida aos autos pelo Ministério Público Federal.

- A sentença restou suficientemente fundamentada, tendo sido apreciadas as teses suscitadas pelas partes, não se podendo afirmar que, pelo fato de não terem sido acolhidos os argumentos da defesa, houve vício capaz de inquiná-la.

- Alegação de inépcia da denúncia rechaçada, uma vez que os fatos ali narrados encontram-se devidamente fundamentados, possibilitando o exercício do direito de defesa dos acusados.

- Tratando-se de crimes de autoria coletiva, é prescindível a descrição minuciosa e individualizada da ação de cada réu, bastando a narrativa das condutas delituosas e da suposta autoria.

- A materialidade do delito restou comprovada através do Relatório de Fiscalização elaborado pela Controladoria Geral da União, por meio do qual restaram constatadas irregularidades na realização da licitação Carta-Convite nº 11/2004, no Município de Pau dos Ferros/RN, cujo objeto

consistia na construção de uma quadra poliesportiva descoberta, no bairro de Manoel Deodato.

- Autoria delitiva demonstrada em relação a todos os apelantes que concorreram para frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório em tela, cada um a seu modo, no intuito de direcionar à empresa vencedora do certame a adjudicação do seu objeto, configurando-se o crime previsto no art. 90 da Lei nº 8.666/93.

- O tipo penal em comento, por visar à punição da fraude à competitividade nos processos licitatórios e por ser de natureza formal, dispensa a ocorrência do dano ao Erário, exigindo, no entanto, dolo específico.

- Considerando que a obtenção de vantagem econômica, decorrente da fraude na licitação, é elementar do delito em estudo, há de ser excluída da dosimetria da pena a circunstância judicial valorada negativamente com base em tal fundamento, sob pena de bis in idem, devendo a pena dos réus ser reduzida de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses para 2 (dois) anos de detenção.

- Transitada em julgado a sentença para o Ministério Público, o prazo prescricional deverá ser aferido com base na pena in concreto, nos termos dos arts. 109, V, e 110, §§ 1º e 2º, do CP.

- Hipótese em que o lapso temporal observado entre a ocorrência do fato típico (2004) e o recebimento da denúncia (2010) excede o prazo legal de quatro anos, dando ensejo ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal.

- Inaplicabilidade da Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, que revogou o parágrafo 2º do art. 110 do Código Penal, excluindo a contagem do prazo prescricional no período anterior à denúncia, pois os fatos em questão ocorreram antes de sua vigência, não podendo a norma retroagir para prejudicar o réu.

- Preliminares rejeitadas. Apelações parcialmente providas para reduzir a pena dos réus para 2 (dois) anos de detenção, julgando-se extinta, de ofício, a punibilidade dos apelantes, em face da ocorrência da prescrição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, dar parcial provimento às apelações para reduzir a pena imposta aos réus e, de ofício, extinguir a punibilidade pela prescrição, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 27 de agosto 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 apelações criminais interpostas contra sentença que julgou procedente a denúncia, condenando os acusados FRANCISCO NILTON PASCOAL FIGUEIREDO, ANA MARÍLIA LINS MENDES FREITAS, CLÁUDIO FÍDIAS BARBOSA FREITAS e ROBERTO NEY PINHEIRO às penas de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de detenção e multa, pela prática do delito previsto no art. 90 da Lei nº 8.666/93, substituindo a pena privativa de liberdade aplicada a cada réu por duas restritivas de direitos.

Os réus ANA MARÍLIA LINS MENDES FREITAS e CLÁUDIO FÍDIAS BARBOSA FREITAS, no seu recurso, sustentam, em síntese: a) a nulidade da sentença, por ofensa ao princípio da identidade física do juiz (art. 399, § 2º, do CPP, com redação dada pela Lei nº 11.719/08); b) a ausência de provas quanto à autoria e a materialidade delitivas, inexistindo elementos indicativos da ocor-

rência de fraude ou conluio tendentes ao direcionamento irregular da licitação; c) condenação baseada em provas produzidas unilateralmente pelo MP, em afronta ao art. 155 do CPP; d) a valoração negativa indevida quanto aos motivos do crime, já que a obtenção de vantagem econômica é inerente ao tipo penal em tela.

Por sua vez, ROBERTO NEY PINHEIRO, no apelo, afirma, em resumo, que: a) houve ofensa ao princípio da identidade física do juiz; b) restaram violados os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, em face da omissão na análise das teses de defesa (em especial a ocorrência de dano ao erário nos crimes de licitação) e da desconsideração das provas testemunhais; c) inexistem provas quanto à sua participação no ilícito em foco; d) o decreto condenatório está fundado em meras conjecturas, possibilitando a sua absolvição; e) não estão presentes os elementos do tipo penal, em razão da inoccorrência de dano ao erário; f) a pena-base deve ser fixada no mínimo legal.

O réu FRANCISCO NILTON PASCOAL FIGUEIREDO sustenta, em apertada síntese: a) a inépcia da denúncia, em face da ausência de qualquer imputação dolosa à sua pessoa e da falta de narrativa de todas as circunstâncias do fato criminoso, incorrendo a sentença em cerceamento de defesa; b) a inexistência da caracterização dos elementos do tipo; c) a ausência de dolo específico e de dano ao erário; d) a regularidade do processo de licitação, cujo trâmite obedeceu aos ditames da Lei nº 8.666/93; e) a condenação imposta ao réu encontra-se em completo descompasso com a realidade dos autos; f) a pena-base deveria ter sido fixada no mínimo legal.

Em contrarrazões, o Ministério Público Federal requereu a readequação da sanção aplicada a cada um dos réus, a fim de que seja a pena-base arbitrada no seu mínimo.

A Procuradoria Regional Federal da 5ª Região, atuando como *custos legis*, opinou pelo parcial provimento das apelações, para afastar a circunstância judicial indevidamente valorada e reajustar a pena dos recorrentes.

É o relatório.

VOTO

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

Inicialmente, convém rejeitar a alegação de violação ao primado da identidade física do juiz, porquanto o magistrado que presidiu a instrução do feito deixou de proferir sentença por ter sido removido, hipótese prevista no art. 132 do Código de Processo Civil, aqui aplicável analogicamente, tal como admite o art. 3º do CPP (TRF - 3ª R., 5ª Turma, ACR 38824, Relator(a) Desembargador Federal André Nekatschalow, e-DJF3 15/04/2010).

Outrossim, a preliminar de nulidade da sentença por violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal merece ser rechaçada, tendo em vista que tal ato judicial não está fundado em meras conjecturas, nem desconsiderou a prova testemunhal produzida pelos réus.

Com efeito, o magistrado *a quo*, ao cotejar o acervo documental trazido aos autos pelo Ministério Público com os depoimentos das testemunhas de defesa, mediante a livre apreciação das provas, chegou à conclusão de que referidos testemunhos não eram fortes o bastante para desconstituir os elementos probatórios colacionados ao processo pela acusação.

Ademais, vale registrar que a sentença restou suficientemente fundamentada, tendo sido apreciadas as teses suscitadas pelas partes, não se podendo afirmar que, pelo fato de não terem sido acolhidos os argumentos da defesa (dentre eles, aquele referente à inexistência do crime, pela ausência de dano ao erário), houve vício capaz de inquinar o decreto condenatório.

Disso deflui o entendimento de que o juiz sentenciante não se ateve, única e exclusivamente, à análise da documentação trazida pelo Ministério Público, não havendo que se falar em violação ao disposto no art. 155 do CPP.

Há de ser afastada, igualmente, a alegação de inépcia da denúncia, uma vez que a peça acusatória narrou de maneira individualizada a participação de cada réu no evento criminoso, além de ter descrito de forma satisfatória o fato delitivo, com todas as suas circunstâncias, identificando-o, inclusive, ao tipo penal violado, não se podendo falar em afronta ao disposto no art. 41 do CPP.

Confira-se, a propósito, o seguinte trecho de tal peça:

(...)

A autoria na pessoa do demandado Francisco Nilton Pascoal de Figueiredo resta tranquila, sendo certo que o mesmo, na condição de Prefeito de Pau dos Ferros/RN, dirigiu todos os atos, determinando que se fizesse a contratação direta e a fictícia licitação na modalidade carta-convite, sendo o responsável direto pelos atos fraudulentos. Como gestor da coisa pública, foi o responsável pela assinatura do contrato de repasse e de todos os documentos relevantes que integram o procedimento licitatório até o pagamento do objeto conveniado.

Quanto aos réus **Cláudio Fídias Barbosa Freitas e Ana Marília Lins Mendes Freitas**, estes eram sócios-administrativos da empresa RN Construções e Projetos Ltda., vencedora do convite 011/2004, beneficiários diretos da simulação do procedimento licitatório, e corresponsáveis pela confecção do procedimento fraudulento.

Roberto Ney Pinheiro era sócio-gerente da empresa ACOL - Acácia Construções Ltda., e **Paulo Pereira de Vasconcelos** procurador da empresa CCL - Construtora Caieira Ltda. respondendo ambos, nessa qualidade, pelo fornecimento de documentos e propostas de suas empresas, assinando diversos documentos (propostas, atas, etc.), emitindo certidões, com vistas a possibilitar a montagem do procedimento licitatório convite 011/2004, haja vista que muito embora não tenham se sagrado vencedoras no certame, a participação das empresas foi essencial, na medida em que a simulação de procedimentos licitatórios impõe, necessariamente, a presença de outras empresas para conferir ares de legalidade ao procedimento, garantindo, sem maiores problemas, o direcionamento do objeto do contrato. (...) (fls. 07/08)

Ressalte-se, por oportuno, que, no tocante à individualização da conduta dos agentes, a jurisprudência há muito pacificou o entendimento de que, em se tratando de crimes de autoria coletiva, é prescindível a descrição minuciosa e individualizada da ação de cada acusado, bastando a narrativa das condutas delituosas e da suposta autoria, de modo a fornecer elementos hábeis ao exercício do direito de defesa, como verificado no caso concreto.

Superadas essas questões, passo ao exame do mérito.

A pretensão dos recorrentes está voltada à reforma da sentença que os condenou pela prática do crime previsto no art. 90 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Consta da denúncia que os réus teriam frustrado o caráter competitivo da licitação Carta-Convite nº 011/2004, realizada no Município de Pau dos Ferros/RN, cujo objeto consistia na construção de uma quadra poliesportiva descoberta, no bairro de Manoel Deodato, mediante a simulação de sua realização, com o propósito de contratar diretamente a empresa RN Construções Ltda., a qual, de fato, sagrou-se vencedora no certame, com proposta no montante de R\$ 61.495,44 (sessenta e um mil, quatrocentos e noventa e cinco reais e quarenta e quatro centavos), tendo participado do certame, também, as empresas ACOL - Acácia Construções Ltda. e CCL - Construtora Caieira Ltda.

A materialidade da infração restou eficazmente comprovada através do Relatório de Fiscalização nº 00843 (fls. 12/16), preparado pela Controladoria Geral da União, por meio do qual foram listadas as irregularidades encontradas no procedimento licitatório em comento, que foram bem resumidas pelo magistrado *a quo*:

(...) Pois bem. Sobressai do caderno processual que, segundo o edital da Carta-Convite nº 11/2004 (fls. 159/171 e 300/316), ficou designado o dia 30/06/2004 para que houvesse a apresentação e abertura das propostas alusivas à licitação. Não bastando, observa-se que, nesse mesmo dia, a edilidade aprazou outros procedimentos licitatórios, quais sejam: as Cartas-convites nº 10/2004 e 12/2004 (fls. 119/120), bem ainda as Tomadas de Preços nº 05/2004 e 06/2004.

Destes outros procedimentos, percebe-se, de forma notória e nos termos do Relatório da CGU de fls. 12/16, que o Convite nº 12/2004 possui objeto similar ao do Convite nº

11/2004, que ora se investiga, na medida em que objetiva a construção de quadra poliesportiva descoberta, no bairro de Riacho do Meio, localidade que também é situada na zona urbana do Município de Pau dos Ferros/RN, consoante edital acostado às fls. 256/269. Nesse sentido, consignou a CGU, *in verbis*: “É importante lembrar que os objetos são semelhantes e ambos foram executados na área urbana do município”.

Ocorre que, a despeito da semelhança verificada em ambos os procedimentos licitatórios em relação ao objeto contratado, nota-se discrepância considerável entre os preços lançados nos dois certames, sem que haja qualquer justificativa razoável, como bem constatou o relatório de fiscalização da CGU (fl. 15, item 2): “os preços unitários utilizados na planilha orçamentária relativa ao Convite nº 11/2004 estão em média 55,02% superiores aos preços unitários fixados na planilha orçamentária do Convite nº 12/2004”.

Nesse tocante, cabe destacar que, além da similitude dos objetos contratados, há ainda identidade parcial das empresas participantes dos Convites nº 11/2004 e 12/2004, pois, na primeira, estavam concorrendo as empresas ACOL - ACÁCIA CONSTRUÇÕES LTDA., CCL - ACÁCIA CONSTRUÇÕES LTDA. e RN CONSTRUÇÕES E PROJETOS LTDA., essa última pertencente aos réus ANAMARÍLIA LINS MENDES FREITAS e CLÁUDIO FÍDIAS BARBOSA FREITAS; enquanto, na segunda, apenas a RN CONSTRUÇÕES E PROJETOS LTDA. deixou de figurar no certame e, em seu lugar, passou a participar a AZIMUTE CONSTRUÇÕES LTDA., que, ressalte-se, tem como um de seus sócios a ré ANAMARÍLIA LINS MENDES FREITAS (fls. 244/249 e 427/431).

Contudo, mesmo diante de tamanha semelhança nos dois procedimentos licitatórios, a Controladoria-Geral da União (CGU) indicou que, em 22 (vinte e dois) itens comuns aos dois convites (nº 11/2004 e 12/2004)¹, o preço unitário dos

¹ Observe o que ficou registrado no Relatório de Fiscalização da CGU, em seu item 2 (fls. 15): “dos 30 (trinta) itens constantes da planilha orçamentária da prefeitura referente ao Convite 11/2004, 22 (vinte e dois) também constam da planilha orçamentária relativa ao Convite 12/2004”.

produtos, apresentados pelas empresas vencidas, ACOL - ACÁCIA CONSTRUÇÕES LTDA. e CCL- ACÁCIA CONSTRUÇÕES LTDA., estavam superiores em 53,06% e 30,60%, o que também foi acompanhado pelas empresas RN CONSTRUÇÕES E PROJETOS LTDA., vencedora do Convite nº 11/2004, e AZIMUTE CONSTRUÇÕES LTDA., vencedora do Convite nº 12/2004, cujo corpo societário guarda simetria, como já evidenciado (itens 4 e 5 do Relatório de Fiscalização nº 0843, à fl. 15, e comparativo de fls. 203/204 e 239/243).

O aumento injustificado dos preços unitários em licitação de similar objeto pelas duas empresas que não venceram a licitação e a parcial identidade de sócios das empresas vencedoras dos certames são provas cabais de que houve ajuste entre as empresas a fim de resultar na vitória de RN CONSTRUÇÕES E PROJETOS LTDA. (Convite nº 11/2004), promovendo todas as licitantes acréscimo em percentual aproximado.

Nesse sentido, não merece prosperar a alegação formulada pelos réus ANA MARÍLIA LINS MENDES FREITAS, CLÁUDIO FÍDIAS BARBOSA FREITAS e ROBERTO NEY PINHEIRO de que os orçamentos eram elaborados apenas tomando por base os valores de referência do Município (fls. 188/193), eis que se, de fato, não estavam previamente ajustadas como alegam e, sendo eles sabedores de seus custos operacionais, considerando inclusive, a informação contida nas alegações finais dos aludidos denunciados de que costumeiramente participavam de procedimentos como esses, buscariam as empresas apresentar a proposta com o menor preço, seguindo a análise de suas possibilidades, para, assim, lograrem êxito na licitação, sagrando-se vencedora.

Pensar que simplesmente tratou de coincidência de todas as empresas adotarem os mesmos mecanismos de “cálculos” e elaboração de propostas não se mostra consentâneo com a realidade. Ora, como poderia a empresa ACOL - ACÁCIA CONSTRUÇÕES LTDA., representada por seu sócio-gerente e réu ROBERTO NEY PINHEIRO, ser conhecedora das praxes adotada pela empresa RN CONSTRUÇÕES E PROJETOS LTDA., cujos sócios são os acusados ANA MARÍLIA LINS MENDES FREITAS e CLÁU-

DIO FÍDIAS BARBOSA FREITAS, se não fosse pelo prévio ajuste e combinação havido entre eles? Houve, assim, frustração ao caráter competitivo do procedimento licitatório. (...)

No tocante à autoria, observo que esta também ressoa patente nos autos, tendo em vista que os réus foram os responsáveis pela frustração do caráter competitivo do certame, na medida em que estiveram à frente do procedimento licitatório, atuando de forma irregular.

Nesse contexto, é válido destacar que os réus ANA MARÍLIA LINS MENDES FREITAS e CLÁUDIO FÍDIAS BARBOSA FREITAS, como sócios da empresa RN Construções Ltda., tiveram a sua participação comprovada a partir do ajuste prévio com os representantes das demais empresas licitantes, direcionado à obtenção da vantagem decorrente da adjudicação do certame, sendo pertinente, além disso, trazer a lume os fundamentos lançados na sentença em relação à atuação dos citados apelantes no evento criminoso:

Como já dito alhures, os denunciados CLÁUDIO FÍDIAS BARBOSA FREITAS e ANA MARÍLIA LINS MENDES FREITAS figuram como sócios da empresa RN CONSTRUÇÕES E PROJETOS LTDA., vencedora do Convite nº 11/2004. Nessa perspectiva, ambos praticaram atos voltados à prática da infração penal, incluindo a ré ANA MARÍLIA LINS MENDES FREITAS, que não se exime de responsabilidade tão somente por tratar-se de sócia minoritária (formalmente não exerce gerência).

Isto porque ela teve participação direta na ação criminosa, na medida em que houve, no certame em comento, verdadeira confusão na gerência da empresa RN CONSTRUÇÕES E PROJETOS LTDA. entre os réus CLÁUDIO FÍDIAS BARBOSA FREITAS e ANA MARÍLIA LINS MENDES FREITAS, ou seja, não apenas o sócio-gerente constante do contrato social (CLÁUDIO FÍDIAS BARBOSA FREITAS) como também a ré ANA MARÍLIA LINS MENDES FREITAS atuaram como sócio-gerente para o fim de angariar uma licitação em prol da empresa, haja vista que a ré, sendo sócia desta juntamente com seu marido, também é sócia-gerente de outra empresa do mesmo ramo, numa

região em que há poucas empresas de construções, e além do mais, a ré no mesmo dia participou de outra licitação no âmbito do mesmo município para uma obra similar, tendo logrado êxito, concorrendo apenas formalmente com as mesmas duas empresas que concorreram com a RN CONSTRUÇÕES E PROJETOS LTDA. Em síntese, a ré ANA MARÍLIA LINS MENDES FREITAS, como sócia minoritária da RN CONSTRUÇÕES E PROJETOS LTDA., colaborou decisivamente com o sócio-gerente CLÁUDIO FÍDIAS BARBOSA FREITAS para a frustração da licitação no convite nº 11/2004, do qual teve pleno conhecimento, tanto que preferiu que a empresa da qual é sócia-gerente concorresse no convite nº 12/2004, para evitar que ambos concorressem na mesma licitação, e que culminou na vitória das duas empresas.

(...)

A bem da verdade, os dois acusados atuaram ativamente para o êxito do crime em apreço, mediante acerto prévio com as demais empresas participantes da licitação (ACOL - ACÁCIA CONSTRUÇÕES LTDA. e CCL - CAIEIRA CONSTRUÇÕES), ou seja, estabeleceram ajuste com os demais réus desta ação (ROBERTO NEY PINHEIRO e FRANCISCO NILTON PASCOAL DE FIGUEIREDO), sendo, portanto, corresponsáveis pela fraude da licitação e beneficiários diretos da ilicitude praticada.

Impende registrar novamente que a denunciada ANA MARÍLIA LINS MENDES também é sócia-gerente da AZIMUTE CONSTRUÇÕES LTDA., empresa vencedora do convite nº 12/2004 e da Tomada de Preços nº 05/2004, além de ser casada com o acusado CLÁUDIO FÍDIAS BARBOSA FREITAS. É bem verdade que a relação de parentesco, por si só, não evidencia qualquer ilegalidade, mas, diante do acervo probatório constante nos autos e ressaltado nos parágrafos anteriores, serve a corroborar as irregularidades existentes na Carta-Convite nº 11/2004. (Fls. 772/773)

Por sua vez, FRANCISCO NILTON PASCOAL DE FIGUEIREDO, na condição de prefeito municipal, esteve à frente de todos os atos da licitação, tendo sido o responsável pela homologação do certame e pela assinatura do contrato com a empresa vencedora, bem como pela autorização de execução do serviço.

Como gestor da coisa pública, era seu dever zelar pela lisura do procedimento licitatório e pela correta aplicação e destinação dos recursos públicos, de maneira que, diante da constatação de irregularidades, deve ser chamado à responsabilidade.

Em relação ao réu ROBERTO NEY PINHEIRO, embora não tenha sido o vencedor do certame, concorreu para que tal procedimento tivesse a sua competitividade frustrada, pois elevou, de forma propositada, o preço dos itens constantes da sua proposta com o único propósito de direcionar o objeto da licitação à empresa RN Construções Ltda., sendo certo que chegou a emitir uma declaração na qual afirmava que só estaria participando do procedimento para manter ativo o seu cadastro na Prefeitura de Pau dos Ferros/RN.

Entendo, dessa forma, que a participação dos réus na prática do delito ficou robustamente evidenciada, tendo ficado comprovado o elemento subjetivo do tipo – dolo específico –, pois os apelantes tinham plena consciência de que não haveria real competição na licitação Carta-Convite nº 011/2004, o que levou à frustração, igualmente, da concretização dos princípios norteadores do procedimento em referência, notadamente o da legalidade e o da competitividade.

Convém registrar, ainda, que o crime descrito no art. 90 da Lei nº 8.666/93, por visar à punição da fraude à competitividade nos processos licitatórios e por ser de natureza formal, prescinde da ocorrência de dano ao Erário, de modo que, mesmo tendo sido construída a quadra poliesportiva descoberta e não tendo havido prejuízo financeiro à Administração, a configuração do delito não pode ser afastada.

Consoante destacou o magistrado, “a incidência da norma ocorre independente da efetiva realização da obra: pune-se, *in casu*, o potencial prejuízo em inibir a obtenção de melhor proposta pelos entes públicos”. (Fl. 775)

No tocante à dosimetria da pena privativa de liberdade imposta aos réus, observo que merece ser reajustada, eis que o magistrado, equivocadamente, valorou negativamente os motivos do crime, voltados à obtenção de vantagem econômica do Poder Públi-

co em detrimento da coletividade, sendo certo que o ganho de vantagem financeira, decorrente da adjudicação fraudulenta do objeto da licitação, é inerente ao próprio tipo penal, sob pena de *bis in idem*.

Em consequência, a pena de detenção aplicada em desfavor de cada recorrente (2 anos e 6 meses), deve ser reduzida para 2 anos.

Transitada em julgado a sentença para o Ministério Público, verifico a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal em relação à pena aplicada aos réus, a qual, conforme prescreve o art. 61 do Código de Processo Penal, deve ser declarada de ofício, por tratar-se de matéria de ordem pública.

O art. 110 do Estatuto Repressor assim dispõe acerca de tal instituto jurídico:

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.

Por seu turno, o art. 109 do mesmo Diploma Legal estabelece o seguinte:

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;

Tendo-se fixado a pena dos acusados em 2 anos e considerando o trânsito em julgado da sentença para o Ministério Público Federal, preenchido está aquele requisito definido no art. 110, § 1º, do CP.

À pena aplicada, a prescrição retroativa se consuma em quatro anos, segundo o disposto no art. 109 em destaque, inciso V.

Na hipótese, o lapso temporal observado entre a ocorrência do fato típico (2004) e o recebimento da denúncia (2010 – v. fls. 435/436) excede o prazo legal de quatro anos, dando ensejo ao reconhecimento da prescrição.

No tocante à pena de multa, cominada, cumulativamente, com a pena privativa de liberdade, observo que, igualmente, a mesma foi fulminada por tal instituto, a teor do art. 114, II, do Código Penal Brasileiro.

Ocorrendo tal instituto, impõe-se a decretação da extinção de punibilidade, conforme dispõe o art. 107 do CP, *in verbis*:

Art. 107. Extingue-se a punibilidade:

(...)

IV - pela prescrição, decadência ou preempção;

É importante registrar que, no caso dos autos, não se aplica a Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, que revogou o parágrafo 2º do art. 110 do Código Penal, excluindo a contagem do prazo prescricional no período anterior à denúncia, pois os fatos em questão ocorreram antes de sua vigência, não podendo a norma retroagir para prejudicar o réu.

A esse respeito, observe-se o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL NA MODALIDADE RETROATIVA. LAPSO TRANSCORRIDO ENTRE A DATA DOS FATOS E O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. DELITO QUE SE PERFAZ MEDIANTE MERA DISPENSA, INDEPENDENTEMENTE DE RESULTADO NATURALÍSTICO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

(...)

2. Na hipótese, verifica-se que já transcorreu tempo suficiente para o reconhecimento da prescrição com base na pena *in concreto*, porquanto os fatos narrados na denúncia ocorreram em fevereiro de 1999 e a exordial acusatória foi recebida em 31-5-2004. E, tendo o paciente sido condenado por violação ao disposto no art. 89 da Lei nº 8.666/

93 à pena de 3 (três) anos de reclusão, nos termos do art. 109, inciso V, do Código Penal, a prescrição ocorre após decorridos 8 (oito) anos.

3. Entretanto, constatado que o paciente era maior de 70 (setenta) anos na data da prolação do acórdão condenatório (7-11-2007), o referido prazo prescricional deve ser reduzido pela metade, de acordo com a previsão contida no art. 115 do mesmo Diploma Legal, totalizando em 4 (quatro) anos, prazo este que restou ultrapassado entre a data dos fatos (fevereiro de 1999) e o recebimento da peça inaugural (31-5-2004), circunstância que autoriza o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal na sua modalidade retroativa, sendo imperiosa a declaração da extinção da punibilidade do paciente.

4. Ressalta-se que, por se tratar de lei penal posterior aos fatos e que agrava a situação do paciente, não se aplicam ao caso em apreço as disposições dadas ao artigo 110, § 1º, do Código Penal pela Lei n. 12.234/2010, por meio da qual foi suprimida a possibilidade de se reconhecer a prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia. Ultratividade do art. 110, § 2º, do Estatuto Repressor.

5. Ordem concedida.

(STJ, 5ª T., HC 135.759/RJ, rel. Min. Jorge Mussi, DJ 14/02/11). (Grifei)

Com essas considerações, rejeito as preliminares suscitadas e, no mérito, dou parcial provimento às apelações, para reduzir a pena dos réus para 2 (dois) anos de detenção, julgando extinta, de ofício, a punibilidade dos apelantes pela prescrição.

É como voto.

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 520.941-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT
Embargante: FAZENDA NACIONAL
Embargada: ASA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Advs./Procs.: DRS. ANA LUÍSA BÉRARD DE PAIVA MOURA RODRIGUES E OUTROS (EMBDA.)

EMENTA: IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. EXCEÇÃO TARIFÁRIA (EX-TARIFÁRIO). RESOLUÇÃO Nº 77/08 DA CÂMARA DE COMÉRCIO EXTERIOR (CAMEX). EFEITO.

- Acórdão que reconhece à empresa o direito à exceção tarifária (ex-tarifário) na importação de produto sem similar nacional, tal como descrito na Resolução nº 77/08 da Câmara de Comércio Exterior (Camex).

- Embargos infringentes defendendo não ser possível aplicar a Resolução Camex nº 77/08, porque editada dois anos depois do requerimento administrativo da exceção tarifária.

- São declaratórias as resoluções que aprovam pedidos de exceção tarifária, na medida em que elas reconhecem, em dado produto, a presença dos requisitos que dão ao adquirente o direito à fruição do benefício fiscal.

- Em se tratando de Imposto de Importação, sabe-se que: “A alíquota aplicável para o cálculo do imposto é a correspondente ao posicionamento da mercadoria na Tarifa Externa Comum, na data da ocorrência do fato gerador, uma vez identificada sua classificação fiscal segundo a Nomenclatura Comum do Mercosul” (Decreto nº 4.543/02, art. 94, atualmente reproduzido no art. 94 do Decreto nº 6.759/09).

- Contudo, é igualmente certo ser devida a restituição do imposto pago indevidamente quando constatado: “que o contribuinte, à época do fato

gerador, era beneficiário de isenção ou de redução concedida em caráter geral, ou já havia preenchido as condições e os requisitos exigíveis para concessão de isenção ou de redução de caráter especial (Decreto nº 4.543/02, art. 109, III, atualmente reproduzido no inciso III do art. 110 do Decreto nº 6.759/09)”.

- A Resolução Camex nº 77/08 nada mais fez senão reconhecer que o bem importado pela autora preenchia os requisitos exigidos para ser tributado com redução da alíquota do Imposto de Importação, sendo devida, conseqüentemente, a restituição do excedente do imposto pago sem a exceção tarifária.

- Não se trata de atribuir efeito retroativo à Resolução, mas de nela reconhecer a declaração de uma situação fática constituída anteriormente a sua edição e cujos efeitos práticos se estendem desde a data do desembaraço aduaneiro.

- Precedente da Quarta Turma deste Regional (AC nº 407.021/PE, Des. Federal Marcelo Navarro, DJ 27/8/07, p. 625). Julgados de outros Tribunais Federais (AMS nº 0009676-32.2004.4.01.3600/MT, TRF-1, Primeira Turma Suplementar, Juiz Federal Márcio Luiz Coelho de Freitas, e-DJF1 8/3/13, p. 926; AMS nº 0003299-91.1999.4.01.3900 / PA, TRF-1, Quinta Turma Suplementar, Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos, e-DJF1 23/8/13, p. 969; AC nº 2003.70.00.000120-2/PR, TRF-4, Primeira Turma, Des. Federal Álvaro Eduardo Junqueira, DJU 5/4/06; AC nº 2006.72.01.002721-7, TRF-4, Primeira Turma, Des. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère, DE 3/11/10).

- Embargos infringentes não providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de EINFAC 520941-PE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Pleno do TRF da 5ª Região, por maio-

ria, negar provimento aos embargos infringentes, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT:

1. A FAZENDA NACIONAL interpõe embargos infringentes contra acórdão da Terceira Turma deste Regional que reconheceu à empresa ASA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. o direito à exceção tarifária (ex-tarifário) na importação de sistema integrado para fabricação de lâ de aço (SI-714), sem similar nacional, tal como descrito na Resolução nº 77/08 da Câmara de Comércio Exterior (Camex), pelas razões assim sintetizadas na ementa:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. REGIME EX-TARIFÁRIO. RESOLUÇÃO CAMEX Nº 77/08. EFEITOS. BEM DE CAPITAL SEM SIMILAR NACIONAL. DIREITO.

1. A concessão do benefício de redução de alíquota na importação de bem de capital, na condição de ex-tarifário, encontra previsão na Resolução nº 77/2008 da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX).

2. A resolução não tem efeito retroativo, mas identifica o reconhecimento de um fato, o de inexistir equipamento similar no mercado nacional.

3. Hipótese em que o contribuinte, tendo postulado a concessão da isenção antes da apresentação da mercadoria para o desembaraço aduaneiro, não deverá ser prejudicado pela demora na análise do pedido.

4. Apelação provida.

2. Pretende ver prevalecer a tese do voto vencido do Des. Federal Geraldo Apoliano, segundo a qual não seria possível aplicar a Resolução Camex nº 77/08, porque editada dois anos depois do pedido de ex-tarifário formulado pela autora – fls. 267-272.

3. Contrarrazões oferecidas – fls. 274-288.

4. É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT (Relator):

1. A exceção tarifária (ex-tarifário) consiste na redução temporária da alíquota *ad valorem* de imposto, no caso, o Imposto de Importação (II), para estimular determinada atividade econômica ou a aquisição de certas mercadorias sem similar nacional.

2. Até novembro de 2006, a concessão do benefício era regulamentada pela Resolução nº 8/01 da Câmara de Comércio Exterior (Camex).

3. De acordo com essa resolução, o interessado deveria solicitar o benefício, precisando no requerimento vários aspectos, dentre eles “a previsão de importação” (art. 4º, III).

4. Os pedidos aprovados seriam objeto de Resolução da Camex publicada até o final do semestre, prevendo-se que os apresentados até 30 de março seriam analisados “com vistas à inclusão na relação publicada em junho” e os encaminhados até 30 de setembro, “para inclusão na relação a ser publicada em dezembro” (art. 6º).

5. Por essas diretrizes, sobressai, de logo, evidente a natureza declaratória das resoluções sobre os pedidos de exceção tarifária aprovados, na medida em que elas reconhecem, em dado produto, a presença dos requisitos que dão ao adquirente o direito à fruição do benefício fiscal.

6. Quanto aos pedidos rejeitados, nada dizia a referida resolução. Diante desse silêncio e dos prazos estabelecidos no art. 6º do mesmo diploma normativo, há quem cogite de rejeição implícita quando o produto pretendido não fosse incluído na resolução semestral imediatamente subsequente ao pedido. Esse, aliás, foi o raciocínio desenvolvido na sentença para rejeitar a pretensão inicial.

7. Rigorosamente, tal compreensão não condiz com o dever de motivar as decisões administrativas que “neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses” (Lei nº 9.784/99, art. 50, I).

8. De qualquer sorte, ainda que pudesse ser aceita, a tese não se aplicaria ao caso, porque, ao tempo do requerimento administrativo formulado pela ora embargada (18/12/06), a Resolução nº

8/01 da Camex já havia sido revogada pela Resolução nº 35/06, que, deliberadamente, deixou de reproduzir a norma do art. 6º do texto revogado, cuja redação sugeriria um prazo para exame do pedido. Pondo fim a tal interpretação, a nova resolução esmerou-se em precisar melhor os prazos das fases intermediárias do procedimento, deixando aberto o da decisão final (art. 5º, §§ 1º, 3º, 5º e 6º, e art. 8º).

9. Quase dois anos após requerida, a exceção tributária pretendida pela autora acabou sendo aprovada pela Resolução nº 77/08 – fls. 176-178.

10. Não resta dúvida de que o sistema para fabricação de lâ de aço nela descrito (SI-714) corresponde ao importado pela embargada, constando-se, em relação à declaração de importação, apenas correções na codificação de alguns componentes, como se observa no quadro comparativo seguinte.

CÓDIGO		DESCRIÇÃO	QUANTIDADE
Declaração de importação	Resolução nº 77/08		
8208.90.00	8208.10.00	Facas, de dimensão 120x120x10mm, para remoção de lâ de aço	600
8460.29.00	8460.29.00	Retificadora para as facas de corte (lâmina com 120cm) com motor de 4.0kw e mesa magnética e 50 rebolos de 200x100x160mm	2
8463.30.00	8461.90.90	Sistema integrado para fabricação de lâ de aço	1
8468.80.90	8462.99.90	Máquina para arame residual com 2 canais	1
8462.49.00	8463.30.00	Máquinas de corte e formação de esponjas com 2 canais	4
7308.90.90	8466.94.90	Bases de máquinas construídos em aço com fundações	3
8468.80.90	8468.80.90	Máquina de solda com suporte	1
8483.10.90	8483.40.10	Caixas de engrenagens com coroa e pinhão de bronze	6
8501.31.10	8501.31.10	Motor 160kw com ajuste contínuo	1
8537.10.90	8537.10.90	Quadro elétrico para o motor principal, ventilador de sucção e bomba de refrigeração	1
9031.49.90	9031.49.90	Subsistema de medição de arame residual	1
9107.00.90	9107.00.90	Temporizador	1

11. Em se tratando de Imposto de Importação, sabe-se que:

A alíquota aplicável para o cálculo do imposto é a correspondente ao posicionamento da mercadoria na Tarifa Externa Comum, na data da ocorrência do fato gerador, uma vez identificada sua classificação fiscal segundo a Nomenclatura Comum do Mercosul (Decreto nº 4.543/02, art. 94, atualmente reproduzido no art. 94 do Decreto nº 6.759/09).

12. Contudo, é igualmente certo ser devida a restituição do imposto pago indevidamente quando constatado:

(...) que o contribuinte, à época do fato gerador, era beneficiário de isenção ou de redução concedida em caráter geral, ou já havia preenchido as condições e os requisitos exigíveis para concessão de isenção ou de redução de caráter especial (Decreto nº 4.543/02, art. 109, III, atualmente reproduzido no inciso III do art. 110 do Decreto nº 6.759/09).

13. A Resolução nº 77/08 nada mais fez senão reconhecer que o bem importado pela autora preenchia os requisitos exigidos para ser tributado com redução da alíquota do Imposto de Importação, sendo devida, conseqüentemente, a restituição do excedente do imposto pago sem a exceção tarifária.

14. Não se trata de atribuir efeito retroativo à Resolução, mas de nela reconhecer a declaração de uma situação fática constituída anteriormente à sua edição e cujos efeitos práticos se estendem desde a data do desembaraço aduaneiro.

15. Em caso similar, decidiu a Quarta Turma deste Regional:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EX-TARIFÁRIO. RESOLUÇÃO Nº 8 DA CAMEX. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. DEFERIMENTO CONDICIONAL. DEPÓSITO JUDICIAL DA PARTE CONTROVERSA. DECISÃO DEFINITIVA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. LEVANTAMENTO DA GARANTIA.

1. Hipótese de sentença que, confirmando liminar antecipatória, autorizou o desembaraço aduaneiro de mercadoria importada, sem similar nacional, mediante o recolhimento do imposto de importação na alíquota de 2%, correspondente ao chamado “ex-tarifário”, e o depósito judicial

da diferença entre esse valor e aquele que seria devido sem o benefício fiscal.

2. O levantamento do depósito judicial foi condicionado ao resultado de decisão administrativa definitiva a respeito da concessão do benefício de “ex-tarifário”, requerida pela apelada nos termos da Resolução nº 8 do Conselho de Ministros da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX).

3. A liminar não é irreversível, pois foi prestada garantia em Juízo. Agravo retido improvido.

4. Não cabe ao Judiciário afirmar *in concreto* se a empresa apelada tem ou não tem direito ao benefício de “ex-tarifário”, pois fixou-se, desde a formação do processo, que tal questão seria decidida na esfera administrativa, o que de fato ocorreu.

5. O benefício requerido pela apelada foi incluído na Resolução CAMEX nº 17, de 04/07/2006, que altera para 2%, até 30/06/2008, as alíquotas *ad valorem* do Imposto de Importação incidentes sobre os componentes do sistema integrado para fabricação de lã de aço (SI-433, Código 8463.30.00).

6. É possível a liberação dos depósitos feitos em garantia do Erário, com base no art. 151, II, do CTN, pois a própria Fazenda, por intermédio de Resolução do CAMEX, reconheceu o direito do contribuinte ao benefício do “ex-tarifário”.

7. Agravo retido, apelação e remessa oficial improvidas. (AC nº 407.021/PE, Des. Federal Marcelo Navarro, DJ 27/8/07, p. 625).

16. Com idêntica orientação, destacam-se estes outros julgados, extraídos da jurisprudência dos Tribunais Federais da 1ª e da 4ª Regiões:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. IPI E IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. MÁQUINAS SEM SIMILAR NACIONAL. EX-TARIFÁRIO. REDUÇÃO DE ALÍQUOTA POR PORTARIA POSTERIOR À APRESENTAÇÃO PARA DESEMBARAÇO ADUANEIRO. EFEITO DECLARATÓRIO.

1. A teor do disposto no art. 120 do Decreto nº 4543/2002, nos casos de importação de máquinas sem similar nacional, “O reconhecimento da isenção ou da redução do imposto será efetivado, em cada caso, pela autoridade adua-

neira, com base em requerimento no qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou em contrato para sua concessão”.

2. Hipótese em que, apesar do contribuinte ter protocolizado o pedido de redução tarifária por inexistência de produto nacional similar ao importado mais de um mês antes da importação, o produto somente foi incluído na lista de ex-tarifários três meses após o protocolo do benefício fiscal.

3. A resolução que incluiu o produto na relação de ex-tarifários reconhece o preenchimento dos requisitos materiais para a concessão do benefício fiscal, cujo pedido havia sido anteriormente protocolado, de modo que sua eficácia não pode ser limitada apenas às importações realizadas posteriormente à sua edição, mas deve alcançar as importações efetivadas após o protocolo da solicitação.

4. Apelação e remessa improvidas.

(AMS nº 0009676-32.2004.4.01.3600/MT, TRF-1, Primeira Turma Suplementar, Juiz Federal Márcio Luiz Coelho de Freitas, e-DJF1 8/3/13, p. 926);

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. IPI E IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. MÁQUINAS SEM SIMILAR NACIONAL. EX-TARIFÁRIO. REDUÇÃO DE ALÍQUOTA POR PORTARIA POSTERIOR À APRESENTAÇÃO PARA DESEMBARAÇO ADUANEIRO. EFEITO DECLARATÓRIO. SENTENÇA REFORMADA. APELAÇÃO PROVIDA.

1 - Trata-se de apelação de sentença que denegou a segurança, considerando que por ocasião do desembaraço aduaneiro da mercadoria, a impetrante não havia sido beneficiada pelo “ex-tarifário”. Alega a apelante que jamais disse na inicial que tinha o direito líquido e certo de importar o equipamento denominado “Separador Magnético” com redução tributária, pois sabia da necessidade de edição e publicação da Portaria concessiva do benefício fiscal. Afirma que a busca ao Poder Judiciário deu-se para que fosse resguardado o seu direito líquido e certo de promover o depósito e a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, com a consequente liberação do bem importado, enquanto aguardava pela decisão do Ministério da Fazenda. Prossegue dizendo que os dois momentos em que se de-

ram a suspensão da exigibilidade foram, primeiramente, com a ordem liminar proferida pela ilustre Juíza e depois a definitiva, consubstanciada na edição da Portaria 3/2000 do Ministério da Fazenda, autorizando a importação do bem objeto da ação com a redução tributária requerida.

2 - A teor do disposto no art. 120 do Decreto nº 4543/2002, nos casos de importação de máquinas sem similar nacional, "O reconhecimento da isenção ou da redução do imposto será efetivado, em cada caso, pela autoridade aduaneira, com base em requerimento no qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou em contrato para sua concessão".

3 - No caso, a empresa impetrante juntou "ATESTADO DE INEXISTÊNCIA DE PRODUÇÃO NACIONAL", fornecido pela Associação Brasileira da Indústria de Máquinas e Equipamentos - ABIMAQ, datado de 04/02/1999 (fl. 32), bem como demonstrou ter solicitado, em 18/02/1999, por meio do Instituto Brasileiro de Mineração - IBRAM, a redução tarifária ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio - MDIC (fls. 33/34).

4 - O produto foi importado e introduzido no território nacional em 21/05/1999 (fl. 83), tendo sido incluído na lista de ex-tarifários somente em 12/01/2000, através da Portaria nº 3/2000 do Ministério da Fazenda, ou seja, mais de um ano após o protocolo do benefício fiscal pleiteado, que reduziu a alíquota do Imposto de Importação para 5%.

5 - Restou suficientemente demonstrado nos autos que a empresa importadora tomou todas as providências a fim de obter o ex-tarifário anteriormente à importação, pois solicitou à ABIMAQ atestado de inexistência do produto importado, bem como pleiteou ao MDIC a redução da alíquota do II antes de proceder à importação.

6 - A aplicação da Portaria nº 3/2000 do Ministério da Fazenda ao caso em tela não se trata de retroatividade, mas de reconhecer o seu efeito declaratório de uma situação fática constituída anteriormente, posto que, por óbvio, o impetrante, ao protocolar junto ao órgão competente pedido de redução de Imposto de Importação sobre determinado maquinário sem similar nacional, objetiva efetuar a importação da mesma a qualquer momento posterior ao pedido.

7 - A eficácia da referida portaria não pode ser limitada apenas às importações realizadas posteriormente à sua edição, mas deve alcançar as interações efetivadas após o protocolo da solicitação.

8 - Com efeito, não prevalece a alegação da Fazenda Nacional de que no momento da ocorrência do fato gerador do Imposto de Importação, não havia qualquer provimento administrativo de redução do montante devido, nem pelo mecanismo denominado “ex-tarifário”. Evidentemente, se a empresa impetrante tivesse protocolado o pedido em data posterior à data de apresentação das mercadorias para desembarço aduaneiro, seria exigível o Imposto de Importação sem que fosse possível invocar em seu favor a retroação dos efeitos da resolução concessiva de redução. Entendimento diverso afrontaria o princípio da razoabilidade, máxime quando se verifica que o pedido da impetrante é que serviu de base para o próprio reconhecimento da redução de alíquota do maquinário previsto na citada resolução.

9 - Ante o exposto, dá-se provimento à apelação, para reformar a sentença, concedendo a segurança, conferindo ao impetrante o direito à redução do Imposto de Importação deferida pela Portaria nº 3 de 12/01/2000.

(AMS nº 0003299-91.1999.4.01.3900 / PA, TRF-1, Quinta Turma Suplementar, Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos, e-DJF1 23/8/13, p. 969);

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. IPI. MÁQUINAS SEM SIMILAR NACIONAL. EX-TARIFÁRIO. REDUÇÃO DE ALÍQUOTA POR PORTARIA POSTERIOR À APRESENTAÇÃO PARA DESEMBARÇO ADUANEIRO. EXTENSÃO DOS EFEITOS ÀQUELA DATA. CABIMENTO. IRRETROATIVIDADE. JUROS. INOVAÇÃO NA LIDE. CORREÇÃO MONETÁRIA. EXCLUSÃO.

1. A concessão do ex-tarifário reduzindo a alíquota do II é faculdade dada pela lei (art. 187 do Regulamento Aduaneiro, na vigência do Decreto nº 91.030/85 e art. 153, § 1º, da CF/88) e não vincula a autoridade competente ao mero encaminhamento desse pedido.

2. O art. 109, III, do Regulamento Aduaneiro, dispõe expressamente sobre o alcance da isenção ou redução de alíquota ao fato gerador do Imposto de Importação, ou seja, em data pretérita, em razão do verbo “ser” ter sido conju-

gado no pretérito imperfeito do indicativo e não no presente ou futuro.

3. Somente haveria irretroatividade da portaria concessória do benefício se, após importação da mercadoria sobre a qual se pretendesse a redução tarifária, ingressasse o importador com o pedido, pretendendo que o seu deferimento também alcançasse anterior importação.

4. A portaria não tem efeito retroativo, mas declaratório de uma situação fática constituída anteriormente a sua edição e seus efeitos são extensivos (não retroativos) à data de apresentação das mercadorias para desembarço aduaneiro.

5. Afronta os princípios informadores de nosso ordenamento jurídico, bem como os da proporcionalidade e da razoabilidade, o desamparo do benefício concedido pela portaria, as próprias máquinas sem similar nacional, que serviram de base para reconhecimento da redução de alíquota do Imposto de Importação .

6. O cálculo do IPI deve considerar a redução obtida no II, acrescido a sua base de cálculo.

7. A apelação inova na lide a respeito dos juros de mora, já afastados administrativamente, motivo pelo qual não conhece do apelo no ponto.

8. Efetuados depósitos administrativos no montante integral do crédito tributário, ocorre suspensão da exigência (art. 151, II, do CTN) e exonera o contribuinte da correção monetária, pois afastada a responsabilidade moratória (art. 9º, § 4º, da LEF e art. 110 do Regulamento Aduaneiro).

9. Reformada a sentença e decaído a autora de parcela mínima do pedido, inverte-se a sucumbência, com a condenação da União em honorários advocatícios de 5% sobre o expressivo valor da redução do II, e reflexamente do IPI, devidos no desembarço aduaneiro.

10. A União é isenta de custas na Justiça Federal (art. 4º, I, da Lei nº 9.289/96), o que não a exime de reembolsar as custas adiantadas pela parte vencedora.

11. Apelação não conhecida na parte relativa aos juros de mora e provida na parte conhecida.

(AC nº 2003.70.00.000120-2/PR, TRF-4, Primeira Turma, Des. Federal Álvaro Eduardo Junqueira, *DJU* 5/4/06);

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. EQUIPAMEN-

TOS SEM SIMILAR NACIONAL. ALÍQUOTA. EX-TARIFÁRIO. PUBLICAÇÃO DA RESOLUÇÃO CAMEX 36/2001 EM DATA POSTERIOR AO DESEMBARAÇO ADUANEIRO. PEDIDO DO BENEFÍCIO PROTOCOLADO EM DATA ANTERIOR À IMPORTAÇÃO DOS BENS. CABIMENTO DA EXTENSÃO DOS EFEITOS ÀQUELA DATA.

A Resolução CAMEX nº 36/2001 não tem efeito retroativo, mas declaratório de uma situação fática constituída anteriormente à sua edição e seus efeitos são extensivos (não retroativos) à data de apresentação das mercadorias para desembaraço aduaneiro. É desarrazoado o entendimento de que as máquinas, sem similar nacional, importadas pela autora, que serviram de base para o próprio reconhecimento da redução de alíquota do Imposto de Importação, restem desamparadas do benefício alcançado pela referida Resolução. Como a base de cálculo do IPI é acrescida do montante do II, a redução deste reduz, conseqüentemente, a base de cálculo daquele.

(AC nº 2006.72.01.002721-7, TRF-4, Primeira Turma, Des. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère, DE 3/11/10)

17. Com essas considerações, nego provimento aos embargos infringentes.

18. É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA (TURMA) Nº 103.062-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Impetrante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Impetrado: JUÍZO DA 1ª VARA FEDERAL DE SERGIPE
Parte R.: MARCELO VICTOR FARO ARCIERI

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CRIME CONTRA A FAUNA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DECISÃO JUDICIAL QUE NOTIFICA O ACUSADO PARA APRESENTAR RESPOSTA EM 10 (DEZ) DIAS ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. IMPREVISTA INOVAÇÃO NO RITO PROCEDIMEN-

TAL. CRIME SUJEITO AO PROCEDIMENTO COMUM QUE IMPÕE O RECEBIMENTO DA INICIAL E A CITAÇÃO DO ACUSADO. ART. 396 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

- Trata-se de mandado de segurança em matéria criminal, com pedido de liminar, impetrado pelo Ministério Público Federal em contrariedade à decisão da MM. Juíza Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de Sergipe que, antes do efetivo recebimento da denúncia apresentada em desfavor de MARCELO VICTOR FARO ARCIERI, determinou a notificação do acusado para responder à acusação.

- Assim prevê o art. 396 do CPP, norma cuja aplicação é o objeto do dissídio que originou a presente ação: “Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008)”. (Grifo)

- Da leitura da referida norma infere-se a necessidade de manifestação do julgador a respeito da rejeição da denúncia, devendo ser justificada na hipótese de não rejeição. Impende-se, entretanto, que, no caso de recebimento, o julgador não deverá adentrar na análise do mérito da ação.

- Há crimes que exigem, para instauração do processo, o cumprimento de procedimentos especiais como o da defesa preliminar escrita antes do recebimento da inicial acusatória; para esses, exige-se que o provimento judicial expresso decline as razões da instauração ou rejeição da persecução penal.

- No caso concreto, a denúncia busca instaurar persecução penal em face de crime capitulado no art. 29, § 1º, inc. II, c/c § 4º, incs. I e V, da Lei nº

9.605/98 (crime contra a fauna), delito cuja pena não permite a adoção do rito dos procedimentos especiais criminais, devendo ser processado segundo o procedimento comum, o qual impõe o recebimento da inicial e a citação do acusado para apresentar resposta no prazo de 10 (dez) dias.

- Tem-se que, no caso sob exame, de acordo com o deduzido nesta ação constitucional, houve, por parte da Magistrada, imprevista inovação no rito procedimental, no momento em que se determinou a oitiva do réu antes do recebimento da denúncia, ato judicial completamente alheio à previsão da novel Lei nº 11.719/2008. Precedentes do TRF5: MSTR 102748/SE, Primeira Turma, Rel. Des. Fed. Emiliano Zapata Leitão (substituto); MSTR 102618/SE, Primeira Turma, Rel. Des. Fed. Rogério Fialho Moreira.

- Entende-se violado o direito líquido e certo do impetrante, reconhecendo o equívoco da decisão impetrada, porém, afasta-se a nulidade em virtude da ausência de prejuízo tanto para o acusado quanto para o Ministério Público Federal.

- Segurança concedida em consonância com o parecer ministerial.

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, conceder a segurança, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que integram o presente julgado.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de mandado de segurança em matéria criminal, com pedido de liminar, impetrado pelo Ministério Público Federal, subscrito pela Procuradora da República, Dra. FLÁVIA GALVÃO ARRUTI (fls. 02/24), em contrariedade à decisão da MM. Juíza Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de Sergipe, Dra. TELMA MARIA SANTOS MACHADO (fls. 34/38), que antes do efetivo recebimento da denúncia apresentada em desfavor de MARCELO VICTOR FARO ARCIERI, determinou a notificação do acusado para responder à acusação.

Argumenta a douta impetrante:

a) o procedimento não está previsto na atual sistemática do art. 396 do Código de Processo Penal, que prevê a resposta escrita após o recebimento da denúncia;

b) inovação indevida no procedimento penal que não se coaduna com o rito trazido pela Lei nº 11.719/2008, causando tumulto processual;

c) a decisão impetrada fere de morte princípios constitucionais como, por exemplo, do devido processo legal em sentido material e formal, da duração razoável do processo, da legalidade, do acesso à justiça, exurgindo daí o *fumus boni juris*;

d) a presença do *periculum in mora* na afronta à duração razoável do processo, alongando-se em demasia, não chegando sequer a se formar dada a ausência de citação;

e) pugnou pela concessão de liminar para suspender o ato combatido e, ao final, requereu a concessão de segurança para anular, desde a data da publicação, a decisão vergastada para determinar a apreciação do recebimento da denúncia.

O pedido liminar foi indeferido à míngua de demonstração do *periculum in mora* (fls. 77/78).

Informações prestadas pela autoridade impetrada, fls. 85/92.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, através do Procurador Regional da República Dr. UAIRANDYR TENÓRIO DE OLIVEIRA, apresentou parecer (fls. 94/96) assim ementado:

PROCESSO PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DECISÃO QUE DETERMINA NOTIFICAÇÃO DO ACUSADO PARA APRESENTAR DEFESA PRELIMINAR EM 10 (DEZ) DIAS, ANTERIORMENTE AO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. INOVAÇÃO IMPREVISTA NO RITO PROCEDIMENTAL. CRIME AMBIENTAL SUJEITO A PROCEDIMENTO COMUM, QUE IMPÕE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E POSTERIOR CITAÇÃO DO ACUSADO. INCIDÊNCIA DO ART. 396 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ALTERADO PELA LEI 11.719/2008. PARECER PELA CONCESSÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Assim prevê o art. 396 do CPP, norma cuja aplicação é o objeto do dissídio que originou a presente ação:

Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008). (Grifo)

Da leitura da referida norma infere-se a necessidade de manifestação do julgador a respeito da rejeição da denúncia, devendo ser justificada na hipótese de não rejeição.

Impende-se, entretanto, que, no caso de recebimento, o julgador não deverá adentrar na análise do mérito da ação.

Prosseguindo, há crimes que exigem para instauração do processo o cumprimento de procedimentos especiais como o da defesa preliminar escrita antes do recebimento da inicial acusatória, para esses exige-se que o provimento judicial expresse decline as razões da instauração ou rejeição da persecução penal.

No caso concreto, a denúncia busca instaurar persecução penal em face de delito capitulado no art. 29, § 1º, inc. II, c/c § 4º, incs. I e V, da Lei nº 9.605/98 (crime contra a fauna), crime cuja pena não permite a adoção do rito dos procedimentos especiais criminais, devendo ser processado segundo o procedimento comum, o qual impõe o recebimento da inicial e a citação do acusado para apresentar resposta no prazo de 10 (dez) dias.

Tem-se que no caso sob exame, de acordo com o deduzido nesta ação constitucional, houve por parte da Magistrada imprevisita inovação no rito procedimental, no momento em que se determinou a oitiva do réu antes do recebimento da denúncia, ato judicial completamente alheio à previsão da Lei nº 11.719/2008.

Trilha nessa mesma direção a jurisprudência deste Regional:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ART. 396 DO CPP. REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.719/2008. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. MOMENTO PROCESSUAL. ART. 396 DO CPP. RESPOSTA ESCRITA APÓS O RECEBIMENTO DA ACUSATÓRIA DO *PARQUET*. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. A decisão prevista no art. 396 do CPP trata efetivamente do recebimento da peça acusatória, a uma, por prever a citação do acusado, e isso fará, segundo o artigo, caso não entenda pelo indeferimento da denúncia, ou seja, quando, de fato, recebe a peça do *Parquet*, a duas, porque a absolvição sumária somente poderá ser cogitada se efetivamente instaurada a ação penal (art. 397 do CPP)

2. Afora a interpretação conferida pelo Magistrado de Primeira Instância não se coadunar com a orientação doutrinária e jurisprudencial, veja-se que a hipótese trata de acusação por crime previsto na Lei de Licitações (Lei 8.666/93), e o respectivo diploma não prevê qualquer notificação prévia do acusado para fins de contrapor os argumentos postos pelo Ministério Público em sua peça acusatória. Tal notificação poderia até ser cabível, caso o acusado detivesse prerrogativa de foro, o que não ocorre na hipótese.

3. Segurança concedida para ratificar a liminar antes deferida (fls. 37/41).

(Acórdão no MSTR 102748/SE, Primeira Turma, Rel. Des. Fed. Emiliano Zapata Leitão (Substituto), Julg. 02/06/2011, Publ. *DJe* 09/06/2011, p. 185, 2011)

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA MANEJADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL CONTRA DECISÃO SINGULAR QUE ENTENDIA SER NECESSÁRIA A OITIVA DO ACUSADO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PLAUSIBILIDADE DO *MANDAMUS*. ATENDIMENTO À NOVA SISTEMÁTICA PROCESSUAL PENAL (LEI Nº 11.719/2008). ARTIGO 396 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA DE EXIGÊNCIA LEGAL NO QUE SE REFERE À NOTIFICAÇÃO PRÉVIA DO ACUSADO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

1 - Em face do disposto no art. 5º, inciso II, da Lei nº 12.016/09 e do fato de a correição parcial não ter efeito suspensivo, do que resulta a superação da parte final da Súmula nº 267 do STF (“Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”), bem como de não haver recurso específico previsto na legislação processual penal contra o ato impetrado, mostra-se cabível o conhecimento do presente mandado de segurança contra ato judicial.

2 - A acusação, no caso concreto, foi em face de crime, em tese, previsto na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), que não prevê hipótese de notificação prévia do acusado, exceto na hipótese de existir prerrogativa de foro, inexistente no caso.

3 - No dizer do artigo 396 do Código de Processo Penal, o juiz, se não rejeitar liminarmente a denúncia ou queixa, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

4 - O magistrado, por ocasião do recebimento da denúncia ou queixa, deve limitar-se à apreciação das hipóteses de rejeição liminar.

5 - No caso concreto, houve certa inovação no rito procedimental, quando se optou pela necessidade de oitiva do réu antes do recebimento da denúncia, hipótese não prevista na nova legislação processual penal.

6 - O legislador, diante da redação dada ao artigo 396 do Código de Processo Penal, preferiu manter a regra do recebimento prévio da denúncia.

7 - Confirma-se os termos da liminar anteriormente deferida e se acolhe o Parecer Ministerial.

8- Concessão da segurança.

(Acórdão no MSTR 102618/SE, Primeira Turma, Rel. Des. Fed. Rogério Fialho Moreira, Julg. 13/01/2011, Publ. *DJe* 20/01/2011, p. 140, 2011)

Entendo, pois, violado o direito líquido e certo do impetrante, reconhecendo o equívoco da decisão impetrada, porém, afasto a nulidade em virtude da ausência de prejuízo tanto para o acusado quanto para o Ministério Público Federal.

Diante do exposto e, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Regional da República, concedo a segurança requerida.

Assim voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0801923-95.2013.4.05.0000 (PJE)

Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima. 13

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA

7056-PE Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias 17

AGRAVO REGIMENTAL NA APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

22830-CE Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior ... 21

AGRAVO REGIMENTAL NA APELAÇÃO CÍVEL

506317-RN Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior ... 25

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR

4470-CE Rel. Des. Federal Francisco Wildo (Presidente) .. 28

0801655-41.2013.4.05.0000 (PJE)

Rel. Des. Federal Francisco Wildo (Presidente) .. 35

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

25570-AL Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria 44

25847-PE Rel. Des. Federal José Maria Lucena 53

27575-PB Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães 65

27821-CE Rel. Des. Federal Élio Siqueira (Convocado) 76

27883-CE Rel. Des. Federal Élio Siqueira (Convocado) 84

APELAÇÃO CÍVEL

525508-PE Rel. Des. Federal Fernando Braga 93

556215-PE Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães 116

557033-PE Rel. Des. Federal Manuel Maia (Convocado) 122

558778-CE Rel. Des. Federal Fernando Braga 143

560509-CE Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho 152

560526-PE	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho	163
561931-RN	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	173
563628-PB	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	195

APELAÇÃO CRIMINAL

5994-CE	Rel. ^a . Des. ^a . Federal Margarida Cantarelli	203
8647-PE	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho	230
9176-CE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.	241
9506-RN	Rel. ^a . Des. ^a . Federal Margarida Cantarelli	263
9531-PE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	299
9944-RN	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria	310

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL

520941-PE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	326
-----------	--	-----

MANDADO DE SEGURANÇA (TURMA)

103062-SE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	337
-----------	---	-----

ÍNDICE ANALÍTICO

A

- Adm e PrC Ação Reivindicatória. Imóvel de propriedade da União. Cessão ao Município de Petrolina e posterior doação à Igreja Evangélica Missionária Tabernáculo do Deus Vivo, pelo Município. Nulidade da doação. Indevida disposição do imóvel. AC 556215-PE .. 116
- Trbt e PrCv Ação Rescisória. Agravo Regimental. Mérito apreciado pelo STF. Incompetência desta Corte para o julgamento da rescisória. Extinção do feito sem resolução do mérito. Sucumbência processual. Omissão. Ocorrência. Condenação do autor em honorários advocatícios. AgRg na AR 7056-PE ... 17
- PrCv e Adm Agravo de Instrumento. Servidora pública federal aposentada. Neoplasia maligna. Laudo de junta médica. Cura. Isenção de imposto de renda. Impossibilidade. AgTr 0801923-95.2013.4.05.0000 (PJE) 13
- PrCv Agravo em Suspensão de Liminar. “Projeto mais médicos”. Tutela antecipada que desobrigou Conselho Regional de Medicina de promover o registro provisório de médicos intercambistas cujos diplomas não se encontrem revalidados. Hipótese que justifica a concessão da contracautela política. Decisão concessiva do pleito de suspensão. Manutenção até o trânsito em julgado da demanda principal. AgRg na SL 4470..... 28
- PrCv Agravo Regimental. Decisão da Vice-Presidência que julgou prejudicado recurso extraordinário. Concurso público para ingresso nas Forças Armadas. Embargos de

	Declaração no RE 600.885-RS. Alcance subjetivo da modulação dos efeitos da decisão. Candidatos com ações ajuizadas até o pronunciamento da Corte Suprema. AgRg na APELREEX 22830-CE 21
PrCv	Agravo Regimental. Negativa de seguimento a recurso especial. Descabida a alegação da agravante, no sentido da necessidade de sobrestamento do recurso. Deliberação do Relator do RE 591.797 e do RE 626.307, tendo em vista que a suspensão se limitou aos feitos nos quais haja recurso que tenha objeto idêntico ao articulado em sede de repercussão geral nos precedentes acima. Situação que não se amolda à espécie. Ausência da interposição de recurso extraordinário. Preclusão da discussão de matéria constitucional. Questão de legalidade objeto de recurso especial que remanesce. AgRg na AC 506317-RN 25
Ct e Adm	Agravo Regimental em Suspensão de Liminar. Competência do Pleno. Sobrestamento de obra. Descabimento. Ocorrência de efetiva lesão à ordem e à economia públicas. Hipótese que justifica a concessão da contracautela política. Manutenção da decisão concessiva do pleito de suspensão. AgRg na SL 0801655-41.2013.4.05.0000 (PJE) .. 35
Cv	Embargos à execução. Contrato de financiamento com recursos originários do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT. Inocorrência de cumulação de comissão de permanência com outros índices de correção monetária. Inexistência de qualquer ilegalidade quanto a essa questão. Inaplicabi-

lidade aos contratos de abertura de crédito da limitação de juros de doze por cento ao ano de que trata a Lei de Usura. AC 560526-PE 163

Pen e PrPen Crimes de falsidade ideológica e de corrupção passiva. Conjunto probatório que comprova ter o réu solicitado vantagens ilícitas com o fim de inserir dados falsos no sistema informatizado da FUNASA. Considerável prejuízo aos cofres públicos. Absorção do delito de falsidade ideológica pelo de corrupção passiva. Redução da pena aplicada. Exclusão da condenação referente ao ilícito de falsidade ideológica. ACr 8647-PE ... 230

Ct e Adm Aposentadoria de servidor público. Mandado de segurança. Impetrante que era aposentado à época da publicação da Emenda 41/2003 e que retornou ao serviço público após 6 anos, mediante aprovação em concurso público. Não preenchimento do requisito para aplicação da regra de transição prevista na Emenda 41/2003. Exercício do cargo público em que se deu a aposentadoria compulsória por menos de três anos. Inexistência do direito à paridade vencimental. AC 558778-CE 143

Pen e PrPen Assédio sexual. Professor e aluna de curso de mestrado. Relação de ascendência inerente ao exercício de cargo/função pública. Insuficiência das provas. Absolvição. ACr 9531-PE 299

C

Prev Celetista. Conversão de tempo especial em tempo comum. Comprovação de acordo

com a lei vigente à época do exercício. Preenchimento dos requisitos legais para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição. APELREEX 27821-CE 76

Adm Contrato temporário celebrado com o Exército. Cargo de mecânico. Construção da BR 101. Adicional de insalubridade e horas extras. Comprovação por laudo pericial. Possibilidade. Hora extra *in itinere*. Percepção. AC 557033-PE 122

PrPen Crime contra a fauna. Ministério Público Federal. Decisão judicial que notifica o acusado para apresentar resposta em 10 dias antes do recebimento da denúncia. Imprevista inovação no rito procedimental. Crime sujeito ao procedimento comum que impõe o recebimento da inicial e a citação do acusado. Código de Processo Penal, art. 396. MSTR 103062-SE 337

Pen e PrPen Crimes de formação e quadrilha, lavagem de dinheiro e evasão de divisas. Réu estrangeiro. Organização criminosa internacional. Denúncia. Correta descrição e delimitamento das condutas atribuídas aos réus. Pacto internacional sobre direitos civis e políticos. Necessidade de tradução da peça acusatória. Alegação inoportuna. Violação à ampla defesa. Inexistência. Autoria e materialidade delitivas devidamente comprovadas. ACr 9506-RN 263

E

Trbt e PrCv Embargos à execução. Taxa de limpeza pública. Legalidade. Base de cálculo. Ina-

plicabilidade da imunidade constitucional. Serviço público específico e divisível. AC 525508-PE 93

PrCv e Trbt Execução Fiscal. Embargos à execução. Bem de família. Prova. Desconstituição. Participação do executado em imóvel considerado bem indivisível. Penhora. Possibilidade. Reserva do bem para terceiros interessados. Alienação após citação. Nulidade. Honorários advocatícios mantidos. APELREEX 27575-PB 65

F

PrPen e Pen Fraude em procedimento licitatório. Princípio da identidade física do juiz. Violação. Inexistência. Cerceamento de defesa e inépcia da denúncia. Inocorrência. Materialidade e autoria. Comprovação. Dosimetria da pena. Ajuste. Prescrição da pretensão punitiva estatal. ACr 9944-RN 310

I

Trbt Imposto de Importação. Exceção tarifária (ex-tarifário). Resolução nº 77/08 da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX). Efeito. EINFAC 520941-PE 326

L

Adm e PrCv Livre concorrência. Abuso do poder econômico. Formação de cartel. Lei 12.529/2011. Infração contra a ordem econômica. Responsabilidade objetiva. Desnecessidade de culpa. Medida cautelar. Características e disciplina específicas previstas na Lei de Regência. AC 561931-RN 173

M

Ct e Adm	Medicamento. Eculizumab/Soliris, para tratamento da patologia denominada Hemoglobinúria Paroxística Noturna (CID 10 D59.5). Medicamento de altíssimo custo, sem registro na ANVISA, e que não consta do Sistema Único de Saúde. Risco de violação ao princípio do acesso universal e igualitário às ações e prestações da saúde. AC 563628-PB 195
----------	---

P

Pen	Persecução decorrente do furto ao Banco Central em Fortaleza. Familiares e amigos de um dos invasores que não participaram da empreitada. Imputação de haverem cometido os crimes de lavagem de dinheiro e de formação de quadrilha. Condutas que não foram perpetradas com ânimo de ocultação e/ou dissimulação da <i>res furtiva</i> . Propósito exclusivo de usá-la. Provimento dos apelos da defesa para decretar a absolvição dos recorrentes. ACr 9176-CE 241
-----	---

R

Ct e Adm	Responsabilidade civil do Estado. Prestação de serviços de hemoterapia. Contaminação de paciente pelo vírus da Hepatite C. Nexo de causalidade. Danos material/moral. APELREEX 25570-PE 44
Cv	Responsabilidade objetiva. Prescrição trienal não configurada. Maternidade-Escola UFC. Resultado de exame de HIV positivo. Erro de diagnóstico. Mulher grávida. Dano moral. Ocorrência. APELREEX 25847-CE .. 53

Prev e PrCv Aposentadoria por invalidez. Revisão. Servidora pública federal. Doença grave prevista em lei. Integralidade dos proventos. Paridade entre ativos e inativos. Juros de mora. Doença. Imposto de renda sobre proventos. Isenção. APELREEX 27883-CE ... 84

T

Pen e PrPen Tráfico internacional de mulheres para o fim de prostituição. *Reformatio in pejus* indireta. Apenação fixada na nova sentença superior àquela constante na sentença anterior anulada, transitada em julgado para a acusação. Configuração. Princípio *ne pas de nullité sans grief*. Aplicação. Crime do art. 228 do Código Penal. Não configuração. Crime-meio à prática do crime do art. 231 do Código Penal. Princípio da consunção. Tipicidade da conduta. Autoria e materialidade delitivas comprovadas. Presença do dolo. Princípio *in dubio pro reo*. Inaplicabilidade. Dosimetria da pena. Julgamento extra petita. *Emendatio libelli*. Possibilidade. Agravante do art. 61, II, *a*, do Código Penal. Motivo torpe. Ausência de *bis in idem*. Continuidade delitiva. Inaplicabilidade do instituto penal. Condutas diversas, específicas e desvinculadas. Concurso material de crimes. Configuração. Extradicação. Confirmação da condenação em sede recursal. Re tomada do procedimento. ACr 5993-CE ... 203

Ct Tratamento médico. Cirurgia de transgenitalização. Sistema Único de Saúde. Responsabilidade solidária dos entes federativos. Legitimidade passiva da União, dos Estados e dos Municípios. Direito à saúde. Dever constitucional do Estado. Prevalên-

cia sobre o princípio da reserva do possível. Responsabilidade objetiva do Estado. Dano moral não configurado. AC 560509-CE 152