

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

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

Número 108 - Março/Abril - 2014

R. TRF 5ª Região, nº 108, p. 1-410, Março/Abril - 2014

**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 | 401 |
| 3. Índice Analítico | 405 |

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 7.286-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Autora: BETÂNIA MARIA DE ALBUQUERQUE
Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Adv./Proc.: DRA. ANGELICA RIBEIRO DE AQUINO (AUTORA)

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ART. 485, V, DO CPC. PRETENSÃO DE DISCUTIR QUESTÃO QUE NÃO FOI OBJETO DO PROCESSO ORIGINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STJ. AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM CUSTAS E HONORÁRIOS. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA.

- Ação rescisória ajuizada por particular objetivando a desconstituição da sentença que, em sede de ação possessória, julgou procedente a pretensão formulada pela CEF para determinar a reintegração da posse de imóvel a esta, por considerar a regularidade da rescisão do contrato de arrendamento residencial, em razão de inadimplimento da arrendatária.

- Tempestividade da contestação apresentada pela parte ré (arts. 241, I, e 491 do CPC).

- A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido da inviabilidade do pedido de rescisão, com base no art. 485, V, do CPC (violar literal disposição de lei), quando a questão aduzida na ação rescisória não tiver sido tratada em nenhum momento no processo originário (AGRAR 4.741-SC-Processo 20110170 5590, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJe DATA: 06/11/2013).

- No caso, a questão objeto de discussão – ocorrência ou não de notificação prévia para purgar a mora e a necessidade desta para a propositura

da ação de reintegração de posse – não foi tratada no processo originário, pretendendo a autora levantar matéria fática que, a despeito de já existir, não fora discutida no momento próprio.

- Não merece acolhida a alegação da autora de quitação do débito em ação de consignação em pagamento, havendo nos autos cópia da sentença proferida na referida consignatória, a qual foi julgada improcedente por entender o magistrado ser justa a recusa da CEF em receber os aluguéis, seja por ter havido rescisão contratual seja por ser o valor oferecido insuficiente para proporcionar a quitação da dívida.

- Ação rescisória improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 26 de fevereiro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS -
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de ação rescisória ajuizada por Betânia Maria de Albuquerque objetivando a desconstituição da sentença proferida pelo Juízo Federal da 7ª Vara-PE (Processo nº 0017188-10.2010.4.05.8300), que, em sede de ação possessória, julgou procedente a pretensão formulada pela CEF para determinar a reintegração da posse de imóvel a esta, no prazo de 30 (trinta) dias.

O magistrado prolator da sentença rescindenda acolheu a pretensão possessória da CEF, por considerar a regularidade da res-

cisão do contrato de arrendamento residencial, com opção de compra, com base na Cláusula Décima Oitava, em razão de inadimplemento da particular.

A parte autora requereu, preliminarmente, a concessão dos benefícios da justiça gratuita e, no mérito, a procedência da presente rescisória, em razão de afronta ao dispositivo da lei instituidora do Programa de Arrendamento Residencial/Mercantil (arts. 9º e 10 da Lei 10.188/2001, Decreto-Lei 911/69 e art. 54, § 3º, do CPC), que prevê ser a notificação prévia para purgar a mora requisição para a propositura da ação de reintegração de posse.

Alegou, assim: a) cerceamento de defesa por ausência de notificação da inadimplência e da possibilidade de purgação da mora, antes da propositura da ação de reintegração de posse; b) desconsideração da quitação da dívida em ação de consignação em pagamento. Ao final, requereu a antecipação dos efeitos da tutela, a fim de que se suspenda o mandado de reintegração de posse.

Esta relatoria, deferindo o pedido de gratuidade judiciária formulada pela autora, determinou a citação da parte ré para contestar a presente ação.

Em sua contestação, a Caixa Econômica Federal pugnou pela improcedência da presente ação rescisória, alegando que a autora pretende a rediscussão da matéria e reapreciação das provas produzidas na ação originária (ação de reintegração de posse), o que não é cabível em sede de rescisória. Aduziu que a sentença rescindenda não foi recorrida e que a CAIXA adotou todas as providências legais para notificar a devedora. Também alegou que a arrendatária limitou-se a afirmar que efetivou o pagamento através da consignatória, mas sequer juntou aos presentes autos dita ação por ter esta lhe sido desfavorável, o que denotaria sua má-fé, motivo pelo qual requereu sua condenação por litigância de má-fé, além de custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

A autora, intimada para se manifestar sobre as preliminares levantadas em sede de contestação, requereu que fosse reconhecida a intempestividade desta, bem como alegou que a matéria invocada já fora prequestionada (discutida anteriormente), podendo a rescisória ser adotada por haver prova robusta de ocorrência

de violação de preceito legal. Aduziu que a CAIXA sequer ofertou a possibilidade de abater toda a dívida com o saldo da conta vinculada do FGTS da autora, que era muito superior à dívida da época da autora. No mais, reiterou os argumentos lançados na inicial da presente demanda e repugnou o pedido da ré de condenação em litigância de má-fé, alegando que apenas procura reaver um direito que lhe foi cerceado.

A CAIXA, em suas alegações finais, defendeu a tempestividade da contestação e a tentativa da autora de rediscutir a matéria protegida sob o manto da coisa julgada, ratificando os termos da contestação apresentada.

A parte autora, consoante certidão de fl. 92, deixou de apresentar, no prazo, suas razões finais.

A douta Procuradoria Regional da República da 5ª Região, instada a se manifestar, opinou pelo não cabimento da presente rescisória, com base no art. 485, V, do CPC, fundado em suposta violação a disposição de lei, já que a questão trazida não fora tratada em nenhum momento no processo original. No mérito, entendeu pela procedência da rescisória, por ter a sentença feito referência a sucessivas convocações da arrendatária para comparecimento à administradora do imóvel, mas não a notificações da CAIXA; bem como entendendo que a previsão contratual (cláusulas 18 e 19) não são compatíveis com os dispositivos invocados (arts. 9º e 10 da Lei 10.188/2001 e art. 3º do Decreto 911/69), já que a notificação para constituir em mora o arrendatário deve, necessariamente, anteceder a exigência de devolução do imóvel residencial e que o esbulho possessório, autorizativo da ação de reintegração de posse, só se caracterizará se o arrendatário, não purgando a mora, não desocupar o imóvel.

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

A hipótese é de ação rescisória ajuizada por particular objetivando a desconstituição da sentença que, em sede de ação pos-

sessória, julgou procedente a pretensão formulada pela CEF para determinar a reintegração da posse de imóvel a esta, por considerar a regularidade da rescisão do contrato de arrendamento residencial, com opção de compra, com base na cláusula décima oitava, em razão de inadimplemento da arrendatária.

Inicialmente, observa-se que a contestação foi apresentada tempestivamente pela parte ré, já que a citação, na presente demanda, se deu pelo correio, contando-se o prazo da data da junta da aos autos do aviso de recebimento, consoante art. 241, I, do CPC e, não, da data de envio da Carta, como pretende a autora.

No caso, entretanto, por não ter sido juntada a carta citatória nos autos, haver-se-ia que contar o início do prazo da contestação a partir da data em que a parte ré teve vista do processo, a saber, dia 16/08/2013. Tendo a peça contestatória da CEF sido entregue na Seção de Protocolo deste Tribunal em 28/08/2013, consoante certidão de fl. 24 (tendo sido registrada no dia 29/08/2013 apenas em decorrência de queda de energia elétrica em parte da Região Nordeste), há que se reconhecer sua tempestividade, por ter sido observado o prazo mínimo de 15 (quinze) dias previsto no art. 491 do CPC. Ressalta-se que, ainda em se considerando citada a ré na data da entrega da correspondência pelo Correio (13/08/2013), estaria a contestação tempestiva.

O cerne da questão levantada pela parte autora diz respeito a eventual ofensa a literal dispositivo de lei da lei instituidora do Programa de Arrendamento Residencial (arts. 9º e 10 da Lei 10.188/2001, Decreto-Lei 911/69 e art. 54, § 3º, do CPC), que prevê ser a notificação prévia para purgar a mora requisito para a propositura da ação de reintegração de posse, alegando cerceamento de defesa por ausência de notificação da inadimplência e da possibilidade de purgação da mora antes da propositura da ação de reintegração de posse, além de desconsideração da quitação da dívida em ação de consignação em pagamento.

Observa-se, assim, que a questão levantada pela autora na presente rescisória diz respeito à ocorrência ou não de notificação prévia para purgar a mora e a necessidade desta para a propositura da ação de reintegração de posse; o que não foi discutido nos autos da ação originária.

Sabe-se que a ação rescisória não se presta para julgar fatos que já existiam há época do julgamento da ação originária e que deixaram de ser discutidos em momento apropriado.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido da inviabilidade do pedido de rescisão, com base no art. 485, V, do CPC (violar literal disposição de lei), quando a questão aduzida na ação rescisória não tiver sido tratada em nenhum momento no processo originário. Vale a transcrição da ementa do julgado referido:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. PRETENSÃO DE DISCUTIR QUESTÃO QUE NÃO FOI OBJETO DO PROCESSO ORIGINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE (A DESPEITO DA DESNECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO EM SEDE DE AÇÃO RESCISÓRIA).

1. Ainda que não se exija que a lei tenha sido invocada no processo originário, tendo em vista que o requisito do prequestionamento não se aplica em sede de ação rescisória, mostra-se inviável o pedido de rescisão, com base no art. 485, V, do CPC, fundado em suposta violação a disposição de lei, quando a questão aduzida na ação rescisória não foi tratada em nenhum momento em tal processo.

2. Agravo regimental não provido.

(AGRAR 4.741-SC - Processo 201101705590, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJe DATA: 06/11/2013 DTPB:.)

Compulsando os autos, observa-se que a questão objeto de discussão – qual seja, ocorrência ou não de notificação prévia para purgar a mora e a necessidade desta para a propositura da ação de reintegração de posse – não foi tratada no processo originário, consoante se observa dos documentos juntados aos autos relativos a tal processo.

A parte autora não trouxe aos autos cópia de nenhum documento que comprovasse ter a questão sido tratada no processo originário, pretendendo levantar matéria fática que, a despeito de já existir, não foi discutida no momento próprio, tendo, inclusive, deixado de apresentar o recurso ordinário (apelação) apropriado contra a sentença ora impugnada.

Com efeito, o objeto da questão discutida na ação originária foi a questão do inadimplemento da arrendatária que culminou na rescisão do contrato de arrendamento residencial.

A alegação da autora de quitação do débito em ação de consignação em pagamento também não merece acolhida, tendo em vista haver nos autos cópia da sentença proferida na referida consignatória (fl. 64), a qual foi julgada improcedente por entender o magistrado que tal ação fora ajuizada quando já tinha sido implementada a rescisão do contrato de arrendamento, em razão do inadimplemento, desconstituindo-se o vínculo entre os litigantes e não havendo condições de reativá-lo; considerando ser justa a recusa da CEF em receber os aluguéis, seja por ter havido rescisão contratual seja por ser o valor oferecido insuficiente para proporcionar a quitação da dívida.

Com essas considerações, não merecem prosperar os argumentos lançados pela parte autora para desconstituir a sentença impugnada, havendo que ser julgada improcedente a presente demanda.

Isto posto, consoante fundamentação acima exposta, julgo improcedente a presente ação rescisória, deixando de condenar a parte autora em custas e honorários advocatícios em razão do benefício da assistência judiciária gratuita.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 133.059-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Agravante: TECIDOS LÍDER INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Agravada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. EDUARDO ANTÔNIO DANTAS NOBRE E OUTROS (AGRTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ALEGAÇÃO SOBRE EXISTÊNCIA DE GRU-

PO ECONÔMICO. DECRETAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE PATRIMONIAL DE PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS. APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA. MEDIDA DE CARÁTER EXCEPCIONAL. OBSERVÂNCIA À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. INCLUSÃO NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. NECESSIDADE DE CITAÇÃO PRÉVIA. SUSPENSÃO DAS MEDIDAS TOMADAS INICIALMENTE PELO JUÍZO DE ORIGEM. DETERMINAÇÃO DA CITAÇÃO E OUTRAS PROVIDÊNCIAS JÁ REALIZADAS. PROVIMENTO DO AGRAVO TÃO SOMENTE PARA MANTER A LIMINAR CONCEDIDA EM SEDE RECURSAL. APURAÇÃO DA REAL SITUAÇÃO DAS PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS, QUANTO A CONSTITUÍREM OU NÃO GRUPO ECONÔMICO DE FATO, E NO QUE TOCA A SUA SOLVABILIDADE, A SER FEITA NO JUÍZO DE ORIGEM.

- Agravo de instrumento contra decisão em execução fiscal que resultou na inclusão de diversas pessoas jurídicas e físicas no polo passivo da demanda sob alegação de integrarem mesmo grupo econômico, bem como decretou a indisponibilidade patrimonial de todos os arrolados, inclusive de seus ativos financeiros através do Sistema BACENJUD, sem prejuízo do envio das comunicações pertinentes a órgãos públicos e entidades privadas no sentido de impedir qualquer ato relacionado a movimentações financeiras ou quaisquer transações relacionadas aos patrimônios dos envolvidos.

- De acordo com o atual Código Civil, devidamente corroborado pela jurisprudência nacional, encontra-se plenamente reconhecida a autonomia da personalidade jurídica da azienda frente a personalidade dos indivíduos que a integram, em particular quando em apreciação a autonomia de natureza patrimonial.

- Sendo regra geral a separação dos patrimônios, a desconsideração da personalidade jurídica por seu turno constitui-se em mecanismo de coibição ao uso indevido da pessoa jurídica, quando demonstrado que os propósitos da entidade foram desvirtuados, de modo a autorizar a intercomunicação entre os patrimônios daquela, a pessoa jurídica, com os dos seus respectivos sócios.

- Pressupõe-se que a desconsideração esteja apoiada na prática de atos contrários à finalidade da empresa, ou que possam ser caracterizados como fraudulentos, devidamente apoiados em sólidos elementos comprobatórios, desde que garantido às partes acesso à ampla produção de prova e ao exercício do contraditório.

- Todavia admite-se, initio litis, seja em processo autônomo ou em incidental, a adoção de medidas inibitórias, cautelares ou antecipatórias de tutela, necessários para que não se permita que atos fraudulentos ou abusivos da personalidade jurídica venham a se consumar.

- A situação dos autos, contudo, desviava-se dessa orientação preponderante tendo em vista que os elementos de prova utilizados como suporte à desconsideração da personalidade jurídica foram produzidos unilateralmente pela Fazenda Nacional, sem que as pessoas jurídicas e físicas apontadas tivessem oportunidade para a produção de contraprova.

- Não bastasse, escapava, em parte, a decisão agravada, da melhor aplicação da processualística civil quando, em processo dessa monta e com expressiva repercussão econômica, determinando a inclusão no polo passivo da demanda 32 (trinta e duas) pessoas jurídicas e 27 (vinte e sete) pessoas físicas sem que fossem devidamente citadas pessoalmente, ou os seus representantes legais respectivos.

- No mais, ainda que se admita a existência de grupo econômico, há notícia nos autos acerca de parcelamentos de débitos, penhora de bens devidamente acatada pela Fazenda Nacional, penhora de ativos financeiros bem como farta documentação que demonstraria, ao menos em princípio, a solvabilidade da executada, além da existência de outros bens (móveis e imóveis) capazes de garantir o pagamento da dívida fiscal.

- As informações atinentes ao patrimônio e à situação econômica da empresa executada, tida como líder do grupo econômico, demonstrariam sua capacidade não só para arcar com os débitos fazendários, seja pela via da penhora patrimonial, seja pela constrição de percentual decorrente de seu faturamento.

- Situação que autorizou a suspensão das medidas decretadas pelo Juízo singular, à exceção da proibição de proceder à alienação de qualquer tipo de patrimônio, aplicável apenas à empresa agravante, medida que pode ser estendida às demais empresas e pessoas físicas desde que integrem a lide, uma vez regularmente citadas.

- O argumento da agravada de que a agravante seria parte ilegítima para interpor recurso em nome dos sócios e de outras empresas, no caso concreto:

a) por um lado não é exatamente aplicável, uma vez que a agravada pugnou por si, isto é, pela higidez processual da execução contra ela movida, e esses argumentos, ao serem acatados liminarmente, findaram se refletindo, por mera consequência, em outras pessoas que estavam sofrendo constrições decretadas nesse mesmo feito até por haver, nesse ponto, matérias conhecíveis de ofício; e

b) colide com a ideia da própria agravada de que

a agravante constitui, com essas outras pessoas físicas e jurídicas, um grupo econômico de fato, porque, assim sendo, a legitimidade existiria, já que haveria uma confusão de personalidades.

- No Juízo a quo – e não aqui, em sede de agravo – é que deve se apurar devidamente, à luz de provas produzidas em contraditório, a real situação da agravante e das demais pessoas físicas e jurídicas envolvidas, tanto no que se refere a integram um mesmo grupo econômico de fato, quanto a sua solvabilidade.

- Agravo de instrumento parcialmente provido, apenas para manter as medidas decretadas liminarmente em sede recursal, registrando a mitigação da exigência de citação se alguma ou algumas das pessoas físicas, ou representantes das pessoas jurídicas estiver se esquivando da ação da Justiça.

ACÓRDÃO

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo de instrumento, 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, 21 de novembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Trata-se de agravo de instrumento contra a respeitável decisão originária que, em execução fiscal da agravada contra a agravante:

a) deferiu o pedido da FAZENDA NACIONAL para que fossem incluídas no polo passivo do feito executivo as empresas CIA-BRASAL COM. E IND. DE ALIMENTOS BRASILEIRA S/A; F. A. VEÍCULOS, PECAS E AGENCIAMENTO LTDA.; MOSSORÓ TRANSPORTES, LOCAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA.; COMERCIAL LÍDER DE VEÍCULOS E PEÇAS LTDA.; MOSSORÓ INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE SAL LTDA.; REALPLAST INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.; DMARKET IND. E COM. DE ARTEFATOS PLÁSTICOS LTDA.; LIDERPLASTIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (atual SACOPLAST DO BRASIL LTDA.); ILHA REFINARIA DE SAL LTDA.; LÍDER MARICULTURA E EXPORTAÇÃO LTDA.; REALPLASTIC INDUSTRIAL LTDA.; REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS PORTALEGRE LTDA.; EBS - EMPRESA BRASILEIRA DE SAL LTDA.; HENRIQUE LAGE SALINEIRA DO NORDESTE S/A; RAFITEX RAFIA TEXTIL LTDA.; LÍDER COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA.; NATURALLY CONVENIÊNÇIALTDA. - ME; DIAMANTE CRISTAL IND. E COM. DE SAL LTDA. - ME; EFA GESTÃO DE NEGÓCIOS LTDA.; WEST IMPORTS E COMÉRCIO LTDA.; COMERCIAL DE PRODUTOS DE PETRÓLEO FAGUNDES LTDA.; POSTO LÍDER LTDA.; CIEMARSAL COM. E IND. E EXPORTAÇÃO DE SAL LTDA.; COMERCIAL DE PRODUTOS DE PETRÓLEO LÍDER LTDA.; COMERCIAL DE DERIVADOS DE PETRÓLEO FAGUNDES LTDA.; LÍDER COM. DE COMBUSTÍVEL E LUBRIFICANTES LTDA.; REFINASSAL IND. DE REFINAÇÃO DE SAL LTDA.; CBC INDÚSTRIA DE TERMOPLÁSTICOS DA AMAZÔNIA LTDA.; PREMOLDS INDÚSTRIA & COMÉRCIO LTDA.; ESS EMPRESA DE SERVIÇOS SALINEIROS LTDA.; LOCMAQUIP LOCADORA & CONSTRUTORA LTDA.; ARROBA SALINEIRA LTDA., com o reconhecimento de que integram um único grupo econômico de fato, GRUPO LÍDER, sob a liderança e organização de EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE;

b) concedeu também o pedido da UNIÃO para que fossem igualmente inseridos como executados os sócios formais das empresas acima, EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, ZULAILDE DE FREITAS GADELHA, LAIR CARLOS GADELHA, EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE FILHO, ANA CATARINA FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, EDUARDO

FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, RODOLFO LEONARDO SOARES FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, ANTÔNIO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE NETO, LAIR CARLOS GADELHA NETO, MIGUEL ÂNGELO BARRA E SILVA, CARLA LÍGIA LEITE BARRA, MANOEL IVONILTON DE PAIVA, AVELINO BORGES DA SILVA, MARCOS REIGRACION BORGES, DENISE DE SOUSA BORGES, SEBASTIÃO AÉCIO BORGES, IVAN FREITAS DA SILVA, GENIVAL SILVINO DE SOUZA, LUCAS ALVES PEREIRA NETO, JERÔNIMO ANTÔNIO FERREIRA NETO, ANTÔNIA MARTINS DE ARAÚJO, JOEL FERREIRA DE PAULA, MARIA DE FÁTIMA DE SOUZA BORGES, FELIPE VIEIRA PINTO, AVELINO ALEXANDRE DA SILVA, REINALDO MÁRCIO BEZERRA DE ALMEIDA, JOSÉ BONIFÁCIO DANTAS DE ALMEIDA, JOSÉ DUTRA DE ALMEIDA LIRA NETO e JOSÉ ARIMATÉIA DA COSTA;

c) decretou segredo de justiça temporário, até a efetivação de todos os atos de constrição, nos termos do artigo 155, I, do CPC, com ressalva para os documentos protegidos por sigilo fiscal e bancário dos demandados, devendo tal documentação permanecer sem publicidade;

d) determinou, antes da citação e *inaudita altera parte*, a indisponibilidade de todos os bens e ativos financeiros das empresas e sócios até a satisfação dos valores cobrados na execução fiscal e apensos – no valor de R\$ 212.517.491,77 (duzentos e doze milhões, quinhentos e dezessete mil, quatrocentos e noventa e um reais e setenta e sete centavos);

e) deferiu pedido de realização de bloqueio de ativos financeiros via sistema BACENJUD no nome de todas as pessoas físicas e jurídicas ora incluídas, e, em caso negativo, determinou que o bloqueio fosse feito mediante envio de ofício às instituições financeiras com as quais as empresas envolvidas guardam relacionamento, conforme lista apresentada pela UNIÃO/FAZENDA NACIONAL e a realização de bloqueio de qualquer veículo cadastrado em nome delas, no âmbito do DETRAN/RN, mediante o Sistema RENAJUD;

f) determinou que fossem expedidos ofícios aos seguintes órgãos e entidades:

f.1) Cartórios de Registro de Imóveis das cidades nas quais os coexecutados operam ou operaram, quais sejam, Mossoró, Natal, Grossos, Tibau, Areia Branca, Baraúna, Macau, Assu, Pendências, Carnaubais, Ilemo Marinho, Parnamirim, Governador Dix-Sept Rosado, no Rio Grande do Norte; Fortaleza, Eusébio, Aracati, Beberibe, no Ceará; Codó no Maranhão, e Imbituba e Lauro Muller em Santa Catarina, a fim de que procedam ao registro de indisponibilidade de qualquer bem imóvel porventura registrado em nome dos requeridos, no prazo de 48h, sob pena de multa diária de 2.000,00 (dois mil reais), devendo a resposta ser encaminhada àquele Juízo, acompanhada das matrículas atualizadas dos imóveis constritos;

f.2) Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia (CBLC); BM&F/BOVESPA S/A e Cetip S.A. - Mercados Organizados, a fim de que estes entes abstenham-se de realizar qualquer transação envolvendo ações registradas em nome dos demandados nesta execução, em razão da indisponibilidade ora decretada;

f.3) Comissão de Valores Mobiliários - CVM, a fim de que proceda ao lançamento do impedimento de transferência de qualquer ativo financeiro ou valor mobiliário em nome dos requeridos constante das instituições financeiras sob sua fiscalização, informando ao juízo os dados dos bens indisponibilizados;

f.4) Agência Nacional de Aviação Civil - Registro Aeronáutico Brasileiro - RAB, comunicando a decretação imediata de indisponibilidade da aeronave de propriedade da HENRIQUE LAGE, qual seja, o ROBINSON HELICOPTER, modelo R44 II, nº de série 12941 e marcas PR-WAA, ano de fabricação 2010, PMD 1.134 kg, TTP, bem como qualquer outra aeronave matriculada em nome de qualquer dos ora demandados;

f.5) PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS e GEORADAR LEVANTAMENTOS GEOFÍSICOS S/A, a fim de que depositem em juízo os valores devidos a quaisquer das pessoas físicas e jurídicas incluídas nesta execução fiscal a título de pagamento de *royalties*, aluguéis, indenizações etc., relacionadas à atividade de extração de petróleo em imóveis de suas propriedades, em razão da indisponibilidade;

f.6) Associação Brasileira de Criadores de Cavalos Quarto de Milha - ABQM, determinando que fosse averbada no registro dos animais de propriedade dos demandados a sua indisponibilidade; como também ao Instituto de Defesa e Inspeção Agropecuária do Rio Grande do Norte (IDIARN) determinando que a entidade se abstenha de fornecer Guias de Trânsito Animal (GTA) para quaisquer dos demandados, evitando-se, cautelarmente, a movimentação das centenas de equinos, suínos e ovinos encontrados em suas propriedades, segundo o próprio IDIARN;

f.7) Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), decretando a indisponibilidade de todas as marcas e patentes registradas em nome das pessoas físicas e jurídicas demandadas;

f.8) Capitania dos Portos do Rio Grande do Norte (CPRN), em ambas as sedes do Estado (Natal e Areia Branca) para que decretem, em seus registros, a indisponibilidade de quaisquer espécies de embarcações constantes em nome das pessoas físicas e jurídicas integrantes do Grupo Líder;

f.9) Junta Comercial dos Estados do Rio Grande do Norte, do Ceará e do Amazonas, determinando a indisponibilidade do capital social (quotas e ações) das pessoas jurídicas requeridas;

f.10) as empresas de cartão de crédito, CIELO S/A, RECARD S/A e HIPERCARD BANCO MÚLTIPLO S/A, para que haja indisponibilidade e depósito à disposição deste juízo de 30% (trinta por cento) de todos os valores a serem pagos a POSTO LÍDER LTDA. (CNPJ nº 40.778.979/0001-48) até a satisfação do crédito da União no valor acima transcrito;

g) enfim, após a realização de todas as diligências acima, mandou citar todas as pessoas físicas e jurídicas incluídas na execução fiscal na pessoa do Sr. EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, porque se trataria do representante máximo do Grupo Líder, considerando que não haveria autonomia patrimonial entre as 32 (trinta e duas) pessoas jurídicas incluídas, bem como a circunstância de que todas as 29 (vinte e nove) pessoas naturais também incluídas, ou são familiares ou empregados do referido grupo, com as únicas exceções

de LUCAS ALVES PEREIRA NETO e AVELINO ALEXANDRE DA SILVA, os quais, malgrado como “laranjas” em favor do mesmo grupo, não são nem parentes nem empregados formais, devendo, por isso, serem citados pessoalmente.

A decisão singular ainda determinou, após a conclusão de todas essas medidas, que fosse dada vista dos autos à exequente para se manifestar sobre a suficiência dos valores tornados indisponíveis, e, considerando existir indícios de infrações penais, mandou extrair cópia dos autos e seu encaminhamento ao Ministério Público Federal - MPF para as providências que entender pertinentes.

Os autos, vindo a esta Corte, foram distribuídos (fl. 282) ao ilustre Desembargador FERNANDO BRAGA que proferiu despacho dando-se por suspeito em virtude de haver oferecido, como Procurador da República, denúncia defendendo tese que findou acolhida em respeitável sentença criminal (embora não haja notícia de seu trânsito em julgado), a qual acabou por condenar o já mencionado EVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE por fraude na utilização de interpostas pessoas para a constituição de grupo econômico de fato (fls. 291/292).

O processo, então, foi-me redistribuído (fls. 293 e 294), havendo eu despachado, à fl. 295, observando que a respeitável decisão impugnada mencionava farta documentação da Fazenda Nacional (anexos por esta produzidos), que não constava do instrumento do agravo.

Sem tal documentação, seria difícil compreender a integral extensão da controvérsia, cabendo, até mesmo, o não conhecimento do agravo, nos termos da conhecida doutrina e jurisprudência que, além das peças obrigatórias e facultativas previstas no art. 525, I e II, do Código de Processo Civil (CPC), passou a considerar essenciais aquelas peças relativas à definição da *vexata quaestio* nesse tipo de recurso.

Tal entendimento, porém, foi mitigado em recente decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ) acerca do tema, sob o regime dos recursos repetitivos (REsp 1.102.467/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/05/2012, DJe 29/08/2012).

Assim sendo, intimei a agravante para, no prazo de 72h (setenta e duas) horas, trazer ao feito tal material (fl. 295).

Os documentos faltantes vieram tempestivamente, conforme petição da agravante (fl. 296), acompanhados de certidão da secretaria do Juízo *a quo* explicitando que a execução originária, que abrange as certidões de diversas Certidões de Dívida Ativa (CDAs) ali descritas, no valor global já mencionado, engloba feitos baixados por apensamento, muitos com penhora oferecida, alguns, inclusive, com suspensão deferida em virtude de adesão a parcelamento, e outros com penhora eletrônica realizada (fls. 298/299).

Consoante já resumiu a respeitável decisão de primeiro grau:

(...). No anexo I, constam documentos oriundos do Ministério do Trabalho e Emprego sobre as relações trabalhistas das pessoas físicas nominadas (fls. 39/91); lista de débitos tributários e previdenciários das 33 empresas do Grupo Líder no valor de R\$ 431.802.296,20 (quatrocentos e trinta e um milhões oitocentos e dois mil reais duzentos e noventa e seis reais e vinte centavos (fls. 92/133); documentos referentes às empresas de combustíveis COMERCIAL DE PRODUTOS DE PETRÓLEO FAGUNDES LTDA.; POSTO LÍDER LTDA.; COMERCIAL DE PRODUTOS DE PETRÓLEO LÍDER LTDA.; COMERCIAL DE DERIVADOS DE PETRÓLEO FAGUNDES LTDA.; LÍDER COM. DE COMBUSTÍVEL E LUBRIFICANTES LTDA. REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS PORTALEGRE LTDA. (fls. 135/303).

No anexo II, constam documentos das empresas de sal REFINASSAL IND. DE REFINAÇÃO DE SAL LTDA., CIABRASAL COM. E IND. DE ALIMENTOS BRASILEIRA S/A, ILHA REFINARIA DE SAL LTDA. (fls. 305/550).

No anexo III, constam documentos das empresas de sal MOSSORÓ INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE SAL LTDA., LÍDER COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA., CIEMARSAL COM. E IND. E EXPORTAÇÃO DE SAL LTDA. às fls. 552/800.

No anexo IV, constam documentos das empresas de sal CIEMARSAL COM. E IND. E EXPORTAÇÃO DE SAL LTDA., EBS EMPRESA BRASILEIRA DE SAL LTDA., HENRIQUE LAGE SALINEIRA DO NORDESTE S/A, DIAMANTE CRISTAL IND. E COM. DE SAL LTDA. - ME, ARROBA SALINEI-

RA LTDA. e ESS EMPRESA DE SERVIÇOS SALINEIROS LTDA. (fls. 802/1025).

No anexo V, constam documentos referentes às empresas de plástico, tecidos e resinas, tais como a executada TECIDOS LÍDER INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., REALPLAST INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., REALPLASTIC INDUSTRIAL LTDA., WEST IMPORTS E COMÉRCIO LTDA., CBC INDÚSTRIA DE TERMOPLÁSTICOS DA AMAZÔNIA LTDA., LIDERPLASTIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (atual SACOPLAST DO BRASIL LTDA.), RAFITEX RAFIA TEXTIL LTDA. (fls. 1027/1263).

No anexo VI, constam documentos relativos às empresas de plástico, tecidos e resinas DMARKET IND E COM DE ARTEFATOS PLÁSTICOS LTDA., além de cópias de autos de infração da Receita Federal do Brasil lavrados em desfavor da TECIDOS LÍDER INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., relação de imóveis alienados pela TECIDOS LÍDER INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., além de cópias de tentativas infrutíferas de bloqueio *on line* via BACENJUD de valores da referida empresa executada. (fls. 1265/1517).

No anexo VII, constam documentos referentes às pessoas jurídicas MOSSORÓ TRANSPORTES LOCAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA., LOCMAQUIP LOCADORA & CONSTRUTORA LTDA., MOSSORÓ INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE SAL LTDA., PREMOLDS INDÚSTRIA & COMÉRCIO LTDA., COMERCIAL LÍDER DE VEÍCULOS E PEÇAS LTDA. (Líder Veículos – nome Fantasia), F. A. VEÍCULOS, PEÇAS E AGENCIAMENTO LTDA. (Edvaldo Veículos – nome fantasia), LÍDER MARICULTURA E EXPORTAÇÃO LTDA., NATURALLY CONVENIENCIA LTDA. - ME, além de mais cópias de tentativas frustradas de bloqueio *on line* via BACENJUD nas contas bancárias da executada (fls. 1519/1719).

No anexo VIII, constam cópias de procurações emitidas em cartórios e relatórios do Banco Central das procurações emitidas no âmbito do sistema financeiro pelos supostos sócios das empresas supracitadas dando plenos poderes de gestão para os membros da família Fagundes, mediante informações dos bancos oficiais do Sistema Financeiro Nacional (fls. 1721/2000).

No anexo IX, também constam relatórios do Banco Central das procurações emitidas no âmbito do sistema financeiro pelos supostos sócios das empresas supracitadas para os membros da família Fagundes, mediante informações dos bancos oficiais do Sistema Financeiro Nacional, como também cópias de petições em ações de execução fiscal nas quais empresas de combustíveis e plásticos do grupo indicam à penhora toneladas de sal para pagamento de seus débitos, bem como as empresas de sal indicam a penhora fardos de canudos de plásticos oriundos das empresas de plásticos do grupo e cópias de certidões de oficiais de justiça em alguns processos judiciais que demonstrariam a conexão em diversas empresas do Grupo Líder. (fls. 2002/2268).

No anexo X, constam cópias de sentenças da Justiça do Trabalho de Mossoró (fls. 2270/2366), cópia da averiguação preliminar do CADE Nº 080012.0011022/2008-25 (fls. 2368/2412), representações fiscais para fins penais contra as empresas CIEMARSAL COM. E IND. E EXPORTAÇÃO DE SAL LTDA., TECIDOS LÍDER INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., COMERCIAL LÍDER DE VEÍCULOS E PEÇAS LTDA., POSTO LÍDER LTDA. (fls. 2413/2444), documentos referentes a bens das empresas do Grupo Líder (fls. 2445/ 2470), fotografias das diligências *in loco* efetuadas pela União/Fazenda Nacional nos endereços das pessoas jurídicas do Grupo Líder e lista com endereço (2472/2521). (fls. 37/38)

Ademais, a empresa agravante juntou também aos autos:

- a) análise dos 11 (onze) feitos em que contende com a FAZENDA NACIONAL;
- b) relatórios de seu faturamento nos últimos 5 (cinco) anos, destacando-se o valor de mais de R\$ 85.000.000,00 (oitenta e cinco milhões de reais) em 2012 (fls. 301/305);
- c) fotos de suas instalações e de seu parque industrial, a demonstrar sua vitalidade, solidez e capacidade de pagamento de débitos, jamais podendo ser considerada uma “empresa de fachada” (306/309);
- d) diversas correspondências (com documentação) de fornecedores informando que, diante das notícias sobre a decisão

de origem, não podem mais aceitar pagamento a prazo, e de clientes, devido ao mesmo motivo, encerrando compras, e também de instituições financeiras, ainda pela mesma razão, cortando crédito (fls. 310/371).

As cópias dos anexos produzidos pela FAZENDA NACIONAL e de outros feitos, bem como as análises dos feitos em que a agravada contende com ela, foram autuados como anexos. O resto está nos autos principais.

No agravo, alega-se, fundamentalmente, que:

- a) a agravante é idônea, tem alto faturamento e plena capacidade de honrar seus débitos fazendários;
- b) o material produzido pela FAZENDA NACIONAL constitui prova ilícita, porque implicou levantamento do sigilo bancário de pessoas jurídicas e físicas sem autorização da Justiça, nos termos da Constituição, e conforme jurisprudência – inclusive do Supremo Tribunal Federal (STF) e doutrina invocadas no recurso;
- c) inexistência de solidariedade passiva entre a agravante e as demais pessoas incluídas no polo passivo da execução, nos termos do Código Tributário Nacional (CTN) e da jurisprudência colacionada do egrégio STJ a respeito;
- d) a decisão atinge direitos constitucionais e legais e inviabiliza a empresa, alcançando, inclusive, suas centenas de empregados.

Após detida análise das alegações suscitadas, deferi a liminar requerida em caráter parcial no sentido de suspender todas as medidas decretadas na decisão singular agravada, mantendo, contudo, a proibição – imposta à empresa agravante – referente à alienação de qualquer tipo de patrimônio, medida essa que poderá se estender às demais pessoas jurídicas e físicas, desde que integrantes da lide mediante citação regular.

A FAZENDA NACIONAL por sua vez apresentou contrarrazões (fls. 472/531) nas quais postulou, entre outras razões, a reconsideração da decisão parcialmente concessiva da liminar.

De acordo com a agravada todos os elementos carreados aos autos dão conta da existência de grupo econômico fraudulento, cujas manobras, voltadas ao ludíbrio das mais diversas normas (comerciais, tributárias, trabalhistas etc.), têm ensejado o não cumprimento das obrigações fiscais e, por outro lado, vêm blindando o patrimônio da agravante a fim de garantir sua evasão da execução judicial de suas respectivas dívidas.

Alega que a empresa agravante acumula significativo passivo inscrito em Dívida Ativa da União, correspondente a R\$ 256.533.971,81 (duzentos e cinquenta e seis milhões, quinhentos e trinta e três mil, novecentos e setenta e um reais e oitenta e um centavos), sendo ela espécie de empresa “matriz” de grupo econômico composto por sócios, familiares e terceiros (“laranjas”) que se sucedem e confundem-se no desenvolvimento da atividade mercantil.

Discorre de modo analítico em torno de pessoas jurídicas possivelmente integrantes do referido grupo econômico, demonstrando assim que as atividades das empresas consideradas “suja” (com débitos) são transferidas para outras empresas, essas todas “novas”, mediante pulverização do patrimônio, inclusive com a participação de “laranjas” (pessoas físicas).

Também suscita, em caráter preliminar, a ilegitimidade recursal da agravante uma vez que a mesma não poderia pleitear, em nome próprio, qualquer tutela judicial em prol das demais pessoas jurídicas e físicas incluídas no polo passivo do executivo fiscal originário.

Quanto ao mérito alega que em nenhum momento a agravante refuta a existência de grupo econômico. Ao contrário, limita-se apenas a refutar a existência de responsabilidade a ser suportada solidariamente, sendo imprescindível demonstrar a participação efetiva de cada um dos apontados nos fatos geradores tributários.

Alega que a agravante não produziu qualquer elemento de prova capaz de afastar a configuração do grupo econômico. Restringiu-se, contudo, a juntar cópias dos documentos, já apresentados perante a 1ª instância, os quais corroboraram a prolação da decisão singular agravada.

Defende a aplicação ao caso da desconsideração da personalidade jurídica nas hipóteses em que se verifica o abuso da personalidade jurídica, seja em virtude de desvio de finalidade ou em razão de confusão patrimonial. No caso em apreço entende que tais requisitos foram plenamente atendidos haja vista a formação do grupo econômico, a falta de incorporação de valores aos empreendimentos negociais criados, ao abandono posterior após a existência de dívidas não saldadas e, finalmente, à criação de novas pessoas jurídicas apenas para fins de blindagem do próprio grupo econômico.

Neste sentido, colaciona diversos precedentes jurisprudenciais em apoio às suas razões, voltados à desconsideração da personalidade jurídica quando presentes fortes indícios de fraude.

Entende que devem ser refutadas todas as alegações da agravante quanto à possível quebra de sigilo fiscal por parte da exequente. Ao contrário, alega que todas as informações são lícitas, obtidas junto ao cadastro de clientes do sistema financeiro, denominado CCS, conforme convênio firmado entre a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e o Banco Central.

Ademais, alega que a despeito das informações obtidas junto às instituições do sistema financeiro, a configuração do abuso da personalidade jurídica bem como da confusão patrimonial entre os integrantes do grupo econômico encontra-se devidamente demonstrada a partir das provas carreadas aos autos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Trago à colação a decisão na qual deferi a liminar requerida em caráter parcial:

(...). O honorável decisório atacado se espria por 46 laudas (fls. 34/79) em que analisa detidamente a situação fática dos autos.

Basicamente, a respeitável decisão acata os argumentos da FAZENDA NACIONAL, levando em conta, principalmente, o seguinte:

- Da possibilidade de constrição de bens antes da citação

Inicialmente, impende consignar que a jurisprudência pátria não admite, em regra, a penhora antes da citação, exceto quando presentes os requisitos das cautelares, neste sentido os seguintes arestos: Neste sentido é o posicionamento do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

PROCESSUAL CIVIL. PENHORA *ON LINE* ANTES DA CITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA ACAUTELATÓRIA. PERIGO DA DEMORA NÃO DEMONSTRADO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA. INAPLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS. REDIRECIONAMENTO PARA OS SÓCIOS. IMPOSSIBILIDADE.

- Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que desconsiderou a personalidade jurídica da TÊXTIL UNIÃO S/A e determinou a penhora *on line* sob os ativos financeiros de seu Diretor-Presidente e sua sócia majoritária.

- A realização de penhora antes da citação do executado é possível quando demonstrados os requisitos autorizadores da concessão da cautelar. Precedentes desta Corte: AGTR 103.690/PE, Segunda Turma, Rel. Des. Fed. Rubens de Mendonça Canuto (Substituto), *DJ* 01/06/2010, *DJe* 10/06/2010, P. 384; AGTR 104870/PE, Quarta Turma, Rel. Des. Fed. Margarida Cantarelli, *DJ* 01/06/2010, *DJe* 10/06/2010, P. 629.

- Compulsando os autos, tem-se que não houve a comprovação do *periculum in mora* a ensejar a realização do BACENJUD antes da citação das ora agravantes, a qual se deu dois anos após o aludido bloqueio.

- Em se tratando de dívida civil, a autorização para a desconsideração da personalidade jurídica da empresa depende de prova de existência de fraude, que caracterize o desvio de finalidade das atividades da empresa e/ou confusão patrimonial, conforme dispõe o art. 50 do Código Civil.

- Nesse contexto, não se pode extrair do fato de, em diversas tentativas de implementar a penhora *on line*, não ter sido encontrado numerário superior à R\$

12.000,00 (doze mil reais) a configuração de abuso da personalidade jurídica, nem o mero inadimplemento da obrigação configura violação de lei apta a acarretar, com fulcro no art. 50 do CC, o redirecionamento da execução contra os sócios da empresa devedora.

- A desconsideração da personalidade em relação aos sócios é medida excepcional, devendo a parte exequente demonstrar a presença dos requisitos que a ensejam, o que não se verifica na presente hipótese.

- Com efeito, a executada TÊXTIL UNIÃO S/A cuidou de nomear bens à penhora, além de tratar-se, outrossim, de empresa sólida, que possui um ativo anual bruto, conforme balanço patrimonial divulgado no Diário Oficial do Estado em out/2006, superior a R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), o que, a despeito da insuficiência dos fundos encontrados quando da penhora *on line*, não caracterizam a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica.

- Agravo de instrumento extinto, sem resolução de mérito, com relação à agravante TÊXTIL UNIÃO S/A, ante a manifesta extemporaneidade do mesmo, e provido, com relação às demais agravantes.

(AG 200905000075182, Desembargador Federal Paulo Gadelha, TRF5 - Segunda Turma, DJe - Data: 04/11/2010 - Página: 124.)

Portanto, cumpre a este Juízo verificar se há nos autos os requisitos da medida cautelar: *fumus boni juris*, consistente na plausibilidade do direito substancial invocado e o *periculum in mora*, configurado no risco de que o pedido não tenha mais utilidade para a parte requerente em razão da demora. Tal conclusão, contudo, exige o exame mais acurado das alegações e provas, o que se passa a fazer.

- Da responsabilidade do Grupo Econômico de Fato. Do Abuso de Formas. Da utilização de pessoas interpostas. Da desconsideração da personalidade jurídica

Nos termos do art. 124 do Código Tributário Nacional:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

- I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal;
- II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

No mesmo sentido, assim estabelece o art. 30, inciso IX, da Lei 8.212/91 em relação à responsabilidade de empresas integrantes de um mesmo grupo econômico com relação ao pagamento das contribuições previdenciárias:

IX - as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei;

Com efeito, é cristalino que a legislação tanto no art. 124, inciso II, do Código Tributário Nacional, como no art. 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/91 permitem a responsabilidade solidária por dívida fiscal entre integrantes do mesmo grupo econômico.

Não obstante, a jurisprudência pátria entende que, para a responsabilização solidária das empresas integrantes de um grupo econômico, é necessário que esteja presente além da configuração do grupo econômico, algum outro elemento a exemplo da existência de confusão patrimonial, dissolução irregular, abuso de forma, má-fé com prejuízo a credores, utilização de pessoas interpostas, de modo que sejam evitadas fraudes à execução.

Neste sentido, os seguintes julgados elucidativos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DE EMPRESA NO POLO PASSIVO.

1. A jurisprudência do e. STJ é firme no sentido de que o simples fato de duas empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico não caracteriza a solidariedade passiva em execução fiscal.

2. No entanto, é possível o redirecionamento da execução fiscal a fim de evitar a fraude, na hipótese de haver fortes indícios de existência de grupo econômico e de confusão patrimonial das empresas integrantes, somada ao inadimplemento dos tributos devidos e aparente dissolução irregular da empresa executada.

3. Presença de indícios suficientes a permitir o redirecionamento da execução.

(Al nº 2010.03.00.033353-3 / SP, 4ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Marli Ferreira, DJF3 CJ1 13/05/2011, pág. 725)

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DO ARTIGO 1.032, CC. INAPLICABILIDADE. GRUPO ECONÔMICO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. TRANSFERÊNCIA DE ATIVOS FINANCEIROS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

1. Não é aplicável o prazo do artigo 1.032, CC, no que se refere à responsabilização dos sócios, uma vez que se objetiva a satisfação de créditos tributários, impondo-se, portanto, a aplicação das regras constantes do Código Tributário Nacional.

2. A formação de grupo econômico não se presume. Dessa feita, não logrando a exequente comprovar a existência de confusão patrimonial, fraudes, abuso de direito ou má-fé com prejuízo a credores, fica afastada a responsabilidade solidária entre as empresas e/ou pessoas naturais.

3. Mesmo quando configurada a existência de grupo econômico, a exequente deve comprovar a existência de um dos requisitos *supra* para ensejar a responsabilidade solidária, visto que o simples fato da constituição de grupo econômico não é suficiente para dar ensejo à solidariedade no pagamento de tributo devido por apenas uma das empresas.

4. Existência de fortes indícios de formação de grupo econômico, com evidente confusão patrimonial e transferência fraudulenta de ativos financeiros. Possibilidade de inclusão.

5. Agravo legal a que se nega provimento.

(AI nº 2010.03.00.032998-0 / SP, 3ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, DJF3CJ1 29/07/2011, pág. 185)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, CPC. EXECUÇÃO FISCAL. GRUPO ECONÔMICO. CONFUSÃO DE PATRIMÔNIOS. PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DOS SÓCIOS DA PESSOA JURÍDICA DO POLO PASSIVO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A inclusão dos sócios no polo passivo da execução fiscal encontra respaldo nos arts. 124, II, e 135, III, do CTN, no art. 30, IX, da Lei 8.212/91 e nos arts. 591 e 592, II, do CPC.

2. A simples existência de grupo econômico não autori-

za a constrição de bens de empresa diversa daquela executada, bem como de seus sócios, o que só pode ser deferido em situações excepcionais nas quais há provável confusão de patrimônios, como forma de encobrir débitos tributários, como parece ocorrer no caso sob exame.

3. Imperiosa se faz a manutenção dos sócios no polo passivo da execução, tendo em vista que há indícios de formação de um conglomerado de fato, sob uma administração unificada e transferências de bens entre as empresas de modo a impedir o cumprimento dos deveres tributários, o que caracteriza infração à lei pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial entre as empresas cuja administração lhe competia à época do fato gerador do tributo, com esteio no arts. 134, II, e 135, III, do CTN.

4. Agravo a que se nega provimento.

(AI nº 2011.03.00.014193-4 / SP, 1ª Turma, Relator Desembargador Federal José Lunardelli, *DJF3*CJ1 16/09/2011)

EXECUÇÃO FISCAL. PRESENÇA DE INDÍCIOS PARA RECONHECIMENTO DE GRUPO ECONÔMICO PARA FINS DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

1. Agravo de instrumento contra decisão que indeferiu pedido de inclusão de empresas do mesmo grupo econômico da executada.

2. Reconhecimento de existência de grupo econômico, em razão da comprovação de confusão patrimonial entre as empresas, evitando-se fraude à execução, nos termos do art. 50 do Código Civil.

3. Afastado reconhecimento de grupo econômico em relação a empresa não especificada ao MM. Juízo a quo.

4. Agravo parcialmente provido.

(AI Nº 2008.03.00.046206-5 / SP, 6ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Regina Costa, *DJF3*CJ1 31/05/2010, pág. 367)

Outrossim, cumpre relevar que o Superior Tribunal de Justiça, nos casos de abuso de formas e gestão fraudulenta de empresas integrantes de um grupo econômico entende ser possível a extensão dos efeitos da desconsideração da per-

sonalidade jurídica para os sócios e demais sociedades do grupo, sobretudo quando verificada a existência de unidade gerencial:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EMBARGOS DO DEVEDOR À EXECUÇÃO. ACÓRDÃO. REVELIA. EFEITOS. GRUPO DE SOCIEDADES. ESTRUTURA MERAMENTE FORMAL. ADMINISTRAÇÃO SOB UNIDADE GERENCIAL, LABORAL E PATRIMONIAL. GESTÃO FRAUDULENTA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA PESSOA JURÍDICA DEVEDORA. EXTENSÃO DOS EFEITOS AO SÓCIO MAJORITÁRIO E ÀS DEMAIS SOCIEDADES DO GRUPO. POSSIBILIDADE.

- A presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em face da revelia do réu é relativa, podendo ceder a outras circunstâncias constantes dos autos, de acordo com o princípio do livre convencimento do Juiz. Precedentes.

- Havendo gestão fraudulenta e pertencendo a pessoa jurídica devedora a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando as diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da devedora para que os efeitos da execução alcancem as demais sociedades do grupo e os bens do sócio majoritário.

- Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores.

- A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentalmente no próprio processo de execução (singular ou coletivo), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros.

(REsp nº 332.763/SP, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andriahi, DJ 24/06/2002, pág. 297)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.

- A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar a aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei nº 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

- A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconSIDERAR a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.

- Recurso a que se nega provimento.

(ROMS 200200942657, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA: 08/09/2003 PG: 00262 RDR VOL.: 00027 PG: 00378 RSTJ VOL.: 00172 PG: 00247 DTPB:.)

Para além disso, cabe ressaltar que a jurisprudência, como não poderia deixar de ser, em razão de crimes tributários e contra a fé pública, admite que a utilização de pessoas interpostas tem reflexos inclusive no âmbito do Direito Penal:

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. CRIME TRIBUTÁRIO (ART. 1º, I, C/C O ART. 12, I, DA LEI 8.137/90). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA DE PLANO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDO EM NOME DA PESSOA JURÍDICA. PACIENTE ACU-

SADO DE TER CRIADO EMPRESA EM NOME DE TERCEIRA PESSOA (LARANJA) E, POR MEIO DE DECLARAÇÕES FALSAS ÀS AUTORIDADES FAZENDÁRIAS E OUTRAS FRAUDES, SUPRIMIDO TRIBUTOS DA ORDEM DE 3 MILHÕES DE REAIS. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. O trancamento de ação penal por meio de *habeas corpus*, conquanto possível, é medida de todo excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se mostrar evidente, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade.

2. O paciente está sendo acusado de utilizar-se de terceira pessoa, notoriamente sem patrimônio (laranja), para abrir e fazer funcionar uma empresa, omitindo seu real faturamento por meio de informações falsas prestadas ao Fisco e outras fraudes, para fins de isenção de tributos que seriam devidos; nesses casos, por óbvio, não seria parte no procedimento administrativo-fiscal instaurado para apurar o crédito tributário correspondente, o que não o exime de responder pelo delito correspondente.

3. Esta Corte já teve oportunidade de se manifestar em hipóteses semelhantes a destes autos, sempre confirmando a possibilidade e a necessidade da persecução penal em casos de utilização de interpostas pessoas para o cometimento de ilícitos tributários. Com efeito, essa prática é utilizada exatamente na tentativa de blindar o patrimônio do verdadeiro responsável pela empresa, bem como inviabilizar a persecução penal em seu nome, prática que deve ser prontamente repelida pelo Poder Judiciário; dessa forma, havendo indícios de autoria, os fatos devem ser apurados, respeitadas, por óbvio, todas as garantias processuais e constitucionais dos envolvidos, de maneira a buscar a verdade que interessa ao Direito Penal.

4. O crédito tributário encontra-se definitivamente constituído em desfavor da pessoa jurídica, nada aproveitando ao paciente a certidão favorável emitida em seu próprio nome, onde consta inexistir pendência com o Fisco.

5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

6. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial.

(HC 200901858836, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - QUINTA TURMA, DJe DATA: 31/05/2010. DTPB:.)

Convém trazer a lume que a fraude fiscal caracteriza-se por ser um artifício doloso de que se serve o contribuinte para a sonegação de tributos. A Lei 4.502/64 define-a em seu art. 72:

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Por seu turno, a simulação é apenas uma espécie da chamada fraude fiscal, consagrada no Código Civil como vício social capaz de gerar a nulidade do ato, nos termos do art. 167 do referido código, tendo por característica o fato de ser realizada com a intenção de iludir a terceiros, por mais de uma declaração de vontade, de maneira que será necessária uma declaração bilateral ou plurilateral falsa entre os agentes.

Na seara tributária, a chamada simulação fiscal tem o Poder Público como terceiro, de maneira que a ilusão pode recair sobre qualquer um dos elementos da obrigação tributária. Como consagrado na doutrina e jurisprudência pátrias, a constituição de pessoas jurídicas, mediante falsa declaração do seu corpo societário, com o uso dos chamados “laranjas”, também denominados “empresta-nome” ou “testa de ferro”, perfaz clássico exemplo de simulação fiscal fraudulenta por meio de interposta pessoa.

É de conhecimento comum a forma de perpetração do falso mediante utilização de “laranjas”. Para quem ainda não conhece, explico: usualmente, o sócio “fantasma” consta apenas do contrato social da empresa, ou quando muito, também é empregado da empresa e com baixo salário. Já por esse motivo, não tem como provar que, sem mais nem menos, passou a ser titular de empresas que movimentam numerário relativamente grande.

Para gerenciar a empresa o “laranja” ou “fantasma” outorga procuração com poderes plenipotenciais, momento a partir do qual o “laranja” não atua sequer conjuntamente com o procurador na prática de atos da empresa, nem para assinar cheques. Todos os atos são praticados pelo verdadeiro dono, o procurador da empresa, que, por meio do instrumento de procuração, exercita o pleno poder na empresa.

Não bastassem tais circunstâncias, sequer o procurador (no caso, verdadeiro dono do negócio) possui o dever de prestar contas, tão comum nos contratos de mandato por instrumento plenipotenciário, em especial quando não há qualquer vínculo que justifique tamanha confiança entre procurador e sócio “fantasma”. Logo, não há motivo para o “laranja”, que consta o nome no contrato social da empresa, abdicar de exercer qualquer direito dentro da empresa. Na realidade existe, mas em favor do verdadeiro dono, que é eximir este de execuções, protestos e ações. E mais, eventual responsabilidade direta ou solidária do sócio “fantasma” não resultará em qualquer resultado positivo, uma vez que os débitos que lhe serão imputados não terão sobre o que recair e mesmo os bens valiosos que guarnecem a empresa são objeto de negócios jurídicos também fraudulentos para se furtar a qualquer ato de oneração ou constrição.

Nestes casos, a parte que compõe fraudulentamente uma sociedade, bem como uma sociedade criada exclusivamente para a proteção e usufruto do patrimônio de outra é um ente que serve como escudo para que uma outra pessoa possa deixar de honrar suas obrigações com diversos credores, possibilitando que haja uma atuação sub-reptícia por parte de quem se serve da fraude.

Habitualmente, a utilização de pessoas interpostas (“laranjas”) dar-se-á com a utilização dos seguintes expedientes em conjunto, ou isoladamente: I) constituição de sociedades empresárias em nome de terceiros que não têm capacidade econômica nem acervo patrimonial para tanto; II) constituição de sociedades empresárias através de falsidade material e/ou ideológica em nome de terceiros, com a utilização de documentos adquiridos por qualquer meio; III) utilização de instrumentos de procurações e contratos de mandatos, com a outorga de amplos poderes para gerir a

empresa; IV) utilização de contratos de locação e comprovantes de residência falsos.

Deste modo, não raras vezes empresas são constituídas, acumulam diversos débitos fiscais, previdenciários e trabalhistas, funcionam por um lapso temporal pequeno, encerrando suas atividades de modo irregular. Outro exemplo de utilização de pessoa interposta ocorre quando, em razão do elevado débito tributário, os verdadeiros sócios afastam-se da direção, com a cessão de suas cotas-partes a terceiros (“laranjas”), sem nenhuma capacidade econômica, utilizando-se de alterações contratuais falsas, sem qualquer contribuição dos “novos sócios”.

E, como bem salientado pela União, sequer é possível considerar muitas dessas pessoas jurídicas como empresas, haja vista que elas não preenchem os requisitos para a sua conceituação como tal. Basta ver que empresa, segundo a doutrina empresarial, empresa é a unidade econômico-social composta por elementos humanos, materiais, financeiros e técnicos (fatores de produção), com o objetivo de obter utilidades por meio da sua participação no mercado de bens e serviços. Por esse motivo, o Código Civil, em seu art. 966, estabeleceu que “empresário é quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços” e, sendo assim, como é empresário quem exerce empresa, esta pode ser conceituada como atividade econômica organizada com o fim de fazer circular ou produzir bens e serviços¹.

¹ Segundo Alberto Asquini, a empresa pode ser compreendida sob quatro perfis distintos: a) o subjetivo: pelo qual a empresa seria uma pessoa física ou jurídica; b) o funcional, pelo qual a empresa seria a atividade empresarial dirigida a um determinado escopo produtivo, isto é, à atividade econômica organizada; c) perfil patrimonial, em razão do qual a empresa seria um conjunto de bens afetados ao exercício da atividade econômica desempenhada (estabelecimento empresarial); e d) perfil corporativo, a empresa como um núcleo social organizado em função de um fim econômico comum (concepção de ideologia fascista). A empresa pode, então, ser compreendida, caso estejam presentes ao menos três desses fenômenos: empresário, estabelecimento e fim produtivo. Em: ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 35, n. 104, pp. 109-126, out./dez. 1996.

O abuso de forma, que propicia a sonegação tributária, mediante a utilização de pessoas interpostas é uma prática que traz consequências danosas não só ao Estado, mas à sociedade e ao mercado, na medida em que haverá reflexos na prestação de serviços públicos, porquanto esta prestação está condicionada à efetiva arrecadação tributária, como também haverá a ocorrência da chamada concorrência desleal, haja vista que um conglomerado de empresas que não paga tributos tem uma forte vantagem sobre os seus concorrentes, acarretando muitas vezes a “quebra” das empresas concorrentes, na dominação do mercado e na consequente redução de empregos na sociedade.

Para evitar que a pessoa jurídica seja utilizada dolosamente com o fim de prejudicar credores, o legislador consagrou no art. 50 do Código Civil a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. No preciso escólio de Fábio Ulhoa Coelho²:

O princípio da autonomia patrimonial pode ser manipulado na realização de fraudes, principalmente quando a pessoa jurídica é uma sociedade. Como sujeito de direito distinto, a pessoa jurídica pode servir de instrumento para fraudar o cumprimento da lei ou de obrigações. Transfere-se à titularidade de uma pessoa jurídica a obrigação que seria da física que a integra ou de outra pessoa jurídica. [...] Para evitar a manipulação fraudulenta da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, desenvolveu-se uma teoria que aperfeiçoa o instituto: a da desconsideração da personalidade jurídica. Sua sistematização deu-se em trabalho dos anos 1950 do jurista alemão Rolf Serick (1955). Segundo seu principal postulado, sempre que a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas for manipulada para a realização de uma fraude, o juiz pode ignorá-la e imputar a obrigação diretamente à pessoa que procurou furtar-se aos seus deveres (Coelho, 1998, 2:31/58). [...] A teoria da desconsideração da pessoa jurídica (ou do superamento da personalidade jurídica) não questiona o princípio

² Coelho, Fábio Ulhoa, Curso de Direito Civil: parte geral, v. 1, 5ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 293.

da autonomia patrimonial, que continua válido e eficaz ao estabelecer que, em regra, os membros da pessoa jurídica não respondem pelas obrigações desta. Trata-se de aperfeiçoamento da teoria da pessoa jurídica, por meio da coibição do mau uso de seus fundamentos.

Como cediço, o legislador estabeleceu que, para possibilitar a desconsideração, será necessária a ocorrência da confusão patrimonial ou do desvio de finalidade:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

- Da atividade de comercialização de combustíveis

No caso dos autos, a UNIÃO/FAZENDA NACIONAL sustenta a existência de um grupo econômico de fato, formado por diversas “empresas formais”, compostas pelos mesmos sócios, por familiares ou terceiras pessoas interpostas (“laranjas”), que se sucedem e se confundem no desenvolvimento da atividade mercantil.

Narra que o Sr. EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE e a Sra. ZULAILDE DE FREITAS GADELHA, conviventes em regime de união estável, iniciaram, no início dos anos 90, a atividade de revenda de combustíveis e lubrificantes, criando, em um período de 3 (três) anos, 5 (cinco) pessoas jurídicas diferentes, com diferentes CNPJs e com o mesmo objeto social para atuação no Município de Mosoró.

Compulsando os autos, conforme informações da Junta Comercial do Estado do RN - JUCERN e do Cadastro Nacional de Empresas - CNE, constata-se que, em um curto período de tempo, foram constituídas as seguintes empresas, com os seguintes sócios: 1º) COMERCIAL DE PRODUTOS DE PETRÓLEO FAGUNDES LTDA. (setembro de 1990, tendo como sócios EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE e ZULAIDE GADELHA, fls. 157/159 do anexo I); 2º) POSTO LÍDER LTDA. (abril de 1992, tendo como

sócios EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE e ZULAIDE GADELHA, fls. 213/215 do anexo I); 3º) COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO FAGUNDES LTDA. (setembro de 1992, tendo como sócios EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE e CARLA LÍGIA LEITE BARRA, fls. 201/205 do anexo I); 4º) COMERCIAL DE PRODUTOS DE PETRÓLEO LÍDER LTDA. (novembro de 1992, tendo como sócios originários EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE e ZULAIDE GADELHA, fls. 135/149); 5º) LÍDER COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES LTDA. (setembro de 1993, tendo como sócios originários CARLA LÍGIA LEITE BARRA e MANOEL IVONILTON DE PAIVA, fls. 184/195).

De plano, fica evidenciado que há uma similitude entre a unidade gerencial destas empresas listadas, pois os sócios e administradores se confundem, bem como em razão dos nomes empresariais adotados, todos com o nome FAGUNDES ou LÍDER, além de se tratar da mesma atividade comercial.

Com efeito, os indícios de que se trata de um mesmo grupo econômico ficam mais claros, com a comparação entre os endereços das empresas, pois a COMERCIAL DE PRODUTOS DE PETRÓLEO FAGUNDES LTDA. e a COMERCIAL DE PRODUTOS DE PETRÓLEO LÍDER LTDA. atuariam formalmente, no mesmo endereço: Rodovia BR 304, KM 32,6, Município de Mossoró, conforme documento de fls. 137 e 159.

Não obstante, a COMERCIAL DE PRODUTOS DE PETRÓLEO LÍDER LTDA. foi transferida para o endereço da Av. Lauro Monte, exatamente no mesmo endereço do POSTO LÍDER LTDA. (fls. 135 e 213) restando clara a sobreposição de endereços entre estas empresas.

Acerca do endereço localizado na Av. Lauro Monte assiste razão a UNIÃO/FAZENDA NACIONAL ao aduzir que este endereço seria uma espécie de quartel-general do Grupo Líder, uma vez que o mesmo endereço, em que pese ao registro s/n ou em números que variam de 100 a 250, representa o mesmo estabelecimento comercial no mundo dos fatos, conforme os registros fotográficos de fls. 2492/2494 do anexo X, que demonstram a localização do Posto Líder e da Tecidos Líder neste mesmo endereço na Av. Lauro Mon-

te, sem separação alguma entre as supostas “empresas diversas”.

Além dos registros fotográficos colacionados, as certidões dos oficiais de Justiça também denotam que no endereço da Av. Lauro Monte funciona a sede do Grupo Líder (fls. 2199 e 2203-v do anexo IX).

Conforme a listagem das 5 (cinco) empresas acima, verifica-se que apenas na LÍDER COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES LTDA. não consta formalmente o nome do Sr. EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, mas somente os nomes de CARLA LÍGIA LEITE BARRA e MANOEL IVONILTON DE PAIVA.

Outrossim, conforme os documentos de fls. 201/205, a COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO FAGUNDES LTDA., cujo nome fantasia é POSTO LÍDER III (fl. 205 do anexo I) já havia sido constituída com 94,44% do capital social no nome de CARLA LÍGIA LEITE BARRA (fl. 204) para atuação na divisa entre o Estado do Rio Grande do Norte e o do Ceará.

Não obstante, ficou demonstrado pelas provas juntadas pela exequente que CARLA LÍGIA LEITE BARRA e MANOEL IVONILTON DE PAIVA são, de fato, utilizados como interpostas pessoas (“laranjas”) do chamado Grupo Líder, evitando que o Sr. EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE conste formalmente como responsável legal dessas pessoas jurídicas, na medida em que CARLA LÍGIA figura, conforme documento³ de fls. 44/45 do anexo I, como auxiliar de escritório da POSTO LÍDER LTDA., desde 02/02/1993 até os dias atuais, tem somente o ensino médio completo e possui salário-contratual de R\$ 623,85.

Por seu turno, MANOEL IVONILTON DE PAIVA, conforme documento⁴ de fls. 47/48 do anexo I é gerente de vendas do POSTO LÍDER LTDA., desde 01/10/1993 até os dias atuais,

³ Trata-se de informações obtidas no Sistema RAIS - Relação Anual de Informações Sociais do Ministério do Trabalho e Emprego.

⁴ Trata-se de informações obtidas no Sistema RAIS - Relação Anual de Informações Sociais do Ministério do Trabalho e Emprego.

recebendo salário contratual de R\$ 1.128,60 em sua carteira de trabalho.

Além desse vínculo empregatício, CARLA LÍGIA LEITE BARRA e MANOEL IVONILTON DE PAIVA também são sócios administradores da CIEMARSAL - COMÉRCIO INDÚSTRIA E EXPORTAÇÃO DE SAL LTDA. (fls. 692/694 e 701 do anexo III), primeira empresa do Grupo Líder na atividade de extração de sal que detém um passivo tributário com a União de cerca de R\$ 130.000.000,00 (cento e trinta milhões de reais).

Sobre estes, cumpre salientar que, neste juízo, em decisão recorrível, já foram reconhecidas as suas condições de “testas de ferros” na empresa CIERMASAL, do SR. EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, como se observa da sentença proferida nos autos do Processo: 0000862-02.2006.4.05.8401.

Para além disso, constata-se que MANOEL IVONILTON DE PAIVA tem como endereço fiscal perante a Receita Federal do Brasil a sede do Grupo Líder na Av. Lauro Monte, s/n, no Município de Mossoró (fl. 46 do anexo I).

Deste modo, é indene de dúvidas que a LÍDER COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES LTDA. faz parte do grupo econômico de fato pertencente à Família Fagundes, sendo integrante do Grupo Líder não só pela utilização do vocábulo Líder também em seu nome empresarial, mas também como decorrência da utilização de empregados como sócios fictícios pelo seu empregador direto.

Os documentos colacionados comprovam que as pessoas jurídicas COMERCIAL DE PRODUTOS DE PETRÓLEO FAGUNDES LTDA., COMERCIAL DE PRODUTOS DE PETRÓLEO LÍDER LTDA., COMERCIAL DE DERIVADOS DE PETRÓLEO FAGUNDES LTDA. e LIDER COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEL E LUBRIFICANTES LTDA. estão abandonadas, tornadas inativas (fls. 147, 167, 185, 194 e 206 do anexo I), sem a existência de empregados a elas vinculados (fls. 148, 168, 195 e 207 do anexo I), com movimentação financeira inexistente (fls. 149, 175, 196/197 e 208 do anexo I).

Com efeito, constata-se que todas estas empresas, juntamente com o POSTO LÍDER LTDA., devem à UNIÃO cerca

de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais), conforme quadro abaixo:

| NOME EMPRESARIAL | VALOR DEVIDO |
|---|------------------|
| COMERCIAL DE PRODUTOS DE PETRÓLEO FAGUNDES LTDA. | R\$ 183.937,16 |
| POSTO LÍDER LTDA. | R\$ 2.949.850,76 |
| COMERCIAL DE PRODUTOS DE PETRÓLEO LÍDER LTDA. | R\$ 657.807,49 |
| COMERCIAL DE DERIVADOS DE PETRÓLEO FAGUNDES LTDA. | R\$ 2.221,82 |
| LÍDER COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEL E LUBRIFICANTES LTDA. | R\$ |
| TOTAL | R\$ 3.793.817,23 |

Não obstante, o POSTO LÍDER LTDA. ainda está ativo (fl. 229 do anexo I), com 78 empregados (informação do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados - CAGED às fls. 230 e 234), sendo que, tal qual ocorre com as quatro pessoas jurídicas inativas, a cobrança dos créditos tributários do POSTO LÍDER LTDA. também vem sendo infrutífera, não por inatividade, ausência de patrimônio como nas outras pessoas jurídicas, mas sim em razão da constituição da REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS PORTALEGRE LTDA., que funciona no endereço do POSTO LÍDER LTDA. na Av Lauro Monte (fls. 262/264 do anexo I), bem como tem sua filial no mesmo endereço da filial do POSTO LÍDER LTDA. em ASSU (fls. 265 e 267 do Anexo I) utilizando-se da logomarca POSTO LÍDER em ambos os locais, conforme registros fotográficos às fls. 2492/2493 em Mossoró e 2519/2520 em ASSU do anexo X.

A REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS PORTALEGRE LTDA. foi constituída em novembro de 2005 em nome dos filhos do Sr. EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE: ANA CATARINA FAGUNDES DE ALBUQUERQUE e RODOLFO LEONARDO SOARES FAGUNDES DE ALBUQUERQUE em clara sobreposição de endereços com o POSTO LÍDER LTDA., sendo que, em 5 (cinco) anos de funcionamento, possui tão somente 2 (dois) empregados.

Ademais, sequer a referida empresa tem autorização da ANP para realizar suas supostas atividades de revenda de combustíveis. (Fls. 298/303 do anexo I)

Com efeito, fica cabalmente demonstrado que a REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS PORTALEGRE LTDA. além de não ser devedora, encontrando-se completamente limpa junto à UNIÃO, tem uma movimentação financeira extraordinária, tendo entrado nas suas contas correntes a quantia de aproximadamente R\$ 79.000.000,00 (setenta e nove milhões de reais) no ano de 2011 e R\$ 93.000.000,00 (noventa e três milhões de reais) no ano de 2012, conforme documentos de fls. 284/285 do anexo I.

Outrossim, a REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS PORTALEGRE LTDA. tem em seu patrimônio 25 (vinte e cinco) veículos novos (fls. 290/294) e realizou 43 (quarenta e três) operações imobiliárias de aquisição (AD), conforme o sistema DOI - Declaração de Operação Imobiliária, mediante o qual os cartórios informam qualquer operação imobiliária realizada para a Receita Federal do Brasil. (Fls. 286/289)

Em contraposição, a POSTO LÍDER LTDA. tem 3 (três) veículos antigos, dos anos de 1987, 1997 e 1999, constritos judicialmente e apenas uma operação imobiliária de alienação (Fls. 250/251 do anexo I).

Ora, com a utilização de seus dois filhos como pessoas interpostas (“laranjas”), o Sr. EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE consegue manter todo o passivo das empresas “sujas” do Grupo Líder com o Fisco protegido de qualquer execução fiscal ou trabalhista, não havendo dúvidas de que a REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS PORTALEGRE LTDA. possui existência meramente formal, consubstanciando-se apenas na face “limpa” do POSTO LÍDER LTDA.

Como dito, esta conclusão é de fácil inferência pois é o POSTO LÍDER LTDA. que está em funcionamento nos locais que supostamente funcionaria a REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS PORTALEGRE LTDA., conforme os registros fotográficos, além de ser o POSTO LÍDER LTDA. o detentor das licenças de operações da ANP e empregar 78 funcionários. De fato, a REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS PORTALEGRE LTDA. é, conforme expressado pela UNIÃO em sua petição, uma empresa-fantasma.

Desta feita, qualquer eventual irregularidade será de responsabilidade da POSTO LÍDER LTDA., empresa já “suja” na qual circula apenas ínfima parte da receita do grupo.

Portanto, restou comprovado que a REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS PORTALEGRE LTDA. faz parte do grupo econômico de fato pertencente à Família Fagundes, denominado GRUPO LÍDER.

- Da atividade de industrialização de sal

A UNIÃO/FAZENDA NACIONAL aduz em sua petição que: “No ramo da indústria de sal, EDVALDO FAGUNDES, hoje conhecido como ‘Rei do Sal’, utilizou-se de estratégia bastante semelhante ao acima exposto. Já no início de suas atividades, na década de 1990, procurou cercar-se dos cuidados de expor formalmente seu nome e utilizou-se AMPLAMENTE de seus empregados como laranjas na condução “formal” de suas salinas. Das 11 (onze) empresas, apenas 01 (uma) está formalmente em seu nome.”

Relaciona em seu pedido de redirecionamento as 11 (onze) pessoas jurídicas que integrariam o Grupo Líder nesta atividade: CIEMARSAL COM. E IND. E EXPORTAÇÃO DE SAL LTDA., EBS EMPRESA BRASILEIRA DE SAL LTDA., HENRIQUE LAGE SALINEIRA DO NORDESTE S/A, REFINASSAL IND. DE REFINAÇÃO DE SALLTDA., CIABRASAL COM. E IND. DE ALIMENTOS BRASILEIRA S/A, ILHA REFINARIA DE SAL LTDA., MOSSORÓ INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE SAL LTDA., LÍDER COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA., DIAMANTE CRISTAL IND. E COM. DE SAL LTDA. - ME, ARROBA SALINEIRA LTDA. e ESS EMPRESA DE SERVIÇOS SALINEIROS LTDA. (fls. 802/1025).

Analisando os autos, vislumbra-se que a primeira empresa criada foi a CIEMARSAL - COMÉRCIO INDÚSTRIA E EXPORTAÇÃO DE SAL LTDA., ainda no ano de 1992, tendo como sócios “formais” CARLA LÍGIA LEITE BARRA e MANOEL IVONILTON DE PAIVA, conforme documentos da JUCERN e cópia do contrato social e aditivo contratual (fls. 692/702 do anexo III).

Como demonstrado, CARLA LÍGIA LEITE BARRA e MANOEL IVONILTON DE PAIVA são empregados do POSTO LÍDER LTDA. desde àquela época até os dias atuais, com parcos salários que justificassem o investimento feito na salina e a movimentação financeira de, por exemplo, R\$ 51.749.825,97 (cinquenta e um milhões, setecentos e quarenta e nove mil oitocentos e vinte e cinco reais e noventa e

sete centavos) no ano de 2004 (fl. 795 do anexo III). Configura-se aqui também a utilização de seus nomes como pessoas interpostas.

Corroborando para confirmar que esta empresa integra o Grupo Líder e é administrada pela família Fagundes, existem procurações cedidas pelos “laranjas” no âmbito do Sistema Financeiro Nacional para que EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE e os seus filhos EDVALDO FAGUNDES FILHO e ANA CATARINA FAGUNDES tenham amplos poderes de gestão e movimentação de ativos da CIERMARSAL - COMÉRCIO INDÚSTRIA E EXPORTAÇÃO DE SAL LTDA., em que pese a inexistência de sua composição, em qualquer tempo, no quadro societário da empresa ou na sua administração formal, consoante se vê no documento de fls. 2080/2081 do anexo IX, a CIEMARSAL⁵. Tais fatos exsurtem do exame do Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional - CCS do Banco Central do Brasil, no qual os “testas de ferro” constituíram estes como seus procuradores para movimentar, por exemplo, sua conta corrente no Banco Bradesco.

Trata-se de típico caso de fraude fiscal, em que a CIERMARSAL foi eleita pelo grupo para arcar com os prejuízos, pois, quando a Receita Federal do Brasil lavrou oito autos de infração, entre os anos de 2003/2004 por sonegação fiscal decorrentes de omissão de receitas (art. 1º, I, II e V da

⁵ Informações extraídas do sítio do Banco Central do Brasil sobre o CCS: “O CCS, Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional, é um sistema de informações de natureza cadastral. Sua função é permitir a identificação das instituições financeiras nas quais os clientes do sistema financeiro mantêm relacionamentos representados por bens, direitos e valores, como depósitos à vista, em poupança ou a prazo, entre outros produtos. O cadastro contempla informações sobre relacionamentos bancários com as instituições participantes do sistema, mantidos diretamente pelos clientes ou por intermédio de seus representantes legais ou procuradores. O CCS não mantém informações sobre valores ou movimentações financeiras nem saldos de quaisquer contas ou aplicações. O CCS entrou em funcionamento em 25 de julho de 2005, dando cumprimento ao art. 3º da Lei nº 10.701, de 9/7/2003, que incluiu dispositivo na Lei de Lavagem de Dinheiro (Art. 10-A da Lei nº 9.613/1998) determinando que o Banco Central mantenha “registro centralizado formando o cadastro geral de correntistas e clientes de instituições financeiras, bem como de seus procuradores”.”

Lei 8.137/90), o que gerou um débito tributário de mais de 120 milhões de reais (fls. 96/98 do anexo I e 723/791 do anexo III), a empresa deixou de responder às intimações da Receita, tendo sido realizado, de fato, um verdadeiro desmonte nesta, porquanto tanto a movimentação financeira da empresa (fls. 795/796 do anexo III) como o número de empregados (fls. 799/800 do anexo III) foi reduzido em mais de 50% do ano de 2004 para o ano de 2005 até chegar à movimentação financeira inexistente no ano de 2008 e ao número de apenas 2 empregados⁶ no ano de 2011. Ressalve-se que a CIERMARSAL continua ativa até a presente data.

Nesse contexto, em julho de 2006, foi criada a EBS - EMPRESA BRASILEIRA DE SAL LTDA., com endereço de sua matriz no mesmo local no qual está localizada a filial 0002 da CIERMARSAL, na Estrada Velha de Grossos, s/n, km 2,5, RN 117, no Município de Grossos, conforme documentos de fls. 830 e 848 do anexo IV, demonstrando claramente a sobreposição de endereços e a confusão patrimonial.

A EBS - EMPRESA BRASILEIRA DE SAL LTDA. também tem como sócios “formais” um funcionário da TECIDOS LÍDER INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.: MIGUEL ÂNGELO BARRA E SILVA que desempenha a função de gerente administrativo, com salário contratual de R\$ 1.090,00, conforme documento de fls. 41/42 do anexo I; e GENIVAL SILVINO DE SOUZA que atualmente é empregado da LIDER-PLASTIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., na função de gerente administrativo, também com salário contratual de R\$ 1.090,00 (fls. 61/62 do anexo I).

A toda evidência, assiste razão à UNIÃO quando afirma que há uma repetição de *modus operandi* na utilização de empregados do Grupo Líder como “laranjas”.

Outro indício significativo para confirmar que a EBS - EMPRESA BRASILEIRA DE SAL LTDA. sucedeu às operações da CIERMARSAL, além de ser integrante do grupo econômico de fato Líder, é o fato de a propriedade das terras da

⁶ No ano de 2004, a CIERMARSAL tinha 192 empregados, conforme registro do RAIS à fl. 799 do anexo III; no ano de 2005 já reduzira esse quantitativo para menos de 60 empregados (fl. 797 do anexo III).

salina (terrenos em Grossos/RN) pertencer à família FAGUNDES, conforme documentos da Secretaria do Patrimônio da União e registros das operações imobiliárias (Sistema DOI), inclusive vendas dos imóveis entre os próprios integrantes da referida família (fls. 821/827 do anexo IV).

Ademais, verifica-se que o licenciamento ambiental junto ao IDEMA está em nome de ZULAILDE DE FREITAS GADDELHA, companheira de Edvaldo Fagundes, que nunca participou do quadro social da EBS - EMPRESA BRASILEIRA DE SAL LTDA., conforme registros fotográficos de fls. 2484, 2485 e 2486.

Registre-se, consoante o extrato de movimentação financeira da CIERMARSAL, às fls. 795/796 do anexo III, como o dinheiro do seu lucro passa a inexistir no ano de 2008:

| MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA |
|----------------------------|
| 2004 - R\$ 51.749.825,97 |
| 2005 - R\$ 21.862.709,34 |
| 2006 - R\$ 8.328.155,02 |
| 2007 - R\$ 1.623.821,46 |
| 2008 - R\$ 0,00 |
| 2009 - R\$ 0,00 |
| 2010 - R\$ 0,00 |
| 2011 - R\$ 0,00 |

Não obstante, já no ano de 2008, é dizer, no ano em que cessa a movimentação financeira da CIERMARSAL, a EBS recebe seus primeiros aportes financeiros em torno de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais), além de adquirir a totalidade das ações da HENRIQUE LAGE SALINEIRA DO NORDESTE S/A, pelo valor de R\$ 12.000.000,00 (doze milhões de reais), somados à assunção do passivo desta empresa no valor de R\$ 47.056.341,00 (quarenta e sete milhões, cinquenta e seis mil, trezentos e quarenta e um reais).

Com efeito, constata-se que, no ato social de aquisição da HENRIQUE LAGE SALINEIRA DO NORDESTE S/A pela

EBS, às fls. 882/883 do anexo IV, um membro da família Fagundes, RODOLFO LEONARDO SOARES FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, filho de EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE já se encontrava presente no quadro social.

Os documentos de movimentação financeira da EBS - EMPRESAS BRASILEIRAS DE SAL LTDA. (fls. 857/865 do anexo IV) denotam a ocorrência de créditos acima de 30 (trinta) milhões de reais nos anos de 2010 e 2011, além de uma lista de empregados de 187 pessoas no ano de 2011 (fls. 877/878 do anexo IV).

Como consequência da sonegação tributária, que ultrapassou o valor de compra da Henrique Lage S/A e da proteção dos lucros da CIERMARSAL por meio da EBS, a renomada companhia salineira HENRIQUE LAGE, à época 3ª maior vendedora de sal do país no ano de 2008 (fls. 2369 do anexo X), foi adquirida pela EBS, que em 2008 nem figurava entre os principais produtores de sal do Brasil, sendo que a CIERMARSAL era apenas a 11ª em vendas no Brasil, conforme documentos da averiguação preliminar do CADE às fls. 2369/2370 do anexo X.

É imperioso ressaltar que EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, bem como seus filhos EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE FILHO, ANA CATARINA FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, e RODOLFO LEONARDO SOARES FAGUNDES DE ALBUQUERQUE (fls. 889/892 do anexo IV), foram eleitos diretores da tradicional empresa de sal, sendo indene de dúvidas que a Henrique Lage passou a integrar o referido grupo.

Outrossim, MIGUEL ÂNGELO BARRA E SILVA, em que pese a sua eleição para o cargo de diretor da 2ª maior empresa de sal do Brasil, que movimenta milhões de reais por mês, permanece como trabalhador assalariado da TECIDOS LÍDER INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., por um salário de R\$ 1.090,00, o que denota o irrealismo desta situação.

Impende relevar ser fato notório no Estado do Rio Grande do Norte que EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE é considerado o “dono” da HENRIQUE LAGE, além de ser considerado um cidadão abastado, ao ponto de realizar apostas no valor de 150 mil reais, malgrado seja devedor contumaz do Fisco, conforme notícias abaixo:

a) “Barões de Mossoró apostam R\$ 100 mil no resultado das eleições” (fls. 2522/2523)⁷:

Este ano, dois empresários apostaram R\$ 100 mil, em dinheiro, no resultado das eleições. A aposta já foi casada. O vencedor terá que doar para o Apae ou Amantino Câmara.

O empresário que apostou na vitória de Claudia Regina, assumiu que doaria o dinheiro ao APAE, já o outro que apostou na vitória de Larissa Rosado, vai doar ao Amantino Câmara.

O curioso é que a diretoria do Apae vota em Larissa e do Amantino Câmara é bem provável que vote em Claudia Regina. O bom é que quem precisa vai receber de qualquer jeito.

Esta não é a primeira vez que empresários fazem apostas em mesas de bar em Mossoró em prol de instituição que prestam serviços de grande importância social.

Em 2011, os empresários Edvaldo Fagundes, dono da Salina Henrique Lage, e Herbert Vieira, da Salina Uirapurú - Cimsal, apostaram mil toneladas de sal.

Na aposta, Fagundes dizia que choveria mais de 500 milímetros no período de 22 de março a 31 de dezembro e Herbert segurava que não. Fagundes ganhou a aposta.

O sal foi vendido e o apurado (cerca de R\$ 150 mil) foi doado para reformar a Igreja Católica do Alto do Conceição, para o Apae e para o Hospital do Câncer.

A UFERSA foi escolhida pelos dois para medir a variação pluviométrica (grifei)

b) Sob o título “Sal Grosso” (fls. 2524/2525)⁸:

“Família Fagundes: maior Salina do RN agora é Henrique Lage “Fagundes”.

⁷ Disponível em <http://defato.com/blog/retrato-do-oeste/2012/09/15baroes-de-mossoro-apostam-r100mil-no-resultado-das-eleicoes/>.

⁸ Disponível em <http://www.desaboya.com.br/site2012/caleidoscopio/9295/1820>.

Maior salina do Rio Grande do Norte – e segunda maior do Brasil, a Henrique Lage, em Macau, foi vendida para o empresário mossoroense Edvaldo Fagundes, por alguns milhões de reais. O furo foi da nossa coluna no Diário de Natal, ontem. Edvaldo fechou o negócio há quinze dias – e vem trabalhando incansavelmente em mais esta empreitada. A Henrique Lage Salineira foi fundada em 1890, atravessou todo o século XX com muito êxito e hoje detém mais de 20% de participação de produção de sal marinho no País.

No tocante às sociedades DIAMANTE CRISTAL IND. E COM. DE SAL LTDA. - ME, ARROBA SALINEIRA LTDA. e ESS EMPRESA DE SERVIÇOS SALINEIROS LTDA. também assiste razão à UNIÃO ao enquadrá-las como integrantes do grupo econômico de fato dirigido por EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, na medida em que com estas empresas também há sobreposição de endereços, confusão patrimonial e utilização de pessoas interpostas.

Com a aquisição da HENRIQUE LAGE pelo Grupo Líder, foram constituídas, exatamente no mesmo endereço onde funciona esta empresa, na rua Henrique Lage 513, Ilha de Santana em MACAU, as empresas DIAMANTE CRISTAL IND. E COM. DE SAL LTDA. - ME (fl. 945 do anexo IV) e ARROBA SALINEIRA LTDA. (fls. 1001/1002 do anexo IV) para o desenvolvimento da mesma atividade de extração de sal.

Consoante se vê nos registros fotográficos de fls. 2472/2473, fisicamente naquele endereço só existe a HENRIQUE LAGE SALINEIRA DO NORDESTE S/A, restando comprovado que a DIAMANTE CRISTAL IND. E COM. DE SAL LTDA. - ME e ARROBA SALINEIRA LTDA. são empresas que existem apenas como entes formais, não materiais.

Quanto à composição societária da DIAMANTE CRISTAL IND. E COM. DE SAL LTDA. - ME (fl. 948 do anexo IV), mais uma vez fica demonstrada a utilização de empregados do Grupo Líder, uma vez que FELIPE VIEIRA PINTO é diretor da SACOPLAST DO BRASIL LTDA. - antiga LÍDERPLASTIC - (fl. 70 do anexo I), tendo inclusive cadastrado como endereço eletrônico no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas da empresa de sal - CNPJ o *email* felipelider@gmail.com (fl. 71 do anexo I), o que denota sua ligação com o Grupo Líder.

Por sua vez, o outro sócio, GENIVAL SILVINO DE SOUZA, atualmente é empregado da LÍDER PLÁSTIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., na função de gerente administrativo, também com salário contratual de R\$ 1.090,00 (fls. 61/62 do anexo I), e, como já mencionado, é sócio da EBS - EMPRESA BRASILEIRA DE SAL LTDA., além de figurar como sócio nas empresas MOSSORÓ TRANSPORTES LOCAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA. e NATURALY CONVENIÊNCIA LTDA., conforme será adiante demonstrado.

Da análise da movimentação financeira da DIAMANTE CRISTAL em conjunto com o número de seus empregados, constata-se uma situação fora do comum: uma empresa de extração de sal movimenta R\$ 24.056.357,07 (vinte e quatro milhões, cinquenta e seis mil, trezentos e cinquenta e sete reais e sete centavos) e R\$ 16.441.397,76 (dezesseis milhões, quatrocentos e quarenta e um mil, trezentos e noventa e sete reais e setenta e seis centavos), respectivamente, nos anos de 2011 e 2012 (fls. 979/980 do anexo IV) com apenas 6 empregados em 2011 e 5 empregados em 2012 (fl. 982 do anexo IV).

Nota-se que, de fato, o grande volume de dinheiro transferido para a empresa DIAMANTE CRISTAL está protegido de qualquer credor, haja vista tratar-se de empresa de existência apenas formal e sem nenhum débito com o Poder Público.

Para além disso, demonstrando a íntima ligação da DIAMANTE CRISTAL com a HENRIQUE LAGE S/A, o documento de fl. 983 do anexo IV evidencia que a representante da DIAMANTE CRISTAL junto ao Ministério do Trabalho e Emprego utiliza o *email* corporativo da HENRIQUE LAGE SALINEIRA DO NORDESTE: ROSARIOHLSN@GMAIL.COM, no qual a sigla HLSN é formada pelas iniciais da tradicional empresa salineira.

Outrossim, a DIAMANTE CRISTAL, somente nos anos de 2011/2012, adquiriu, conforme documentos de fls. 985/1000, diversos imóveis nos Municípios de Natal, Mossoró e Tibau em valores superiores a R\$ 5.500.000,00 (cinco milhões e quinhentos mil reais), inclusive um sítio no Município de Tibau, além de um terreno na BR 101 em Natal, sem, contudo, existir no mundo real.

Acerca da ARROBA SALINEIRA LTDA., dentro da forma de atuação do Grupo Líder, ainda não há registro de qualquer atividade financeira de sua parte ou de sua utilização para escamotear patrimônio e renda do grupo econômico de fato, entretanto, deve-se registrar que os seus sócios também são as pessoas interpostas do Grupo Líder (fl. 1003 do anexo IV), tal qual na DIAMANTE CRISTAL, FELIPE VIEIRA PINTO e GENIVAL SILVINO DE SOUZA, ambos empregados do Grupo Líder como já demonstrado, além de JOSÉ BONIFÁCIO DANTAS DE ALMEIDA, este último era empregado, na condição de frentista da POSTO LÍDER LTDA., com salário contratual de R\$ 566,10 até 2010, quando foi promovido a “gerente de vendas” em 2011, com salário contratual de R\$ 708,50, permanecendo até os dias atuais como empregado do POSTO LÍDER LTDA., conforme documentos de fls. 79/80 do anexo I.

Ademais, como ressaltado, na ARROBA SALINEIRA LTDA. também se verifica a sobreposição de endereços com a HENRIQUE LAGE, de modo que tem razão a UNIÃO ao entender que esse CNPJ foi constituído apenas para ser utilizado para a prática de mais fraudes fiscais, permanecendo “limpo” para socorrer ao fim de esvaziamento patrimonial de empresas integrantes do Grupo Líder em um momento adequado, sendo inegável a sua condição de integrante do Grupo Líder.

Do mesmo modo, em janeiro de 2012, foi constituída a empresa de sal ESS - EMPRESA DE SERVIÇOS SALINEIROS LTDA., com quadro social (fl. 1009 do anexo IV) formado por JOSÉ BONIFÁCIO DANTAS DE ALMEIDA, já caracterizada acima a sua condição de empregado do POSTO LÍDER LTDA., além de JOSÉ DUTRA DE ALMEIDA LIRA NETO, empregado da DMARKET IND. COM. ARTEFATOS DE PLÁSTICOS LTDA., também conhecida como “TECIDOS LÍDER FORTALEZA”, conforme adiante será visto, na condição de técnico em segurança no trabalho, com salário contratual de R\$ 1.338,25, como se vê nos documentos de fls. 75/77 do anexo I.

Ademais, como prova da relação entre a ESS - EMPRESA DE SERVIÇOS SALINEIROS LTDA. e o Grupo Líder há o fato de que o endereço eletrônico da ESS ser JOELLIDER@HOTMAIL.COM, pertencente a JOEL FERREIRA DE PAU-

LA, antigo empregado da CIEMARSAL e atual gerente de departamento pessoal da TECIDOS LÍDER, com o salário contratual de R\$ 1.900,00 (fls. 73/74 do anexo I). Logo, está confirmada a sua integração ao Grupo Líder como empresa “limpa” e pronta para blindar e proteger os lucros das empresas “sujas”.

De outra banda, cumpre analisar a alegação e as provas colacionadas pela UNIÃO no sentido de que 5 (cinco) empresas do Grupo Líder, desde a década de 1990 até os dias atuais, funcionaram ou funcionam por sucessão ou sobreposição, no mesmo estabelecimento comercial, diretamente sobre a direção de EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE ou mediante a utilização de pessoas interpostas no mesmo endereço comercial e realizando a mesma atividade: extração de sal marinho, no Município de Areia Branca, com a criação de vários CNPJs apenas para ludibriar os seus credores.

Tais empresas seriam a REFINASSAL IND. DE REFINAÇÃO DE SAL LTDA., CIABRASAL COM. E IND. DE ALIMENTOS BRASILEIRA S/A, ILHA REFINARIA DE SAL LTDA., MOSSORÓ INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE SAL LTDA. e a LÍDER COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA.

De plano, vê-se que a REFINASSAL IND. DE REFINAÇÃO DE SAL LTDA. (fls. 306/308 do anexo II) e a CIABRASAL COM. E IND. DE ALIMENTOS BRASILEIRA S/A (fls. 337/339 do anexo II) foram constituídas no mesmo endereço AREIA BRANCA - ROD. BR 110 KM 1, com o mesmo escopo de atuar na atividade de extração de sal respectivamente em 1994 e 1996.

Compulsando os documentos de constituição da REFINASSAL IND. DE REFINAÇÃO DE SAL LTDA. percebe-se que esta tem como sócios AVELINO BORGES DA SILVA e seus familiares: MARIA DE FÁTIMA DE SOUZA BORGES, sua cônjuge, MARCOS REIGRACION BORGES, DENISE DE SOUSA BORGES e KATIA REGINA DE SOUZA MENDONÇA, seus filhos, além do seu irmão SEBASTIÃO AÉCIO BORGES (fls. 332/336 do anexo II).

Não obstante, tanto AVELINO BORGES DA SILVA como SEBASTIÃO AÉCIO BORGES são empregados do Grupo Líder. O primeiro é gerente comercial com salário contratual de R\$ 4.400,00, de outra empresa do ramo de sal do Grupo

Líder, a LÍDER COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA. (fls. 49/51 do anexo I), ao passo que o segundo é almoxarife de EDVALDO FAGUNDES também na LÍDER COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA., com o salário contratual de R\$ 1.090,00 conforme consta nos documentos de fls. 54/56 do anexo I.

Tal informação pode ser corroborada quando se observa a ação criminal sob o número 0001586-69.2007.4.05.8401, em curso neste juízo, em face do Sr. Avelino, na qual se apura crime contra a ordem tributária. Nestes autos, colhido o seu interrogatório, informou que trabalhava em uma empresa do Sr. EDVALDO FAGUNDES, percebendo a quantia aproximada de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) mensais e que a empresa lhe disponibilizava um veículo tipo Mercedes para sua locomoção.

Por sua vez, a CIABRASAL COM. E IND. DE ALIMENTOS BRASILEIRA S/A foi constituída tendo como sócios EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE e sua companheira, ZULAIDE GADELHA (fl. 339 do anexo II).

No ano 2000, no mesmo endereço localizado no Município de AREIA BRANCA- ROD BR 110 KM 1, para desempenhar a mesma atividade empresarial de extração de sal foi constituída a MOSSORÓ INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE SAL LTDA., tendo como sócios "formais" MARCOS REIGRACION BORGES e DENISE DE SOUSA BORGES, que são, como visto, filhos de AVELINO BORGES DA SILVA, empregado do Grupo Líder (documentos às fls. 636/637 do anexo III). O surgimento desta empresa configura-se como um clássico exemplo da técnica de utilização de interposição de pessoas e confusão patrimonial.

Já no ano de 2007 passam a compor o quadro societário da MOSSORÓ INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE SAL LTDA. os sócios ANTONIA MARTINS DE ARAÚJO e IVAN FREITAS DA SILVA, ambos empregados do Grupo Líder na LÍDER COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA. (fl. 637 do anexo III). O primeiro na função de gerente de produção e operações, com salário de R\$ 1.512,00 (fls. 58/59 do anexo I) e a segunda como gerente de departamento de pessoal, com salário contratual de R\$ 1.200,00 (fls. 67/68). Em tais circunstâncias, afigura-se bastante improvável que todas essas pessoas sejam empresárias da indústria salineira.

Outrossim, para confirmar que a MOSSORÓ INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE SAL LTDA. também integra o denominado Grupo Líder, nota-se a presença no seu quadro societário de um dos filhos de EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, RODOLFO LEONARDO SOARES FAGUNDES DE ALBUQUERQUE (fl. 637 do anexo I), além do fato deste também figurar como procurador da empresa, com poderes de movimentação dos valores constantes nas contas correntes da referida empresa, consoante documentos constantes no Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional - CCS do Banco Central do Brasil (fls. 2122/2130 do anexo IX).

Com efeito, analisando os documentos constantes no CCS relativos a quem atuou perante os bancos como procuradores da MOSSORÓ INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE SAL LTDA., verifica-se que ANA CATARINA FAGUNDES DE ALBUQUERQUE - filha de EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE - e MIGUEL ANGELO BARRA E SILVA, empregado da TECIDOS LÍDER INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., e "laranja" do Grupo Líder também foram constituídos como procuradores da referida empresa junto ao Sistema Financeiro Nacional.

Por conseguinte, também se comprova que a MOSSORÓ INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE SAL LTDA. é apenas mais uma das empresas formais do Grupo Líder.

Seguindo idêntica sistemática, foi constituída no mesmo endereço: AREIA BRANCA - ROD. BR 110 KM 1, a sociedade ILHA REFINARIA DE SAL LTDA., tendo como sócios SEBASTIÃO AÉCIO BORGES, ANTONIA MARTINS DE ARAÚJO e IVAN FREITAS DA SILVA, conforme documentos de fls. 365/367 do anexo II, sendo certo que todos estes sócios são pessoas interpostas do Grupo Líder como acima mencionado.

Ainda no mesmo estabelecimento comercial - AREIA BRANCA - ROD. BR 110 KM 1, foi constituída a LÍDER COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA. para atuar também na atividade de extração de sal. (fls. 664/667), ficando clara, de plano, a integração desta empresa ao Grupo Líder não só pela sobreposição de endereços, mas também pelo nome empresarial adotado com o vocábulo "Líder" e pelos seus sócios serem RODOLFO LEONARDO SOARES FA-

GUNDES DE ALBUQUERQUE e MARCOS REIGRACION BORGES, este último já caracterizado como “laranja” utilizado na REFINASSAL IND. DE REFINAÇÃO DE SAL LTDA. e na MOSSORÓ INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE SAL LTDA.

Analisando os registros fotográficos, de fls. 2479/2481 do anexo X, do endereço AREIA BRANCA - ROD BR 110 KM 1, vê-se que ali só existe um galpão salineiro, no qual funciona uma única empresa de sal e que as 5 empresas integrantes do Grupo Líder: REFINASSAL IND. DE REFINAÇÃO DE SAL LTDA., CIABRASAL COM. E IND. DE ALIMENTOS BRASILEIRA S/A, ILHA REFINARIA DE SAL LTDA., MOSSORÓ INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE SAL LTDA. e a LÍDER COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA. sobrepueram-se apenas formalmente, mas que, no mundo dos fatos, se pode afirmar a existência de apenas uma empresa de sal protegida por um plexo de CNPJs.

Como consequência desta prática, constata-se que as empresas REFINASSAL, CIABRASAL e ILHA REFINARIA DE SAL são grandes devedoras, conforme documentos de fls. 380/550 do anexo II e 552/633 do anexo III, com um débito tributário de cerca de R\$ 8.000.000,00 (oito milhões de reais) somente com a UNIÃO, bem como foram abandonadas, tendo sido baixadas (REFINASSAL - fl. 307 do anexo II) ou canceladas (CIABRASAL - fl. 339 do anexo II) ou declarada inapta (ILHA REFINARIA - fl. 366 do anexo II) na Junta Comercial e na Receita Federal do Brasil; ao passo que as outras duas empresas MOSSORÓ INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE SAL LTDA. e a LÍDER COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA. estão sem débitos com seus credores, apesar de operarem no mesmo endereço, realizando a mesma atividade empresarial, com uma movimentação financeira relevante.

Da análise das empresas “limpas” do referido grupo, salta os olhos a discrepância do número de empregados com a movimentação financeira de suas contas correntes. A MOSSORÓ INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE SAL LTDA. com apenas 4 empregados registrados no Ministério do Trabalho (fl. 661 do anexo III) para a extração e refino de sal, teve uma movimentação financeira de R\$ 12.821.404,89 (doze milhões, oitocentos e vinte e um mil, quatrocentos e quatro reais e oitenta e nove centavos) no ano de 2011 e de R\$ 10.398.370,29 (dez milhões, trezentos e noventa e oito mil,

trezentos e setenta reais e vinte e nove centavos) no ano de 2012 tão somente nas suas contas bancárias da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. Se somarmos com as suas contas bancárias do BANCO DO BRASIL, HSBC BANK e BANCO SAFRA chega-se ao valor superior aos 15 milhões de reais, tal qual apontado pela UNIÃO/FAZENDA NACIONAL em sua petição. (fls. 646/660 do anexo III).

Da mesma forma, a pessoa jurídica LÍDER COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA. também tem uma movimentação financeira relevante, conforme os documentos de fls. 676/680 do anexo III, mormente quando se relembra o tamanho do passivo não adimplido pelas empresas do grupo, a exemplo da CIEMARSAL COM. E IND. E EXPORTAÇÃO DE SAL LTDA. ou da TECIDOS LÍDER INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., a despeito das várias tentativas frustradas de se encontrar bens ou valores nas várias execuções fiscais ajuizadas na Subseção Judiciária de Mossoró.

Por fim, no que concerne ao estabelecimento empresarial situado no endereço AREIA BRANCA - ROD BR 110 KM 1, cumpre registrar que a EBS - EMPRESA BRASILEIRA DE SAL LTDA., no seu ato de constituição, como se vê à fl. 839 do anexo IV, declarou a abertura de uma filial também neste endereço, em que pese à constituição sobreposta de outras 5 empresas do Grupo Líder.

- Da atividade de industrialização de plásticos, resinas e tecidos

A UNIÃO/FAZENDA NACIONAL aduz em sua petição que:

“6 (seis), das 8 (oito) empresas de plástico, tecidos e resinas [do Grupo Líder], são controladas por familiares de EDVALDO FAGUNDES e, por objetividade, passamos a descrever suas composições sociais para demonstração, de imediato, da inter-relação das empresas e da unidade gerencial:”

Em seguida, traz um quadro descritivo destas seis empresas, determinando a participação social de parente ou empregado de EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE e a sua caracterização em relação a este.

Nesse diapasão, a TECIDOS LÍDER INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., ora executada, tem como sócios ZULAILDE DE

FREITAS GADELHA, companheira de EDVALDO FAGUNDES, com 95% da participação societária e LAIR CARLOS GADELHA, pai de ZULAILDE DE FREITAS e sogro “de fato” de EDVALDO FAGUNDES, com 5% de participação societária. Confirmando tal assertiva os documentos de fls. 1029/1039 do anexo V.

A REALPLAST INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. tem como sócios EDUARDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, filho de EDVALDO FAGUNDES, com 50% de participação societária e ANA CATARINA FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, também filha de EDVALDO FAGUNDES, com 50% do capital social. Confirmando tal assertiva os documentos de fls. 1093/1094 do anexo V.

A LIDERPLASTIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., atual SACOPLAST DO BRASIL LTDA. (fl. 1176 do anexo V), tem como sócios EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE FILHO, filho de EDVALDO FAGUNDES, com 99% do capital societário e MIGUEL ÂNGELO BARRA E SILVA, empregado da TECIDOS LÍDER INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., que como visto, já desempenhou o papel de pessoa interposta em outras pessoas jurídicas do Grupo Líder, com 1% do capital social. Confirmando tal assertiva os documentos de fls. 1173/1185 do anexo V.

A REALPLASTIC INDUSTRIAL LTDA. tem como sócios, atualmente, EDUARDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, filho de EDVALDO FAGUNDES, com 50% da participação societária e ANA CATARINA FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, filha de EDVALDO FAGUNDES, com 50% do capital social. Não obstante, de 2004 até 2009, até uma rerratificação feita na Junta Comercial do RN, EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE participou desta sociedade. Confirmando tal assertiva os documentos de fls. 1119/1130 do anexo V.

A WEST IMPORT'S E COMÉRCIO LTDA. tem como sócios EDUARDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, filho de EDVALDO FAGUNDES, com 50% da participação societária e FELIPE VIEIRA PINTO, empregado da SACOPLAST DO BRASIL LTDA., que, como já visto, desempenha papel de “laranja” em outras pessoas jurídicas do Grupo Líder, com 50% do capital social. Confirmando tal assertiva os documentos de fls. 1139/1155 do anexo V.

A CBC INDÚSTRIA DE TERMOPLÁSTICOS DA AMAZÔNIA LTDA. tem como sócios, na mesma composição da WEST IMPORTS, EDUARDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, com 50% do capital social e FELIPE VIEIRA PINTO com 50% do capital social.

Por seu turno, as outras duas empresas do setor de plásticos apontadas pela UNIÃO/FAZENDA NACIONAL como pertencentes ao Grupo Líder são a RAFITEX RAFIA TÊXTIL LTDA. e a DMARKET IND. E COM. DE ARTEFATOS PLÁSTICOS LTDA., que serão analisadas à frente.

Percebe-se, de plano, que os integrantes destas seis empresas pertencem à família Fagundes, com exceção de dois (Miguel Ângelo e Felipe Vieira), já caracterizados como “laranjas” do Grupo Líder. O cerne da controvérsia em relação a cinco das seis empresas acima, haja vista que a TECIDOS LÍDER INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. já é executada nestes autos, é saber se elas integram ou não o grupo econômico de fato, construído e gerido por EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE.

Vários são os indícios que apontam positivamente neste sentido.

Como bem notado pela UNIÃO/FAZENDA NACIONAL, a TECIDOS LÍDER INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. possui nome similar a LIDERPLASTIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., além de idêntico objeto social, pois a despeito do seu nome empresarial chamar atenção para a palavra “tecidos”, seu objeto social também consiste na fabricação e exportação de embalagens plásticas e de rafia (fl. 1028 do anexo V), sendo que em agosto de 2012, consoante se vê à fl. 1176 do anexo V), a LIDERPLASTIC INDÚSTRIA teve o seu nome alterado para SACOPLAST DO BRASIL LTDA.

Além disso, verifica-se que a LIDERPLASTIC é uma marca pertencente a TECIDOS LÍDER, com registro no INPI, desde o ano de 1999 (fl. 1178 do anexo V), pelo menos três anos antes da constituição da sociedade LIDERPLASTIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. pelo filho da sócia da TECIDOS LÍDER, ZULAILDE DE FREITAS GADELHA, junto com um empregado da própria TECIDOS LÍDER.

No caso da REALPLAST INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., localizada em Fortaleza/CE, há também confusão com re-

lação a TECIDOS LÍDER, não só por ser constituída pelos filhos de EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, malgrado este não constar no quadro social da TECIDOS LÍDER – as procurações de fls. 1722/1731 do anexo VIII demonstram todo o poder concedido pelos seus “sócios” formais (ZULAILDE GADELHA e LAIR CARLOS GADELHA) para que EDVALDO FAGUNDES administre a referida empresa –, mas também pelo fato de que nos sítios eletrônicos da internet e nas informações concedidas a uma empresa de lista telefônicas constar como endereço da TECIDOS LÍDER na cidade de Fortaleza o mesmo endereço fiscal da REALPLAST. (fls. 1093 e 1095/1096 do anexo V).

Com efeito, os registros fotográficos do endereço da REALPLAST em Fortaleza evidenciam que a indústria está sem funcionar e com o imóvel posto à locação, porquanto, nos muros externos do imóvel, há um anúncio de “aluga, área 11.200 m²”, onde consta referência ao nome de ANTÔNIO FAGUNDES e o seu respectivo telefone móvel, 9185-2066. (fls. 2503/2504 do anexo IX).

ANTÔNIO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE NETO é sobrinho de EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, além de sócio na COMERCIAL DE PRODUTOS DE PETROLEO LÍDER LTDA., na condição de sócio administrador, com 95% do capital social, após a saída de seu tio da sociedade em 1999 (fl. 136 do anexo I). Outrossim, constata-se que é atualmente empregado formal da DMARKET IND. E COM. DE ARTEFATOS PLÁSTICOS LTDA., com salário contratual de R\$ 1.837,40, na função de gerente de logística (fls. 35/36 do anexo I).

Por seu turno, a alegação da UNIÃO da integração da REALPLASTIC INDUSTRIAL LTDA. ao Grupo Líder é corroborada não só pela presença dos filhos de EDVALDO FAGUNDES na pessoa jurídica, mas também pela “coincidência” de que o seu endereço é exatamente o mesmo do endereço inicial da CIERMARSAL, já vista como primeira empresa de sal do Grupo Líder, conforme cotejo dos documentos de fls. 1118 e 1131 do anexo V, o que denota mais uma vez o expediente da sobreposição de endereços.

O registro fotográfico do local na BR 304, KM 32, MOSSORÓ/RN evidencia que o local serve como espécie de depósito de lixo da indústria de sal do Grupo Líder, podendo-se

concluir que ali não funciona a REALPLASTIC INDUSTRIAL LTDA. (fls. 2499/2502 do anexo X). Contudo, apesar de não estar em funcionamento, de não ter nenhum empregado cadastrado junto ao Ministério do Trabalho e Emprego (fl. 1133 do anexo V) e de não movimentar qualquer valor perante o Sistema Financeiro Nacional desde o ano de 2007 (fl. 1132 do anexo V), a referida empresa adquiriu, em 05/09/2011, um terreno junto à Prefeitura de Mossoró, no valor de R\$ 883.630,00 (oitocentos e oitenta e três mil e seiscentos e trinta reais), conforme documentos de fls. 1134/1136 do anexo V, o que, de fato, indica uma simulação, já que a empresa não funcionava nem tinha capital para a aquisição, de forma que não seria descabido inferir que a origem de tais recursos advém do Grupo Líder.

Cumprе ressaltar que esse terreno adquirido pela REALPLASTIC está localizado no KM 30 da BR 304, Distrito Industrial, Mossoró/RN. Entretanto, a utilização deste terreno implica o afastamento de qualquer dúvida sobre a caracterização da WEST IMPORT'S E COMÉRCIO LTDA. como integrante do Grupo Líder, porquanto sua sede foi instalada neste mesmo terreno, conforme se verifica nos documentos de fls. 1138/1139 e 1156 do anexo V, apesar de o Grupo de ter tido o cuidado de, no Cadastro Nacional de Empresas - CAGED, colocar como complemento “poço 10, galpão 2”.

Para completar o quadro de confusão patrimonial, verifica-se que a executada TECIDOS LÍDER INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. também tem uma filial aberta no mesmo endereço: BR 304, KM 30, Mossoró/RN (fl. 1157 do anexo V).

Outro dado que chama atenção é que a WEST IMPORT'S não tem nenhum empregado cadastrado junto ao Ministério do Trabalho e Emprego (fl. 1160 do anexo V), ao passo que a filial da TECIDOS LÍDER, que opera no mesmo endereço daquela, tem 27 empregados cadastrados no Sistema CAGED do Ministério do Trabalho e Emprego (fl. 1158 do anexo V). Trata-se de clara intenção de proteger uma pessoa jurídica “limpa”, de existência apenas formal diga-se, em detrimento de uma pessoa jurídica “suja”, devedora de R\$ 212.517.491,77 (duzentos e doze milhões, quinhentos e dezessete mil, quatrocentos e noventa e um reais e setenta e sete centavos).

Nesse contexto fático, com familiares da família Fagundes e empregados do Grupo Líder sendo utilizados como pessoas interpostas em diferentes pessoas jurídicas, igualdade de objeto social, sobreposição de endereços, ausência de empregados, compra de um terreno por uma pessoa jurídica (REAPLASTIC) e cedido a outras duas diversas, é estreme de dúvida que existem elementos indiciários suficientes para que este Juízo entenda que a CBC INDÚSTRIA DE TERMOPLÁSTICOS DA AMAZÔNIA LTDA. – cujos sócios são os mesmos da WEST IMPORT'S, já devidamente relacionados a EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, na condição de filho e empregado do Grupo Líder – foi criada para atuar do mesmo modo que a WEST IMPORT'S e tantas outras pessoas jurídicas já analisadas, integrando também o Grupo Líder.

Corroborando com o exposto, vê-se que EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, mesmo ausente dos quadros sociais formais, foi constituído procurador das pessoas jurídicas TECIDOS LÍDER INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., REALPLAST INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. e LIDERPLASTIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., (atual SACOPLAST DO BRASIL LTDA.), com pleno poderes de movimentação do capital dessas sociedades citadas, conforme dados das instituições financeiras junto ao cadastro CCS do Banco Central. (fls. 1764/1767, 1865/1866 e 1931/1998 do anexo VIII).

Quanto à RAFITEX RAFIA TÊXTIL LTDA., apesar de nenhum membro da Família Fagundes ou qualquer empregado do Grupo Líder ter participado do seu quadro social, a alegação da UNIÃO de que esta empresa, atualmente cancelada (fl. 1208 do anexo V), integrou e serviu ao Grupo Líder tem razão de ser.

Observa-se que a LIDERPLASTIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., atual SACOPLAST DO BRASIL LTDA., foi constituída e instalada, originariamente, no mesmo endereço onde funcionava a RAFITEX RAFIA TÊXTIL LTDA., na Rua João Cordeiro, 697, Barrocas, Mossoró/RN, tendo ambas funcionado de forma sobreposta, em clara confusão patrimonial. (fls. 1176, 1179 e 1208 do anexo V).

Como se vê nos documentos de fls. 1218/1219 e 1220/1224 do anexo V, a RAFITEX funcionou efetivamente até o ano de

2006, porquanto neste ano sua movimentação financeira foi encerrada, além de ser o último ano em que o sócio-administrador da RAFITEX, Lucas Alves Pereira Neto, informou, em sua DIRPF, ter recebido pró-labore da empresa.

Paralelamente, percebe-se que, no ano de 2006, apesar de constituída em 2003, inicia-se o funcionamento da LIDERPLASTIC, que salta de uma movimentação financeira de 10 mil reais em todo o ano de 2005, para a movimentação de mais de 15 milhões de reais em 2006 e 29 milhões em 2007, como se vê nos documentos de fls. 1186/1204 do anexo V.

Não obstante, nos anos de 2006 e 2007, a LIDERPLASTIC operou com o quantitativo de empregados entre 1 a 4 empregados, ao passo que a RAFITEX perpassa os anos de 2006/2007 com mais de 130 empregados, conforme informações do Ministério do Trabalho e Empregos às fls. 1225/1227 do anexo V, a despeito da movimentação financeira de apenas R\$ 13,00 reais em todo o ano de 2006 e de inexistir movimentação em 2007 (fls. 1218/1219 do anexo V).

Com efeito, percebe-se que a RAFITEX e LUCAS ALVES PEREIRA NETO, antigo proprietário da empresa, foram utilizados como pessoas interpostas para proteção do patrimônio da LIDERPLASTIC, sendo que os débitos trabalhistas e previdenciários assumidos pela RAFITEX no período de 2006 a 2009 foram de quase 1 milhão de reais (fls. 207/208 destes autos e 1230/1263 do anexo V).

Cumprе ressaltar que a JUSTIÇA DO TRABALHO reconheceu, por dezenas de vezes, quando da análise das várias rescisões contratuais dos empregados da RAFITEX, a formação de grupo econômico não só da RAFITEX com a LIDERPLASTIC, mas daquela com todo o Grupo Líder, além da existência do Grupo Líder em si, conforme documentos de fls. 2211/2367 do anexo X, incluindo no polo passivo das reclamações trabalhistas várias das empresas ora analisadas.

Neste sentido, confirmam-se os seguintes excertos das decisões da Justiça Laboral e do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região:

[...]

Sustenta, a empresa Mossoró Transportes, Locação e Construção LTDA., que não ficou comprovada a exis-

tência de grupo econômico e ressalta que não há relação de coordenação, subordinação ou direção, confusão administrativa, funcional ou patrimonial ou atividades complementares uma da outra, de forma a caracterizar a existência do grupo de empresas. (...)

Na mesma linha, e com idêntico texto, argumentam as demais reclamadas que elas e a reclamada principal não integram grupo econômico.

[...]

No caso dos autos a prova testemunhal é conclusiva ao afirmar a participação do senhor Edvaldo Fagundes, em várias das empresas reclamadas, bem assim o comando por ele exercido, diretamente ou por interposta pessoa, sobre todas as empresas. Há, portanto, convergência de interesses, denotada na atuação de uma pessoa em redor da qual gravitam as empresas, cujos objetos sociais se intercomunicam.

Ora, o Sr. Edvaldo Fagundes quem comanda todas as empresas integrantes do polo passivo, e, de forma direta ou indireta, por si, ou familiares, tem a propriedade de todas as empresas, conforme a prova produzida pela própria reclamada principal (fl. 1.266)

Convém atentar para o depoimento da segunda testemunha arrolada pela reclamada principal, Sr. José Pereira da Silva:

“(...) que o Sr. Edvaldo Fagundes é o proprietário das empresas integrantes do polo passivo e que o mesmo junto com seus filhos e esposa administram todas as empresas, embora cada uma tenha um gerente; que todas as empresas integrantes do polo passivo têm a sua contabilidade feita pelo mesmo escritório de contabilidade (Ação contabilidade); que o depoente não sabe informar se as empresas integrantes do polo passivo têm conta conjunta (...) fl. 1.268.”

O sócio comum é o elemento indicador, mas ficou robustecida a relação dali denotada, mediante a prova testemunhal, no sentido de que efetivamente há um comando único para todas as empresas. Demais disso, dos contratos sociais, verifica-se que o sr. Edvaldo é sócio em quatro das empresas, tendo em três delas percentual igual ou superior a oitenta por cento, sendo sócio em três delas com Zulailde Gadelha que é sócia

com Lair Carlos Gadelha o qual, por fim é sócio largamente majoritário com Genival Silvino da Silva. A partir do Sr. Edvaldo, por conseguinte, há sócios cruzados nas diferentes empresas.

Logo, as empresas, aparentemente autônomas, estão ligadas entre si por força da unidade de interesses, o que indica sua união e formação de grupo em prol de um interesse comum. Não é demais considerar a identidade de nome de fantasia entre cinco das empresas. (...)

A análise dos documentos juntados aos autos, em conjunto com a prova testemunhal colhida, é suficiente para se confirmar a existência do grupo econômico diante dos fatos que representam a conjugação de interesses entre as reclamadas especialmente em face da presença de sócios comuns às empresas.

De fato, verifica-se dos contratos sociais juntados a presença constante do Sr. Edvaldo Fagundes e da Sra. Zulailde Gadelha, alternando-se na titularidade das empresas reclamadas. Também são elementos comuns entre uma ou mais das empresas, o endereço, ora na Rua Lauro Monte, precisamente onde se situa a reclamada principal (v.g. fl. 822), outras na Rua João Cordeiro. Os fatos convergem para apontar o grupo econômico e o Sr. Edvaldo Fagundes como controlador do grupo, o que é realçado em reportagem no ClassiGuia empresarial (fl. 834) no qual é descrito, nos dados de seu perfil, o casamento com Zulailde de Freitas Gadelha, e os filhos Edvaldo Fagundes Filho, Eduardo Fagundes, Ana Catarina e Rodolfo Albuquerque. Somam-se, pois, esforços empresariais de pessoas com vínculos entre si e, para o deslinde do caso, elementos, dos quais resulta inequívoca a existência do grupo econômico, cuja configuração gera a solidariedade passiva, ou seja, a responsabilidade das integrantes do grupo pelas obrigações decorrentes do contrato.

DECISÃO: Ante ao exposto, nego provimento ao recurso interposto pelas litisconsortes, Mossoró Transporte, Locação e Construção LTDA.; Rafitex - Ráfia Têxtil LTDA.; Ciermarsal - Comércio, Indústria e Exportação de Sal LTDA.; Posto Líder LTDA.; Líder Plastic Indústria e Comércio LTDA.; Líder Maricultura e Exportação LTDA.; e Comercial Líder de Veículos e Peças LTDA.

(TRT - 21ª REGIÃO - Acórdão nº 86.669 - Recurso Ordinário nº 01245-2006-013-21-00-0 Desembargadora Relatora: Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro).

(...) que por mais que este proteste em audiência pela não correlação em ser contratado pelas diversas empresas para patrocinar suas defesas, a evidência salta aos olhos. A outra, os depoimentos dos prepostos das empresas, que se confundem pela submissão que existe a um único empregador Edvaldo Fagundes, este, senhor e dono de fato de todo o grupo ora envolvido e que, por razões inexplicáveis (embora se presume), aparece como sócio de apenas três entre as diversas empresas de sua *holding* a Líder Maricultura, Posto Líder, a Comercial Líder, depoimento da preposta, fl. 389, deixando inclusive mais presente sua mulher Dona Zuleika Gadelha e seu idoso sogro; e, ainda no ato de criação da Tecidos Líder, a mesma fora constituída em nome de três filhos de Edvaldo Fagundes, por ele representados, por serem, no ato de constituição, ainda menores.

Deve ser ressaltada a importância do preposto de uma das empresas, Sr. Joel, o qual parece ser o fiel escudeiro do grupo. O referido senhor hoje mantém contrato com a Tecidos Líder, embora transite por todas as empresas, inclusive com poderes para assinar a CTPS dos empregados das mesmas, *ex vi*a CTPS da preposta do Posto Líder Isabel – fl. 402. E ainda deve ser referido o Sr. Miguel, pois este, mesmo sendo empregado da empresa Tecidos Líder, também é sócio do filho de Edvaldo Fagundes na Líder Plástico (fl. 413).

Há de se observar, ainda, que a maioria das empresas envolvidas usa a marca Líder quando muito haveria choque de patentes entre as mesmas. A evidência salta aos olhos.

Como é cediço tratar-se de grupo econômico, pertencente a Edvaldo Fagundes, a notoriedade neste Município de Mossoró, não pode este Juízo ficar alheio à verdade real que emana. E, como se pode verificar dos *folders* de fls. 392/396, deveria sim, vir em juízo as rés defenderem o direito de títulos que entendem não devidos ao reclamante, mas jamais procurar de toda forma

esconder sua real personalidade de forma a tumultuar o processo e o bom andamento da Justiça.

[...]

Com base nas explicações *supra*, não tenho porque não ousar para dizer que Edvaldo Fagundes de Albuquerque é este ser econômico destituído da figura de pessoa física comum e real dirigente do conglomerado que inclui salineiras, refinarias, indústria têxtil, postos de combustível, concessionárias de veículos, carcinicultura, construção etc.

A obscuridade processual para caracterizar grupo vem, todavia, a dificultar a apreciação do processo, porque este fica repleto de contestações assinadas pelo mesmo advogado com argumentos idênticos, em cujo jogo vem a prejudicar o bom andamento do processo, nada mais.

Veja-se que até o advogado das partes passivas se confunde em suas defesas, o que pode aquilatar-se o tamanho do tumulto processual que essa obscuridade provoca. Ex.g, o ato de proceder-se cotas marginais em suas peças de defesa para atender aos desmandos de seu cliente.

A execução, por outra sorte, embora tenha a princípio, a segurança jurídica de recepção do crédito pela ampliação das possibilidades de se cobrar do grupo, na prática infelizmente fada ao insucesso, porque as empresas, como normalmente acontece, são criadas por pessoas (geralmente empregados fiéis) sem idoneidade financeira, enquanto os verdadeiros donos da riqueza não deixam margem para qualquer tentativa neste sentido, o que aliás deve ser investigado pela Receita Federal, encaminhando-se ofício, que desde já se determina. (SENTENÇA NO PROCESSO Nº 0068/08 - 1ª VARA DO TRABALHO DE MOSSORÓ/RN)

No que concerne a DMARKET INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARTEFATOS PLÁSTICOS LTDA., localizada em Fortaleza/CE, constata-se que o quadro social desta indústria é composto por REINALDO MÁRCIO BEZERRA DE ALMEIDA, motorista de caminhão da EBS - EMPRESA BRASILEIRA DE SAL LTDA., com salário contratual de R\$ 831,00, que formalmente detém 20% do capital social (fls. 82/83 do anexo I) e AVELINO ALEXANDRE DA SILVA, empregado rural informal, morador da paupérrima comunidade rural no sítio BOI MORTO em Grossos/RN, que somente apresen-

tou declaração de Imposto de Renda para declarar-se isento nos anos de 2005 e 2007, sendo que, nos outros anos, não declarou IRPF, com 80% do capital, o que denota, de fato, sua incapacidade econômica para ser sócio de uma empresa que recebe mais de R\$ 2,5 MILHÕES de créditos financeiros/ano (fls. 84/87 do anexo I e 1320/1327 do anexo VI).

Ademais, verifica-se que, nos serviços de busca da internet, o endereço da INDÚSTIA DE TECIDOS LÍDER em Fortaleza/CE é exatamente o mesmo endereço da DMARKET, na AV. MOZART PINHEIRO, 2498, FORTALEZA/CE (fls. 1265 e 1270 do anexo VI).

Deste modo, aqui também resta comprovado que a RAFITEX RAFIA TÊXTIL LTDA. e a DMARKET INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARTEFATOS PLÁSTICOS LTDA. são pessoas jurídicas integrantes do Grupo Líder, bem como que os seus sócios foram utilizados como pessoas interpostas.

- Das outras pessoas jurídicas do Grupo Líder

Narra a UNIÃO/FAZENDA NACIONAL que, além das três atividades referidas, o Grupo Líder atua no ramo de construção, transportes e locação de veículos; venda de veículos e peças; maricultura; lojas de conveniência do Posto Líder, além da constituição de uma empresa de consultoria e gestão empresarial.

Destarte, requer o reconhecimento de que as pessoas jurídicas MOSSORÓ TRANSPORTES LOCAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA.; F. A. VEÍCULOS, PEÇAS E AGENCIAMENTO LTDA.; COMERCIAL LÍDER DE VEÍCULOS E PEÇAS LTDA.; LÍDER MARICULTURA E EXPORTAÇÃO LTDA.; NATURALY CONVENIENCIA LTDA. - ME; EFA GESTÃO DE NEGÓCIOS LTDA.; PREMOLDS INDÚSTRIA & COMÉRCIO LTDA. e LOCMAQUIP LOCADORA & CONSTRUTORA LTDA. integram o Grupo Líder.

Analizando a MOSSORÓ TRANSPORTES LOCAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA. (fls. 1523/1527 do anexo VII), percebe-se, *primo actu oculi*, que esta empresa se chamava CONSTRUTORA & LOCADORA LÍDER LTDA., tendo sido originalmente constituída por ZULAILDE DE FREITAS GADELHA e LAIR CARLOS GADELHA, que são, como já visto, companheira e sogro, respectivamente, de EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE.

O endereço da MOSSORÓ TRANSPORTES LOCAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA. é o mesmo da TECIDOS LÍDER, na Av. Lauro Monte, 110, Mossoró/RN.

Verifica-se, mediante análise dos documentos da JUCERN, que além da mudança do nome, com a retirada do vocábulo Líder, na tentativa de desassociar-se do Grupo Líder, ocorreu a substituição dos sócios, passando a serem sócios da empresa GENIVAL SILVINO DE SOUSA, já reconhecido como “laranja” acima e RODOLFO LEONARDO SOARES DE ALBUQUERQUE, filho de EDVALDO FAGUNDES.

Outrossim, ainda fizeram parte do quadro social da referida empresa, desde a sua constituição, MIGUEL ÂNGELO BARRA E SILVA, já reconhecido como “laranja” do Grupo Líder em mais de uma oportunidade e LAIR CARLOS GADELHA NETO, sobrinho de EDVALDO FAGUNDES.

Conforme documentos de fls. 2038/2050 do anexo IX, vê-se que EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, ANA CATARINA FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, CARLA LÍGIA LEITE BARRA, MIGUEL ÂNGELO BARRA E SILVA e EDUARDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE foram constituídos procuradores da referida empresa junto ao Sistema Financeira Nacional, podendo movimentar livremente os ativos financeiros constantes nos bancos oficiais, sendo certo que todos estes nominados não têm formalmente qualquer vínculo com esta empresa.

Ademais, para completar o quadro de confusão patrimonial entre pessoas jurídicas que deveriam ser autônomas, constata-se que quatro imóveis de matrículas nº 10.695; 7.959; 7.960 e 10.902, foram adquiridos pela MOSSORÓ TRANSPORTES LOCAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA. da LIDER-PLASTIC INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (atual SACO-PLAST DO BRASIL LTDA.) e de MIGUEL ÂNGELO BARRA E SILVA (fls. 1528/1540 anexo VII).

Por seu turno, a LOCMAQUIP LOCADORA & CONSTRUTORA LTDA., cujo objeto social é idêntico ao da pessoa jurídica acima, isto é, construção e locação de veículos, tem também como endereço o mesmo da empresa acima, da TECIDOS LÍDER e do POSTO LÍDER: na Av. Lauro Monte, s/n, Mossoró/RN, conforme consta no seu contrato social às fls. 1582/1592 e no CNPJ à fl. 1579 do anexo VII.

Não obstante, perante a Junta Comercial, o endereço da empresa é situado na Rua Jeremias da Rocha, 499, Santo Antônio, Mossoró, sendo que esse endereço é o mesmo da filial 02 da TECÍDOS LÍDER, consoante se constata no co-tejo dos documentos de fls. 1578 e 1581 do anexo VII.

Os sócios da LOCMAQUIP são JOSÉ BONIFÁCIO DANTAS DE ALMEIDA, empregado, na condição de frentista do POSTO LÍDER LTDA., com salário contratual de R\$ 566,10 até 2010, quando foi promovido a “gerente de vendas” em 2011, com salário contratual de R\$ 708,50, permanecendo até os dias atuais como empregado do POSTO LÍDER LTDA., conforme documentos de fls. 79/80 do anexo I e JOSÉ DE ARIMATEIA COSTA, empregado na função de acabador de calçados da TECÍDOS LÍDER, com salário contratual de R\$ 1.090,00, conforme documentos de fls. 90/91 do anexo I.

Resta patente, mais uma vez, o expediente da utilização de interpostas pessoas pelo Grupo Líder, além disso, o sistema CCS do Banco Central aponta que EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE FILHO é o representante da LOCMAQUIP junto ao Sistema Financeiro Nacional, podendo livremente movimentar sua conta-corrente do Banco do Brasil (fls. 2131/2132 do anexo IX).

Para arrematar, assiste razão à UNIÃO ao aduzir que a aquisição de um imóvel localizado na Av. Alfredo Fernandes, nº 300, rigorosamente, ao lado da Receita Federal do Brasil no Município de Mossoró, foi fraudulenta, porquanto a compra, como se vê às fls. 1614/1616 do anexo VII, realizada em 17/08/2010, custou o valor de R\$ 100.000,00, (cem mil reais), sendo que a LOCMAQUIP, conforme demonstram os documentos de fl. 1613, só teve movimentação financeira entre os anos de 2004 a 2007, não sendo crível que esse capital para aquisição tenha saído de sua atuação no mundo empresarial, nem tampouco da condição econômica dos seus sócios, haja vista serem meros empregados assalariados do Grupo Líder.

Por conseguinte, é indubitável que a MOSSORÓ TRANSPORTES LOCAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA. e a LOCMAQUIP LOCADORA & CONSTRUTORA LTDA. integram o GRUPO LÍDER, sendo legítima a indisponibilidade do seu patrimônio e o dos seus sócios “laranjas”.

Completando a análise das pessoas jurídicas do Grupo Líder que atuam no ramo da construção civil, foi criada a PRE-MOLDES INDÚSTRIA & COMÉRCIO LTDA., cujos sócios são exatamente os mesmos da WEST IMPORT'S E COMÉRCIO LTDA. e da CBC - INDÚSTRIA DE TERMOPLÁSTICOS DA AMAZÔNIA LTDA., quais sejam EDUARDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, filho de EDVALDO FAGUNDES e FELIPE VIEIRA PINTO, empregado da SACOPLAST DO BRASIL LTDA., que, como já visto, desempenha papel de "laranja" em outras pessoas jurídicas do Grupo Líder, a exemplo da DIAMANTE CRISTAL e da ARROBA SALINEIRA, de maneira que pode se concluir que esta empresa também integra o Grupo Líder, possuindo unidade gerencial sob o comando de EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE.

No que concerne às empresas de veículos F. A. VEÍCULOS, PEÇAS E AGENCIAMENTO LTDA. e COMERCIAL LÍDER DE VEÍCULOS E PEÇAS LTDA. não há complexidade em constatar, de logo, que tais empresas compõem o Grupo Líder, uma vez que os seus nomes empresariais já demonstram a presença de EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE e do Grupo Líder, na medida em que "F. A." significa "FAGUNDES ALBUQUERQUE" e Comercial Líder já traz a marca do grupo econômico de fato. Para além disso, vê que o nome fantasia da F. A. VEÍCULOS, PEÇAS E AGENCIAMENTO LTDA. é "EDVALDO VEÍCULOS" (fl. 1626 do anexo VII) e o da COMERCIAL LÍDER DE VEÍCULOS E PEÇAS LTDA. é "LÍDER VEÍCULOS" (fl. 1634 do anexo VII).

Outras provas são o endereço da F. A. VEÍCULOS (fls. 1629 do anexo VII), localizado também na Av. Lauro Monte, s/n, Mossoró e a sua composição societária, pois os seus sócios são ANTÔNIO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE NETO, sobrinho de EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE e já utilizado como "laranja" do grupo na COMERCIAL DE PRODUTOS DE PETRÓLEO LÍDER LTDA., (fl. 136 do anexo I), além de empregado formal da DMARKET IND. E COM. DE ARTEFATOS PLÁSTICOS LTDA., com salário contratual de R\$ 1.837,40, na função de gerente de logística (fls. 35/36 do anexo I) e JERÔNIMO ANTÔNIO FERREIRA NETO, empregado da CIEMARSAL, com salário contratual de R\$ 500,00 (fl. 64 do anexo I).

Por seu turno, no quadro societário da COMERCIAL LÍDER DE VEÍCULOS E PEÇAS LTDA. (fl. 1633 do anexo VII) constam integrantes da Família Fagundes: EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE FILHO, ZULAILDE DE FREITAS GADELHA e ANA CATARINA FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, além da própria executada TECIDOS LÍDER INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., demonstrando-se cabalmente que integram o Grupo Líder.

Com relação à atividade de maricultura, o Grupo Líder constituiu a empresa LÍDER MARICULTURA E EXPORTAÇÃO LTDA. (fls. 1660/1661 do anexo VII), sendo que em seu quadro social constam EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE e ZULAILDE DE FREITAS GADELHA, sem a utilização de pessoas interpostas, não pairando qualquer dúvida sobre a sua integração ao Grupo Líder.

A UNIÃO aponta a NATURALY CONVENIÊNCIA LTDA. - ME como integrantes do GRUPO LÍDER, aduzindo que como atividade complementar à revenda de combustíveis, EDVALDO FAGUNDES montou lojas de conveniência que funcionam conjuntamente com os Postos Líder.

Deveras, observa-se que a NATURALY CONVENIÊNCIA funciona nos mesmos endereços dos Postos de Gasolina Líder e de forma contígua na Av. Lauro Monte, nº 100, Abolição, Mossoró/RN e também na BR 304, KM 110, Assu/RN, onde está localizada a outra filial ativa da POSTO LÍDER LTDA. (fls. 1678 e 1680/1681 do anexo VII).

Outrossim, os seus sócios são RODOLFO LEONARDO SOARES FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, filho de EDVALDO FAGUNDES, e GENIVAL SILVINO DE SOUSA, empregado do Grupo Líder, ambos já caracterizados como “laranjas”.

Com efeito, há indícios de que, até mesmo na prática de corrupção a policiais, pode se vislumbrar a unicidade gerencial das empresas, pois, na cópia da denúncia, fls. 1687/1708 do anexo VII, ofertada pelo Ministério Público Estadual, pelo seu Núcleo de Controle Externo da Atividade Policial do MP/RN narra o seguinte:

O Posto Líder LTDA., entre os anos de 2006 e 2007, pagou ao 10º BPM, com regularidade mensal, em troca

de escoltas de empregados encarregados de depósitos bancários, a importância de R\$ 600,00 (seiscentos reais) por mês, valores que eram recebidos pelo então comandante, mediante a emissão de recibo, e, supostamente, eram empregados na manutenção da unidade militar. Os policiais militares destacados para o serviço, nessa época, nada recebiam em troca, mas apenas cumpriam ordens superiores. A partir do ano de 2008, porém, quando o 10º BPM passou a ser administrado pelo tenente-coronel ELIEZER, foi acertado com o administrador do estabelecimento (e filho do seu proprietário), o civil RODOLFO LEONARDO SOARES FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, um esquema de corrupção através do qual, ao invés do pagamento em dinheiro mediante recibo, para despesas da unidade militar, a contraprestação pelas escoltas seria feita mediante o abastecimento, com gás natural, de automóveis particulares dos oficiais e suboficiais daquele batalhão, numa cota mensal equivalente a R\$ 3.000,00 (três mil reais), e, ainda, eventualmente, pagamento em dinheiro, que, porém, era abatido da “cota” mensal.

(...)

Além das vantagens ilícitas oferecidas pelo Posto Líder e recebidas pelos oficiais e praças do 10º BPM, o referido estabelecimento comercial ainda oferecia outras vantagens, como lanches, aos policiais de baixa patente que executavam diretamente a vigilância e as escoltas, como evidenciam os recibos da loja Naturaly Conveniência apreendidos (em autos anexos), despesa que, no conjunto, resultava em valores relevantes [...]

Destarte, é indene de dúvidas que a NATURALY CONVENIÊNCIA LTDA. - ME integra o Grupo Líder.

Por fim, passa-se a análise da EFA GESTÃO DE NEGÓCIOS LTDA. (fls. 1709/1710 do anexo VII). Criada em 23/12/2009, tem em seu quadro social EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, ZULAILDE DE FREITAS GADELHA e JOEL FERREIRA DE PAULA, como já explanado, é um antigo empregado da CIEMARSAL e atual gerente de departamento pessoal da TECIDOS LÍDER, com o salário contratual de R\$ 1.900,00 (fls. 73/74 do anexo I).

O nome empresarial da empresa em suas iniciais EFA, remonta ao seu sócio EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE.

Apesar de ser um empreendimento recente, já movimentou mais de 1 milhão de reais somente no ano de 2012 (fls. 1718/1719 do anexo VII), o que denota o abuso de forma jurídica pela casal Fagundes, pois se esta quantia parece pouco perto das quantias auferidas pelas outras empresas do Grupo Líder, não deixa de ser um valor relevante quando se sabe que as inúmeras tentativas de constrição judicial de bens deste casal sempre são negativas, a despeito de deveres pelas empresas “suja” de mais de R\$ 212.517.491,77 (duzentos e doze milhões quinhentos e dezessete mil quatrocentos e noventa e um reais e setenta e sete centavos).

É necessário repisar que a criação de uma nova pessoa jurídica não pode servir como anteparo para o não pagamento dos seus débitos tributários, notadamente quando é sabido que aquelas pessoas, naturais ou jurídicas, têm totais condições de adimplir suas obrigações. Portanto, mais uma vez, confirma-se a integração desta empresa ao Grupo Líder, como espécie de empresa “limpa” e pronta para blindar e proteger os lucros das empresas “suja”.

- Considerações finais sobre o Grupo Líder

Desde 1999, um fato pitoresco ocorre nas execuções fiscais das empresas “suja” do Grupo Líder em toda a Subseção Judiciária de Mossoró, como bem lembrado pela UNIÃO em sua petição e nos documentos de fls. 2169/2190 do anexo IX, que só ratifica a existência de um Grupo Econômico.

Trata-se da indicação à penhora de toneladas de sal pelas empresas de plástico e revenda de combustível, inclusive pela executada Tecidos Líder, quando chamadas a adimplir seus débitos em execuções fiscais, o que seria impensável, porquanto a comercialização de sal passa ao largo de suas finalidades comerciais, mas que é compreensível quando se entende que o Grupo Líder não só atua na atividade de revenda de combustíveis e industrialização de plásticos, como também na indústria do sal.

Da mesma forma, em execuções fiscais contra a CIERMAR-SAL, indústria de sal do Grupo Líder, são oferecidos à penhora fardos de canudos coloridos de plásticos, da marca

REALPLASTIC, também do Grupo Líder, tudo isso através de venda fictícia ou até mesmo notas fiscais de saída, que mais caracterizam uma doação de uma empresa a outra, o que seria muito incomum, salvo quando se constata a existência do Grupo Líder.

Outra operação que ratifica a existência da confusão patrimonial foi a compra dos equipamentos da DMARKET INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARTEFATOS PLÁSTICOS LTDA. pela TECIDOS LÍDER, no valor de R\$ 5.500.000,00 (cinco milhões e quinhentos mil reais), conforme o contrato de compra e venda de fls. 1296/1299 do anexo VI.

Ocorre que, conforme cópias dos cheques de fls. 1303/1319 do anexo VI, parte deste valor foi pago com cheques da executada TECIDOS LÍDER e o restante com cheques da REALPLAST INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., ambas empresas do Grupo Líder. Após esse negócio jurídico que, mais uma vez, revelou a ocorrência de confusão patrimonial entre empresas supostamente distintas, conforme relatado, o Grupo Líder adquiriu em definitivo às ações da DMARKET, com a utilização de duas pessoas interpostas: REINALDO MÁRCIO BEZERRA DE ALMEIDA e AVELINO ALEXANDRE DA SILVA.

- Da decretação de indisponibilidade de bens antes da citação

Como visto, para que seja possível a realização de atos de constrição antes da citação é necessária a presença dos requisitos das cautelares. E o exame cauteloso das alegações e provas apresentadas pela União não deixam margem para dúvidas quanto à adequação e indispensabilidade das providências cautelares.

Ora, após todo o exposto, é indubitável que as empresas identificadas pela União integram um único grupo econômico de fato, chamado Grupo Líder, e que as pessoas físicas listadas atuam ou atuaram como interpostas pessoas. E, sendo assim, está presente o *fumus boni iuris*, lastreado em provas robustas.

Cumpra salientar que, com tal prática imoral, os integrantes do Grupo Líder causam malefícios à sociedade, pois ao frustrar o pagamento de seus débitos, o Estado deixa de arrecadar recursos que seriam utilizados em finalidades públi-

cas. Essa prática perniciosa prejudica ainda a Administração da Justiça, pois, com tantas manobras, o Judiciário deixa de prestar efetivamente a tutela jurisdicional almejada pelas partes, atrapalha e, por vezes, inviabiliza a correta persecução penal, além de malograr a satisfação de direitos trabalhistas. Ao fim, todas essas práticas resultam no desequilíbrio de mercado, pois evidente que elas ensejam a concorrência desleal.

Por sua vez, o *periculum in mora* resulta dos longos anos em que se frustram as tentativas de satisfação do crédito tributário e sem qualquer perspectiva de sua ocorrência caso o Judiciário não reconheça a malversação de institutos jurídicos, a ensejar desconsideração da personalidade jurídica, e da circunstância especial de as manobras serem infindáveis, contando atualmente com um complexo de pessoas jurídicas, 33 no total, no qual muitas delas foram constituídas com a única finalidade de se furtar ao cumprimento da lei, em especial a tributária e trabalhista. Com esta decisão *inaudita altera parte* evita-se que o patrimônio encontrado pela UNIÃO seja mais uma vez transferido para terceiros “laranjas” a qualquer momento, como já vem acontecendo há anos. (Fls. 39/75. Os grifos e outros destaques não estão conforme o original).

Fiz questão dessa longa transcrição para demonstrar que não foi sem motivos que a respeitável decisão de origem determinou as duríssimas providências objeto do presente agravo.

Todavia, há outras questões seriíssimas a ponderar.

Em primeiro lugar, no tocante à desconsideração da pessoa jurídica, já me manifestei, e até mais de uma vez, em obras doutrinárias, sobre o cuidado que se há de ter nessa seara⁹.

⁹ Veja-se, por exemplo, o pensamento que, recentemente, expus em *O Projeto do Novo Código Comercial e a Desconsideração da Pessoa Jurídica, em Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*, orgs. Fábio Ulhoa Coelho, Tiago Asfor Rocha Lima, Marcelo Guedes Nunes, São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 327/361. Antes, nos *Comentários aos Capítulos sobre Pessoa Jurídica e Domício*, em *Comentários ao Novo Código Civil*, org. Arruda Alvim, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Parte desse pensamento vou reproduzir a seguir.

Primeiramente, há que se estabelecer a excepcionalidade da desconsideração da pessoa jurídica.

O Código Civil de 2002 alargou ainda mais a aplicação dessa possibilidade de desconsiderar a pessoa jurídica – já não faz mais sentido, salvo pelo costume, chamá-la de doutrina, porquanto agora se acha plenamente inserida no direito positivo – a qualquer caso em que seja cabível, e não mais apenas às relações de consumo, ou a lesões à ordem econômica ou ao ambiente.

Diante desse elastério, cuja dimensão se pode aferir facilmente cotejando a linha adotada pelo CDC e leis que o reproduziram, de um lado, e a adotada pelo diploma civil em vigor, é preciso refletir, para situar de modo mais preciso o que realmente se entende por desconsideração da pessoa jurídica, de modo a melhor compreender e aplicar as regras inseridas no direito positivo.

De uma coisa não se duvide: a importância que a lei reconhece à pessoa jurídica não pode restar arranhada pela adoção normativa, entre nós, da *disregard of the legal entity*. A autonomia (especialmente a patrimonial) da personalidade jurídica em relação à personalidade dos indivíduos que nela estão envolvidos é ainda a regra, mesmo com a não repetição, no código novo, de enunciado similar ao do art. 20 do diploma de 1916, que dizia terem as pessoas jurídicas existência distinta da dos seus membros.

Aliás, para deixar clara essa circunstância – que a autonomia da pessoa jurídica é a regra, e sua desconsideração à exceção¹⁰ –, há vários projetos de lei tramitando no Congresso Nacional, o primeiro dos quais o Projeto de Lei nº 7.160, de 2002, da Câmara, de autoria do Deputado RICARDO FIÚZA, que foi o relator final do Projeto do Código Civil de 2002 naquela Casa, e que, se aprovado, repetirá no *caput* a velha regra do art. 20 da codificação revogada, passando a atual cabeça do artigo (com algumas modificações)

¹⁰ “A pessoa jurídica é uma premissa básica da atividade negocial, e tem de haver fortes razões para que um tribunal a ignore”. ROBERT W. HAMILTON, *The Law of Corporations*, 5.ª ed., St. Paul, West Group, 2000, p. 134.

para a condição de § 1º (e acrescentando mais dois parágrafos com outros detalhamentos).¹¹

A jurisprudência e a doutrina posteriores ao Código Civil de 2002 têm afirmado que a autonomia da personalidade jurídica em relação às de seus sócios ou integrantes se mantém.

Portanto, permanecendo o apreço do ordenamento pela autonomia da personalidade jurídica, o que aconteceu foi que ela, simplesmente, deixou de constituir dogma intocável, afinal, “deve ser usada para propósitos legítimos e não deve ser pervertida”¹². Assim, se os propósitos da entidade forem desvirtuados, não se pode fazer prevalecer a regra da separação entre os patrimônios da pessoa jurídica e os de seus membros.

A desconsideração, dessarte, é meio de adequar a pessoa jurídica aos fins para os quais foi criada, é mecanismo para limitar e coibir seu uso indevido¹³. Como já foi dito e repetido, com apoio na mais atilada doutrina, a personalidade decorre do direito objetivo, e este não estaria atendendo ao

¹¹ “Art. 50. As pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros.

§ 1º Nos casos de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, praticados com abuso da personalidade jurídica, pode o juiz declarar, a requerimento da parte prejudicada, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica, que lhes deram causa ou deles obtiveram proveito, facultando-lhes o prévio exercício do contraditório;

§ 2º O requerimento deve indicar objetivamente quais os atos abusivos praticados pelos administradores ou sócios da pessoa jurídica;

§ 3º Nos casos de fraude à execução, não será desconsiderada a personalidade jurídica antes de declarada a ineficácia dos atos de alienação, com a consequente excussão dos bens retornados ao patrimônio da pessoa jurídica.”

¹² MAURICE I. WORMSER, *Disregard of Corporate Fiction and Allied Corporation Problems*, Washington, Beard Books, 2000, p. 9.

¹³ PIERO VERRUCOLI, *Il Superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capitali nella Common Law e nella Civil Law*, Milão, Giuffrè, 1964, p. 195.

bem comum se a erigisse em monólito inquebrável, mesmo quando determinadas condições indicassem o contrário. O desvio da entidade jurídica de seus fins, de modo ilegítimo, abusivo, danoso, faz com que deixe de existir, ainda que momentaneamente e apenas para determinados efeitos, razão jurídica para a separação patrimonial¹⁴.

Em outras palavras, o conceito normal de pessoa jurídica somente:

será sustentado somente enquanto seja invocado e empregado para propósitos legítimos. De outra parte, sua perversão para usos impróprios e fins desonestos (e.g., para perpetuar fraudes, burlar a lei, escapar de obrigações), não será admitida. Entre uma e outra há várias situações em que os tribunais podem desconsiderar a pessoa jurídica para obter um resultado justo.¹⁵

Só comprovado cabalmente o desvio no uso da pessoa jurídica, é que cabe falar em desconsideração, e conseqüente sacrifício da respectiva autonomia patrimonial, olvidando a separação entre sociedade e sócios¹⁶.

Necessário sempre frisar que a desconsideração não destrói a pessoa jurídica, que remanesce integralmente. Só no caso concreto, isto é, em determinado momento e para determinados fins se procede ao descarte da sua autonomia. O juiz “se limita a confinar a pessoa jurídica precisamente à esfera que o Direito lhe reservou”¹⁷.

Com efeito, a *disregard of the legal entity*.

¹⁴ SIMONE GOMES RODRIGUES, *Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor*, em *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 11, jul-set/94, p. 7.

¹⁵ HARRY G. HENN et JOHN R. ALEXANDER, *Law of corporations*, 3.^a ed., St. Paul, West Group, 1983, p. 346.

¹⁶ ROLF SERICK, *Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles: El Abuso de Derecho por Medio de la Persona Jurídica*, trad. José Puig Brutau, Barcelona, Ariel, 1958, p. 241.

¹⁷ ROLF SERICK, *Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles: El Abuso de Derecho por Medio de la Persona Jurídica*, trad. José Puig Brutau, Barcelona, Ariel, 1958, p. 242.

não visa destruir ou questionar o princípio de separação da personalidade jurídica da sociedade da dos sócios, mas, simplesmente, funciona como mais um reforço ao instituto da pessoa jurídica, adequando-o a novas realidades econômicas e sociais, evitando-se que seja utilizado pelos sócios como forma de encobrir distorções em seu uso¹⁸.

O valor que a personalização das pessoas jurídicas tem para o direito, e o progresso e o desenvolvimento, sobretudo econômico, que com isso se alcança, têm um grande peso. Quando esse valor conflitar com outros, *v.g.*, a satisfação dos credores, ter-se-á de fazer opção pelo mais importante. Em geral, os benefícios trazidos pela existência da pessoa jurídica prevalecem, por isso que normalmente prepondera a personificação. Apenas quando um valor maior for posto em jogo, como a finalidade social do direito, em conflito com a personificação, é que esta cederá espaço.¹⁹

Não se pode, portanto, fazer a aplicação indiscriminada da desconsideração, pena de abalar seriamente o instituto da pessoa jurídica – uma das maiores e mais importantes criações do direito em todos os tempos –, e ameaçar todo o desenvolvimento social, cultural e econômico que dele decorreu.

Por isso, doutrina e jurisprudência preponderantes têm buscado estabelecer rígidos parâmetros para a incidência da desconsideração, a fim de que ela, que surgiu para aperfeiçoar o sistema jurídico, não venha a tornar-se prejudicial a ele.

De conseguinte, a ideia de que o princípio da autonomia patrimonial, encapsulado no art. 20 do CC 1916, tenha sido revogado pela não repetição de preceito similar no CC vigente, não pode sequer ser considerada.

¹⁸ ALEXANDRE COUTO SILVA, *Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro*, São Paulo, LTr, 1999, p. 35.

¹⁹ “Quando o interesse ameaçado é valorado pelo ordenamento jurídico como mais desejável e menos sacrificável do que o interesse colimado através da personificação societária, abre-se oportunidade para a desconsideração sob pena de alteração da escala de valores”. DOMINGOS AFONSO KRIGER FILHO, *Aspectos da Desconsideração da Personalidade Societária na Lei do Consumidor*, em *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 13, pp. 78/86, jan.-mar. 1995, p. 80.

Porém, há mais.

Apreciando, em 2010, recurso extraordinário que discutia, com repercussão geral, a constitucionalidade da Lei nº 8.620, de 5 de janeiro de 1993, a qual continha dispositivo (art. 13 e seu parágrafo único) que possibilitava responsabilizar solidariamente, e com seus bens pessoais, o titular de firma individual e os sócios de empresas por quotas de responsabilidade limitada por débitos junto à Seguridade Social, disse o Supremo:

(...)

6. O art. 13 da Lei 8.620/93 não se limitou a repetir ou detalhar a regra de responsabilidade constante do art. 135 do CTN, tampouco cuidou de uma nova hipótese específica e distinta. Ao vincular à simples condição de sócio a obrigação de responder solidariamente pelos débitos da sociedade limitada perante a Seguridade Social, tratou a mesma situação genérica regulada pelo art. 135, III, do CTN, mas de modo diverso, incorrendo em inconstitucionalidade por violação ao art. 146, III, da CF.

7. O art. 13 da Lei 8.620/93 também se reveste de **inconstitucionalidade material**, porquanto **não é dado ao legislador estabelecer confusão entre os patrimônios das pessoas física e jurídica**, o que, além de impor desconsideração *ex lege* e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedades limitadas, implica irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada, **afrontando os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição.**

8. Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei 8.620/93 na parte em que determinou que os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada responderiam solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social.

9. Recurso extraordinário da União desprovido.

10. Aos recursos sobrestados, que aguardavam a análise da matéria por este STF, aplica-se o art. 543-B, § 3º, do CPC.²⁰

²⁰ RE 562.276, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO *DJe-027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011 EMENT VOL-02461-02 PP-00419 RDDT n. 187, 2011, p. 186-193 RT v. 100, n. 907, 2011, p. 428-442. Grifou-se.*

Com isso, restou proclamado, pelo Excelso Pretório – e com efeito vinculante, registre-se – que o legislador não pode, sob pena de infração aos arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição da República, eliminar a *autonomia patrimonial*²¹ da pessoa jurídica em relação a seus sócios.

Por conseguinte, mesmo que tivesse sido – e há fortes motivos para entender que não foi – a intenção do recodificador de 2002 revogar o art. 20 do CC 1916, ao não repetir preceito símile no texto novo, isso não seria possível, por inconstitucional.

Dessa sorte, pode-se dizer que o STF blindou o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica contra inovações do legislador, devendo-se, pois, interpretar o Código Civil em vigor como se contivesse norma nesse sentido (ou, metaforicamente, como se, nesse ponto, valesse o texto de Bevilacqua).

Há, então, claros requisitos para que se possa, corretamente, proceder à desconsideração da pessoa jurídica.

Exige-se, em primeiro lugar, a personificação, isto é, a existência de uma pessoa jurídica regular, reconhecida pelo ordenamento, devidamente registrada. Há quem entenda que a *disregard* pode ser aplicada às pessoas de fato e similares. Mas isso é um contrassenso: se não há pessoa jurídica considerada, não se pode desconsiderá-la. Ela já está assim. Ou seja, nessas pessoas irregulares os sócios já são diretamente responsáveis.²²

Depois, é preciso haver a prova de que a finalidade da pessoa jurídica foi desviada, o que se revela na fraude e no

²¹ A propósito do *princípio da autonomia patrimonial* da pessoa jurídica ver, por todos, as considerações de FÁBIO ULHOA COELHO, em seu *Curso de Direito Comercial*, v. 2, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 39/41.

²² AMADOR PAES DE ALMEIDA, *Execução de Bens dos Sócios: Obrigações Mercantis, Tributárias, Trabalhistas: da Desconsideração da Personalidade Jurídica (Doutrina e Jurisprudência)*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 15; VERA HELENA DE MELLO FRANCO, *Manual de Direito Comercial*, p. 158.

abuso de direito relativos à autonomia patrimonial.²³ Ainda, por uma questão prática, é necessário que se cuide de uma sociedade (ou outra qualquer espécie de pessoa jurídica) na qual os sócios ou componentes tenham responsabilidades cercadas de limites, o que ocorre principalmente no caso de sociedades anônimas ou limitadas. Não que não se pudesse desconsiderar a personalidade em outros casos, mas simplesmente pelo fato de que é a limitação de responsabilidade o grande escudo de que se valem sócios inescrupulosos para praticar desvios e livrar-se de posterior ataque amplo a seu patrimônio pessoal. Se a sociedade é de responsabilidade ilimitada, ela *de per se* já não oferece aos seus membros esse véu protetor que os encoraje a fazer o que não devem, porque eles responderão ilimitadamente com seus patrimônios mesmo sem a desconsideração.²⁴

Realmente, o *punctum dolens* diz respeito às pessoas jurídicas nas quais há uma legítima limitação da responsabilidade dos sócios ou integrantes, porque se houvesse sempre a possibilidade de responsabilidade ilimitada, mesmo sem fraude nem desvio, a atividade econômica estaria condenada.

É que existem riscos e custos na atividade econômica, e essa temática não esteve alheia à mencionada decisão do Supremo que considerou inconstitucional a violação ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica – tanto que ali foi invocado o art. 170, e seu parágrafo único, da Carta Política.

²³ ALEXANDRE COUTO SILVA, *Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro*, São Paulo, LTr, 1999, p. 34; ALEXANDRE FERREIRA DE ASSUMPÇÃO ALVES, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Direito do Consumidor: um Estudo de Direito Civil Constitucional*, em *Problemas de Direito Civil Constitucional*, Gustavo Tepedino (org.), Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 261; FÁBIO ULHOA COELHO, *Curso de Direito Comercial*, v. 2, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 46; GENACÉIA DA SILVA ALBERTON, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor - Aspectos Processuais*, em *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 7, jul-set/93, pp. 7/29, esp. p. 15.

²⁴ ALEXANDRE COUTO SILVA, *Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro*, São Paulo, LTr, 1999, p. 26; ALEXANDRE FERREIRA DE ASSUMPÇÃO ALVES, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Direito do Consumidor: um Estudo de Direito Civil Constitucional*, em *Problemas de Direito Civil Constitucional*, Gustavo Tepedino (org.), Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 261.

Como pontifica FÁBIO ULHOA COELHO,

muitos empreendedores poderiam ficar desmotivados em se lançar a novos e arriscados empreendimentos se pudessem perder todo o patrimônio pessoal caso o negócio não prosperasse. Não se pode esquecer que fatores relativamente imprevisíveis, sobre os quais os empresários não têm nenhum controle, podem simplesmente sacrificar a empresa. A motivação jurídica se traduz pela limitação das perdas, que não devem ultrapassar as relacionadas com os recursos já aportados na atividade (...)

Um outro aspecto da questão diz respeito ao custo da atividade econômica, elemento que compõe o preço a ser pago pelos consumidores ao adquirirem produtos e serviços no mercado. Se o direito não dispuser de instrumentos de garantia para os empreendedores, no sentido de preservá-los da possibilidade de perda total, eles tenderão a buscar maior remuneração para os investimentos nas empresas. Em outros termos, apenas aplicariam seus capitais em negócios que pudessem dar lucro suficiente para construir um patrimônio pessoal de tal grandeza que não poderia perder-se inteiramente na hipótese de futura e eventual responsabilização. Ora, para gerar lucro assim, a sociedade deve reduzir custos e praticar preço elevado. O princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, observado em relação às sociedades empresárias, socializa as perdas decorrentes do insucesso da empresa entre seus sócios e credores, propiciando o cálculo empresarial relativo ao retorno dos investimentos.

Tal é a doutrina em nosso país dominante, dita *subjetivista*. Mas outra corrente, designada como *objetivista*, liderada no Brasil por FÁBIO KONDER COMPARATO, entende que a primeira linha está equivocada, por considerar que a *confusão patrimonial* é o requisito primordial para a aplicação da desconsideração da pessoa jurídica.²⁵

²⁵ FÁBIO KONDER COMPARATO, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 2ª Ed., São Paulo, RT, 1977, pp. 274-275.

Data venia, conquanto seja a confusão patrimonial uma inegável característica da maior parte das situações capazes de ensejar a desconsideração, por assim dizer um sintoma da pessoa jurídica desviada, podendo mesmo servir à prova necessária à decretação da *disregard*, não se afigura como o fundamento primordial da aplicação desta.

Com efeito, há casos de desvio da função da pessoa jurídica nos quais não há propriamente confusão de patrimônios entre a entidade e seus membros, mas ainda assim existe manipulação maliciosa, lesiva, autorizadora da superação da autonomia patrimonial²⁶.

A fraude e o abuso de direito, relacionados à autonomia patrimonial, portanto, têm papel de destaque para que se possa levantar o véu da pessoa jurídica.

A fraude, ou seja, o manejo de artifícios para prejudicar terceiros, revela a distorção imposta à pessoa jurídica, pois ela não foi feita para permitir que seus integrantes se protejam de obrigações que teriam de cumprir, nem para fazer o que a lei lhes proíbe. Uma das suas manifestações mais frequentes está nos chamados negócios indiretos, aqueles em que as partes tentam obter um resultado que não é o fim próprio do negócio em causa²⁷, mas é preciso ter em mente que isso não basta para a desconsideração, porque o uso da pessoa jurídica para fins diferentes dos que lhe são preordenados pode ser válida, desde que os objetivos buscados, mesmo atípicos, sejam lícitos.²⁸ Tem de ocorrer a fraude à lei, na qual, além do artifício ou desvio, está principalmente presente sua ilicitude, ensejando, portanto, a des-

²⁶ Um bom exemplo nos fornece FÁBIO ULHOA COELHO (em *O Empresário e os Direitos do Consumidor*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 217), do comerciante que, ao alienar seu estabelecimento, compromete-se a não se restabelecer no mesmo ramo, fazendo concorrência ao adquirente. Ele pode constituir uma pessoa jurídica para burlar essa cláusula, fazendo dela um escudo, um biombo atrás do qual se esconde, artificialmente, em prejuízo do adquirente.

²⁷ JOAQUÍN GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, v. 2, 7.^a ed., Bogotá, Temis, 1987, p. 17.

²⁸ TULLIO ASCARELLI, *Le Unione di Imprese*, em *Rivista di Diritto Commerciale*, v. XXXIII, p. I, 1935, p. 173.

consideração.²⁹ Ademais, é preciso sempre, para que isso ocorra, que a fraude tenha a ver com a manipulação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, porque se esta comete fraude que não guarde relação com tal questão – e.g., emitindo uma “nota fria” –, não se pode proceder à superação de sua personalidade.³⁰

Quanto ao abuso de direito, abrange qualquer ato que, por seus motivos ou por seus fins, vá contra a finalidade ou a função do direito que por tal ato se exerce, nos termos da clássica definição de LOUIS JOSSERRAND.³¹ Diversamente da fraude, o ato é, a princípio, lícito³², e não tem necessariamente propósito de prejudicar³³, mas foge a seus fins sociais e traz problemas para a comunidade. É preciso entender que mesmo o exercício dos direitos não é absoluto. Não pode ser enxergado apenas sob a ótica do seu titular, mas deve visar também, tanto quanto possível, à harmonia com o grupo social em que se insere. Assim, quando há vários modos legalmente possíveis de atuação para a pessoa jurídica, não se pode aceditar que a mais prejudicial aos terceiros, ou a menos benéfica para a sociedade seja a escolhida. Essa má opção, ou mau uso da pessoa constitui o abuso de direito. Entretanto, para que possa dar ensejo à desconsideração, tem ele também de estar vinculado à autonomia patrimonial.

Ora – dirá alguém –, no caso concreto todos esses requisitos estão presentes: existem sociedades de responsabili-

²⁹ JOAQUÍN GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, v. 2, 7.^a ed., Bogotá, Temis, p. 18; TULLIO ASCARELLI, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, Campinas, Bookseller, 2001, p. 181.

³⁰ FÁBIO ULHOA COELHO, *O Empresário e os Direitos do Consumidor*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 223.

³¹ LOUIS JOSSERRAND, *Del Abuso de Derecho y Otros Ensaïos*, Bogotá, Temis, 1994, p. 5.

³² LUIS ALBERTO WARAT, *Abuso del Derecho y Lagunas de la Ley*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, pp. 56/57.

³³ RUBENS REQUIÃO, *Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica*, em *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 58, nº 410, pp. 12/24, dez. 1969, esp. p. 16.

dade limitada, e a fraude e o abuso estão retratados na respeitável decisão agravada, em especial nos trechos aqui transcritos.

Acontece que toda a prova em tela, por respeitável que seja, foi produzida **unilateralmente** pela FAZENDA NACIONAL. As pessoas jurídicas e físicas por ela atingidas não tiveram sequer o direito de se pronunciarem a respeito, de discutirem, de produzirem contraprova, etc. Apenas a agravante o está podendo fazer, e já argui defeitos sérios nessa prova, inclusive sua invalidade do ponto de vista constitucional, seara em que sequer preciso ingressar aqui, porque a unilateralidade já é suficiente, a meu pensar, para retirar dela essa condição de suficiência para os fins que o *decisum* impugnado lhe atribuiu.

E é justamente esse, a meu sentir, o grande pecado da decisão.

Outro detalhe é que, para que ocorra tipicamente a desconsideração da pessoa jurídica, é preciso que, na situação considerada, os sócios ou administradores não tenham como ser diretamente responsabilizados. Se a lei permite que o sejam, não se trata de desconsideração, mas sim de responsabilização direta, em virtude de ação *ultra vires*, isto é além das forças do que lhes permitem os estatutos, ou por violação a estes, à lei, etc. É o caso das normas tributárias ou societárias (CTN, Lei das S/A e outras), que muitos confundem com hipóteses de desconsideração, mas que não o são, até porque sua existência não faz necessária a suspensão da autonomia patrimonial da entidade, uma vez que, mesmo com esta os responsáveis podem ser diretamente imputados por fato ou ilícito próprio.³⁴

Mas nesse caso eles têm de ser citados para discutir judicialmente, e a honorável decisão não o permitiu, porque mandou que (à exceção de duas pessoas físicas), todas as demais, naturais ou jurídicas, fossem citadas na pessoa de

³⁴ Nesse sentido, JOSÉ LAMARTINE CORRÊA OLIVEIRA, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1979, p. 520; EDUARDO ZANNONI, *La Normativa Societaria ante los Actos Fraudulentos de la Sociedad. Replanteo de la Teoría del "Disregard"*, *passim*, em *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, ano 3, nº 9, pp. 165/180, jul.-set. 1979.

EDVALDO FAGUNDES DE ALBUQUERQUE, que passou a ser um insólito substituto processual dos demais, e com legitimação exclusiva!

Veja-se que a respeitável decisão invocou jurisprudência que lhe permite fazer *penhora antes da citação*. Ocorre que ela findou realizando *penhora sem citação*, porque mandou incluir 32 (trinta e duas) pessoas jurídicas e 27 (vinte e sete) de 29 (vinte e nove) pessoas físicas no processo sem que elas fossem citadas pessoalmente ou por aqueles que, do ponto de vista de seus contratos sociais, detêm poderes para tanto.

Ora, o Supremo, nesse tema da desconsideração da personalidade jurídica, não formou uma jurisprudência específica propriamente dita, porque tem o entendimento de que, geralmente, quando se analisam, no caso concreto, os requisitos da superação da personalidade jurídica, essa aferição pode configurar apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República. E, como sabido, é inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame da legislação infraconstitucional e das provas dos autos, pela incidência das Súmulas nºs 636 e 279 do próprio STF³⁵.

Mas o Superior Tribunal de Justiça, efetivamente, tem se cercado de cuidados ao levantar o véu da pessoa jurídica, como se pode ver de julgados como o seguinte:

FALÊNCIA. ARRECADAÇÃO DE BENS PARTICULARES DE SÓCIOS-DIRETORES DE EMPRESA CONTROLADA PELA FALIDA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (*DISREGARD DOCTRINE*). TEORIA MAIOR. **NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO ANCORADA EM FRAUDE**, ABUSO DE DIREITO OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. RECURSO PROVIDO.

1. **A teoria da desconsideração da personalidade jurídica** – *disregard doctrine* –, conquanto encontre amparo no direito positivo brasileiro (art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, art. 28 do Código de Defesa

³⁵ AI 746346 AgR, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 23/03/2011, DJe-107 DIVULG 03-06-2011 PUBLIC 06-06-2011 EMENT VOL-02537-02 PP-00288.

do Consumidor, art. 4º da Lei n. 9.605/98, art. 50 do CC/02, dentre outros), **deve ser aplicada com cautela, diante da previsão de autonomia e existência de patrimônios distintos entre as pessoas físicas e jurídicas.**

(...)³⁶

FÁBIO ULHOA COELHO, ao versar essa problemática, confirma a opinião de que a jurisprudência posterior ao Código Civil, em sua maioria, tem defendido a regra da personalidade e evitado exageros na aplicação da *disregard of the legal entity*, com a seguinte alusão, oportuna por esclarecer terminologia usada no acórdão supracitado:

Em 1999, quando era significativa a quantidade de decisões judiciais desvirtuando a teoria da desconsideração, cheguei a chamar sua aplicação incorreta de “teoria menor”, reservando à correta a expressão “teoria maior”. Mas a evolução do tema na jurisprudência brasileira não permite mais falar-se em duas teorias distintas, razão pela qual esses conceitos e “maior” e “menor” mostram-se, agora, felizmente, ultrapassados.³⁷

Ademais, só se aplica a desconsideração na ocorrência de ato irregular, e de modo circunscrito aos que nele estejam envolvidos.

As hipóteses em que isso acontece, mesmo sem que a norma o diga, vão sempre estar ligadas ao abuso de direito e à fraude, a depender de prova obtida em regular contraditório.

Ainda, a positivação da *disregard doctrine* no Código Civil preserva os parâmetros existentes nos chamados microsistemas legais específicos (do consumidor, das infrações à ordem econômica e ao meio ambiente), até porque *lex generalis specialis non derogat*.

³⁶ REsp 693.235/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 30/11/2009. Grifou-se.

³⁷ FÁBIO ULHOA COELHO, *Curso de Direito Comercial*, v. 2, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 49. Alguns autores, e mesmo alguma jurisprudência continuam, porém, usando as expressões que COELHO cunhou mas felizmente pôde descartar.

Ademais, é preciso aferir a necessidade do contraditório para que se possa decretar a desconsideração da pessoa jurídica, o que a meu ver é uma reafirmação, no plano legislativo, da orientação constitucional emanada do art. 5º, LIV e LV, da Carta Política.

Apesar de ser mera afirmação, em sede legal, dos princípios constitucionais do contraditório e do *due process of law*, o tema, examinado mais de perto, tem nuances e delicadezas que impõem análise mais detida.

Com efeito. Há autores, como ADA PELLEGRINI GRINOVER, buscando apoio em CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e FÁBIO ULHOA COELHO, a sustentar que, como a desconsideração da personalidade jurídica se justifica essencialmente pelo combate à conduta fraudulenta (isto é, a chamada “teoria maior”), a demonstração desta exige cognição, de sorte que não se poderia decretá-la, por exemplo, em processo executivo. A prova teria de ser produzida em regular processo de conhecimento autônomo³⁸.

Invoca, nesse sentido, alguns acórdãos de tribunais estaduais, mas também um julgado do STJ, de 2002, que reza:

A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional, **que só pode ser decretada após o devido processo legal**, o que torna a **sua ocorrência em sede liminar**, mesmo de forma implícita, **passível de anulação**.³⁹

Nessa linha, a honorável decisão objeto deste agravo seria anulável, quando menos.

Acontece que tal argumentação doutrinária, apesar de muito boa, merece cuidado porque, com essa especificidade, a jurisprudência mais nova do Tribunal da Cidadania não mais se pronunciou.

Antes, tem declarado, reiteradamente, a desnecessidade de ação autônoma para a desconsiderar a personalidade jurídica, em julgados como o seguinte:

³⁸ ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Da Desconsideração da Pessoa Jurídica (Aspectos de Direito Material e Processual)*, em *Interesse Público*, ano 10, nº 48, mar.-abr. 2008, Belo Horizonte, Fórum, pp. 13/30, esp. pp. 25/30.

³⁹ AgREsp 422.583/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJ 09/09/2002. Grifou-se.

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. FALÊNCIA. FRAUDE E CONFUSÃO PATRIMONIAL ENTRE A EMPRESA FALIDA E A AGRAVANTE VERIFICADAS PELAS INSTÂNCIAS ORIGINÁRIAS. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: **DESNECESSIDADE DE PROCEDIMENTO AUTÔNOMO PARA SUA DECRETAÇÃO**. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Tendo as instâncias ordinárias detectado a fraude e a confusão patrimonial entre as empresa falida e a empresa desconsiderada, ora agravante (cujas sócias são filhas do ex-controlador da primeira), **pode ser desconsiderada a personalidade jurídica como medida incidental**, independentemente de ação autônoma (revocatória).

Precedentes.

(...)

3. **Não há falar em ofensa ao devido processo legal**, pois a agravante interpôs a tempo e modo devidos o recurso cabível perante o Tribunal de origem, o qual, todavia, não foi acolhido.

(...).⁴⁰

É certo que, em outros arestos, o STJ demonstra que há de haver a prova da fraude, como no seguinte:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO FISCAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INDÍCIOS DE FRAUDE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NA VIA ANGUSTA DO *WRIT*.

(...)

4. Aferir se não houve, de fato, desvio financeiro e gerência fraudulenta na empresa demandada, de sorte a repelir a desconsideração da personalidade jurídica, ensejaria dilação probatória, o que é inadmissível na via do mandado de segurança, onde o direito deve vir líquido e

⁴⁰ AgRg nos EREsp 418.385/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/03/2012, DJe 16/03/2012. Grifou-se.

certo, estreme de dúvidas.

(...).⁴¹

E também, a mesma Corte Superior, tem proclamado a exigência de respeitar-se o devido processo no que tange à **citação da pessoa física** em caso de desconsideração da jurídica, como preconiza a melhor doutrina:

(...)

EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PENHORA DOS BENS DO SÓCIO. NECESSIDADE DE CITAÇÃO.

(...)

2. Impõe-se a citação do sócio nos casos em que seus bens sejam objeto de penhora por débito da sociedade executada que teve a sua personalidade jurídica desconsiderada.

(...).⁴²

Entretanto, não tem voltado o Superior Tribunal a proclamar, como fez há uma década, que a decretação da *disregard* não pode ser veiculada em liminar, dependendo, portanto, de processo autônomo.

Apenas, num feito recente, apareceu um voto vencido, sustentando tal posição. Confira-se, o caso e a dissidência:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS. OBSERVÂNCIA. CITAÇÃO DOS SÓCIOS EM PREJUÍZO DE QUEM FOI DECRETADA A DESCONSIDERAÇÃO. DESNECESSIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO GARANTIDOS COM A INTIMAÇÃO DA CONSTRIÇÃO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. VIA ADEQUADA PARA A DISCUSSÃO ACERCA DO CABIMENTO DA *DISREGARD*. RELAÇÃO DE CON-

⁴¹ AgRg no RMS 26.997/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 17/08/2010, *DJe* 25/08/2010.

⁴² REsp 686.112/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 08/04/2008, *DJe* 28/04/2008.

SUMO. ESPAÇO PRÓPRIO PARA A INCIDÊNCIA DA TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO. ART. 28, § 5º, CDC. PRECEDENTES.

1. A desconsideração da personalidade jurídica é instrumento afeito a situações limítrofes, nas quais a má-fé, o abuso da personalidade jurídica ou confusão patrimonial estão revelados, circunstâncias que reclamam, a toda evidência, providência expedita por parte do Judiciário. Com efeito, exigir o amplo e prévio contraditório em ação de conhecimento própria para tal mister, no mais das vezes, redundaria em esvaziamento do instituto nobre.

2. A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos, dispensando-se também a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, **bastando a defesa apresentada a posteriori, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade**.

3. Assim, não prospera a tese segundo a qual não seria cabível, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, a discussão acerca da validade da desconsideração da personalidade jurídica. Em realidade, se no caso concreto e no campo do direito material fosse descabida a aplicação da *Disregard Doctrine*, estar-se-ia diante de ilegitimidade passiva para responder pelo débito, insurgência apreciável na via da impugnação, consoante art. 475-L, inciso IV. Ainda que assim não fosse, poder-se-ia cogitar de oposição de exceção de pré-executividade, a qual, segundo entendimento de doutrina autorizada, não só foi mantida, como ganhou mais relevo a partir da Lei n. 11.232/2005.

4. Portanto, não se havendo falar em prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, em razão da ausência de citação ou de intimação para o pagamento da dívida (art. 475-J do CPC), e sob pena de tornar-se infrutuosa a desconsideração da personalidade jurídica, afigura-se bastante – quando, no âmbito do direito material, forem detectados os pressupostos autorizadores da medida – a intimação superveniente da penhora dos bens dos ex-sócios, providência que, em concreto, foi realizada.

5. No caso, percebe-se que a fundamentação para a desconsideração da pessoa jurídica está ancorada em

“abuso da personalidade” e na “ausência de bens passíveis de penhora”, remetendo o voto condutor às provas e aos documentos carreados aos autos. Nessa circunstância, o entendimento a que chegou o Tribunal *a quo*, além de ostentar fundamentação consentânea com a jurisprudência da Casa, não pode ser revisto por força da Súmula 7/STJ.

6. Não fosse por isso, cuidando-se de vínculo de índole consumerista, admite-se, a título de exceção, a utilização da chamada “teoria menor” da desconsideração da personalidade jurídica, a qual se contenta com o estado de insolvência do fornecedor somado à má administração da empresa, ou, ainda, com o fato de a personalidade jurídica representar um “obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”, mercê da parte final do *caput* do art. 28, e seu § 5º, do Código de Defesa do Consumidor.

7. A investigação acerca da natureza da verba bloqueada nas contas do recorrente encontra óbice na Súmula 7/STJ.

8. Recurso especial não provido.⁴³

(VOTO VENCIDO DO MIN. RAULARAÚJO):

Há nulidade no processo a partir da decisão que decretou a desconsideração da personalidade jurídica quando determinada na fase de execução, em procedimento incidental, sem a citação dos ex-sócios, nem na fase de conhecimento, para compor o polo passivo da demanda, ainda que em litisconsórcio eventual, tampouco na fase de cumprimento de sentença, para responder ao pedido de desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, pois, como os bens dos ex-sócios poderão ser conscritos com a medida, a citação é necessária, sob pena de violação das garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Há nulidade no processo a partir da decisão que decretou a desconsideração da personalidade jurídica quan-

⁴³ REsp 1.096.604/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 16/10/2012.

do determinada na fase de execução em procedimento incidental, sem a citação dos ex-sócios, nem na fase de conhecimento para compor o polo passivo da demanda, tampouco na fase de cumprimento de sentença, para responder ao pedido de desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, porque, nos termos do artigo 47 do CPC, a eficácia da sentença depende da citação de todos os litisconsortes no processo, e, conforme dispõe o artigo 472, do mesmo diploma legal, é nula a decisão que estende a coisa julgada a terceiro que não integrou a respectiva relação processual.

Não há como saber que caminhos o STJ tomará no futuro. Se continuará fazendo a distinção de casos em que aplica a “teoria menor” ao lado de outros em que afirma a necessidade de incidência dos requisitos da “teoria maior”, ou se, como o criador dessas terminologias, as abandonará para concluir que a demonstração da fraude é sempre necessária. Se persistirá em admitir a desconsideração sem a necessidade de processo autônomo, ou se passará a exigí-lo.

Entretanto, quanto a esse último aspecto, penso que uma ponderação merece ser feita.

A necessidade de preservação do contraditório não acarretará, como alguém possa imaginar, a indenidade de providências tendentes a preservar os direitos de terceiros, dos credores, dos consumidores, do Fisco ou de quem quer que seja. Não se está dizendo que a *disregard of the legal entity* seja sempre uma providência que só se possa conceder ao final de um processo, e que credores, consumidores ou próprio Estado não possam buscar nenhuma medida capaz de impedir que se consumem ilícitos ou fraudes enquanto o processo não chegue a seu fim.

Não! O contraditório, no direito brasileiro, compadece-se perfeitamente com medidas cautelares ou antecipatórias de tutela. Isso o Supremo Tribunal Federal e toda a jurisprudência já tiveram inúmeras ocasiões de dizer (por exemplo, logo depois da vigência do Código de Processo Civil, em 1974, quando se popularizaram as cautelares; ou, já sob a égide da Constituição em vigor, vinte anos depois, quando foi introduzida a antecipação de tutela).

O que não se pode, é, de logo, sem a devida prova, decretar a desconsideração da pessoa jurídica. Mas é possível, sim,

initio litis, ou previamente – seja em processo autônomo ou incidentalmente –, tomar providências inibitórias, cautelares ou antecipatórias de tutela, para não permitir que os atos fraudulentos ou abusivos da personalidade jurídica se consumem.

Essa, a meu sentir, a melhor exegese.

Ocorre que aqui, como já pontuei, não se teve a prova – ao menos, não a prova em contraditório, mas tão somente uma prova unilateral – da fraude e do abuso. E não houve a citação, sequer mandou que se a fizesse posteriormente, das pessoas jurídicas e nem ao menos das pessoas físicas!

Verdade que o STJ já admitiu, em caso de superação da personalidade jurídica, que a citação, reconhecida a confusão patrimonial entre empresas que são apenas formalmente existentes, mas substancialmente constituam uma só, seja apenas nesta última:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CONFUSÃO PATRIMONIAL. CABIMENTO. EMPRESAS PERTENCENTES AO MESMO GRUPO ECONÔMICO. DIVISÃO MERAMENTE FORMAL. CITAÇÃO DAS DEMAIS EMPRESAS. DISPENSA. RECONHECIMENTO DE QUE, NA PRÁTICA, SE TRATAVA DO MESMO ORGANISMO EMPRESARIAL.

1. A alegação de ofensa ao art. 535 do CPC deve ser afastada, porquanto deduzida de forma genérica no recurso, sem a indicação dos pontos acerca dos quais deveria o acórdão ter-se manifestado. No particular, incide a Súmula n. 284/STF.

2. A tese de que os executados não foram intimados a falar sobre os documentos que deram ensejo à construção patrimonial não foi objeto de prequestionamento no acórdão recorrido, circunstância que atrai a incidência da Súmula n. 211/STJ.

3. A confusão patrimonial existente entre sócios e a empresa devedora ou entre esta e outras conglomeradas pode ensejar a desconsideração da personalidade jurídica, na hipótese de ser meramente formal a divisão societária entre empresas conjugadas.

Precedentes.

4. A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente. No caso, o reconhecimento da confusão patrimonial é absolutamente contraditório com a pretendida citação das demais sociedades, pois, ou bem se determina a citação de todas as empresas atingidas pela penhora, ou bem se reconhece a confusão patrimonial e se afirma que se trata, na prática, de pessoa jurídica única, bastando, por isso, uma única citação. Havendo reconhecimento da confusão, descabe a segunda providência.

5. Ademais, o recurso foi interposto exatamente pelos devedores que foram citados no processo de execução, circunstância que também afasta a pretensão recursal.

6. Não obstante a controvérsia tenha se instalado anteriormente à Lei n. 11.382/2006, é evidente a frustração da execução do crédito em razão da ineficácia de outros meios de constrição patrimonial, de modo que é cabível a penhora *on line* sobre os ativos financeiros do devedor.

7. Recurso especial não provido.⁴⁴

Acontece que, quanto às pessoas físicas, o próprio STJ, em aresto linhas atrás trasladado, a exige como de rigor.

Por conseguinte, a inclusão, sem citação, de todas essas pessoas jurídicas e físicas no processo, é incabível.

Porém, há muitos pontos da respeitável decisão que não conferem com o que se pode extrair, ao menos nesta apreciação inicial, dos autos, mesmo admitindo os indícios de um único grupo econômico e de confusão patrimonial entre todas as empresas em questão.

É que o valor da execução, de R\$ 212.517.491,77 (duzentos e doze milhões, quinhentos e dezessete mil, quatrocentos e noventa e um reais e setenta e sete centavos) é o resultado da reunião de todas as execuções, várias das quais com penhoras realizadas e pelo menos uma com parcelamento – e, portanto, suspensão da exigibilidade do crédito –, o que leva

⁴⁴ REsp 907915/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 27/06/2011.

a considerar que o valor em foco pode estar, ao menos em parte, garantido.

Na própria decisão agravada informa-se a existência de parcelamentos, de pelo menos parte desse débito, penhora de bens ofertados pela executada e aceita pela FAZENDA NACIONAL. Houve, ainda, deferimento de pedidos de penhora sobre bens da executada, inclusive de ativos financeiros, via BACENJUD. Tais constringções, ao que se depreende dos autos, se revelam insuficientes considerando o valor da dívida executada, mas não foram abatidas do bloqueio determinado pela decisão vergastada.

De outro lado, a empresa agravante juntou farta documentação que comprova a sua solvabilidade, com faturamento (ano de 2012) de R\$ 85.545.418,55 (oitenta e cinco milhões, quinhentos e quarenta e cinco mil quatrocentos e dezoito reais e cinquenta e cinco centavos), além de patrimônio representado por bens móveis e imóveis, que podem garantir o pagamento de sua dívida fiscal.

Ora, a satisfação do direito do credor é a finalidade da execução fiscal e a solvabilidade da empresa garante o pagamento desse crédito.

É de se ressaltar que, segundo também relatado nos autos, em decisões anteriores já havia deferimento de expedição de mandados de penhora em acolhimento a pedidos da FAZENDA NACIONAL, que não foram efetivados pela Secretaria do juízo desde 2007.

O fato é que algumas das execuções fiscais apenas foram suspensas pela adesão da empresa agravante ao parcelamento da Lei 11.941/07; em outras não foi efetivada a penhora por não atendimento pela Secretaria da expedição dos respectivos mandados e, por fim, em algumas houve a efetiva constringção, inclusive com penhora de ativos financeiros.

Tudo isso revela que a empresa executada, a despeito da possível existência do grupo econômico de fato, tem a capacidade de garantir o débito cobrado, seja através de penhora de bens de seu patrimônio, seja através de constringção de percentual de seu faturamento.

Há no mínimo uma situação peculiar nestes autos: a empresa dita como líder do grupo econômico é solvente e tem

capacidade de satisfazer o débito fazendário, ou seja, ao que parece não está dilapidando seu patrimônio para transferência a empresas “saudáveis” com o fito de escapar ao cumprimento das obrigações tributárias.

Por exemplo, diz-se que uma dessas empresas provavelmente integrantes do grupo econômico, a CIEMARSAL, tem uma dívida extraordinária. Há menção a auto de infração contra ela. Deve haver execuções, tanto contra ela como contra outras supostas componentes do grupo. Como ficarão esses processos? Serão reunidos? Suspensos?

Temo que a decisão de primeiro grau, por mais bem intencionada que seja, em vez de proteger a FAZENDA NACIONAL, gere um imbróglio jurídico-processual capaz mesmo de prejudicar o Fisco.

Dessarte, a ordem de bloqueio de bens das empresas que formariam o grupo econômico de fato não levou em consideração essa situação da solvabilidade da empresa agravante, o que implica rever alguns aspectos da determinação judicial.

Por outro lado, como se viu, há o atropelo de princípios constitucionais e processuais relevantíssimos, e – neste ponto não há como não acatar as razões do agravo, por autoevidentes – se inviabilizou não só a vida empresarial da agravante como a de todas as demais empresas incluídas no processo (para não falar da vida pessoal das pessoas físicas), ao se bloquear todos os seus ativos e bens, físicos ou incorpóreos.

Dado o tamanho das empresas, essa determinação repercutirá draconianamente sobre seus empregados – porque sequer recursos para pagá-los existirão –, fornecedores, clientes etc., fora os efeitos que recairão sobre os Fiscos Federal, Estadual e Municipal!

Isso tudo posto, DECIDO, de imediato, deferir PARCIALMENTE o pedido liminar constante do agravo para suspender todas as medidas decretadas na respeitável decisão agravada, mantendo apenas a proibição, à empresa agravante, de alienar qualquer tipo de patrimônio, medida que pode ser estendida às demais empresas e pessoas físicas, desde que venham a integrar a lide, através de citação regular. De momento, excludo-as do processo.

As demais questões, parte delas deixo para apreciar quando julgar o mérito do presente agravo, sendo que algumas entendo que estão fora até do âmbito deste recurso. (...)

Nas contrarrazões, a Fazenda Nacional reitera toda a matéria suscitada no Juízo de Primeiro Grau acerca da configuração do grupo econômico de fato entre a empresa agravante e as pessoas jurídicas e físicas citadas neste instrumental.

Ressalto, mais uma vez, que não afastei, de logo, essa alegação – que pode ser verificada ao longo do processo de execução –, vale dizer, da formação do grupo econômico de fato.

Reconheci que a medida requerida liminarmente pela ilustre magistrada feriu princípios constitucionais e processuais relevantes com séria repercussão em muitas empresas sediadas no Município de Mossoró/RN e, o que é pior, na vida de muitos empregados que nelas trabalham.

Em suma, suspendi, em parte, os atos determinados pela magistrada singular até que fossem as pessoas jurídicas que formariam esse grupo econômico apontado pela fazenda credora e as pessoas físicas que as administram para se defenderem no processo de origem, assegurando-lhes a garantia consagrada na nossa Carta Política do devido processo legal.

E essa providência foi devidamente cumprida pela ilustre Juíza, que determinou a expedição de mandados de citação para as pessoas físicas e jurídicas ali apontadas, o que viabilizará o exame do pleito da Fazenda Nacional.

Com efeito, e para que fique bem claro: no Digno Juízo *a quo* – e não aqui, em sede de agravo – é que entendo que deve se apurar devidamente, à luz de provas produzidas em contraditório, a real situação da agravante e das demais pessoas físicas e jurídicas envolvidas, tanto no que se refere a integrarem um mesmo grupo econômico de fato, quanto à sua solvabilidade.

Aqui apenas ficam suspensas as medidas consideradas incompatíveis com as já mencionadas regras constitucionais e processuais, e assim mesmo em atenção à conjuntura momentânea de sua adoção contra pessoas físicas e jurídicas que ainda não estavam citadas.

A citação dessas pessoas, por sinal já devidamente cumprida pela Meritíssima Juíza de origem, permitirá o desenvolvimento regular do feito.

Quanto ao argumento da agravada de que a agravante seria parte ilegítima para interpor recurso em nome dos sócios e de outras empresas, entendo que, no caso concreto:

a) por um lado não é exatamente aplicável, uma vez que a agravada pugnou por si, isto é, pela higidez processual da execução contra ela movida, e esses argumentos, ao serem acatados liminarmente, findaram se refletindo, por mera consequência, em outras pessoas que estavam sofrendo constringências decretadas nesse mesmo feito, até porque há matérias que permitem mesmo cognição de ofício; e

b) cuida-se de tese que colide com a ideia da própria agravada de que a agravante constitui, com essas outras pessoas físicas e jurídicas, um grupo econômico de fato, porque, assim sendo, a legitimidade existiria, já que haveria uma confusão de personalidades.

Assim sendo, considero que as providências tomadas nesta sede não feriram o sistema processual, antes o preservaram, para que a verdade meritória possa exsurgir no seio do verdadeiro Juízo da execução, que é o da Vara originária.

Registro, finalmente, que, caso alguma ou algumas das pessoas físicas ou representante das pessoas jurídicas objeto da execução estejam se esquivando da citação ou, de forma clara, dificultando a ação da Justiça, a exigência de citação para a tomada de medidas constritivas poderá ser mitigada pelo Digno Juízo de origem.

Com estas considerações, dou parcial provimento ao presente agravo de instrumento, tão somente para manter as determinações tomadas em sede liminar, a maior parte das quais, senão todas, já consumadas.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 135.620-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Agravante: UNIÃO
Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Partes Int.: INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL - IPHAN, MUNICÍPIO DE LARANJEIRAS (SE) E ARQUIDIOCESE DE ARACAJU - PARÓQUIA SAGRADO CORAÇÃO DE JESUS
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. LUIZ HAMILTON SANTANA DE OLIVEIRA E OUTROS E CHARLES RENIER PORTO PRADO E OUTRO

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE CULTURAL. PATRIMÔNIO HISTÓRICO. IGREJA DO SÉCULO XVIII. PROTEÇÃO. COMPETÊNCIA COMUM. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS. RESERVA DO POSSÍVEL. PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL. DEVER DE COMUNICAÇÃO. DEVER DE FISCALIZAÇÃO DO ESTADO. DL 25/37. AUSÊNCIA DO RISCO DE LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. AGRAVO PROVIDO.

- O meio ambiente cultural é uma das espécies de meio ambiente ecologicamente equilibrado e compreende o patrimônio cultural nacional, incluindo as relações culturais, turísticas, arqueológicas, paisagísticas e naturais.

- A Constituição Federal diz no art. 216 que constitui o patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços desti-

nados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

- Os bens que constituem o patrimônio cultural são bens difusos, pois, o legislador constituinte estabeleceu como dever do poder público, com a colaboração da comunidade, promover e proteger o patrimônio cultural através de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, dentre outras formas de acatelaamento e preservação (art. 216, § 1º, da CF).

- A competência de proteger os bens ambientais é comum, da União, estados-membros, Distrito Federal e Municípios (art. 23/CF).

- Alegação de inexistência de recursos financeiros na LOA para a realização da obra não prospera, pois; primeiro, não seria possível descumprir a decisão judicial, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes; segundo, ante a inexistência de créditos orçamentários e dos correspondentes recursos financeiros, é possível o remanejamento de recursos de uma categoria de programação ou de um órgão para outro mediante autorização legislativa (art. 167, VI, da CF).

- O princípio da reserva do possível não pode ser invocado, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição (ARE 639337 AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello).

- No caso dos autos, o bem histórico-cultural é a Igreja de São Benedito, construída no século XVIII, em estilo híbrido entre o rococó e o neoclássico, na Cidade de Laranjeiras onde ainda é marcante a arquitetura colonial com ruas, casarios, igrejas, a maioria remontando ao Séc. XIX.

- O dever legal do proprietário de, quando não

dispuser de recursos para proceder às obras de conservação, levar o fato ao conhecimento do IPHAN, sob pena de multa, não elide o dever legal do poder público de exercer vigilância permanente sobre os mesmos e de inspecioná-los sempre que entender conveniente, nos termos dos arts. 19 e 20 do DL 25/37.

- Entretanto, pela leitura da decisão agravada não se verifica a presença de situação ou circunstância atual capaz de autorizar o reconhecimento do risco de lesão grave e de difícil reparação precisamente no que tange à imediata e completa restauração da Igreja. Ao contrário, consta do projeto de restauração que os serviços emergenciais já foram realizados pela Prefeitura de Laranjeiras, ficando para um segundo momento as demais fases da restauração. Ademais, de acordo com o documento de fls. 83/94, elaborado pelo IPHAN, “o monumento se apresenta em estado de conservação regular”.

- Vale ressaltar que para a antecipação da tutela jurisdicional o art. 273 do Código de Processo Civil exige o preenchimento de dois requisitos básicos: a prova inequívoca dos fatos alegados e o risco de lesão grave e de difícil reparação, de modo que a falta de qualquer deles inviabiliza o deferimento da medida.

- Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, 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, 18 de fevereiro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, ajuizado pela UNIÃO em face de decisão proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara de Sergipe que, em sede de ação civil pública, deferiu a antecipação dos efeitos da tutela para determinar, 1) ao IPHAN obrigação de fazer consistente em proceder à restauração da Igreja de São Benedito, de acordo com projeto de restauração já realizado pelo Instituto de Proteção ao Patrimônio Histórico e artístico Nacional, e 2) à UNIÃO a obrigação de suportar os custos da referida restauração.

A decisão recorrida também impôs deveres ao Município de Laranjeiras (SE) e à Arquidiocese de Sergipe bem assim impôs multa diária (astreintes) no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), em caso de descumprimento da decisão.

Aduz a UNIÃO a ausência de recursos orçamentários para custear a obra, ante a ausência de previsão na Lei Orçamentária dos recursos necessários à sua execução. Ainda de acordo com a agravante, os particulares proprietários do imóvel tombado também não cumpriram o seu dever de proteger o bem, devendo, também, ser auferida a responsabilidade dos particulares. Requereu atribuição de efeito suspensivo e o provimento do recurso para que seja declarada a inexistência de recursos financeiros, a responsabilização do proprietário do imóvel pela sua desídia e o reconhecimento do exagero na fixação das astreintes.

Indeferi a atribuição de efeito suspensivo, ante a ausência de lesão grave ou de difícil reparação.

Houve contraminuta.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

O meio ambiente cultural é uma das espécies de meio ambiente ecologicamente equilibrado e compreende o patrimônio cul-

tural nacional, incluindo as relações culturais, turísticas, arqueológicas, paisagísticas e naturais.

De acordo com o art. 1º do Decreto-Lei 25/37, que trouxe, no direito brasileiro, uma primeira definição do que seria patrimônio histórico e artístico nacional, o patrimônio histórico constitui, *verbis*:

Art. 1º Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

Na mesma vereda a Lei 6.513/77, considera de interesse turístico os bens de valor cultural e natural, e em especial, os bens de valor histórico, artístico, arqueológico ou pré-histórico.

Assim, o patrimônio cultural merece proteção seja por constituir a memória do país (interesse histórico), seja pelo seu valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico (interesse artístico).

A Constituição Federal, em seu art. 216, reforça a proteção ao patrimônio histórico-cultural ao dispor que:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

(...)

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Os bens que constituem o patrimônio cultural são bens difusos, pois, o legislador constituinte estabeleceu como dever do poder público, com a colaboração da comunidade, promover e proteger o patrimônio cultural através de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, dentre outras formas de acautelamento e preservação (art. 216, § 1º).

A competência de proteger os bens ambientais, de acordo com o art. 23 da Constituição Federal é comum, de todas as pessoas políticas (União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios), permitindo-se, a teor do parágrafo único, do dispositivo mencionado, a cooperação entre os entes, na forma de leis complementares.

Eis o teor do dispositivo:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

(...).

Em relação à alegação da União da inexistência de recursos financeiros na LOA para suportar as despesas decorrentes da realização da obra, observo que tal alegação não prospera, pois; primeiro, não se poderia descumprir o quanto determinado em decisão judicial sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes; segundo, mesmo inexistente rubrica específica na LOA, sejam créditos orçamentários e os correspondentes recursos financeiros, o art. 167, permite o remanejamento de recursos de uma categoria de programação ou de um órgão para outro mediante autorização legislativa. A propósito:

Art. 167. São vedados:

(...)

VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa;

(...).

Ainda se não bastassem tais argumentos, é oportuno destacar que de acordo com a orientação assentada no Pretório Excel-

so Supremo Tribunal Federal (ARE 639337 AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello) que o princípio da reserva do possível não pode ser invocado, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição.

À propósito, destaco, em seu voto, o Ministro-Relator:

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004)

Saliento, ainda, que não se aplica, na hipótese, as restrições constantes dos arts. 1º, § 3º, da Lei 8.437/92, e 1º da Lei 9.494/97, por não se tratar de aumento ou extensão de vantagem a servidor público. Nesse sentido, já decidiu o STJ: (REsp 1.117.974/RS, Rel. p/ Ac. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Corte Especial, DJe 19/12/11); (REsp 508.477/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ, 5ª Turma, DJ 6/8/07).

Em relação ao bem objeto do processo observo, primeiramente, que a Cidade de Laranjeiras - SE, próxima à Região Metropolitana de Aracaju, é uma das poucas onde ainda se pode ver a força da arquitetura colonial com ruas, casarios, igrejas, a maioria remontando ao Século XIX.

Em pesquisa na internet, obtive acesso ao trabalho desenvolvido pela mestranda da UFBA, Roberta Bacellar Orazem, que destacou, sobre o município de Laranjeiras:

Laranjeiras é uma cidade, dentre algumas no Brasil, que é considerada patrimônio nacional, não obstante, quando se passeia por suas ruas a sensação é de uma retomada a tempos anteriores na história do Brasil, principalmente, pensa-se que a cidade congelou no período antes de se implantar a República. Em Laranjeiras, veem-se chãos de pedra, igrejas localizadas em cima de morros, a presença

marcante dos negros e mestiços e de seus cultos afros, a manifestação de grupos folclóricos, residências com fachadas coloridas e ecléticas, dentre outras imagens que fazem o visitante se sentir curioso em simular o ambiente de um passado um tanto longínquo.

Disponível em: http://www.revistaohun.ufba.br/pdf/Roberta_orazen.pdf

Quanto ao bem objeto desta ação, a Igreja de São Benedito, destaca a autora acima citada que no final do século XVIII já existia esse templo na freguesia de Laranjeiras, bem assim que o altar-mor da mesma é híbrido entre os estilos rococó e neoclássico, com poucas referências barrocas, prática comum no Brasil, nos séculos XVIII e XIX.

Trata-se, de fato, de uma igreja pequena, mas antiga, e importante do ponto de vista histórico, mormente porque remonta ao Império do Brasil, época em que o Estado Brasileiro era confessional e a religião católica era a religião oficial, a teor do que dispunha o art. 5º da Constituição do Império do Brasil de 1824, assim redigido:

Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fôrma alguma exterior do Templo.

No que pertine à responsabilidade do proprietário do imóvel, o Decreto-Lei 25/37 dispõe que:

Art. 19. O proprietário de coisa tombada, que não dispuzer de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que fôr avaliado o dano sofrido pela mesma coisa.

Art. 20. As coisas tombadas ficam sujeitas à vigilância permanente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que poderá inspecioná-los sempre que fôr julgado conveniente, não podendo os respectivos proprietários ou responsáveis criar obstáculos à inspeção, sob pena de

multa de cem mil réis, elevada ao dôbro em caso de reincidência.

Destarte, o dever legal do proprietário de, quando não dispor de recursos para proceder às obras de conservação, levar o fato ao conhecimento do IPHAN, sob pena de multa, não elide o dever legal do poder público de exercer vigilância permanente sobre os mesmos e de inspecioná-los sempre que entender conveniente.

Sobre o tema, destaca Sirvinskas (2009), o dever legal de vigilância:

permite que o Poder Público competente realize inspeção e fiscalize os bens culturais em sua plenitude, podendo adentrar nos imóveis e realizar vistorias antes ou depois do tombamento para constatar se o bem é portador de valor cultural ou se está sendo corretamente preservado.

Entretanto, pela leitura da decisão agravada não se verifica a presença de situação ou circunstância atual capaz de autorizar o reconhecimento do risco de lesão grave e de difícil reparação precisamente no tange à imediata e completa restauração da Igreja. Ao contrário, consta do projeto de restauração que os serviços emergenciais já foram realizados pela Prefeitura de Laranjeiras, ficando para um segundo momento as demais fases da restauração. Ademais, de acordo com o documento de fls. 83/94, elaborado pelo IPHAN, “o monumento se apresenta em estado de conservação regular”.

Vale ressaltar que para a antecipação da tutela jurisdicional o art. 273 do Código de Processo Civil exige o preenchimento de dois requisitos básicos: a prova inequívoca dos fatos alegados e o risco de lesão grave e de difícil reparação, de modo que a falta de qualquer deles inviabiliza o deferimento da medida.

Com estas considerações, dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0802393-
29.2013.4.05.0000 (PJe)**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Agravante: UNIÃO
Agravado: MARIA DO CARMO FERNANDES BARBOSA
Advs./Procs.: DR. MARCOS VENÍCIUS MATOS DUARTE (AGRDO.)

EMENTA: DIREITO INTERNACIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RETORNO IMEDIATO DE MENOR AO PAÍS DE ORIGEM. RELATOS DE GRAVE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. EXCEÇÃO PREVISTA NA CONVENÇÃO DE HAIA. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. NECESSIDADE.

- Nos termos do art. 12 da Convenção de Haia, a qual trata sobre os aspectos civis do sequestro internacional de menores, quando uma criança tiver sido ilicitamente retida e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a retenção indevida e o início do procedimento de restituição, a autoridade deverá ordenar o seu retorno imediato.

- A autoridade judicial ou administrativa não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha provar que existe um risco grave de a criança, na sua volta, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável. (Exceção prevista no art. 13, b, da Convenção de Haia)

- Hipótese em que, diante dos relatos de grave violência doméstica por parte do pai da criança trazidos na inicial da “ação declaratória de exceção de retorno”, movida por sua genitora, exige-se que sejam tomadas todas as cautelas pelo Juízo, fazendo-se necessária a realização da perícia para colher elementos a respeito da situação psicossocial da menor.

- Agravo de instrumento desprovido. Pedido de reconsideração prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, julgando prejudicado o pedido de reconsideração, nos termos do relatório, do voto do Relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 20 de fevereiro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela União, nos autos de “ação declaratória de exceção de retorno” da criança EMILY FERNANDES NIELSEN ao exterior, movida por sua genitora MARIA DO CARMO FERNANDES BARBOSA, com base na Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças.

A agravante se insurge contra decisão que determinou a realização de perícia social na menor (v. Identificador 4050000.274188). Sustenta, em síntese, que:

a) a decisão recorrida, em última análise, retira do Estado Brasileiro o direito de preservar o devido cumprimento do Tratado Internacional, sendo, assim, patente a lesão grave e irreparável aos interesses nacionais;

b) somente em 03/10/13, ou seja, **quase 9 meses depois de contestar o pedido**, foi intimada para tomar ciência de que a perícia social havia sido designada para o dia 17/10/13;

c) em 22/05/13, ajuizou “ação ordinária de busca, apreensão e restituição” contra a agravada (Processo nº 0801217-62.

2013.4.05.8100), tendo sido determinada, antes mesmo da citação, a suspensão de tal feito, decisão essa que também veio a ter ciência somente no dia 03/10/13 (mesma data em que tomou conhecimento da decisão de 20/06/13, que designou perícia de natureza psicológica e social na menor EMILY FERNANDES NIELSEN, solicitada pelo Ministério Público Federal);

d) a Convenção da Haia, que trata sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças, aponta no último parágrafo de seu art. 13 que as autoridades devem tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança;

e) qualquer informação, segundo a Convenção, visando provar a ocorrência de alguma causa impeditiva do retorno da criança ao local de sua residência de costume, deve ser obtida, no caso, perante a Autoridade Central Inglesa;

f) nos termos da Convenção, quanto mais tardar a instauração do processo administrativo ou judicial de restituição da criança, maiores serão as possibilidades de se produzir prova sobre a sua adaptação ao ambiente para que fora ilícitamente levada ou mantida;

g) se entre a retenção ilícita e o início do procedimento de restituição tiver ocorrido menos de um ano (como no caso em tela), a obrigação de determinar o retorno não pode ser afastada, não sendo possível qualquer alegação, perquirição ou investigação acerca de eventual adaptação do menor ao novo local, sendo, desse modo, dispensável e impertinente a realização da perícia.

O pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso foi indeferido, tendo sido interposto pedido de reconsideração.

Contrarrazões.

Parecer do Ministério Público Federal, opinando pelo desprovemento do agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

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

A pretensão da União é formulada com o propósito de obter a revogação de provimento que, nos autos de “ação declaratória de exceção de retorno” da criança EMILY FERNANDES NIELSEN ao exterior, movida por sua genitora MARIA DO CARMO FERNANDES BARBOSA, determinou a realização de perícia social na menor, a qual ainda não foi realizada (v. Identificadores 4050000.274188 e 4050000.316455).

Para tanto, sustenta que o Juízo *a quo* não observou o disposto no art. 12 da Convenção de Haia, segundo o qual, se **entre a retenção ilícita e o início do procedimento de restituição tiver ocorrido menos de um ano**, a autoridade deverá ordenar o retorno imediato da criança, **não sendo possível qualquer investigação acerca de eventual adaptação ao novo local, dispensando-se a realização da perícia.**

Compulsando os autos, vê-se que MARIA DO CARMO FERNANDES BARBOSA residia na Inglaterra com suas duas filhas ISABELA FERNANDES E EMILY FERNANDES NIELSEN, esta última do seu ex-companheiro CARSTEN NIELSEN (dinamarquês).

Na inicial do processo originário (nº 0800450-58.2012.4.05.8100), a genitora de EMILY FERNANDES NIELSEN faz graves acusações contra o pai da menor *CARSTEN NIELSEN*, trazendo relatos de agressões e abuso sexual. Observe-se:

A violência doméstica contra a autora e sua filha, ISABELA FERNANDES, ainda criança, antes de ordem moral, psicológica e patrimonial, passaram a ser de ordem física, com requintes de tortura. Carsten Nielsen tentou sufocar a companheira com um travesseiro; prendeu os dedos da mesma em uma porta até sangrar; passou a agredir também a criança ISABELA FERNANDES, filha da autora; Carsten Nielsen cortou os lábios superiores de tanto bater com travesseiro em seu rosto.

(...) a debilidade física e psicológica da autora chegou a nível tão elevado que a mesma foi encontrada no chão da casa de Carsten Nielsen, por uma amiga, e levada ao hospital onde ficou internada por uma semana; (...)

Mesmo diante desta grave instabilidade e grave situação de violência doméstica, a autora continuou forçadamente mantendo relações sexuais com Carsten Nielsen (...). Carsten Nielsen insistiu em um aborto, mas a autora resistiu. Dessa gravidez nasceu a criança, EMILY FERNANDES NIELSEN, em 27 de maio de 2009, no Hospital Universitário Salford Royal na Região Administrativa Distrito de Salford, na Inglaterra. (...)

Após o nascimento de EMILY FERNANDES NIELSEN, Carsten Nielsen intensificou as agressões físicas e psicológicas, dentro da própria casa da autora, paga pelo Governo Inglês, nas visitas que fazia. A autora contraiu herpes genital, sofreu inúmeras agressões (...)

A autora presenciou juntamente com a filha ISABELA FERNANDES (aos 10 anos) Carsten Nielsen beijando a boca da filha recém-nascida (beijo de língua) EMILY FERNANDES NIELSEN (com um mês) por algumas vezes e entrou em pânico!

ISABELA FERNANDES passou a ser também perseguida por Carsten Nielsen. Esse fato apavorou a mãe da criança ainda mais quando presenciou Carsten fazendo fotos da região genital de EMILY FERNANDES NIELSEN, sua filha recém-nascida. A autora presenciou ainda Carsten Nielsen colocando a tromba de um elefante de brinquedo (foto) na boca de EMILY FERNANDES NIELSEN, um bebê, insinuando um gesto de sexo oral (...)

Ainda na Inglaterra a autora continuou sofrendo ameaças juntamente com a filha, ISABELA FERNANDES; uma enfermeira (midwife), que atendeu no Centro Infantil, denunciou Carsten Nielsen na Justiça Inglesa; O Tribunal da Comarca de Warrington garantiu o direito de visita do genitor à criança recém-nascida, uma vez a cada três semanas, em local especial (Centro Infantil Comunitário) e em visita vigiada (...).

A Justiça Inglesa autorizou a saída da autora do país pelo período de 28 (vinte e oito) dias; Carsten Nielsen continuou ameaçando a autora e sua filha, ISABELA FERNANDES, de morte e manifestou desejo de que a filha EMILY FERNANDES NIELSEN fosse residir com ele na Dinamarca.

Sem obter ajuda das autoridades brasileiras e em evidente situação de desespero, após mudar de endereço por três vezes naquele país, a autora saiu da Inglaterra com as duas filhas, somente com objetos de uso pessoal, e agora teme por sua vida e de suas duas filhas, em caso de regresso forçado.

A Autoridade Central Administrativa Federal - ACAF - Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República Federativa do Brasil, em 23 de julho de 2012, recebeu da Unidade Internacional de Rapto e Contato Infantil da Inglaterra, pedido para retorno à Inglaterra de EMILY FERNANDES NIELSEN. (...) (v. Identificador 4050000.274185)

Vê-se que, segundo a mãe de EMILY, CARSTEN NIELSEN, com quem manteve um relacionamento amoroso, cometia atos de violência física e sexual, vivendo ela na Inglaterra em situação de risco juntamente com as suas duas filhas.

Sobre a matéria, observo que o art. 12 da Convenção de Haia impõe o retorno imediato da criança quando decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevida e a data do início do processo. Note-se:

Artigo 12 - Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevida e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança.

A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de 1 ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio. (...).

Entretanto, o art. 13 estabelece exceções:

Artigo 13 - Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar:

- a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou
- b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável. (Grifei)

Os fatos relatados na exordial do Processo Originário nº 0800450-58.2012.4.05.8100 sinalizam pela ocorrência de maus tratos por parte do pai de EMILY FERNANDES NIELSEN, sendo prudente a realização da perícia para colher elementos a respeito da situação psicossocial da criança.

Como bem asseverou o Ministério Público Federal em seu parecer, a excepcionalidade do caso, em face das graves acusações da genitora em desfavor do ex-companheiro, exige que sejam tomadas todas as cautelas pelo Juízo.

A propósito, vale transcrever o seguinte julgado:

RECURSOS ESPECIAIS. DIREITO INTERNACIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DECRETO N. 3.413, DE 14.4.2000. CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. MENOR NASCIDO NA ALEMANHA EM 11.3.2004. VISITA AO BRASIL. RECUSA DA GENITORA EM VOLTAR PARA A ALEMANHA. AÇÃO DE BUSCA, APREENSÃO E RESTITUIÇÃO PROPOSTA PELA UNIÃO. NECESSIDADE DA PROVA PERICIAL. AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA DO MENOR. VIOLAÇÃO DO ART. 330, I, DO CPC CONFIGURADA. RECURSOS PROVIDOS EM PARTE.

- No âmbito internacional, as regras e os costumes devem ser aplicados e interpretados diferentemente, com mais racionalidade e menos apego aos costumes e às normas nacionais, de forma a alcançar um ponto de equilíbrio, suportável para todos os envolvidos nessas novas relações e indispensável para disciplinar os efeitos delas.

- A Convenção de Haia, não obstante apresente reprimenda rigorosa ao sequestro internacional de menores com determinação expressa de retorno deste ao país de origem, garante o bem estar e a integridade física e emocio-

nal da criança, o que deve ser avaliado de forma criteriosa, fazendo-se necessária a prova pericial psicológica. Recursos especiais parcialmente providos.

(STJ, 2ª T., REsp 1.239.777, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 19/04/12)

Não é demais registrar que a União ajuizou “ação ordinária de busca, apreensão e restituição” da menor EMILY FERNANDES NIELSEN ao exterior (Processo nº 0801217- 62.2013.4.05.8100), tendo ali sido proferida decisão determinando a suspensão do feito, contra a qual também foi interposto agravo de instrumento (PJE 0802437 48.2013.4.05.0000).

Com estas considerações, nego provimento ao agravo de instrumento, julgando prejudicado o pedido de reconsideração.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 4.492-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (PRESIDENTE)
Requerente: MUNICÍPIO DE ARACAJU (SE)
Requerido: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Partes Int.: UNIÃO E EMPRESA MUNICIPAL DE OBRAS E URBANIZAÇÃO - EMURB
Adv./Proc.: DR. JOSÉ ITAMIR LEITE DE OLIVEIRA (REQTE.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM SUSPENSÃO DE LIMINAR. OBRA DE CONTENÇÃO EM ÁREA DE PRAIA. PARALISAÇÃO. PLEITO SUSPENSIVO. CONCESSÃO. PREJUDICIALIDADE SUPERVENIENTE. REFORMA DA DECISÃO QUE ENSEJOU SUA APRESENTAÇÃO. RECURSO PREJUDICADO. - Não mais subsistindo a decisão que ensejou a apresentação do pleito suspensivo, eis que reconhecida a sua prejudicialidade em razão da

prolação de sentença no processo principal, prejudicado também se encontra o pedido de suspensão e, por consequência, o agravo regimental intentado contra o decisum que concedeu a contracautela política.

- Suspensão de liminar e agravo regimental prejudicados.

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, julgar prejudicado o incidente de suspensão de liminar e, por conseguinte, o agravo regimental interposto, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 5 de fevereiro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - Relator Presidente

RELATÓRIO

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

O Ministério Público Federal desafia por agravo regimental decisão de minha lavra que deferiu pedido de suspensão de liminar para sobrestar os efeitos do ato judicial proferido pelo Des. Fed. Marcelo Navarro nos autos do AGTR nº 136.062-SE o qual determinou:

a) Ao Município de Aracaju e à Empresa Municipal de Obras e Urbanização (EMURB) que suspendam, imediatamente, a execução das obras relativas ao 'Projeto de Defesa Litorânea da Praia 13 de julho', até a obtenção da necessária licença ambiental de instalação e das autorizações dos órgãos federais competentes (SPU e Capitania dos Portos), sem prejuízo da realização de obras de caráter emergencial e provisório;

b) À União e à Administração Estadual do Meio Ambiente que promovam o embargo, nos termos da legislação de

regência, de qualquer intervenção relacionada à execução de obras do empreendimento aqui mencionado, enquanto não obtidas a necessária licença ambiental de instalação e as autorizações dos órgãos federais competentes (SPU e Capitania dos Portos), notificando e autuando os responsáveis. (fl. 33)

Suspendi os efeitos do aludido *decisum*, em razão de convencer-me de que a providência determinada pelo II. Desembargador de fato representaria séria ameaça à ordem pública, na medida em que a obra sobrestada foi objeto de estudo por parte dos técnicos da municipalidade, tendo sido considerada a única capaz de afastar o risco de desabamento da estrutura de contenção da Avenida Beira Mar de Aracaju, no trecho compreendido entre o late Clube e a Avenida Anísio Azevedo.

Vislumbrei ainda a existência de clara ofensa à economia pública, sabido que a decisão combatida desconsiderou os recursos legitimamente aplicados até então, os quais – cuidei de frisar – levaram a obra em discussão a um patamar próximo a 60% de conclusão.

Inconformado com o aludido ato judicial, vem o MPF valer-se do recurso em referência, sustentando, preliminarmente, a incompetência desta Corte Regional para examinar a medida suspensiva requestada, ao argumento de que “a decisão do Desembargador Federal Marcelo Navarro está sujeita apenas e exclusivamente a um ato suspensivo a ser praticado pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça” (fl. 355).

No mérito, defende a ausência, na hipótese, de risco mínimo para a ordem e a economia públicas, afigurando-se, pois, a seu ver, descabida a providência suspensiva autorizada pelo art. 4º da Lei nº 8.437/92. Primeiro, porque, consoante alega, o sobrestamento da obra não acarretará risco algum à ordem pública, sabido que a medida buscada pelo Ministério Público do Estado de Sergipe, no âmbito da Justiça Comum Estadual, será suficiente para impedir danos pessoais e materiais decorrentes do avanço das águas ribeirinhas. Segundo, porque o prejuízo decorrente da suspensão do avanço da aludida obra não terá o condão de inviabilizar o equilíbrio econômico do Município de Aracaju, que – defende –

continuará realizando normalmente sua competência administrativa prevista na Lei Maior.

Requer, assim, que seja reconhecida a incompetência dessa Presidência para suspender atos jurisdicionais de natureza liminar ou cautelar dos integrantes desta Corte ou, na sua impossibilidade, que seja reconsiderada a decisão agravada com a submissão do recurso, se for o caso, ao egrégio Tribunal Pleno deste Regional para que seja julgado provido o agravo intentado.

Em mesa para julgamento.

É o relatório.

VOTO

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

Voltam-me os presentes autos conclusos com o agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra a decisão de minha relatoria que deferiu pedido formulado pelo Município de Aracaju para sobrestar os efeitos do *decisum* prolatado no AGTR nº 136062/SE e, com isso, permitir a continuidade das obras relativas ao Projeto de Defesa Litorânea da Praia 13 de julho, empreendidas na Avenida Beira Mar daquela cidade.

Conquanto considere acertada a decisão tomada por esta Presidência durante o período de recesso forense, verifiquei, após as ponderações tecidas pela ilustre Des. Fed. Margarida Cantarelli, que o presente feito de fato encontra-se prejudicado, eis que, em 31/01/2014, a Terceira Turma desta Corte Regional reconheceu a prejudicialidade do agravo de instrumento que ensejou a apresentação do presente pedido de suspensão (AGTR nº 136.062-SE), justamente porque foi julgada por sentença a ação principal (Medida Cautelar Inominada nº 0004900-07.2013.4.05.8500).

Nessa toada, não havendo mais qualquer utilidade na concessão do provimento almejado no feito em questão, julgo prejudicado o presente pedido de suspensão de liminar e, por consequência, o agravo regimental intentado pelo *Parquet* federal.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 4.754-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA
Apelantes: ESPÓLIO DE JOSÉ FRANCISCO DE SANTANA E
OUTROS E FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO -
FUNAI
Apelados: UNIÃO, JOÃO ANTÔNIO DA SILVA E OUTROS E
INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E RE-
FORMA AGRÁRIA - INCRA
Curador Esp.: ASSILON BARBOSA DOS SANTOS
Reptes.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª RE-
GIÃO E PROCURADORIA DO INCRA
Advs./Procs.: DRS. LUIZ GONZAGA DE LIMA E OUTRO

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EXPROPRIAÇÃO. CULTIVO DE PLANTAS PSICOTRÓPICAS. ART. 243 DA CF/88. INTERVENÇÃO DA FUNAI. BEM INCORPORADO AO PATRIMÔNIO DA UNIÃO (ART. 15 DA LEI Nº 8.257/91). DESTINAÇÃO APÓS ANÁLISE NA ESFERA ADMINISTRATIVA. DESCONHECIMENTO DO PLANTIO ILEGAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL.

- Remessa oficial e apelações contra sentença que julgou procedente o pedido de expropriação da “Fazenda Olho D`água do Muniz”, sem pagamento de indenização aos proprietários, ao argumento de que (i) no imóvel estavam sendo cultivados 3.254 pés de Cannabis Sativa Linneu, substância entorpecente e psicotrópica de uso proibido no País, consoante a classificação da Portaria nº 028/86 DIMED/MS; (ii) o bem estava registrado em nome de particular (José Francisco de Santana); (iii) após a expropriação do bem, demonstrado que ele integra território indígena, caberá ao administrador público destiná-lo ao uso da comunidade nativa, caso contrário, deverá ser destinado ao assentamento dos colonos.

- A declaração de expropriação cinge-se a declarar a transferência da propriedade do bem para o expropriante, competindo a este empregá-la de acordo com as finalidades previstas em lei. Desse modo, concluindo a Administração Pública que se trata de território indígena, estando o bem incorporado ao patrimônio da União, deverá ser destinado ao uso da comunidade indígena, em conformidade com o parágrafo primeiro do art. 15 da Lei nº 8.257/91, e § 4º do art. 231 da CF/88, afastando qualquer ofensa aos direitos indígenas tutelados pela Constituição Federal, restando preservado o interesse da FUNAI, porquanto a União não apresentou nos autos qualquer oposição à destinação pretendida, caso seja esta devida.

- Não há que se falar em nulidade da sentença decorrente da falta de laudo antropológico, porquanto caberá ao administrador público, após a incorporação do bem pela União, averiguar se a fazenda em questão integra território indígena, questão que definitivamente não pode ser trazida para o âmbito desta ação de desapropriação.

- Por sua vez, não é requisito necessário o conhecimento, pelo expropriado, da existência de plantio ilegal de psicotrópicos em seus domínios, mas sim, a conduta omissiva do expropriado, de caráter negligente, revelado pelo descuido de não diligenciar para que terceiros não se aproveitem de suas glebas de terra para o plantio de substâncias psicotrópicas.

- Ademais, o Pleno desse egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região já se manifestou no sentido de ser irrelevante a existência ou inexistência de culpa no cultivo ilegal que enseje a expropriação-sanção, em razão de ser objetiva a responsabilidade do proprietário das terras destinadas ao plantio de espécies psicotrópicas: TRF5, AR 4.842/PE, Relator: Desembargador Fe-

deral Paulo Roberto de Oliveira Lima, Pleno, DJ 28/10/2005.

- Precedentes desta Corte: AC 545.995/PE, Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro, Terceira Turma, DJe 13/08/2013; TRF5, AC 468.341/PE, Relator: Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão (Convocado), DJe 14/06/2012.

- Remessa oficial e apelações improvidas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 11 de março de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA:

Trata-se de remessa oficial e apelações contra sentença que julgou procedente o pedido de expropriação da “Fazenda Olho D`água do Muniz”, sem pagamento de indenização aos proprietários, ao argumento de que (i) no imóvel estavam sendo cultivados 3.254 pés de *Cannabis Sativa Linneu*, substância entorpecente e psicotrópica de uso proibido no País, consoante a classificação da Portaria nº 028/86 DIMED/MS; (ii) o bem estava registrado em nome de particular (José Francisco de Santana); (iii) após a expropriação do bem, demonstrado que ele integra território indígena, caberá ao administrador público destiná-lo ao uso da comunidade nativa, caso contrário, deverá ser destinado ao assentamento dos colonos.

Os expropriados citados por edital alegam, em sua apelação (fls. 544/545), em suma, que não tinham conhecimento do plantio de maconha em suas terras e, ainda que tivessem, não teriam

como impedir tal prática, haja vista a violência dos traficantes, que intimidam, de forma violenta, a todos que se opõem às suas investidas. Requerem, por fim, a reforma da sentença, para que seja afastada a condenação estabelecida nos autos, sem a correspondente e justa indenização.

A FUNAI, em suas razões, sustenta que foi constatado pelo INCRA (fls. 325/326) o interesse do órgão no imóvel objeto da lide, eis que trata de terra ocupada por indígenas, razão pela qual foi determinada a citação da Fundação. Alega, ainda, em preliminar, a nulidade da sentença, ante a inexistência de perícia antropológica, prova essencial à constatação da ocupação tradicional indígena, não podendo a União expropriar patrimônio que lhe pertencem nos termos da Constituição Federal.

No mérito, a FUNAI defende, em apertada síntese, (i) a ocupação indígena da “Fazenda Olho D`água do Muniz”; (ii) o direito dos índios às suas terras independentemente de demarcação; (iii) a indisponibilidade das terras indígenas; (iv) que as terras indígenas destinam-se a posse permanente, com seu usufruto exclusivo, em favor dos índios e de suas comunidades, de acordo com o § 2º do art. 231 da Constituição Federal; (v) a nulidade de atos envolvendo a posse, a ocupação e o domínio de terras indígenas; (vi) a impossibilidade da União expropriar seus próprios bens.

Contrarrazões apresentadas pela União às fls. 569/583.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 596/598, opinado pelo improvimento dos recursos, eis que é inconteste o plantio da *Cannabis Sativa Linneu* na área expropriada e que uma vez comprovada que a referida área está inserida em território indígena, não poderá ser destinada a assentamento de colonos, por incidência do comando do artigo 231, § 2º, da Constituição Federal.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA (Relator):

De início, quanto à alegada imprescindibilidade da realização de perícia antropológica para o deslinde da demanda, reservo-me à análise do tema quando do exame do mérito.

O art. 243 da Constituição Federal instituiu importante mecanismo de combate ao tráfico ilícito de entorpecentes, ao permitir a imediata expropriação de quaisquer terras onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. Vejamos:

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

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

O dispositivo constitucional foi regulado pela Lei nº 8.257/91, que também estabeleceu rito judicial especial para a consecução do direito material delineado constitucionalmente. Previu esta lei, ainda, no parágrafo único do seu art. 1º, o confisco de todo e qualquer bem utilizado no tráfico ilícito de entorpecentes.

Art. 1º As glebas de qualquer região do país onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, conforme o art. 243 da Constituição Federal.

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

Com efeito, convém destacar a peculiaridade no tocante à destinação do imóvel. É que nas diversas espécies de desapro-

priação, o ato declaratório de desapropriação deverá conter a destinação que será dada ao imóvel, enquanto nesta espécie não há ato declaratório, a sua destinação já está definida na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 8.257/91, que regulam a matéria, ou seja, para o assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos.

Por sua vez, dispõe o art. 15 da Lei nº 8.257, de 26 de novembro de 1991, que:

Art. 15. Transitada em julgado a sentença expropriatória, o imóvel será incorporado ao patrimônio da União.

Parágrafo único. Se a gleba expropriada nos termos desta lei, após o trânsito em julgado da sentença, não puder ter em cento e vinte dias a destinação prevista no art. 1º, ficará incorporada ao patrimônio da União, reservada, até que sobrevenham as condições necessárias àquela utilização.

Assim, os imóveis expropriados por cultivarem plantas psicotrópicas, após o trânsito em julgado da sentença expropriatória, serão incorporados provisoriamente ao patrimônio da União para depois serem transferidos, definitivamente, a terceiros. Contudo, se não lhes for dada a destinação legalmente determinada, não sofrerão o instituto da retrocessão, visto que, a própria Lei nº 8.257/91, no parágrafo único, do art. 15, diz que, se não puder ter, em 120 (cento e vinte dias), após o trânsito em julgado da sentença de expropriação, a destinação prevista no art. 1º desta lei, o imóvel ficará incorporado ao patrimônio da União, reservado, até que sobrevenham as condições necessárias àquela utilização.

A declaração de expropriação cinge-se a declarar a transferência da propriedade do bem para o expropriante, competindo a este empregá-la de acordo com as finalidades previstas em lei. Desse modo, concluindo a Administração Pública que se trata de território indígena, estando o bem incorporado ao patrimônio da União, deverá ser destinado ao uso da comunidade indígena, em conformidade com o parágrafo primeiro, do art. 15 da Lei nº 8.257/91 e § 4º do art. 231 da CF/88, afastando qualquer ofensa aos direitos indígenas tutelados pela Constituição Federal.

Elucidativa a conclusão do juiz de origem sobre esse aspecto:

Neste ponto, não merece acolhida o argumento da FUNAI da impossibilidade de se proceder a expropriação por se tratar de área indígena. Ora, a decisão da expropriação, limita-se a declarar a transferência da propriedade do bem para o expropriante, ao qual compete empregá-la nas finalidades previstas em lei. Ademais, a expropriação melhor atende aos interesses da fazenda pública, tendo em conta que não enseja o pagamento de qualquer indenização (art. 243, *caput*, da CR), ao contrário do que se dá no reconhecimento de território indígena (art. 231, § 6º, da CR).

Assim, após a expropriação do bem, demonstrado que ele integra território indígena, cabe ao administrador público destiná-lo ao uso da comunidade indígena, caso contrário, deverá ser destinado ao assentamento dos colonos. Logo, como se vê nada impede a realização da expropriação, uma vez que a destinação do bem se resolverá posteriormente na via administrativa.

De fato, a Constituição Federal de 1988, assim como as que a antecederam, preocupou-se em proteger os direitos e interesses das populações indígenas, acolhendo o instituto do indigenato ao reconhecer os direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente habitam (art. 231). O § 6º do art. 231 da Constituição Federal expressamente dispõe que os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são nulos de pleno direito, não havendo qualquer direito a indenização ou ações contra a União, salvo quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

Dessa forma, como pontuado pelo juiz de origem, a expropriação, na hipótese dos autos, não enseja o pagamento de qualquer indenização (art. 243, *caput*, da CF/88), haja vista a comprovação do cultivo de substância entorpecente, de uso proibido no País. Ao revés, no reconhecimento de território indígena (art. 231, § 6º, da CF/88), comprovada a ocupação de boa-fé, gera o direito a indenizações ou ações contra União, o que torna a desocupação mais onerosa para Administração Pública.

No caso vertente, melhor conclusão é que a perda da terra se deve pelo cultivo de plantas psicotrópicas, sem gerar o pagamento de indenização, cabendo à União, após a incorporação do bem, analisar se a terra em questão é habitada pelos indígenas, desti-

nando ao uso da comunidade nativa caso seja realmente demonstrado que o bem expropriado integra seu território, restando preservado o interesse da FUNAI, porquanto a União não apresentou nos autos qualquer oposição à destinação pretendida.

Destaque-se, por oportuno, que, conforme relatório do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, a área em debate está sendo pretendida pela FUNAI, em processo em tramitação (fls. 325/326).

Isso, posto, não há que se falar em nulidade da sentença decorrente da falta de laudo antropológico, porquanto, como já dito, caberá ao administrador público, após a incorporação do bem pela União, averiguar se a fazenda em questão integra território indígena, questão que definitivamente não pode ser trazida para o âmbito desta ação de desapropriação.

Por sua vez, contrariamente ao alegado pelos réus, não é requisito necessário o conhecimento, pelo expropriado, da existência de plantio ilegal de psicotrópicos em seus domínios, mas sim, a conduta omissiva do expropriado, de caráter negligente, revelado pelo descuido de não diligenciar para que terceiros não se aproveitem de suas glebas de terra para o plantio de substâncias psicotrópicas.

Ademais, o Pleno desse Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região já se manifestou no sentido de ser irrelevante a existência ou inexistência de culpa no cultivo ilegal que enseje a expropriação-sanção, em razão de ser objetiva a responsabilidade do proprietário das terras destinadas ao plantio de espécies psicotrópicas:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO RESCISÓRIA. TERRAS UTILIZADAS PARA CULTIVO DE PLANTAS PSICOTRÓPICAS. EXPROPRIAÇÃO SANÇÃO. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. CERCEAMENTO DE DEFESA. ERRO DE FATO. INEXISTÊNCIA.

1. Suficientemente provados os fatos relevantes a caracterizar a desapropriação, inclusive através da realização de prova pericial, desnecessária a ouvida de testemunhas o que desconfigura o alegado cerceamento de defesa.

2. É objetiva a responsabilidade do proprietário de terras destinadas para o plantio de espécies psicotrópicas, sendo em consequência irrelevante a existência ou inexistência de culpa na utilização criminosa.

3. Não demonstradas a violação à literal disposição de lei e a existência de erro de fato na decisão rescindenda.

4. Improcedência do pedido.

(TRF5, AR 4.842-PE, Relator: Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, Pleno, *DJ* 28/10/2005)

Presente o requisito de comprovação do cultivo de plantas psicotrópicas em imóvel rural, independente de culpa ou dolo do proprietário, é cabível, no caso concreto, a desapropriação prevista no art. 243 da Constituição Federal, sem qualquer indenização.

Nada obstante à violência dos traficantes, caberia ao proprietário da terra denunciar aos órgãos competentes o cultivo de substâncias entorpecentes e psicotrópicas de uso proibido no País.

Nesse sentido, seguem precedentes do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EXPROPRIAÇÃO SANÇÃO. ART. 243 DA CF. CULTURA DE PLANTAS PSICOTRÓPICAS. PROVA SUFICIENTE.

1. Apelação em razão da sentença que declarou a expropriação de imóvel no qual foi encontrada cultura ilegal da planta psicotrópica, com fulcro no art. 243 da CF.

2. Nos imóveis em que forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas deve ser expropriado, independentemente de culpa do proprietário, desde que provadas a localização do plantio e a natureza psicotrópica da espécie cultivada, fato incontroverso nos autos.

3. “Suficientemente provados os fatos relevantes a caracterizar a desapropriação, inclusive através da realização de prova pericial, desnecessária a ouvida de testemunhas o que desconfigura o alegado cerceamento de defesa” (AR nº 4.842-PE, TRF 5ª R., Pleno, Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, *DJ* 28/10/05 -p. 752).

4. Apelação a que se nega provimento.

(TRF5, AC 545.995-PE, Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro, Terceira Turma, *DJe* 13/08/2013) (g.n.)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EXPROPRIAÇÃO SANÇÃO. PROVA.

1. Sentença que declara a expropriação de imóvel no qual fora encontrada cultura ilegal da planta psicotrópica *Cannabis sativa Linneu* (maconha).

2. Apelação alegando insuficiência de provas e cerceamento de defesa.

3. O imóvel em que forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas deve ser expropriado, independentemente de culpa do proprietário, desde que provadas a localização do plantio e a natureza psicotrópica da espécie cultivada.

4. “Suficientemente provados os fatos relevantes a caracterizar a desapropriação, inclusive através da realização de prova pericial, desnecessária a ouvida de testemunhas o que desconfigura o alegado cerceamento de defesa”. (AR nº 4.842-PE, TRF 5ª R., Pleno, Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, DJ 28/10/05 - p. 752)

(TRF5, AC 468.341-PE, Relator: Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão (Convocado), DJe 14/06/2012) (g.n.)

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial e às apelações.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 28.013-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT

Apelante: UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC

Apelada: SILVANIRA DE CASTRO SOARES MAGALHÃES

Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Advs./Procs.: DRS. RODRIGO ANTONIO MAIA BARRETO E OUTRO

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. INSTITUIDOR FALECIDO NA INATIVIDADE E INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ 16.12.1998. DIREITO À PARIDADE TOTAL DE REAJUSTE

DAS PENSÕES COM A REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES ATIVOS, CONSOANTE A REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 47/2005. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS.

- A questão posta a desate está em saber se a pensão percebida pela autora poderá ser reajustada pelo mesmo critério dos servidores da ativa.

- Cumpre destacar que é resguardada a paridade aos pensionistas que tiveram seus benefícios deferidos de forma derivada, em decorrência do óbito de servidor cuja aposentadoria fora deferida com observância à paridade, tendo em vista a interpretação sistemática e teleológica do alcance da regra de paridade de tratamento remuneratório com os servidores em atividade (art. 7º da EC 41/2003, e art. 2º da EC 47/2005) em confronto com as disposições específicas desse alcance previstas no art. 3º, parágrafo único, da EC 47/2003, e no art. 6º-A, parágrafo único, da EC 41/2003, incluído pela EC 70/2012.

- A disciplina imposta pelos referidos dispositivos legais conduz à conclusão de que é cabível a incidência da regra da paridade para as pensões derivadas de aposentadorias concedidas com esse direito também em relação às situações dos servidores que foram aposentados até 31.12.2003 (data da publicação da EC 41/2003), ou com base na regra garantidora de direito adquirido prevista no art. 3º da EC 41/2003 (todos os requisitos para concessão da aposentadoria foram implementados até 31.12.2003, embora o benefício só tenha sido requerido ou deferido posteriormente), ou, ainda, com base nas regras de transição estabelecidas pelo art. 6º da EC 41/2003 (servidores que ingressaram no serviço público até a data da publicação da emenda e atenderam aos requisitos das regras transitórias posteriormen-

te), sob pena de claro tratamento discriminatório. - In casu, o instituidor da pensão faleceu em 7.11.2004, quando já aposentado, de forma que, não tendo sido infirmada a paridade de seu benefício com os da remuneração dos servidores ativos, resta garantida igualmente a paridade para a pensão derivada do referido benefício.

- Nesse sentido, precedente desta Corte: AC 549.672, Desembargador Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, TRF5 - Segunda Turma, DJe 06/12/2012 - Página: 322.; AC 553.774-SE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT, Primeira Turma, JULGAMENTO: 27/06/2013, PUBLICAÇÃO: DJe 04/07/2013 - Pág. 130.

- Ademais, não seria razoável admitir paridade, ainda que condicionada ao preenchimento de alguns requisitos, para as pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 e não fazê-lo em relação àqueles já se encontravam aposentados e com direito à paridade.

- Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELREEX 28.013-CE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela Universidade Federal do Ceará - UFC contra sentença que, confirmando a liminar, concedeu a segurança para restabelecer a paridade da pensão por morte percebida por Silvanira de Castro Soares Magalhães com os proventos dos servidores da ativa, abstenendo-se de efetuar descontos no referido benefício.

2. Alega a apelante, em síntese, que a autora não faz jus à paridade, vez que a concessão, em seu favor, de pensão por morte deu-se sob a vigência da EC 41/2003, de forma que devem ser aplicados a tal pensão a mesma data e índices aplicáveis à revisão dos benefícios pagos a segurados do Regime Geral da Previdência Social, nos termos do art. 40, § 7º, da CF/88, com redação dada pela referida Emenda, e da Lei nº 10.887/2004.

3. Sem contrarrazões.

4. É o relatório.

VOTO

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

1. A questão posta a desate está em saber se a pensão percebida pela autora poderá ser reajustada pelo mesmo critério dos servidores da ativa.

2. Cumpre destacar que é resguardada a paridade aos pensionistas que tiveram seus benefícios deferidos de forma derivada, em decorrência do óbito de servidor cuja aposentadoria fora deferida com observância à paridade, tendo em vista a interpretação sistemática e teleológica do alcance da regra de paridade de tratamento remuneratório com os servidores em atividade (art. 7º da EC 41/2003 e art. 2º da EC 47/2005) em confronto com as disposições específicas desse alcance previstas no art. 3º, parágrafo único, da EC 47/2003 e no art. 6º-A, parágrafo único, da EC 41/2003, incluído pela EC 70/2012.

3. A disciplina imposta pelos referidos dispositivos legais conduz à conclusão de que é cabível a incidência da regra da paridade para as pensões derivadas de aposentadorias concedidas com esse direito também em relação às situações dos servidores que foram aposentados até 31.12.2003 (data da publicação da EC 41/2003), ou com base na regra garantidora de direito adquirido prevista no art. 3º da EC 41/2003 (todos os requisitos para concessão da aposentadoria foram implementados até 31.12.2003, embora o benefício só tenha sido requerido ou deferido posteriormente), ou, ainda, com base nas regras de transição estabelecidas pelo art. 6º da EC 41/2003 (servidores que ingressaram no serviço público até a data da publicação da emenda e atenderam aos requisitos das regras transitórias posteriormente), sob pena de claro tratamento discriminatório.

4. *In casu*, o instituidor da pensão faleceu em 7.11.2004 (fl. 26), quando já aposentado, de forma que, não tendo sido infirmada a paridade de seu benefício com os da remuneração dos servidores ativos, resta garantida igualmente a paridade para a pensão derivada do referido benefício. Nesse sentido, precedente desta Corte:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. VIÚVA. PENSÃO. PARIDADE. INTEGRALIDADE. REGRA DE TRANSIÇÃO. EC 41/2003, EC 47/2005 E EC 70/2012. REPERCUSSÃO GERAL.

1. A questão posta a deslinde cinge-se à verificação do direito da impetrante de receber a pensão do ex-servidor sem os descontos implementados pela impetrada, à vista de que a aposentadoria se deu anteriormente à Emenda Constitucional nº41/2003.

2. O que se deduz dos autos, da alegação da requerente não contraditada pela Universidade requerida, é que o instituidor de pensão foi aposentado antes da EC 41/2003, abrangido, portanto, pelo regime de paridade e integralidade.

3. A tese da UFC, acolhida na sentença, é de que em sendo o óbito posterior à EC 41/2003 não teria a impetrante direito à paridade eis que a referida emenda constitucional extingue tal direito, valeu para tal exame a regra de

que a lei que rege a concessão do benefício é a vigente à data do óbito do instituidor do benefício.

4. Ocorre que a própria EC 41/2003 e, posteriormente, a EC 47/2005 trouxeram regras de transição a teor de seus artigos 6º e 7º e 2º e 3º respectivamente. Sendo, tal matéria, o tema tratado em repercussão geral na RE 590260-SP, relator o exmo. Sr. Ministro Ricardo Levandoviski: "I - Estende-se aos servidores inativos a gratificação extensiva, em caráter genérico, a todos os servidores em atividade, independentemente da natureza da função exercida ou do local onde o serviço é prestado (art. 40, parágrafo 8º, da Constituição). II - Os servidores que ingressaram no serviço público antes da EC 41/2003, mas que se aposentaram após a referida emenda, possuem direito à paridade remuneratória e à integralidade no cálculo de seus proventos, desde que observadas as regras de transição especificadas nos arts. 2º e 3º da EC 47/2005."(RE 590260, RICARDO LEWANDOWSKI, STF)

5. Ademais, tanto a Emenda Constitucional 47/2005 quanto a Emenda Constitucional 70/2012 ressalvam o direito à paridade para aqueles que se aposentarem com base em suas regras.

6. Apelação provida.

(AC 549.672, Desembargador Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, TRF5 - Segunda Turma, DJe 06/12/2012 - Página: 322.)

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. INSTITUIDOR FALLECIDO NA INATIVIDADE E INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ 16.12.1998. DIREITO À PARIDADE TOTAL DE REAJUSTE DAS PENSÕES COM A REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES ATIVOS, CONSOANTE A REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART.3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº47/2005. GRATIFICAÇÕES DE DESEMPENHO. GDPGTAS E GDPGPE. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO. CARÁTER GENÉRICO. PARIDADE ENTRE ATIVOS E INATIVOS. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO DO PARTICULAR, PROVIDA. APELAÇÃO DO INSS, PREJUDICADA.

1. A relação objeto desta ação é de trato sucessivo, ou seja a violação se renova periodicamente, havendo que se falar apenas na prescrição das parcelas anteriores ao quinquênio do ajuizamento da demanda, inexistindo prescrição do fundo de direito, nos termos do art 1º do Decreto nº

20.910/32 c/c a Súmula nº 85 do STJ. Proposta a demanda em 27.6.2012, caracterizada a prescrição das parcelas vencidas antes de 27.6.2007.

2. A questão posta a desate está em saber, inicialmente, se a pensão percebida pela autora poderá ser reajustada pelo mesmo critério dos servidores da ativa e, reconhecido o direito à paridade, se faz jus à percepção das GDPGTAS e GDPGPE e em que percentuais.

3. No que concerne à paridade, deve-se observar que, em observância ao princípio *tempus regit actum*, a lei disciplinadora da concessão do benefício é aquela vigente à época do fato gerador do benefício.

4. *In casu*, o instituidor da pensão faleceu em 24.3.2007, quando já aposentado, de forma que o cálculo do valor da pensão deve observar o art. 40, parágrafo 7º, da Constituição Federal, c/c o art. 2º da Lei nº 10.887/2004, que regulamentou a EC nº 41/2003, inexistindo, portanto, integralidade em relação ao cálculo dos proventos. Contudo, resta garantida a paridade total entre os reajustes das pensões com os da remuneração dos servidores ativos, em face do art. 3º, parágrafo único, da Emenda Constitucional nº 47/2005 c/c o artigo 7º da Emenda nº 41/2003. Precedente desta Corte: AC 549672, Desembargador Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, TRF5 - Segunda Turma, DJe 06/12/2012 - Página: 322.

5. Ademais, não seria razoável admitir paridade, ainda que condicionada ao preenchimento de alguns requisitos, para as pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 e não fazê-lo em relação àqueles já se encontravam aposentados no advento da Emenda Constitucional nº 20/98, como no caso dos autos em que o instituidor da pensão estava aposentado desde 27.10.1978.

6. Quanto à percepção das gratificações GDPGTAS e GDPGPE e as alíquotas aplicáveis à pensão objeto da ação, o egrégio STF, através da Súmula Vinculante nº 20, firmou entendimento no sentido de que as vantagens pecuniárias nominalmente atreladas ao desempenho individual do servidor podem vir a ter caráter genérico enquanto não houver a efetiva avaliação de desempenho, interstício no qual se submeterá à regra de paridade que beneficia os inativos e pensionistas, em razão da previsão do art. 40,

parágrafo 8º, da CF (redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98).

7. As Gratificações de Desempenho GDPGTAS e GDPGPE estão previstas, respectivamente, nos arts. 7º e 7º-A da Lei nº 11.357/06, sendo que esta foi instituída a partir de 1º de janeiro de 2009 em substituição àquela.

8. Nos referidos dispositivos – parágrafos 7º e 9º de ambos –, pode-se observar previsão de desvinculação temporária dos valores pagos a título das Gratificações de Desempenho em questão das avaliações de desempenho, determinando o pagamento idêntico e uniforme dos valores aos servidores ativos, a partir da atribuição de 80% (oitenta por cento) para todos, independentemente de realizarem ou não determinadas atividades. A norma determina que esse pagamento desvinculado deveria ocorrer até que ato do Poder Executivo instituísse novas formas e fatores de avaliação qualitativa do desempenho, bem como procedesse ao processamento dos resultados da primeira avaliação individual e institucional.

9. Neste ponto, é de se comparar a GDPGTAS e a GDPGPE, por exemplo, com a GDATA, que, diante do regulamento acima citado, as Gratificações de Desempenho perdem sua natureza originária *pro labore faciendo*, passando a assumir caráter geral, uma vez que restou concedido o pagamento integral da mesma aos servidores ativos (80% - oitenta por cento) sem lhes auferir a produtividade, pois a GDPGTAS foi substituída sem que houvesse a regulamentação dos critérios e procedimentos específicos de avaliação de desempenho, enquanto para a GDPGPE não há prova nos autos de que foi efetivado o processamento dos resultados da primeira avaliação individual e institucional.

10. No mesmo sentido, arestos desta egrégia Corte Regional: APELREEX24418/CE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO CAVALCANTI, Primeira Turma, *DJe* 19/10/2012 - Pág. 29; APELREEX25508/SE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS, Segunda Turma, PUBLICAÇÃO: *DJe* 24/01/2013 - Pág. 130.

11. Ressalte-se que o caráter geral da GDPGPE deve perdurar até que sejam estabelecidos os critérios de avaliação de desempenho individual e institucional dos servido-

res da ativa, bem como processados os resultados da primeira avaliação individual e institucional, momento em que não haverá falar em ofensa ao princípio da isonomia entre servidores ativos e inativos, haja vista a assunção do caráter *pro labore faciendo* da aludida vantagem. Destaco, porém, que não há prova do processamento dos resultados da primeira avaliação individual e institucional.

12. Desta feita, deve ser reformada a sentença para reconhecer o direito da autora à paridade entre os reajustes das pensões com os da remuneração dos servidores ativos, bem como o direito a percepção da GDPGTAS e da GDPGPE em 80% (oitenta por cento), está enquanto perdurar seu caráter genérico e aquela no período de 27.6.2007 a 1.1.2009.

13. Juros de mora nos termos da nova redação dada ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 pela Lei nº 11.960/2009.

14. Honorários fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do art. 20, parágrafos 3º e 4º, do CPC.

15. Apelação do particular, provida. Apelação da UNIÃO, prejudicada.

(AC 553.774-SE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT, Primeira Turma, JULGAMENTO: 27/06/2013, PUBLICAÇÃO: DJe 04/07/2013 - Pág. 130)

5. Ademais, não seria razoável admitir paridade, ainda que condicionada ao preenchimento de alguns requisitos, para as pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 e não fazê-lo em relação aqueles já se encontravam aposentados e com direito à paridade.

6. Desta feita, deve ser mantida a sentença que concedeu a segurança para determinar que a autoridade coatora, restabelecendo a paridade da pensão por morte percebida por SILVANIRA DE CASTRO SOARES MAGALHÃES em definitivo, abstenha-se de efetuar descontos no referido benefício a que faz jus a impetrante.

7. Posto isso, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

8. É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 29.083-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelantes: COOPERATIVA REGIONAL DOS PRODUTOS DE AÇÚCAR E DE ÁLCOOL DO ESTADO DE ALAGOAS E FAZENDA NACIONAL
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. MARIA FERNANDA QUINTELLA BRANDÃO VILELA E OUTROS

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL, FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO TOMADO JUNTO A CONSÓRCIO DE BANCOS ESTRANGEIROS, POR INTERMÉDIO DO BANCO DO BRASIL, APÓS AUTORIZAÇÃO DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. PRELIMINARES REJEITADAS. NÃO OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. LAUDO PERICIAL ESCLARECEDOR DO REAL VALOR DEVIDO NO EXECUTIVO: MOMENTO DA CONVERSÃO DA MOEDA ESTRANGEIRA EM MOEDA NACIONAL (28/12/1997); APURAÇÃO DOS JUROS E DA CORREÇÃO MONETÁRIA (TAXA SELIC A PARTIR DE 29/12/1997). JUROS CAPITALIZADOS. NÃO INCIDÊNCIA, IN CASU, DA SÚMULA 121/STF. ENCARGO DE 20% DO DL Nº 1.025/69. SÚMULA Nº 168/TFR. PRECEDENTES.

- Preliminares de defeito de representação da União e de coisa julgada rejeitadas.

- Regularidade da cessão do crédito de natureza privada para a União e dos demais atos que culminaram com a execução fiscal.

- Crédito executado que não possui natureza tributária, sendo descabida a incidência do CTN e demais legislações correlatas, visto que teve sua origem no contrato de empréstimo externo firmado entre a embargante e um consórcio de

bancos estrangeiros, tendo o Banco do Brasil S.A. celebrado com as referidas instituições alienígenas contrato de liquidez da operação ou contrato de compra de crédito.

- A origem privada do crédito não é suficiente para desnaturar a operação de cessão celebrada entre o Banco do Brasil S.A. e a União e, por consequência, a utilização do processo executivo fiscal para fins de satisfação do agora crédito público.

- Não só créditos tributários podem compor o rol de haveres devidos à União e inscritos em sua Dívida Ativa (§ 2º do art. 39 da Lei nº 4.320/64). Também o art. 2º da Lei nº 6.830/80 (LEF) trata da matéria, rezando que constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320/64.

- A transformação da dívida civil em dívida ativa tem previsão legal (§ 2º do art. 39 da Lei nº 4.320/64), que expressamente permite o enquadramento como dívida ativa não tributária de quaisquer créditos decorrentes de obrigações de contratos em geral.

- Não obstante ter havido, em um primeiro momento, uma dívida privada entre mutuário e o Banco do Brasil S.A., o crédito dela oriundo foi cedido à União, que, por sua vez, intenta execução fiscal relativa à obrigação não tributária, nos termos da Lei nº 4.320/64. O crédito em execução não é mais privado, mas público (STJ, CC 200901894629, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Corte Especial, 04/03/2010).

- Ao realizar a inscrição em Dívida Ativa, compete à Fazenda Pública, por imperativo legal (art. 1º da LEF), buscar a satisfação do seu crédito por meio da ação de execução fiscal.

- Preliminar de ilegitimidade passiva na execução fiscal afastada. Conforme consta do “Contrato de Empréstimo”, a embargante, e não as usinas cooperadas, figura como tomadora do

empréstimo externo junto aos bancos estrangeiros. Nessa qualidade, a embargante estava diretamente vinculada e obrigada à sua satisfação frente aos credores internacionais. Pretender isentar-se da responsabilidade assumida contratualmente perante os credores originários e, por conseguinte, diante dos credores subseqüentes (Banco do Brasil S.A. e União) é o mesmo que se valer da própria torpeza, conduta esta totalmente condenável (princípio da eticidade) e não aceita judicialmente.

- Alegação de nulidade da inscrição em dívida ativa por ofensa ao devido processo legal no âmbito administrativo rejeitada.

- O fato de o PA nº 17944.001284/95-93 posteriormente ter sido desdobrado e gerado o PA nº 17944.000465/98-45, do qual decorreu a inscrição em dívida ativa, por si só, não é suficiente para mitigar os efeitos da notificação realizada. Através deste ato foram fornecidos à embargante todos os subsídios necessários para que efetuasse o pagamento ou exercesse seu direito de defesa na seara administrativa, embora tenha preferido demandar judicialmente contra o procedimento de cessão do crédito e de inscrição em dívida ativa.

- O art. 38 da LEF dispõe que a propositura de uma das ações ali previstas, importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

- Não acolhimento da preliminar de nulidade da inscrição em dívida ativa, por não estar caracterizado o inadimplemento da embargante. Reconhecimento de que a embargante foi notificada (cientificada) do débito que seria inscrito, tanto que ingressou com uma ação mandamental objetivando obstaculizar a pretensão fazendária, o que, por si só, corrobora a eficácia da notificação administrativa.

- Inadimplemento caracterizado desde o momento em que a embargante deixou de honrar suas obrigações perante as instituições financeiras estrangeiras, levando o Banco do Brasil a arcar com o pagamento da dívida, com recursos próprios, dívida esta que gerou o crédito cedido à União.

- Notas promissórias assinadas pela embargante vinculadas a uma obrigação extracambial, decorrente do contrato de mútuo externo assinado em 1985. Aplica-se, ao caso, o art. 48 do Dec. 2.044/1908. Id est, a prescrição cambial (trienal, nos termos do Decreto 57.663/66) retira a natureza executória do título creditício (nota promissória), mas não fulmina a pretensão fundada na obrigação extracambial.

- Vencida a primeira nota promissória em 15/07/1990, quando ainda em vigor o CC/1916, o prazo prescricional é o do art. 177 do mesmo Código, ou seja, de 20 (vinte) anos para as ações pessoais.

- Inexistência nos autos de subsídios suficientes que corroborem a materialidade e validade da alegada proposta de deságio. Por força de contrato de porte financeiro internacional, competia ao Banco do Brasil S.A. adquirir o crédito e saldar a dívida à vista e sem deságio, sob pena do desdouro junto à comunidade financeira internacional e de responder judicialmente perante uma Corte estrangeira. Conforme narrado pela embargada, ainda que a proposta de deságio, “em algum momento, tenha sido feita pelos bancos estrangeiros (embora não haja provas nesse sentido), é certo que a mesma jamais foi oficialmente dirigida ao Banco do Brasil”.

- Não incidência, in casu, da Súmula nº 121/STF. O contrato foi firmado validamente segundo as regras vigentes nos Estados Unidos da América, o mesmo se podendo dizer da sub-rogação do Banco do Brasil S.A. nos créditos e sua pos-

terior cessão à União. A simples mudança de titularidade creditória não afasta a aplicação de encargo expressamente prevista no pacto originário, isto é, a capitalização dos juros.

- A invocação da jurisprudência do Supremo, ainda que sumulada, não se amolda na espécie, até porque ela própria admite estar regulando a generalidade das situações, e não casos especiais, como este.

- Trata-se de contrato internacional a ser cumprido no País, regendo-se, portanto, por normas internacionais – concretamente, as vigentes no lugar da celebração – que seguem válidas, no Brasil, havendo ou não sucessão, por força de normas específicas, como:

- o § 1º do art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 04/09/1942), que estipula: “Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato”.

- o § 2º do art. 585 do CPC, o qual reza:

“Art. 585 ... § 2º Não dependem de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, para serem executados, os títulos executivos extrajudiciais, oriundos de país estrangeiro. O título, para ter eficácia executiva, há de satisfazer aos requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração e indicar o Brasil como o lugar de cumprimento da obrigação.”

- Inexiste afronta à Súmula nº 121/STF, porque essa admite exceções, que, na hipótese, evidentemente se caracterizam. Não seria justo, e ofenderia os princípios obrigacionais e contratuais hoje consagrados até mesmo no Código Civil, tomando em conta a operação como um todo,

que o Banco do Brasil tenha pago os créditos com capitalização, a União idem, e só os devedores internos, sem outra razão jurídica especial, vejam-se livres de tal gravame.

- Aplicação da Súmula nº 168 do extinto TFR (“o encargo de 20% do Decreto-Lei nº 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios”), ratificada pela 1ª Seção do STJ (EREsp nº 252668/MG, Rel. Min. Franciulli Netto).

- Utilização da perícia contábil, por demais técnica e comprobatória, no que diz respeito: a) ao momento da conversão da moeda estrangeira em moeda nacional (28/12/1997); b) à apuração dos juros e da correção monetária (taxa SELIC a partir de 29/12/1997). Capitalização dos juros, porém, com as regras e índices originalmente pactuados.

- Precedentes jurisprudenciais.

- Preliminares rejeitadas, negando-se provimento aos agravos retidos de ambas as partes. Apelação da COOPALAG não provida. Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, afastar as preliminares, negando provimento aos agravos retidos de ambas as partes; negar provimento à apelação da COOPALAG; e dar parcial provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial, apenas para permitir a capitalização dos juros, tudo 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, 13 de março de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Cuida-se de apelações e reexame necessário de sentença que julgou parcialmente procedentes embargos à execução fiscal.

Nas razões recursais, a Cooperativa autora alega:

a) devem ser, preliminarmente, julgados os agravos retidos, referentes:

a.1.) ao defeito de representação da União pela Procuradoria da Fazenda Nacional, visto que a dívida é não tributária, devendo aquela ser representada em juízo pela Advocacia Geral da União;

a.2.) coisa julgada;

b) inexigibilidade do crédito, em face da constituição deste a partir de títulos extrajudiciais prescritos (prescrição quinquenal), sendo nula a inscrição em dívida ativa;

c) a ocorrência de preterição ao devido processo legal, em face da inexistência de processo administrativo;

d) inadequação do procedimento e sua inconversibilidade;

e) ilegitimidade passiva: execução dirigida contra quem não é o verdadeiro devedor;

f) não caracterização de inadimplência da recorrente;

g) proposta de deságio;

h) não se sustenta a imposição do encargo legal de 20%.

Pede, enfim, a reforma da sentença, para serem julgados inteiramente procedentes os embargos à execução fiscal.

A Fazenda Nacional, no seu apelo, aduz que:

a) deve ser conhecido e providos o agravo retido de fls. 1.754/1.759, onde alega que a Cooperativa trouxe aos autos matéria nova, referente à alegação de coisa julgada;

b) sejam julgados totalmente improcedentes os embargos à execução fiscal, com a inversão dos ônus sucumbenciais;

c) caso mantida a sentença quanto à impossibilidade de capitalização dos juros, nos termos do contrato mútuo anual, com esteio no art. 4º do Decreto nº 22.626/33, que se confeccione nova planilha de cálculo com esse parâmetro;

d) ainda, em sendo mantida a sentença, que as partes sejam dispensadas dos ônus da condenação em honorários advocatícios e respondam *pro rata* pelos honorários periciais.

Contrarrazões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Aprecio, inicialmente, as preliminares, vinculadas aos agravos retidos de ambas as partes.

Não lhes assiste razão, salvo – a meu sentir – num único ponto.

Para tanto, vejamos as decisões que foram objeto dos tais recursos:

Nesse diapasão, mister examinar de imediato a primeira preliminar arguida pela embargante (irregularidade na representação da União pela Procuradoria da Fazenda Nacional), vez que sua apreciação, por imperativo lógico, deve anteceder a citação da União Federal, já que diz respeito ao órgão competente para atuar no feito principal, e também nestes embargos, em nome da referida entidade de direito público interno.

Passo, então, à análise da preliminar supracitada.

Não obstante os argumentos ventilados pela embargante, entendo que a representação da União pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional - PGFN no processo executivo fiscal (Processo nº 2000.80.00.1314-0), assim como nestes embargos, não infringe o disposto na Carta Magna e nem na Lei Complementar nº 73/93.

Assinale-se, em primeiro lugar, que não se está a discutir a (i) legitimidade da parte exequente (condição da ação), pois,

independentemente do órgão responsável pela representação processual (PGU ou PGFN), sempre se estará a cuidar dos interesses da União, pessoa jurídica de direito público interno (CC/02, art. 41, I).

Aqui, a questão diz respeito à capacidade da PGFN representar a União no feito executivo, bem como nos autos desta ação incidental.

Dito isso, vejamos o que estabelece o art. 131 da Constituição de 1988:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º (...)

§ 2º (...)

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei. (Grifei)

Do dispositivo legal anteriormente transcrito é possível extrair duas conclusões importantes: a) lei complementar regulará a organização, funcionamento e atuação da AGU e do(s) órgão(s) a ela vinculado(s); b) a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (órgão que integra a estrutura da AGU, cf. art. 2º, I, b, da LC nº 73/93) é a única capacitada para representar a União no processo executivo fiscal de crédito tributário.

Até aí, no entanto, não se vislumbra qualquer óbice à atuação da PGFN na execução de dívida ativa não tributária. Sim, pois o fato dos procuradores da Fazenda Nacional serem os únicos com atribuição para executar os créditos tributários não lhes retira a competência para atuar em outras causas do interesse da União.

Avancemos, então.

No intuito de regulamentar o disposto no art. 131 da CF/88, foi editada a LC nº 73/93, que em seu art. 12 assim estabelece:

Art. 12 - À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão administrativamente subordinado ao titular do Ministério da Fazenda, compete especialmente:

I - apurar a liquidez e certeza da dívida ativa da União de natureza tributária, inscrevendo-a para fins de cobrança, amigável ou judicial;

II - representar privativamente a União, na execução de sua dívida ativa de caráter tributário;

III - (VETADO)

IV - examinar previamente a legalidade dos contratos, acordos, ajustes e convênios que interessem ao Ministério da Fazenda, inclusive os referentes à dívida pública externa, e promover a respectiva rescisão por via administrativa ou judicial;

V - representar a União nas causas de natureza fiscal. (sublinhei)

Lição comezinha é aquela segundo a qual a lei não contém palavras inúteis. Portanto, não se pode desconsiderar a parte final do *caput* do art. 12 da LC nº 73/93 (onde consta a expressão “compete especialmente”), cuja interpretação nos permite inferir que o rol estabelecido nos incisos I a V não é exaustivo, pois, se assim o fosse, a referida expressão não integraria o texto legal, ou em seu lugar figuraria: “compete exclusivamente”.

Sendo assim, vê-se, sem dificuldade, que o legislador complementar, com o respaldo do constituinte originário (CF/88, art. 131, *caput*), optou por um rol exemplificativo de atribuições da PGFN, possibilitando a este órgão atuar em outras causas.

Destarte, o fato da PGFN possuir competência privativa para representar a União na execução da dívida ativa de natureza tributária não lhe retira a capacidade para atuar, também, na execução de débitos alheios à seara tributária, mormente quando lhe é inerente a inscrição da Dívida Ativa da União, inclusive da não tributária, conforme inteligência do art. 2º, § 5º, da Lei nº 6.830/80 (Lei das Execuções Fiscais).

Descabe olvidar, ainda, do disposto no art. 1º, II, do Decreto-Lei nº 147/67, segundo o qual a PGFN tem por finalidade privativa, entre outras: “Apurar e inscrever, para fins de cobrança judicial, a dívida ativa da União, tributária (artigo 201

da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966) ou de qualquer outra natureza”(destaquei).

Atualmente, a Lei 11.457/07, em seu art. 23, estabelece que compete “à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a representação judicial na cobrança de créditos de qualquer natureza inscritos em Dívida Ativa da União”. E não poderia ser diferente, pois, em homenagem à eficiência do serviço público – erigida pela Emenda Constitucional nº 19/98 à condição de princípio constitucional da Administração Pública – seria ilógico e contraproducente que o órgão responsável pela inscrição em dívida ativa, dotado de profissionais plenamente capacitados e habituados com o processo executivo fiscal, não ficasse à frente da cobrança judicial dos créditos da União, independentemente da natureza dos mesmos. Pensar diferente seria militar em desfavor do interesse público que impulsiona a busca pela satisfação dos créditos inscritos em dívida ativa.

A jurisprudência não diverge do entendimento ora expandido, consoante se pode extrair dos seguintes arestos:

EXECUÇÃO FISCAL. TAXA DE OCUPAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA.

1. Cabe à Procuradoria da Fazenda Nacional executar a Dívida Ativa da União, inclusive a de origem não tributária.
2. Agravo de instrumento não provido.

DÍVIDA NÃO TRIBUTÁRIA. EXECUÇÃO. LEGITIMIDADE. PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL. CDA. PRESUNÇÃO DE CERTEZA.

1. A Procuradoria da Fazenda Nacional tem legitimidade para cobrança da dívida ativa não tributária da União.
2. Alegações destituídas de comprovação não têm o poder de elidir a presunção de certeza da certidão de dívida ativa.
3. Por tais razões, rejeito a primeira preliminar suscitada pela embargante.

(decisão interlocutória de fls. 1.184/1.190)

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de embargos à execução propostos pela COOPERATIVA REGIONAL DOS PRODUTORES DE AÇÚCAR E ÁLCOOL DE ALAGOAS - COOPALAG contra a FAZEN-

DA NACIONAL (UNIÃO), no intuito de infirmar o débito objeto da Execução Fiscal nº 2000.80.00.1314-0, que já alcança a vultosa quantia de algo próximo a 1 (um) bilhão de reais.

Pois bem. *In casu*, depois de apresentada pela Perita Contábil sua proposta de honorários (fls. 1373/1375), a embargante coligiu aos autos a petição de fls. 1379/1398. Nela, além de concordar com os honorários propostos pela *expert*, inovou em sua causa de pedir, aduzindo fato novo assim relatado:

Trata-se da ocorrência de fato superveniente consistente no trânsito em julgado, em data de 18.02.2011, de decisão até então submetida ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, proferida nos autos de ação rescisória proposta pelo Banco do Brasil S.A., relativamente à relação jurídica que deu origem aos valores objeto da execução.

A referida ação rescisória (Processo nº 2004.001492-9) fora ajuizada pelo Banco do Brasil S.A. com o objetivo de desconstituir o Acórdão nº 1.488/2001 – proferido pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Alagoas nos autos da Apelação Cível nº 01.000248-0 –, que manteve *in totum* a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível desta Capital nos autos da Ação Declaratória nº 001.99.008506-711, proposta pela COOPALAG unicamente contra a referida instituição financeira.

Conforme se extrai da cópia de fls. 1410/1417, o dispositivo da sentença confirmada pelo aresto da 1ª Câmara Cível do TJ/AL possui o seguinte teor:

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a ação, para declarar a inexistência de relação jurídica que estabeleça ser a acionante devedora do acionado em decorrência de sub-rogação de crédito de terceiro por parte do Banco do Brasil S/A (crédito de estabelecimentos bancários estrangeiros perante a Cooperativa). Declaro, outrossim, a não-caracterização legal da sub-rogação aludida e, conseqüentemente, a inexistência de obrigação que imponha à acionante o dever de pagar ao acionado ou a quem quer que seja, ainda que na qualidade de pretense cessionário do crédito, qualquer quantia que

ultrapasse o montante de 35% (trinta e cinco por cento) do valor do contrato (=US\$ 71,815,000) celebrado em 15.05.85 e noticiado nos autos, reconhecendo e declarando ainda que o acionado não ostenta a qualidade de sub-rogatário dos valores contratados pela autora com o Midland Bank PLC e outros organismos financeiros internacionais referenciados na mesma avença, tornando definitiva a liminar antecipatória de mérito.

O Juiz de Direito ainda condenou o Banco do Brasil S.A. “a indenizar a acionante nos exatos valores correspondentes ao que ultrapasse a 35% (trinta e cinco por cento) de US\$ 71,815,000 (setenta e um milhões, oitocentos e quinze (*sic*) dólares americanos), que venham a ser cobrados da autora, em procedimento administrativo ou judicial, em consequência da cessão feita pelo Banco do Brasil S.A., não descaracterizando a obrigação de ressarcir o fato de a autora ser compelida a aceitar como devidos os valores em referência”.

Acontece que a referida Ação Rescisória nº 2004.001492-9 fora extinta porque intempestiva (cf. fls. 1437/1520), não interferindo no teor das decisões proferidas nos autos da ação declaratória proposta pela COOPALAG.

Desse modo, apoiada na imutabilidade da coisa julgada, entende a embargante existirem motivos suficientes para respaldar a imediata extinção do processo executivo, pois se o Banco do Brasil S.A. “não era titular, na condição de sub-rogatário dos créditos referidos – não havia como ceder à União o que não tinha. Do mesmo modo, inviável a aquisição, por esta última, de créditos inexistentes (por que fora da titularidade do apregoado credor)”.

Com a petição de fls. 1379/1398 vieram os papéis de fls. 1401/1520.

Instada a se manifestar, nos termos do despacho 1523, a embargada se pronunciou em dois momentos. No primeiro (fls. 1524/1526), impugnou o valor dos honorários periciais, os quais, segundo entende, devem se limitar a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e anexou aos autos cópia integral do Mandado de Segurança nº 19983400066158, proposto pela COOPALAG perante a Seção Judiciária no Distrito Federal, contra as seguintes autoridades: Procura-

dor-Geral da Fazenda Nacional e Secretário do Tesouro Nacional. No segundo, refutou os argumentos lançados pela embargante (cf. fls. 1533/1541).

Sustentou, inicialmente, que é vedado à embargante inserir nova causa petendi em momento ulterior à citação da parte adversa, pois a hipótese não é de inserção de fato superveniente, uma vez que “o título executivo que a embargante pretende, de forma extemporânea, opor à União, é obviamente o da ação ordinária proposta, e não o da ação rescisória”.

Além disso, não seria possível estender à União os efeitos da coisa julgada estabelecida nos autos da Ação Declaratória nº 001.99.008506-71; seja porque o crédito discutido na referida ação ordinária já havia sido cedido à União antes do seu ajuizamento; seja porque esta (União) não participou da respectiva relação jurídica processual; ou, finalmente, seja porque o processo tramitou em foro incompetente para decidir questões envolvendo os interesses da União, conforme inteligência do art. 109, I, da CF/88.

Demais disso, argumentou que, em 1998, a COOPALAG chegou a ingressar com um mandado de segurança contra o Procurador-Chefe da Fazenda Nacional e contra o Secretário do Tesouro Nacional (Processo nº 1998.34.00006615-8), com o objetivo de “anular a cessão do crédito à União”. No entanto, “após analisar a messe probatória produzida nos autos, o MM. Juiz da 15ª Vara Federal do Distrito Federal denegou a segurança”. Tal “sentença foi mantida pelo Egrégio TRF da 1ª Região, com interposição de recursos especial e extraordinário pela COOPALAG, cujo seguimento foi negado. Em seguida, foram interpostos agravos de instrumento que também não foram providos, tendo ao final a sentença transitado em julgado em favor da União”. Logo, “não é a COOPALAG que é detentora de qualquer título judicial transitado em julgado contra a União, no que tange à legitimidade do processo de cessão do crédito, mas sim a União que é detentora de título judicial transitado em julgado contra a COOPALAG, que reputou como lícita essa operação, legitimando a posterior inscrição em dívida ativa e cobrança através de execução fiscal”.

Vieram os autos conclusos.

Assim relatado, passo a decidir.

Ab initio, cumpre examinar a prejudicial de mérito arguida pela embargante (coisa julgada). Sim, pois se trata de matéria de ordem pública, cognoscível de ofício e a qualquer tempo pelo magistrado, desde que antes da prolação da sentença, nos termos do art. 267, V, § 3º, c/c o art. 303, II, ambos do Código de Processo Civil.

O momento da apreciação da matéria também se mostra adequado, pois não seria razoável postergar seu exame para o instante em que se der o julgamento da causa, haja vista a designação de uma perícia contábil de relevante complexidade, cuja serventia, fatalmente, estaria condicionada ao acolhimento (ou não) da referida questão prejudicial. Ou seja, como bem assinalou a embargante, trata-se de questão prévia à realização da perícia (cf. fl. 1379)

Sendo assim, passo à análise da prejudicial de coisa julgada, registrando, de logo, que a tese ventilada, a princípio, parece sedutora, porém não se sustenta. Explico.

A bem da verdade, pretende a embargante estender à União os efeitos de uma coisa julgada produzida em um processo do qual o aludido ente estatal não participou e em um processo que tramitou em foro incompetente para decidir questões envolvendo o interesse da União. Tal pretensão, por certo, não se afigura factível.

A fim de melhor expor a situação retratada nos autos, cumpro proceder a uma rápida digressão sobre os acontecimentos que culminaram com o pleito de fls. 1379/1398.

Partindo-se do ato de cessão do crédito objeto destes embargos, tem-se que em janeiro de 1998 o Banco do Brasil S.A. efetivou a referida operação em favor da União, tendo a COOPALAG tomado ciência da cessão em fevereiro do mesmo ano (1998), tanto que já em 12/03/1998 ingressou junto à Justiça Federal no Distrito Federal com a Ação de Mandado de Segurança tombada sob o nº 19983400066158 (conforme cópias apenas aos presentes autos), pleiteando tutela jurisdicional que reconhecesse a nulidade do “processo administrativo nº 17944.001284/95-93 e os atos dele decorrentes como o Contrato de Cessão de Crédito nº 407/TN, celebrado em 29 de dezembro de 1997 e a exigência do respectivo crédito transmudado

unilateralmente de privado em público, confirmando a medida liminar, com que estar-se-á afastando ofensa à Constituição da República e negativa de vigência da Lei federal na forma dos dispositivos apontados”. Importante frisar, por oportuno, que a segurança pleiteada fora denegada, conforme se infere das cópias apenas aos presentes autos.

Dessume-se daí que ao ajuizar, em 1999, a Ação Declaratória nº 001.99.008506-71, a COOPALAG já tinha pleno conhecimento da cessão do crédito à União. Destarte, afigurar-se-ia imprescindível a citação do ente estatal, então detentor do crédito, para participar da respectiva relação jurídica processual.

É que toda e qualquer decisão judicial acerca da matéria discutida na multicitada ação declaratória atingiria os interesses da União, uma vez que poderia afetar o crédito que lhe fora cedido pelo Banco do Brasil S.A. Portanto, era obrigatório o reconhecimento do litisconsórcio passivo necessário do Banco do Brasil S.A. com a União, na forma do art. 47 do Código de Processo Civil.

Tal conclusão é reforçada pelo lúcido ensinamento de Humberto Theodoro Júnior, segundo o qual: “O que, de fato, torna necessário o litisconsórcio é a forçosa incidência da sentença sobre a esfera jurídica de várias pessoas”. Aliás, não se confunda litisconsórcio unitário – existente quando a lide deve ser decidida uniformemente para todas as partes –, com litisconsórcio necessário – presente quando o resultado da querela afeta diretamente os interesses de todos aqueles envolvidos com o objeto da causa. Trata-se de institutos autônomos. Tanto é assim que o saudoso mestre Pontes de Miranda assinalava que no “art. 47 diz-se que há litisconsórcio necessário quando o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes. A redação foi má, pelos equívocos que gera. Não só é necessário o litisconsórcio quando a sentença há de ser uniforme, nem o fato de ser uniforme a sentença faz necessário o litisconsórcio”.

Para Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, toda “vez que se vislumbrar a possibilidade de a sentença atingir, diretamente, a esfera jurídica de outrem, a menos que a lei estabeleça a facultatividade litisconsorcial (v.g., CC 623, II) deve ser este citado como litisconsorte necessá-

rio, a fim de que possa se defender em juízo”. Esta a hipótese dos autos, pois é inegável que a declaração de inexistência da “relação jurídica que deu origem aos valores objeto da execução” – como narrado pela própria embargante à fl. 1379 – atinge diretamente o interesse da União, mais especificamente o crédito inscrito em dívida ativa sob o nº 43.6.99.000350-38 – e, por isso, presumidamente certo e líquido (Lei nº 6.830/80, art. 3º) – que seria fulminado sem que tivesse sido assegurado ao ente estatal qualquer oportunidade de defesa.

Mas qual a consequência da não implementação do litisconsórcio necessário? A fim de responder tal pergunta, insta colacionar o escólio do professor Cândido Rangel Dinamarco, *in verbis*:

Não implementado o litisconsórcio necessário, será nula a sentença assim proferida sem a presença de partes indispensáveis. Ainda que formalmente perfeita e estruturada de modo adequado (art. 458), ela é inválida por contaminação porque a omissão do juiz terá sido causa de nulidade de todo o processo. Ele terá descumprido o que preceitua o parágrafo do art. 47 do Código de Processo Civil e, a partir da omissão, estará comprometido tudo que houver sido feito no processo (CPC, art. 248 infra, nº 715). Essa é uma nulidade absoluta, porque não diz respeito exclusivamente ao interesse das partes do processo, mas da própria Justiça e dos terceiros omitidos (infra, nº 712); por ser absoluta, ela será conhecida pelo tribunal ao qual a causa for endereçada em eventual recurso, mesmo que nenhuma das partes a invoque ou peça a anulação da sentença (arts. 245, par., e 267, § 3º). Se ocorrer o trânsito em julgado, será admissível a ação rescisória (art. 485, inc. V) com fundamento na violação à literal disposição do art. 47, que institui a necessidade do litisconsórcio, e do seu parágrafo, que manda o juiz determinar a implementação (...)

No caso concreto, ainda que a embargante sustente que o prazo para a ação rescisória já expirou ou que tal remédio jurídico já foi utilizado, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery são incisivos ao sustentar a ineficácia do julgado, conforme excerto a seguir transcrito, verbo *ad verbum*:

Caso se trate de litisconsórcio necessário, todos os litisconsortes devem ser citados para a ação, sob pena de a sentença ser dada inutilmente (*inutiliter data*), isto é, não produzir nenhum efeito, nem para o litisconsorte que efetivamente integrou a relação processual como parte. A sentença dada sem que tenha sido integrado o litisconsórcio necessário, não precisa ser rescindida por ação rescisória, porque é absolutamente ineficaz, sendo desnecessária sua retirada do mundo jurídico. (Destques acrescidos)

Em pronunciamento recente, o TRF da 5ª Região já consignou que “existindo a possibilidade de a sentença atingir diretamente a esfera patrimonial de outrem, este tem que ser citado para integrar a relação processual, na qualidade de litisconsorte necessário, e se defender em juízo. Se não houver a devida formação do litisconsórcio necessário, a sentença que vier a ser proferida não produzirá nenhum efeito” (AC 200783000199273, Desembargador Federal José Baptista de Almeida Filho, TRF5 - Quarta Turma, 29/01/2010).

Vê-se, por conseguinte, que o fato da União não ter sido chamada a integrar o polo passivo da Ação Declaratória nº 001.99.008506-71, assim como da Ação Rescisória nº 2004.001492-9, por si só, torna ineficaz qualquer decisão proferida naqueles autos, ainda que certificado seu trânsito em julgado.

Mas não é só. Também aqui se impõe a aplicação da regra insculpida no art. 472 do CPC, segundo a qual a sentença faz coisa julgada apenas entre as partes que intervieram na relação processual, não se estendendo a terceiros estranhos ao processo, quer para beneficiá-los, quer para prejudicá-los. *Res inter alios judicata tertiis nec prodest, nec nocet*. Portanto, ainda que absurdamente se entendesse não ser o caso de litisconsórcio necessário, não poderia a União, atual detentora do crédito fustigado, ser afetada pelo resultado da Ação Declaratória nº 001.99.008506-71 e da ulterior ação rescisória, máxime quando já em curso processo executivo fiscal.

Descabe olvidar, ademais, que por envolver crédito incorporado ao patrimônio da União (litisconsorte passiva necessária), a lide objeto da ação declaratória *sub examine*

deveria se processar perante um Juízo Federal, por força do disposto no art. 109, I, da Constituição Federal de 1988, e não no âmbito da Justiça Comum Estadual, como se deu no caso em apreço.

Isto posto, com base em tais fundamentos, tenho por bem rejeitar a prejudicial de mérito de coisa julgada, suscitada pela embargante em sua petição de fls. 1379/1398, não sendo a mesma capaz de obviar o séquito destes embargos.

(decisão interlocutória de fls. 1.546/1.555)

Pois bem, as bem-elaboradas motivações esposadas pelo ilustre Magistrado singular, em sua r. sentença às fls. 2.092/2.136 e na decisão dos aclaratórios (fls. 2.198/2.209), encontram-se em perfeita harmonia com a posição deste Relator, pelo que as transcrevo como razões de decidir:

78. Nada obstante as últimas manifestações das partes nos autos – em especial as investidas da embargada contra trechos do Laudo Pericial e dos esclarecimentos suplementares da Perita Contábil, entendo que a causa já se encontra madura para julgamento, não mais havendo razão para prolongar seu trâmite neste Juízo Federal.

79. Neste passo, friso, por oportuno, que não se mostra necessária a intimação das partes para a apresentação de razões finais, conforme requerido pela embargante nos autos, (i) seja porque todos os argumentos já foram, de modo exaustivo, ventilados pelas partes durante a instrução do processo – inclusive no que diz respeito ao Laudo Pericial e aos esclarecimentos suplementares da *expert* –, não havendo que se cogitar, por conta disso, em cerceamento do direito de defesa; (ii) seja porque a “falta de intimação para apresentar razões finais não é causa de nulidade neste caso porque simplesmente não existe esta fase no procedimento de embargos à execução, que não deve ser confundido com o rito comum, ordinário ou sumário. O rito dos embargos se resume a: inicial, impugnação, determinação e produção de provas, sentença”.

80. Dito isso, cumpre agora registrar que inúmeros são os pontos de divergência entre as partes, não se afigurando de fácil alcance o deslinde da presente querela. Por isso,

faz-se mister abordá-los da forma mais detida e minuciosa possível, de modo a externar de maneira nítida o raciocínio deste julgador na formação do seu convencimento quanto à verdade que emanará dos fatos ofertados pelos litigantes e do direito aplicável à espécie.

Preliminares

81. De logo esclareço, à luz do que dispõe o art. 471 do CPC, que o exame da preliminar de “**irregularidade na representação da União pela Procuradoria da Fazenda Nacional**” e da prejudicial de mérito de **ofensa à coisa julgada material** encontra-se prejudicado, uma vez que tais pontos já foram objeto de deliberação, e rejeição, por parte deste magistrado nas decisões de fls. 1184/1190 e 1546/1555, respectivamente, as quais, por sinal, foram desafiadas por recursos de agravo retido (cf. fls. 1195/1207, 1571/1734 e 1754/1759) e estarão, eventualmente, sujeitas ao conhecimento do Juízo *ad quem, ex vi* do art. 522 e ss. do Código de Ritos.

82. Diga-se de passagem, como já salientado alhures (item 67 desta decisão), que a rejeição da prefacial de ofensa à coisa julgada deveu-se, principalmente, pela impossibilidade de se estender os efeitos de uma coisa julgada produzida em uma lide que não contou com a participação da União Federal (isso sem falar que, a meu sentir, há inegável interesse da União Federal no processo que tramitou na Justiça Comum Estadual, até mesmo porque a União Federal já detinha o crédito discutido em juízo quando do ajuizamento da ação declaratória na Justiça Estadual, razão pela qual, nos termos do art. 47 do CPC, a União Federal deveria ser citada para integrar o polo passivo daquela lide, como litisconsórcio passivo necessário, fato que atrairia a competência para esta Seção Judiciária, *ex vi* do art. 109, I, da Carta Magna de 1988).

83. Feito esse rápido esclarecimento, avanço para esquadrihar as demais prefaciais suscitadas pela embargante, distribuindo-as em tópicos, para facilitar a exposição dos respectivos fundamentos.

Inadequação e inconversibilidade do procedimento adotado para a cobrança do crédito objeto do feito executivo

84. Neste particular, aponta a embargante obstáculos que impediriam a cessão do crédito de natureza privada para a União e, também, sua ulterior inscrição em dívida ativa e consequente execução, nos moldes da Lei nº 6.830/80. A embargada, por sua vez, defende a regularidade da operação de cessão e, bem assim, dos demais atos que culminaram com a execução fiscal de referência.

85. Após uma análise detida dos argumentos lançados por ambas as partes, tenho que a razão está com a embargada, conforme adiante se verá.

86. De logo, cumpre reafirmar que o crédito em questão não possui natureza tributária – motivo pelo qual descabe cogitar a incidência do Código Tributário Nacional e demais legislações correlatas –, pois, consoante relatado alhures, teve sua origem no contrato de empréstimo externo firmado entre a embargante (COOPALAG) e um consórcio de bancos estrangeiros, tendo o Banco do Brasil S.A. celebrado com as referidas instituições alienígenas contrato de liquidez da operação ou contrato de compra de crédito (*Credit Purchase Agreement*), por meio do qual se comprometeu a adquirir, à vista e sem deságio, o crédito derivado do mútuo externo, 30 (trinta) dias após o vencimento, no caso de inadimplência da tomadora e coobrigadas (16 usinas associadas da embargante).

87. Acontece que tal fato (a origem privada do crédito) não é suficiente para desnaturar a operação de cessão celebrada entre o Banco do Brasil S.A. e a União e, por consequência, a utilização do processo executivo fiscal para fins de satisfação do agora crédito público.

88. É que não só créditos tributários podem compor o rol de haveres devidos à União e inscritos em sua Dívida Ativa. Essa conclusão decorre do teor do § 2º do art. 39 da Lei nº 4.320/64, 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. Segundo o mencionado dispositivo legal, a Dívida Ativa não tributária é composta pelos “demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, aluguéis ou taxas de ocupação, cus-

tas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais”. Também o art. 2º da Lei nº 6.830/80 (LEF) trata da matéria, rezando que constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.

89. Ao comentar o disposto no art. 2º da LEF, Maria Helena Rau de Souza esclarece que os “créditos não tributários decorrem de quaisquer débitos de terceiros perante a Fazenda Pública resultantes de obrigações vencidas e previstas em lei, regulamento ou contrato, que não tenham natureza tributária. Abrangem, exemplificativamente, multas (exceto as tributárias), foros, laudêmios, taxas de ocupação e aluguéis, preços, indenizações, reposições, alcances, créditos de obrigações em moeda estrangeira, subrogações de hipoteca, fianças, avais ou outras garantias e contratos” (destaques aditados).

90. Salta aos olhos, portanto, que a intenção do legislador não foi restringir os haveres que poderiam ser inscritos em Dívida Ativa da União. Longe disso. A previsão legal procura ser a mais ampla possível, de modo a alcançar quaisquer créditos da União, uma vez que os respectivos valores, em última análise, têm por finalidade o atendimento dos interesses públicos tutelados pelo Estado.

91. Assim sendo, a transformação da dívida civil em dívida ativa tem previsão legal no § 2º do art. 39 da Lei nº 4.320/1964, que expressamente permite o enquadramento como dívida ativa não tributária de quaisquer créditos decorrentes de obrigações de contratos em geral (AC 20087119000 5777, Marga Inge Barth Tessler, TRF4 - Quarta Turma, 03.11.2009). Não obstante ter havido, em um primeiro momento, uma dívida privada entre mutuário e Banco do Brasil S.A., o fato é que o crédito dela oriundo foi cedido à União, que, por sua vez, intenta a pertinente execução fiscal relativa à obrigação não tributária, nos termos da Lei nº 4.320/64. O crédito em execução não é mais privado, mas público (CC 200901894629, Fernando Gonçalves, STJ - Corte Especial, 04.03.2010).

92. A circunstância do crédito não ser oriundo de contrato tipicamente administrativo, mas sim de avença privada celebrada originariamente por particulares, não o coloca, ao contrário do que pensa a embargante, em posição fora do alcance da Fazenda Pública. Se assim o fosse, o § 2º do art. 39 da Lei nº 4.320/64 não utilizaria a expressão “créditos decorrentes (...) de contratos em geral” (grifos acrescidos).

93. Além do mais, como bem lembrou a embargada, o contrato de empréstimo externo do qual se beneficiou a embargante e suas cooperadas só foi possível graças à intervenção do Banco do Brasil S.A. (garante), que, na qualidade de agente financeiro do Tesouro Nacional (Lei nº 4.595/64, art. 19, I) e através do Voto CMN (Conselho Monetário Nacional) nº 287/84, foi “autorizado, em nome e por conta da Conta Açúcar e Álcool (Programa de Apoio ao Setor Sucro-Alcooleiro-PROASAL) junto ao Banco Central do Brasil, a comprar os respectivos créditos, na hipótese de inadimplência dos devedores” (cf. fls. 19/31 do Proc. Administrativo nº 17944.000465/98-45).¹³ Ou seja, toda a operação derivou, a bem da verdade, de uma iniciativa pública voltada à formação do arcabouço necessário e suficiente à concretização do auxílio financeiro externo almejado pela embargante; tudo, a princípio, com abrigo em recursos também públicos existentes, à época, na Conta Açúcar e Álcool do programa governamental denominado PROASAL.

94. E tanto isso é verdade que, em requerimento dirigido pela embargante ao Exmo. Ministro de Estado da Fazenda, em maio de 1997 (cf. fls. 62/63 do Proc. Administrativo nº 17944.000465/98-45), aquela se pronunciou nos seguintes termos:

Importante registrar que, num primeiro momento, o Banco do Brasil S.A. somente interveio, subscrevendo contrato cujo objeto era a garantia de que efetuará a compra dos créditos ou das notas promissórias em que cartularizados, na hipótese de inadimplemento, por volição alheia. Além disso, não fossem o Banco Central do Brasil e a autorização emanada do Conselho Monetário Nacional, o Banco do Brasil S.A. não teria operado na condição de mandatário, com os poderes especiais recebidos.

Exsurge evidente, por conseguinte, que o Banco do Brasil S.A. agiu por determinação do Conselho Monetário Nacional, que também alcançava o Banco Central do Brasil, na oportunidade na qualidade de gestor do Orçamento Monetário Nacional, o qual, por sua vez, continha as contas do subsídios agrícolas, dentre as quais o PROASAL. (Destaques aditados)

95. Sendo assim, dizer agora que a avença originária é absolutamente de índole privada se mostra de pouco ou nenhum cabimento. De mais a mais, não se pense que o fato da embargada (União) não ter participado diretamente do contrato de mútuo externo afastaria, por assim dizer, a regra do § 2º do art. 39 da Lei nº 4.320/64, visto que a cessão de crédito posteriormente efetivada pelo Banco do Brasil S.A., que se deu de forma onerosa, está embasada na MP nº 1615-23/1997 e em um instrumento contratual (Contrato nº 407/TN, cf. fls. 704/707).

96. Não se perca de vista, ainda, que, ao se proceder à inscrição em Dívida Ativa, compete à Fazenda Pública, por imperativo legal (art. 1º da Lei nº 6.830/80), buscar a satisfação do seu crédito através da ação de execução fiscal.

97. Em sendo assim, não vislumbro razoabilidade nas alegações da embargante quanto à impossibilidade de se utilizar o processo executivo fiscal para a cobrança de crédito de natureza privada. Aliás, todas as pessoas jurídicas elencadas no art. 1º da Lei nº 6.830/80, dentre as quais a União, devem satisfazer seus créditos através do executivo fiscal, sem falar que tanto dívidas tributárias como não tributárias estão sujeitas ao mesmo procedimento.

98. Frise-se, por oportuno, que o meio executivo – seja ele da execução comum (CPC) ou da execução fiscal (LEF), não importa em alteração gravosa para a embargante, visto que o procedimento fiscal não lhe prejudica (ao menos não foram indicados fatores específicos quanto a eventual dano), sendo de observar serem os prazos para pagamento e para embargos à execução mais dilatados que os da execução comum.

99. Com espeque em tais fundamentos, rejeito a preliminar ventilada pela embargante.

Ausência de legitimidade passiva *ad causam* da embargante

100. De igual modo, não merece guarida a tese da embargante de que não ostenta legitimidade para figurar no polo passivo da execução fiscal de referência.

101. Ora, está claro nos autos, consoante se infere do “CONTRATO DE EMPRÉSTIMO” e anexos, traduzidos e acostados – por cópia – às fls. 542/613, que a embargante (COOPALAG), e não as usinas cooperadas, figura como tomadora do empréstimo externo junto aos bancos estrangeiros (tendo como “Agente” o Midland Bank PLC), no valor de US\$ 71,815,000.00 (setenta e um milhões e oitocentos e quinze mil dólares norte-americanos).

102. No bojo do precitado contrato de empréstimo externo (“PARÁGRAFO 2 - QUANTIA E CONDIÇÕES DOS ADIANTAMENTOS”, itens 2.3 e 2.4), ademais, a embargante – e não suas cooperadas – se obrigou, na condição de tomadora, a reembolsar os bancos alienígenas mutuantes a totalidade do valor emprestado, em nove (9) parcelas semestrais. Além disso, também se comprometeu a pagar, nas datas aprazadas, os “juros acumulados sobre o saldo pendente dos Adiantamentos”. Tanto é assim que as nove (9) notas promissórias que representam as parcelas do adiantamento a ser reembolsado aos credores externos encontram-se chanceladas unicamente pela embargante, e não (ou também não) por suas cooperadas.

103. Não há dúvida, portanto, que a embargante, na qualidade de tomadora do empréstimo externo, estava diretamente vinculada e obrigada à sua satisfação frente aos credores internacionais, sendo certo, por consequência, que tal compromisso, uma vez manifestado, obrigou a COOPALAG, em face do princípio da “obrigatoriedade dos contratos” (*pacta sunt servanda*). Pretender, agora, isentar-se da responsabilidade assumida contratualmente perante os credores originários e, por conseguinte, diante dos credores subsequentes (Banco do Brasil S.A. e União) é o mesmo que querer valer-se da própria torpeza, conduta esta totalmente condenável (princípio da eticidade) e não aceita judicialmente (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

104. E não se pense que o fato de o valor do empréstimo ter sido repassado para as usinas filiadas seria o suficiente para liberar a embargante (contratante) das obrigações assumidas quando da celebração do acordo primitivo. O repasse de tais valores, em verdade, afigura-se como um negócio à parte, envolvendo a embargante e suas cooperadas e em nada repercute na obrigação originária de liquidar o mútuo externo, encampada frente aos credores estrangeiros tão somente pela primeira.

105. Do mesmo modo, descabe sustentar que por meio das 16 (dezesseis) escrituras de prestação de garantia com contragarantia hipotecária e fidejussória de assunção de dívida (repasso) e outros pactos, firmadas exclusivamente entre a embargante, o Banco do Brasil S.A. e cada uma das usinas cooperadas, estas últimas teriam assumido integralmente a dívida, liberando a primeira. E a razão para isso é bastante óbvia, como se verá adiante.

106. Em primeiro lugar, calha conceituar a “assunção de dívida” ou “cessão de débito”, como sendo “um negócio jurídico bilateral, pelo qual o devedor, com anuência expressa do credor, transfere a um terceiro os encargos obrigacionais, de modo que este assume a sua posição na relação obrigacional, substituindo-o, responsabilizando-se pela dívida, que subsiste com todos os seus acessórios. O débito originário permanecerá, portanto, inalterado” (destaques adotados).

107. As espécies de assunção de dívida, por sua vez, podem ser dispostas em dois pares não excludentes, um considerando os efeitos patrimoniais, enquanto o outro cuidando da composição subjetiva do negócio jurídico, a saber: de um lado há as assunções de dívida liberatórias e cumulativas e, de outro, as unificativas e bifigurativas.

108. Nas palavras de Pontes de Miranda, na assunção liberatória, há exoneração do devedor primitivo em caráter absoluto. Quando há assunção cumulativa, não se dá semelhante efeito em favor do devedor original. Já na assunção unificativa de dívida existe contrato diretamente com o credor; enquanto na bifigurativa o contrato é apenas entre o devedor originário e o assuntor, “seguido – e aí está o bis – do consentimento do credor”. Em ambas as hipóteses, cuida-se de negócio jurídico bilateral.

109. Não se pode perder de vista que se trata de novidade legal no Direito Positivo Brasileiro, vez que introduzida pelo Código Civil de 2002 (art. 299 e ss.), o que, todavia, não impedia a sua utilização já na década de oitenta – quando da lavratura das indigitadas escrituras públicas de “assunção de dívida” e outras avenças –, haja vista os primados da autonomia da vontade e da liberdade contratual, que já asseguravam, à época, a celebração de qualquer pacto entre agentes capazes, visando um objeto lícito e sob forma prescrita ou não defesa em lei (Código Civil de 1916, art. 82). Demais disso, o art. 568, III, do CPC, em vigor desde 1974, já elencava entre os “sujeitos passivos da execução (...) o novo devedor, que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo” (sem grifos no original).

110. Sucede que, nada obstante a inexistência de vedação ao pacto de assunção de dívida, é estreme de dúvidas – conforme se pode inferir do que já foi dito – que a concordância do credor com a cessão configura requisito de validade do negócio (assunção de dívida bifigurativa). Aliás, nesse sentido é a lição de Orlando Gomes, para quem: “Ao credor importa fundamentalmente a pessoa do devedor. Por isso, a cessão de débito não vale sem seu consentimento, enquanto a de crédito dispensa o do devedor”.

111. No caso concreto, importa questionar quem era(m) o(s) credor(es) do mútuo externo em 08.03.1985, quando da alegada assunção de dívida pelas 16 usinas cooperadas; por certo, não era o Banco do Brasil S.A. A propósito, insta destacar que, quando da lavratura das indigitadas escrituras, sequer havia sido assinado o contrato de mútuo externo, o que só veio a ocorrer em 15.05.1985 (cf. fl. 542). Como então cogitar que o Banco do Brasil S.A. era o credor da dívida que se estava transferindo para as usinas cooperadas se tal dívida ainda não havia sido contratada? Na verdade, a mencionada instituição financeira nacional só veio a se tornar credora em 17.06.1991, quando finalmente se viu obrigada a adquirir o crédito do consórcio de bancos estrangeiros.

112. E ainda que se diga que no momento da lavratura das multicitadas escrituras de prestação das contragarantias hipotecárias e fidejussórias e assunção de dívida já exis-

tiam atos tendentes à concretização do contrato de mútuo, mesmo assim salta aos olhos que, ao se consultar o teor dos documentos cartorários citados anteriormente, não se constata a participação dos bancos estrangeiros nos pactos ali estabelecidos (cf. fls. 208/540).

113. Do mesmo modo, ao se esquadrinhar o “Contrato de Empréstimo” (fls. 542/613) também não se vê qualquer menção a uma eventual concordância dos credores estrangeiros com a assunção de dívida multicitada e, por consequência, com a liberação da embargante (“Tomador”) das obrigações contratadas. A bem da verdade, o que existe, no “Parágrafo 10 - Diversos”, item “10.5. Cessão; Successores e Cessionários” (cf. fl. 586) é a expressa previsão de que: “O Tomador não poderá ceder, ou transferir seus respectivos direitos ou obrigações sob o presente instrumento ou sob as notas, sem a anuência prévia de todos os Bancos” (Destacamos).

114. E não pára por aí. De acordo com a Cláusula Vigésima Sexta das escrituras de prestação de garantia e outras avenças carreadas, por cópia, às fls. 208/540, firmadas apenas entre o Banco do Brasil S.A., a embargante (COOPALAG) e cada uma das usinas filiadas, no caso do Consórcio de bancos estrangeiros não apresentar sua anuência (e esta deveria ser expressa) permanecerá a embargante solidariamente obrigada ao pagamento do mútuo, conforme se infere da redação da mencionada cláusula contratual, *ipsis litteris*:

VIGÉSIMA SEXTA: Em face de não haver recebido a assunção de dívida avençada na cláusula sexta, a anuência dos mutuantes externos (assunção cumulativa bifigurativa), continua a COOPERATIVA a responder como devedora junto àqueles credores, pelo que também perante ao BANCO, em razão da garantia que este prestará ao mútuo externo, a COOPERATIVA permanecerá solidariamente obrigada por todas e cada uma das obrigações da ASSUNTORA defluentes deste instrumento.

115. Por tais motivos, entendo que a precitada assunção de dívida não pode ser colocada como razão suficiente e necessária para liberar a embargante das obrigações advindas do contrato de empréstimo externo firmado nos idos de 1985 e, por consequência, daquelas decorrentes das

cessões que se seguiram. Aliás, causa estranheza – diante da tese de que a obrigação decorrente do contrato de mútuo teria sido transferida para as usinas filiadas –, a alegação da própria embargante de que no ano de 1990, antes do Banco do Brasil S.A. liquidar a dívida junto aos credores estrangeiros, estava em franca negociação com o consórcio de bancos alienígenas para a redução substancial do montante devido (com um suposto deságio de 65%), comportamento este que é, no mínimo, curioso para quem defende que, por força de uma assunção de dívida, não mais estaria obrigada ao pagamento do mútuo contratado; a não ser, como parece ser o caso, que os credores desconhecessem a irregular transferência da obrigação.

116. Entrementes, com isso não se quer dizer – e é importante que esta colocação fique bem clara – que as contragarantias hipotecárias e fidejussórias oferecidas pelas 16 (dezesseis) usinas cooperadas e seus sócios-diretores ao Banco do Brasil S.A. se encontram despidas de validade e/ou eficácia.

117. É que não se pode negar, neste episódio, a responsabilidade, ainda que subsidiária (Lei nº 5.764/71, art. 13), das 16 usinas cooperadas (e de seus sócios-diretores), uma vez que, segundo previsão contratual, os recursos financeiros contraídos pela embargante deveriam ser integralmente revertidos para fins de saneamento e consolidação dos débitos das primeiras, as quais, por conta disso, também estão comprometidas na proporção da parcela do mútuo que lhes coube. Ademais, como dito, o oferecimento dessas contragarantias antecedeu a própria contratação do mútuo, servindo, na verdade, para assegurar a participação do Banco do Brasil S.A., na qualidade de agente financeiro do Tesouro Nacional, como garante do empréstimo futuro, estando, em verdade, dissociado da pseudo-assunção de dívida ora tratada.

118. De mais a mais, em loas aos princípios da eticidade e da boa-fé – que sempre devem nortear os negócios jurídicos –, não seria razoável supor que a embargante, pessoa jurídica quase desprovida de patrimônio, pudesse contratar a obtenção de recursos de grande monta em favor de suas filiadas, como na hipótese dos autos, e estas últimas – dotadas de inúmeros bens móveis e imóveis –

permanecessem com seu patrimônio blindado contra qualquer medida judicial ou extrajudicial do(s) credor(es).

119. Mas não é só. Não bastasse o estreito vínculo das 16 usinas cooperadas com o débito em questão – o que não é suficiente para que se afaste a legitimidade da embargante para figurar no polo passivo da execução –, é inconteste que os bens das usinas foram nomeados à penhora nos autos principais pela própria embargante, com a concordância dos representantes legais das cooperadas, e depois da anuência da Fazenda Pública, conforme Termos de Penhora acostados, por cópia, às fls. 137/203. Destarte, tais bens se encontram subordinados ao executivo fiscal por liame de índole nitidamente processual (penhora). Ou seja, uma vez efetivada a constrição judicial, esses mesmos bens passaram a garantir a execução fiscal, estando a esta sujeitos, até mesmo em face do art. 9º, IV, da LEF, independentemente da existência das hipotecas prestadas em favor do Banco do Brasil S.A.

120. Por tais razões, deixo de acolher esta prefacial.

Preterição do devido processo legal administrativo

121. Também não merece prosperar a alegação de nulidade da inscrição em dívida ativa por ofensa ao devido processo legal no âmbito administrativo.

122. Pedra de toque e um dos mais importantes princípios norteadores da atividade administrativa, o primado do devido processo legal (*due process of law*) serve para resguardar os direitos e liberdades dos indivíduos, assegurando-os o exercício da ampla defesa e do contraditório no âmbito judicial e administrativo (CF/88, art. 5º, LIV e LV).

123. É estreme de dúvidas, porém, que esse princípio tão festejado não pode ser empregado, por apego ao formalismo, como apanágio para resguardar interesses particulares em detrimento de legítimos interesses públicos. Aqui, a substância deve se sobrepor à forma.

124. Com efeito, já foi objeto de apreciação por este magistrado a viabilidade da cessão do crédito *sub examine* para a embargada e sua ulterior execução pelo rito previsto na Lei nº 6.830/80. De igual modo, é estreme de dúvidas que a embargante reconhece sua inadimplência junto

aos bancos estrangeiros, tanto que afirma que, em 1990, teria recebido uma proposta para liquidar a dívida com uma suposta oferta de deságio da ordem de 65% (sessenta e cinco por cento).

125. O pagamento do montante integral do empréstimo obtido no exterior teve de ser assumido pelo Banco do Brasil S.A. e, em momento posterior, o crédito decorrente dessa operação financeira teve de ser repassado à embargada, ocasionando sérios gravames às finanças públicas. Tudo em face da inércia da embargante (tomadora do empréstimo) e de suas filiadas, que, sabendo que deviam, a quem deviam e o quanto deviam, sequer dispunham dos recursos necessários para assegurar a liquidação da dívida até mesmo com o alegado deságio (e isso é reconhecido pela própria embargante, cf. fls. 68 e 956/958).

126. Ora, pretender agora apontar defeitos formais no procedimento adotado pela Fazenda Pública, quando da absorção do crédito e de sua inscrição em dívida ativa, no intuito de obstaculizar a cobrança desse mesmo crédito, configuraria clara ofensa ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que, segundo o escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello, “é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele (...) Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social”.

127. Demais disso, equivocou-se a embargante ao tentar albergar o crédito ora discutido nas disposições do CTN, pois tal crédito, com exceção das disposições do § 4º do art. 4º da LEF, não guarda semelhança com o crédito de natureza tributária. Em verdade, ainda que de conteúdos aproximados, os dispositivos que norteiam a inscrição de dívida ativa não tributária são o art. 39 da Lei nº 4.320/64, e os arts. 2º e 3º da Lei nº 6.830/80.

128. Fixadas essas premissas iniciais, verifico que, no caso concreto, a embargante assevera que não teria sido regularmente notificada para pagar a dívida ou impugná-la na seara administrativa, assim como não teria havido a regular apuração do débito a ser inscrito.

129. Sem razão, no entanto.

130. Ora, a embargante afirma que não teria sido regular a notificação ocorrida em 06.02.1998 – quando lhe foi dada ciência da cessão do crédito do Banco do Brasil S.A. para a União –, conforme indicado no título executivo fiscal. Entretanto, pouco tempo depois, em 12.03.1998, a mesma cuidou de ingressar, junto à Seção Judiciária do Distrito Federal, com uma ação de mandado de segurança (Processo nº 1998.34.00006615-8) contra ato do Sr. Procurador-Geral da Fazenda Nacional e do Sr. Secretário do Tesouro Nacional, na qual pleiteava a concessão de segurança para que fosse “considerado nulo o processo administrativo nº 17944-001284/95-93 e os atos dele decorrentes como o Contrato de Cessão de Crédito nº 407/TN, celebrado em 29 de dezembro de 1997 e a exigência do respectivo crédito transmudado unilateralmente de privado em público” (cf. fls. 135/144 do Proc. Administrativo nº 17944.000465/98-45), ato este que foi reconhecido como legal pelas autoridades judiciárias processantes do *writ of mandamus*. Como, então, sustentar que a notificação realizada no dia 06.02.1998 (através do Ofício nº 423-STN/COAFI/DIESP, cf. fl. 112 do Proc. Administrativo nº 17944.000465/98-45) não atingiu seu objetivo, se pouco mais de um (1) mês depois a embargante ingressou com uma ação judicial visando infirmar a cessão do crédito e impedir a sua inscrição em dívida ativa?

131. Demais disso, o fato do Processo Administrativo nº 17944.001284/95-93, posteriormente, ter sido desdobrado e gerado o Processo Administrativo nº 17944.000465/98-45, do qual decorreu a inscrição em dívida ativa, por si só, não é suficiente para mitigar os efeitos da notificação realizada (inclusive para os fins do art. 1.069 do Código Civil de 1916), uma vez que através deste ato foram fornecidos à embargante todos os subsídios necessários para que efetuassem o pagamento (no prazo de 30 dias) ou exercessem seu direito de defesa na seara administrativa, muito embora tenha preferido demandar judicialmente contra o procedimento de cessão do crédito e de inscrição em dívida ativa, como citado anteriormente.

132. A propósito, descabe olvidar que, de acordo com o art. 38 da Lei nº 6.830/80, a propositura de uma das ações

previstas no *caput* do dispositivo – dentre as quais figura o mandado de segurança – importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto. E isso se dá, segundo o escólio de Leandro Paulsen *et alii*, porque o “parágrafo em questão tem como pressuposto o princípio da jurisdição una, ou seja, que o ato administrativo pode ser controlado pelo Judiciário e que apenas a decisão deste é que se torna definitiva, com o trânsito em julgado, prevalecendo sobre eventual decisão administrativa que tenha sido tomada ou pudesse vir a ser tomada”.

133. A esta altura, cumpre registrar que, conforme narrado pela embargada às fls. 1539/1540, e não refutado pela embargante, o TRF da 1ª Região, confirmando a sentença de primeiro grau, denegou a segurança nos autos do indigitado Mandado de Segurança, ficando então consolidado, em decisão transitada em julgado, o entendimento de que não era necessária a intervenção da COOPALAG (embargante) no procedimento de cessão do crédito do Banco do Brasil S/A para a União (embargada). Aliás, na sentença proferida pelo Juiz Federal Titular da 15ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, Dr. João Luiz de Souza, o magistrado – adotando como razões de decidir os mesmos fundamentos já alinhavados quando do indeferimento da liminar pleiteada pela COOPALAG (embargante) – consignou, *ipsis litteris*:

A impetrante se queixa, então, de que não foi ouvida sobre o processo de transferência do crédito, que diz ter sido transmutado de privado em público, e, ainda, que o valor cobrado não é o devido.

O caso, como visto, não revela a presença da fumaça do bom direito.

A impetrante reconhece a dívida contraída, questionando apenas o valor atualmente cobrado. Num processo regular de execução, teria que garantir o juízo para oferecer defesa. O contrato de cessão de crédito, do BB para a União (Tesouro Nacional) é, em análise preliminar, válido, e dispensa a interveniência da devedora, ora impetrante. (Sem grifos no original)

134. A 3ª Turma Suplementar do TRF da 1ª Região, por sua vez, ao apreciar o apelo da COOPALAG (embargan-

te), cravou: “Se a prova carreada aos autos não é suficiente para a comprovação do fato que serve de fundamento para a impetração, isto é, a irregularidade do procedimento administrativo de cessão ao Tesouro Nacional de crédito pertencente ao Banco do Brasil, esta feita nos moldes dos arts. 1.065 e 1.069, do Código Civil em vigor à época, a denegação da segurança se impõe”.

135. Quanto à apuração da liquidez e certeza da dívida e ao controle de legalidade, entendo que ambos foram realizados de modo satisfatório pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Se os índices usados para se aferir o valor do *quantum debeatur* estão ou não corretos, isso é questão que deve ser aferida no momento e no juízo próprio. Não houve, pois, a meu sentir, qualquer irregularidade na constituição do presente crédito (não tributário).

136. Não bastasse isso, é importante dizer que estamos a tratar de um caso *sui generis*, repleto de peculiaridades que o colocam em posição diferenciada em relação aos procedimentos adotados para os demais créditos da União, notadamente os de natureza tributária. Sim, pois a dívida decorre de um contrato de mútuo externo não honrado pela embargante e saldado pelo Banco do Brasil S.A., na qualidade de garante. Esse mesmo banco, em um segundo momento, por força de uma medida provisória, transferiu (cedeu) o crédito, onerosamente, para a União, que se viu obrigada a inscrevê-lo e executá-lo, haja vista o não pagamento pela embargante quando instada a fazê-lo no prazo de 30 (trinta) dias.

137. Pois bem. Compulsando as cópias do Processo Administrativo nº 17944.001284/95-93, que ulteriormente passaram a instruir o Processo Administrativo nº 17944.000465/98-45 (desdobramento do primeiro), é possível verificar que, em 06.03.1998, a Secretaria do Tesouro Nacional encaminhou expediente à PGFN (Nota nº 372/STM/COAFI/DIESP), por meio do qual a STN informa todos os elementos necessários à inscrição da dívida, inclusive o valor atualizado até 31.01.1998 (cf. fls. 113/122). Já em 23.03.1998, em resposta ao requerimento da COOPALAG de fls. 55/85 (onde esta já demonstrava ter pleno conhecimento da cessão que estava por vir) e em atenção ao documento enviado pela STN, a Coordenação-Geral de Ope-

rações Financeiras da União – órgão integrante da PGFN, após minuciosa análise do caso, sugeriu que a embargante (COOPALAG) fosse cientificada do indeferimento do seu pleito (cf. fls. 123/127). Enquanto isso, no dia 24.03.1998, o Sr. Procurador-Geral Adjunto da PGFN determinou o encaminhamento do processo à Coordenação-Geral da Dívida Ativa “para inscrição do débito na Dívida Ativa da União” (cf. fl. 126).

138. Como destacado em oportunidade anterior, por questões formais, o Processo Administrativo nº 17944.001284/95-93 foi devolvido pela Coordenação-Geral da Dívida Ativa à STN, onde foi então desmembrado e deu origem ao Processo Administrativo nº 17944.000465/98-45. Este, por sua vez, já satisfatoriamente instruído com as peças do primeiro, foi então, no dia 23.11.1998, encaminhado à PFN/AL para fins de inscrição em dívida ativa.

139. Queixa-se a embargante por não terem ocorrido outros atos processuais entre o envio do processo administrativo da PGFN, em Brasília-DF, e a PFN, em Alagoas. No entanto, faz vista grossa em relação a todos os atos que antecederam o mencionado envio e que, no entender deste magistrado – porque realizados no âmbito dos órgãos competentes (STN e PGFN) –, foram suficientes para assegurar, salvo prova inequívoca em contrário, a liquidez, a certeza e a legalidade do débito a ser inscrito em dívida ativa. A embargante também se esquece de mencionar que ajuizou uma ação de mandado de segurança contra a inscrição em dívida ativa logo após ser notificada através do Ofício nº 423-STN/COAFI/DIESP, de 06.02.1998, abrindo mão, em função disso, do direito de impugnar administrativamente a dívida contra si imputada (LEF, art. 38, p. único).

140. Por todos esses motivos, tenho por bem rejeitar a preliminar de afronta ao devido processo legal administrativo.

Ausência de previsão orçamentária da receita

141. Do mesmo modo, não vislumbro razões para se entender como nula a inscrição em dívida ativa, realizada pela Fazenda Nacional, por conta da suposta ausência de sua previsão no Orçamento da União.

142. De acordo com o art. 34 da Lei nº 4.320/64, o exercício financeiro coincidirá com o ano civil. Nas palavras de Flávio da Cruz *et alii*, por exercício financeiro “entende-se o período em que se concretizam a execução orçamentária e a execução financeira”. Em seguida, o art. 35, inciso I, do mesmo diploma legal estabelece que pertencem ao exercício financeiro “as receitas nele arrecadadas”. É dizer, ainda segundo Flávio da Cruz, “a receita pertence ao exercício em que for arrecadada. Só a entrada de dinheiro nos cofres públicos pode configurar a arrecadação da receita orçamentária”. No entanto, mais adiante, o mesmo autor esclarece: “Dois são os regimes contábeis existentes: regime de caixa, também conhecido como regime de gestão anual, e regime de competência ou de exercício: a. ‘regime de caixa’ para as receitas efetivamente ingressadas no exercício financeiro e, como dívida ativa, as receitas lançadas, mas não arrecadadas” (destaques adicionais). Tanto é assim que o § 1º do art. 39 da Lei nº 4.320/64 estabelece que os créditos da Fazenda Pública, não pagos no prazo legal, “serão inscritos na forma da legislação própria, como Dívida Ativa, em registro próprio, após apurada a sua liquidez e certeza, e a respectiva receita será escriturada a esse título”.

143. Não é de se estranhar, portanto, que a embargante defenda a tese de que o montante objeto destes embargos, inscrito em Dívida Ativa da União sob o nº 43.6.99.000350-38, deveria figurar no Orçamento da União, mesmo ainda não tendo sido efetivamente arrecadado.

144. Acontece que, a par das disposições constitucionais, legais e regulamentares que norteiam a elaboração da peça orçamentária da União, a embargante não fez prova de que o crédito cedido pelo Banco do Brasil S.A. e levado a inscrição em dívida ativa restou omitido.

145. Na verdade, nos documentos colacionados às fls. 758/920, além de não estar incluído o exercício de 1998, constam apenas referências às leis, decretos e demais atos normativos que embasam as receitas e despesas integrantes das peças orçamentárias, sendo inviável afirmar, com precisão, se o crédito em tela figurou (ou não) como receita não arrecadada (dívida ativa) no exercício financeiro correspondente.

146. E não se trata de exigir a chamada “prova diabólica”, ou seja, impossível ou excessivamente difícil de ser produzida, pois, ainda que se trate de comprovar fato negativo (não inclusão no orçamento dos valores referentes à inscrição em dívida ativa ora fustigada), seria fácil para a embargante, assim como o foi em relação aos fundamentos jurídicos das receitas e despesas, colacionar aos autos cópias da peça orçamentária propriamente dita, na intenção de demonstrar que os valores aqui discutidos não a compuseram.

147. Sim, pois em nossa sistemática processual hodierna é preciso se ponderar alguns antigos conceitos como o de que fatos negativos jamais podem ser provados (negativa *non sunt probanda*). A negativa de um fato somente não pode ser provada quando se revela uma atividade absolutamente impossível, por sua inconsistência fáctica e indefinibilidade espacial e temporal. Logo, no caso vertente, entendo que não se tratou de uma negativa absoluta, mas de um fato negativo que poderia e deveria ter sido comprovado pela COOPALAG.

148. De qualquer maneira, ainda que a embargante tivesse demonstrado, de forma irrefutável, que não houve previsão da receita alusiva ao crédito sub examine no Orçamento da União, comungo da opinião da embargada ao afirmar que “não se poderia atribuir à ausência dessa mera previsão o efeito de causar a nulidade da inscrição em dívida ativa e da execução fiscal correspondente”, (i) seja porque tal omissão não “poderia irradiar reflexos na exigência judicial” do débito, (ii) seja porque não “se vislumbra, ainda, qualquer tipo de prejuízo que essa ausência de previsão orçamentária acarretaria ao sujeito passivo da cobrança”, (iii) ou seja, finalmente, porque se trata de uma questão “afeta ao Direito Financeiro (correta elaboração do Orçamento)”, que não deve acarretar prejuízo ao processo executivo encetado pela União para a satisfação do seu crédito.

149. A isagoge levantada, pelos motivos elencados, há, pois, de também ser afastada.

Não caracterização do inadimplemento da embargante

150. De acordo com a sexta (6ª) preliminar suscitada na inicial, a inscrição em dívida ativa seria nula por não ter restado caracterizado o inadimplemento da embargante. Todavia, igualmente aqui, entendo não assistir razão à parte demandante.

151. Mais uma vez se escorando inadvertidamente em disposições do Código Tributário Nacional, busca a embargante se desvencilhar da cobrança alegando a ausência de notificação e de regular apuração do débito. Entretanto, tais questões já foram anteriormente enfrentadas neste mesmo *decisum*, quando se reconheceu que a embargante tanto foi notificada (cientificada) do débito que seria inscrito que ingressou com uma ação de mandado de segurança objetivando obstaculizar a pretensão fazendária, o que, por si só, corrobora a eficácia da notificação administrativa. Também já foi visto que a embargante não logrou êxito em sua investida judicial, tendo transitado em julgado a decisão que denegou a segurança. De modo semelhante, já foi dito que a apuração da dívida contou com a participação de um Grupo de Trabalho instituído pelo Ministério da Fazenda, da Secretaria do Tesouro Nacional e da própria Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, ou seja, apuração houve, cabendo apenas verificar nestes autos se a mesma se deu de forma escorreita ou não. Destarte, afigura-se um exacerbado apego ao formalismo pretender infirmar o processo administrativo com base na alegação de que, por conta da celeridade com que a PFN/AL procedeu à inscrição em dívida ativa, teria sido suprimida a fase administrativa de verificação da liquidez e certeza do débito em questão.

152. De mais a mais, consoante salientado pela embargada, o inadimplemento restou caracterizado desde o momento em que a embargante deixou de honrar suas obrigações perante as instituições financeiras estrangeiras, levando o Banco do Brasil S.A. a arcar com o pagamento da dívida, com recursos próprios, dívida esta que gerou o crédito cedido à União.

153. Por tais razões, não acolho a prefacial arguida.

Constituição de crédito a partir de títulos extrajudiciais prescritos

154. Cumpre, agora, examinar detidamente a alegação de nulidade da inscrição em dívida ativa por conta da alegada prescrição dos títulos de crédito (Notas Promissórias).

155. Segundo afirma a embargante, o Banco do Brasil S.A., ao transferir os títulos adquiridos dos bancos estrangeiros para a União (nove Notas Promissórias), em 29.12.1997, “na realidade cedeu títulos despídos de qualquer força executiva. Prescritos. Vencidos em 17.06.1991, a partir de 17.06.1994 (ou, se for o caso, 18.06.1994) já não dispunha de exequibilidade. Mesmo que aplicado fosse o prazo do Decreto nº 2.044, de 31.12.1908, e não o do Decreto nº 57.663, de 24.01.1966, idêntica situação ocorreria (a prescrição estaria consumada em 17.06.1996, antes, portanto, da data da cessão)”.

156. É cediço que a executoriedade é uma característica intrínseca dos títulos de crédito (dentre os quais figuram as notas promissórias), e, por serem considerados títulos executivos extrajudiciais (art. 585, I, do CPC), tais documentos dispensam a prévia ação de conhecimento, gerando uma satisfação célere e eficiente do crédito. Em função dessa característica dos títulos de crédito, é assegurada ao detentor (credor) a utilização da ação executiva denominada ação cambial.

157. Essa ação, no entanto, deve ser ajuizada dentro de determinado prazo, sob pena de prescrever. Especificamente no caso da ação cambial, o prazo prescricional a ser observado, em relação ao devedor, é aquele previsto no art. 70 da Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, promulgada pelo Decreto nº 57.663/66, cuja redação é a seguinte:

Art. 70 - Todas as ações contra o aceitante relativas a letras prescrevem em três anos a contar do seu vencimento.

As ações ao portador contra os endossantes e contra o sacador prescrevem num ano, a contar da data do protesto feito em tempo útil ou da data do vencimento, se se trata de letra que contenha cláusula “sem despesas”.

As ações dos endossantes uns contra os outros e contra o sacador prescrevem em seis meses a contar do dia em que o endossante pagou a letra ou em que ele próprio foi acionado. (Grifos nossos)

158. Da norma aplicável à espécie, portanto, extrai-se que o prazo prescricional para a execução da nota promissória em relação ao devedor é de 3 (três) anos. Logo, de fato, por não terem sido executadas a tempo pelos credores estrangeiros e nem pelo Banco do Brasil S.A. (cessionário), as nove (9) Notas Promissórias assinadas pela em-bargante perderam sua executoriedade, não mais estando sujeitas à indigitada ação cambial.

159. Sabe-se, no entanto, que as obrigações representa-das por um título de crédito podem ter origem cambial (di-retamente ligada ao título, como na hipótese do aval), ou extracambial (no caso do título estar vinculado, *v.g.*, a um contrato de compra e venda ou de mútuo), como no caso em tela.

160. Dito isso, calha trazer a lume a lição de Fábio Ulhoa Coelho a respeito do instituto da ação cambial frente à origem extracambial da obrigação representada pelo título de crédito, *verbum ad verbum*:

Se o título não for pago em seu vencimento, o credor poderá promover a execução judicial de seu crédito con-tra qualquer devedor cambial, observadas as condições de exigibilidade do crédito cambiário já examinadas – especificamente, o protesto tempestivo para cobrança de coobrigado. A letra de câmbio vem definida, pela lei processual, juntamente com a nota promissória, o che-que e a duplicata, como título executivo extrajudicial (CPC, art. 585, I), cabendo, pois, a execução do crédito correspondente.

Mas, para o exercício do direito de cobrança por via de execução, fixou a lei um determinado prazo prescricional. A execução, portanto, da letra de câmbio deve ser ajuizada, nos termos do art. 70 da LU: a) em 3 anos a contar do vencimento, para o exercício do direito de crédito contra o devedor principal e seu avalista; b) em 1 ano a contar do protesto – ou do vencimento, no caso da cláusula “sem despesas” – para o exercício do direi-to de crédito contra os coobrigados, ou seja, contra o sacador, endossantes e respectivos avalistas; e c) em 6 meses a contar do pagamento, ou do ajuizamento da execução cambial, para o exercício do direito de regresso por qualquer um dos coobrigados.

Após a prescrição da ação de execução, ninguém poderá ser acionado em virtude da letra de câmbio. No entanto, se a obrigação que se encontrava representada pelo título 304 de crédito tinha origem extracambial, o seu devedor poderá ser demandado por ação de conhecimento própria (Dec. n. 2.044/1908, art. 48), na qual a letra servirá, apenas, como elemento probatório. (Reales aditados)

161. Conclui-se da lição acima transcrita que, no caso do título de crédito estar vinculado a uma obrigação extracambial, mesmo perdendo sua força executiva – por conta do transcurso de prazo superior a 03 (três) anos da data do seu vencimento –, ainda assim não estará o devedor isento de reembolsar ao credor “a soma com a qual se locupletou à custa deste”, conforme se infere da regra insculpada no art. 48 do Decreto nº 2.044/1908.

162. No caso concreto, as nove (9) Notas Promissórias assinadas pela embargante estavam vinculadas a uma nítida obrigação extracambial, decorrente do contrato de mútuo externo assinado nos idos de 1985. Logo, aplica-se à hipótese o disposto no precitado art. 48 do Decreto nº 2.044/1908. Ou seja, a prescrição cambial (trienal, nos termos do Decreto nº 57.663/66) retira a natureza executória do título creditício (nota promissória), mas não fulmina a pretensão fundada na obrigação extracambial. Assim, não é pelo simples fato de estar prescrita a ação cambial que a embargante pode se considerar exonerada da obrigação de liquidar sua dívida.

163. E mais. Considerando que o vencimento da primeira nota promissória só ocorreu em 15.07.1990, conforme noticiado pela embargante em sua inicial (fl. 67, item 247), quando ainda em vigor o vetusto Código Civil de 1916, tem razão a embargada ao afirmar que na hipótese o prazo prescricional a ser observado é aquele previsto no art. 177 do mesmo Digesto, ou seja, de 20 (vinte) anos para as ações pessoais, por força do disposto em seu art. 179.

164. O mesmo entendimento é perfilhado nos seguintes arestos:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITOS COMPREENDIDOS NA DÍVIDA ATIVA. PRESCRIÇÃO. IBA-

MA FISCALIZAÇÃO. ATIVIDADE PESQUEIRA. FALTA DE DOCUMENTOS. LEI Nº 7.679/88, ART. 1º, INC. VI.

1. Os créditos compreendidos na dívida ativa que não têm natureza tributária e que não têm, por outra norma legal, prazo próprio de prescrição, submetem-se à disciplina do art. 177 do Código Civil.

2. A Lei nº 7.679/88 em seu art. 1º, inciso VI, não impõe a obrigação de trazer junto à embarcação a documentação exigida para a prática de atividade pesqueira. (Des-
taques aditados)

FINANCEIRO E PROCESSUAL CIVIL. DÍVIDA ATIVA NÃO TRIBUTÁRIA. CCB, ARTIGOS 177 E 179. PRESCRIÇÃO. SUPRESSÃO DE GRAU DE JURISDIÇÃO.

I. À prescrição das ações para cobrança da dívida ativa não tributária aplica-se o art. 179 do CCB, não pertinindo, pela especificidade, a invocação do art. 174 do CTN.

II. Afastada a prescrição, devem os autos, com vista a não supressão de um grau de jurisdição, retornar a Vara de origem, para prosseguimento do julgamento da causa.

III. Apelo provido. Remessa oficial prejudicada. (Realces acrescidos)

165. Destarte, levando-se em conta a supracitada data de vencimento/inadimplemento da primeira nota promissória (15.07.1990), não é difícil concluir que tanto no momento da cessão do crédito do Banco do Brasil S.A. para a União – ocorrida em 29.12.1997 (cf. fls. 704/707) –, quanto no instante da autuação do executivo fiscal – que se deu em 14.02.2000 (conforme informação colhida no sistema informatizado de acompanhamento processual desta Seção Judiciária) –, ainda permanecia incólume a pretensão em relação à cobrança do montante decorrente do contrato de mútuo externo, não havendo que se falar em prescrição.

166. E não se busque infirmar a incidência do prazo prescricional vintenário no presente caso apenas porque o crédito foi cedido para a União. Isso porque se o Banco do Brasil S.A. dispunha de 20 (vinte) anos para buscar a restituição do que pagou, como já destacado acima, é certo que ao ceder o crédito para a União nos idos de 1997 tal prazo ainda não havia escoado. Logo, como pensar que a União não teria prazo para executar o crédito a ela cedido

se a pretensão da instituição financeira cedente (Banco do Brasil S.A.), caso esta ainda fosse titular do crédito, ainda não estava prescrita?

167. Neste passo, calha transcrever recente acórdão do TRF da 5ª Região, no qual se tratou de questão bastante semelhante à presente causa:

CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITOS DECORRENTES DE EMPRÉSTIMOS EXTERNOS GARANTIDOS PELO EXTINTO IAA. SUB-ROGAÇÃO DA UNIÃO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. NULIDADE DA SENTENÇA. AFASTAMENTO. LIQUIDEZ, CERTEZA E EXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO. PRESUNÇÃO NÃO ELIDIDA. EXCESSO DE EXECUÇÃO. INOCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO. DESCABIMENTO.

1. Diante da natureza privada do crédito cobrado na execução, consistente na aquisição de contratos de mútuo firmados pelas usinas de açúcar e álcool do Estado de Alagoas, garantidos por aval do extinto Instituto do Açúcar e do Alcool, há de ser aplicado o prazo prescricional vintenário estabelecido no Código Civil de 1916, no seu art. 177, vigente à época, inexistindo espaço para a aplicação do Decreto nº 20.910/32, por não se tratar na hipótese de regime de direito administrativo.

2. Considerando que a embargante foi notificada do vencimento do débito em 19/07/1988 e o feito executivo foi ajuizado em 16/04/1996, não há que se falar no instituto em comento.

3. Preliminar de nulidade da sentença rejeitada, uma vez que os documentos juntados aos autos pela embargada, por ocasião da sua manifestação acerca da realização do segundo laudo pericial, constituem reprodução daqueles que já integravam o conjunto probatório, inexistindo, pois, qualquer violação ao disposto no art. 398 do CPC.

4. O *decisum* impugnado também não padece de qualquer invalidade em razão da não aplicação dos arts. 454, parágrafo 3º, e 456, do Estatuto Processual Civil, pois os dispositivos legais referidos dizem respeito aos casos em que se faz necessária a realização de audiên-

cia de instrução e julgamento, não sendo esta a hipótese dos autos.

5. A presunção de liquidez, certeza e exigibilidade da Certidão de Dívida Ativa não restou elidida, eis que ficou demonstrado nos autos que o MEMO STN/COFEM/DI-ESP-DICOE nº 2.383 (128), de 15/05/95, ao listar os valores honrados pelo Instituto do Açúcar e do Alcool como avalista/fiador de empréstimos externos, não fez referência a todos os débitos contraídos pela embarcante junto às instituições financeiras internacionais, ali restando consignado apenas o montante do mútuo contratado com o Banque NMB Interunion (contrato nº 141/24432), o qual correspondia à quantia de R\$ 9.638.717,79. Ficou comprovada, também, a existência de débitos da recorrente para com outros bancos estrangeiros, os quais foram quitados pelo IAA, mas que não estavam inclusos no quadro de devedores constante do MEMO STN/COFEM/DIESP-DICOE nº 2.383 (128), de 15/05/95, de maneira que a quantia exigida na CDA está correta.

6. Caso em que no montante originariamente executado não foi incluído valor algum decorrente da rolagem da dívida externa brasileira, estando a Certidão de Dívida Ativa restrita à cobrança das cifras referentes aos avais quitados pelo extinto IAA.

7. A compensação dos créditos pertencentes às filiais da apelante, decorrentes do Programa de Política de Preço Nacional Equalizado – Açúcar e Alcool, apenas restou provada em relação a Usinas Reunidas Seresta S/A, sendo certo que o montante por ela devido foi excluído da CDA após a embargada reconhecer que dita cooperada renegociou o débito administrativamente com a Secretaria do Tesouro Nacional.

8. É descabida a condenação em honorários advocatícios quando julgados improcedentes embargos à execução fiscal (Súmula nº 168 do extinto TFR).

9. Apelação parcialmente provida. (Grifos nossos)

168. Além do mais, mesmo que se cogitasse a aplicação, por analogia, do disposto no art. 1º do Decreto 20.910/3247, ainda assim haveria de ser observado o momento da cessão à União, quando então esta passou a ser detentora do crédito, nascendo sua pretensão.

169. Por fim, é importante pontuar que – não fosse suficiente o teor do art. 585, II, do CPC48, para embasar a execução da dívida – o débito inscrito em Dívida Ativa da União não precisa passar pelo crivo do processo de conhecimento para que só então seja executado pelo rito da LEF, uma vez que milita em favor do mesmo a presunção *juris tantum* de certeza e liquidez (LEF, art. 3º). Repise-se: a União, cessionária do crédito, não está a executar as Notas Promissórias (de natureza cambiária), mas sim a dívida oriunda do contrato de mútuo externo, razão pela qual se encontra amparada no art. 39, § 2º, da Lei nº 4.320/64, e na Lei nº 6.830/80.

170. Por tais razões, afasto também a prejudicial de mérito aventada pela embargante (prescrição).

(sentença, fls. 2.092/2.118)

Dessa sorte, e com tais argumentos – que reitero – afasto as preliminares, negando assim provimento aos agravos retidos.

De meritis, disse o julgamento originário:

Mérito

171. Em que pese ter a embargante alocado dentre suas preliminares o ponto referente à suposta “iliquidez do título exequendo, em face da indeterminação do valor real do crédito objeto de apuração, haja vista a inobservância de cláusula contratual e de preterição de normas cogentes de direito”, entendo que a matéria guarda relação de pertinência com o mérito da causa, razão pela qual passo a apreciá-la como uma das questões de fundo destes embargos.

172. Pois bem. Especificamente em relação aos cálculos realizados pelo Banco do Brasil S.A. e, depois, pela União (através da Secretaria do Tesouro Nacional), a embargante aponta uma série de irregularidades, assim delineadas: “(a) não conversão, em moeda nacional, do valor em moeda estrangeira na data do desembolso pelo BB, conforme determinava o contrato; (b) permanência da dívida em dólares norte-americanos até 30/06/95 e, ainda assim, sem a imprescindível separação das parcelas do principal e dos juros; (c) desconsideração do deságio (DFA + 10%) objeto da proposta dos credores externos; (d) aplicação da *Prime Rate* + 2,75% a.a. sobre o montante da dívida (sem

deságio), quando deveria aplicar, somente, sobre a parcela do principal (com deságio); (e) conversão da dívida em moeda nacional somente em 30/06/95 (com 1.474 dias de atraso); sem que, também aqui, haja a separação do principal e dos juros; (f) correção da dívida ativa pelo IGP-DI + 14,60% a.a. de juros (período 30/06/95 a 31/05/98) – com a ilegalidade, mais uma vez, da prática de juros sobre juros, desrespeitado, demais disso, o critério de cálculo da Justiça Federal para o caso de dívida não tributária, que utiliza as ORTN/OTN/BTN/INPC/UFIR/IPCA-E; (g) distinção de principal e juros somente em 31.05.98; (h) continuação, a partir de 31/05/98, da prática do anatocismo; atualização monetária de dívida não tributária com utilização da Selic, quando o MCJF manda aplicar o IPCA-E; (i) cálculo de honorários advocatícios de 20% sobre o montante de principal corrigido + juros + Selic, adicionados ao total da dívida; no caso de uma hipotética condenação, o percentual alusivo à sucumbência haveria de incidir (também) sobre a mesma verba honorária já embutida no principal”.

173. Para melhor apreciar o acervo de questões versadas neste ponto específico, dada a manifesta complexidade das mesmas, calha dividir a tarefa em três etapas, nas quais se contará com os valiosos subsídios da prova pericial contábil realizada nestes autos. Na primeira etapa, será analisada a evolução da dívida desde a celebração do contrato de mútuo externo (Credit Agreement), que se deu em 15.05.1985 (cf. fls. 542/613), até a cessão onerosa do crédito ao Banco do Brasil S.A. (“Acordo de Cessão e Liberação”), sucedida em 17.06.1991 (cf. fls. 669/702). Em um segundo momento, proceder-se-á ao exame dos critérios que nortearam a atualização do crédito, desde sua aquisição pelo Banco do Brasil S.A. até o instante em que foi cedido à União, através do Contrato nº 407/TN, assinado em 29.12.1997 (cf. fls. 704/707). No terceiro instante, averiguar-se-á a atualização do débito a contar de sua cessão à União, a partir de quando assumiu a feição de crédito público de natureza não tributária.

174. Antes disso, é apropriado pontuar que a embargada busca rechaçar as supostas irregularidades apontadas pela embargante ao argumento de que “a elaboração dos cálculos para a apuração do débito que deu ensejo à inscrição em dívida ativa conforme Processo Administrativo

17944.000465/98-45 foi efetuada pela DEDIP, de acordo com os critérios estabelecidos no Relatório Final do Grupo de Trabalho n. 2 (GT-2). Segundo esse relatório, que se encontra em anexo, 'O valor da dívida, na posição de 30.06.95, é de R\$ 117.468.730,50. Este montante foi obtido atualizando-se a importância desembolsada pelo BB em 17.06.91, de acordo com os critérios definidos em contrato". Tal cálculo, segundo alega, teria sido, inclusive, mais benéfico para a embargante se comparado aos critérios comumente empregados pela STN (correção da obrigação pelo IGP-DI, acrescido de juros de 6% a.a.).

175. Além disso, sustenta a embargada que, de acordo com a "Medida Provisória n. 1615-23, de 11/12/1997, em seu artigo 2º e no Parágrafo 1º desse mesmo artigo", as dívidas da União para com o Banco do Brasil S.A., dentre os quais aquela liquidada com a cessão de crédito ora debatida, deveriam ser atualizadas pelo IGP-DI e acrescida de juros de até 15% (quinze por cento) ao ano, tendo tais juros, no caso concreto, sido limitados a 14,6% (quatorze vírgula seis por cento) ao ano (cf. fls. 1255/1256).

176. Dito isso, passemos à primeira etapa de nossa abordagem, começando por examinar os principais elementos que integraram a avença materializada no contrato de mútuo externo, de acordo com a tabela a seguir elaborada.

DADOS DO CONTRATO

Instrumento: "Contrato de Empréstimo Externo (*Credit Agreement*) firmado em 15.05.1985 (cf. fls. 542/613).

Mutuante: Consórcio de bancos estrangeiros liderados pelo Midland Bank PLC (Agente) (cf. fl. 547).

Mutuária (Tomadora): Cooperativa dos Produtores de Açúcar e Álcool de Alagoas - COOPALAG (cf. fl. 547).

Valor do Mútuo: US\$ 71,815,000.00 (setenta e um milhões, oitocentos e quinze mil dólares norte-americanos) (cf. fl. 542 e 593).

Taxa de juros: 2,75% (dois vírgula setenta e cinco por cento) ao ano, acima da maior entre (i) a Prime Rate do Morgan Guaranty Trust Company of New York, e (ii) a taxa CD Ajustada; incidentes sobre o saldo devedor do principal, contados a partir de 17.06.1985 (cf. fl. 557).

Condições de Pagamento: Em nove (9) prestações semestrais e consecutivas, representadas por Notas Promissórias em igual número, sendo as oito (8) primeiras no valor de US\$ 7,979,000 e a parcela final de US\$ 7,983,000, vencendo-se a primeira em 17.06.1990 e a última em 17.06.1994 (cf. fl. 557 e 693).

177. Fixados acima os contornos do ajuste pactuado pela embargante e o consórcio de bancos estrangeiros capitaneado pelo Midland Bank PLC, importa registrar que já na primeira parcela do principal (amortização), no valor de US\$ 7,979,000 (sete milhões, novecentos e setenta e nove mil dólares norte-americanos), vencida em 17.06.1990, a embargante se tornou inadimplente, não havendo notícia sequer do pagamento dos juros vencidos a partir de então.

178. O Banco do Brasil S.A., por seu turno, chamado a saldar o débito pelos credores (bancos) estrangeiros, com espeque no “Acordo de Compra de Crédito” celebrado em 15.05.1985 (cf. fls. 617/667), assinou, em 13.06.1991, o instrumento denominado “Acordo de Cessão e Liberação”, onde se comprometeu a efetuar o pagamento, em 17.06.1991, do valor total do capital emprestado e dos juros vencidos, sem deságio algum. Com isso, foram liquidadas as duas parcelas vencidas do principal, referentes às competências 17.06.1990 e 17.12.1990, além daquela vencida na data do início da vigência do ajuste (17.06.1991, cf. fl. 673) – cada uma no valor de US\$ 7,979,000 (sete milhões, novecentos e setenta e nove mil dólares norte-americanos) –, acrescidas dos juros vencidos, e antecipando as seis (6) prestações vincendas.

179. Diante dessa situação, conforme indicado pela Perita Contábil à fl. 1789, coube ao Banco do Brasil S/A efetuar a liquidação do principal, “no valor de US\$ 71.815.000,00, acrescido dos Juros vencidos de US\$ 14.124.140,00, mediante o pagamento total de US\$ 85.939.140,00”.

180. Segundo a embargante, e aí já passamos a examinar o primeiro argumento que integra a questão *sub examine*, não houve, por parte do Banco do Brasil, na data do pagamento, a conversão do débito em moeda estrangeira para moeda nacional, à taxa de venda do câmbio do dia, consoante disposição contratual (cf. “cláusula XXIII do Contrato de Prestação de Garantia, com Contragarantia Hipotecária

ria e Fidejussória, de Assunção de Dívida e outros pactos”), o que, no entender daquela, inviabilizou “a fixação de um valor que pudesse servir de base aos cálculos posteriores”.

181. Acontece que, ao contrário do que defende a embargante, a precitada conversão para a moeda nacional não tinha que observar a taxa de câmbio vigente no dia do pagamento aos bancos estrangeiros (17.06.1991), ou, como assestou, “na data do desembolso pelo BB” (cf. fl. 60).

182. Na verdade, a “cláusula XXIII” dos indigitados contratos de prestação de garantia e outras avenças (fls. 208/540), reza que o reembolso em favor do Banco do Brasil S.A. pelo que tivesse que pagar aos credores estrangeiros, em face da inadimplência da embargante, é que deveria ser efetuado pelo equivalente em cruzeiros à taxa de venda do câmbio do dia em que ocorresse tal reembolso. E mais: que em “caso de mora o valor do reembolso será acrescidos dos juros à mesma taxa de mútuo externo” (Realces aditados). Ou seja, de forma equivocada, pretende a embargante utilizar em proveito próprio disposição contratual que não a favorece, mas sim ao Banco do Brasil S.A., até porque a cláusula referida pressupõe o reembolso do pagamento, que efetivamente não houve.

183. Por sinal, a Perita Contábil, ao responder ao 3º quesito deste Juízo (fls. 1823/1824), é clara ao asseverar que a “conversão para moeda nacional dar-se-ia pela cotação do câmbio na data em que seria ressarcido o Banco do Brasil. Como, para fins econômico-contábeis, a negociação do Banco do Brasil com o Tesouro Nacional teria que ser efetivada em moeda nacional, e tendo esta ocorrido (repasse do crédito ao Tesouro Nacional) na data de 30/06/1995, foi esta data tomada como data para a conversão”. Aqui, no entanto, impõe-se uma correção no que foi dito pela *expert*, pois a cessão do crédito para a União (Tesouro Nacional) não se deu em 30.06.1995, mas apenas quando da celebração do Contrato nº 407/TN, assinado em 29.12.1997 (cf. fls. 704/707), sendo este o momento a ser observado para fins de conversão para moeda nacional (Real).

184. Desse modo, carece de razão a embargante tanto quando se insurge contra a ausência da conversão para

moeda nacional do valor pago pelo Banco do Brasil S.A., à taxa de câmbio do dia de tal pagamento, quanto ao sustentar ter sido indevida a manutenção do débito em moeda estrangeira (dólares norte-americanos) até a cessão para a União.

185. Dito isso, e como o outro ponto de convulsão que avulta nesta etapa – referente à discussão acerca do suposto deságio oferecido pelos bancos estrangeiros à embarcante e à sua não aceitação pelo Banco do Brasil S.A. –, é matéria que também integra o mérito da causa, tenho por bem deixar para apreciá-la oportunamente, avançando, de logo, para a segunda etapa do raciocínio.

186. Neste passo, impõe-se examinar as questões afetas ao período que decorreu da aquisição do crédito pelo Banco do Brasil S.A. até a cessão feita à União por meio do Contrato nº 407/TN, datado de 29.12.1997 (cf. fls. 704/707).

187. Aqui, cabe a reprodução das palavras da Perita Contábil (cf. fls. 1789/1790), *in verbis*:

O Banco do Brasil, entendendo como sub-rogado em todas as condições do contrato original com os credores externos, manteve e aplicou, a seu crédito, entre 17.06.1991 e 30.06.1995 (quando negociou este ativo com o Tesouro Nacional), as mesmas taxas de juros e as mesmas condições relativas àquele contrato de mútuo externo originariamente pactuado. Em outras palavras: Manteve o cálculo dos Juros Trimestrais à razão da Prime Rate acrescida de 2 e 3/4 % (ou seja, 2,75% acima da Taxa Preferencial fixada pelos Federal Reserves), aplicadas de forma linear para os dias-calendário existentes no trimestre, sendo estes iniciados no dia 17 do primeiro mês do trimestre e finalizados no dia 17 do terceiro mês do trimestre (os vencimentos se davam no dia 17 do último mês de cada trimestre); Com base na cláusula 2.5, cuja tradução está à fl. 557 dos Embargos à Execução, aplicou juros segundo as mesmas taxas aplicadas ao principal, sobre os juros vencidos e à medida que estes se venciam.

188. Neste instante, importa repisar a parte final da cláusula vinte e três das escrituras públicas acostadas, por

cópia, às fls. 208/540, através da qual a embargante e suas filiadas se comprometeram, em caso de mora, a reembolsar o Banco do Brasil S.A. pelo que tivesse sido obrigado a pagar, acrescido de juros à mesma taxa fixada no contrato de mútuo externo.

189. Desse modo, por conta das disposições contratuais nas quais a própria embargante, equivocadamente, tenta se albergar (como destacado anteriormente) – e dada sua incontestada mora –, impõe-se a incidência da mesma taxa de juros do “mútuo externo” até a cessão do crédito para a União. Afinal, em loas aos princípios que regem os contratos em geral, e em especial o da autonomia da vontade, podem as partes contratar qualquer taxa de juros que entendam cabível à remuneração dos recursos decorrentes do mútuo – inclusive aquelas empregadas no Estado de Nova York, nos Estados Unidos da América, como no caso em tela (cf. estipulado no contrato de mútuo externo, item 10.11 - fl. 590) –, ainda que superior àquelas tradicionalmente utilizadas no país de origem do devedor.

190. E tal entendimento encontra amparo no que preconiza o art. 17 do Decreto-Lei nº 4.657/42 (LICC), segundo o qual as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, terão eficácia no Brasil, salvo na hipótese de caracterizarem ofensa à soberania nacional, aos bons costumes e à ordem pública.

191. Ora, no caso concreto, não se pode dizer que os juros contratados originariamente entre a embargante e o consórcio de bancos estrangeiros se mostravam abusivos e, por conta disso, ofensivos aos bons costumes e à ordem pública, visto que a própria embargante não nega ter pago os indigitados juros, normalmente, durante todo o período de 1985 a 1990.

192. Assim, descabia blindar a embargante contra a incidência dos juros contratados mesmo após a cessão do crédito para o Banco do Brasil S.A. e até seu repasse para a União.

193. Em relação ao tema, por sinal, merece destaque o escólio de Nádia de Araújo, *verbum ad verbum*:

A não aplicação da norma de DIPr é que importaria desrespeito à ordem pública, na medida em que nosso sis-

tema jurídico, norteados pelos princípios constitucionalmente estabelecidos – entre os quais o da proibição ao enriquecimento sem causa e desrespeito à boa-fé que deve reger as relações contratuais –, impede a utilização do argumento da ordem pública para legitimar situação jurídica de descumprimento do DIPr brasileiro e promover uma proteção descabida ao mau pagador. (Sublinhamos)

194. Mais adiante, a mesma autora esclarece, *in verbis*:

Uma das peculiaridades do sistema de conflito de lei é a aplicação do direito estrangeiro sempre que a relação jurídica tiver maior conexão com outro sistema jurídico do que com o do foro (artigos 7º a 17 da LICC), para situações jurídicas multiconectadas. Esta é para Dolinger, a grandeza da disciplina, pois a aplicação da lei estrangeira pelo juiz nacional não significa qualquer perda de seu poder soberano, mas a compreensão de que em determinadas circunstâncias é necessário aplicar a lei emanada de outra soberania, porque assim se poderá fazer melhor justiça. (Grifos acrescidos)

195. É bom que se diga, ainda, que a embargante não se insurge propriamente contra a aplicação, pelo Banco do Brasil S.A., da taxa de juros contratada com o Consórcio de bancos estrangeiros, mas sim em desfavor da incidência dessa taxa sobre o montante da dívida (juros vencidos e principal), sem deságio, quando, no seu entender, deveria ter incidido apenas sobre o principal (com deságio) (cf. fl. 61, item 220, letra d).

196. Assim, a meu ver, a aplicação dos juros trimestrais à taxa Prime Rate + 2,75% pelo Banco do Brasil S.A., até a cessão do crédito para a União, não ofende cláusula contratual – ao contrário, lhe dá cumprimento –, assim como não malfez a legislação e a soberania nacional ou mesmo os bons costumes e a ordem pública.

(...)

205. Dito isso, resta dissecar os critérios de atualização do crédito a partir de sua cessão à União, o que compõe a terceira e última etapa do raciocínio deste magistrado em relação à *vexata quaestio*.

206. Neste momento, calha, mais uma vez, atentar para a manifestação da Perita Contábil, dessa feita à fl. 2044, quando busca demonstrar, no bojo dos seus esclarecimentos suplementares, os critérios utilizados pela Secretaria do Tesouro Nacional - STN para alcançar o *quantum debeatur*.

207. Segundo a *expert*, após a conversão do valor em dólares norte-americanos para a moeda nacional (Real) – em 30.06.1995, e pela cotação do câmbio de US\$ 1,00 x R\$ 0,922 –, o Banco do Brasil S.A. cedeu para a União um crédito total de R\$ 117.468.730,58 (cento e dezessete milhões, quatrocentos e sessenta e oito mil, setecentos e trinta reais e cinquenta e oito centavos). Já a STN, nas palavras da Perita, procedeu do seguinte modo, *ipsis litteris*:

(b) Aplicados pelo Tesouro Nacional: (1) Substituição da variação cambial pelos índices inflacionários nacionais representados pelo IGP-DI da Fundação Getúlio Vargas, até 31/05/1998; (2) substituição dos juros contratuais (Prime+2,75% ao ano, trimestralmente aplicados) por juros de 14,6% ao ano, aplicados mensalmente, em regime de capitalização mensal; (3) Inscrição na Dívida Ativa da União, pelo valor atualizado na forma descrita, e juros, em 31/05/1998, pelo montante de R\$ 223.845.720,14.

208. O procedimento adotado pela Secretaria do Tesouro Nacional, porém, não se coaduna com os preceitos que deveriam nortear a elaboração do cálculo. A uma, porque, como já destacado, o crédito deveria ser, até a cessão para a União, calculado com base nos termos do contrato de mútuo externo, haja vista a mora da embargante e o não reembolso ao Banco do Brasil S.A. (cf. cláusula vigésima terceira das escrituras de prestação de garantia e outras avenças – fls. 208/540). A duas, porque a STN, com base na MP 1.615-23/1997, fez incidir sobre o crédito índices de atualização monetária (IGP-DI) e de juros (14,6%) de forma retroativa, ou seja, desde 30.06.1995 (cf. fl. 738). A três, porque no entender deste magistrado, e conforme estipulado no Manual de Cálculos da Justiça Federal, de dezembro de 2010, Capítulo 2, itens 2.1 e 2.3 (antigo Capítulo II, item 3, subitem 3.1.2), aplica-se a Taxa SELIC (Lei nº 9.250/95) aos “débitos do contribuinte para com a

Fazenda Pública Federal, de natureza tributária ou não, mesmo aqueles que têm regras específicas (...)”. Destarte, afigura-se indevida, no caso concreto, a aplicação do IGP-DI como índice de correção monetária e dos juros de 14,6%, ambos no período de 30.06.1995 a 31.05.1998.

209. Quanto ao encargo de 20% (vinte por cento), previsto no art. 1º do Decreto nº 1.025/69, este “tem como fato gerador a apuração, inscrição e cobrança administrativa e/ou judicial da Dívida Ativa da União (art. 21, *caput*, da Lei n. 4.439/64, art. 32 do Decreto-Lei nº 147/67) e substitui a condenação do devedor em honorários advocatícios na cobrança executiva da Dívida Ativa da União (art. 3º do Decreto-Lei n. 1.645/78), bem como nos embargos do devedor, na forma da Súmula n. 168 do extinto TFR: ‘o encargo de 20%, do Decreto-Lei 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da união e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios’”. Destarte, não existe qualquer irregularidade em sua inclusão no montante inscrito em dívida ativa.

210. Por fim, procura a embargante apontar impropriedades no procedimento de aquisição do crédito pelo Banco do Brasil S.A., inclusive destacando que não teria sido notificada do ato. Em tempo, pretende demonstrar a existência de uma suposta proposta de liquidação do empréstimo, oferecida pelo Consórcio de bancos estrangeiros, com uma generosa oferta de deságio de 65% (sessenta e cinco por cento), a qual, por conta de uma suposta fraude, teria sido simplesmente desconsiderada por instâncias superiores do Banco do Brasil S/A quando da quitação integral do montante contratado (sem deságio algum).

211. Ao se debruçar sobre a questão posta, de logo cumpre atentar para o fato de que a embargante se beneficiou, juntamente com suas filiadas, do empréstimo externo, no valor US\$ 71,815,000.00 (setenta e um milhões, oitocentos e quinze mil dólares norte-americanos), mas não pagou sequer a primeira parcela do principal, vencida em 17.06.1990.

212. Outrossim, é importante que se diga que a concretização do contrato de mútuo externo, datado de 15.05.1985, só foi possível graças à garantia prestada pelo Banco do Brasil S.A., na qualidade de agente financeiro do Tesouro

Nacional, já que os bancos estrangeiros não aceitaram a participação do Instituto do Açúcar e do Alcool - IAA no negócio.

213. Não se perca de vista, de igual modo, que o Banco do Brasil S/A, ao celebrar o “Acordo de Compra de Crédito” (*Credit Purchase Agreement*), também assinado em 15.05.1985, comprometeu-se perante o Consórcio de bancos estrangeiros a adquirir integralmente o crédito (representado pelas Notas Promissórias não resgatadas pela embargante), no prazo de 30 (trinta) dias, em “seu valor principal não pago e juros acumulados e não pagos sobre o mesmo até a Data da Compra, incluindo juros sobre qualquer principal vencido e sobre quaisquer juros vencidos, à taxa ou às taxas determinadas de conformidade com as Seções 2.4 e 2.5 do Acordo de Crédito”, além de outras quantias referentes a custos, despesas, honorários etc., não liquidadas a tempo e modo pela embargante (cf. fls. 620/622). Ademais, também estava estipulado no indigitado contrato o seguinte, *in verbis*:

Se o BDB deixar por qualquer motivo de pagar o Preço de Compra por qualquer Nota ou as Outras Quantias quando devidas, (i) o Preço de Compra dessa Nota deverá ser aumentado para incluir juros sobre a Nota (incluindo, dentro do que for legal, juros sobre os juros vencidos), conforme estipulado na primeira frase desta Seção 2(a) até a data na qual o Preço de Compra for efetivamente pago pelo BDB, (ii) as Outras Quantias deverão ser aumentadas de forma a refletirem os valores das mesmas que se acumularam durante o período entre a Data de Compra e a data na qual o Preço de Compra e Outras Quantias forem efetivamente integralmente pagas pelo BDB, e (iii) o BDB deverá pagar juros sobre as Outras Quantias desde a Data de Compra (ou, quanto a qualquer quantia das mesmas ocorrendo após a Data de Compra, desde a data na qual as quantias se acumularem) até a data na qual as Outras Quantias forem efetivamente pagas pelo BDB, à taxa ou taxas determinadas de conformidade com a Seção 2.5 do Acordo de Crédito. (cf. fls. 621/622)

214. Mas não é só isso. Na Seção 4 do precitado “Acordo de Compra de Crédito”, ainda estava acertado que o Ban-

co do Brasil S/A se obrigava, incondicionalmente, a adquirir o crédito, mesmo que estivessem ocorrendo negociações entre a embargante e os credores externos, consoante se infere do seguinte trecho do contrato (cf. fl. 632), *verbum ad verbum*:

As obrigações do BDB por este Acordo não deverão ser dispensadas ou liberadas devido a qualquer acerto feito entre qualquer Banco e a Mutuária ou por qualquer indulgência por parte dos Bancos quer quanto ao pagamento, prazo, desempenho como de outra forma, e o BDB concorda pelo presente que, após o cumprimento pelo Agente das exigências das Seções 2 e 3 (ou, se aplicável, Seção 10) do presente, deverá pagar o Preço de Aquisição, o Preço de Compra e qualquer outra quantia devida de conformidade com as Seções 2 e 3 na forma especificada na Seção 3. (Realçamos)

215. Além disso, o Banco do Brasil S.A., no caso de não honrar a obrigação assumida no acordo, estava sujeito a ser demandado em uma Corte dos Estados Unidos da América, do Estado de Nova York (EUA), ou da Inglaterra (Seção 11, cf. fl. 646), estando o contrato subordinado às leis do Estado de Nova York (EUA), conforme Seção 21 (fl. 656), *in verbis*:

SEÇÃO 11. (...) O BDB se submete irrevogavelmente à jurisdição não exclusiva de qualquer corte do Estado de Nova York ou Federal instalada na cidade de Nova York, Nova York, E.U.A. e da Alta Corte de Justiça em Londres (...)

SEÇÃO 21. Lei Aplicável. Este Acordo deverá ser regido pelas leis do Estado de Nova York.

216. Do que foi aqui visto, não é difícil concluir que o Banco do Brasil S.A., caso quedasse inerte diante do chamamento do Consórcio de bancos alienígenas para liquidar a dívida deixada pela embargante, estaria sujeito a sérios gravames financeiros, isso sem falar que possivelmente seria instado a responder judicialmente perante uma Corte estrangeira (art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657/42), fato que abalaria bastante não só a reputação da instituição financeira referida como também do próprio governo federal, que é o seu principal acionista. Não fosse isso suficiente, a

credibilidade internacional do Governo Brasileiro (que sempre tem interesse em reduzir o risco do país, até mesmo para facilitar a concessão de novos empréstimos internacionais) e do Banco do Brasil, como instituição financeira nacional de grande porte, restaria seriamente afetada, dificultando a celebração de negócios futuros, principalmente com as instituições que compunham o Consórcio liderado pelo Midland Bank PLC. Logo, e ainda que restasse configurada (e não há prova disso nos autos) uma conduta açodada por parte de determinado Diretor do Banco do Brasil S/A (*in casu*, do Diretor Getúlio da Silva Pessoa), quando da operação de aquisição do multicitado crédito (cf. fls. 965/1046), tal fato, por si só, não seria suficiente para infirmar a obrigação contraída pelo Banco do Brasil S.A., nos idos de 1985, frente aos credores externos.

217. De igual modo, não vislumbro nos autos prova robusta da materialidade e da validade da proposta de deságio supostamente apresentada à embargante pelos bancos estrangeiros.

218. Com efeito, a embargante defende a tese de que o Banco do Brasil S.A. não precisava ter pago o que pagou aos credores estrangeiros, em 17.06.199163, haja vista a existência de uma irrecusável proposta de deságio oferecida por esses mesmos credores, correspondente a um deságio de 65% (sessenta e cinco por cento) do valor devido. Acontece que a única prova material carreada aos autos no sentido de comprovar a alegada proposta é o documento de fl. 954, o qual se passa a analisar.

219. De imediato se sobressai o fato de que o documento fora emitido por pessoa jurídica estranha à relação contratual subjacente: “Midland Montagu - Administração e Participações Ltda.”. Tal pessoa jurídica, por certo, não se confunde com o “Midland Bank PLC”, que figura como Agente das demais instituições financeiras mutuantes. Com isso se quer dizer que não existe certeza quanto à capacidade do “Midland Montagu - Administração e Participações Ltda.”, e muito menos do Sr. Samuel Bosch, que supostamente subscreve o documento, para representar o Consórcio de bancos estrangeiros e, por óbvio, para oferecer tamanha benesse à embargante.

220. Outro ponto que chama a atenção é o fato de se tratar de um mero fax, simples em detalhes e decorrente de um pretense contato telefônico entre o Sr. João Tenório, representando a embargante, e o Sr. Samuel Bosch, em nome do Midland Montagu. A toda evidência, no entender deste magistrado, o referido fax não condiz com a grandeza do suposto negócio, até porque o documento, além de desprovido de maiores detalhes sobre a pretensa operação, não guarda similitude com a notificação prevista no “PARÁGRAFO 7 - EVENTOS DE INADIMPLÊNCIA” do contrato de mútuo externo (cf. fls. 577/578).

221. E não é apenas isso. O que mais causa estranheza, e até foge à lógica do razoável, é crer que o consórcio de bancos estrangeiros, capitaneado pelo Midland Bank PLC (portador de títulos de crédito Notas Promissórias - plenamente exigíveis em sua integralidade, e resguardado por um “Acordo de Compra de Crédito” – assinado pelo Banco do Brasil S.A., instituição financeira de prestígio internacional e dotada de inegável liquidez, que se comprometia a adquirir o respectivo crédito, em 30 (trinta) dias, à vista e sem deságio), tenha, por iniciativa própria – e sem qualquer indício de que a instituição financeira garante (Banco do Brasil S.A.) deixaria de honrar o compromisso, ou que não cumpriria a obrigação contratada –, simplesmente oferecido à embargante uma proposta onde abria mão de parcela equivalente a 65% (sessenta e cinco por cento) do seu crédito.

222. Surpreende, ainda – e abstraindo-se a validade (ou não) da proposta acima examinada –, o fato da embargante reconhecer que mesmo com a redução da dívida para US\$ 19,987,550.00 (dezenove milhões, novecentos e oitenta e sete mil, quinhentos e cinquenta dólares norte-americanos), cf. fl. 958, ainda assim seria necessário contrair diretamente com o Banco do Brasil S.A. um empréstimo de nada menos que US\$ 15,000,000.00 (quinze milhões de dólares norte-americanos), pois só dispunha em caixa de US\$ 4,987,550.00 (quatro milhões, novecentos e oitenta e sete mil, quinhentos e cinquenta dólares norte-americanos). Ou seja, a embargante devia, sabia que devia, e ainda pretendia contrair um novo empréstimo, dessa feita diretamente com o Banco do Brasil S.A. Em outras

palavras, a embargante – incapaz de saldar a dívida originária (mesmo com o alegado deságio) – ainda pugnava junto ao referido banco a concessão de um novo mútuo, a fim de substituir uma dívida por outra.

223. Sustenta, em defesa de sua pretensão, que se o Banco do Brasil S/A lhe tivesse concedido o empréstimo supracitado teria sido evitado um mal maior, pois o desembolso para a liquidação do mútuo externo seria bem menor, haja vista o vantajoso deságio oferecido pelos credores estrangeiros.

224. No sentir deste magistrado, porém, não existem nos autos subsídios suficientes que corroborem a materialidade e validade da alegada proposta de deságio, como pontuado alhures. Ademais, por força de contrato de porte financeiro internacional, competia ao Banco do Brasil S.A. adquirir o crédito e saldar a dívida à vista e sem deságio, sob pena do desdouro junto à comunidade financeira internacional e de responder judicialmente perante uma Corte estrangeira. Não bastasse isso, em face da magnitude dos valores envolvidos e das peculiaridades da operação, e ainda que fosse verdadeira a proposta de pagamento com deságio, a solução de um novo empréstimo não poderia se dar sem garantias e sem novos estudos e avaliações da STN, máxime quando a embargante não cuidou de comprovar sequer a certeza da citada proposta.

225. Demais disso, conforme narrado pela embargada à fl. 1261 (item 175) – e neste caso não se pode exigir a prova de fato negativo – ainda que a proposta de deságio, “em algum momento, tenha sido feita pelos bancos estrangeiros (embora não haja provas nesse sentido), é certo que a mesma jamais foi oficialmente dirigida ao Banco do Brasil” (destacamos).

226. Tanto é assim que, em expediente encaminhado, no dia 11.07.1997, pelo então Presidente do Banco do Brasil S.A., Sr. Paulo César Ximenes Alves Ferreira, ao então Ministro de Estado da Fazenda, Sr. Pedro Sampaio Maranhão, o primeiro é claro ao informar, *ipsis litteris*:

A proposta que, segundo a empresa, implicaria em abatimento de 65% (sessenta e cinco por cento) no valor da dívida, consistente na compra de títulos da dívida

externa brasileira pelo valor de mercado (com deságio) e entrega pelo valor de face (*full price*), não foi confirmada, posteriormente, pelos bancos credores internacionais, que, em data de 27.03.91, solicitaram o pagamento integral do débito, ao qual o Banco do Brasil não pôde se furtar, em virtude do compromisso internacional contratualmente assumido. (Grifamos)

227. Por derradeiro, em relação à notificação da embargante acerca da cessão do crédito realizada entre os bancos estrangeiros (cedentes) e o Banco do Brasil S.A. (cessionário), é assente na jurisprudência que a sua falta não invalida a cessão, pois a notificação visa apenas informar ao devedor quem é o seu novo credor, isto é, a quem deve ser dirigida a prestação. A ausência da notificação, por conseguinte, gera apenas duas consequências, entre as quais não figura a invalidação do negócio: a) em primeiro lugar, dispensa o devedor que tenha prestado a obrigação diretamente ao cedente de pagá-la novamente ao cessionário, hipótese não verificada nestes autos, já que a embargante nada pagou após a cessão fustigada; b) em segundo lugar, permite que o devedor oponha ao cessionário as exceções de caráter pessoal que teria em relação ao cedente, anteriores à transferência do crédito e também posteriores, até o momento da cobrança, hipótese não ventilada nos autos.

228. Não fosse isso suficiente, é inconteste que desde a celebração do contrato de mútuo externo, a embargante estava plenamente ciente de que sua inadimplência acarretaria o chamamento do Banco do Brasil S/A para saldar a dívida e, com isso, o deslocamento do mencionado banco da posição de mero garante para a de credor, em substituição aos credores originários.

229. Com isso, entendo corretos – no que diz respeito (i) aos juros (não capitalizados) aplicados até a cessão para a União (taxa Prime Rate + 2,75%), (ii) ao momento da conversão da moeda estrangeira em moeda nacional (28.12.1997), (iii) à apuração dos juros e da correção monetária (taxa SELIC a partir de 29.12.1997) –, o cálculo realizado pela Perita Contábil, em resposta ao Quesito 7 deste Juízo, na Planilha que integra o Anexo “D.1” (fls. 1896/1902) do Laudo Pericial (resumido à fl. 1808), cujo

resultado final deve ser acrescido do encargo de 20% (vinte por cento) previsto no Decreto nº 1.025/69.

230. E não se diga que o decote de parte da dívida, por si só, invalida o respectivo título executivo, pois é assente na jurisprudência que a “desconstituição parcial de dívida fiscal, consubstanciada em certidão de dívida ativa, não afeta a sua liquidez quando é possível, através de simples cálculos aritméticos, apurar-se o saldo remanescente, dando ensejo ao prosseguimento da execução fiscal (Precedentes: REsp nº 674.343/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJU* de 23/11/2006; AgRg no AG nº 637.436/PR, Rel. Min. Humberto Martins, *DJU* de 01/09/2006; REsp nº 538.840/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJU* de 06/06/2005)” (MC 12765/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* de 22.11.2007, p. 185).

DISPOSITIVO

231. Mercê do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO: (a) excluindo o anatocismo do cálculo da dívida; (b) afastando a incidência do IGP-DI e dos juros de 14,6% ao ano no período de 30.06.1995 a 31.05.1998; e finalmente, (c) reconhecendo – com base nos elementos de prova que constam dos autos, nos fundamentos anteriormente declinados e na Planilha de Cálculo que integra o Anexo “D.1” do Laudo Pericial (fls. 1896/1902) –, uma dívida líquida e certa, a ser satisfeita nos autos da Execução Fiscal nº 0001314-61.2000.4.05.8000, no valor de R\$ 469.696.495,89 (quatrocentos e sessenta e nove milhões, seiscentos e noventa e seis mil, quatrocentos e noventa e cinco reais e oitenta e nove centavos), atualizado até 31.12.2011, sendo R\$ 391.413.746,58 (trezentos e noventa e um milhões, quatrocentos e treze mil, setecentos e quarenta e seis reais e cinquenta e oito centavos) relativos ao principal, e seus acréscimos, cf. fls. 1896/1902, e R\$ 78.282.749,31 (setenta e oito milhões, duzentos e oitenta e dois mil, setecentos e quarenta e nove reais e trinta e um centavos), referentes ao encargo de 20% (vinte por cento) previsto no Decreto nº 1.025/69, aqui aplicado sobre o valor de fls. 1902 (R\$ 391.413.746,58).

232. Sem custas (cf. art. 7º da Lei nº 9.289/96) e sem honorários, em face da sucumbência recíproca (CPC, art. 21).
(sentença, fls. 2.119/2.136)

Carece razão à COOPALAG quanto à primeira contradição elencada em seu recurso.

É que, ao contrário do que apregoa a nominada Cooperativa, não houve condenação de honorários em favor da UNIÃO no bojo dos presentes embargos à execução. Na verdade, a sentença sob vergasta apenas reconheceu como devido o encargo de 20% (vinte por cento) previsto no Decreto Lei nº 1.025/69 e que já compunha o *quantum debeatur* objeto da Execução Fiscal nº 0001314-61.2000.4.05.8000. Ou seja, apenas houve um pronunciamento judicial no sentido de confirmar a legalidade de uma das parcelas que integram o crédito exequendo, e não a condenação da COOPALAG em honorários nesta ação incidental, como se pode inferir da parte final do *decisum* (parágrafo 232).

Demais disso, conforme orienta a Súmula 168 do extinto Tribunal Federal de Recursos, o “encargo de 20%, do Decreto-Lei 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios”.

Por outro lado, em relação à segunda contradição alegada, merece guarida a tese da COOPALAG de que o valor total apurado pela Perita Contábil, conforme planilha que integra o Anexo “D.1” do Laudo Pericial (fls. 1896/1902), já contempla o encargo legal previsto no Decreto-Lei nº 1.025/69. Isso porque, após uma análise detida do precitado Anexo “D.1”, é possível verificar que uma das células indicadas no Quadro II da Planilha, correspondente à coluna VIII, é intitulado de “Encargos Legais Aplicados (20%)”, e ainda que a *expert* não tenha cuidado de demonstrar a evolução dessa parcela da dívida durante todo o período, o que facilitaria sua visualização, tratou de lançar seu valor final (R\$ 65.235.624,43) quando da apuração do total geral da dívida, conforme fl. 1902.

A própria UNIÃO, por sinal, reconhece que há uma duplicidade quanto ao encargo de 20%, concordando com a tese aventada pela COOPALAG.

Inconteste, portanto, a necessidade de se proceder à correção requestada, sanando-se o vício inculcado, cuja causa, por certo, decorreu não apenas da complexidade dos cálculos elaborados pela *expert*, mas também da laborio-

sa faina de apreciar as incontáveis manifestações, planilhas e documentos que compõem os autos.

Sendo assim, impõe-se o reparo do dispositivo da sentença fustigada, de modo a excluir do montante de R\$ 469.696.495,89 (quatrocentos e sessenta e nove milhões, seiscentos e noventa e seis mil, quatrocentos e noventa e cinco reais e oitenta e nove centavos), atualizado até 31.12.2011, a parcela erroneamente lançada a maior, no valor de R\$ 78.282.749,31 (setenta e oito milhões, duzentos e oitenta e dois mil, setecentos e quarenta e nove reais e trinta e um centavos), uma vez que esta corresponde ao encargo legal previsto no DL nº 1.025/69, parcela que já integra o total apurado pela Perita Contábil em seu Anexo “D.1” (fls. 1896/1902).

Também assiste razão à COOPALAG no que toca à omissão por ausência de arbitramento dos honorários advocatícios de sucumbência, estes decorrentes da diferença entre a parcela da dívida desconstituída (52,8%) – já considerada dedução do encargo de 20% em excesso – e o saldo remanescente do crédito fazendário (47,2%).

Com efeito, o decote da parcela indevida acaba por conferir à COOPALAG a vitória sobre um percentual maior do montante exequendo, o que, em termos proporcionais, não corresponde a uma fração significativa do conteúdo econômico da demanda (cerca de 5,6%), mas, em termos econômicos, equivale a uma importância pecuniária expressiva.

Em casos que tais, a distribuição dos ônus da sucumbência deve levar em conta o disposto no art. 21 do Código de Processo Civil, segundo o qual: “Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas”.

Com isso não se quer dizer, no entanto, que sobre a diferença entre a parcela desconstituída da dívida (acolhimento parcial da pretensão da COOPALAG) e o saldo remanescente da execução (manutenção parcial do crédito exequendo) deva, simplesmente, ser aplicado o percentual cheio de 20% (vinte por cento) e assegurado aos advogados da COOPALAG honorários de sucumbência em

quantia superior a 7,7 milhões de reais, como indicado à fl. 2155 (Quadro 04).

É que o fato de ter sido reconhecido o cabimento do encargo legal de 20% (vinte por cento) em favor da UNIÃO, por si só, não garante à COOPALAG, no bojo dos embargos à execução, parcela equivalente, uma vez que o referido encargo tem natureza diversa da dos honorários de sucumbência, pois, de acordo com o art. 3º da Lei nº 7.711/88, é destinado ao custeio do programa de trabalho de “Incentivo à Arrecadação da Dívida Ativa da União”, que visa “à implementação, desenvolvimento e modernização de redes e sistemas de processamento de dados, no custeio de taxas, custas e emolumentos relacionados com a execução fiscal e a defesa judicial da Fazenda Nacional e sua representação em Juízo, em causas de natureza fiscal, bem assim diligências, publicações, *pro labore* de peritos técnicos, de êxito, inclusive a seus procuradores e ao Ministério Público Estadual e de avaliadores e contadores, e aos serviços relativos a penhora de bens e a remoção e depósito de bens penhorados ou adjudicados à Fazenda Nacional”.

Salta aos olhos, portanto, que o multicitado encargo legal se presta não apenas ao custeio da representação judicial da UNIÃO (Fazenda Nacional), mas também a toda uma gama de atividades voltadas à manutenção e aprimoramento do sistema de arrecadação da Dívida Ativa da União. Dessarte, trata-se de verba cuja natureza, dimensão e finalidade não correspondem, em sua inteireza, àquelas próprias dos honorários de sucumbência fixados em favor do particular com espeque no art. 20 do Código de Processo Civil.

Mas não é só. Segundo o § 4º do art. 20 do CPC, 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” (grifo nosso).

O caso em apreço, conseqüentemente, pode ser enquadrado em qualquer das hipóteses acima destacadas, ou

em ambas, pois, além dos embargos não possuírem natureza de ação condenatória, mas sim de ação constitutiva negativa – cujo objetivo é desconstituir o título executivo – na situação retratada nestes autos a UNIÃO (Fazenda Nacional) quedou vencida, ainda que em parte.

Em sendo assim, impõe-se a aplicação do precitado § 4º do art. 20 do Código de Ritos, combinado com o § 3º do mesmo dispositivo legal, para fins de quantificação dos honorários devidos aos patronos da COOPALAG.

Na esteira deste entendimento segue o seguinte aresto:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FAZENDA PÚBLICA VENCIDA. APLICAÇÃO DO ART. 20, § 4º, DO CPC. ENTENDIMENTO DA CORTE ESPECIAL E DA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ.

1. Entendimento da Corte Especial do STJ de que, em sendo vencida a Fazenda Pública, quanto à fixação dos honorários advocatícios, faz-se necessário observar a regra do § 4º do art. 20 do CPC e os requisitos das alíneas *a*, *b* e *c* do § 3º do citado dispositivo processual. (REsp 624.356/RS, Rel. Min. Nilson Naves, Corte Especial, DJ de 8/10/2009).

2. De igual modo, no julgamento do REsp 1.155.125/MG, sob o rito do art. 543-C do CPC, a Primeira Seção do STJ expressou: “Está assentado na jurisprudência desta Corte que, vencida a Fazenda Pública, aplica-se o disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, ou seja, devem ser fixados os honorários segundo “apreciação equitativa do juiz”.

3. Agravo regimental não provido. (Grifos acrescidos) (AGA 201100315953, BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJe DATA: 27/05/2011)

Quanto aos honorários periciais, adiantados integralmente pela COOPALAG, assiste razão à Cooperativa quando afirma que a sentença foi omissa por não ter condenado a UNIÃO ao reembolso proporcional da referida despesa, visto que o decote de parte da dívida importa em provimento parcial do pedido, sucumbência recíproca e, por conseguinte, distribuição proporcional dos ônus processuais.

Examinados os vícios assestados pela COOPALAG, passo, agora, à análise daqueles apontados pela UNIÃO, deixando claro, antecipadamente, que os mesmos inexistem.

De logo, calha sublinhar que, tecnicamente, reputa-se contraditória uma decisão quando configurada incompatibilidade lógica entre os seus fundamentos, ou entre estes e a parte dispositiva do julgado. Sim, pois o vício deve se verificar entre os elementos intrínsecos da decisão, e não entre estes e elementos extrínsecos, estranhos ao texto que se pretende integrar.

DINAMARCO, aliás, é incisivo ao explicar que a contradição, para o fim de ensejar o manejo dos embargos declaratórios, além de ser intrínseca do *decisum*, deve ser entendida como “a colisão de dois pensamentos que se repelem”, ou seja, o embate entre manifestações de raciocínio emanadas do mesmo indivíduo (juiz) ou órgão colegiado (seção, turma ou tribunal), corporificado no mesmo texto escrito (decisão interlocutória, sentença ou acórdão).

No caso concreto, a contradição assinalada pela UNIÃO residiria no fato da sentença reconhecer a validade dos encargos financeiros contidos no contrato de mútuo externo firmado entre a COOPALAG e o consórcio de bancos estrangeiros, e, por sua vez, afastar a capitalização dos juros (anatocismo), que também estava expressamente prevista no referido instrumento contratual.

Acontece que a manutenção, em âmbito nacional, dos termos contratados com base na legislação alienígena só deve ser admitida quando não afronte o ordenamento jurídico pátrio, a soberania nacional, os bons costumes e a ordem pública. Balizada por tais critérios, a sentença admitiu como válida, no caso concreto, apenas “a aplicação dos juros trimestrais à taxa Prime Rate + 2,75% pelo Banco do Brasil S.A., até a cessão do crédito para a União”, nada mais. Primeiro, porque a COOPALAG, através da parte final da cláusula vinte e três das escrituras de prestação de garantia com contragarantia hipotecária e fidejussória de assunção de dívida (repasso) e outros pactos, acostadas, por cópia, às fls. 208/540, se comprometeu, “em caso de mora, a reembolsar o Banco do Brasil S.A. pelo que tivesse sido obrigado a pagar, acrescido de juros à mesma taxa fixada no contrato de mútuo externo” (grifei).

Em segundo lugar, porque “não se pode dizer que os juros contratados originariamente entre a embargante e o consórcio de bancos estrangeiros se mostravam abusivos e, por conta disso, ofensivos aos bons costumes e à ordem pública, visto que a própria embargante não nega ter pago os indigitados juros, normalmente, durante todo o período de 1985 a 1990 (...) Assim, descabia blindar a embargante contra a incidência dos juros contratados mesmo após a cessão do crédito para o Banco do Brasil S.A. e até seu repasse para a União”. E, finalmente, porque “a embargante não se insurge propriamente contra a aplicação, pelo Banco do Brasil S.A., da taxa de juros contratada com o Consórcio de bancos estrangeiros, mas sim em desfavor da incidência dessa taxa sobre o montante da dívida (juros vencidos e principal), sem deságio, quando, no seu entender, deveria ter incidido apenas sobre o principal (com deságio) (cf. fl. 61, item 220, letra d)”.

Com espeque em tais fundamentos, restou reconhecido na sentença que, durante o período em que o crédito permaneceu sob a custódia do Banco do Brasil S.A., seria apósitá a manutenção – em favor da instituição financeira nacional – da mesma taxa de juros originariamente contratada entre a COOPALAG e o consórcio de bancos estrangeiros (“juros trimestrais à taxa Prime Rate + 2,75%”). Contudo, e isso não importa em contradição, durante tal período tais juros não poderiam ter sido calculados de forma capitalizada, uma vez que isto caracteriza o anatocismo, prática que é vedada em nosso ordenamento jurídico, nada obstante tenha sido utilizada pelos credores estrangeiros, com base na legislação alienígena.

(...)

Inexiste, portanto, contradição a ser sanada, já que a sentença foi bastante clara quanto à manutenção da taxa de juros originariamente contratada, até a cessão do crédito para a UNIÃO, mas afastou o procedimento de capitalização desses mesmos juros (anatocismo), cabendo à UNIÃO, caso ainda discorde do entendimento adrede transcrito, valer-se do remédio jurídico apropriado para pleitear a reforma do julgado (apelação). Sim, pois é remansoso na jurisprudência que a mera discordância da parte recorrente com os fundamentos do julgado não enseja a oposição de embargos de declaração.

O mesmo se diga no que toca às alegadas omissões.

De início, por sinal, é importante destacar que o “jugador não precisa se manifestar sobre todos os argumentos deduzidos pelas partes, desde que seja observada a fundamentação obrigatória das decisões judiciais, na forma do art. 93, IX, da Constituição Federal”. Em razão disso, não há que se cogitar a hipótese de omissão quando o magistrado, ciente de que não poderia cancelar judicialmente a prática do anatocismo, silenciou quanto ao disposto no art. 1.066 do Código Civil.

De igual modo, o fato de ter sido considerada indevida a aplicação da Medida Provisória nº 1.615-27/97 no cálculo do crédito, enquanto este se encontrava sob a custódia da Secretaria do Tesouro Nacional, não configura qualquer omissão do julgado, no qual se encontram explicitadas as razões que levaram à formação do convencimento do juiz, conforme parágrafos a seguir transcritos, *verbo ad verbum*:

207. Segundo a *expert*, após a conversão do valor em dólares norte-americanos para a moeda nacional (Real) – em 30.06.1995, e pela cotação do câmbio de US\$ 1,00 x R\$ 0,922 –, o Banco do Brasil S.A. cedeu para a União um crédito total de R\$ 117.468.730,58 (cento e dezessete milhões, quatrocentos e sessenta e oito mil, setecentos e trinta reais e cinquenta e oito centavos). Já a STN, nas palavras da Perita, procedeu do seguinte modo, *ipsis litteris*:

“(b) Aplicados pelo Tesouro Nacional: (1) Substituição da variação cambial pelos índices inflacionários nacionais representados pelo IGP-DI da Fundação Getúlio Vargas, até 31/05/1998; (2) substituição dos juros contratuais (Prime + 2,75% ao ano, trimestralmente aplicados) por juros de 14,6% ao ano, aplicados mensalmente, em regime de capitalização mensal; (3) Inscrição na Dívida Ativa da União, pelo valor atualizado na forma descrita, e juros, em 31/05/1998, pelo montante de R\$ 223.845.720,14.”

208. O procedimento adotado pela Secretaria do Tesouro Nacional, porém, não se coaduna com os preceitos que deveriam nortear a elaboração do cálculo. A uma, porque, como já destacado, o crédito deveria ser, até a

cessão para a União, calculado com base nos termos do contrato de mútuo externo, haja vista a mora da embargante e o não reembolso ao Banco do Brasil S.A. (cf. cláusula vigésima terceira das escrituras de prestação de garantia e outras avenças – fls. 208/540). A duas, porque a STN, com base na MP 1.615-23/1997, fez incidir sobre o crédito índices de atualização monetária (IGP-DI) e de juros (14,6%) de forma retroativa, ou seja, desde 30.06.1995 (cf. fl. 738). A três, porque no entender deste magistrado, e conforme estipulado no Manual de Cálculos da Justiça Federal, de dezembro de 2010, Capítulo 2, itens 2.1 e 2.3 (antigo Capítulo II, item 3, subitem 3.1.2), aplica-se a Taxa SELIC (Lei nº 9.250/95) aos “débitos do contribuinte para com a Fazenda Pública Federal, de natureza tributária ou não, mesmo aqueles que têm regras específicas (...)” 9. Destarte, afigura-se indevida, no caso concreto, a aplicação do IGP-DI como índice de correção monetária e dos juros de 14,6%, ambos no período de 30.06.1995 a 31.05.1998.

Motivos existiram, portanto, para se afastar as regras da MP 1.615-27/97 no caso concreto, os quais foram expostos de forma categórica na sentença ora vergastada. Assim, compete à UNIÃO, se ainda for do seu interesse, manejar o recurso pertinente no sentido de alcançar a forma da decisão.

Mercê do exposto, NEGO PROVIMENTO aos embargos de declaração interpostos pela UNIÃO, e DOU PARCIAL PROVIMENTO aos aclaratórios interpostos pela COOPALAG, para:

a) excluir do total de R\$ 469.696.495,89 (quatrocentos e sessenta e nove milhões, seiscentos e noventa e seis mil, quatrocentos e noventa e cinco reais e oitenta e nove centavos), indicado no dispositivo da sentença fustigada, a parcela equivocadamente lançada a maior, no valor de R\$ 78.282.749,31 (setenta e oito milhões, duzentos e oitenta e dois mil, setecentos e quarenta e nove reais e trinta e um centavos), reconhecendo, em favor da UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), por conta disso, um crédito líquido e certo a ser executado nos autos da Execução Fiscal nº 0001314-61.2000.4.05.8000 no total R\$ 391.413.746,58 (trezentos e noventa e um milhões, quatrocentos e treze

mil, setecentos e quarenta e seis reais e cinquenta e oito centavos), atualizado até 31.12.2011;

b) suprir a omissão decorrente do vício precitado, para – em face da compensação dos ônus da sucumbência, dos termos dos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC e, ainda, considerando (i) o zelo dos advogados da COOPALAG no que se refere à elaboração de suas peças processuais e à observância das regras e prazos processuais, (ii) a razoável duração do processo, que já tramita há mais de 06 (seis) anos nesta instância, (iii) a manifesta complexidade das questões discutidas nestes autos, as quais demandaram manifesta aptidão jurídica dos referidos causídicos (evidenciada no conteúdo dos seus petítórios), (iv) e, finalmente, o grau de responsabilidade dos patronos da causa na defesa de pessoa jurídica que congloba os interesses de diversas agroindústrias de porte do nosso Estado, sem olvidar a grandeza da dívida discutida – condenar a UNIÃO ao pagamento de honorários advocatícios proporcionais, os quais arbitro no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), quantia que entendo razoável e suficiente para, diante da parcial procedência destes embargos à execução, remunerar os serviços prestados;

c) suprir a segunda omissão do julgado, condenando a UNIÃO a reembolsar a COOPALAG, proporcionalmente, os honorários periciais por esta adiantados, observado o percentual de 52,8% (cinquenta e dois vírgula oito por cento), uma vez que, em relação à indigitada despesa, não é aplicável o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Ritos.

Traslade-se cópia deste *decisum* para a execução fiscal de referência. Antes, porém, libere-se em favor da Perita Contábil a parcela restante dos honorários periciais.

(decisão dos embargos de declaração às fls. 2.198/2.209)

Corroboro, praticamente na íntegra – com a ressalva que adiante farei – com as assertivas desenvolvidas nos decisórios supra.

Em síntese, conforme os fatos narrados e a documentação constante nos autos, restaram evidente, para mim, que:

a) as preliminares de defeito de representação da União e de coisa julgada merecem ser rejeitadas;

b) encontra-se regular a cessão do crédito de natureza privada para a União e dos demais atos que culminaram com a execução fiscal;

c) o crédito executado não possui natureza tributária, sendo descabida a incidência do CTN e demais legislações correlatas, visto que teve sua origem no contrato de empréstimo externo firmado entre a embargante e um consórcio de bancos estrangeiros, tendo o Banco do Brasil S.A. celebrado com as referidas instituições alienígenas contrato de liquidez da operação ou contrato de compra de crédito;

d) a origem privada do crédito não é suficiente para desnaturar a operação de cessão celebrada entre o Banco do Brasil S.A. e a União e, por consequência, a utilização do processo executivo fiscal para fins de satisfação do agora crédito público;

e) não só créditos tributários podem compor o rol de haveres devidos à União e inscritos em sua Dívida Ativa (§ 2º do art. 39 da Lei nº 4.320/64). Também o art. 2º da Lei nº 6.830/80 (LEF) trata da matéria, rezando que constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320/64;

f) a transformação da dívida civil em dívida ativa tem previsão legal (§ 2º do art. 39 da Lei nº 4.320/64), que expressamente permite o enquadramento como dívida ativa não tributária de quaisquer créditos decorrentes de obrigações de contratos em geral;

g) não obstante ter havido, em um primeiro momento, uma dívida privada entre mutuário e o Banco do Brasil S.A., o crédito dela oriundo foi cedido à União, que, por sua vez, intenta execução fiscal relativa à obrigação não tributária, nos termos da Lei nº 4.320/64. O crédito em execução não é mais privado, mas público (STJ, CC 200901894629, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Corte Especial, 04/03/2010);

h) ao realizar à inscrição em Dívida Ativa, compete à Fazenda Pública, por imperativo legal (art. 1º da LEF), buscar a satisfação do seu crédito por meio da ação de execução fiscal;

i) afasta-se, também, a preliminar de ilegitimidade passiva na execução fiscal. Conforme consta do “Contrato de Empréstimo”, a embargante, e não as usinas cooperadas, figura como tomadora do empréstimo externo junto aos bancos estrangeiros. Nessa qualidade, a embargante estava diretamente vinculada e obrigada à sua satisfação frente aos credores internacionais. Pretender isentar-se da responsabilidade assumida contratualmente perante os credores originários e, por conseguinte, diante dos credores subseqüentes (Banco do Brasil S.A. e União) é o mesmo que se valer da própria torpeza, conduta esta totalmente condenável (princípio da eticidade) e não aceita judicialmente;

j) a alegação de nulidade da inscrição em dívida ativa por ofensa ao devido processo legal no âmbito administrativo, da mesma forma, se rejeita. O fato de o PA nº 17944.001284/95-93 posteriormente ter sido desdobrado e gerado o PA nº 17944.000465/98-45, do qual decorreu a inscrição em dívida ativa, por si só, não é suficiente para mitigar os efeitos da notificação realizada. Através deste ato foram fornecidos à embargante todos os subsídios necessários para que efetuasse o pagamento ou exercesse seu direito de defesa na seara administrativa, embora tenha preferido demandar judicialmente contra o procedimento de cessão do crédito e de inscrição em dívida ativa. O art. 38 da LEF dispõe que a propositura de uma das ações ali previstas, importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto;

k) não há de ser acolhida a preliminar de nulidade da inscrição em dívida ativa, por não estar caracterizado o inadimplemento da embargante. Restou por demais reconhecido que a embargante foi notificada (cientificada) do débito que seria inscrito, tanto que ingressou com uma ação mandamental objetivando obstaculizar a pretensão fazendária, o que, por si só, corrobora a eficácia da notificação administrativa. Inadimplemento caracterizado desde o momento em que a embargante deixou de honrar suas obrigações perante as instituições financeiras estrangeiras, levando o Banco do Brasil a arcar com

o pagamento da dívida, com recursos próprios, dívida esta que gerou o crédito cedido à União;

l) as Notas Promissórias assinadas pela embargante são vinculadas a uma obrigação extracambial, decorrente do contrato de mútuo externo assinado em 1985. Aplica-se, ao caso, o art. 48 do Dec. 2.044/1908. *Id est*, a prescrição cambial (trienal, nos termos do Decreto 57.663/66) retira a natureza executória do título creditício (nota promissória), mas não fulmina a pretensão fundada na obrigação extracambial. Vencida a primeira nota promissória em 15/07/1990, quando ainda em vigor o CC/1916, o prazo prescricional é o do art. 177 do mesmo Código, ou seja, de 20 (vinte) anos para as ações pessoais; e

m) não há nos autos subsídios suficientes a corroborar a materialidade e validade da alegada proposta de deságio. Por força de contrato de porte financeiro internacional, competia ao Banco do Brasil S.A. adquirir o crédito e saldar a dívida à vista e sem deságio, sob pena do desdouro junto à comunidade financeira internacional e de responder judicialmente perante uma Corte estrangeira. Conforme narrado pela embargada, ainda que a proposta de deságio, “em algum momento, tenha sido feita pelos bancos estrangeiros (embora não haja provas nesse sentido), é certo que a mesma jamais foi oficialmente dirigida ao Banco do Brasil”.

Tenho, entretanto – conforme adiantei – um único reparo à respeitável sentença: é que ela afastou a capitalização dos juros, com base na Súmula nº 121 do colendo STF, por considerar que o Supremo só o permite em operações regidas por leis ou normas especiais que expressamente a autorizem, abrindo trilha seguida pelo egrégio STJ, que pacificou entendimento de que só pode haver capitalização de juros nos contratos bancários firmados por instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/03/00, por força do art. 5ª da MP nº 1.963-17/00, atual MP nº 2.170-36/01.

Ocorre que, como bem argumentou a apelante Fazenda Nacional, a própria sentença admite que o contrato foi firmado validamente segundo as regras vigentes nos Estados Unidos da Améri-

ca, o mesmo se podendo dizer da sub-rogação do Banco do Brasil S.A. nos créditos e sua posterior cessão à União.

Ora, se assim é – e me parece que é – por que essa simples mudança de titularidade creditória seria bastante para afastar a aplicação de encargo expressamente prevista no pacto originário, isto é, a capitalização dos juros?

A invocação da jurisprudência do Supremo, ainda que sumulada, não me parece bastante, na espécie, até porque ela própria admite estar regulando a generalidade das situações, e não casos especiais, como este.

E por que este caso é especial? Porque se trata de contrato internacional a ser cumprido no País, regendo-se, portanto, por normas internacionais – concretamente, as vigentes no lugar da celebração – que seguem válidas, no Brasil, havendo ou não sucessão, por força de normas específicas, como o § 1º do art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 04/09/1942), que estipula:

Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, **aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.**

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, **admitidas as peculiaridades da lei estrangeira** quanto aos requisitos extrínsecos do ato. (Grifou-se).

Veja-se também o § 2º do art. 585 do CPC, o qual reza:

Art. 585 (...)

§ 2º Não dependem de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, para serem executados, os títulos executivos extrajudiciais, oriundos de país estrangeiro. **O título, para ter eficácia executiva, há de satisfazer aos requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração** e indicar o Brasil como o lugar de cumprimento da obrigação. (Grifou-se).

Cabe, ainda, invocar – por vigente à época das transferências de titularidade – a regra do art. 1.066 do CC 1916, pela qual, salvo estipulação contrária, a cessão de um crédito abarca todos os seus consectários.

Finalmente, pertine dizer que houve, *in casu*, autorização legal para que o BB se sub-rogasse no crédito com todos os seus consectários, e que todos os instrumentos contratuais em questão (tanto o firmado entre a apelante COOPALAG e os bancos estrangeiros, como aquele entre o BB e tais bancos comprando os créditos, como ainda o de cessão entre o BB e a União) são regidos pelo Decreto-Lei nº 857, de 11/09/1969, que permite condições especiais para a contratação de obrigações em moeda estrangeira, mesmo para pessoas domiciliadas no Brasil, que aqui venham a ser adimplidas, dentre as quais se destacam, aquelas listadas em seu art. 2º, IV e V, que permitem, sem dúvida nenhuma enquadrar a capitalização de juros para tais espécies de empréstimos e cessões, porque vigente no local da celebração.

Isso tudo, portanto, não afronta a Súmula nº 121/STF, porque essa, como já frisado, admite exceções, que, na hipótese sob exame, evidentemente se caracterizam.

Até porque não seria justo, e afrontaria os princípios obrigacionais e contratuais hoje consagrados até mesmo no Código Civil, tomando em conta a operação como um todo – repita-se, tida como válida pela sentença mesma –, que o BB tenha pago os créditos com capitalização, a União *idem*, e só os devedores internos, sem outra razão jurídica especial, vejam-se livres de tal gravame.

No mais, concordo com a respeitável sentença que:

a) deve-se aplicar a Súmula nº 168, do extinto TFR (“o encargo de 20% do Decreto-Lei nº 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substituí, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios”), ratificada pela 1ª Seção do STJ (EREsp nº 252668/MG, Rel. Min. Franciulli Netto);

b) há que se acolher – exceto quanto à não capitalização dos juros, e isso pelos fundamentos esposados linhas acima, devendo-se, nesse ponto, aplicar-se as regras e índices originalmente pactuados – a perícia contábil, por demais técnica e comprobatória, seja no que diz respeito ao momento da conversão da moeda estrangeira em nacional (28/12/1997), seja no que tange à apuração dos juros moratórios e correção monetária (taxa SELIC a partir de 29/12/1997), não me haven-

do convencido da alegação da apelante Fazenda Nacional de que tal critério crie distorções injurídicas ou afronte a Lei.

Destarte, não hão de prosperar as alegações das partes recorrentes, exceto a da Fazenda Nacional, no que diz respeito à capitalização dos juros.

Diante disso, rejeito as preliminares, negando, assim, provimento aos agravos retidos de ambas as partes; nego provimento à apelação da COOPALAG e dou parcial provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial tão somente para admitir a capitalização de juros, nos termos antes referidos.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 29.991-SE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: EDMILSON DOS SANTOS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. MARCOS AURÉLIO RIBEIRO SILVA (APDO.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. CESSAÇÃO INDEVIDA. ISENÇÃO DO INSS EM CUSTAS PROCESSUAIS. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- Apelação de sentença que julgou procedente o pedido de concessão de auxílio-doença. Pleiteia o INSS, em sua apelação, a reforma da sentença, alegando que não houve a comprovação da qualidade de segurado especial do autor.

- No que se refere à comprovação da incapacidade do autor, tem-se que tal questão restou comprovada pela perícia realizada (fls. 141/146), que foi firme em atestar que o periciando apresenta sequela definitiva no membro inferior esquerdo, quadro compatível com fratura vicio-

samente consolidada da tibia (CID: S82. 2), com incapacidade total e permanente para o trabalho que exija esforço físico.

- Os elementos trazidos nesta ação são suficientes para a comprovação da qualidade de seguro especial do autor na condição de rurícola, sendo cabível a concessão do benefício previdenciário de auxílio-doença, posto que atendidos os requisitos.

- Os benefícios previdenciários, em razão de sua natureza alimentar, são de trato sucessivo, pelo que não são atingidos pela prescrição de fundo de direito, encontrando-se prescritas apenas as parcelas anteriores aos cinco anos do ajuizamento da ação, nos termos da Súmula 85 do STJ. Precedente.

- O termo inicial do benefício será a data de indeferimento do pedido administrativo, conforme estabelecida na sentença (fl. 153).

- Não há que se falar em condenação nas custas processuais da autarquia ré, que é isenta. Precedente.

- No que se refere à incidência de juros de mora e correção monetária, a Lei nº 11.960/2009 modificou a redação do art. 1º-F da Lei 9.494/97. A correção monetária deve ser realizada de acordo com os índices do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, de 29/06/2009, que deve ser aplicada a partir de sua publicação.

- Honorários advocatícios mantidos no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, com aplicação da Súmula 111 do STJ.

- Apelação e remessa oficial parcialmente providas, apenas no que concerne à isenção do INSS no pagamento de custas processuais e à observância da Súmula 111 do STJ, nos termos acima delineados.

ACÓRDÃO

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

Recife, 25 de fevereiro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
- Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de ação ajuizada por EDIMILSON DOS SANTOS contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, pleiteando o restabelecimento do auxílio-doença.

O MM. juiz *a quo* julgou procedente o pedido, condenando o INSS a conceder o benefício de auxílio-doença desde a data de indeferimento do pedido administrativo, acrescido de juros de mora aplicado à caderneta de poupança e incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica, observando a Lei nº 11.960/09.

A Autarquia apela alegando que o benefício é indevido, pois não houve a comprovação da qualidade de segurado especial, sendo os documentos trazidos pela parte insuficientes para comprovar o exercício da atividade rural. Mantida a condenação, a apelante pugna pela minoração da porcentagem dos honorários advocatícios para 5% e pleiteia a isenção da autarquia no pagamento das custas processuais.

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

É o relatório.

Inclua-se o feito em pauta para julgamento.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Cuida-se de apelação e remessa oficial em que o INSS pede a reforma da r. sentença, sob o fundamento de que o autor, ora apelado, não teria comprovado a qualidade de segurado especial, necessária para concessão de auxílio-doença.

Quanto ao benefício de auxílio-doença, preceitua os artigos 25 I, e 59 da Lei 8.213/91:

Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26: I - auxílio-doença e aposentadoria por invalidez: 12 (doze) contribuições mensais; (...).

Art. 59: O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

A concessão do benefício de auxílio-doença encontra-se atrelada ao preenchimento dos requisitos previstos nos arts. 25, I, e 59 da Lei nº 8.213/91, quais sejam, incapacidade para o trabalho ou atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos e período de carência referente ao recolhimento de 12 (doze) contribuições mensais.

No presente caso, restaram comprovados os requisitos exigidos pelos mencionados dispositivos. No que se refere à comprovação da incapacidade do autor, tem-se que tal questão restou comprovada pela perícia realizada (fls. 141/146), que foi firme em atestar que o periciando apresenta seqüela definitiva no membro inferior esquerdo, quadro compatível com fratura viciosamente consolidada da tíbia (CID: S82. 2), com incapacidade total e permanente para o trabalho que exija esforço físico, sendo devido o benefício requerido.

Quanto à comprovação da qualidade de segurado especial do autor, observa-se que este juntou, quando da exordial, os seguin-

tes documentos, que constituem início de prova material: CCIR da terra própria do autor, em que este alega trabalhar (fl. 22); registro de compra e venda de imóvel rural, adquirido pelo autor, efetuada em 27/02/2009, no qual consta sua profissão como agricultor (fl. 21); ITR do imóvel rural (fls. 23/28); declaração de exercício de atividade rural, emitido pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Nossa Senhora da Glória-Sergipe (fls.19/20); certidão de nascimento de sua filha EDUARDA BEATRIZ MENEZES SANTOS, constando sua profissão como agricultor (fl. 14); certidão da justiça eleitoral, em que consta sua profissão como agricultor (fls. 12/13); protocolo de inscrição para seleção ao Garantia-Safra (fl. 18) e comprovante de pagamento do Garantia-Safra 2008/2009 (fl. 17). Apesar da ausência de prova testemunhal, os documentos apresentados constituem prova robusta da condição de segurado especial do autor. Neste sentido, vejam-se os seguintes julgados:

PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR RURAL. AUXÍLIO-DOENÇA. INCAPACIDADE LABORATIVA PARCIAL COMPROVADA. PARCELAS EM ATRASO. JUROS MORATÓRIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA Nº 111-STJ.

1. É reconhecida a condição de trabalhador rural quando as provas testemunhais, colhidas com as cautelas do Juízo, não contraditadas, associadas a início razoável de prova material, comprovarem a atividade campesina.

2. É devida a concessão de auxílio-doença ao segurado da Previdência que esteja impossibilitado de exercer suas atividades laborativas em face de moléstia incapacitante, devidamente comprovada através de laudo pericial do Juízo que ateste a incapacidade parcial laborativa do particular.

3. Parcelas devidas desde o requerimento administrativo.

4. Juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação válida, Súmula 204-STJ, nos casos de ação proposta antes vigência da Lei nº 11.960/09, 30.06.2009, que deu nova redação ao artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97. A partir da referida data, correção pelos índices da caderneira de poupança.

5. Mantidos honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da condenação, artigo 20, parágrafo 4º, CPC, observada a Súmula nº 111-STJ.

6. Apelação provida.

(AC 00011312420114059999, Desembargador Federal Marcelo Navarro, TRF5 - Terceira Turma, 04/05/2011)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. PROVA MATERIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS PROCESSUAIS.

1. São requisitos para a aposentadoria de trabalhador rural: contar 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos, se mulher, e comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua (art. 48, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.213/91).

2. O rol de documentos hábeis à comprovação do exercício de atividade rural, inscrito no art. 106, parágrafo único da Lei 8.213/91, é meramente exemplificativo, e não taxativo, sendo admissíveis, portanto, documentos que trazem em si fé pública, com dados colhidos do registro civil como em certidões de nascimento (próprio, dos pais ou dos filhos), casamento e até mesmo, em assentos de óbito, estendendo-se a qualificação profissional de rurícola de terceiros, tais como os pais, em relação aos filhos, o marido à sua esposa, etc (Precedentes do STJ - *v.g.* RESP n. 261.242/PR, *DJU* de 03-09-2001, p. 241).

3. A legislação previdenciária (art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/91) é expressa ao reclamar início razoável de prova material para a comprovação de tempo de serviço rural, vedando a prova exclusivamente testemunhal, sem, contudo, em face dos seus termos expressos, repetidos pelos Enunciados das Súmulas n. 27/ TRF1 e 149/STJ, deixar de admitir em Juízo a prova exclusivamente documental, bastante à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário. Neste sentido AC 1998.01.00.019654-3/MG.

4. É devido ao autor o benefício de aposentadoria rural por idade, no valor de um salário mínimo, nos termos dos arts. 11, I, a c/c 48, § 1º, e 143 da Lei nº 8.213/91, a contar da citação, ante a ausência de prova de requerimento administrativo nos autos (precedentes STJ - AgRg no REsp 847712/SP, *DJ* de 30.10.2006 e TRF - 1ª Região, AC 2005.01.99.060099-0/GO, *DJ* de 22/01/2007).

5. A correção monetária deve ser feita de acordo com a Lei nº 6.899/81, pelos índices previstos no Manual de Cálcu-

los da Justiça Federal, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal, incidindo desde a data do vencimento de cada parcela em atraso (Súmulas n°s 148 do STJ e 19 do TRF 1ª Região).

6. Os juros de mora, fixados em 1,0% ao mês, devem incidir sobre as prestações vencidas a partir da citação e, daí em diante, sobre as que se vencerem até o efetivo pagamento (Súmula 204 do STJ e 254 do STF - Precedente TRF - 1ª Região AC 2003.01.99.010913-0/MG, DJ de 19/01/2007).

7. Os honorários advocatícios, corretamente fixados no mínimo legal de 10% (dez por cento), consoante os critérios constantes do art. 20, § 3º, alíneas a, b e c, do CPC, devem incidir sobre as prestações vencidas, até a data da sentença recorrida, devendo ser excluídas da base de cálculos as prestações vencidas após essa data (Súmula 111 do STJ).

8. O INSS é isento do pagamento de custas no Estado de Minas Gerais, conforme disposto no art. 10, inciso I, da Lei/MG n. 14.939/2003, que revogou a Lei n. 12.427/96, devendo ser aplicada ao caso concreto por força do art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.289/96.

9. Apelação do INSS e remessa oficial parcialmente providas.

(AC 200501990328376, JUIZ FEDERAL IRAN VELASCO NASCIMENTO (CONV.), TRF1 - SEGUNDA TURMA, e-DJF1 DATA: 07/04/2008 PÁGINA: 130.)

Esclareço que, tratando-se de benefício previdenciário, de natureza alimentar e de trato sucessivo, não ocorre à prescrição do fundo de direito, mas tão somente atinge as parcelas vencidas anteriores aos cinco anos do ajuizamento da ação, conforme determina a Súmula 85 do STJ.

Neste sentido, trago à colação os seguintes precedentes do TRF5:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AMPARO SOCIAL. ARTIGO 203 DA CF/88. LEI Nº 8.742/93 E DECRETO Nº 6.214/2007. DEFICIENTE. ALEGAÇÃO DE INCAPACIDADE PARA ATIVIDADE LABORATIVA. COMPROVADA. REQUISITO ECONÔMICO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÃO PROVIDA.

I - Em se tratando de benefício previdenciário, mesmo que haja indeferimento na esfera administrativa há mais de 5 anos da propositura da ação, não há prescrição de fundo de direito, pois se trata de prestação de trato sucessivo, em que a violação do direito é renovada mês a mês.

II - A Lei nº 8.742/93 assegura à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que não possuem meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, a concessão de um salário mínimo de benefício mensal.

III- Preenchendo a parte autora os requisitos de incapacidade física para o labor, previstos na Lei nº 8.742/93, tem-se por devido o benefício assistencial disposto no art. 203 da CF/88.

IV - O termo inicial da obrigação deve ser considerado como a data do requerimento administrativo do benefício ou, na sua ausência, o da citação válida do INSS. No presente caso, entende-se como devido o benefício desde o requerimento administrativo, respeitando-se a prescrição quinzenal.

V - A Lei nº 11.960/09, de 29/06/2009, deve ser aplicada para fins de correção monetária e juros de mora a partir de sua publicação, havendo a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. No que tange aos valores referentes a período anterior à entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, a correção monetária deve ser realizada de acordo com os índices do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

VI - Honorários advocatícios fixados no percentual de 10% sobre o valor da condenação, devendo ser observado, contudo, o disposto na Súmula nº 111 do STJ.

VII -Apelação provida.

(TRF5 - AC 530.239-CE - Des. Federal Margarida Cantarelli - Quarta Turma - Diário da Justiça Eletrônico (DJJe) - 09/12/2011 - Página 199)

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL. RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO DOENÇA. CESSAÇÃO NA VIA ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PRESTAÇÕES DE TRATO. SUCESSIVO. SÚMULA Nº 85/STJ. INCAPACIDADE LABORAL E QUALIDADE DE

SEGURADO ESPECIAL. EFETIVO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURAL. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS. PERÍCIA MÉDICA E OITIVA DE TESTEMUNHAS. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 515, PARÁGRAFO 4º, DO CPC.

1. Apelação contra sentença que extinguiu o feito com resolução do mérito (art. 269, IV, do CPC), em face do acolhimento da tese da prescrição do fundo de direito, vez que o auxílio-doença foi cessado na via administrativa em 01.02.2004 e a presente demanda somente foi ajuizada em 16.06.2011.

2. No tocante a benefício previdenciário, em se tratando de prestações de trato sucessivo, prescrevem as parcelas vencidas antes do quinquênio anterior à data da propositura da ação, de acordo com a Súmula nº 85/STJ: “Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior ao ajuizamento da ação”. Na espécie, não há que se falar em prescrição do fundo de direito, vez que não existiu negativa do direito reclamado (auxílio doença). Pelo contrário, o referido benefício foi concedido, mantido e posteriormente cancelado administrativamente pelo INSS, tratando-se o caso de prestações de trato sucessivo, a ensejar a aplicação da Súmula nº 85/STJ. Reforma da r. sentença para afastar a tese da prescrição do fundo de direito.

3. Para comprovar a incapacidade laboral, bem como a qualidade de segurado especial do apelante, é necessária a produção da prova pericial (perícia médica) e da prova testemunhal, respectivamente. No caso particular da oitiva das testemunhas, apesar de existirem nos autos vários documentos colacionados pelo autor, estes não foram corroborados pela prova testemunhal, a qual não restou produzida, em razão da não realização da audiência.

4. A necessidade aliada à adequação e utilidade implicam na imprescindibilidade da produção das provas pericial (perícia médica) e testemunhal adequadas a esclarecer os pontos controvertidos do litígio (incapacidade laboral e qualidade de segurado especial).

5. Aplicação do art. 515, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil.

6. Conversão do julgamento em diligência, para que seja produzida a prova pericial e a prova testemunhal, e, em seguida retornar o feito a este Relator.

(TRF5, AC 542.149, Segunda Turma, Des. Federal Francisco Wildo, j. 26/06/2012, DJe 05/07/2012, página 394)

Quanto ao termo inicial do benefício, a jurisprudência tem por correta a data do requerimento administrativo ou, na inoccorrência deste, a do ajuizamento da ação, respeitada a prescrição quinquenal.

No caso em exame, o início do benefício será a data de indeferimento do pedido administrativo, conforme estabelecida na sentença (fl. 153).

No que concerne à condenação nas custas processuais, tenho que o INSS é isento do pagamento destas, ainda que o litígio ocorra na Justiça Estadual. Logo, uma vez que a postulante é beneficiária da justiça gratuita, inexistem despesas processuais a serem reembolsadas, pelo que não há que se falar em condenação nas custas processuais da autarquia ré, que é isenta (Art. 8º, § 1º, da Lei nº 8.620/93, e art. 4º, I, da Lei nº 9.289/96).

Neste sentido, veja-se o seguinte julgado deste Tribunal:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA Nº 111 DO STJ.

- No tocante às parcelas atrasadas, entendo que devem ser monetariamente corrigidas, desde quando devidas, nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal, acrescidas de juros de mora legais, a partir da citação, até a data da vigência da Lei nº 11.960/09, quando a atualização e os juros de mora devem seguir os critérios estabelecidos na referida lei.

- Honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento), incidentes sobre o valor das parcelas vencidas, devendo ser observadas as prescrições da Súmula nº 111 do STJ.

- De acordo com o disposto no art. 8º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.620/93, e da Lei nº 9.289/96, o INSS, como

autarquia federal, goza do privilégio da isenção do pagamento de custas nos feitos em que atue como autor, réu, assistente ou oponente, o que não o desobriga do encargo de reembolsar as despesas antecipadas pela parte autora, contudo, sendo esta beneficiária da Justiça Gratuita, não há despesas a serem reembolsadas pelo INSS, estando isento de tal condenação.

- Apelação parcialmente provida.

(AC 00012785020114059999, Desembargador Federal Paulo Gadelha, TRF5 - Segunda Turma, 28/04/2011)

No que se refere à incidência de juros de mora e correção monetária, a Lei nº 11.960/2009 modificou a redação do art. 1º-F da Lei 9.494/97:

Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Assim, a Lei nº 11.960/09, de 29/06/2009, deve ser aplicada para fins de correção monetária e juros de mora a partir de sua publicação, havendo a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

No que tange aos valores referentes a período anterior à entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, a correção monetária deve ser realizada de acordo com os índices do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

Com relação aos honorários advocatícios, determina o art. 20, § 3º e § 4º, do CPC:

Art. 20.

(...)

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e a importância da causa, o trabalho realiza-

do pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante aplicação equitativa do juiz, atendidas as alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

O parágrafo terceiro do referido artigo estipula que os honorários advocatícios devem ser arbitrados em, no mínimo, 10%. A regra inserta no § 4º não significa que, vencida a Fazenda Pública, os honorários de advogados devam ser arbitrados, necessariamente em montante inferior a 10%.

Com isso, mantenho os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, observando-se o disposto na Súmula nº 111 do STJ.

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial, apenas no que concerne à isenção do INSS no pagamento de custas processuais, nos termos acima delineados.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 435.640-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA
Apelantes: CARMEM CÉLIA NOGUEIRA HARDMAN E OUTRO
E NELY DE SOUZA BRITO
Apelados: OS MESMOS E UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. TEREZINHA DE FÁTIMA DO NASCIMENTO
EPAMINONDAS E BERNARDINO JOSÉ DO COU-
TO FILHO E OUTROS

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PENSÃO. MILITAR. SEPARAÇÃO JUDICIAL DA VIÚVA. UNIÃO ESTÁVEL COMPROVADA. RATEIO DE 50% ENTRE A EX-ESPOSA E A COMPANHEIRA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ AFASTADA. TUTELA ANTECIPADA. CARÁTER ALIMENTAR. CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PARTE VENCIDA.

- *Apelações interpostas contra sentença que julgou procedente em parte o pedido inicial, determinando que a União habilitasse a autora no rol dos beneficiários da pensão militar estatutária, deixada pelo falecido militar Elmo de Souza Hardman, no percentual de 15,85%, ao argumento de que o benefício a ser recebido pela ex-companheira deveria ser proporcional ao tempo de coabitação entre o de cujus e a autora.*
- *A falta de designação expressa da companheira de militar falecido não é fato impeditivo para a concessão do benefício de pensão por morte, desde que devidamente comprovada a união estável. Precedentes do STJ (AgRg nos EDcl no REsp 1354629/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 18/11/2013; REsp 1235994/PE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 03/11/2011).*
- *Comprovada pelas provas produzidas nos autos a relação de união estável entre a autora e o instituidor, é inegável o seu direito à pensão do militar falecido. É o que se depreende a partir da justificação judicial e dos documentos acostados aos autos (Declaração da Chefe de Enfermagem do Hospital Santa Joana, informando que a autora foi acompanhante do militar falecido no período em que o mesmo esteve internado; Fotos do casal, constituindo provas válidas como indicativo da união estável existente entre a autora e seu companheiro).*
- *Condição de dependente da autora foi corroborada pela prova testemunhal produzida com as cautelas legais, mediante testemunhos sem contradita, demonstrando conhecimento acerca da vida do casal.*
- *A autora acompanhou o corpo do extinto, para o seu funeral, sendo ausente, no entanto, a ex-esposa do instituidor.*
- *Quanto ao percentual devido à autora, os fun-*

damentos referentes ao julgado anterior (AC 435642/PE) aplicam-se ao presente, inclusive, em face do julgamento conjunto que houvera sido realizado em 1º Grau: “A jurisprudência desta e. Segunda Turma Julgadora, tem precedentes no sentido de que a companheira tem direito a cinquenta por cento do valor do benefício, rateado com a viúva.” (TRF5, AC435642/PE, Relator: Desembargador Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga (Convocado), Segunda Turma, DJe 18/10/2012).

- O rateio da quota-parte destinada à ex-esposa, viúva ou companheira deve ocorrer de forma igualitária, em razão da inexistência de ordem de preferência entre elas. Precedentes: TRF5, AC 200185000054157, Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, Terceira Turma, DJ: 04/10/2005; TRF2, AC 200651010072240, Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira Da Gama, Sexta Turma Especializada, E-DJF2R 24/02/2012.

- Embora a filha do extinto tenha sido citada e apresentado sua contestação, da análise detida dos autos, notadamente o Título de Pensão Militar adunado, percebe-se que a única beneficiária da pensão estatutária é a ex-esposa do militar falecido, devendo aquela ser excluída da lide.

- Assim, caso a filha do de cujus almeje habilitar-se como beneficiária da pensão em debate, deverá ingressar com pedido administrativo/ação judicial própria.

- Não há litigância de má-fé no agir das litisconsortes, que se utilizaram dos recursos cabíveis e dos argumentos de que dispunham para a defesa de seus interesses em juízo, cumprindo esclarecer que o não acolhimento de suas alegações não conduz à conclusão de abuso de direito apto a conferir a penalidade processual.

- Possuindo a autora direito ao pagamento de

sua cota-parte desde o requerimento administrativo formulado, entendendo que as parcelas atrasadas deverão ser suportadas integralmente pela União, sem possibilidade de efetuar descontos nos proventos da litisconsorte, a título de compensação, uma vez que recebeu de boa-fé e licitamente os valores pagos.

- Uma vez presente a prova inequívoca dos fatos e a verossimilhança do direito, nos termos da fundamentação, bem como o receio de dano irreparável, em razão do caráter alimentar do benefício, pertinente a antecipação dos efeitos da tutela, conforme determinado pelo juízo monocrático.

- O quantum vencido deve ser monetariamente atualizado, desde quando as parcelas se tornaram devidas, nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal, e acrescido de juros de mora de 0,5%, ao mês, a partir da citação, nos termos do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001.

- A autora saiu-se vencedora, razão pela qual deve a parte vencida arcar com as custas e os honorários advocatícios, a teor do que dispõe o art. 20 do Código de Processo Civil.

- Quanto aos honorários advocatícios, considerando a questão jurídica posta em discussão, que não se revela de alta complexidade, mas atento à dignidade da profissão, o tempo despendido desde o início até o término da ação, o valor econômico da causa e o zelo no seu acompanhamento, observando o art. 20, parágrafo 4º, do CPC, entende-se pela fixação dos honorários no montante de R\$ 2.000,00, divididos entre as partes (União e litisconsorte passiva).

- Apelações da União e das litisconsortes passivas improvidas e apelação da autora provida em parte.

ACÓRDÃO

Decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações da União e das litisconsortes passivas e dar parcial provimento à apelação da autora, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 11 de fevereiro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA:

Trata-se de apelações interpostas contra sentença que julgou procedente em parte o pedido inicial formulado nos autos do Processo nº 2003.83.00.011621-0, determinando que a União habilitasse a autora no rol dos beneficiários da pensão militar estatutária, deixada pelo falecido militar Elmo de Souza Hardman, no percentual de 15,85%, ao argumento de que o benefício a ser recebido pela ex-companheira deveria ser proporcional ao tempo de coabitação entre o *de cujus* e a autora.

A União, em suas razões, aduz, em suma, que (i) a autora não comprovou a união estável; (ii) que a autora somente teria direito à pensão após o trânsito em julgado; e (iii) que o pagamento dos atrasados devem ser imputados às litisconsortes.

As apelantes Carmem Célia Nogueira Hardman e Carmem Célia Nogueira Hardman Filha sustentam, em síntese, que (i) a autora não comprovou a união estável; (ii) que os depoimentos das testemunhas da autora foram falsos; e (iii) que a apólice de seguro foi assinada nos últimos dias do instituidor (em estado grave de saúde). Alega, ainda, que merece reforma o *decisum* ao determinar a apelante a pagar os honorários sucumbenciais, uma vez que a ação por ela ajuizada foi julgada parcialmente procedente.

A autora Nely Souza de Brito, em apelação, defende que a união estável tem o mesmo reconhecimento e proteção de um

casamento, razão pela qual insurge contra o percentual de pensão arbitrado. Requer, também, que (i) o termo inicial da correção monetária e juros de mora seja a data do requerimento administrativo formulado pela apelante; (ii) que os juros moratórios a serem aplicados no caso sejam os determinados pelo Código Civil, ou, caso não seja possível, que seja aplicado o percentual de 1% ao mês; (iii) que não seja compelida a pagar custas processuais e arcar com o ônus dos honorários advocatícios. Por fim, pugna pela condenação das apeladas (Carmem Célia Nogueira Hardman e Carmem Célia Nogueira Hardman Filha) por litigância de má-fé.

Contrarrazões apresentadas às fls. 313/318 e 319/325.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA (Relator):

I - Da união estável

O cerne da presente lide consiste em se comprovar a qualidade de dependente da autora em relação ao seu companheiro, militar falecido, a viabilizar a percepção do benefício de pensão por morte.

Destaco, inicialmente, que a falta de designação expressa da companheira de militar falecido não é fato impeditivo para a concessão do benefício de pensão por morte, desde que devidamente comprovada a união estável. Nesse sentido as seguintes decisões do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. MILITAR. PENSÃO POR MORTE. ANÁLISE DE MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Corte regional, com base na jurisprudência deste Tribunal Superior, estabeleceu que uma vez caracterizada a união estável é desnecessária a designação prévia da condição de dependente, pelo militar, para fins de reconhecimento do direito da pensão à companheira.

2. A insurgência quanto ao termo inicial para o deferimento

da pensão não é suscetível de análise na via especial, uma vez que não foi prequestionada na origem.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ. AgRg nos EDcl no REsp 1354629/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 18/11/2013)

ADMINISTRATIVO. MILITAR. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO ESTÁVEL CARACTERIZADA.

1. Com o advento da Constituição Federal de 1988, que reconheceu como entidade familiar a união estável (art. 226, § 3º), a companheira passou a ter o mesmo direito que a ex-esposa, para fins de recebimento da pensão por morte, sendo desnecessária sua designação prévia como beneficiária. Precedentes.

2. Recurso especial não provido.

(STJ. REsp 1235994/PE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 03/11/2011)

No caso dos autos, entendo comprovada a união estável entre a autora e o *de cujus*, durante vários anos anteriores ao seu falecimento (1993-2000), é o que se pode depreender a partir da justificação judicial (fls. 14/17) e dos documentos acostados aos autos, dentre eles:

- Declaração da Chefe de Enfermagem do Hospital Santa Joana, informando que a autora, Sra. Nely Souza de Brito, foi acompanhante do militar falecido no período em que o mesmo esteve internado;

- Fotos do casal acostadas às fls. 22/23, constituindo provas válidas como indicativo da união estável existente entre a autora e seu companheiro.

Ademais, a condição de dependente da autora foi corroborada pela prova testemunhal produzida com as cautelas legais, mediante testemunhos sem contradita, demonstrando pleno conhecimento acerca da vida do casal. Vejamos:

(...) que não se recorda do ano exato, mas foi na década de 1990, e ela ali chegou com um companheiro Elmo, que se tratava de um senhor idoso, acreditando o ora Depoente que ele já tinha mais de sessenta anos de idade; que o ora Depoente trabalhava em escala de serviço e sempre que chegava à noite em casa notava a presença do Sr.

Elmo, na casa da ora Autora; (...) que chegou a ver o Sr. Elmo levando as filhas da ora Autora na escola e também fazendo supermercado no bairro; (Depoimento da Testemunha Alcides Buarque da Silva)

(...) que quando chegou no referido apartamento ali já morava a D. Nely; que D. Nely tinha um companheiro chamado Sr. Elmo e com ela também moravam as filhas e a Sra. Sua mãe; que o Sr. Elmo morava com a D. Nely como se marido dela fosse; que o Sr. Elmo costumava levar as meninas da D. Nely na escola e fazia feira como um pai de família qualquer; que inclusive certo dia ele foi assaltado no lugar, quando estava chegando com a feira e os bandidos levaram seu automóvel; (Depoimento da Testemunha Jamerson Freire Campos)

Que conhece a autora desde o ano de 1987, quando a ora Depoente ainda era menina; que D. Nely morou nesse bairro até 1993 quando então se mudou para o bairro Barra de Jangada; que conheceu o Sr. Elmo ainda no Barro, bem antes da data em que D. Nely se mudou para Barra de Jangada; que não se recorda do ano exato; que via o Sr. Elmo ir todos os dias na casa da ora Autora, no Barro, mas não sabe informar se ele ia lá para namorar com ela; que a ora Depoente era muito ligada às filhas da ora Autora, de forma que quando esta se mudou para barra de Jangada, suas filhas telefonavam para o ora Depoente, convidando-a para ir passar os fins de semana na casa da ora Autora, e então a ora Depoente, convidando-a para ir passar fins de semana na casa da ora Autora, e então a ora Depoente atesta a presença do Sr. Elmo na casa da ora autora, em Barra de Jangada, naqueles dias que ali passava; que o Sr. Elmo morava na casa da D. Nely como se fosse marido dela. (Depoimento da Testemunha Viviane Alves de Melo)

Como se não bastasse, uma das testemunhas arroladas pela litisconsorte passiva, Sra. Carmem Célia, afirmou ter visto o falecido em companhia da autora. Eis excerto do depoimento de fls. 141/142:

(...) que o ora depoente morava numa favela na Barra de Jangada e dona Nely morava no referido Conjunto que ficava bem próximo; que viu algumas vezes o Sr. Elmo conver-

sando com d. Nely no mencionado Conjunto Residencial; que não sabe o que é que o Sr. Elmo foi fazer no referido Conjunto e ali conversar com d. Nely;

As contradições restaram observadas, em verdade, no depoimento da ex-esposa do *de cujus*, conforme bem apontado pelo juiz de origem, *ipsis litteris*:

No seu depoimento, acostado às fls. 113-114 dos autos da primeira ação, essa Senhora arquitetou um amontoado de contradições, confirmando que de fato se separara judicialmente do *de cujus*, mas apenas para que este pudesse deduzir pensão alimentícia do imposto de renda, depois que com a separação o *de cujus* fora morar na casa de filhos do casal, depois, quando questionado pelo advogado da Sra. Nely Souza de Brito, declarou que, mesmo depois da separação judicial, o casal continuara junto por três meses e depois é que o *de cujus* saíra efetivamente de casa.

Sigo, ainda, o entendimento do juiz *a quo*, que afastou as alegações de que a autora fora contratada para realizar serviços domésticos, uma vez que a Sra. Carmem Célia Nogueira Hardman não trouxe aos autos nenhuma prova nesse sentido.

Além do mais, da leitura dos documentos e depoimentos adu- nados percebe-se que a autora, Sra. Nely, acompanhou o corpo do extinto, para o seu funeral, sendo ausente, no entanto, a ex- esposa do instituidor, que alegou em seu depoimento abalo físico e mental. Ora, é de causar estranhamento que uma terceira contratada acompanhe o corpo do falecido até o seu sepultamento em outra cidade. A meu ver, tal situação somente se mostra aceitável quando há uma relação próxima, não se mostrando possível que, tendo o extinto filhos, seria uma empregada que acompanharia o traslado do corpo.

Igualmente não merece prosperar a imputação feita pela ex- esposa do falecido, de que a testemunha Alcides Buarque da Silva teria prestado informações falsas, em razão da informação errô- nea de que o Sr. Elmo teria participado de curso na Escola Superior de Guerra. Nada impede que o militar falecido tenha conversa- do sobre o assunto, tendo levado a testemunha a concluir pela sua participação. Aliás, inúmeras possibilidades mostram-se abrigá-

veis, não sendo tal incongruência suficiente para declarar como falso todo teor do depoimento em comento.

Desse modo, cingindo-se, pois, as provas produzidas nos autos aos depoimentos analisados, infere-se que restou comprovada a união estável como entidade familiar, entendida como a convivência duradoura, pública e contínua entre um homem e uma mulher, com o objetivo de constituição de família, sendo inegável o direito da autora à pensão do falecido Elmo de Souza Hardman.

No tocante à alegação de que a autora foi incluída como beneficiária em apólice de seguro quando o instituidor estava em estado grave, sem condições de responder pelos seus atos, cumpre destacar que não consta nos presentes autos a documentação apontada no *decisum* (fls. 157/175), pelo juiz de origem, informando que os documentos médicos acostados pela ex-esposa confirmavam que o instituidor encontrava-se orientado e consciente naquela data.

Todavia, reconhecida a condição de companheira da autora, melhor conclusão é de que o instituidor buscou resguardar o direito da demandante a sua quota no seguro de vida, eis que viviam como se marido e mulher fossem.

II - Do percentual devido à autora

Quanto ao percentual devido à autora, os fundamentos referentes ao julgado anterior (AC 435642/PE) aplicam-se ao presente, inclusive, em face do julgamento conjunto que houvera sido realizado em 1º Grau, razão pela qual os transcrevo abaixo, quanto a sua ementa, e adoto, inicialmente, como razões de decidir:

ADMINISTRATIVO. PENSÃO. VIÚVA E EX-COMPANHEIRA. RATEIO DO BENEFÍCIO. SEPARAÇÃO JUDICIAL DA VIÚVA. CONVIVÊNCIA MARITAL SOB O MESMO TETO. COMPANHEIRA. DIREITO À METADE DO BENEFÍCIO. PRECEDENTES.

- Trata-se de apelação de sentença em que o julgador monocrático entendeu que o benefício a ser recebido pela ex-companheira deveria ser proporcional ao tempo de co-habitação entre o *de cuius* e a autora.

- A questão posta a deslinde cinge-se à verificação do direito de divisão (cinquenta por cento para cada uma), entre

a ex-viúva e a ex-companheira, do benefício deixado pelo *de cuius*, o Sr. ELMO SOUZA HARDMAN, ex-servidor público militar da Marinha, que, após separação judicial com a Sra. CARMEM CELIA NOGUEIRA HARDMAN, passou a conviver maritalmente com a Sra. NELY DE SOUZA BRITO, sob o mesmo teto.

- A jurisprudência desta e. Segunda Turma Julgadora tem precedentes no sentido de que a companheira tem direito a cinquenta por cento do valor do benefício, rateado com a viúva. Eis alguns arestos neste sentido: AC 2009840000 34120, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Segunda Turma, *DJe* - Data: 07/04/2011 - Página: 312, e REO 200482000139807, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Segunda Turma, *DJe* - Data: 04/02/2010 - Página:186.

- Apelação da viúva improvida.

- Apelação da companheira parcialmente provida.

(TRF5, AC 435.642/PE, Relator: Desembargador Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga (Convocado), Segunda Turma, *DJe* 18/10/2012) (grifo acrescido)

A par desse entendimento, conclui-se que o rateio da quota-parte destinada à ex-esposa, viúva, ou companheira deve ocorrer de forma igualitária, em razão da inexistência de ordem de preferência entre elas.

Desse modo, faz jus a Sra. Nely Souza de Brito ao rateio da pensão por morte requestada de forma igualitária (no percentual de 50%) com a ex-esposa, a qual percebia pensão alimentícia, em consonância com os fundamentos lançados nos julgados a seguir:

PREVIDENCIÁRIO E ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE DE MILITAR. DIVISÃO ENTRE A COMPANHEIRA E A EX-ESPOSA, SEPARADA JUDICIALMENTE, BENEFICIÁRIA DE PENSÃO ALIMENTÍCIA. DIREITO À PENSÃO POR MORTE. LEGÍTIMA A DIVISÃO DO BENEFÍCIO. SÚMULAS NºS 64 DO EX-TFR E 379/STF.

- A pensão por morte de militar é dividida entre a companheira e a ex-mulher, separada judicialmente, beneficiária da pensão alimentícia ou que prove a necessidade do benefício. Direito à pensão por morte assegurado no formal de partilha do desquite. Súmulas 64 do ex-TFR, e 379 do STF.

(TRF5, AC 200185000054157, Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, Terceira Turma, DJ: 04/10/2005)

APELAÇÕES CÍVEIS. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO MILITAR. RATEIO DO BENEFÍCIO ENTRE A COMPANHEIRA E A EX-ESPOSA. UNIÃO ESTÁVEL COMPROVADA. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE OFÍCIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. PAGAMENTO DE ATRASADOS. ALEGAÇÃO DE SENTENÇA *EXTRA PETITA*. RECURSOS DESPROVIDOS.

I - Trata-se de apelações cíveis de sentença que julgou procedente o pedido de concessão de pensão por morte de militar a favor da companheira;

II - Da análise das provas trazidas aos autos, entendo que restou inequivocamente comprovada a existência da união estável havida entre a autora e o Sr. João Santanna, ex-militar da reserva remunerada da Marinha, a qual perdurou por aproximadamente 7 anos, até a data de sua morte. Destarte, acertada a sentença ao condenar a União a inscrever a autora como beneficiária da pensão postulada na inicial, em meação com a 2ª ré, ex-esposa do *de cujus*, desde a data do requerimento administrativo, uma vez que restou provada à exaustão a relação de companheirismo, bem como a dependência econômica, uma vez que a jurisprudência pretoriana é pacífica no sentido de que é presumido o seu vínculo entre cônjuges e companheiros;

III - É possível a concessão de ofício da antecipação dos efeitos da tutela, quando presentes os pressupostos do artigo 273 do CPC, quais sejam, a verossimilhança das alegações consistente na comprovação do direito à percepção do benefício previdenciário pela autora, cuidando-se, ademais, de matéria pacificada, bem como no receio de dano irreparável ou de difícil reparação, por tratar-se verba de natureza alimentícia. Precedentes;

IV - A competência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito é atraída pela presença obrigatória da União Federal no polo passivo das ações que objetivam o reconhecimento de união estável, para fins de concessão de pensão por morte de militar. Não há que se falar em pedidos acumulativos, na espécie, pois, a despeito da denominação dada à presente ação, o pleito é de conces-

são de pensão militar em decorrência da existência de união estável;

V - A 2ª ré tem legitimidade para compor o polo passivo da lide, ante a real possibilidade do desfecho do caso interferir diretamente na sua esfera patrimonial, tendo sido regular, portanto, a sua citação. Como o reconhecimento da união estável, no caso, busca tão somente efeitos na esfera previdenciária, não há que se falar, na hipótese, em litisconsórcio passivo com os herdeiros do falecido militar; VI - Quanto à alegação de sentença *extra petita*, não há impropriedade alguma na determinação do pagamento de atrasados, pois, além de ser um consectário natural da condenação, há que se observar que a parte autora vem tentando receber a pensão desde 11/11/2004, data em que formulou requerimento junto à Administração Castrense; VII - Recursos de apelação e remessa necessária desprovidos.

(TRF2, AC 200651010072240, Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira Da Gama, Sexta Turma Especializada, E-DJF2R 24/02/2012)

Frise-se que, embora a filha do extinto, a litisconsorte passiva Carmen Célia Nogueira Hardman Filha, tenha sido citada e apresentado sua contestação, da análise detida dos autos, notadamente o Título de Pensão Militar acostado à fl. 83, percebe-se que a única beneficiária da pensão estatutária é a ex-esposa do militar falecido, a Sra. Carmem Célia Nogueira Hardman, devendo aquela ser excluída da lide.

Assim, caso a filha do *de cuius* almeje habilitar-se como beneficiária da pensão em debate, deverá ingressar com pedido administrativo/ação judicial própria.

III - Da litigância de má-fé

Por sua vez, entendo que não há litigância de má-fé no agir das litisconsortes, que se utilizaram dos recursos cabíveis e dos argumentos de que dispunham para a defesa de seus interesses em juízo, cumprindo esclarecer que o não acolhimento de suas alegações não conduz à conclusão de abuso de direito apto a conferir a penalidade processual.

Em que pesem as contradições apontadas no depoimento da Sra. Carmem, é razoável entender que se trata de pessoa idosa,

que se apresentando em audiência, mostrou-se nervosa, realizando declarações equivocadas.

Assim, afasto a condenação em litigância de má-fé.

IV - Das parcelas atrasadas

Possuindo a autora direito ao pagamento de sua cota-parte desde o requerimento administrativo formulado, entendo que as parcelas atrasadas deverão ser suportadas integralmente pela União, sem possibilidade de efetuar descontos no provento da litisconsorte, Sra. Carmem Célia Nogueira Hardman, a título de compensação, uma vez que recebeu de boa-fé e licitamente os valores pagos.

V - Da tutela antecipada

Uma vez presente a prova inequívoca dos fatos e a verossimilhança do direito, nos termos da fundamentação acima, bem como o receio de dano irreparável, em razão do caráter alimentar do benefício, pertinente a antecipação dos efeitos da tutela, conforme determinado pelo juízo monocrático.

VI - Da correção monetária e dos juros de mora

O *quantum* vencido deve ser monetariamente atualizado, desde quando as parcelas se tornaram devidas, nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal, e acrescido de juros de mora de 0,5%, ao mês, a partir da citação, nos termos do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001.

VII - Das custas e dos honorários advocatícios

Reconhecido o direito da autora, Sra. Nely, à parte da pensão por morte, no percentual de 50%, há de ser afastado o pagamento de custas pela requerente.

Em outras palavras, a autora saiu-se vencedora, razão pela qual deve a parte vencida arcar com as custas e os honorários advocatícios, a teor do que dispõe o art. 20 do Código de Processo Civil.

Desse modo, quanto aos honorários advocatícios, considerando a questão jurídica posta em discussão, que não se revela de

alta complexidade, mas atento à dignidade da profissão, o tempo despendido desde o início até o término da ação, o valor econômico da causa e o zelo no seu acompanhamento, observando o art. 20, parágrafo 4º, do CPC, entendo pela fixação dos honorários no montante de R\$ 2.000,00, divididos entre as partes (União e litisconsorte passiva – Sra. Carmem Célia Nogueira Hardman), o qual tenho por razoável e equitativo.

Ante o exposto, nego provimento às apelações da União e das litisconsortes passivas e dou parcial provimento à apelação da demandante, habilitando-se a autora ao recebimento da pensão estatutária, rateando-se os valores em 50% para a ex-esposa e 50% para a parte autora, última companheira do militar falecido. Deve, ainda, a parte vencida (União e litisconsorte passiva – Sra. Carmem Célia Nogueira Hardman) arcar com as custas e os honorários advocatícios arbitrados.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 536.959-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: HOTEL PARQUE DA COSTEIRA LTDA.
Apelado: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. FERNANDO DE ARAÚJO JALES COSTA E OUTROS (APTE.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. EMPREENDIMENTO HOTELEIRO. OPERAÇÃO SEM O DEVIDO LICENCIAMENTO AMBIENTAL. INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO AMBIENTAL. MULTA APLICADA. COMPETÊNCIA COMUM DO IBAMA PARA FISCALIZAR. ART. 23 DA CONSTITUIÇÃO. OMISSÃO DOS ÓRGÃOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS. PROPORCIONALI-

DADE DA MULTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- Cuida-se de apelação interposta de sentença que julgou improcedente o pedido formulado na peça vestibular, qual seja, o de invalidação da multa administrativa aplicada pelo réu – IBAMA – à empresa autora – HOTEL PARQUE DA COSTEIRA S/A – nos processos administrativos nº 02021.000469/2009-72, por operar empreendimento potencialmente poluidor sem licença do órgão ambiental competente.

- As atribuições dos órgãos ambientais se dividem, basicamente, em duas: a primeira delas, que tem caráter preventivo e se refere à expedição de licenças ambientais, nos moldes da legislação correlata, para fins de legitimar o exercício de atividades que podem vir a poluir o meio ambiente; e a segunda delas referente à competência punitiva/repressiva dos órgãos ambientais, isto é, ao poder de fiscalizar e impor sanções administrativas àqueles que descumprirem as normas legais atinentes ao meio ambiente.

- O objeto da presente demanda cinge-se à atividade fiscalizadora do IBAMA que compreende a sua competência de atuar repressivamente, no caso de infrações à legislação ambiental. Não se discute, portanto, a sua competência para apreciar pedido de licença ambiental, não obstante o hotel promovente tentar fazer crer, a todo momento, no decorrer do processo, ser esse o ponto fulcral da discussão.

- O art. 23, incisos VI e VII, da Constituição estatuem que a proteção do meio ambiente é uma tarefa que compete a todos os entes da Federação, sendo de natureza comum. Essa competência administrativa é distribuída a todos aqueles entes, para que possam exercê-la sem qualquer relação de hierarquia entre eles, mantendo uma relação de cooperação entre si.

- O art. 70, § 1º, da Lei nº 9.605/98 não passou ao largo da ordem constitucional vigente ao determinar que todos os órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA são competentes, por intermédio de seus funcionários, para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo. E a Lei nº 6.938/81, em seu art. 11, § 1º, determinou que essa competência do IBAMA para fiscalizar, mesmo que de natureza comum, seria supletiva, em relação aos órgãos estadual e municipal. Isso quer dizer que o IBAMA é legitimado para exercer todos os atos inerentes à fiscalização de atos atentatórios ao meio ambiente, mesmo quando de âmbito estadual ou municipal, desde que os órgãos dessas esferas de poder sejam omissos nessa tarefa.

- Na medida em que a competência fiscalizatória do IBAMA é comum, mas de caráter supletivo, não se pode questionar a legalidade dos autos de infração ora sob apreciação, eis que os demais órgãos ambientais das esferas estadual e municipal quedaram-se inertes diante da irregularidade do funcionamento do hotel requerente, que vinha exercendo, desde a década de 1980, atividades potencialmente poluidoras, com riscos para o solo e mananciais, sem o licenciamento ambiental exigido por lei.

- Consoante entendimento firmado pelo e. Superior Tribunal de Justiça, extraído de voto proferido pelo ilustre Desembargador Federal Francisco Cavalcanti - AC 476894/CE -, “não há que se confundir a competência do IBAMA de licenciar (caput do art. 10 da Lei nº 6.938/1981) com sua competência para fiscalizar (§ 3º do mesmo artigo). Assim, diante da omissão do órgão estadual de fiscalização, mesmo que outorgante da licença ambiental, o IBAMA pode exercer seu poder de polícia administrativa, quanto mais se

a atividade desenvolvida pode causar dano ambiental em bem da União”.

- Pelos mesmos motivos, o simples fato de a Via Costeira de Natal ser regulada por um regime jurídico próprio, que envolve interesses vinculados ao Estado e ao Município, em nada impede o exercício pelo IBAMA, autarquia federal, do seu poder de polícia repressivo.

- No tocante à qualidade da empresa autuada, não há qualquer ilegalidade no ato administrativo praticado pelo IBAMA, eis que o Anexo I da Resolução nº 237/97 do CONAMA elenca, dentre as atividades e os empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental, por serem efetiva ou potencialmente poluidores, o turismo (complexos turísticos e de lazer, inclusive parques temáticos e autódromos). Se o requerente, na presente ação, é empreendimento da rede hoteleira de Natal, localizado na Via Costeira daquela cidade, está enquadrado em tal hipótese legal, donde se exigir para o seu funcionamento a licença ambiental respectiva.

- De acordo com o art. 6º da Lei nº 9.605/98 e os arts. 4º e 9º do Decreto nº 6.514/2008, as infrações administrativas ao meio ambiente poderão ser punidas com multa que poderá ser fixada entre o mínimo de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e o máximo de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), devendo-se levar em consideração a gravidade do fato, os antecedentes do infrator e a sua situação econômica.

- Desta feita, apesar de a empresa autuada estar estabilizada no mercado há décadas, com faturamento bruto elevado, e de as atividades desenvolvidas pelos empreendimentos hoteleiros estarem elencadas na Resolução nº 237/97 do CONAMA como potencialmente poluidoras do meio ambiente, ainda assim é de se entender que a

multa aplicada se mostra bastante elevada e, portanto, desproporcional ao risco que representam, de natureza apenas potencial. Portanto, deve ser reduzida para 50% (cinquenta por cento) do valor inicial.

- É da natureza da multa a força coercitiva de ilidir o ato ilícito. Desta forma, deve corresponder a um montante não tão elevado que provoque o empobrecimento e a inadimplência do autuado nem tão pequena que não atinja a finalidade de impedir a continuidade da infração. No caso dos autos, a redução da multa pela metade é medida que atende a tais pressupostos.

- O § 4º do art. 20 do CPC estabelece a possibilidade, em algumas hipóteses, de serem os honorários de advogado estabelecidos em patamares diversos daqueles previstos no § 3º do mesmo artigo, quais sejam, entre 10% e 20%. Uma dessas hipóteses é quando não houver condenação. Entretanto, mesmo nessas situações, os critérios fixados no § 3º devem ser respeitados na tarefa de fixação da verba honorária, devendo o julgador analisar o grau de zelo profissional do advogado, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo causídico e o tempo por ele despendido para a defesa da causa.

- Com base nesses critérios, entendo que a fixação dos honorários em R\$ 3.000,00 (três mil reais) se mostra justa, pois condizente com a espécie de ação, com o tempo despendido para a finalização da lide, com o êxito parcial da demanda através da redução do valor da multa aplicada e com o trabalho desenvolvido pelo causídico, até mesmo porque um valor menor importaria em desprestígio ao ofício do patrono.

- Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

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

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Cuida-se de apelação interposta de sentença que julgou improcedente o pedido formulado na peça vestibular, qual seja, o de invalidação da multa administrativa aplicada pelo réu – IBAMA – à empresa autora – HOTEL PARQUE DA COSTEIRA S/A – nos processos administrativos nº 02021.000469/2009-72, por operar empreendimento potencialmente poluidor sem licença do órgão ambiental competente.

Nas razões de apelação, a empresa postulante pugna pela reforma da sentença alegando, em síntese: a) o IBAMA não tem competência para licenciar e fiscalizar obras na Via Costeira de Natal, bem como para o exercício do poder de polícia em relação à mera ausência de licenciamento ambiental; b) que a autuação levada a efeito pelo IBAMA não decorreu de nenhum dano ambiental iminente, porquanto, nos termos do anexo VIII da Lei nº 10.165/2000, os complexos turísticos e de lazer são empreendimentos de menor potencialidade lesiva ao meio ambiente; c) a falta de proporcionalidade da penalidade imposta à autora, considerando que a conduta da apelante não se caracteriza como crime ambiental, mas, apenas, infração administrativa, além do fato de que para se definir o valor da multa o aspecto a ser observado não é o porte do empreendimento, mas se a atividade desenvolvida é potencialmente lesiva ao meio ambiente; d) a irrazoabilidade da multa haja vista a nítida preocupação da recorrente com a minimização dos im-

pactos ambientais decorrentes de sua atividade, uma vez que possui Alvará Sanitário para Funcionamento, além de já ter sido punida pelos mesmos motivos com outra multa que lhe foi aplicada, no montante bem inferior, de R\$ 1.800,00 (hum mil e oitocentos reais), conforme Auto de Infração de nº 598850, série “D” e e) o descabimento da cumulação das referidas sanções, nos termos da Lei nº 9.605/98, bem como do Decreto nº 3.179/99, que só autorizam esta cumulação em casos do infrator, cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações, o que não é a hipótese dos autos. Pugna, ainda, pela redução dos honorários sucumbenciais para R\$ 3.000,00 (três mil reais), no máximo, em face da exorbitância do montante em que foi fixado.

Contrarrazões às fls. 296/314.

O douto Representante do *Parquet* Federal opinou pelo improvido do recurso.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

A questão posta a deslinde envolve a seguinte discussão: se o IBAMA tem ou não competência para fiscalizar e autuar empreendimentos potencialmente poluidores localizados na Via Costeira da cidade de Natal, que vêm operando sem licenciamento do órgão ambiental competente.

No caso em comento, o HOTEL PARQUE DA COSTEIRA LTDA. foi autuado pelo IBAMA, em julho de 2009, ante a ausência de licença ambiental para funcionar. A multa estipulada foi de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

Inicialmente, é importante destacar que as atribuições dos órgãos ambientais se dividem, basicamente, em duas: a primeira delas, que tem caráter preventivo e se refere à expedição de licenças ambientais, nos moldes da legislação correlata, para fins de legitimar o exercício de atividades que podem vir a poluir o meio ambiente; e a segunda delas referente à competência punitiva/repressiva dos órgãos ambientais, isto é, ao poder de fiscalizar e

impor sanções administrativas àqueles que descumprirem as normas legais atinentes ao meio ambiente.

Esse esclarecimento é de suma importância para mostrar que o objeto da presente demanda cinge-se à atividade fiscalizadora do IBAMA que compreende a sua competência de atuar repressivamente, no caso de infrações à legislação ambiental. Não se discute, portanto, a sua competência para apreciar pedido de licença ambiental, não obstante o hotel promovente tentar fazer crer, a todo momento, no decorrer do processo, ser esse o ponto fulcral da discussão.

Nesse contexto, o art. 23 da Constituição da República estatui o seguinte:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora.

(...)

Resta evidente, nos moldes da Constituição, que a proteção do meio ambiente é uma tarefa que compete a todos os entes da Federação, sendo de natureza comum. Essa competência administrativa é distribuída a todos aqueles entes, para que possam exercê-la sem qualquer relação de hierarquia entre eles, mantendo uma relação de cooperação entre si.

Inclusive, o art. 70, § 1º, da Lei nº 9605/98 não passou ao largo da ordem constitucional vigente ao determinar que todos os órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA são competentes, por intermédio de seus funcionários, para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo.

O que a Lei nº 6938/81 fez, em seu art. 11, § 1º, foi determinar que essa competência do IBAMA para fiscalizar, mesmo que de natureza comum, seria supletiva, em relação aos órgãos estadual e municipal. Isso quer dizer que o IBAMA é legitimado para exercer todos os atos inerentes à fiscalização de atos atentatórios ao meio ambiente, mesmo quando de âmbito estadual ou municipal, desde

que os órgãos dessas esferas de poder sejam omissos nessa tarefa.

Essa redação também foi incorporada pela Lei Complementar nº 140/2011 – que é inaplicável ao caso por ter entrado em vigor em data posterior à autuação que se pretende anular –, ao disciplinar, no seu art. 17, *caput* e § 3º, que compete ao órgão responsável pelo licenciamento de um empreendimento lavrar o auto de infração ambiental e instaurar o processo administrativo correspondente, em caso de infração à legislação ambiental, mas sem retirar a competência comum dos órgãos ambientais dos demais entes federados de fiscalizar as atividades e os empreendimentos efetiva ou potencialmente poluidores, prevalecendo, no caso de mais de uma autuação, aquela lavrada pelo órgão que detenha atribuição de licenciamento ou autorização.

Sendo assim, na medida em que a competência fiscalizatória do IBAMA é comum, mas de caráter supletivo, não se pode questionar a legalidade do auto de infração ora sob apreciação, eis que os demais órgãos ambientais das esferas estadual e municipal quedaram-se inertes diante da irregularidade do funcionamento do hotel requerente, que vinha exercendo, desde a década de 1980, atividades potencialmente poluidoras, com riscos para o solo e mananciais, sem o licenciamento ambiental exigido por lei.

Consoante entendimento firmado pelo e. Superior Tribunal de Justiça, extraído de voto proferido pelo ilustre Desembargador Federal Francisco Cavalcanti – AC 476894/CE –, “não há que se confundir a competência do IBAMA de licenciar (*caput* do art. 10 da Lei nº 6.938/1981) com sua competência para fiscalizar (§ 3º do mesmo artigo). Assim, diante da omissão do órgão estadual de fiscalização, mesmo que outorgante da licença ambiental, o IBAMA pode exercer seu poder de polícia administrativa, quanto mais se a atividade desenvolvida pode causar dano ambiental em bem da União”.

Cito outros precedentes do c. STJ e deste Tribunal:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. MULTA. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES COMUNS. OMISSÃO DE ÓRGÃO ESTADUAL. POTENCIALIDADE DE DANO AMBIENTAL A BEM DA UNIÃO. FISCALIZAÇÃO DO IBAMA. POSSIBILIDADE.

1. Havendo omissão do órgão estadual na fiscalização, mesmo que outorgante da licença ambiental, pode o IBAMA exercer o seu poder de polícia administrativa, pois não há confundir competência para licenciar com competência para fiscalizar.

2. A contrariedade à norma pode ser anterior ou superveniente à outorga da licença, portanto a aplicação da sanção não está necessariamente vinculada à esfera do ente federal que a outorgou.

3. O pacto federativo atribuiu competência aos quatro entes da federação para proteger o meio ambiente através da fiscalização.

4. A competência constitucional para fiscalizar é comum aos órgãos do meio ambiente das diversas esferas da federação, inclusive o art. 76 da Lei Federal n. 9.605/98 prevê a possibilidade de atuação concomitante dos integrantes do SISNAMA.

5. Atividade desenvolvida com risco de dano ambiental a bem da União pode ser fiscalizada pelo IBAMA, ainda que a competência para licenciar seja de outro ente federado.

6. Agravo regimental provido. (Grifei)

(AgRg no REsp 711.405/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 15/05/2009)

AMBIENTAL E ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO. IBAMA. LEGITIMIDADE. ATRIBUIÇÃO PARA FISCALIZAR E PUNIR CONDUTAS ATENTATÓRIAS AO MEIO AMBIENTE. RASURA NO AUTO DE INFRAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. VALOR DA MULTA. GRAVIDADE DO FATO E SITUAÇÃO ECONÔMICA DO INFRATOR. ART. 6º, INCISOS I E III, DA LEI Nº 9.605/98. SENTENÇA MANTIDA.

1. “Nos termos do artigo 23, incisos II, VI e VII, da Constituição Federal, a competência administrativa (material) para fins de preservação do meio ambiente é de natureza comum, sendo outorgada indistintamente a todos os entes que compõem a Federação. (...) Nesse ponto, não é viável confundir-se a competência existente para fins de expedição do licenciamento ambiental, que observa o disposto no artigo

10 da Lei n. 6.938/81 e na Resolução n. 237/97, do CONAMA, com aquela referente à fiscalização da aplicação dos critérios, normas e padrões de proteção ambiental, na qual o IBAMA atua em caráter supletivo em relação aos órgãos estaduais e municipais (artigo 11, parágrafo 1º, da Lei n. 6.938/81). Isso porque, mesmo que expedida licença ambiental pelo órgão estadual ou municipal competente, não há supressão do poder de polícia outorgado ao IBAMA, uma vez que a atuação supletiva referida pela legislação, apesar de orientada pelo critério da prevalência do interesse e pelo princípio da subsidiariedade, não se limita apenas aos casos de inexistência ou omissão do órgão estadual ou municipal, mas inclui ainda as hipóteses de descumprimento da legislação ambiental”. Reconhecida a competência do IBAMA para exercer seu poder de polícia sobre o empreendimento desenvolvido pela parte autora.

2. “A rasura ocorrida no campo 21 do Auto de Infração nº 598707-D, referente ao local da infração, não comprometeu a validade do documento, pois ela não incidiu sobre os seus elementos essenciais, de sorte que ela não foi capaz de prejudicar a identificação e o endereço da empresa autuada, a descrição da infração ou a sanção aplicada”.

3. “No que diz respeito à alegação de nulidade do procedimento administrativo, bem observou o sentenciante que a qualificação equivocada da apelante não lhe trouxe nenhum prejuízo, pois pode apresentar defesa no procedimento administrativo condizente com a infração que lhe estava sendo imputada. Em tempos que se prima pelo aproveitamento dos atos processuais, salvo quando flagrante o prejuízo para o contraditório e a ampla defesa, convém a aplicação, para o caso, do princípio *pas de nullité sans grief*”. Ademais, a rasura “já foi devidamente sanada pela autoridade competente nos autos do Processo Administrativo nº 02021.000474/2009-85”.

4. “Saliente-se, por oportuno, que o art. 100 do Decreto nº 6.514/2008 somente impõe a decretação da nulidade do auto de infração quando ele apresentar vício insanável, que é aquele que implica a modificação do fato descrito no auto de infração. No caso em apreço, a irregularidade constatada no auto de infração envolveu apenas o local da infração, de sorte que a sua correção pela autoridade adminis-

trativa não implicou a modificação do fato descrito no auto de infração. Ademais, não há que se falar em descumprimento do disposto no art. 99, parágrafo único, do Decreto nº 6.514/2008, pois a rasura em questão não constitui um “vício” propriamente dito, já que ela não macula a validade do auto de infração, mas sim uma mera irregularidade ou erro material, que não trouxe prejuízo algum para a defesa da empresa autuada”.

5. “O valor da multa está em consonância com a gravidade do fato e com a situação econômica do infrator. Está claro que a autoridade administrativa, ao impor a penalidade de multa à empresa fiscalizada, observou os critérios para a aplicação e gradação da multa previstos no art. 6º da Lei nº 9.605/98 e no art. 4º do Decreto nº 6.514/2008”.

6. “Não fica evidenciado, portanto, que tenha havido excesso por parte da Administração, uma vez que a multa obedeceu estritamente aos patamares fixados na legislação e não exorbitou a capacidade econômica da empresa autora”.

7. Apelação improvida. (O grifo não é do original)
(PROCESSO: 00053494220114058400, AC 542.290-RN, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO CAVALCANTI, Primeira Turma, JULGAMENTO: 18/12/2012, PUBLICAÇÃO: *DJe* 20/12/2012 - Página 250)

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. LICENÇA DE OBRA. INEXISTÊNCIA. FISCALIZAÇÃO. COMPETÊNCIA SUPLETIVA DO IBAMA.

1. A Constituição Federal estabelece, em seu art. 225, que a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado incumbe ao Poder Público. E, no seu art. 23, VI, assevera ser a proteção do meio ambiente competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

2. Por sua vez, o art. 10 da Lei nº 6.938/81 confere competência supletiva ao IBAMA para fiscalizar e conceder licença ambiental em caso de omissão dos outros órgãos integrantes do SISNAMA.

3. No caso dos autos, observa-se que a atuação fiscalizatória supletiva do IBAMA justifica-se, na medida em que nenhum outro órgão integrante do SISNAMA realizou a fiscalização devida no local da degradação ambiental.

4. Remessa oficial não provida. (Grifei)
(PROCESSO: 200681000171771, REO 428.823-CE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (CONVOCADO), Quarta Turma, JULGAMENTO: 27/01/2009, PUBLICAÇÃO: DJ 11/02/2009 - Página 302)

Pelos mesmos motivos acima elencados, o simples fato de a Via Costeira de Natal ser regulada por um regime jurídico próprio, que envolve interesses vinculados ao Estado e ao Município, em nada impede o exercício pelo IBAMA, autarquia federal, do seu poder de polícia repressivo.

Esse raciocínio ganha força ante o princípio da constitucionalidade das leis, segundo o qual nenhuma lei pode pretender alterar a disciplina constitucionalmente estabelecida, a exemplo da competência comum prevista no art. 23 da Constituição, sob pena de incorrer em flagrante violação à Lei Maior e, portanto, não serem passíveis de aplicação.

Doutro turno, no tocante à qualidade da empresa autuada, não há qualquer ilegalidade no ato administrativo praticado pelo IBAMA, eis que o Anexo I da Resolução nº 237/97 do CONAMA elenca, dentre as atividades e os empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental, por serem efetiva ou potencialmente poluidores, o turismo (complexos turísticos e de lazer, inclusive parques temáticos e autódromos). Se o requerente, na presente ação, é empreendimento da rede hoteleira de Natal, localizado na Via Costeira daquela cidade, está enquadrado em tal hipótese legal, donde se exigir para o seu funcionamento a licença ambiental respectiva.

Por fim, a sentença merece reforma apenas no tocante à alegação do postulante de desproporcionalidade da penalidade administrativa que lhe foi aplicada. Explico.

Os requisitos a serem observados para a imposição e graduação das penalidades foram estabelecidos no art. 6º da Lei nº 9.605/98 e nos arts. 4º e 9º do Decreto nº 6.514/2008, que têm as seguintes redações:

Art. 6º Para imposição e graduação da penalidade, a autoridade competente observará:

I - a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infra-

ção e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente;

II - os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental;

III - a situação econômica do infrator, no caso de multa.

Art. 4º O agente atuante, ao lavrar o auto de infração, indicará as sanções estabelecidas neste Decreto, observando: (Redação dada pelo Decreto nº 6.686, de 2008).

I - gravidade dos fatos, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente;

II - antecedentes do infrator, quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental; e

III - situação econômica do infrator.

Art. 9º O valor da multa de que trata este Decreto será corrigido, periodicamente, com base nos índices estabelecidos na legislação pertinente, sendo o mínimo de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e o máximo de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

Verifica-se, portanto, que as infrações administrativas ao meio ambiente poderão ser punidas com multa que poderá ser fixada entre o mínimo de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e o máximo de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), devendo-se levar em consideração a gravidade do fato, os antecedentes do infrator e a sua situação econômica.

Na hipótese dos autos, a infração cometida diz respeito à operação de empreendimento potencialmente poluidor sem a licença do órgão ambiental competente. Para tanto, a empresa HOTEL PARQUE DA COSTEIRA S/A foi punida com uma multa de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

Desta feita, apesar de a empresa autuada estar estabilizada no mercado há décadas, com faturamento bruto elevado, e de as atividades desenvolvidas pelos empreendimentos hoteleiros estarem elencadas na Resolução nº 237/97 do CONAMA como potencialmente poluidoras do meio ambiente, ainda assim entendo que a multa aplicada se mostra bastante elevada e, portanto, desproporcional ao risco que representam, de natureza apenas potencial. Portanto, deve ser reduzida para 50% (cinquenta por cento) do valor inicial.

Finalmente, não se pode esquecer de mencionar que uma multa deve corresponder a um montante não tão elevado que provoque o empobrecimento e a inadimplência do autuado nem tão pequena que não atinja à finalidade de impedir a continuidade da infração. No caso dos autos, a redução da multa pela metade é medida que atende a tais pressupostos.

Outrossim, hei de acolher o pedido da apelante de redução dos honorários advocatícios.

O § 4º do art. 20 do CPC estabelece a possibilidade, em algumas hipóteses, de serem os honorários de advogado estabelecidos em patamares diversos daqueles previstos no § 3º do mesmo artigo, quais sejam, entre 10% e 20%. Uma dessas hipóteses é quando não houver condenação. Entretanto, mesmo nessas situações, os critérios fixados no § 3º devem ser respeitados na tarefa de fixação da verba honorária, devendo o julgador analisar o grau de zelo profissional do advogado, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo causídico e o tempo por ele despendido para a defesa da causa.

Com base nesses critérios, entendo que a fixação dos honorários em R\$ 3.000,00 (três mil reais) se mostra justa, pois condizente com a espécie de ação, com o tempo despendido para a finalização da lide, com o êxito parcial da demanda através da redução do valor da multa aplicada e com o trabalho desenvolvido pelo causídico, até mesmo porque um valor menor importaria em desprestígio ao ofício do patrono.

Por todo o exposto, dou parcial provimento à apelação para reduzir a multa fixada pelo IBAMA para 50% (cinquenta por cento) e para reduzir o valor dos honorários advocatícios para R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 551.769-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelantes: MERCEDES DIAS LEITE E DAVI BRAZ LEITE
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Adv./Proc.: DRA. LIDYANE PEREIRA SILVA

EMENTA: CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERRENO URBANO. REALIZAÇÃO DE ATERRO ÀS MARGENS DE RIO EM ZONA URBANA. ESTREITAMENTO DO SEU LEITO E DESTRUIÇÃO DO MICROSSISTEMA LOCAL. DESFAZIMENTO. OBRIGAÇÃO IMPOSTA AOS PROPRIETÁRIOS DE TERRENO RIBEIRINHO. PRELIMINAR DE PERDA DE OBJETO DA AÇÃO. REJEIÇÃO. INVALIDADE DO LAUDO PERICIAL. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL. DESCABIMENTO.

- Não prospera a preliminar de perda de objeto da ação suscitada pelos réus/apelantes, haja vista que a vegetação atualmente existente na área aterrada não corresponde àqueles espécimes nativos e necessários à recuperação e manutenção do microssistema, como também o aterro realizado naquele local ultrapassou os limites do permitido pela lei de regência, estreitando o leito natural do rio o que modificou a área de inundação de sua margem direito, provocando dano ambiental. Rejeição da preliminar.

- Também não merece acolhimento a alegação de invalidade do laudo pericial, pois, além de ter sido realizado com base na lei de regência (no art. 2º, alínea a, item 21, da Lei nº 4.771), outra não poderia ter sido a sua conclusão, consubstanciada na ocorrência do desequilíbrio dos componentes do microssistema local, haja vista a constatação de modificação permanente daque-

le ambiente natural por meio de agentes externos (material de aterro).

- O art. 65 da Lei nº 12.651/2012 (novo Código Florestal), ao prever que seja de quinze e não de trinta metros o recuo obrigatório ao longo dos rios, teve por objetivo a regularização ambiental de assentamentos coletivos, já existentes em tais áreas de preservação permanente, não se mostrando razoável, portanto, a incidência de tal dispositivo legal à hipótese dos autos, em que se veicula interesse puramente individual, o qual não traz qualquer ponderação de cunho social ou coletivo. Ademais, in casu, não se trata de assentamento urbano, mas de construção de empreendimento comercial em Área de Preservação Permanente.

- Manutenção da sentença que julgou procedente a ação, a fim de determinar que os réus promovam às suas expensas a retirada do aterro irregular existente em seu terreno, de modo a recuar trinta metros da margem direita do rio, removendo, por conseguinte, os entulhos ali existentes, causadores da degradação ambiental.

- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 18 de fevereiro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de apelação contra sentença que julgou procedente a presente ação civil pública, proposta pelo Ministério Público Federal, condenando os réus a, solidariamente, retirarem o aterro existente à margem direita do Rio Jaguaribe e a removerem o entulho, tudo a ser efetivado às suas expensas, no prazo de 60 (sessenta) dias. (Fls. 433/441)

Inconformados, os réus/apelantes, em preliminar, alegam a perda de objeto da presente ação, tendo em vista o transcurso do tempo, pois a área em questão já se encontra totalmente recuperada, com vasta camada de vegetação por obra da natureza e com o auxílio do último proprietário. No mérito, sustentam a invalidade do laudo pericial, uma vez que elaborado por policiais do Instituto de Polícia Científica e não por profissionais com vasto conhecimento teórico e prática em matéria ambiental. Aduzem, ainda, que, antes mesmo da publicação da sentença, entrou em vigor o Novo Código Florestal, que contém norma que lhes é mais favorável, pois reduz a obrigação de recuperar a área de preservação ambiental de 30 para 15 metros, dentro dos limites estabelecidos na nova lei. (Fls. 469/489)

Contrarrrazões apresentadas, às fls. 492/496.

Parecer ofertado pelo Procurador Regional da República, às fls. 501/503, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

A sentença guerreada determinou que os réus/apelantes restaurassem a área de preservação ambiental por eles ocupada, de modo a remover do local o aterro de trinta metros existente à margem direita do Rio Jaguaribe, a qual constitui zona especial de preservação ambiental.

Com base no laudo pericial realizado nos autos, entendeu a julgadora de origem ser desnecessária a suspensão das atividades da floricultura pertencente aos réus, sendo suficiente a retirada

da do aterro e a remoção do entulho para que se alcance o *status quo ante*.

Em preliminar, alegam os réus/apelantes, a perda de objeto da presente ação, tendo em vista o transcurso do tempo, pois a área em questão já se encontra totalmente recuperada, com vasta camada de vegetação por obra da natureza e com o auxílio do último proprietário.

Não merece acolhimento tal preliminar, pois, diferentemente do alegado, além da vegetação existente no local não corresponder àqueles espécimes nativos e necessários à recuperação e manutenção daquele micro-ecossistema, o aterro realizado ultrapassou os limites do permitido pela lei de regência, estreitando o leito natural do rio o que modificou a área de inundação de sua margem direita.

Rejeito, portanto, a preliminar suscitada.

Quanto ao mérito, insurgem-se os apelantes contra o laudo pericial no qual se embasou a sentença, sob a alegação de ser inválido, uma vez que elaborado por policiais do Instituto de Perícia Científica (IPC) e não por profissionais qualificados em matéria de meio ambiente.

De logo, verifica-se que não merece prosperar tal alegação. A uma, porque a constatação dos peritos de que houve a ocupação indevida de área de preservação ambiental decorreu da aplicação ao caso do que se encontra previsto na lei de regência, a teor do disposto no art. 2º, alínea a, item 21, da Lei nº 4.771. A duas, porque, com a constatação de modificação permanente daquele ambiente natural por meio de agentes externos (material de aterro), outra não poderia ter sido a conclusão do laudo pericial de que, naquele local, ocorreu um desequilíbrio dos componentes do micro-sistema local. A três, porque a alegação dos apelantes de invalidade do laudo pericial não se embasa em qualquer elemento técnico ou jurídico.

Aduzem, ainda, os recorrentes, que deve ser aplicado ao caso o Novo Código Florestal, tendo em vista que entrou em vigor antes mesmo da publicação da sentença, o qual lhes é mais favorável, pois, em seu art. 65 e §§, reduz o alcance da obrigação de recupe-

rar a área de preservação ambiental de 30 para 15 metros.

Neste ponto, também não merece guarida o inconformismo dos apelantes.

É que, como bem destacou o ilustre Representante do Ministério Público, em seu opinativo de fls. 501/503, *in verbis*:

Com relação ao citado artigo 65 e seus parágrafos da Lei nº 12.651/2012, cabe destacar que, mesmo que se pretenda ser o novo Código aplicável ao presente caso, trata ele de assunto diverso do veiculado por meio da presente ação civil pública.

O mencionado dispositivo legal disciplina as situações de regularização fundiária de assentamentos, hipóteses totalmente diversas da regularização ambiental de um empreendimento comercial situado em Área de Preservação Permanente.

A finalidade do art. 65 da Lei nº 12.651/2012, **excepcionando (!)** a regra de 30 (trinta) metros para a regularização ambiental ao longo dos rios ou qualquer curso d'água, é de cunho social, coletivo, portanto, justificadora da medida mitigatória, qual seja a exigência de regularização ao longo de apenas 15 metros dos lados do rio.

Já a hipótese dos autos, trata-se de pedido de redução infundado, pois veicula interesse puramente individual, que não traz qualquer ponderação de cunho social ou coletivo para sopesá-lo com o interesse coletivo ao meio ambiente sadio. Ademais, não corresponde o terreno a assentamento urbano, mas sim à construção de empreendimento comercial em Área de Preservação Permanente, cujos danos devem ser devidamente reparados, tal qual estabelecido pela sentença recorrida.

Compartilhando desse entendimento, adoto-o como razão de decidir, a fim de manter a sentença que, em face da constatação do dano ambiental, determinou o desfazimento do aterro, como também a remoção dos entulhos ali existentes, restabelecendo-se o *status quo ante* da área de preservação permanente ora degradada.

Com estas considerações, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 553.379-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO

Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, INSTITUTO BRA-
SILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS
NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA, INSTITUTO CHI-
CO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVER-
SIDADE - ICMBIO

Apelados: RAIMUNDO NAZION FILHO E OUTRO E OSIRES
NEVES DE FREITAS

Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª RE-
GIÃO

Advs./Procs.: DRS. JOSÉ AUGUSTO ROCHA MARQUES E AU-
GUSTO ULYSSES PEREIRA MARQUES

***EMENTA: DIREITO AMBIENTAL E ADMINISTRA-
TIVO. UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DA NA-
TUREZA. LEI Nº 9.985/2000. UNIDADE DE USO
SUSTENTÁVEL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO AM-
BIENTAL. PLANO DE MANEJO. INEXISTÊNCIA.
LAUDO PERICIAL. IMÓVEL NÃO LOCALIZADO
EM ÁREA DE RESTINGA. INEXISTÊNCIA DE
DANO AMBIENTAL. DEMOLIÇÃO DA EDIFICA-
ÇÃO NA PARTE CONSTRUÍDA EM ÁREA DE
DOMÍNIO PÚBLICO.***

***- Recursos de apelação interpostos pelo Minis-
tério Público Federal - MPF, pelo Instituto Brasi-
leiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais
Renováveis - IBAMA, e pelo Instituto Chico Men-
des de Conservação da Biodiversidade - ICMBio,
em face da sentença que, em sede de ação civil
pública, julgou parcialmente procedente os plei-
tos formulados pelo Parquet federal.***

***- Consoante dicção dos artigos 277 da Lei nº
9.985/2000, a APA deverá possuir Plano de Ma-
nejo, o qual deveria ter sido elaborado no prazo
de cinco anos, a partir da criação da unidade de
conservação (ou, no máximo, da entrada em vi-***

gor da lei, no caso de unidades de conservação criadas antes do advento da Lei nº 9.985/2000, como é o caso).

- Infrutíferos os argumentos dos apelantes haja vista a imprescindibilidade da existência de um Plano de Manejo para a tutela da área de proteção ambiental e, em caso de sua inexistência, não haver como responsabilizar os réus pelas condutas apontadas na exordial.

- Tendo-se em vista que a APA é espécie de Unidades de Conservação de Uso Sustentável, o Plano de Manejo exercerá o papel de ato concretizador do alcance da limitação administrativa, delimitando as regiões e tipos de atividade econômica que serão consideradas como sustentáveis. Desta feita, quando sobrevier Plano de Manejo da APA da Barra do Rio Mamanguape, caso, eventualmente, a construção de casas não seja prevista como ambientalmente sustentável no local em que foram construídas as citadas na inicial, observado o direito ao contraditório, poderá ser discutida a demolição dos ditos imóveis, conformando-se à limitação administrativa a ser imposta.

- Determinada a produção de prova pericial para saber se o local da construção era mesmo restinga, o perito judicial concluiu pela não caracterização da área como de restinga, e consequentemente, não classificação do lugar como área de preservação permanente.

- Ilegalidade da Resolução nº 303/2002 do CONAMA, que estabelece uma distância de 300 metros a partir da linha de preamar máxima para a caracterização da área como preservação permanente, sem observar a vegetação fixadora de dunas ou estabilizadora de mangues, em violação ao Código Florestal.

- Demolição da edificação na parte construída na área de domínio público, de acordo com o cons-

tatado pelo perito, haja vista a desobediência ao disposto no croqui do loteamento original.
- Apelações 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 às apelações, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 13 de março de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público Federal - MPF, pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, e pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio, em face da sentença de fls. 602/613 que, em sede de ação civil pública, julgou parcialmente procedente os pleitos formulados pelo *Parquet* federal.

Na sentença, o juízo *a quo* entendeu serem infrutíferos os argumentos dos autores da demanda porquanto seria imprescindível a existência de um Plano de Manejo para a tutela da área de proteção ambiental e, em caso de sua inexistência, não há como responsabilizar os réus pelas condutas apontadas na exordial. Salientou, ainda, a decisão de primeiro grau a ilegalidade da Resolução nº 303/2002 do CONAMA, que estabelece uma distância de 300 metros a partir da linha de preamar máxima para a caracterização da área como preservação permanente.

A sentença recorrida, contudo, condenou os réus a demolirem parte da construção situada no lote 1, quadra “N”, do loteamento Minhoto III, no Município de Rio Tinto, porquanto estar em desacor-

do com as medidas do croqui do loteamento original, adentrando em área de domínio público.

Em suas razões recursais, o MPF pugna pela prescindibilidade do Plano de Manejo para a tutela de área de proteção ambiental, sustentando que a inexistência do referido plano não pode servir para legitimar todas as construções na APA, enquanto aquele não for elaborado. Sustenta, ainda, a legalidade da Resolução nº 303/2002 do CONAMA e da consequente caracterização da área em comento como de restinga.

O *Parquet* sustenta, também, ter a edificação sido construída em área *non edificandi*, havendo ausência de qualquer tipo de autorização para tanto, sendo necessária a demolição dos imóveis e a caracterização de dano ambiental.

Por sua vez, o IBAMA defende que a ausência do Plano de Manejo não impede a gestão e a fiscalização da área de proteção, bem como a legalidade da Resolução nº 303/2002 do CONAMA, enfatizando, por conseguinte, a necessidade de demolição dos imóveis e o pagamento de indenização por dano ambiental. Nesse contexto, pugna pelo prequestionamento do Decreto Federal nº 924/1993; dos arts. 70 e 72, VIII, e § 7º da Lei nº 9.605/98; do Decreto nº 6.514/08; do art. 7º, § 1º, do novo Código Florestal, bem como do art. 225 da CF/88.

O Instituto Chico Mendes, na qualidade de assistente litisconsorcial, apresenta em suas razões recursais, o mesmo que já foi pleiteado pelos demais recorrentes.

Contrarrazões de Raimundo Nazion Filho às fls. 663/672, e de Osires Neves de Freitas às fls. 673/679.

Parecer do MPF às fls. 688/712. Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

O Plano de Manejo é um documento técnico mediante o qual se estabelece o zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos naturais, inclusive a implan-

tação das estruturas físicas necessárias à sua gestão. Visa-se, com este instrumento, a defesa do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável da área de conservação/preservação.

Nos termos da Lei nº 9.985/2000, que regulamenta o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, o Plano de Manejo de uma unidade de conservação deve ser elaborado no prazo máximo de cinco anos a partir da criação da respectiva unidade.

Compulsando os autos, verifico que não merece reparo a v. sentença, pelos mesmos argumentos expendidos pelo douto Magistrado *a quo*, os quais adoto, como razões de decidir, *in verbis*:

Inicialmente, indefiro a gratuidade judiciária requerida pelos réus, pois se cuidando de pessoas com condições financeiras suficientes para construir “casas de veraneio”, percebo que os custos deste processo não seriam suficientes para prejudicar o sustento destes e de suas respectivas famílias.

Versa a lide acerca da responsabilidade em relação a suposto dano ambiental causado pelos réus em face da construção de casas nos lotes 01 (pertencente a RAIMUNDO NAZION FILHO e s/m JUSSARA NAZION) e 15 (pertencente a OSIRES NEVES DE FREITAS), ambos da quadra N, do loteamento Minhoto III, localizado no Município de Rio Tinto-PB, em área de proteção ambiental e área de preservação ambiental permanente, sendo estas condutas lesivas ao meio ambiente, razão pela qual pretende a reparação do indigitado dano.

(...)

DO SISTEMA NACIONAL DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DA NATUREZA - SNUC E AS UNIDADES DE USO SUSTENTÁVEL.

A Constituição Federal, ao tempo em que assegura à coletividade o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impõe-lhe, como também ao Poder Público, o dever de defendê-lo e preservá-lo para a presente e para as futuras gerações (art. 225).

A fim de assegurar a efetividade desse direito, a Constituição, no inciso III do § 1º do citado art. 225, incumbiu ao

Poder Público definir espaços territoriais, bem assim os seus componentes, que mereçam a especial proteção com vistas ao equilíbrio ambiental.

Ao ensejo de regulamentar o comando constitucional (art. 225, § 1º, inc. III) de criação de espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, a Lei nº 9.985/2000 instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, criando e especificando diversas espécies de unidades de conservação.

A distinção entre os perfis dessas diversas espécies de unidades de conservação está em sintonia com rápida evolução da concepção do que se entenderia pela conservação da natureza, sendo que, no hodierno, há um amplo espectro de reclames ambientais a serem atendidos. Outrossim, há de ser feita a sutil distinção entre medidas de conservação (vocábulo usado pela Carta Constitucional) e medidas de preservação ambiental, destacando-se que a imposição de adoção de medidas de conservação não impede a exploração econômica sustentável, conforme explica a doutrina (sublinhei):

Analisando essa evolução histórica e conceitual, Miguel Serediuk Milano assinala que 'desde o início da criação das primeiras áreas protegidas, as preocupações com a conservação da natureza evoluíram, transcendendo o conceito original, um tanto emocional, de área silvestre. Além de preservar belezas cênicas e bucólicos ambientes históricos para as gerações futuras, as áreas protegidas assumiram objetivos, como a proteção dos recursos hídricos, manejo de recursos naturais, desenvolvimento de pesquisas científicas, manutenção do equilíbrio climático e ecológico e preservação de recursos genéticos, e, atualmente constituem o eixo de estruturação da preservação *in situ* da biodiversidade como um todo. A existência de objetivos diversos de conservação, especialmente de objetivos conflitantes entre si, determinou a necessidade de criação de tipos distintos de unidades de conservação ou categorias de manejo (...)

De fato, segundo pondera Antônio Herman Benjamin, "não se trata de uma opção vernacular aleatória ou acidental do legislador de 1988, que, nesse ponto, seguiu

o *standart* científico apropriado, segundo o qual ‘conservação’ não é gênero, muito menos gênero do qual ‘preservação’ seria espécie. Muito ao contrário, ‘conservação’ é ela a própria modalidade (= espécie) de proteção especial da natureza, contrapondo-se à ‘preservação’: esta como garantia integral da biota; aquela, mais flexível, contentando-se impor certos requisitos à exploração, dita sustentável, dos recursos naturais (...)”. (Edis Milaré, *Direito do Ambiente*, 3ª ed., Ed. RT, pp. 238/239)

A Lei nº 9.985/2000, em seu artigo 2º, apresenta diversos conceitos de expressões técnicas ambientais das quais faz uso, entre as quais, pela relevância com o objeto da lide, destacam-se os conceitos de: “unidades de conservação”; “conservação da natureza”; “proteção integral”; usos direto, indireto e sustentável; “plano de manejo”; “zona de amortecimento” e “corredor ecológico”.

O art. 7º da Lei nº 9.985/2000 classifica as unidades de conservação (*lato sensu*) em dois grandes grupos, a saber, Unidades de Proteção Integral e Unidades de Uso Sustentável.

As Unidades de Proteção (como visto, vocábulo que difere de conservação) Integral visam à manutenção da biota em estado praticamente intocado, permitindo-se apenas o uso indireto dos recursos naturais.

Nas Unidades de Uso Sustentável, por sua vez, há maior maleabilidade ambiental, pois se busca a prática de medidas de conservação para exploração sustentável dos recursos naturais.

No caso concreto, a região onde estão situados os imóveis é objeto de decreto federal, que a elevou à condição de Área de Preservação Ambiental - APA, categoria de unidades de conservação que integra o grupo das Unidades de Uso Sustentável, conforme art. 144 da Lei nº 9.985/2000.

O delineamento da APA também está contido na Lei do SNUC, especificamente no artigo 155. Do trato legal se extrai que a APA constitui área geralmente extensa, ocupada pelo homem, cujos objetivos primordiais são regular a ocupação humana e assegurar a exploração econômica sustentável.

No caso da Barra do Rio Mamanguape, em 1993, foi criada a APA da Barra do Rio Mamanguape por intermédio do Decreto

nº 924/936, o qual visou proteger, especialmente, o peixe-boi marinho, as áreas remanescentes de manguezal e mata atlântica, e os recursos hídricos existentes no local.

Consoante dicção dos artigos 277 da Lei nº 9.985/2000, a APA deverá possuir plano de manejo, o qual deveria ter sido elaborado no prazo de cinco anos, a partir da criação da unidade de conservação (ou, no máximo, da entrada em vigor da lei, no caso de unidades de conservação criadas antes do advento da Lei nº 9.985/2000, como é o caso).

A elaboração do plano de manejo cabe ao órgão gestor (art. 12 do Decreto 4.340/2002) da unidade de conservação; no caso da APA da Barra do Rio Mamanguape, o órgão gestor é o IBAMA (art. 3º do Decreto nº 924/93).

Ocorre que, conforme noticiado nos autos, até o hodierno, ainda não foi elaborado o plano de manejo da APA da Barra do Rio Mamanguape.

Diante da omissão do Poder Público em regulamentar – mediante apresentação de específico plano de manejo – as limitações ao uso da propriedade (exploração econômica) decorrentes da proteção ambiental da região que fora erigida por atos administrativos à condição de unidade de conservação, põe-se a questão de saber se as casas citadas na inicial poderiam ser edificadas.

A resposta para tal questionamento passa pela compreensão da natureza jurídica da restrição ao direito de propriedade decorrente da decretação de uma unidade de conservação e criação do respectivo plano de manejo, distinguindo-se os casos de servidão administrativa dos casos de limitação administrativa.

Entende-se que a limitação administrativa simplesmente conforma o direito de propriedade à sua real dimensão, em face da função social que deve atender, sem que haja, propriamente, um sacrifício ao direito do proprietário; ao passo que a servidão administrativa implica numa imposição ao proprietário de sacrifício de algum atributo do seu direito de propriedade, sacrifício esse justificado pelo interesse coletivo que deve sobrepujar ao interesse individual. Conforme ensinamento doutrinário:

Enquanto, por meio das limitações, o uso da propriedade ou da liberdade é condicionado pela Administração

para que se mantenha dentro da esfera correspondente ao desenho legal do direito, na servidão há um verdadeiro sacrifício, conquanto parcial, do direito (Celso Antônio B. de Melo, Curso de Direito Administrativo, 17ª ed., Malheiros Editores, p. 799).

A limitação, ao revés, já integra o conteúdo do direito, ou, em outras palavras, o próprio direito de propriedade tem sua dimensão jurídica condicionada pelas várias limitações impostas no ordenamento jurídico. (José dos Santos Carvalho Filho, 10ª ed., Lúmen Júris, p. 619)

O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo (ob. citada, p. 800) apresenta os critérios de distinção entre servidão/limitação administrativa normalmente tratados pelos estudiosos do Direito Administrativo:

a) nas primeiras (limitações) alcança-se toda uma categoria abstrata de bens, ou, pelo menos, todos os que se encontrem numa situação ou condição abstratamente determinada, enquanto nas segundas (servidões) atingem-se bens concreta e especificamente determinados;

b) nas servidões administrativas há um ônus real – ao contrário das limitações – de tal modo que o bem gravado fica em um estado de especial sujeição à utilidade pública, proporcionando um desfrute direto, parcial, do próprio bem (singularmente fruível pela Administração ou pela coletividade em geral);

c) nas servidões há um *pati*, isto é, uma obrigação de suportar, enquanto nas limitações há um *non facere*, isto é, uma obrigação de não fazer;

d) outrossim, se tanto limitações administrativas quanto servidões podem se originar diretamente de lei, toda vez que uma propriedade sofre restrições em decorrência de ato concreto da Administração, isto é, injunção decorrente do chamado *jus imperii*, estar-se-á diante de uma servidão.

Seguindo-se os critérios doutrinários usuais para distinção entre limitação e servidão, considero que a hipótese em apreço melhor se amolda ao instituto da limitação administrativa, porquanto: a) a instituição da APA acarreta em limitações previstas abstratamente na legislação; b) não há desfrute di-

reito da propriedade pelo Poder Público ou pela coletividade; c) a obrigação do proprietário é de não fazer (não explorar economicamente o imóvel de modo não sustentável), não havendo nenhuma prestação positiva por parte do Estado a ser suportada pelo proprietário; d) a limitação está prevista na Lei nº 9.985/2000, sendo que os decretos de criação da unidade de conservação apenas identificam as áreas que se conformam às previsões legais.

Tendo-se em vista que a APA é espécie de Unidades de Conservação de Uso Sustentável, o plano de manejo exercerá o papel de ato concretizador do alcance da limitação administrativa, delimitando as regiões e tipos de atividade econômica que serão consideradas como sustentáveis.

Desta feita, quando sobrevier plano de manejo da APA da Barra do Rio Mamanguape, caso, eventualmente, a construção de casas não seja prevista como ambientalmente sustentável no local em que foram construídas as citadas na inicial, observado o direito ao contraditório, poderá ser discutida a demolição dos ditos imóveis, conformando-se à limitação administrativa a ser imposta.

Vale ressaltar que a proibição legal de exploração em desacordo com o plano de manejo está de acordo com a conformação do direito de propriedade, o qual se estrutura na função social. Tenha-se em vista que, consoante o art. 186, inc. II, da CF/88, para que seja atendida a função social da propriedade, entre outros requisitos, exige-se “a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.”

Mas, por ora, sem plano de manejo e, o simples fato das casas terem sido edificadas em APA não acarreta em necessidade de demolição das mesmas.

DA CONSTRUÇÃO DOS IMÓVEIS EM ÁREA DE RESTINGA

O Ministério Público Federal também alega a necessidade de demolição das casas de veraneio dos promovidos em razão delas terem sido construídas em área de preservação permanente (restinga).

Determinada a produção de prova pericial para saber se o local da construção era mesmo restinga, o perito judicial concluiu pela não caracterização da área como de restinga, e

consequentemente, não classificação do lugar como área de preservação permanente.

Segundo o auxiliar deste juízo, as edificações teriam sido realizadas no “pós-reverso das dunas, em área de planície costeira”.

Solicitados maiores esclarecimentos diante da impugnação do MPF ao laudo, o perito oficial ratificou seu posicionamento, explicando que:

(...) vale salientar que na descrição feita sobre a paisagem e acima transcrita do laudo, não nos detivemos apenas aos lotes em questão, mas também ao seu entorno, necessário às respostas dos quesitos nº 04, nº 05, nº 06, nº 07, nº 09 do MPF. Nesse sentido, na frente de um dos lotes em questão, tem-se dunas, que se estendem por um longo trecho no sentido sul. Essa situação é demonstrada pela figura 05 do laudo, que denota a conformação da duna com seu reverso (parte de trás) e o pós-duna, que é onde tem início o primeiro lote em questão. A edificação citada encontra-se na feição pós-duna, ou seja, posterior ao reverso da duna (...).

As figuras 08 e 09 que suscitaram dúvidas por parte do MPF sobre possível contradição da perícia apontam como nota explicativa “vegetação herbácea fixadora de dunas da planície costeira” e o fazem justamente na área de frente aos lotes, cuja descrição se deu em função dos questionamentos do MPF já especificados neste parágrafo.

(...)

A configuração que existe em praia de Campina, no local em tela, é a extensão de planície, e não tende a fechar pontões de linha de costa, conforme a definição descritiva de restinga citada, pelo contrário, são sedimentos depositados ao longo da costa, ou seja, não configura restinga, e sim planície costeira, apenas.

Apresentando posicionamento contrário ao laudo pericial, o autor juntou aos autos laudo de vistoria apresentado pelo ICM-Bio no sentido de que:

(...) os lotes 01 e 15 do Loteamento Minhoto III, objeto da presente vistoria, encontram-se estabelecidos em

área anteriormente ocupada por vegetação de restinga, considerada de Preservação Permanente, por estar a menos de trezentos metros da linha da preamar, conforme prescreve a Resolução Conama 302/2002” - fl. 571 (sublinhei).

Acolho as conclusões do perito indicado por este juízo, em decorrência do fato do laudo apresentado se mostrar suficientemente motivado, do nítido conhecimento técnico do profissional indicado e da presunção de imparcialidade gozada por este.

De outro lado, aponto a incompatibilidade vertical existente entre a Resolução nº 303/02 do Conama e o Código Florestal, no que diz respeito à distância de 300 metros a partir da linha de preamar máxima para caracterização de área como área de preservação permanente.

Entendo ser ilegal a fixação de um limite territorial caracterizador de área de restinga pela resolução do CONAMA independentemente da adoção dos critérios fixados no Código Florestal, especificamente a necessidade da presença de vegetação fixadora de dunas ou estabilizadora de mangues (art. 2º, f).

Observe-se que a regra constante na Resolução nº 303/02 do CONAMA estabelece como área de restinga (art. 3º, IX) a faixa territorial de até 300 metros medidos a partir da linha de preamar máxima. Como dito acima, a fixação deste critério, independentemente da existência de vegetação fixadora de dunas ou estabilizadora de mangues, viola o Código Florestal.

A respeito da questão, vale citar o seguinte precedente:

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ORLA MARÍTIMA. RESTINGA.

- O art. 2º, alínea f, do Código Florestal, define como área de preservação permanente, nas restingas, as formas de vegetação fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues.

- O preceito fundamental é a efetiva função ambiental que a área desempenha, hipótese na qual a área de proteção estende-se tanto quanto for necessário para a preservação ambiental, sem limites predeterminados.

- Reconhecida a nulidade do auto de infração, baseado no artigo 3º, VII, da Resolução 04/85 do CONAMA, a qual adota critério abstrato (300 metros), sem base legal no Código Florestal.

(AC 200572040042538 - AC - APELAÇÃO CÍVEL - Relator(a): MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA. Sigla do órgão: TRF4. Órgão julgador: QUARTA TURMA. Fonte DE 26/11/2007)

Em conclusão, ante os argumentos expostos acima, acolho o parecer do perito nomeado por este juízo, para entender que as edificações em questão não foram feitas em área de preservação permanente (restinga), o que traz como consequência a improcedência dos pedidos do MPF.

DO AVANÇO DO MURO DA EDIFICAÇÃO CONSTRUÍDA NO LOTE 1, QUADRA 'N', DO LOTEAMENTO MINHOTO III, PERTENCENTE A RAIMUNDO NAZION FILHO E SUA ESPOSA.

O primeiro quesito elaborado pelo IBAMA concernentemente à perícia judicial determinada nestes autos indaga se “as construções aqui consideradas estão de acordo com a planta original do loteamento aprovado na época pela municipalidade e atendem aos requisitos exigidos pela legislação ambiental e do ordenamento urbano”.

Em resposta ao quesito apresentado, o perito disse que “partindo-se da premissa que a planta apresentada nos Autos é a planta original do loteamento aprovado na época pela municipalidade” verifica-se que “não estão de acordo”, pois:

(...) houve um avanço do muro sobre a área destinada ao girador de veículos, pois a delimitação da frente, do lote 1, da quadra N, não está de acordo com a planta original apresentada nos autos, houve um avanço do muro, em aproximadamente 20 m de frente por 10 m de fundo, sobre a área que no projeto original apresenta-se como via de circulação.

Vê-se, diante das conclusões do perito, que ocorreu um locupletamento indevido de bens de uso comum do povo (ruas) por parte de particular, em decorrência da expansão de limites de imóvel para área de domínio público.

A este respeito, vale citar escólio de Hely Lopes Meirelles:

As estradas de rodagem compreendem, além da faixa de terra ocupada com o revestimento da pista, os acostamentos e as faixas de arborização, áreas essas pertencentes ao domínio público da entidade que as constrói, como elementos integrantes da via pública. Tais áreas são originalmente do Poder Público que as utiliza com a rodovia, ou lhe são transferidas por qualquer dos meios comuns de alienação (compra e venda, doação, permuta, desapropriação), ou são integradas no domínio público, excepcionalmente, por simples destinação. Esta transferência por “destinação” opera-se pelo só fato da transformação da propriedade em via pública sem oportuna oposição do particular (Direito Administrativo Brasileiro, 20ª edição, p. 467) .

Este quadro demanda reparação por via judicial, no sentido de que se determine a demolição da edificação na parte construída na área de domínio público, de acordo com o constatado pelo perito.

DISPOSITIVO

Isso posto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos para condenar os réus RAIMUNDO NAZION FILHO e JUSSARA NAZION a demolirem parte da construção situada no lote 1, quadra N, do loteamento Minhoto III, no Município de Rio Tinto, devendo ser observadas as medidas do croqui do loteamento original, fl. 358.

Sem condenação do MPF ao pagamento de custas ou honorários advocatícios em razão da isenção legal. Deixo de condenar os réus RAIMUNDO NAZION FILHO e JUSSARA NAZION na verba honorária, porque sucumbiram de parte mínima do pedido.

Nesse diapasão, mister frisar que a decisão proferida pelo douto juízo *a quo* tomou por base as informações advindas de laudo pericial produzido por perito designado pelo mesmo.

Destarte, a fundamentação do julgado recorrido se coaduna com o arcabouço legal utilizado, com a melhor doutrina, bem como com as razões trazidas pelo parecer técnico supracitado, a despeito da insurgência dos recorrentes.

Ante o exposto, nego provimento às apelações.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 556.876-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelantes: MERCADINHO FARIAS LTDA. E FAZENDA NACIONAL
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. JÉSSICA ROCHA CAVALCANTI E OUTRO

EMENTA: TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO FISCAL. INEXISTÊNCIA DE RELATORIA PREVENTA. VALIDADE DA DISTRIBUIÇÃO LIVRE. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO DE LANÇAMENTO, MESMO DEPOIS DE CELEBRAÇÃO ACORDO DE PARCELAMENTO. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DO CONTRIBUINTE DE MANEJAR A AÇÃO ANULATÓRIA. PROVIMENTO AO APELO.

- Não é o caso de conexão e de remessa dos autos a outra relatoria. Na origem, várias foram as exigências fiscais combatidas através de ações de anulação de lançamento tributário (ao todo 19). Cada uma delas, porém, dizia respeito a tributos de competências específicas e autônomas, tanto que tramitaram separadamente, recebendo julgamentos também separados. É verdade que algumas das questões suscitadas estão presentes em todas as anulatórias. Mas essa presença não foi o bastante para ajuntá-las num único processo. Do mesmo modo, as apelações que têm desafiado as várias sentenças, estão sendo distribuídas livremente.

- Não colhe a pretensão da Fazenda recorrente de inibir a discussão judicial dos pretensos débitos objeto da anulatória, a partir da premissa de que eles foram confessados, em acordo de parcelamento (REFIS). Para fundamentar sua alegação a Fazenda apelante transcreve múltiplos

precedentes que destacam ser o acordo de parcelamento, máxime se precedido de confissão do débito, incompatível com a impugnação judicial da exigência, e, mais, que determinam a deserção dos recursos pendentes de apreciação. Contudo, tais precedentes se aplicam para o acordo de parcelamento e confissão posteriores à impugnação judicial das exigências e dos manejos dos recursos cabíveis. Realmente, se contribuinte ajuíza ação para discutir a existência ou a grandeza de débitos tributários, bem assim se manifesta sua irresignação com as derrotas em julgamentos planiciais, através de recursos, e, AO DEPOIS, CELEBRA ACORDO DE PARCELAMENTO, CONFESSANDO OS DÉBITOS ANTES IMPUGNADOS, essa opção implica renúncia às impugnações que fizera e o abandono dos recursos manejados. Mas a hipótese dos autos é diferente. Aqui, o uso da via judicial somente ocorreu quanto roto o parcelamento. Aliás, é sempre possível ao contribuinte, que celebrou acordo de parcelamento para ter acesso a certidões negativas, ou positivas com efeito de negativa, servir-se das vias judiciais para discutir a regularidade das exigências.

- Em Direito Tributário, a caducidade é própria (compatível) das relações jurídicas, tanto em favor do contribuinte como do Fisco. Assim como o Fisco dispõe de prazo específico para constituir o crédito através do lançamento e de prazo para intentar a execução fiscal, pena de perder-se o crédito efetivamente existente, também o contribuinte dispõe de prazo específico para impugnar o lançamento. Neste particular é curiosa a opinião da sentença que entendeu imprescritível o direito do contribuinte impugnar o lançamento, a partir da premissa, absolutamente impertinente, de que a Administração pode sem-

pre rever os seus atos. A curiosidade está em que, além da premissa ser falsa, posto que a Administração não pode rever os seus atos praticados há mais de cinco anos, se deles resultar vantagem para particulares, ser (a premissa) impertinente, dado que o fato da Administração poder rever os seus atos (e não pode, como já destacado) não significa que o contribuinte possa, sem limitação de prazo, impugnar os lançamentos. Nenhuma regra jurídica encampa esta posição. Muito ao contrário, a dúvida que subsiste é sobre a extensão do prazo reservado ao contribuinte para intentar a desconstituição do lançamento, que alguns o querem trianual e outros o fazem quiquenário. A discussão, porém, no caso dos autos, é desnecessária, dado que a ação anulatória foi ajuizada mais de 10 anos depois do contribuinte haver sido intimado do lançamento e até aderido à cobrança, através da celebração do acordo de parcelamento.

- Prescrição consumada. Apelo da Fazenda e remessa oficial providos.

- Apelo do contribuinte prejudicado.

ACÓRDÃO

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

Recife, 25 de fevereiro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Hipótese de recursos de apelação interpostos, respectivamente, por Mercadinho Farias Ltda. e pela Fazenda Nacional em desafio à sentença que julgou procedente pedido de anulação de débito fiscal, declarando-lhe a nulidade parcial, condenando a Fazenda Nacional a desconstituir o débito e reconstituí-lo de acordo com planilhas integrantes do laudo pericial acostado aos autos.

Afirma o apelante Mercadinho Farias Ltda. que o juízo *a quo* reconheceu a existência de erros de fato e de direito no lançamento fiscal objeto da presente ação anulatória, o que materializaria um vício insanável, insurgindo-se contra a parte da sentença que determinou a reconstituição do débito, ao argumento de que descabe promover-se a reconstituição de lançamento juridicamente disforme. Contesta, ademais, o valor arbitrado a título de honorários sucumbenciais, sustentando que representa um percentual ínfimo em relação ao montante atual da dívida em discussão.

Nas contrarrazões ao recurso do Mercadinho Farias, apresentada em fls. 1043/1048, a União argumenta que o recurso é intempestivo e que existe discrepância, notadamente no que pertine ao valor dos honorários de sucumbência, entre a sentença acostada aos autos e aquela que foi publicada.

A Fazenda Nacional, por sua vez, apresentou apelação em fls. 976/995, alegando, em sede preliminar, a existência de conexão entre as ações (dezenove ao todo), porquanto coincidentes as partes e semelhantes os pedidos e causas de pedir, o que necessariamente conduziria à distribuição dos processos a um único relator.

No mérito, defende, em suma, a ocorrência de cerceamento de seu direito de defesa, em face da não apresentação de documento essencial ao deslinde do feito, por falta de oportunidade, e concessão de prazo exíguo para falar sobre o laudo pericial, a despeito da complexidade da causa. Sustentou, ainda, a impossibilidade de rediscussão do débito mediante ação anulatória, em virtude da confissão administrativa da dívida, além do escoamento do

prazo prescricional para anulação do crédito correspondente. Alegou que o perito judicial não consolidou corretamente os débitos, tendo levado em consideração tão somente documentos produzidos unilateralmente pelo devedor, não tendo analisado as notas fiscais respectivas. Insurgiu-se, por fim, contra a condenação em honorários advocatícios, periciais e custas processuais.

Contrarrazões ao recurso da Fazenda Nacional em fls. 1032/1039.

É o relatório.

VOTO

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

De logo destaco não ser o caso de reconhecimento de conexão e de remessa dos autos a outra relatoria.

Na origem, várias foram as exigência fiscais combatidas através de ações de anulação de lançamento tributário (ao todo 19). Cada uma delas, porém, dizia respeito a tributos de competências específicas e autônomas, tanto que tramitaram separadamente, recebendo julgamentos também separados. É verdade que algumas das questões suscitadas estão presentes em todas as anulatórias. Mas essa presença não foi o bastante para juntá-las num único processo. Do mesmo modo, as apelações que têm desafiado as várias sentenças, estão sendo distribuídas livremente.

Assim, nos termos dos precedentes específicos das várias relatorias que já atuaram nos casos afins, rejeito a alegação de conexão e reconheço a competência deste relator para o julgamento do presente processo.

DA ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO DE LANÇAMENTO, DEPOIS DE CONFESSADO O DÉBITO EM ACORDO DE PARCELAMENTO.

A meu sentir não colhe a pretensão da Fazenda recorrente de inibir a discussão judicial dos pretensos débitos objeto da anulatória, a partir da premissa de que eles foram confessados, em acordo de parcelamento (REFIS). Para fundamentar sua alegação a Fazenda apelante transcreve múltiplos precedentes que destacam

ser o acordo de parcelamento, máxime se precedido de confissão do débito, incompatível com a impugnação judicial da exigência, e, mais, que determinam a deserção dos recursos pendentes de apreciação. Contudo, tais precedentes se aplicam para o acordo de parcelamento e confissão posteriores à impugnação judicial das exigências e dos manejos dos recursos cabíveis.

Realmente, se contribuinte ajuíza ação para discutir a existência ou a grandeza de débitos tributários, bem assim se manifesta sua irresignação com as derrotas em julgamentos planiciais, através de recursos, e, AO DEPOIS, CELEBRA ACORDO DE PARCELAMENTO, CONFESSANDO OS DÉBITOS ANTES IMPUGNADOS, essa opção implica renúncia às impugnações que fizera e o abandono dos recursos manejados. Mas a hipótese dos autos é diferente. Aqui, o uso da via judicial somente ocorreu quanto roto o parcelamento. Aliás, é sempre possível ao contribuinte, que celebrou acordo de parcelamento para ter acesso a certidões negativas, ou positivas com efeito de negativa, servir-se das vias judiciais para discutir a regularidade das exigências. A questão, de tão tranquila, frequenta milhares de precedentes daqui e de outros tribunais, de desnecessária transcrição.

DA ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO.

Examino, por primeiro, a alegada prescrição do direito de o contribuinte impugnar o lançamento, eis que realizado há mais de 10 anos. Deixo propositalmente para mais adiante e se necessário, o exame da alegação de cerceamento de defesa. É que a prescrição, suscitada pelo réu, tem a inequívoca natureza de EXCEÇÃO MATERIAL, é dizer, cuida de matéria nova, de mérito, e que, uma vez acolhida, retira ou interdita ao julgador o exame das matérias suscitadas pelo autor. Como exceção (ainda que hoje possa ser examinada pelo juiz independente de provocação do interessado), a prescrição leva o juiz a examinar questão nova, não integrante do silogismo constante da exordial, podendo, ao fim e ao cabo, retirar do juiz o exame das questões propostas pelo autor.

Assim, se acolhida a prescrição, de nenhuma valia ou interesse será o exame acerca da existência do direito material em disputa, bem assim sobre a suficiência das provas produzidas para o desate das questões pertinentes suscitadas. Examinar se houve

ou não cerceamento de defesa, bem assim determinar a complementação da prova pericial como se deu com julgamentos de outras Turmas deste Tribunal, será desnecessário se houver a caducidade suscitada pela Fazenda.

E, a meu ver, é imperioso o reconhecimento da prescrição.

O sistema jurídico brasileiro quase não conhece direitos imprescritíveis. São eles raríssimos, tais como o de exigir a reparação do dano ao erário em casos de improbidade administrativa ou o da defesa se servir da revisão criminal. A regra é a sujeição a prazo prescricional, máxime quando em jogo direitos patrimoniais.

Em Direito Tributário, a caducidade é própria (compatível) das relações jurídicas, tanto em favor do contribuinte como do Fisco. Assim como o Fisco dispõe de prazo específico para constituir o crédito através do lançamento e de prazo para intentar a execução fiscal, pena de perder-se o crédito efetivamente existente, também o contribuinte dispõe de prazo específico para impugnar o lançamento. Neste particular é curiosa a opinião da sentença que entendeu imprescritível o direito do contribuinte impugnar o lançamento, a partir da premissa, absolutamente impertinente, de que a Administração pode sempre rever os seus atos. A curiosidade está em que, além da premissa ser falsa, posto que a Administração não pode rever os seus atos praticados há mais de cinco anos, se deles resultar vantagem para particulares, ser (a premissa) impertinente, dado que o fato da Administração poder rever os seus atos (e não pode como já destacado) não significa que o contribuinte possa, sem limitação de prazo, impugnar os lançamentos. Nenhuma regra jurídica encampa esta posição e desconheço precedente que coloque a questão com a largueza adotada na sentença. Muito ao contrário, a dúvida que subsiste é sobre a extensão do prazo reservado ao contribuinte para intentar a desconstituição do lançamento, que alguns o querem trienal e outros o fazem quinquenário. A discussão, porém, no caso dos autos, é desnecessária, dado que a ação anulatória foi ajuizada mais de 10 anos depois do contribuinte haver sido intimado do lançamento e até aderido à cobrança, através da celebração do acordo de parcelamento.

Doutra banda, se o acordo de parcelamento implica a suspensão do prazo prescricional para o ajuizamento da execução fiscal, afinal a Fazenda não pode cobrar valores enquanto o contribuinte estiver a honrar o parcelamento, o mesmo efeito não provoca quanto ao pretense direito do contribuinte impugnar a exigência. Longe disso, durante o parcelamento, mais do que inércia do contribuinte em realizar alguma impugnação, há sua adesão expressa à existência dos débitos confessados.

Outro ponto importantíssimo e que passou ao largo da acuidade da sentença. Ao juiz sentenciante pareceu injusto reconhecer a prescrição, diante da demonstração da inexistência efetiva do crédito tributário, daí ter recorrido a razões fragilíssimas para afastar a prescrição. Ocorre que a constatação da existência ou da inexistência do crédito tributário é assunto de que só se cuidará se afastada a caducidade. Peca contra a lógica dizer-se que se afasta a prescrição porque o direito material existe, quando somente se pode examinar a existência mesma do direito se a prescrição não se consumou.

Há, a toda evidência, um atropelo da boa lógica no raciocínio da sentença que nega o antecedente (prescrição) com arrimo no consequente (inexistência do direito material) ainda não examinado. É como se, *v.g.*, o juiz penal afastasse a prescrição porque o crime existira, quando ele somente está autorizado a examinar se o crime existe na hipótese da inoccorrência da prescrição.

Em suma, passados mais de dez anos do lançamento sem que o contribuinte cuidasse de impugná-lo, já não será possível fazê-lo dão por prescrita a ação para tanto.

Em face do exposto, dou provimento à apelação e à remessa, para julgar improcedente a ação anulatória, prejudicado o recurso do contribuinte, invertidos os ônus da sucumbência.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 566.981-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelantes: IRACY FERNANDES DE MEDEIROS CIRNE E INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
Apelados: OS MESMOS
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. ANDRÉ MOTTA DE ALMEIDA E OUTRO

EMENTA: DIREITO AMBIENTAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÕES DESAFIADAS PELO PARTICULAR E PELO INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS, EM CONTRARIEDADE À SENTENÇA PROFERIDA PELO JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA, SEDIADO EM CAMPINA GRANDE, NOS AUTOS DA AÇÃO ORDINÁRIA DE NULIDADE DE INFRAÇÃO DE AUTO E DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA 0002801-25.2012.4.05.8201, JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO INICIAL, PARA DECLARAR A NULIDADE PARCIAL DO AUTO DE INFRAÇÃO 721052-D E REDUZIR A MULTA APLICADA PARA UM MIL REAIS, SEM PREJUÍZO DA SUA COBRANÇA MAJORADA EM FACE DA REINCIDÊNCIA, VALOR ESSE REMISSIVO A 17 DE ABRIL DE 2012. - A parte autora, produtora rural de culturas de subsistências e de natureza frutífera, proprietária de imóvel rural denominado “Sítio Campo Redondo”, no Município de Boqueirão, em 17 de abril de 2012, foi autuada por agentes do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, pela prática de impedir a regeneração natural de floresta e demais formas de vegetação nativa em área de preservação permanente, através de cultura agrícola nesta área,

sendo-lhe aplicada multa no valor de quinze mil reais.

- Não merece acolhida o tópico da apelação do particular, alegando afronta aos princípios da legalidade e da tipicidade, porque não foram cumpridos os requisitos formais, quando da lavratura do auto, considerando, também, a inadmissibilidade de definições e sanções administrativas reguladas apenas por portarias, ao arrepio da lei. No caso em exame, cumpriu a Administração Pública o seu mister, materializado na constatação do dano ambiental permanente, no fato do particular impedir a regeneração da vegetação nativa com a imposição de cultura frutífera e de subsistência, na perfeita adequação à hipótese legal prevista no artigo 48 da Lei 9.605/98.

- Multa aplicada com base no artigo 48 do Decreto n° 6.514/08, que regulamenta a Lei 9.605/98 – Capítulo VI – não havendo o que se falar em violação a princípio da legalidade ou da tipicidade.

- Entretanto, a despeito da legitimidade e da legalidade da multa imposta, é desproporcional, na mesma linha do édito recorrido, por violação aos basilares postulados de proporcionalidade e razoabilidade. O processo administrativo demonstrou o dano ou extensão que as referidas plantações existentes na pequena área de 2,0189 ha causaram, não havendo qualquer menção à utilização de água do açude, bem como ao manejo de agrotóxicos ou pesticidas.

- Não há qualquer notícia de delimitação da área de preservação permanente na área pertencente ao particular, sendo-lhe comunicado da proibição de utilizar tal ou qual extensão do terreno, bem como, sobre a necessidade da derrubada das árvores frutíferas, num local em que a derrubada da vegetação nativa há muito vem acontecendo, o que leva ao convencimento sobre a desproporcionalidade no valor da multa infligida.

Razoável a manutenção da multa no patamar reduzido pelo Juízo a quo, em mil reais.

- Rejeita-se a alegação de que deveria ter sido aplicado antes pena de advertência, eis que a aplicação da pena pecuniária não está condicionada à prévia advertência do infrator, mas, tão somente, à anterior previsão legal da infração e de prévia cominação legal. Precedente: AC 538.252-PB, Rel. Des. Fed. Federal Francisco Wildo, Segunda Turma.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação do particular e negar provimento à apelação do IBAMA, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 25 de fevereiro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Apelações desafiadas por Iracy Fernandes de Medeiros Cirne e pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, em contrariedade à sentença proferida pelo Juízo Federal da 4ª Vara, sediado em Campina Grande, nos autos da Ação Ordinária de Nulidade de Infração de Auto e de Inexistência de Dívida 0002801-25.2012.4.05.8201, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para declarar a nulidade parcial do Auto de Infração 721052-D e reduzir a multa aplicada para um mil reais, sem prejuízo da sua cobrança majorada em face da reincidência, valor esse remissivo a 17 de abril de 2012.

Houve o reconhecimento da ocorrência da sucumbência recíproca e de não condenação ao pagamento de custas iniciais ou finais, por ser a autora beneficiária da assistência judiciária, e o

réu isento de seu pagamento, nos termos artigo 4º, inciso I, da Lei 9.289/96.

A parte autora, Iracy Fernandes de Medeiros Cirne, produtora rural de culturas de subsistências e de natureza frutífera, proprietária de imóvel rural denominado “Sítio Campo Redondo”, no Município de Boqueirão, em 17 de abril de 2012, foi autuada por agentes do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, pela prática de impedir a regeneração natural de floresta e demais formas de vegetação nativa em área de preservação permanente, através de cultura agrícola nesta área, sendo-lhe aplicada multa no valor de quinze mil reais.

Além disso, foram constatadas construções em área pertencente ao DNOCS, casa e demais imóveis (fl. 75), que também impedem a regeneração da vegetação nativa, no caso, uso de bem público com o fim de lazer em área pertencente àquela repartição, na qual mantém um caseiro para cuidar das atividades desta.

Alega a parte autora (fls. 250-269): a) afronta aos princípios da legalidade e da tipicidade, eis que por ocasião de lavratura do auto de infração não foram cumpridos os requisitos formais, não sendo indicados os elementos definidores da infração; b) inadmissibilidade de definições e sanções administrativas reguladas apenas por portarias; c) discrepância entre o fato concreto, construção de residência e o dispositivo regulamentar eleito para fundamentar a sanção, estabelecimento de lazer, não tendo a autoridade autuante demonstrado a referida construção; d) a primeira penalidade aplicada deveria ser a advertência, daí porque o agente deveria motivar de forma clara e objetiva a opção pela aplicação de multa, segundo a legislação ambiental; e) desproporcionalidade e caráter confiscatório da multa aplicada.

Por seu turno, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, alega em sua apelação (fls. 274-280), que ao reduzir o valor da multa aplicada, o juiz exorbitou dos limites constitucionais ao controle judicial de legalidade do ato administrativo, pois o fez, valendo-se de critérios subjetivos ausentes de qualquer baliza legislativa.

Foram apresentadas contrarrazões pela parte autora, fls. 284-301.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

Apelações desafiadas por Iracy Fernandes de Medeiros Cirne e pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, em contrariedade à sentença proferida pelo Juízo Federal da 4ª Vara, sediado em Campina Grande, nos autos da Ação Ordinária de Nulidade de Infração de Auto e de Inexistência de Dívida 0002801-25.2012.4.05.8201, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para declarar a nulidade parcial do Auto de Infração 721052-D e reduzir a multa aplicada para um mil reais, sem prejuízo da sua cobrança majorada em face da reincidência, valor esse remissivo a 17 de abril de 2012.

A parte autora, produtora rural de culturas de subsistências e de natureza frutífera, proprietária de imóvel rural denominado “Sítio Campo Redondo”, no Município de Boqueirão, em 17 de abril de 2012, foi autuada por agentes do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, pela prática de impedir a regeneração natural de floresta e demais formas de vegetação nativa em área de preservação permanente, através de cultura agrícola nesta área, sendo-lhe aplicada multa no valor de quinze mil reais.

Além disso, foram constatadas construções em área pertencente ao DNOCS, casa e demais imóveis (fl. 75), que também impedem a regeneração da vegetação nativa. Verifica-se que a parte autora usa esse bem público com o fim de lazer, na área pertencente àquela repartição, mantendo um caseiro para cuidar das atividades desta.

Não merece acolhida o tópico da apelação do particular, alegando afronta aos princípios da legalidade e da tipicidade, porque não foram cumpridos os requisitos formais, quando da lavratura do auto, considerando, também, a inadmissibilidade de definições e sanções administrativas reguladas apenas por portarias, ao arripio da lei. No caso em exame, cumpriu a Administração Pública o seu mister, materializado na constatação do dano ambiental per-

manente, no fato do particular impedir a regeneração da vegetação nativa com a imposição de cultura frutífera e de subsistência, na perfeita adequação à hipótese legal prevista no artigo 48 da Lei 9.605/98.

Assim o Auto de Infração 721052-D (fl. 65):

Impedir a regeneração natural de floresta e demais formas de vegetação nativa (caatinga), por meio de plantações de culturas frutíferas, tais como: (coqueiro, cajueiro, sapoti, mangueira, jaqueira, limão, laranja e graviola), em área de preservação permanente (APP), a montante do açude Epitácio Pessoa (Boqueirão). Área: 2,0189 ha.

Portanto, nada a reparar na infração, eis que a parte autora foi multada por manter uma pequena plantação de cultura frutífera (2,0189 ha), coqueiro, cajueiro, sapoti, mangueira, jaqueira, limão, laranja e graviola (de mera subsistência) em área de preservação permanente existente em seu imóvel rural. Em decorrência, foi multada em quinze mil reais, com base no artigo 48 do Decreto nº 6.514/08, que regulamenta a Lei 9.605/98 – Capítulo VI – não havendo o que se falar em violação a princípio da legalidade ou da tipicidade.

Entretanto, a despeito da legitimidade e da legalidade da multa imposta, entendo-a desproporcional, na mesma linha do édito recorrido, por violação aos basilares postulados de proporcionalidade e razoabilidade.

É que do processo administrativo, fls. 63-145, não cuidou sequer de demonstrar o dano ou a extensão que as referidas plantações existentes na pequena área de 2,0189 ha causaram, não havendo qualquer menção à utilização de água do açude, bem como ao manejo de agrotóxicos ou pesticidas.

Por outro lado, não há qualquer notícia de delimitação da área de preservação permanente na área pertencente ao particular, sendo-lhe comunicado da proibição de utilizar tal ou qual extensão do terreno, bem como, sobre a necessidade da derrubada das árvores frutíferas, num local em que a derrubada da vegetação nativa há muito vem acontecendo, o que leva ao convencimento sobre a desproporcionalidade no valor da multa infligida.

Por fim, rejeita-se a alegação de que deveria ter sido aplicado antes pena de advertência, eis que a aplicação da pena pecuniária

não está condicionada à prévia advertência do infrator, mas tão somente à anterior previsão legal da infração e de prévia cominação legal, como se verifica do trecho do seguinte precedente desta Corte:

(...)

4. A aplicação de multa não está condicionada à prévia advertência do infrator, mas tão somente à anterior previsão legal da infração e de prévia cominação legal. (Acórdão unânime na AC 538.252-PB, rel. Des. Fed. Federal Francisco Wildo, Segunda Turma, julg. 08 de maio de 2012, publ. *DJe* 17 de maio de 2012, p. 398)

Diante dessas breves considerações, entendo razoável a manutenção da multa no patamar reduzido pelo Juízo *a quo*, qual seja, em mil reais.

Por este entender, dou parcial provimento à apelação do particular e nego provimento à apelação do IBAMA.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 567.013-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Apelante: LINDALVA BATISTA MARINHO DA SILVA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. VALTER DE MELO E OUTROS

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE AMPARO SOCIAL. CONCESSÃO/REESTABELECIMENTO. LAUDO PERECIAL QUE ATESTA A INCAPACIDADE PARCIAL PARA O TRABALHO. OBESIDADE MÓRBIDA E LOMBALGIA CRÔNICA. COMPROVAÇÃO DA INCAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE HABITUAL, NÃO PASSÍVEL DE REABILITAÇÃO PROFISSIONAL. PAGAMENTO DAS PARCELAS ATRASADAS RESPEITADA A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS. CRITÉRIOS.

- O pedido autoral refere-se à revisão do ato administrativo que indeferiu a concessão/restabelecimento de benefício assistencial, caso em que sujeita a parte autora ao prazo decadencial de 10 anos previsto no caput do art. 103 da Lei nº 8.213/91. Logo, considerando que entre a comunicação do indeferimento no âmbito administrativo (outubro de 1999) e o ajuizamento da presente ação (junho de 2009) transcorreu o lapso de menos de 10 anos, não foi a parte autora atingida pelos efeitos da prejudicial de decadência (Súmula 64 da TNU: “o direito à revisão do ato de indeferimento de benefício previdenciário ou assistencial sujeita-se ao prazo decadencial de dez anos”).

- O benefício de amparo social tem por escopo prover a subsistência dos cidadãos hipossuficientes, ou seja, daqueles maiores de 65 anos ou dos portadores de deficiência física ou mental que os impossibilite de munir-se de meios para o próprio sustento ou que viriam, ocasionalmente, a fenececer ou sobreviver em condições desumanas, caso lhe fosse negado o recebimento mensal do referido benefício.

- In casu, o requisito renda familiar per capita inferior a 1/4 do salário mínimo não restou questionado pelo INSS no momento que indeferiu o benefício de prestação continuada (fl. 68), nem no momento da apresentação da contestação (fls. 34/44), fazendo com espeque apenas na não configuração da incapacidade para a vida independente e para o trabalho.

- Verifica-se, através de Laudo Pericial (fls. 141/148), que a parte autora é portadora de obesidade mórbida e lombalgia crônica que a torna parcial e permanentemente inabilitada para a profissão que exercia (atividade rural/do lar). Ainda

segundo o mesmo laudo, há possibilidade de readaptação para o trabalho em outra função, se respeitada as suas limitações para não sobrecarregar membros inferiores e coluna lombar.

- Apesar de constar no próprio laudo médico que a incapacidade para o trabalho é parcial, posto que a limitação é apenas para as atividades que envolva carga e/ou esforço físico deve-se considerar, ainda, que trata-se de pessoa sem instrução, com 52 anos de idade, inserida em comunidade e entidade familiar carente; ou seja, associando-se sua limitação física ao fato de ser uma pessoa de baixo nível de escolaridade, residente na zona rural, onde há poucas opções de trabalho sem esforço físico, conclui-se que a autora não tem como ser aproveitada na vida laboral.

- Dessa forma, a parte autora tem direito, além da concessão de benefício de amparo social, às parcelas atrasadas, vencidas e não pagas, respeitada a prescrição quinquenal, acrescidas de correção monetária e juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação válida.

- Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, respeitado os limites da Súmula 111 do STJ.

- Apelação do particular provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AC 567013-PB, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em dar provimento à apelação do particular, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 6 de fevereiro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA
ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de apelação cível interposta por LINDALVA BATISTA MARINHO DA SILVA contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara da SJ/PB que julgou improcedente o pedido de amparo social, diante do não preenchimento dos requisitos exigidos pelo art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 (fls. 162/165).

2. Em sede de razões recursais, a apelante alega, em síntese, que preenche os requisitos necessários para a concessão/restabelecimento do benefício de amparo social, pois é portadora de patologia que a impossibilita de desenvolver atividade laborativa plena.

3. Contrarrazões apresentadas.

4. É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

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

1. O caso em apreço versa sobre pedido de concessão/restabelecimento de amparo assistencial que fora indeferido/cessado pela autarquia previdenciária em outubro de 1999, por cessação de incapacidade.

2. Inicialmente, cumpre ressaltar que não há que se falar em prescrição, porquanto o pedido autoral refere-se à revisão do ato administrativo que indeferiu a concessão/restabelecimento de benefício, caso em que sujeita a parte autora ao prazo decadencial de 10 anos previsto no *caput* do art. 103 da Lei nº 8.213/91.

3. Logo, considerando que entre a comunicação do indeferimento no âmbito administrativo (outubro de 1999) e o ajuizamento da presente ação (junho de 2009) transcorreu o lapso de menos de 10 anos, não foi a parte autora atingida pelos efeitos da prejudicial de decadência. Corroborando tal raciocínio tem-se a Súmula 64 da TNU: “o direito à revisão do ato de indeferimento de benefício previdenciário ou assistencial sujeita-se ao prazo decadencial de dez anos.”

4. No mérito, sabe-se que para a concessão do benefício assistencial, disciplinado pelo art. 20 da Lei 8.742/93, devem estar presentes dois pressupostos, quais sejam: a comprovação de não possuir o requerente meios de prover a própria manutenção ou de não tê-la provida por seus familiares, somada ao implemento da idade de 65 anos ou a deficiência física ou mental, sendo estes os únicos requisitos necessários a concessão do referido benefício.

5. O intuito de tal benefício é amparar o direito à vida que é, sem dúvida, o direito fundamental mais precioso protegido pela Carta Magna posto que é fundamento de existência dos demais, já que sem a vida não há que se falar em outros direitos.

6. Vale registrar que para a caracterização da hipossuficiência faz-se necessário também a impossibilidade, por parte da família do beneficiário, de aprovisionar os meios necessários à sua sobrevivência digna, ou seja, é preciso que a família do beneficiário não tenha condições financeiras de sustentar e nutrir o incapaz sem prejuízo dos outros membros da estirpe.

7. Assim, estando presente os dois pressupostos já assinalados, quais sejam, comprovação de não possuir o requerente meios de prover a própria manutenção ou de não tê-la provida por seus familiares, e o implemento da idade de 65 anos ou a deficiência física ou mental, *é direito subjetivo do hipossuficiente receber o referido benefício de prestação continuada, não lhe podendo ser negado o pagamento, sob pena de violação a um direito do indivíduo que é defendido pela Constituição Federal.*

8. *In casu*, o requisito renda familiar *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo não restou questionado pelo INSS no momento que indeferiu o benefício de prestação continuada (fl. 68), nem no momento da apresentação da contestação (fls. 34/44), fazendo com espeque apenas na não configuração da incapacidade para a vida independente e para o trabalho.

9. No que se refere ao requisito de incapacidade para o trabalho, verifica-se, através de Laudo Pericial (fls. 141/148), que a parte autora é portadora de obesidade mórbida e lombalgia crônica que a torna parcial e permanentemente inabilitada para a profissão que exercia (atividade rural/do lar). Ainda segundo o mesmo laudo,

há possibilidade de readaptação para o trabalho em outra função, se respeitada as suas limitações para não sobrecarregar membros inferiores e coluna lombar.

10. Ora, apesar de constar no próprio laudo médico que a incapacidade para o trabalho é parcial, posto que a limitação é apenas para as atividades que envolva carga e/ou esforço físico deve-se considerar, ainda, que trata-se de pessoa sem instrução, com 52 anos de idade, inserida em comunidade e entidade familiar carente; ou seja, associando-se sua limitação física ao fato de ser uma pessoa de baixo nível de escolaridade, residente na zona rural, onde há poucas opções de trabalho sem esforço físico, conclui-se que a autora não tem como ser aproveitada na vida laboral.

11. Assim, não há como considerar a autora capaz de prover sua própria subsistência. A demandante é, então, hipossuficiente, logo é protegida pela lei com benefício assistencial que garanta a sua manutenção.

12. Destaque-se que o Poder Público por meio da Assistência Social tem o dever de preservar condições mínimas de dignidade humana daqueles que estariam impossibilitados de munir-se de meios para a própria subsistência, e que viriam, ocasionalmente, a fenecer ou a sobreviver em condições desumanas, caso lhe fosse negado o recebimento do benefício de Amparo Social.

13. Ademais, já é pacífica a jurisprudência pela qual, em face das peculiaridades do caso, há de ser deferido o benefício de amparo social, ainda que o autor não esteja totalmente incapaz para qualquer atividade, por ausência de condições de ser inserido no mercado de trabalho:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DE AMPARO SOCIAL. DEFICIÊNCIA FÍSICA. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. ART. 203, V, CF/88, C/C ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93. LEGISLAÇÃO DO AMPARO SOCIAL. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DE ACORDO COM O ART. 6º DA LICC E A GARANTIA FUNDAMENTAL DE ASSISTÊNCIA AOS DESAMPARADOS DO ART. 6º, CF/88.
- Para a concessão do benefício de prestação continuada amparo social, é necessário à comprovação de vários requisitos, dentre eles, que a pessoa seja portadora de defi-

ciência que a incapacite para o trabalho e para a vida independente.

- O conceito de pessoa portadora de deficiência, a que se refere o art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93, deve ser interpretado em consonância com os demais princípios de direito, como o do artigo 6º da LICC, e a garantia constitucional fundamental de assistência aos desamparados (artigo 6º, CF).

- *In casu*, restou demonstrado através do laudo médico judicial acostada aos autos às fls. 73/82 a incapacidade laborativa parcial e definitiva da parte autora consubstanciada em deficiência física de 'Sindactilia' e 'Encurtamento congênito do membro inferior direito', causando a incapacidade funcional e parciais na apreensão de objetos e deambulação.

- Precedentes jurisprudenciais.

- Remessa oficial improvida.

(TRF5, REO 397.656-PE, Des. Federal Francisco Wildo, DJU 14.02.07, p. 570)

14. Dessa forma, a parte autora tem direito, além da concessão de benefício de amparo social, às parcelas atrasadas, vencidas e não pagas, respeitada a prescrição quinquenal, acrescidas de correção monetária e juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação válida.

15. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, respeitados os limites da Súmula 111 do STJ.

16. Apelação do particular provida.

17. É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 567.673-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARIA DA LUZ JOAQUIM
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Adv./Proc.: DRS. JOSÉ JIVAN ANDRADE DE SOUZA (APDA.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AMPARO SOCIAL À PESSOA IDOSA. HIPOSSUFICIÊNCIA. CÔNJUGE APOSENTADO. RENDA PER CAPITA SUPERIOR AO LIMITE LEGAL. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE.

- Ao hipossuficiente idoso e sem meio de prover a própria subsistência é assegurado o recebimento da renda mensal vitalícia, nos termos do art. 203, V, da CF/88 e do art. 20 da Lei nº 8.742 de 7 de dezembro de 1993.

- Para fazer jus ao benefício, o(a) idoso(a) deve atender a dois requisitos: (a) ter completado 65 anos (art. 34 do Estatuto do Idoso) e; (b) demonstrar a sua condição de miserabilidade.

- A autora tem mais de 65 anos, visto que nasceu em 10/05/1934, cumprindo o primeiro requisito.

- No que concerne à condição de hipossuficiência do demandante, noticiou o instituto apelado que o cônjuge da autora percebe benefício previdenciário no valor de um salário mínimo, o que, no cálculo da renda per capita familiar, supera o limite legal.

- Ocorre, porém, que o benefício percebido pelo cônjuge da postulante é o de aposentadoria por invalidez, aplicando-se em relação a ele, por analogia, o disposto no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso.

- Ademais, conforme relata o estudo social do caso, tanto a autora como seu cônjuge não gozam de boa saúde e necessitam do uso contínuo

de medicamentos, de modo que a renda per capita percebida pela família é insuficiente para o atendimento das necessidades fundamentais dos seus membros.

- O STJ já pacificou o entendimento de que o critério de aferição da renda mensal previsto no § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93 deve ser tido como um limite mínimo, um quantum considerado insatisfatório à subsistência da pessoa portadora de deficiência ou idosa, não impedindo, contudo, que o julgador faça uso de outros elementos probatórios, desde que aptos a comprovar a condição de miserabilidade da parte e de sua família (RESP 841.060/SP. REL: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA). Logo, faz jus a recorrida ao benefício assistencial perseguido.

- No julgamento do REsp 1270439, sob a sistemática dos recursos repetitivos, decidiu-se que a declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/2009, quando do exame da ADI nº 4.357 e da ADI nº 4.425, ocorrido em 14/03/13, não teria atingido a disposição alusiva aos juros, que permaneceram sendo calculados com base nos juros aplicados à caderneta de poupança.

- A correção monetária dos atrasados há de ser efetuada com base no INPC.

- Nos termos do § 1º do art. 1º da Lei nº 9.289/96, a exigibilidade de custas perante a Justiça Estadual rege-se com base na legislação própria de cada unidade federativa.

- A Lei de Custas de Sergipe – Lei Estadual nº 5.371/04 – nos §§ 1º e 2º do seu art. 1º, determina que haja o recolhimento antecipado do citado emolumento no momento da distribuição do feito, bem como o preparo dos recursos (porte de remessa e retorno e custas finais), sem atribuir qualquer isenção ao INSS, pelo que devido o pa-

gamento pela entidade. Caso, entretanto, em que é inexigível a restituição de tal importe, tendo em conta que a parte autora é beneficiária da justiça gratuita.

- “Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre prestações vencidas após a sentença” (Súmula 111 do STJ).

- Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos, em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 20 de fevereiro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Cuida-se de apelação interposta pelo INSS contra sentença que julgou procedente o pedido de concessão do benefício de amparo social à autora.

Em seu apelo, a autarquia previdenciária alega, em suma, que não foram preenchidos os requisitos legais para concessão do benefício vindicado. Pugna, ainda: a) pela isenção quanto ao pagamento das custas; b) pela aplicação, no que toca à correção e aos juros de mora, da Lei nº 11.960/09 e; c) pela redução dos honorários advocatícios fixados na sentença, nos termos da Súmula nº 111 do STJ.

Contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

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

O benefício de prestação continuada, previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988, consiste no pagamento de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência física que comprovar sua incapacidade para prover a sua própria subsistência ou de tê-la provida por sua família.

Regula o benefício no plano infraconstitucional o artigo 20 da Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993.

Para fazer jus ao benefício, o(a) idoso(a) deve atender a dois requisitos: (a) ter completado 65 anos (art. 34 do Estatuto do Idoso) e; (b) demonstrar a sua condição de miserabilidade.

A autora tem mais de 65 anos, visto que nasceu em 10/05/1934 (fl. 13), cumprindo o primeiro requisito.

No que concerne à condição de hipossuficiência da demandante, resta incontroverso nos autos que o cônjuge da autora percebe benefício previdenciário no valor de um salário mínimo. Nesse caso, aduz a autarquia previdenciária que o valor da renda familiar *per capita* no caso concreto é de 1/2 salário mínimo (um salário mínimo dividido por duas pessoas da família), superior ao previsto no § 3º, art. 20 da Lei 8.742/93.

Ocorre, porém, que o benefício percebido pelo cônjuge da postulante é o de aposentadoria por invalidez, aplicando-se em relação a ele, por analogia, o disposto no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso, *in verbis*: “O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do *caput* não será computado para os fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a Loas”, de modo que há que ser excluída sua aposentadoria do cálculo da renda mensal familiar. Nesse caso, não se vislumbra qualquer renda para o cálculo da miserabilidade da autora.

Ademais, conforme relata o estudo social do caso, tanto a autora como seu cônjuge não gozam de boa saúde e necessitam do uso contínuo de medicamentos (fls. 105/107 e 121), de modo que a renda *per capita* percebida pela família é insuficiente para o atendimento das necessidades fundamentais dos seus membros.

Saliente-se que o STJ já pacificou o entendimento de que o critério de aferição da renda mensal previsto no § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93 deve ser tido como um limite mínimo, um *quantum* considerado insatisfatório à subsistência da pessoa portadora de deficiência ou idosa, não impedindo, contudo, que o julgador faça uso de outros elementos probatórios, desde que aptos a comprovar a condição de miserabilidade da parte e de sua família (RESP 841.060/SP. REL: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA).

Destarte, faz jus o recorrido à concessão do benefício assistencial pleiteado.

Nesse sentido, colaciono jurisprudência:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA C DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, QUANDO A RENDA *PER CAPITA* DO NÚCLEO FAMILIAR FOR SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A CF/88 prevê em seu art. 203, *caput* e inciso V, a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal *per capita* inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

3. O egrégio Supremo Tribunal Federal já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI 1.232/DF (Rel. para o acórdão Min. NELSON JOBIM, DJU 1.6.2001).

4. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se

refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente ao cidadão social e economicamente vulnerável.

5. A limitação do valor da renda *per capita* familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo.

6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarificação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar *per capita* não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar.

7. Recurso especial provido.

(STJ. RESP 1.112.557-MG (2009/0040999-9). JUL: 28/10/2009. DJe: 20/11/2009. PÁG: 963. REL: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. 3ª SEÇÃO. DECISÃO UNÂNIME)

Finda a apreciação concernente ao direito ao recebimento do benefício em debate, volto-me à análise dos demais pontos recorridos.

Sobre a correção monetária e juros de mora, vale ressaltar que, no julgamento do REsp 1.270.439, sob a sistemática dos recursos repetitivos, decidiu-se que a declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/2009, quando do exame da ADI nº 4.357 e da ADI nº 4.425, ocorrido em 14/03/13, não teria atingido a disposição alusiva aos juros, que permaneceram sendo calculados com base nos juros aplicados à caderneta de poupança.

Por seu turno, a correção monetária das parcelas atrasadas há de ser realizada de acordo com o INPC.

No que diz respeito às custas, observo que a Lei nº 9.289/96, que dispõe sobre a exigibilidade de custas, estabelece, em seu

artigo 1º, § 1º, que, perante os juízos estaduais, aplicam-se as normas de isenção produzidas pelos correspondentes entes, *in verbis*:

Art. 1º As custas devidas à União, na Justiça Federal de primeiro e segundo grau, são cobradas de acordo com as normas estabelecidas nesta Lei.

§ 1º Rege-se pela legislação estadual respectiva a cobrança de custas nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição federal.

No caso em análise, não restou comprovada, por parte da autarquia, a existência de norma a regular a isenção das custas na legislação do Estado de Sergipe. Pelo contrário, a Lei de Custas de Sergipe – Lei Estadual nº 5.371/2004 – nos §§ 1º e 2º do seu art. 1º, determina que haja o recolhimento antecipado do citado emolumento no momento da distribuição do feito, bem como o preparo dos recursos (porte de remessa e retorno e custas finais), sem atribuir qualquer isenção ao INSS.

Ocorre, entretanto, que a parte autora é beneficiária da justiça gratuita, não tendo efetuado despesas a título de custas processuais, descabendo falar em ressarcimento das mesmas. No que importa, confira-se a seguinte decisão:

PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO. PROVA DA REALIZAÇÃO DE TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. TRABALHADOR OCUPADO NA PERFURAÇÃO DE POÇOS PETROLÍFEROS. ANEXO DO DECRETO Nº 53.831/64. DIREITO AO CÔMPUTO DO TEMPO DE SERVIÇO COMO ATIVIDADE ESPECIAL, ART. 70, PARÁGRAFO ÚNICO, DO DECRETO Nº 3048/99. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

(...)

- A Autarquia previdenciária goza de isenção do pagamento das custas, nos termos do art. 4º, II, da Lei nº 9.289/96, cabendo, apenas, o reembolso quando antecipadas. Autor beneficiário da Justiça Gratuita. Reembolso indevido. (...). (TRF-5ª R, 3ª T., AC 305.890-RN, rel. Des. Fed. Rivaldo Costa, DJ05/03/04)

Por fim, tendo em vista que a parte autora decaiu de uma parcela mínima do pedido, mantenho a condenação em honorários

do INSS. Todavia, devem ser excluídas da base de cálculo da verba honorária as parcelas vencidas após a sentença, nos termos da Súmula nº 111 do STJ.

Com tais considerações, dou parcial provimento à apelação, apenas para que seja reconhecida a impossibilidade de reembolso das custas processuais por parte do INSS, bem como para determinar a aplicação de juros com base na caderneta de poupança e cálculo da correção monetária de acordo com o INPC.

Honorários advocatícios a cargo do INSS, fixados no percentual de 10% sobre o valor da condenação, observando-se o teor da Súmula nº 111 do STJ.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 567.685-RN

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
Apelantes: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, GUTENBERG VILAR DE QUEIROZ SOARES E CÔNJUGE, CAIXA SEGURADORA S.A., MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S.A.
Apelados: OS MESMOS
Recte. Ades.: GUTENBERG VILAR DE QUEIROZ SOARES E CÔNJUGE
Advs./Procs.: DRS. MYERSON LEANDRO DA COSTA E OUTROS, ARTHURO G. RÊGO DE QUEIROZ SOARES E OUTROS, JULIANO MESSIAS FONSECA E OUTROS, MARLA MAYADEVIA SILVA RAMOS E OUTROS

EMENTA: CIVIL. ADMINISTRATIVO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO - SFH. EMPREENDIMENTO SPAZZIO NIMBUS RESIDENCE CLUB. ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. RESPONSABILIDADE DA CONSTRUTORA, DA CEF E DA CAIXA SEGURADORA. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR. NÃO VERIFICAÇÃO. ASTREINTES. RESCISÃO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE.

- Não deve ser acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva da CEF. O imóvel em questão foi financiado pela referida instituição de crédito, havendo reciprocidade de obrigações entre as partes.

- “O fato de a instrução ter sido presidida por um magistrado e a sentença proferida por outro não implica, ipso facto, violação ao princípio da identidade física do juiz, devendo a parte pretensamente prejudicada com a substituição do magistrado comprovar a ausência das hipóteses versadas no art. 132 do CPC, dado que, de acordo com a Corte Superior do eg. STJ, tal preceito não possui contornos absolutos (AgRg no REsp 913.471/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe de 10/03/2008; AgRg no Ag 624.779/RS, Rel. Ministro Castro Filho, DJe de 17/11/2008).” (Precedente: TRF5. AC 552.124-SE. Rel. Élio Wanderley de Siqueira Filho. DJe de 17.04.2013).

- “A alegação da autora-apelante de que goza da prerrogativa processual do art. 191 do CPC (“Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos)”, não subsiste. Em verdade, in casu, não existem litisconsortes ativos com procuradores distintos, mas apenas pluralidade no polo passivo, não incidindo, pois, o art. 191 do CPC, em favor da autora, e, portanto, devendo ser reconhecida a intempestividade do recurso de apelação.” (TRF5. AC 465296/PE. DJe de 01.06.2012).

- Os apelantes alegam que alguns fatores contribuíram para o atraso na entrega do imóvel, tais como a temporada de chuvas na região, que teria sido mais intensa que o habitual bem como a escassez de material de construção, de mão de obra e inúmeras greves dos trabalhadores da construção civil, porém não trouxeram aos autos qualquer documento comprobatório de que

as chuvas ou os outros fatores referidos foram determinantes para o atraso ocorrido.

- Ausência de força maior ou caso fortuito a justificar o atraso na entrega da obra, reconhecendo-se que o inadimplemento ocorreu por culpa da construtora e por falha na fiscalização por parte da CEF e da Caixa Seguradora. (Precedentes: AC 200285000019216, Desembargador Federal Paulo Gadelha, TRF5 - Segunda Turma, DJe - Data: 03/02/2011 - Página: 322; AC 200285000016926, Desembargador Federal José Maria Lucena, TRF5 - Primeira Turma, DJ - Data: 16/06/2009 - AC 465.296-PE. DJe de 01.06.2012, Desembargador Federal Manoel Erhardt.)

- As astreintes devem ser fixadas pelo magistrado tendo-se em mira a sua função essencial, qual seja a de compelir o devedor a satisfazer a obrigação de fazer a que fora condenado. Este instrumento processual não deve servir de meio ao enriquecimento sem causa dos credores, porquanto não é esse o objetivo buscado pela norma.

- Apelações da CEF, dos autores, da Caixa Seguradora e da MRV Engenharia e Participações S.A. improvidas. Recurso adesivo dos autores prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em negar provimento às apelações e julgar prejudicado o recurso adesivo dos autores, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 18 de fevereiro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI
- Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Cuida-se de apelações interpostas pela CEF - Caixa Econômica Federal, por Gutenberg Vilar de Queiroz Soares e outro, pela Caixa Seguradora S.A. e pela MRV Engenharia e Participações S.A. e de recurso adesivo dos autores nos autos de ação ordinária movida por Gutenberg Vilar de Queiroz Soares e Alenuska do Nascimento Rego Soares contra a MRV Engenharia e Participações S.A., Caixa Econômica Federal e Caixa Seguradora S.A., buscando, em antecipação dos efeitos da tutela, a suspensão de qualquer cobrança/saque em conta corrente, inerente aos contratos firmados com cada uma delas, bem como que se abstenham de lançar o nome dos demandantes em cadastros de inadimplentes, sob pena de multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais). Requereram, ainda, a suspensão da cobrança de juros, correção monetária e parcela relativa ao seguro contratado, enquanto não disponibilizado o imóvel prometido.

No mérito, pugnam os demandantes pela confirmação da tutela e rescisão do contrato de promessa de compra e venda, diante da inexecução por parte da construtora, com a devolução de todas as importâncias pagas, acrescidas de juros e correção monetária, devolução das despesas pela transferência do imóvel não recebido, lucros cessantes a título de aluguéis, devolução do pagamento de corretagem e, por fim, danos morais no valor adequado à repressão da conduta da MRV Engenharia e participações S.A.

No tocante à Caixa e Caixa Seguradora, buscam a rescisão dos contratos, com a devolução das importâncias pagas.

Em resumo, aduzem que firmaram contrato de promessa de compra e venda de imóvel com a construtora referida, tendo por objeto a unidade habitacional nº 708 do bloco 7, do empreendimento Spazio Nimbus Residence Club, a ser entregue em abril/2011.

Além dos valores já pagos à construtora, teriam que pagar a quantia de R\$ 135.263,00 por força de financiamento tomado com

a CEF, motivo pelo qual foram orientados a aguardar contato de empresa intermediária, o que ocorreu em 06.07.2011, resultando em importante acréscimo no valor do financiamento.

Afirmam que apesar de pagarem suas obrigações, todos os prazos de entrega do imóvel foram descumpridos, pelo que buscam a rescisão em apreço em virtude de continuar pagando um valor mensal no montante de R\$ 1.200,00 referente a juros, correção e taxa de seguro.

O julgador monocrático decidiu pela procedência do pedido autoral, reconhecendo a inexecução contratual para declarar rescindido o contrato de promessa de compra e venda firmado entre os autores e a MRV Engenharia e Participações S.A., determinando a devolução de todas as importâncias recebidas pela empresa demandada, das despesas pela transferência do imóvel não recebido e do valor pago pelos autores a título de comissão de corretagem, acrescidas de juros a contar da citação e correção monetária a contar do adimplemento de cada parcela paga. Condenou a MRV, ainda, ao pagamento dos lucros cessantes, no valor de R\$ 8.400,00 (oito mil e quatrocentos reais), quantia correspondente a doze alugueres de R\$ 700,00 (período de maio de 2011 a abril de 2012), bem como ao pagamento de indenização por danos morais, no total de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), sobre os quais incide juros moratórios e correção monetária a contar da data do presente *decisum*.

Assim, declarou rescindidos os contratos firmados pelos autores com a Caixa Econômica Federal - CEF e com a CAIXA SEGURADORA S.A., relativos ao imóvel objeto dos autos, condenando as demandadas à devolução de todos os valores pagos pelos autores concernentes a essas avenças, montante que será acrescido de juros a contar da citação e correção monetária a contar do adimplemento de cada parcela paga. Por fim, condenou as demandadas ao pagamento dos honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 6.000,00 (seis mil reais), sendo R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para cada ré.

A CEF, em suas razões recursais, sustenta não possuir vínculo com o andamento das obras realizadas pela construtora, sendo esta a única responsável pelo pleito, pelo que arguiu sua ilegítimi-

dade passiva. Por fim, assevera que os contratos fazem lei entre as partes e devem ser cumpridos e que a presente avença decorreu de livre manifestação de vontade das partes, com inequívoca concordância dos autores.

Gutenberg Vilar de Queiroz Soares e Alenuska do Nascimento Rego Soares apelaram. Alegam que as astreintes fixadas quando do deferimento da medida liminar (fls. 251/254) foram desconsideradas quando da prolação da sentença e insurgiram-se exclusivamente contra esta parte da sentença, quando requereram o *reconhecimento do descumprimento da medida liminar pela apelada Caixa Econômica Federal, bem como o restabelecimento da aplicação da multa diária durante o período de recalitrância*.

A Caixa Seguradora S.A. assevera, em sua apelação, que o financiamento e o seguro habitacional não são contratos autônomos e independentes entre si. Assim, ao apontar o caráter acessório do contrato de seguro afirma ser a cobrança do prêmio do seguro feita pela própria CEF, juntamente com a parcela do pagamento do financiamento, não competindo à seguradora a administração do contrato de mútuo ou qualquer intervenção quanto ao acompanhamento da obra do empreendimento imobiliário.

A MRV Engenharia e Participações S.A. ao apelar argui, em preliminar, a nulidade da sentença em razão da alegada violação ao princípio da identidade física do juiz. No mérito, aduz que o prazo de entrega do imóvel foi prorrogado por tempo indeterminado, na forma como estabelecido contratualmente, em razão da ocorrência de fatos externos (caso fortuito/força maior) à atividade da construtora (fortes chuvas e greves dos trabalhadores da construção civil).

Os autores interpuseram recurso adesivo às apelações da MRV, da CEF e da Caixa Seguradora. Pugnaram, mais uma vez, pelo reconhecimento do descumprimento da medida liminar pela apelada CEF, bem como pelo restabelecimento da aplicação da multa diária durante o período de recalitrância.

Em contrarrazões, a MRV Engenharia e Participações S.A. arguiu a preliminar de intempestividade do recurso adesivo dos autores.

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

É o relatório.

Inclua-se o feito em pauta para julgamento.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

Cuida-se de apelações interpostas pela CEF - Caixa Econômica Federal, por Gutenberg Vilar de Queiroz Soares e outro, pela Caixa Seguradora S.A. e pela MRV Engenharia e Participações S.A. e de recurso adesivo dos autores nos autos de ação ordinária movida por Gutenberg Vilar de Queiroz Soares e Alenuska do Nascimento Rego Soares contra a MRV Engenharia e Participações S.A., Caixa Econômica Federal e Caixa Seguradora S.A., buscando, em antecipação dos efeitos da tutela, a suspensão de qualquer cobrança/saque em conta corrente, inerente aos contratos firmados com cada uma delas, bem como que se abstenham de lançar o nome dos demandantes em cadastros de inadimplentes, sob pena de multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais). Requereram, ainda, a suspensão da cobrança de juros, correção monetária e parcela relativa ao seguro contratado, enquanto não disponibilizado o imóvel prometido.

A pretensão de rescisão contratual pleiteada pelos autores fundamenta-se no atraso da entrega do imóvel.

Inicialmente, cumpre analisar as preliminares arguidas.

Não deve ser acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva da CEF. O imóvel em questão foi financiado pela referida instituição de crédito, havendo reciprocidade de obrigações entre as partes.

Quanto à alegada nulidade da sentença ao argumento de violação ao princípio da identidade física do juiz, tem-se que *O fato de a instrução ter sido presidida por um magistrado e a sentença proferida por outro não implica, ipso facto, violação ao princípio da identidade física do juiz, devendo a parte pretensamente prejudicada com a substituição do magistrado comprovar a ausência das hipóteses versadas no art. 132 do CPC, dado que, de acordo com*

a Corte Superior do eg. STJ, tal preceito não possui contornos absolutos (AgRg no REsp 913.471/RS, Rel. Ministra Nancy Andri ghi, DJe de 10/03/2008; AgRg no Ag 624.779/RS, Rel. Ministro Castro Filho, DJe de 17/11/2008). (Precedente: TRF5. AC 552.124-SE. Rel. Élio Wanderley de Siqueira Filho. DJe de 17.04.2013). Ademais, no caso, o julgador sentenciante examinou, de forma minudente, as provas acostadas aos autos.

Por fim, acolho a preliminar de intempestividade do recurso adesivo dos autores, porquanto *A alegação da autora-apelante de que goza da prerrogativa processual do art. 191 do CPC (“Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos)”*, não subsiste. Em verdade, in casu, não existem litisconsortes ativos com procuradores distintos, mas apenas pluralidade no polo passivo, não incidindo, pois, o art. 191 do CPC, em favor da autora, e, portanto, devendo ser reconhecida a intempestividade do recurso de apelação. (TRF5. AC 465.296-PE. DJe de 01.06.2012).

Ultrapassadas tais questões, tem-se que os autores celebraram contrato de compromisso de compra e venda de imóvel com a CEF - Caixa Econômica Federal e com a MRV Engenharia e Participações S.A. para aquisição de uma unidade a ser construída no empreendimento Spazzio Nimbus Residence Club, em 05.05.2009, obrigando-se a pagar 258 prestações no valor de R\$ 1.755,16, sendo a previsão de entrega da referida obra marcada para o mês de abril de 2011.

Cito trecho da sentença, por esclarecedor:

Extrai-se do item nº 5 do contrato promissório (fl. 38) verdadeira cláusula condicional, ante a estimativa de entrega do imóvel para o mês de abril de 2011, vinculando-a, entretanto, à celebração do contrato de financiamento junto à Caixa Econômica Federal, *verbis*:

Entrega: 04/2011 (abril de 2011) * O(A) PROMITENTE COMPRADOR (A) declara ter conhecimento de que a data de entrega das chaves retro mencionada é estimativa e que poderá variar de acordo com a data de assinatura do contrato de financiamento junto à Caixa Econô-

mica Federal. Prevalecerá como data de entrega de chaves, para quaisquer fins de direito, 0 () meses após assinatura do referido contrato junto ao agente financeiro.

Por seu turno, a cláusula 5ª (quinta) do referido contrato (fl. 41-v) vincula a obrigação de entrega à data estabelecida no quadro 5, ressalvando, no entanto, a hipótese de ser outra data prevista no contrato de financiamento com a instituição financeira, ou, ainda, nos casos fortuitos e de força maior, ocasião em que haveria prorrogação por tempo indeterminado, *in verbis*:

A PROMITENTE VENDEDORA SE COMPROMETE a concluir as obras do imóvel objeto deste contrato até o último dia útil do mês mencionado no item 5 do Quadro Resumo, salvo se outra data for estabelecida no contrato de financiamento com instituição financeira. Nessa hipótese, deverá prevalecer, para fins de entrega das chaves, a data estabelecida no contrato de financiamento.

Independentemente do prazo acima previsto, a conclusão da obra poderá ser prorrogada por até 180 (cento e oitenta) dias corridos. Na superveniência de caso fortuito ou força maior, de acordo com o Código Civil, esta tolerância ficará prorrogada por tempo indeterminado.

Constata-se, assim, que deveria o aludido imóvel ter sido entregue em abril de 2011 ou, na pior das hipóteses, em 12 de julho de 2011 – data da assinatura do contrato de financiamento junto à Caixa Econômica Federal (fl. 93-v), que prevaleceria “para quaisquer fins de direito”, conforme ostensivamente estabelecido no quadro 5 do contrato.

Registre-se que eventual possibilidade do contrato de financiamento com a instituição financeira (cláusula 5ª) estabelecer “outra data” para entrega da unidade, em nada altera tais prazos, porquanto, estando em contradição com os termos finais enfáticos do quadro 5, cujo último, reitera-se, “prevalecerá para quaisquer fins”, devem ser interpretados de maneira favorável ao consumidor (artigo 47 do CDC). Assim, havendo mais de uma interpretação possível no instrumento contratual, em razão de ambiguidades ou contradições na redação das cláusulas, deverá prevalecer o entendimento mais benéfico ao consumidor.

Os apelantes alegam que alguns fatores contribuíram para o atraso na entrega do imóvel, tais como a temporada de chuvas na região, que teria sido mais intensa que o habitual bem como a escassez de material de construção, de mão de obra e inúmeras greves dos trabalhadores da construção civil.

No entanto, não trouxeram aos autos qualquer documento comprobatório de que as chuvas ou os outros fatores referidos foram determinantes para o atraso da obra. Nesse sentido, a sentença esclarece que:

(...) veja-se o informado pelo Engenheiro Civil da Caixa Econômica Federal (fl. 635): “Trata-se da quarta reprogramação do cronograma da obra, passando agora de 33 para 37 meses, adiando a previsão de conclusão do empreendimento para o dia 28.12.2012; Não foram apresentadas justificativas para a prorrogação do prazo da obra, porém, o cronograma vigente já se encontra expirado.”.

Os relatórios de acompanhamento de empreendimento (RAE) da Caixa, apesar de atestarem a situação global das obras como “atrasada”, em nenhum momento apresentam como justificativa para o atraso o alegado excesso de chuvas ou mesmo a escassez de material e mão de obra (fls. 592/628). Não restou demonstrado, assim, o caso fortuito ou força maior a elidir a responsabilização da construtora ré quanto ao atraso na entrega do imóvel dos autores, que, conforme apurado em audiência, somente teve o habite-se liberado pela Prefeitura de Parnamirim no início desse ano de 2003 (Torre 7 do empreendimento).

Ressalte-se, ainda, que, contando com a possibilidade de defrontar-se com imprevistos no curso da obra, restou estipulado no contrato o prazo de tolerância de 180 (cento e oitenta) dias, o qual também restou ultrapassado. A previsão no contrato da hipótese de prorrogação da obra por tempo indeterminado não se mostra aceitável, por se tratar de prática abusiva, nos termos do art. 39, inciso XII, do CDC.

A inadimplência da construtora, ao não fazer a entrega do bem compromissado no prazo estipulado no contrato, autoriza o acolhimento do pedido de rescisão, com a devolução de todas as parcelas pagas pelos autores, devidas-

mente corrigidas. O prazo de tolerância previsto no contrato somente é justificativa para a prorrogação do prazo contratual de entrega de imóvel compromissado quando ocorrer caso fortuito ou força maior, não demonstrados no caso em comento.

Dessa forma, observa-se que a CEF e a Caixa Seguradora não diligenciaram no sentido de evitar o atraso na entrega da obra, descumprindo, desse modo, o pacto firmado, pelo que possível a rescisão contratual em questão. Assim, entendo que não restou demonstrada a ocorrência de força maior ou caso fortuito a justificar o atraso na entrega da obra, ficando claro que o inadimplemento decorreu de culpa da construtora e da falta de fiscalização da CEF e Caixa Seguradora, todas responsáveis pelo fiel cumprimento dos contratos em apreço.

Ademais, estabelece o Código Civil, no seu art. 475, que *A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.* Tenho por cabível a fixação dos danos morais no caso, pelo que mantenho o valor arbitrado na sentença, na quantia de R\$ 5.000,00.

Quanto ao inconformismo dos autores no tocante à desconsideração da multa fixada por ocasião do deferimento da medida liminar, cumpre referir que as astreintes devem ser fixadas pelo magistrado tendo-se em mira a sua função essencial, qual seja, a de compelir o devedor a satisfazer a obrigação de fazer a que fora condenado. Este instrumento processual não deve servir de meio ao enriquecimento sem causa dos credores, porquanto não é esse o objetivo buscado pela norma.

Correta a sentença, também, quanto a esse aspecto, ao dispor que:

Como sabido, a imposição de multa é uma forma de o Juízo compelir a parte a fazer ou deixar de fazer algo, podendo ser revista a qualquer momento, e, até mesmo, desconstituída. No caso, a decisão deferiu a tutela nos seguintes termos: "Por todo o exposto, DEFIRO o pedido de antecipação dos efeitos da tutela formulado na inicial, determinando a suspensão de qualquer cobrança e/ou saques em contas bancárias dos demandantes, inerentes

aos contratos constantes às fls. 37/44, 63/78 e 79/94 destes autos, bem assim determinando se abstenham os réus em inscrever o nome dos autores em quaisquer cadastros de proteção ao crédito, até o julgamento em definitivo da demanda, fixando, desde logo, multa diária de R\$ 200,00 (duzentos reais) por descumprimento”.

Informam os autores que a Caixa teria feito o débito em conta de duas mensalidades posteriores à decisão supra, e que a MRV estaria efetuando ligações e enviando boletos de cobrança relativos ao imóvel. Entendo, contudo, ser indevida a aplicação da multa. Isso porque, em relação à Caixa, houve a comprovação da devolução, mediante crédito em conta, dos valores indevidamente debitados, e, quanto à MRV, ainda que tenham sido enviados boletos ou mesmo efetuadas ligações de cobrança, o fato é que os demandantes não tiveram os seus nomes inscritos em cadastros de restrição ao crédito, de modo que a mera desconsideração das cobranças remetidas mostrou-se suficiente para resolver a questão. Deixo de aplicar, portanto, a multa fixada na decisão de fls. 251/254.

Esta Corte assim se pronunciou, quando do julgamento da AC 409.979-SE. Rel. Desembargador Federal Manoel Erhardt, *DJe* de 01.12.2011, ao julgar caso semelhante:

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

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

2. O autor, ora apelado, celebrou contrato de compromisso de compra e venda de imóvel com a Caixa Econômica Federal - CEF e com a Construtora Faro & Cassundé LTDA. para aquisição de uma unidade no empreendimento Residencial Villas de São Cristóvão, em 15.12.2000, obrigando-se a pagar 240 parcelas no valor de R\$ 114,84 (cento e quatorze reais e oitenta e quatro centavos), sendo a previ-

são de entrega da referida obra marcada para o dia 15.12.2001, todavia, a efetiva conclusão apenas se deu em 25.09.2002.

3. Registre-se que o cronograma de construção era de aproximadamente 1 (um) ano, conforme se deduz dos Relatórios de Acompanhamento de Empreendimento às fls. 67/160 e que o atraso na entrega da obra foi de 9 (nove) meses, ou seja, o empreendimento apenas foi entregue quase que com o dobro do tempo inicialmente estipulado.

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

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

6. No que pertine à alegação de que o excesso de chuva no ano de 2001 teria interferido no andamento da aludida construção, verifica-se que tal assertiva não pode prevalecer. Isto porque durante os meses de junho a agosto é totalmente natural que as chuvas sejam mais intensas, não sendo este um fato imprevisível que pudesse interferir

no andamento da obra ao ponto de atrasar de forma significativa sua finalização. Ademais, os apelantes não trouxeram aos autos qualquer comprovação de que naquele ano houve aumento excessivo da média do índice pluviométrico em relação aos anos anteriores.

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

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

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

10. Ausência de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe que justificasse o relevante atraso na entrega da obra, devendo, portanto, ser reconhecido que o referido inadimplemento se deu por culpa da Construtora e por falta de fiscalização da CEF. Dessa forma, diante da flagrante responsabilidade das apelantes no que pertine à satisfação regular do contrato em apreço, bem como da ausência de cláusula expressa de resolução contratual, há de ser aplicada ao caso a regra dos artigos 474 e 475 do Código Civil.

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

12. Apelações improvidas.

Diante do exposto, nego provimento às apelações da CEF, dos autores, da Caixa Seguradora, da MRV Engenharia e Participações S.A. e julgo prejudicado o recurso adesivo dos autores.

Honorários advocatícios consoante disposto na sentença.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 567.772-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Apelantes: ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE - ADEMA
Apelados: HOTEL FAZENDA BOALUZ LTDA. (HARAS BOA LUZ) E INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ AILTON DOS SANTOS E OUTROS E MARCOS VIANA GABRIEL DE SOUZA E SILVA E OUTRO

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA. IBAMA - INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS E ADEMA - ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE EM SERGIPE. FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA A RENOVAÇÃO DE LICENCIAMENTO DE OPERAÇÃO DO ZOOLOGICO DE HOTEL DE LAZER LOCALIZADO NA RURAL DE SERGIPE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE DECLAROU O ESTADO DE SERGIPE, POR MEIO DA ADEMA, ENTE LEGÍTIMO PARA A RENOVAÇÃO DO LICENCIAMENTO.

- Remessa oficial e apelação da sentença que julgou procedente o pedido e extinguiu o processo com resolução de mérito (art. 269, I, do CPC), para declarar o Estado de Sergipe, por meio da ADEMA, ente legítimo para a renovação do licenciamento de operação do zoológico existente no complexo Hotel Fazenda Boa Luz, sem prejuízo do procedimento administrativo de vistoria realizado pelo IBAMA.

- O art. 18 da LC 140/2011 prevê a sua aplicação apenas aos processos de licenciamento e auto-

rização ambiental, iniciados a partir de sua vigência. No caso, o pretendido licenciamento ainda não foi renovado. Tal circunstância acarreta a aplicação da LC 140/2011.

- A reunião conjunta realizada entre o IBAMA e a ADEMA, para fins de definir a competência para licenciamento do funcionamento do zoológico, não pode prevalecer sobre os ditames legais, no caso, a LC 140/2011, notadamente quando realizada em abril/2011, portanto, antes do advento da Lei Complementar 140/2011 (dezembro/2011).

- O argumento da apelante de que existe procedimento regular ainda em curso com autuações e tramitação no âmbito do IBAMA, bem como, existência de licença ambiental anterior concedida pela mesma autarquia, ou mesmo, a existência de projeto de reformas do zoológico perante o mesmo IBAMA e a realização de vistoria no zoológico do Hotel Fazenda Boa Luz a cargo do IBAMA, por si só não afastam a aplicação da LC nº 140/2011, eis que a administração está adstrita ao princípio da legalidade, sem descuidar que a competência da ADEMA para o licenciamento não afasta, por si, o interesse do IBAMA, que deverá atuar nas hipóteses afetas à sua função institucional.

- Acrescente-se que a competência em matéria ambiental é concorrente, em relação aos entes da federação, a teor do art. 23, VI, da Constituição Federal, não havendo dúvidas sobre a competência do IBAMA para licenciamento ambiental, referente às atribuições federais, ou, ainda, nas hipóteses de impacto ambiental de âmbito nacional.

- Cuidando de atribuições ambientais no âmbito Estadual, do Distrito Federal ou Municipal, como ocorre no caso, a competência federal será sempre supletiva, ou subsidiária, devendo ocorrer sempre que o órgão ambiental for inepto ou per-

manecer inerte ou omissa. A supletividade/subsidiariedade justifica-se como forma de garantir a efetivação da atuação administrativa e apoio necessário, caso esta não ocorra na esfera que lhe for própria. Neste sentido dispõem os arts. 15 e 16 da referida LC 140/2011.

- No caso, o complexo Turístico Boa Luz (Hotel Fazenda) está localizado no Município da cidade histórica de Laranjeiras, tombada como patrimônio cultural do Estado de Sergipe e dista apenas 15 Km da capital do Estado.

- Manutenção da sentença recorrida.

- Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 11 de março de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de remessa oficial e apelação da sentença que julgou procedente o pedido e extinguiu o processo com resolução de mérito (art. 269, I, do CPC), para declarar o Estado de Sergipe, por meio da ADEMA, ente legítimo para a renovação do licenciamento de operação do zoológico existente no complexo Hotel Fazenda Boa Luz, sem prejuízo do procedimento administrativo de vistoria realizado pelo IBAMA.

A ADEMA sustenta em suas razões de recurso, em síntese, a existência de pedido para que fosse reconhecida a compe-

tência do IBAMA para a renovação do licenciamento ambiental do zoológico existente no Hotel Fazenda. Destaca o art. 18 da LC 140/2011, pelo qual, apenas aos processos de licenciamento e autorização ambiental, iniciados a partir da sua vigência. Reafirma os argumentos expostos na contestação dentre os quais o de que em verdade, houve pedido de informação sobre pedido de renovação de licença ambiental do zoológico e não pedido de renovação de licença e de que a competência do IBAMA para a concessão da licença pretendida, com fundamento nas Instruções Normativas do IBAMA de n°s 01/1999 e 169/2008 e Lei 7.173/83. Destaca, ainda, a existência, junto ao IBAMA, de autos de infração, licença ambiental anterior e de Projeto Ambiental de Operação do zoológico, para o seu regular funcionamento.

Contrarrazões não apresentadas.

Parecer do Ministério Público Federal, nesta Instância, que opina pela manutenção da sentença.

É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

Objetiva esta ação declaratória firmar a competência entre o IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e o ADEMA - Administração Estadual do Meio Ambiente em Sergipe, para o fim de renovação de licenciamento de operação do zoológico que faz parte do Complexo Hotel Turístico Boa Luz (hotel de lazer rural).

Da sentença recorrida, destaco a fundamentação, *verbis*:

[...] O cerne da presente lide reside apenas na definição do ente responsável para fornecer renovação de licenciamento de operação do zoológico do Hotel Fazenda Boa Luz.

Observa-se que o autor, muito após a decadência da licença (2007) conferida pelo IBAMA, e embasado em legislação e documentos genéricos de discussão de procedimento entre IBAMA e ADEMA, procurou renová-la junto à segunda, em 2011, que entendeu por encaminhá-lo ao órgão federal.

Instado a se manifestar em decorrência da propositura desta ação, o IBAMA apresentou, além da legislação em vigor, o Parecer nº 312/CONJUR/MMA/2004, que trata de conflito de atribuição entre o órgão federal e o estadual para fins de licenciamento ambiental para o caso de um estaleiro no Município de Navegantes/SC (fls. 92/113 e posteriormente 168/189), em que se entendeu por vincular o licenciamento ambiental à compatibilização da proteção do meio ambiente com o desenvolvimento econômico sustentável, cuja análise foi centrada nos impactos ambientais do empreendimento, e não na titularidade dos bens afetados, em busca da preservação imediata do meio ambiente e do interesse público. Nesse sentido, afirma-se ali sobre a competência para realizar o licenciamento ambiental (fls. 112/113):

a) o meio ambiente é bem de uso comum do povo, não sendo de propriedade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A preservação do meio ambiente interessa a toda a coletividade, não apenas às entidades políticas;

b) o licenciamento ambiental é um procedimento de controle prévio das atividades potencialmente causadoras de impacto sobre o meio ambiente. Desta feita, o licenciamento ambiental não concede o direito à exploração de bens de titularidade do poder público;

c) cabe ao Poder Público no ato da concessão do direito de explorar bens de titularidade zelar seu domínio. A concessão/permissão de tal uso de bem do Poder Público não autoriza o cessionário a violentar as leis que preservam a natureza;

d) a titularidade do bem afetado pela atividade ou empreendimento não define a competência do membro do SISNAMA para realização do licenciamento ambiental. Tal critério contraria o art. 10 da Lei nº 6.938/81 e as disposição do CONAMA sobre o tema;

e) o critério para definição do membro do SISNAMA competente para a realização do licenciamento ambiental deve ser fundado no alcance dos “impactos ambientais” da atividade ou empreendimento, conforme o regrado pela Resolução CONAMA 237/97;

f) na presente questão, (...)

Pois bem, em se tratando de matéria ambiental, a Constituição Federal prevê, no art. 23, a competência comum entre os entes federados:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

Trata-se, portanto, de competência material, dentre as quais se destaca o licenciamento ambiental, repartida entre os três níveis de entes federativos, para fins de organização política e administrativa da federação, e de acordo com o interesse do ente federado.

Sobre o estabelecimento e funcionamento de jardins zoológicos, a matéria vem disciplinada pela Lei nº 7.173/83, a qual aponta caber ao antigo IBDF a responsabilidade de controlar essa atividade. Mais tarde, sucedeu referido instituto o IBAMA, criado pela Lei nº 7.735/89.

Nos termos da legislação em vigor, Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), alterada pela LC 140/2011, a matéria consagrada sob o seguinte formato:

Art. 8º Compete ao CONAMA: (Redação dada pela Lei nº 8.028, de 1990)

I - estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA; (Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989)

(...)

Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental.

Por seu turno, a Resolução CONAMA Nº 237/97 define o licenciamento como:

Art. 1º Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:

I - Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

Especificamente quanto ao manejo da fauna silvestre, o IBAMA reconhece a sua responsabilidade, conforme Instrução Normativa Nº 169/2008:

IN. 169/2008:

Art. 1º Instituir e normatizar as categorias de uso e manejo da fauna silvestre em cativeiro em território brasileiro, visando atender às finalidades socioculturais, de pesquisa científica, de conservação, de exposição, de manutenção, de criação, de reprodução, de comercialização, de abate e de beneficiamento de produtos e subprodutos, constantes do Cadastro Técnico Federal (CTF) de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Naturais:

I - jardim zoológico;

(...)

Dúvidas, portanto, não há sobre a competência do IBAMA para licenciamento ambiental, referente às atribuições federais. Entrelaçando-se as legislações, vê-se que o próprio Instituto o reconhece, na medida em que se declara responsável por tal manejo.

No entanto, a situação dos autos condiz com o funcionamento e operacionalização do zoológico componente do complexo de lazer rural, que comporta outras atividades, e que necessita renovar sua licença.

O art. 23 da CF/88, ao prever a competência comum da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, implica em reconhecer a subsidiariedade das ações, a fim de que o meio ambiente não fique desprotegido, mas jamais se pode dizer

que tal artigo retira a obrigação de, por exemplo, a União agir visando à proteção dos seus bens (art. 20, II, da CF) e executar a que lhe compete o art. 21 da CF, lembrando que, não obstante haver imbricação de competências – a qual não se confunde com invasão de competência –, a União há de observar com precisão o campo de atuação do interesse nacional. E o parágrafo único do art. 23 da CF é claro em assim dispor.

Outrossim, Paulo Afonso Leme de Carvalho é taxativo ao esclarecer que “além das normas contendo a partilha das competências na Lei Complementar 140/2011, as atribuições administrativas estão mencionadas na Constituição, sendo as da União enumeradas amplamente no art. 21, a dos Estados, no art. 25, e as dos Municípios, no art. 30” (grifo nosso).

Ainda, o artigo 16 da LC 140/2011 previu a subsidiariedade da atuação da União em relação às competências do Estado e do Município, caso estes dois últimos quedem inertes, justamente por força do art. 23 da CF/88, o qual prevê a competência comum, embora esta não se confunda, como já disse, em usurpar a competência de outrem.

E tanto é verdade o raciocínio que o art. 2º, III, da referida LC 140, em harmonia com o art. 23, parágrafo único, da CF/88 afirma que por atuação subsidiária há de se entender a ação do ente da Federação que visa a auxiliar no desempenho das atribuições decorrentes das competências comuns, quando solicitado pelo ente federativo originariamente detentor das atribuições definidas na referida Lei.

Por sua vez, o artigo 4º, V, prevê a delegação de atribuições de um ente federativo a outro, porém respeitados os requisitos previstos na mesma LC. E o artigo 5º reza que o ente federativo somente poderá delegar, mediante convênio, a execução de ações administrativas a ele atribuídas na citada Lei, se o ente destinatário da delegação dispuser de órgão ambiental capacitado para executar as ações administrativas a serem delegadas e do conselho do meio ambiente. O art. 16, parágrafo único, do diploma legal prevê a ação subsidiária, que deve ser solicitada pelo ente (qualquer deles) originariamente detentor da atribuição. Há de se destacar que, nos termos deste artigo, a ação subsidiária dos entes federativos dar-se-á por meio de apoio técnico, científico, administrativo ou financeiro, sem prejuízo de outras formas de cooperação.

Diferentemente, quando se trata de ação supletiva (ação do ente da federação que se substitui ao ente federativo originariamente detentor das atribuições, nas hipóteses definidas na LC/140), as hipóteses previstas no art. 15, incisos I a III, não preveem a União sendo substituída pelo Estado ou pelo Município, mas sim a União substituindo o Estado e o Distrito Federal, o Estado substituindo o Município, e a União também agindo, caso nem o Estado nem o Município possuam órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente. Vejamos a letra do art. 15, para melhor fixar:

Art. 15. Os entes federativos devem atuar em caráter supletivo nas ações administrativas de licenciamento e na autorização ambiental, nas seguintes hipóteses:

I - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado ou no Distrito Federal, a União deve desempenhar as ações administrativas estaduais ou distritais até a sua criação;

II - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Município, o Estado deve desempenhar as ações administrativas municipais até a sua criação; e

III - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado e no Município, a União deve desempenhar as ações administrativas até a sua criação em um daqueles entes federativos.

Por fim, o § 3º do art. 17 da LC reitera a ideia de que, no âmbito da competência comum, prevalece o auto de infração lavrado pelo órgão que detenha a atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere o *caput*, chancelando a assertiva de que, no âmbito das competências comuns, havendo ação do ente detentor da competência originária, esta tem primazia.

Por fim, tem-se que o exercício da competência comum não implica em exercício simultâneo de igual atribuição a um ente federativo, o que poderia redundar em atuações contraditórias, conflitantes, eis que o exercício da competência comum é exercida sob a égide das disposições definidoras das atribuições direcionadas a cada ente, pois visa mesmo é a uma atuação sistêmica e de colaboração para que se possa atingir uma integral proteção ambiental, restando intactos os poderes especificamente elencados pelo próprio constituinte nos arts. 21 e 22 da CF, à União.

E a LC 140/11 esclareceu razoavelmente esta compreensão conforme se viu em alguns preceptivos colacionados nesta decisão e segundo se pode observar em outros artigos constantes da mesma.

Como se vê, o parágrafo único do art. 23 da CF/88, trata de federalismo cooperativo com todos os entes sendo chamados a contribuir, sem haver, em princípio, superposição de atribuições, não se podendo falar em restrição dos poderes-deveres de cada ente.

Vejamos, pois, alguns artigos da Lei Complementar nº 140/2011, que traz em seu bojo o seguinte teor:

Art. 2º Para os fins desta Lei Complementar, consideram-se:

I - licenciamento ambiental: o procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental;

(...)

Art. 6º As ações de cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão ser desenvolvidas de modo a atingir os objetivos previstos no art. 3º e a garantir o desenvolvimento sustentável, harmonizando e integrando todas as políticas governamentais.

Art. 7º São ações administrativas da União:

(...)

XIV - promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades:

a) localizados ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil e em país limítrofe;

b) localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva;

c) localizados ou desenvolvidos em terras indígenas;

d) localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);

e) localizados ou desenvolvidos em 2 (dois) ou mais Estados;

f) de caráter militar, excetuando-se do licenciamento am-

biental, nos termos de ato do Poder Executivo, aqueles previstos no preparo e emprego das Forças Armadas, conforme disposto na Lei Complementar nº 97 de 9 de junho de 1999;

g) destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen); ou

h) que atendam tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento;

Art. 8º São ações administrativas dos Estados:

(...)

XIV - promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, ressalvado o disposto nos arts. 7º e 9º;

XV - promover o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pelo Estado, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);

(...)

XIX - aprovar o funcionamento de criadouros da fauna silvestre;

(...)

Art. 13. Os empreendimentos e atividades são licenciados ou autorizados, ambientalmente, por um único ente federativo, em conformidade com as atribuições estabelecidas nos termos desta Lei Complementar.

§ 1º Os demais entes federativos interessados podem manifestar-se ao órgão responsável pela licença ou autorização, de maneira não vinculante, respeitados os prazos e procedimentos do licenciamento ambiental.

(...)

Art. 15. Os entes federativos devem atuar em caráter supletivo nas ações administrativas de licenciamento e na autorização ambiental, nas seguintes hipóteses:

I - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado ou no Distrito Federal, a União deve desempenhar as ações administrativas estaduais ou distritais até a sua criação;

II - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Município, o Estado deve desempenhar as ações administrativas municipais até a sua criação; e

III - inexistindo órgão ambiental capacitado ou conselho de meio ambiente no Estado e no Município, a União deve desempenhar as ações administrativas até a sua criação em um daqueles entes federativos.

Art. 16. A ação administrativa subsidiária dos entes federativos dar-se-á por meio de apoio técnico, científico, administrativo ou financeiro, sem prejuízo de outras formas de cooperação.

Parágrafo único. A ação subsidiária deve ser solicitada pelo ente originariamente detentor da atribuição nos termos desta Lei Complementar. (Destques meus)

Consoante informações dos autos, ressaltado, de antemão, que já existia prévio auto de infração emitido pelo IBAMA, em processo de vistoria realizado em 2010, ou seja, anteriormente à concessão da liminar (09/11/2012), sobre o qual este juízo não intervirá no mérito.

Aliado a isso, verifico que a reunião conjunta realizada entre o IBAMA e a ADEMA, para fins de definir a competência para licenciamento do funcionamento do zoológico ocorreu em abril/2011, ou seja, antes do advento da Lei Complementar 140/2011 (dezembro/2011). No entanto, como o licenciamento ainda não foi renovado, deverá ser feito com fulcro na novel legislação.

Seguindo essa linha, o texto da lei complementar é claro quando impõe que, à exceção de manejo de animais – cuja competência é legalmente direcionada ao IBAMA –, deverá ser observado o procedimento de descentralização e cooperação entre os entes federados, para o procedimento de renovação de licenciamento ambiental envolvendo questões da fauna, sobretudo na tratativa do presente caso, pontuando

para a legitimidade do Estado para fazê-lo, considerando que a ação em questão não está dentre as fixadas para a concessão do licenciamento pelo IBAMA (art. 7º, inc. XIV), uma vez que não é o caso de invocar os incisos XX e XXI do art. 7º da referida LC.

Assim, o Estado de Sergipe, por seu órgão legitimado, é o responsável pela renovação do licenciamento do Zoológico do Hotel Fazenda Boa Luz que persegue o autor, ponderando-se os interesses respectivos.

Razão assiste ao julgador sentenciante.

É cediço que o art. 18 da LC 140/2011 prevê a sua aplicação apenas aos processos de licenciamento e autorização ambiental, iniciados a partir de sua vigência. No caso, o pretendido licenciamento ainda não foi renovado. Tal circunstância acarreta a aplicação da LC 140/2011, consoante entendimento esposado pelo julgador de origem.

Note-se que a reunião conjunta realizada entre o IBAMA e a ADEMA, para fins de definir a competência para licenciamento do funcionamento do zoológico, não pode prevalecer sobre os ditames legais, no caso, a LC 140/2011, notadamente quando realizada em abril/2011, portanto, antes do advento da Lei Complementar 140/2011 (dezembro/2011).

Ademais, o argumento da apelante de que existe procedimento regular ainda em curso com autuações e tramitação no âmbito do IBAMA, bem como, existência de licença ambiental anterior concedida pela mesma autarquia, ou mesmo, a existência de projeto de reformas do zoológico perante o mesmo IBAMA e a realização de vistoria no zoológico do Hotel Fazenda Boa Luz a cargo do IBAMA, por si só não afastam a aplicação da LC nº 140/2011, eis que a administração está adstrita ao princípio da legalidade, sem descuidar que a competência da ADEMA para o licenciamento não afasta, por si o interesse do IBAMA, que deverá atuar nas hipóteses afetas à sua função institucional.

Acrescente-se que a competência em matéria ambiental é concorrente, em relação aos entes da federação, a teor do art. 23, VI, da Constituição Federal, não havendo dúvidas sobre a competência do IBAMA para licenciamento ambiental, referente às atri-

buições federais, ou, ainda, nas hipóteses de impacto ambiental de âmbito nacional.

No entanto, cuidando de atribuições ambientais no âmbito Estadual, do Distrito Federal ou Municipal, como ocorre no caso, a competência federal será sempre supletiva, ou subsidiária, devendo ocorrer sempre que o órgão ambiental for inepto ou permanecer inerte ou omissor. A supletividade/subsidiariedade justifica-se como forma de garantir a efetivação da atuação administrativa e apoio necessário, caso esta não ocorra na esfera que lhe for própria. Neste sentido dispõem os arts. 15 e 16 da referida LC 140/2011.

No caso, o complexo turístico Boa Luz (Hotel Fazenda) está localizado no Município da cidade histórica de Laranjeiras, tombada como patrimônio cultural do Estado de Sergipe e dista apenas 15 Km da capital do Estado.

Assim, reputo irreparável a sentença recorrida que declarou o Estado de Sergipe, por meio da ADEMA, ente legítimo para a renovação do licenciamento de operação do zoológico existente no complexo Hotel Fazenda Boa Luz, sem prejuízo do procedimento administrativo de vistoria realizado pelo IBAMA.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0800067-28.2013.4.05.8300 (PJe)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Apelante: TECON SUAPE S.A.
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. LUCIANO BUSHATSKY ANDRADE DE ALEN-CAR (APTE.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. NÃO APRESENTAÇÃO DE FOLHA DE CONTROLE DE CARGA À ALFÂNDEGA. PAGAMEN-

TO DE MULTA. ART. 138 DO CTN. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. INAPLICABILIDADE. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA AUTÔNOMA. FATO GERADOR DISTINTO.

- Caso em que a apelante pretende a reforma da sentença denegatória da segurança que pleiteava a suspensão de processo administrativo, de modo a impedir quaisquer atos de cobrança do valor imposto a título de multa por descumprimento de obrigação acessória, sob o argumento de ter ocorrido, no presente caso, a denúncia espontânea.

- No que tange à caracterização de denúncia espontânea, em relação à cobrança de multa por descumprimento de obrigação acessória, é possível se observar que o cumprimento da referida obrigação se trata de procedimento puramente formal, não submetido, portanto, ao disposto no art. 138 do CTN.

- O mencionado artigo, que trata do instituto da denúncia espontânea, aplica-se tão somente às multas decorrentes do não pagamento do tributo no prazo legal, inalcançadas as oriundas do não cumprimento de obrigações acessórias autônomas, desvinculadas do fato gerador do tributo, como aquela devida pelo atraso na entrega de folha de controle de carga à alfândega. Precedentes.

- A denúncia espontânea relaciona-se exclusivamente à natureza tributária de determinada exação, estando vinculada às obrigações principais, de forma que estão fora de seu campo de abrangência as multas por descumprimento de obrigações acessórias autônomas, decorrentes do poder de polícia da autoridade fiscal.

- Ademais, não colhe o argumento da apelante de que é descabida a criação de obrigações acessórias por ato infralegal, porquanto, conforme o próprio CTN prevê no art. 113, § 2º, essas obri-

gações decorram da legislação tributária, sendo de atos infralegais a aprovação dos regulamentos.

- Apelo 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 à apelação, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 18 de fevereiro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Trata-se de apelação interposta por TECON SUAPE S.A. em desfavor de sentença que denegou a segurança pleiteada, a qual requestava a suspensão do processo administrativo, de modo a impedir quaisquer atos de cobrança do valor imposto a título de multa por descumprimento de obrigação acessória, sob o argumento de ter ocorrido, no presente caso, a denúncia espontânea.

O Juízo de 1º grau argumentara, em resumo, que a Portaria ALFSPE 44/2005, a qual estabelece o procedimento simplificado de trânsito aduaneiro, determina que o operador portuário apresente, até o primeiro dia útil seguinte à conclusão da transferência, a folha de controle de carga devidamente atestada pelo recinto de destino, sendo certo que o operador portuário não prestou as devidas informações sobre a carga que estava sob sua responsabilidade dentro do prazo definido, caracterizando infração tributária, cujo lançamento ocorreu, de forma legítima, com o auto de infração.

Em suas razões recursais, a apelante argumentou, em apertada síntese, que, nos termos do regramento baixado pelo Inspe-

tor da Alfândega do Porto de Suape, qual seja, a Portaria ALFSPE nº 44/2005, a impetrante deveria informar à alfândega que tal operação fora realizada no primeiro dia útil subsequente a sua execução. Entretanto, por motivo operacional, restou impossível protocolar junto à Alfândega do Porto de Suape/PE, no dia útil seguinte às operações, a informação referente ao Trânsito Aduaneiro das 5 cargas para o Terminal da SUATA, também localizado no interior do Porto de Suape/PE, incorrendo em aplicação de multa no valor de R\$ 25.000,00, sendo R\$ 5.000,00 por carga não informada.

Argumenta ainda que houve denúncia espontânea no caso dos autos, pois apesar de ter enviado as informações fora do lapso temporal determinado pela Portaria ALFSPE 44/2005, teria encaminhado as informações previamente ao início de qualquer procedimento de fiscalização pela Alfândega do Porto de Suape/PE.

Contrarrazões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

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

Não assiste razão à apelante.

No que tange à caracterização de denúncia espontânea, em relação à cobrança de multa por descumprimento de obrigação acessória, é possível se observar que o cumprimento da referida obrigação se trata de procedimento puramente formal, não submetido, portanto, ao disposto no art. 138 do CTN.

Ocorre que o disposto no art. 138 do Código Tributário Nacional, que trata do instituto da denúncia espontânea, aplica-se tão somente as multas decorrentes do não pagamento do tributo no prazo legal, inalcançadas as oriundas do não cumprimento de obrigações acessórias autônomas, desvinculadas do fato gerador do tributo, como aquela devida pelo atraso na entrega de folha de controle de carga à alfândega.

Neste diapasão, colho precedentes desta egrégia Corte Regional e do STJ, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. NÃO APRESENTAÇÃO DAS DIFs PAPEL IMUNE NO PRAZO LEGAL. PAGAMENTO DE MULTA. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. ART. 138 DO CTN. INAPLICABILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Hipótese em que, com a finalidade de regular as operações realizadas por empresas que utilizam papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos, a Receita Federal instituiu a Declaração Especial de Informações Relativas ao Controle de Papel Imune (DIF - Papel Imune), nos termos da Instrução Normativa nº 71, de 24.08.2001);

2. Cinge-se o objeto do presente recurso à aplicabilidade ou não do instituto da denúncia espontânea em caso de descumprimento de obrigação acessória, especificamente, não apresentação das DIFs Papel Imune, referente às competências compreendidas entre o 2º trimestre de 2005 (abril, maio e junho de 2005) ao 3º trimestre de 2006 (julho, agosto e setembro de 2006), tempestivamente.

3. No que tange à caracterização de denúncia espontânea, em relação à cobrança de multa por descumprimento de obrigação acessória, é possível se observar que o cumprimento da referida obrigação se trata de procedimento puramente formal não submetido ao disposto no art. 138 do CTN.

4. As obrigações acessórias autônomas não têm relação alguma com o fato gerador do tributo, não estando alcançadas pelo art. 138 do CTN, pois a denúncia espontânea relaciona-se exclusivamente à natureza tributária de determinada exação, estando vinculada às obrigações principais, de forma que estão fora de seu campo de abrangência as multas por descumprimento de obrigações acessórias autônomas, decorrentes do poder de polícia da autoridade fiscal.

5. Precedentes: STJ, RESP 200900512275, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, *DJe* DATA: 29/06/2010; AC 200782010020530, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Segunda Turma, *DJe* - Data: 04/11/2010 - Pagina: 274.

6. Apelação improvida.

(APELREEX 00015958320114058500, Rel. Desembargador Federal FRANCISCO BARROS DIAS, TRF5 - Segunda Turma, *DJe* - Data: 04/11/2012 - Página: 396)

TRIBUTÁRIO. MULTA MORATÓRIA. ART. 138 DO CTN. ENTREGA EM ATRASO DA DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS.

1. A denúncia espontânea não tem o condão de afastar a multa decorrente do atraso na entrega da declaração de rendimentos, uma vez que os efeitos do artigo 138 do CTN não se estendem às obrigações acessórias autônomas. Precedentes.

2. Recurso especial não provido.

(REsp 200900512275, Rel. Min. CASTRO MEIRA, STJ - Segunda Turma, DJe DATA: 29/06/2010)

Demais disso, a denúncia espontânea relaciona-se exclusivamente à natureza tributária de determinada exação, estando vinculadas às obrigações principais, de forma que estão fora de seu campo de abrangência as multas por descumprimento de obrigações acessórias autônomas, decorrentes do poder de polícia da autoridade fiscal.

Por fim, não colhe o argumento da apelante de que seria descabida a criação de obrigações acessórias por ato infralegal, porquanto, conforme o próprio CTN prevê no art. 113, § 2º, essas obrigações decorram da legislação tributária, sendo de atos infralegais a aprovação dos regulamentos.

Em face do aduzido, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 9.473-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelados: DAVIDE MIGANI E GIORGIA PIERGUIDI
Advs./Procs.: DRS. EMANUEL MESSIAS OLIVEIRA CACHO E OUTRO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRANSPORTE DE COCAÍNA EM NÍVEL INTERNACIONAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

CO ATACANDO SENTENÇA QUE ABSOLVE OS ACUSADOS DO TRANSPORTE INTERNACIONAL DE DROGA, A UM, O ACUSADO-VARÃO, PELA “APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO, E, QUANDO MENOS, DE CONFIGURAÇÃO DA DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA (CÓDIGO PENAL, ART. 15, PRIMEIRA PARTE), RELATIVAMENTE AO DELITO DO ART. 33 (TRÁFICO DE DROGAS), DA LEI Nº 11.343/2006”, FL. 580; A OUTRO, A ACUSADA-VAROA, POR TER VIAJADO COMO SIMPLES COMPANHIA DO ACUSADO-VARÃO, PARA DESFRUTAR DA VIAGEM.

- Cenário a demonstrar veleiro, oriundo da Ilha de Santa Cruz, no Oceano Atlântico, com o destino desviado para Natal, capital do Rio Grande do Norte, e daí para Salvador, capital da Bahia, e, de lá para Morro de São Paulo, também no Estado da Bahia, onde foi carregado, na ausência dos acusados e na presença do seu proprietário, com 307 quilos de cloridrato de cocaína, distribuídos em 280 tabletes, aceitando o acusado-varão, profissional a transportar veleiros de um continente a outro, a incumbência pelo receio de seu filho, residente na Itália, sofrer qualquer atentado, bem como de sua namorada, a acusada-varoa, também ser alvo de alguma represália, caso ele, acusado-varão, recusasse levar o barco da Ilha de Santa Cruz para Natal e daí em diante.

- Naufrágio do veleiro no Rio Sergipe, na entrada do Aracaju, capital de Sergipe, por manobra premeditada pelo acusado-varão, depois de descoberta a presença da droga no veleiro, pulando os dois do barco minutos antes do naufrágio, após emitir sinais luminosos, aguardando, sentados na areia da praia, a presença da polícia, ocasião em que foram presos, dada a descoberta dos pacotes de cocaína, que saíam do veleiro.

- Justificativa de ter viajado o acusado-varão sob coação, que não é aceita, visto a impossibilidade

de de uma viagem, destinada a levar cocaína para algum ponto da Europa, no valor da mercadoria de quinze milhões de dólares, ser transportada em veleiro por piloto sob coação, quando este, via celular e internet, teria condições de colocar o filho – que o acusado-varão temia ser objeto de qualquer atentado –, residente na Itália, em lugar escondido. Ademais, há contradições nas suas declarações em cotejo com as da acusada-varoa, no que tange aos fatos a partir de Morro de São Paulo.

- O simples transportar de droga, no caso, cocaína, se constitui em delito, a par do art. 33 da Lei 11.343 de 2006, de modo que a justificativa do acusado-varão não se cerca das cores do convencimento devido, e, ademais, a justificativa declinada é problema entre o acusado-varão e a pessoa que o contratou para tanto, não o isentando do dolo na certeza de conduzir mercadoria proibida por lei.

- Quanto ao crime de associação para o tráfico, previsto no art. 35 do mesmo diploma normativo, mantém-se a absolvição, uma vez que não restou comprovado que este ilícito tenha existido em sua forma autônoma, restando, pois, absorvido pelo crime de tráfico internacional de entorpecentes.

- Pena do réu-varão cominada em vinte anos de reclusão (artigo 33 da Lei 11.343), além de mil dias-multa, à razão de um vigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos.

- Pena da ré-varoa fixada em dez anos, dez meses e vinte dias de reclusão, cumulada com a obrigação pecuniária de oitocentos dias-multa, também à razão de um vigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos.

- Parcial provimento do recurso de apelação do Ministério Público Federal, para condená-los, apenas, pela prática do crime de tráfico interna-

***cional de entorpecentes (art. 33 da Lei 11.343),
mantendo a absolvição, no pertinente ao ilícito
de associação para o tráfico.***

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 3 de dezembro de 2013. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Apelação criminal desafiada pelo Ministério Público Federal, atacando sentença absolutória proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Seção Judiciária Federal de Sergipe, exarada nos autos da ação penal em epígrafe.

Narra a denúncia que, em 24 de dezembro de 2011, os italianos Davide Migani e Giorgia Pierguidi foram presos em flagrante, na Praia de Atalaia, em Aracaju, após o naufrágio do veleiro de nome Ornifle, acarretando a dispersão no mar de parte da carga ilícita, que restou apurada no total de trezentos e sete quilos de cloridrato de cocaína, distribuídos em duzentos e oitenta tabletes, cujo valor fora estimado em cerca de quinze milhões de dólares.

Nessa esteira, o *Parquet* denunciou os ora apelados como incurso na prática dos crimes previstos no artigo 33, *caput*, combinado com os artigos 35 e 40, inciso I, todos da Lei 11.343/2006.

A sentença hostilizada absolveu os réus, invocando o princípio *in dubio pro reu*, calcado no entendimento de que o acusado-varão desconhecia a presença de droga na embarcação, e que, tão logo a descobriu, adrede soçobrou o navio, adotando conduta que a doutrina classifica como *desistência voluntária*, fls. 579-607.

Nas razões recursais, fls. 725-819, o Ministério Público Federal tece longas considerações sobre a responsabilidade dos réus pelos ilícitos esquadrinhados, culminando com o pedido de condenação nos tipos penais requeridos na exordial acusatória.

Insta, ademais, pela concessão de provimento liminar, determinando a imediata expedição dos competentes mandados de prisão, no fito de evitar que os réus se evadam do território brasileiro.

Às fls. 851-853, os réus comunicaram o retorno ao país de origem.

Contrarrazões às fls. 880-892, instando pela manutenção do decreto absolutório.

Foram os autos à Procuradoria Regional da República, que ofertou parecer opinando pelo provimento do apelo, fls. 973-975.

É o que importa relatar.

Encaminhar o feito ao douto Revisor, para os fins do artigo 197 do Regimento Interno desta Corte Regional.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

Os fatos ocorreram no início do dia 24 de dezembro de 2011, no registro de um veleiro, de nome Ornifle, a naufragar na costa sergipana, mais precisamente na Praia de Atalaia, na cidade do Aracaju, resultando na apreensão de 307 kg de cloridato de cocaína, distribuídos em 280 tabletes.

Os dois acusados, ora apelados, viajavam no referido veleiro, sendo um, o acusado-varão, o seu condutor, na condição de *skiper*, e outro, a acusada-varoa, na de mera acompanhante, na veste de namorada daquele.

As infrações imputadas aos dois é a de transportar droga, em associação de duas ou mais pessoas, capituladas nos arts. 33 e 35 da Lei 11.343 de 2006.

O fato em si é de alcance público e notório, visto que o veleiro naufragou, se quedando na praia, dele saindo, em decorrência de

buraco aberto no casco, o aludido estoque de cocaína, que, imediatamente ao naufrágio, foi recolhido pela equipe policial.

Sobre o fato, portanto, nenhuma dúvida.

A controvérsia repousa no papel dos dois acusados, que estavam no veleiro, emitindo o acusado-varão o sinal característico do acidente, para, depois, pularem da embarcação a tempo, sendo localizados pela autoridade policial nas areias da praia, sentados, e, imediatamente presos.

A r. sentença recorrida, fls. 579-607, afastou o envolvimento da acusada-varoa e, inspirado na desistência voluntária, aplicou o princípio da dúvida em favor do acusado-varão, absolvendo-o.

A ementa, na parte que interessa, assim foi vazada:

(...) VII - Elementos probatórios que afastam, de forma segura, o envolvimento da acusada Giorgia Pierguidi, cuja presença se deu a título de férias e sem qualquer função de navegação ou outro tipo de serviço a tanto essencial.

VIII - Segura demonstração de que a corré, Giorgia Pierguidi (também de nacionalidade italiana), era namorada do acusado Davide Mignani (condutor do veleiro), exercia atividade laborativa regular em seu país de origem e apenas aceitou o convite para poder com ele desfrutar de alguns momentos juntos.

IX - Relevante dúvida quanto ao desencadeamento dos fatos e atos praticados pelo corréu Davide Migani, decorrente, especialmente, da convergência das provas produzidas com a sua versão quanto a ter sofrido ameaças pelo proprietário do Veleiro “Ornifle” e que desconhecia a presença de droga na embarcação, tendo, após descobri-la, causado voluntariamente o naufrágio.

X - Perplexidade da prova que se resolve em favor do *jus libertatis* do acusado. Aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, e, quando menos, de configuração da desistência voluntária (Código Penal, art. 15, primeira parte), relativamente ao delito do art. 33 (tráfico de drogas) da Lei nº 11.343/2006.

XI - Afasta-se, ademais, para ambos os acusados, a atribuição da prática do crime de associação para o tráfico (Lei nº 11.343/2006, art. 35), sequer havendo falar-se em coautoria por parte da ré Giorgia Pierguidi).

XII - Improcedência da pretensão punitiva, fl. 580.

Na análise de tudo que pode ser colhido, de concreto, apenas o fato em si que – a partir dos sinais luminosos, a presença dos dois acusados sentados na praia, incluindo a arrecadação dos pacotes de cocaína pela polícia – foi devidamente assentado nos autos, e, sobre os quais não paira a menor dúvida.

O mais, no cotejo da versão apresentada pelo acusado-varão, se equilibra em sua palavra, a divulgar a justificativa de, a partir de certo momento, mais precisamente, quando saíram da Ilha de Cabo Verde, e, de lá, deveriam, pelo roteiro estabelecido pelo dono do veleiro, senhor Enrico Manzi, retornarem a Ilha de Santa Luzia, foi surpreendido com a ordem de se deslocar até Salvador, na Bahia.

Justamente aí começa, na pérgula da justificação do acusado-varão, o drama vivido, na coação que lhe foi imposta, traduzida no receio de sofrer seu filho, então, na Itália, algum atentado, medo também que a namorada, a acusada-varoa, fosse atingida.

Colhe-se, então, do interrogatório do acusado-varão, descrito na r. sentença, a se constituir no introdutório:

Que disse poder, no máximo, deixar a embarcação no local, retornando de avião, ao que o proprietário informou-lhe um número de telefone para ele ligar; que o réu, ao realizar a ligação para o número indicado, foi atendido por uma outra pessoa que, por sua vez, repassou um endereço de *e.mail* e para ele conferir o seu conteúdo; que o réu assim o fez, e, ao acessar o *e.mail* informado, verificou que havia fotos de seu filho jogando futebol, bem como fotos de Giorgia; que foi dito ao réu que, caso não aceitasse o novo trabalho, iriam fazer mal ao seu filho e a Giorgia; o réu redargui no sentido de pelo menos deixar Giorgia no local e embarcá-la em um avião, proposta essa também recusada; nesse ponto, afirma o réu, não teve outra escolha senão partir em direção a Salvador/Brasil, fl. 593.

Vem, então, à tona a passagem do acusado-varão em terras baianas ao lado do Senhor Enrico Manzi, que se encontrava numa marina, em Salvador, a formar, pelo seu conteúdo, a parte da história que coloca o acusado-varão frente a frente com o dito proprietário do veleiro:

(...) ao chegarem na marina, em Salvador/BA, foram recepcionados pelo proprietário do veleiro, tendo o réu inter-

pelado quanto ao motivo das ameaças, ao que este lhe advertiu para não fazer perguntas e executar exatamente as ordens que recebesse; que o réu teria sido, inclusive, impedido de regularizar o seu ingresso e o do veleiro no país, mas apenas registrar a entrada da embarcação na marina; que Davide e Giorgia permaneceram alguns dias, ausentando-se apenas para comprar comida e realizar pequenos consertos no veleiro, tendo então esclarecido que havia concluído o seu trabalho e queria retornar à Itália de avião; que lhe foi dito que o seu trabalho ainda não estava concluído e que sobre isso seria avisado quando assim o proprietário decidisse; com o intuito de ameaçá-lo, foram mostradas ao réu, novamente, em um computador, as fotos de seu filho, reafirmando que o réu deveria obedecer sem fazer perguntas; (...), fl. 593.

Já em Morro de São Paulo, ainda na Bahia, a introdução da cocaína vai ocorrer numa manhã, conforme relatado pela acusada-varoa, detalhe, aliás, que falta ao interrogatório do acusado-varão.

Segundo a acusada-varoa, no terceiro dia, em Morro de São Paulo, o proprietário do barco, o Sr. “Enrico”, mostrou-se muito nervoso, aparentando querer ficar sozinho e se livrar da companhia deles; que a ré e Davide ficaram longe do barco por toda a manhã até a hora do almoço; que ficaram no vilarejo fazendo compras, depois retornaram ao barco, quando então o proprietário disse a Davide que havia mudado a posição da embarcação; nesse mesmo dia, ela e Davide apenas, seguiram viagem para Natal/RN, fl. 598.

Surge, então, a descoberta da cocaína, em decorrência do peso no veleiro a chamar a atenção do acusado-varão:

Ao partir de Morro de São Paulo/BA, o acusado percebeu que o veleiro não conseguia ir mais rápido e apresentava problemas de estabilidade; o réu começou a verificar o estado do barco para tentar detectar o problema e percebeu uma modificação em compartimentos, e, ao retirar um “pedaço” de madeira, descobriu os pacotes de drogas, fl. 594.

Ou, em outras palavras, também pelo acusado-varão:

Que o réu Davide achou a droga em um determinado quarto, mas imagina que provavelmente haveria outras partes com drogas, fl. 595.

E, adiante, revela:

Que iniciou a viagem em direção a Natal/RN, quando descobriu a droga dentro da embarcação e decidiu navegar em direção à praia, fl. 595.

O aspecto estranho da embarcação foi transmitido pelo acusado-varão à acusada-varoa:

Que logo após saírem de Morro de São Paulo, Davide teria comentado que a embarcação estava diferente, do dia anterior, quanto ao nivelamento, a estabilidade, fl. 598.

Volta depois a acusada-varoa ao fato:

Que Davide comentou ter percebido que havia algo de errado com a embarcação a partir do momento em que a embarcação apresentou uma inclinação estranha, que ele não entendia por qual razão, fl. 599.

Vem, então, a descoberta da cocaína:

Que, então, durante o dia, Davide ficou procurando o motivo dessa estranha inclinação, teria sido então que encontrara os “pacotes”, fl. 599.

Em seguida, novamente sobre a descoberta da cocaína, revela a acusada-varoa:

Que a ré não percebeu qualquer alteração na embarcação ao saírem de Morro de São Paulo, mas ela pouco entende de navegação; presume a ré que, após partirem de Morro de São Paulo, somente no dia seguinte Davide descobriu a droga, fl. 599.

Pois bem.

As revelações, de um e do outro, sobre o mesmo fato, isto é, a influência do peso dos pacotes de cocaína e sua descoberta, mostram algumas contradições entre os acusados.

Exemplos:

O acusado-varão dá a entender que descobriu a droga ao iniciar a viagem de Morro de São Paulo em direção a Natal: *Que*

iniciou a viagem em direção a Natal/RN, quando descobriu a droga dentro da embarcação e decidiu navegar em direção à praia, fl. 595. Já acusada-varoa presume a ré que, após partirem de Morro de São Paulo, somente no dia seguinte Davide descobriu a droga, fl. 599.

O acusado-varão, mesmo encontrando a droga escondida, não passa a notícia a acusada-varoa, a presumir que *somente no dia seguinte Davide descobriu a droga*, fl. 599. No entanto, só foi comunicar a acusada-varoa quando estavam sentados na praia de Atalaia, no Aracaju, esperando a polícia: *nesse momento, Davide a esclareceu que havia drogas no barco [...]*, fl. 598.

Estamos diante do maior problema ocorrido na viagem, ou seja, a descoberta de 307 quilos de cloridato de cocaína, e, mesmo assim, o acusado-varão não o transmite a acusada-varoa, com quem se relaciona há muitos anos, da mesma forma que, antes, também não lhe confia que viajara para o Brasil – primeiro, Natal, depois, Salvador –, por coação do proprietário do veleiro, circunstância, inclusive, que colocava em perigo a vida da acusada-varoa, que, de Natal, poderia ter retornado, de avião, para a Itália.

A essas observações, se acresce o fato de que, coagido a desviar o seu curso para o Brasil, não fica a calcular o motivo de o proprietário lhe obrigar a tanto, depois das ameaças estampadas nas imagens do filho brincando de futebol, e, ademais, escondendo tudo da acusada-varoa, a lhe informar que *passariam pelo Brasil a pedido do proprietário do barco, que queria ali passar férias*, fl. 598, mesmo estando somente os dois no veleiro, como se fosse possível manter uma conversa telefônica, ou a consulta de um *e.mail*, sem que a acusada-varoa, a dividir um pequeno espaço com ele – ver as fotos de fls. 774 a 779 –, não percebesse algo de estranho em seu comportamento, salvo se sua capacidade de disfarçar ou dissimular for maior do que o julgador pode imaginar.

A justificativa do acusado-varão de ter afundado a embarcação para não levar a droga até o proprietário do veleiro – *o intencional naufrágio tinha por móvel servir de desculpa perante o seu proprietário, disfarçando sua intenção em entregar a droga para a polícia*, fl. 595 – como se, dentro dos subterrâneos da máfia, a

perda de um veleiro, ao lado de uma carga de cocaína, *avaliada em US\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de dólares)*, fl. 4, pudesse livrar a sua figura ou a do seu filho de qualquer represália por parte do proprietário da mercadoria proibida. O valor do veleiro perdido – e uma embarcação que sai de um continente para outro não é adquirida por qualquer valor, acrescido da soma que deixou de ser ganha com a cocaína jogada na praia do Aracaju –, o prejuízo tomado pelo proprietário do veleiro e da droga é algo que não seria digerido facilmente.

O argumento alevanta outros, como, *v.g.*, fazer o transporte de uma mercadoria, avaliada em uma grandíssima fortuna – *quinze milhões de dólares*, fl. 4 –, num veleiro transportado por um profissional coagido, que não fazia parte da organização, profissional que, via de celular e da internet, teria espaço suficiente para esconder o filho da ação dos traficantes, bem como se comunicar com autoridades policiais, a fim de preparar uma diligência a bordo do veleiro, da qual fosse isentado de qualquer participação.

Estranha-se o seu silêncio ante a acusada-varoa, o fato de arrastá-la a uma viagem – a Natal, e de Natal para Salvador e Morro de São Paulo, e daí retorno a algum ponto em continente europeu –, super perigosa, sem que ela soubesse, e, uma vez sabendo, não se capta dessa nenhuma palavra de recriminação, o que seria razoável e natural em quem estava ali por forte inocência.

Não vejo como aceitar a palavra do acusado-varão.

Depois, o delito se perfaz com a conduta de transportar, independentemente das circunstâncias que cercam o fato, porque para o Julgador interessa o fato em si, transformado no transporte de droga, funcionando a justificativa como algo do âmbito interno da organização, a ligar as pessoas que transportam a droga e as pessoas que estão por trás do cenário. Em suma, o problema dos acusados, que transportavam a droga, é com quem assim determinou, levando em conta que o simples transportar já assume a condição de delito.

Por este entender, dou parcial provimento ao recurso de apelação, para reformar a sentença, condenando os acusados como incurso nas sanções do art. 33 da Lei 11.343.

Quanto ao crime de associação para o tráfico, previsto no art. 35, do mesmo diploma normativo, mantenho a absolvição, uma vez que não restou comprovado que este ilícito tenha existido em sua forma autônoma, restando, pois, absorvido pelo crime de tráfico internacional de entorpecentes.

Passo, doravante, à dosagem das penas, sempre atento às regras do sistema trifásico, abrigado no artigo 68 do Código Penal.

Primeiro, quanto ao réu Davide Migani, é nítido que as circunstâncias elencadas no artigo 59, também do diploma repressor, reprovam-no severamente.

De logo, todas as evidências colhidas nos autos o apontam como o principal responsável pelo crime ora apenado (artigo 33 da Lei 11.343), competindo-lhe a tarefa de desenvolver todo o contato e seguir as ordens dos fornecedores, podendo ser encarado, pois, em relação à ré-varoa, como o cabeça da dupla.

Outrossim, embora tenha admitido que fora processado criminalmente apenas uma vez – em virtude da prática de delito da mesma natureza, à medida que confessou ter sido apanhado na posse de haxixe, há cerca de dois anos, na sua cidade natal, fl. 592 –, o Ministério Público Federal, no ensejo da apresentação do recurso em apreço, logrou demonstrar que este acusado tem uma vida marcada por fatos desta ordem (*E quem é Davide Migani*, fls. 799-802).

A destacar, ademais, a culpabilidade exacerbada, porquanto a conduta empregada pelos comparsas para a tarefa proscribita evidenciou elaborado arдил, cuja estratégia envolveu, pelo menos, três nações e diversas localidades, já que saíram das Ilhas Canárias, passaram por Cabo Verde, e, chegando ao Brasil, passearam por Fernando de Noronha, Natal, Salvador, Morro de São Paulo, e, finalmente, Aracaju. Pelo menos, é o roteiro que alegaram ter feito.

Quanto aos motivos do crime, são comuns para a espécie, que sempre visa ao lucro fácil, mas, aqui, as circunstâncias do delito são marcadas por um caráter mais aventureiro, demonstrando demasiado desprezo e destemor a respeito da aplicação da lei penal.

Importa avaliar ainda, na forma do artigo 42 da Lei 11.343, a natureza da droga (cocaína) e sua elevada quantidade (trezentos e sete quilos).

Levadas em consideração, portanto, todas estas circunstâncias, bem como as margens das sanções fixadas pelo legislador para o delito investigado, fixo a pena-base, para o réu-varão, em nove anos de reclusão, como incurso no crime de tráfico internacional de entorpecentes (artigo 33 da Lei 11.343).

Passando à segunda fase do sistema de apenamento, não vislumbro a ocorrência de qualquer atenuante.

Todavia, diviso a presença da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea *j*, do Código Penal, por considerar que o crime foi perpetrado em situação de naufrágio, bem como da agravante hospedada no artigo 62, inciso I, também do Código Penal, pois coube ao réu-varão promover, organizar e dirigir a atividade da sua companheira, razão pela qual aumento a pena-base em dois sextos (um sexto para cada agravante), chegando, então, ao montante de doze anos.

Por fim, chegando à terceira fase, reconheço a incidência da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso I, da Lei 11.343, decorrente da transnacionalidade do ilícito, e a aplico no seu grau máximo, isto é, majoro a sanção em mais dois terços, chegando, finalmente, ao total de vinte anos de reclusão, reprimenda que torno definitiva.

Quanto à pena de multa, aqui, com base no sistema bifásico (artigo 49 do Código Penal), arbitro-a em mil dias-multa, à razão de um vigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos.

No que diz respeito à ré Giorgia Pierguidi, as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59, do Código Penal, são mais favoráveis, já que não há notícia de conduta social maculada (fls. 470-475), tampouco de que tenha colaborado para o crime em igualdade de condições com o réu-varão. Não obstante, merece idêntica repressão a respeito da culpabilidade exacerbada e no tocante às circunstâncias do crime.

Consequentemente, fixo a pena-base em sete anos de reclusão.

Também não há atenuantes a serem consideradas. Entretanto, é aplicável a agravante encontrada no artigo 61, inciso II, alínea *j*, do Código Penal (situação de naufrágio), o que reclama a elevação da pena-base em um sexto, alcançando, pois, oito anos e dois meses de reclusão (artigo 33 da Lei 11.343).

Por fim, majoro a reprimenda em dois terços, por força da causa de aumento abrigada no artigo 40, inciso I, da Lei 11.343, chegando, por derradeiro, à pena de dez anos, dez meses e vinte dias de reclusão.

No pertinente à pena de multa, arbitro-a em oitocentos dias-multa, também à razão de um vigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos.

O regime inicial para o cumprimento das sanções é o fechado (artigo 33 do Código Penal).

Proceder às anotações de praxe e, após o trânsito em julgado, lançar os nomes dos réus no rol dos culpados.

Diante da notícia de que os réus já voltaram para a Itália, fls. 851-853, julgo prejudicado o pedido liminar encartado nas razões recursais, fl. 816.

Assim, também com o trânsito em julgado, cumprirá ao juízo da execução expedir os mandados de prisão, a serem encaminhado às autoridades policiais federais competentes, inclusive de âmbito internacional.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 9.697-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelantes: WAGNER FONSECA MENDONÇA, JOSÉ TARCÍSIO DE SÁ LEITÃO SOARES E MARCOS AURÉLIO CALIXTO
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. ELIABE FERNANDO DA CUNHA NUNES, CÍCERO AUGUSTO ALMEIDA E FRANCISCO MARIÑO DAS CHAGAS JÚNIOR

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. GESTÃO FRAUDULENTA. COOPERATIVA DE CRÉDITO RURAL. RELATÓRIO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. CONCESSÃO INDEVIDA DE CRÉDITO, ORA SEM GARANTIAS E A TAXAS E PRAZOS DIFERENCIADOS, ORA AUTORIZANDO SAQUES A DESCOBERTO.

- Réus com poder de gestão. Materialidade e autoria evidentes. Na ausência voluntária de defensor, nomeação de advogado para o ato. Ampla defesa observada.

- Obtenção fraudulenta de financiamento. Financiamento. Forma própria de empréstimo bancário que o vincula a um fim específico, não o confundindo em simples concessão de crédito sem destinação específica.

- Elementar objetiva do tipo primário não configurada. Penas fixadas com a estrita observada dos ditames legais.

- Provimento parcial dos recursos.

ACÓRDÃO

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

Recife, 18 de fevereiro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

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

Recorrem os réus ante sentença condenatória oriunda do Juízo da 11ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, que os teve como incurso nas penas do *caput* dos arts. 4º e 19, ambos da Lei nº 7.492/86.

Wagner Fonseca Mendonça afirma em suas razões recursais, em síntese, que houve nulidade da sentença por ausência de perícia técnica que demonstrasse, pormenorizadamente, as condutas delitivas praticadas. Quanto ao mérito, afirma que não poderia praticar o crime do qual foi incriminado por não possuir poder de mando ou decisão perante a instituição para tanto. Afirma ainda que sequer foi parte no procedimento administrativo a cabo do Banco Central do Brasil. Quanto ao fato em si, afirma que não havia impedimento legal para a prática dos atos referidos pela denúncia, de modo que configurada estava a atipicidade. Alternativamente à absolvição, requer a redução das penas impostas.

José Tarcísio de Sá Leitão Soares, por sua vez, em preliminar, afirma que houve nulidade por ausência de intimação do advogado para a oitiva de testemunha da acusação. Quanto ao mérito, sustenta que nunca teria agido sozinho na concessão de empréstimos, agindo sempre por deliberação de um grupo de pessoas que compunham a diretoria e o conselho fiscal, o que descaracterizaria o tipo em que condenado. Afirma ainda que o tipo do artigo 19 é de ser absorvido pelo tipo do artigo 4º da Lei nº 7.492/86, requerendo a aplicação do princípio da consunção. A exemplo do recorrente Wagner Fonseca Mendonça, afirma que houve nulidade da sentença por ausência de perícia técnica que demonstrasse, pormenorizadamente, as condutas delitivas praticadas, requerendo a reforma da sentença com sua absolvição, com fulcro no art. 386, II e VII, do Código de Processo Penal.

Marco Aurélio Calixto recorre afirmando que houve nulidade da sentença por ausência de perícia técnica que demonstrasse, pormenorizadamente, as condutas delitivas praticadas. Sustenta que os atos praticados estão todos revestidos de legalidade e razoabilidade, não tendo praticado qualquer ilícito. A exemplo do réu José Tarcísio de Sá Leitão Soares, também requer a aplicação do princípio da consunção afirmando também que a sentença aplicou sanções desproporcionais às definidas pelo próprio Banco Central. Ao final, requer a redução das penas impostas.

Com contrarrazões pela confirmação da sentença vieram os autos.

Em parecer da lavra do Dr. Francisco Chaves dos Anjos Neto, a douta Procuradoria Regional da República foi pelo provimento parcial dos recursos.

É o relatório.

À revisão regimental.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

A inicial acusatória descreve, basicamente, que os réus praticaram irregularidades na administração de uma cooperativa de crédito rural, ora com a concessão indevida de crédito, ora com a concessão de crédito sem garantias e a taxas e prazos diferenciados, ora autorizando saques a descoberto e ora concedendo empréstimos indevidamente. A sentença absolveu apenas um dos denunciados por entender que se caracterizava a hipótese de erro sobre a ilicitude do fato. Da absolvição, não houve irrisignação por parte do Ministério Público Federal.

Preliminarmente, tenho que não ocorreu nulidade por ausência de perícia referida pelos réus. É que os fatos foram trazidos a Juízo por relatório esmiuçadamente preparado pelo Banco Central do Brasil, com testemunhos e com arrazoado da acusação e da defesa, não se submetendo o magistrado à obrigatoriedade de determinar diligências outras se já se encontra suficientemente esclarecido dos fatos, exercitando assim a prerrogativa de decidir dentro do livre convencimento motivado.

Quanto à nulidade por ausência de intimação de advogado para a oitiva de testemunha, faticamente, isso não ocorreu. O que ocorreu foi a ausência do advogado, o que também não causou prejuízo para os réus dada à nomeação de advogado para patrocinar a defesa da parte ré.

Meritoriamente, tem-se que a responsabilidade dos réus no caso é patente, visto que ocupavam os cargos de Presidente da cooperativa; Gerente de posto no Município de Alto do Rodrigues e Contador/Gerente da agência de Assú, no Rio Grande do Norte, sendo todos eles membros do Comitê de Crédito da cooperativa, detendo, portanto, poder de gestão no âmbito daquela instituição.

No que se refere às condutas em si, todas estão detalhadamente descritas nos oito volumes que formam o caderno processual penal, sendo despiendo reproduzi-las aqui, mas, em homenagem ao princípio da ampla defesa, reproduzo o pronunciamento do magistrado de primeiro grau:

1.1. JOSÉ TARCÍSIO DE SÁ LEITÃO SOARES

Durante todo o período em que a Cooperativa de Crédito Vale do Assú – CREDIVALE – esteve ativa, o réu José Tarcísio de Sá Leitão Soares esteve no exercício da função de Presidente e cometeu atos hábeis a gerar responsabilização criminal, os quais se encontram suficientemente demonstrados no caderno processual.

Primeiramente, porque o réu se enquadra a contento nos requisitos necessários para a verificação do sujeito ativo para o tipo em apreço (art. 25 da Lei nº 7.492/86). Exercia, na época dos fatos, a função de Presidente e daí decorriam seus poderes de mando e, de especial modo, influência no Comitê de Crédito da Cooperativa.

Não bastasse ser o Presidente da Cooperativa, o réu se enquadrava como um dos 10 (dez) maiores devedores da cooperativa, segundo relatório do Banco Central -BACEN - (fl. 2 do apenso I e fl. 382 do Apenso II).

Durante o período de janeiro/2000 a julho/2001, o réu beneficiou-se de saques a descoberto em sua conta corrente, os quais resultaram saldos negativos em valores que excederam 22,4 (vinte e dois vírgula quatro) vezes o limite autorizado de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) (fl. 7 do apenso I).

A materialidade resta demonstrada também pelos seguintes fatos constantes do relatório do BACEN:

- Empréstimo no valor de R\$ 26.000,00 (vinte e seis mil reais) ao Sr. Domicio Soares Filgueira Filho com taxa e prazo de pagamento favorecidos em relação aos normalmente praticados pela Credivale, sendo os recursos transferidos para conta corrente do Sr. José Tarcísio de Sá Leitão (fl. 3 do Apenso I). Segundo declaração do gerente Wagner Fonseca Mendonça, o título referente ao mencionado empréstimo não foi encontrado nas dependências da Cooperativa;

- Empréstimo no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ao Sr. Josias Vicente Soares com taxa e prazo de pagamento favorecidos em relação aos normalmente praticados pela Credivale, sendo os recursos transferidos para conta corrente do Sr. José Tarcísio de Sá Leitão (fl. 3 do Apenso I). Segundo declaração do gerente Wagner Fonseca Mendonça, o título referente ao mencionado empréstimo não foi encontrado nas dependências da Cooperativa;

- Estorno de juros sem adiantamento a depositante nos valores de R\$ 36.571,70 (trinta e seis mil, quinhentos e setenta e um reais e setenta centavos) e R\$ 21.856,16 (vinte um mil, oitocentos e cinquenta e seis reais e dezesseis centavos) (fl. 8 do Apenso I);

- Crédito autorizado em sua conta da cooperativa no valor de R\$ 14.949,00 (catorze mil, novecentos e quarenta e nove reais) sem registro na contabilidade (fl. 8 do Apenso I).

Apesar de o réu afirmar em depoimento (43:08 da gravação) que os valores transferidos da conta corrente de Domicio e de Josias eram para saldar dívida proveniente da compra e venda de gado, de equipamento de irrigação e de “uma posse”, não há nos autos qualquer documento probatório do mencionado contrato.

No mesmo relatório do BACEN, foi constatado que no período de junho a outubro de 2000 e em maio de 2001, foram admitidos na conta da esposa do réu, Leidinete Cosme de Araújo, saques a descoberto que excederam 2,6 vezes o limite autorizado de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), cujo saldo

devedor foi liquidado com estorno de juros no importe de R\$ 1.460,38 (mil quatrocentos e sessenta reais e trinta e oito centavos) e com recursos advindos do Empréstimo A10123283-7.

Nessa senda, restou comprovada a gestão fraudulenta, bem como a obtenção, mediante fraude, de financiamento, haja vista que não há prova nos autos de que os valores foram utilizados para fins rurais.

Os fatos se enquadram na figura típica do artigo 4º, *caput*, e 19, ambos da Lei nº 7.492/86. No tocante ao delito do art. 10 da Lei nº 7.492/86, contudo, considero ter sido absorvido pelo delito de gestão fraudulenta (art. 4º da mesma lei), eis que idêntica a objetividade jurídica dos tipos penais, tendo sido a sua prática passo necessário para a consumação do delito.

1.2. WAGNER FONSECA MENDONÇA

Iniciou como contador da cooperativa, passando a ser Gerente da agência de Assú por volta do final do ano 2000.

Quando integrou a cooperativa, o réu já havia concluído o curso superior de contabilidade, portanto tinha pleno conhecimento técnico contábil acerca das transações efetuadas na Credivale.

O réu também se enquadra a contento nos requisitos necessários para a verificação do sujeito ativo para o tipo em apreço (art. 25 da Lei nº 7.492/86). Exercia, na época dos fatos, a função de Gerente, integrando, inclusive, o Comitê de Crédito da Cooperativa.

Em seu depoimento confirmou o fato de os órgãos responsáveis por definir a concessão de empréstimos eram o Comitê e a Diretoria da Cooperativa, portanto ações como permissão de saques a descoberto, abertura de crédito fixo – CACF – sem garantias, concessão de taxas e prazos diferenciados por clientes sem a formalização adequada dos contratos, concessão de empréstimos para liquidação de adiantamento a depositantes, foram indevidamente autorizadas pelo réu, na qualidade de Gerente da agência da Credivale em Assú, bem como integrante na de integrante do Comitê de Crédito.

Corroborando tal assertiva, o réu afirmou em seu interrogatório (38:35 da gravação) que recebia ligações de José Tarcísio pedindo para pagar cheques, ainda que o saldo fosse insuficiente para cobrir o valor do título.

Segundo relatório do BACEN, Wagner Fonseca Mendonça contratou dois empréstimos (A00121188-9 e A 10123575-5) com prazos e taxas favorecidas em relação às normalmente praticadas pela Cooperativa (fl. 6, Apenso I).

Às fls. 17 do Apenso I e 382 do Apenso II, verifica-se que o réu integra a lista dos 10 (dez) maiores devedores da cooperativa.

O fato de ter pago o financiamento não descaracteriza o delito de gestão fraudulenta, eis que tal crime é de mera conduta, não exigindo, para sua configuração, efetivo prejuízo à cooperativa.

Ressalte-se, ainda, o fato de os empréstimos não terem sido utilizados para fins rurais, já que o próprio réu afirma ter destinado os recursos para troca de seu automóvel, desrespeitando, assim, o art. 2º do Estatuto Social da Credivale - fl. 518, Apenso III).

Conclui-se que os fatos acima narrados enquadram-se na figura típica do artigo 4º, *caput*, e 19, ambos da Lei nº 7.492/86. Quanto ao delito do art. 10 da Lei nº 7.492/86, considero ter sido absorvido pelo de gestão fraudulenta (art. 4º da mesma lei), eis que idêntica a objetividade jurídica dos tipos penais.

1.3. MARCO AURÉLIO CALIXTO

Era gerente de um posto da Credivale no município de Alto do Rodrigues e integrava o Comitê de Crédito da Cooperativa, portanto se enquadra a contento nos requisitos necessários para a verificação do sujeito ativo para o tipo em apreço (art. 25 da Lei nº 7.492/86).

Segundo relatório do BACEN, Marco Aurélio contratou dois empréstimos (A00121130-7 e A10223598-8) com prazos e taxas favorecidas em relação às normalmente praticadas pela Cooperativa (fl. 6, Apenso I). Às fls. 17 do Apenso I e 382 do Apenso II, verifica-se que o réu integra a lista dos 10 (dez) maiores devedores da cooperativa.

Mencionados empréstimos não foram utilizados para fins rurais, mas para troca de seu automóvel, segundo afirmado pelo próprio réu em seu interrogatório (28:30 da gravação – fl. 329), desrespeitando, assim, o art. 2º do Estatuto Social da Credivale – fl. 518, Apenso III).

Como integrante do Comitê de Crédito da Credivale, participou de ações como permissão de saques a descoberto, abertura de crédito fixo – CACF– sem garantias, concessão de taxas e prazos diferenciados por clientes sem a formalização adequada dos contratos, concessão de empréstimos para liquidação de adiantamento a depositantes, já que todas essas ações necessitavam de sua assinatura como integrante do referido Comitê.

Portanto os documentos acostados aos autos e demais provas orais dão conta de que Marco Aurélio Calixto incorreu na figura típica do artigo 4º, *caput*, e 19, ambos da Lei nº 7.492/86.

Os fatos acima foram devidamente provados, não trazendo a defesa, com sua irresignação, primeiramente no Juízo *a quo*, e agora no segundo grau, apresentar qualquer elemento hábil a desconstituir as provas produzidas durante a instrução.

Penso, no entanto, que é preciso afastar a condenação pelo tipo do art. 19 da Lei nº 7.492/86, visto que as condutas dos réus não se enquadram no tipo ali descrito que contempla apenas a conduta “financiamento”, ação que não se equipara à conduta perpetrada pelos réus. Nesse sentido o parecer do Ministério Público Federal:

Em segundo lugar, observa-se que o tipo do art. 19 da Lei nº 7.492/86 possui um elemento normativo consubstanciado na expressão “financiamento”, de forma que a fraude aqui é praticada para a obtenção desse tipo específico de operação financeira, não sendo possível abarcar outras condutas não previstas na norma, como a renovação de empréstimo, ou a concessão de crédito pessoal. A esse respeito, veja-se o que expõe o sempre lembrado José Paulo Baltazar Junior (op. cit. p. 452), *in verbis*:

O tipo limita-se à obtenção de financiamento mediante fraude, distinguindo-se o financiamento do empréstimo porque aquele está vinculado ao custeio de operação determinada, tem finalidade certa, de conhecimento da instituição financeira (TRF4, AC 200170010111391, Tadaaqui Hirose, 7ª T., m., 1.12.09), enquanto empréstimo tem destinação livre (STJ, CC 18.959/SP, Cernicchiaro, 3ª S., u., DJ25.8.97; STJ, CC 65.074-MG, Carlos Mathias [Conv], 3ª S., u., 24.10.07; STJ, CC 104.893-SE, Arnaldo Lima, 3ª S., u., 10.3.10 [...]).

No mesmo sentido, o seguinte julgado do TRF1:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO. GERENTE DE AGÊNCIA BANCÁRIA. FRAUDE NA CONCESSÃO DE EMPRÉSTIMO PESSOAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL NÃO CARACTERIZADOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1) Os crimes por ora atribuídos ao paciente, nas razões do Ministério Público, a justificar a instauração do procedimento administrativo criminal, não podem ser considerados, ainda, como cometidos contra o Sistema Financeiro Nacional, que, na verdade, é o bem juridicamente tutelado pela Constituição Federal e pela Lei nº 7.492/86, porque, em princípio, são meros delitos patrimoniais, com repercussão apenas em uma das agências da instituição bancária, o que leva à competência da Justiça Estadual.

2) Por outro lado, para ser sujeito ativo do crime previsto no artigo 4º da Lei nº 7.492/86, o agente tem que ter, verdadeiramente, poder de gestão e de mando sobre a instituição financeira, eis que não basta ser simples empregado (bancário), mesmo que seja gerente de agência. Para ser responsabilizado penalmente, o poder de gestão do gerente sobre a instituição financeira deverá restar demonstrado.

3) Por sua vez, o delito previsto no artigo 19, da Lei nº 7.492/86, refere-se a financiamento, que não se confunde com empréstimo, que, em princípio, é a hipótese dos autos: concessão de pequenos empréstimos – crédito pessoal.

4) Logo, em princípio, a competência é da Justiça Estadual, eis que na Lei nº 7.492/86, que é norma especial, o bem jurídico tutelado é o sistema financeiro e a ordem econômica. Assim sendo, quando a conduta do agente não ameaça esses bens, não há que se falar em crime contra o Sistema Financeiro Nacional.

5) Ordem parcialmente concedida, para declarar a competência da Justiça Estadual, sem anulação dos atos praticados, que poderão ser perfeitamente ratificados no Juízo competente, conforme precedente da col. Su-

prema Corte, eis que o procedimento administrativo criminal encontra-se em fase de investigação.

(HC 200201000110108, Des. Fed. Plauto Ribeiro, *DJ* 21/06/2002, p. 110 - negritei.)

Ora, no caso dos autos, a denúncia não faz menção à obtenção de **financiamento** por meio fraudulento, mas sim à concessão de créditos fixos aos próprios réus e a terceiros sem garantias, a taxas e prazos diferenciados e sem formalização adequada dos contratos, ou seja, havia a realização de operações financeiras outras que não aquelas de ordem finalística (vale dizer, de forma predeterminada), tal como exige sugestivamente o art. 19 da Lei nº 7.492/86, o que já afasta a possibilidade de incidência do mencionado tipo.

Portanto, da leitura da inicial acusatória e da análise das provas carreadas aos autos, resta patente que as condutas dos ora apelantes enquadram-se, todas elas, no tipo de gestão fraudulenta, ao imprimirem uma administração voltada para seus próprios interesses, sendo notório que a concessão de créditos aos próprios acusados e a terceiros de forma irregular, mas sem um fim predeterminado, nada mais era do que uma das formas de consumação do delito do art. 4º da Lei nº 7.492/86, o mesmo não se podendo dizer do art. 19 do mesmo diploma legal, razão pela qual deve ser afastada a condenação dos apelantes, sob tal perspectiva, subsistindo tão somente o crime de gestão fraudulenta, como já delineado.

Quanto à dosimetria das penas, tem-se que não houve qualquer excesso. Há, de fato, circunstâncias favoráveis aos réus, mas há, também, circunstâncias desfavoráveis, havendo o magistrado, de maneira fundamentada e clara, exposto as razões para fixá-las, não trazendo a defesa razões para quaisquer alterações.

Por tudo exposto, dou parcial provimento às apelações, apenas para afastar a condenação pelo crime do art. 19 da Lei nº 7.492/86.

É como voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 2.671-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Suscitante: JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE BARREIROS (PE)
Suscitado: JUÍZO DA 26ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO - PALMARES (PE)
Parte A.: FAZENDA NACIONAL
Parte R.: ELIAS LAET DE HOLANDA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. AJUIZAMENTO NA JUSTIÇA ESTADUAL. INSTALAÇÃO DE VARA DA JUSTIÇA FEDERAL. DETERMINAÇÃO DE REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO FEDERAL. MUNICÍPIO QUE NÃO É SEDE, MAS É ABRANGIDO PELA JURISDIÇÃO DA NOVA VARA. PERSISTÊNCIA DA APLICABILIDADE DA REGRA DO ART. 109, PARÁGRAFO 3º, DA CF/88, E ART. 15, INCISO I, DA LEI Nº 5.010/66. CONHECIMENTO DO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTADUAL.

- Trata-se de Conflito Negativo de Competência, suscitado pelo Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Barreiros, nos autos de Execução Fiscal ajuizada pela Fazenda Nacional originariamente na Comarca de Barreiros/PE.

- O Juízo Estadual declinou da competência para o Juízo Federal da 26ª Vara Federal de Palmares/PE, tendo em vista a jurisdição da nova Vara Federal abranger o Município de Barreiros/PE.

- Disciplina o Código de Processo Civil que o conflito de competência poderá ser suscitado ao Presidente do Tribunal pelo juiz, por ofício; pela parte e pelo Ministério Público, por petição (art. 118, incisos I e II).

- Conforme dispõe a Súmula nº 3 do Superior

Tribunal de Justiça, “Compete ao Tribunal Regional Federal dirimir conflito de competência verificado, na respectiva região, entre Juiz Federal e Juiz Estadual investido de jurisdição federal”.

- Nos termos do art. 109, parágrafo 3º, da Carta Magna, e art. 15, inciso I, da Lei nº 5.010/66, compete ao Juiz Estadual, do foro do domicílio do executado, processar e julgar os executivos fiscais, sempre que a Comarca não seja sede de Vara Federal. A criação de Vara Federal em comarca vizinha não acaba com a competência federal delegada à Justiça Estadual. Precedentes do STJ: Terceira Seção, CC 111.409, Relator Ministro Celso Limongi, DJe 14.09.2010, p. 43, e Terceira Seção, CC 66.322-SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ 26/03/2007, p. 201). Precedentes desta Corte Regional: Pleno, CC 2.162, Relator Desembargador Federal Francisco de Barros Silva, unanimidade, DJe 30/06/2011, e Pleno, CC 2.009, Relator Desembargador Federal Manuel Maia, unanimidade, DJe 12/05/2011.

- A criação da Vara Federal de Palmares/PE, com jurisdição abrangendo o Município de Barreiros/PE, que não é sede de Vara da Justiça Federal, não faz deslocar a competência do Juízo Estadual, mantendo-se, assim, a competência do Juízo Estadual de Barreiros/PE.

- Conhecido o conflito negativo de competência para reconhecer a competência do Juízo Estadual de Barreiros/PE.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conhecer do conflito de competência para reconhecer a competência do Juízo Estadual, na forma do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 29 de janeiro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de Conflito Negativo de Competência, suscitado pelo Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Barreiros, nos autos de Execução Fiscal ajuizada pela Fazenda Nacional contra Elias Laet de Holanda.

A demanda originária tramitava perante Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Barreiros/PE, o qual declinou de sua competência, remetendo os autos à Justiça Federal, entendendo que não estava mais investido de jurisdição federal para processar e julgar a execução fiscal, tendo em vista a criação da 26ª Vara Federal de Palmares, cuja competência abrange o Município de Barreiros.

O Juiz Federal da 26ª Vara Federal de Pernambuco declarou-se incompetente, com amparo no art. 109, § 3º, da CF/88, c/c art. 15, inciso I, da Lei 5.010/1996, bem como da impossibilidade de declinação de competência sem provocação das partes pelo Juízo Originário, conforme os arts. 112, 113, 114, 87 e 578 do Código de Processo Civil e da Súmula nº 33 do STJ, remetendo os autos ao Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Barreiros.

O conflito de competência foi suscitado pelo Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Barreiros/PE, com fundamento no art. 105, Inciso I, letra d, da Constituição Federal, perante o egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme fls. 40/41. O eminente Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, após parecer ministerial, não reconheceu o presente conflito, remetendo os autos para esta colenda Corte Regional para dirimir o conflito.

Após o recebimento, os autos foram remetidos ao Ministério Público Federal que ofertou parecer, às fls. 60/63, opinando pela declaração da competência do Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Barreiros/PE, ora suscitado, sob o fundamento de

não poder o magistrado declarar a incompetência relativa de ofício.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Trata-se de conflito negativo de competência, suscitado pelo Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Barreiros, nos autos de Execução Fiscal ajuizada pela Fazenda Nacional contra Elias Laet de Holanda. A demanda originária tramitava perante Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Barreiros/PE, o qual declinou de sua competência, remetendo os autos à Justiça Federal, entendendo que não estava mais investido de jurisdição federal para processar e julgar a execução fiscal, tendo em vista a criação da 26ª Vara Federal de Palmares, cuja competência abrange o Município de Barreiros.

Conforme dispõe a Súmula nº 3 do Superior Tribunal de Justiça, “Compete ao Tribunal Regional Federal dirimir conflito de competência verificado, na respectiva região, entre Juiz Federal e Juiz Estadual investido de jurisdição federal”.

O Juízo Estadual atua em razão da competência delegada do âmbito federal para o estadual, prevista no art. 109, § 3º, *in fine*, da Constituição Federal, c/c o art. 15, inciso I, da Lei nº 5.010/66, que dispõem:

Art. 109.

(...)

§ 3º Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de Vara do Juízo Federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

Art. 15. Nas comarcas do interior onde não funcionar Vara da Justiça Federal (art. 12), os juízes estaduais são competentes para processar e julgar:

I - os executivos fiscais da União e de suas autarquias, ajuizado contra devedores domiciliados nas respectivas comarcas.

Assim, não havendo Vara do Juízo Federal na Comarca, a Justiça Estadual exerce competência delegada para processar e julgar as execuções fiscais propostas pela União e suas autarquias contra devedores nela domiciliados.

Foi exatamente isso que ocorreu. Como não havia Vara do Juízo Federal no Município de Barreiros/PE, a execução fiscal foi proposta pela Fazenda Nacional no Juízo Estadual, por ser este o domicílio fiscal da executada.

Com a criação da 26ª Vara Federal de Palmares/PE, o Juízo Estadual, por entender-se incompetente para processar e julgar a execução fiscal, ordenou a remessa dos autos ao Juízo Federal, com sede na cidade de Palmares/PE, com jurisdição abrangente do Município de Barreiros/PE.

Não sendo o Município de Barreiros/PE sede de Vara Federal, mas abrangido pela Jurisdição de Vara da Justiça Federal sediada no Município de Palmares/PE, permanece o Juízo Estadual competente para os fins do art. 109, § 3º, da Constituição Federal, c/c o art. 15, inciso I, da Lei nº 5.010/66.

Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR IDADE CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ART. 109, § 3º, DA CR/88. FORO. OPÇÃO PELO SEGURADO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. SUSCITADO.

1 - Extrai-se dos autos que o pedido do autor consiste na concessão de aposentadoria por idade, bem como na condenação do INSS ao pagamento de indenização por danos morais.

2 - O autor optou pela Justiça Estadual localizada no foro de seu domicílio, que por sua vez não possui Vara Federal instalada, nos termos do art. 109, § 3º, da CR/88.

3 - Entende esta Relatoria que o pedido de indenização por danos morais é decorrente do pedido principal, e a ele está diretamente relacionado.

4- Consoante regra do art. 109, § 3º, da CR/88 , o Juízo Comum Estadual tem sua competência estabelecida por expressa delegação constitucional.

5-Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara de Registro-SP. (STJ - CC 111.409 (2010/0064330-0) - 3ª S. - Rel. Min. Celso Limongi - *DJe* 14.09.2010 - p. 43)

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL E JUSTIÇA ESTADUAL. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR IDADE. CRIAÇÃO DE VARA FEDERAL EM COMARCA VIZINHA. IMPOSSIBILIDADE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 109, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES. CONFLITO NÃO CONHECIDO.

1. A criação de Vara Federal em comarca vizinha não acaba com a competência federal delegada à Justiça Estadual. Entendimento firmado por esta Corte Superior.

2. Não se forma o conflito de competência apenas com a irresignação do magistrado em cumprir decisão de Tribunal que reconhece a competência do suscitante.

3. Conflito de competência não conhecido.

(CC 66.322/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/02/2007, *DJ* 26/03/2007, p. 201)

Nesse sentido, vem decidindo esta Corte Regional, conforme julgados abaixo transcritos.

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA (CONCESSÃO DE AMPARO SOCIAL). AJUIZAMENTO NA JUSTIÇA ESTADUAL. INSTALAÇÃO DE VARA DA JUSTIÇA FEDERAL. DETERMINAÇÃO DE REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO FEDERAL. MUNICÍPIO QUE NÃO É SEDE, MAS É ABRANGIDO PELA JURISDIÇÃO DA NOVA VARA. PERSISTÊNCIA DA APLICABILIDADE DA REGRA DO ART. 109, PARÁGRAFO 3º, DA CF/88.

1. Compete ao TRF o julgamento de conflito de competência entre Juiz Federal e Juiz Estadual investido de competência federal, ambos da região correspondente.

2. Segundo o art. 109, parágrafo 3º, da CF/88, “serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domi-

cílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual”.

3. Não sendo, o Município de Murici – como efetivamente não o é – sede de Vara Federal, apenas sendo abrangido pela jurisdição de Vara da Justiça Federal sediada em outro município, permanece o Juízo Estadual competente para os fins do art. 109, parágrafo 3º, da CF/88.

4. “A criação de Vara Federal em comarca vizinha não acaba com a competência federal delegada à Justiça Estadual. Entendimento firmado por esta Corte Superior”. (Trecho da ementa do CC nº 66.322/SP, julgado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Maria Theresa de Assis Moura, j. em 28.02.2007, publ. em *DJ* de 26.03.2007)

5. Precedente desta Corte Regional: CC nº 1.266/CE (j. em 30.05.2007, Rel. Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, por unanimidade).

6. Pelo conhecimento do conflito, declarando-se competente o Juízo Estadual suscitado.

(TRF5, Pleno, CC 2.162, Relator Desembargador Federal Francisco de Barros Silva, unanimidade, *DJe* 30/06/2011)

PROCESSUAL CIVIL. AJUIZAMENTO DE AÇÃO PREVIDENCIÁRIA NA JUSTIÇA ESTADUAL. JUÍZO DE DIREITO INVESTIDO DE JURISDIÇÃO FEDERAL. DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA RELATIVA *EX OFFICIO*. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 33/STJ. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA CONHECIDO.

1. Nos termos do art. 109, parágrafo 3º, da Carta Magna, compete ao Juiz Estadual, do foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, processar e julgar as causas em que forem partes instituição de previdência social e segurado, sempre que a Comarca não seja sede de Vara Federal.

2. “A criação de Vara Federal em comarca vizinha não acaba com a competência federal delegada à Justiça Estadual.” Entendimento firmado por esta Corte Superior.” (CC 66.322/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/02/2007, *DJ* 26/03/2007, p. 201)

3. Tratando-se de causa previdenciária, subsiste a competência do juízo estadual, onde tem domicílio a parte autora da ação, quando não é sede de vara da Justiça Federal. Precedentes do Plenário: TRF-5ª R. - CC 000789 (200305990005747) - PB - TP - Rel. Des. Fed. Francisco Wildo Lacerda Dantas - *DJU* 16.07.2003 - p. 400; TRF-5ª R. - CC 2009.05.00.109808-6 - Rel. Des. José Baptista - *DJ* 22.02.2010 - p. 155.

4. É relativa, portanto indeclinável de ofício, a competência de que trata o parágrafo 3º do art. 109 da Constituição Federal de 1988. Aplicação da Súmula nº 33 do STJ. Precedentes do Pleno deste e. Tribunal (TRF-5ª R. - CC 000789 - (200305990005747) - PB - TP - Rel. Des. Fed. Francisco Wildo Lacerda Dantas - *DJU* 16.07.2003 - p. 400; TRF-5ª R. - CC 1.868/CE - TP - Rel. Des. Fed. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas - *DJe* 06.08.2010).

5. Conflito Negativo de Competência conhecido. Competência do Juízo Suscitado (Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Iati-PE).

(TRF5, Pleno, CC 2.009, Relator Desembargador Federal Manuel Maia, unanimidade, *DJe* 12/05/2011)

Ademais, o exercício da jurisdição federal delegada é de competência concorrente e relativa, não podendo ser declarada *ex officio* pelo juiz, mas apenas através de exceção de incompetência promovida pela parte.

Isso posto, conheço do conflito negativo de competência para reconhecer a competência do Juízo Estadual de Barreiros/PE, suscitante.

É como voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.592-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO
Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E BENEDITO CA-
SADO DA ROCHA
Apelados: OS MESMOS
Embargante: BENEDITO CASADO DA ROCHA
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ FRAGOSO CAVALCANTI E OUTROS

**EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AÇÃO CRIMI-
NAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCOR-
RÊNCIA DE AMBIGUIDADE, OMISSÃO, CON-
TRADIÇÃO OU OBSCURIDADE QUANTO AO
RÉU EMBARGANTE. REEXAME DA CAUSA.
IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DO MPF. COR-
REÇÃO DO VOTO E DO ITEM TREZE DA EMEN-
TA DO ACÓRDÃO. RETIFICAÇÃO DA PROCLA-
MAÇÃO DO JULGAMENTO. EMBARGOS DE
DECLARAÇÃO DO MPF PROVIDOS. EMBAR-
GOS DE DECLARAÇÃO DO RÉU IMPROVIDOS.
- Embargos de declaração do réu opostos do
acórdão que manteve a sentença que reduziu a
pena de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de re-
clusão para 3 (três) anos de reclusão e excluiu a
condenação ao pagamento de R\$ 40.689,24 (qua-
renta mil, seiscentos e oitenta e nove reais e vin-
te e quatro centavos) e manteve a pena de inabi-
litação para o exercício de cargo ou função pú-
blica pelo prazo de 5 (cinco) anos pela prática do
crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/
67.
- Alegativa de nulidade do acórdão referente à
ausência de pronunciamento acerca do impedi-
mento do Des. Federal Convocado Rubens de
Mendonça Canuto, que recebeu a denúncia em
primeiro grau e realizou o seu interrogatório, de
forma que não poderia ele atuar como julgador**

do recurso neste Tribunal e, ainda, sobre a nulidade do processo em face da nomeação de defensora dativa para apresentação de alegações finais, sem que tivesse havido a intimação da defensora constituída.

- A norma do art. 252 do CPC há de ser interpretada de forma a vedar que o julgador na instância inferior, que se pronunciou sobre a questão de forma meritória, volte a se manifestar novamente em grau recursal, e também no sentido de que o juiz de primeira instância, convocado para atuar como desembargador substituto no Tribunal, ao regressar para o juízo monocrático original, profira sentença em processo no qual tenha atuado em questão meritória em segunda instância.

- Apesar de o Des. Federal Convocado Rubens Canuto, em primeiro grau, ter recebido a denúncia e realizado a instrução criminal, com o interrogatório do réu, não foi ele o prolator da sentença condenatória.

- Situação não se enquadra no impedimento do art. 252, II, do CPP, porque o juiz prolator da sentença não conheceu da causa em grau de recurso, quando des. federal substituto, não havendo ofensa à imparcialidade ou ao princípio do duplo grau de jurisdição. Ressalte-se que o recebimento da denúncia por ele não vinculou o Des. Federal Rubens Canuto, que poderia ter absolvido o réu após a análise das provas neste Tribunal, na qualidade de desembargador.

- Acórdão que se pronunciou expressamente sobre a alegação de nulidade do processo em face da nomeação de defensora dativa para apresentação de alegações finais, deixando consignado que “O advogado constituído foi intimado para a apresentação das alegações finais (fl. 211), todavia, deixou transcórrer em branco o prazo legal”, sendo então nomeado defensor

dativo para a apresentação da referida peça e que não seria “necessária a intimação do réu para constituir novo advogado. Tal providência seria necessária apenas em caso de renúncia do defensor constituído, o que não veio a ocorrer”.

- A decisão embargada está devidamente fundamentada, eis que apreciou todas as questões trazidas à baila, não contendo nenhum vício.

- O Juiz não está obrigado a julgar a questão posta de acordo com o pleiteado pelas partes, mas, sim, com o seu livre convencimento; para tanto, vale-se do exame dos fatos e dos aspectos pertinentes ao tema, das provas produzidas, e da doutrina e da jurisprudência que reputar aplicáveis ao caso concreto.

- O reexame da matéria não é permitido nas vias estreitas dos embargos de declaração, mas, apenas, por meio dos recursos ordinário e/ou extraordinário.

- Existência de erro material no acórdão, que, apesar de apreciar no corpo do voto o recurso do MPF que visava à majoração da pena do réu, deixou de consignar na parte dispositiva do voto e na ementa, bem como na proclamação do julgamento, o resultado da decisão.

- Constatação de erro material de correção possível, na forma prevista no artigo 463, inciso I, do Código de Processo Civil - CPC.

- Dispositivo do voto que passará a ter a seguinte redação: “ante o exposto, dou provimento, em parte, à apelação do réu, apenas para reduzir a pena privativa de liberdade para 3 (três) anos de reclusão e excluir a condenação ao pagamento de R\$ 40.689,24 (quarenta mil, seiscentos e oitenta e nove reais e vinte e quatro centavos) e nego provimento à apelação do Ministério Público Federal”. Retificação do voto.

- Cabeçalho da Ementa a expressão “APELO DO MPF IMPROVIDO” e no item 13 da Ementa deve-

rá constar “Apelação do réu provida em parte, apenas para reduzir a pena privativa de liberdade para 3 (três) anos de reclusão e para excluir a imposição de reparação mínima do dano e apelação do MPF improvida”.

- Na proclamação do julgamento, deve constar “Decide o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento, em parte, à apelação do réu e negar provimento à apelação do MPF, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator, e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado”.

- Embargos de declaração do réu improvidos. Embargos de declaração do MPF providos, para a correção do erro material.

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 aos embargos de declaração do réu e dar provimento aos embargos de declaração do MPF, para retificar o erro material do julgamento, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 13 de fevereiro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Embargos de declaração opostos por Benedito Casado da Rocha e pelo Ministério Público Federal em face do v. acórdão de fls. 244/256, assim ementado:

PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90. PRESCRIÇÃO RETROATIVA NÃO CONFIGURADA. SÓCIO-ADMINISTRADOR. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE AO CONTADOR DA EMPRESA. PARTICIPAÇÃO DE AMBOS NO FATO DELITUOSO. OMISSÃO DA PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES RELEVANTES AO FISCO. SUPRESSÃO DE TRIBUTOS. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E DE MULTA NO MÍNIMO LEGAL. CONTINUIDADE DELITIVA TAMBÉM NA FRAÇÃO MÍNIMA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. APELAÇÃO IMPROVIDA. RECURSOS IMPROVIDOS.

1. Impossibilidade de declaração da extinção da punibilidade pela incidência da prescrição retroativa. Considerando a pena aplicada de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão, excluída a pena do crime continuado, entre a data da constituição definitiva do crédito tributário (14.01.2008) e a data do recebimento da denúncia – 07.10.2008, e a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença condenatória (04.11.2009), não transcorreu o lapso temporal de 4 (quatro) anos, necessário à configuração da prescrição pela pena aplicada.

2. Apelantes que declararam valores inferiores à renda auferida pela empresa nos DARF's para pagamento dos tributos, com o objetivo de reduzi-los e suprimi-los. Responsabilidade pela omissão na prestação de informações relevantes ao Fisco. Conduta que se subsume ao tipo penal.

3. A opção de não declarar informações relevantes ao Fisco que dariam ensejo à cobrança de vários tributos – IRPJ, PIS, CSSL, e COFINS –, de valor significativo (R\$ 414.401,43), reveste-se de dolo. Autoria e materialidade delituosa comprovadas.

4. Presença do dolo específico, ou seja, o intuito de fraudar o Fisco pelo agente do ilícito, uma vez que os DARF's preenchidos pelo contador e utilizados pelo administrador da firma continham valores menores do que os contabilizados nos livros da empresa a fim de reduzir os tributos devidos.

5. Pena-base do crime previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90 aplicada acima do mínimo legal (2 anos e três meses de reclusão). As consequências do delito foram conside-

radas de forma desfavorável aos apelantes, porque o valor (R\$ 414.401,43), além de elevado, refere-se a tributos como o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, sonogados pela empresa, que compõem o **FUNDEF**, fundo do Governo Federal destinado à melhoria da educação fundamental no país, autorizando um aumento da pena em três meses acima do mínimo legal de 2 (dois) anos.

6. Aumento da pena com relação à continuidade delitiva, na fração de 1/6 (um sexto). Pena definitiva fixada em 2 (dois) anos e 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão para o crime previsto no art. 1º, inc. I, do Código Penal.

7. Pena de multa fixada em 50 (cinquenta) dias-multa, correspondendo cada dia-multa ao valor de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

8. Regime aberto como inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade – art. 33, § 1º, c, § 2º, c, do CP. Substituição das penas privativas de liberdade por duas restritivas de direito, no caso, a prestação de serviços à comunidade em entidade a ser indicada pelo Juízo de Execução e a prestação pecuniária também a ser indicada pelo Juízo de Execução.

9. Apelações criminais improvidas.

Sustentou o embargante/réu a nulidade absoluta do acórdão, em face do impedimento do Des. Federal Convocado Rubens de Mendonça Canuto, pois este recebeu a denúncia em primeiro grau e realizou o seu interrogatório, de forma que não poderia ele atuar como julgador do recurso neste Tribunal, e, ainda, a nulidade do processo em face da nomeação de defensora dativa para apresentação de alegações finais, ressaltando que deveria ter havido a intimação da defensora constituída ou a dele, para constituir novo advogado, salientando que as alegações finais apresentadas pela defensora dativa foram imprestáveis, havendo prejuízo à sua defesa.

Pedi que o Tribunal se pronuncie sobre a matéria, com o consequente provimento dos embargos, com o fito de que sejam corrigidas as contradições apontadas, emprestando-lhes efeitos infringentes – fls. 258/265.

Em seus embargos, requer o MPF a omissão do acórdão acerca do pronunciamento do resultado do julgamento do recurso por

ele interposto, visto que não constou da parte final do voto menção ao provimento, ou não, de sua apelação – fls. 269/274.

A douta Procuradoria da República, em sua impugnação aos embargos do réu, sustenta a inexistência de omissão e contradição, porque a questão fora diretamente analisada no acórdão embargado, requerendo, ao fim, a rejeição dos embargos, afirmando que o embargante visa apenas o rejuízo da causa – fls. 722/725.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Os Embargos, ao meu sentir, não merecem prosperar.

Somente cabem embargos de declaração quando “*houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão*” (art. 619 do Código de Processo Penal - CPP). E, conforme se vê da leitura do julgado, o acórdão enfrentou as questões discutidas, em consonância com os dispositivos da legislação adjetiva penal; por isso, não se os pode ter por pertinentes.

Com relação ao embargante réu, não há omissão, contradição, ambiguidade ou obscuridade a justificar os presentes declaratórios.

Sustenta ele a existência de nulidade porque o Des. Federal Convocado Rubens Canuto não poderia julgar o presente processo em grau de recurso, porque ele recebeu a denúncia em primeiro grau e realizou o interrogatório na instrução criminal.

Quanto à questão do impedimento do Des. Federal Convocado Rubens Canuto, entendo que o referido impedimento não existe.

O impedimento é circunstância que afeta a garantia constitucional da imparcialidade do julgador.

Dispõe o art. 252 do Código de Processo Civil:

Art. 252 - O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: (Grifo nosso).

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

A norma do art. 252 do CPC há de ser interpretada de forma a vedar que o julgador na instância inferior, que se pronunciou sobre a questão de forma meritória, volte a se manifestar novamente em grau recursal.

Quanto à hipótese de impedimento, deve-se analisar a norma não literalmente, mas na vontade da lei nela manifestada, segundo a qual visa proibir que o magistrado aprecie a mesma questão no momento do processo, por mais de uma vez, em segundo grau de jurisdição, assegurando-se, com isso, a imparcialidade.

Apesar do Des. Federal Convocado Rubens Canuto, em primeiro grau, ter recebido a denúncia e realizado a instrução criminal, com o interrogatório do réu, não foi ele o prolator da sentença condenatória.

Note-se que tal situação não se enquadra no impedimento do art. 252, II, do CPP, porque o juiz prolator da sentença não conheceu da causa em grau de recurso, quando Des. Federal Substituto, não havendo ofensa à imparcialidade ou a princípio do duplo grau de jurisdição.

Ressalte-se que o recebimento da denúncia por ele não vinculou o Des. Federal Rubens Canuto, que poderia ter absolvido o réu após a instrução criminal e a análise das provas neste Tribunal, na qualidade de Desembargador.

Não há, portanto, a nulidade por suposto impedimento do juiz.

Com relação à omissão do acórdão acerca da nulidade do processo em face da nomeação de defensora dativa para apresentação de alegações finais, afirmando que deveria ter havido a intimação da defensora constituída ou a dele, para constituir novo advogado para a apresentação da peça processual, razão não assiste ao embargante.

O acórdão se pronunciou expressamente sobre a matéria, conforme trechos que ora transcrevo:

Com relação à preliminar de nulidade, razão não assiste ao apelante.

O advogado constituído foi intimado para a apresentação das alegações finais (fl. 211), todavia, deixou transcorrer em branco o prazo legal, conforme certidão de fl. 212.

Em face da certidão de fl. 212, o sentenciante determinou a nomeação de um defensor dativo para a apresentação da peça processual, o que foi feito, sem qualquer prejuízo à defesa do apelante - fls. 217/218.

Nem se argumente que seria necessária a intimação do réu para constituir novo advogado. Tal providência seria necessária apenas em caso de renúncia do defensor constituído, o que não veio a ocorrer.

Nesse sentido já decidiu o col. Supremo Tribunal Federal e também esta eg. Turma:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENALE PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. MARCOS INTERRUPTIVOS. ARTIGO 117 DO CÓDIGO PENAL. SUSPEIÇÃO. PRESUNÇÃO RELATIVA DE PARCIALIDADE. EXCEÇÃO NÃO APRESENTADA. PRECLUSÃO. ALEGAÇÕES FINAIS. INÉRCIA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO DEVIDAMENTE INTIMADO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. NULIDADE INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA.

1. O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva exige que o transcurso do prazo fixado no art. 109 do Código Penal tenha ocorrido entre os marcos interruptivos listados no art. 117 do Código Penal.

2. A presunção de parcialidade nas hipóteses de suspeição é relativa, pelo que cumpre ao interessado argui-

la na primeira oportunidade, sob pena de preclusão. Precedente.

3. A providência de nomear defensor dativo ao réu, cujo advogado não apresentou alegações finais, a despeito da sua regular intimação, afasta a alegação de nulidade do processo penal. Precedente.

4. A intimação do réu para constituir novo procurador, em razão da omissão de seu advogado, somente é exigida quando ocorre a renúncia do defensor constituído. Precedente.

5. Ordem denegada.

(HC 107.780, Relator(a) Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 13/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO *DJe-191* DIVULG 04-10-2011 PUBLIC 05-10-2011)

PENAL. PORTE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. RECEPÇÃO QUALIFICADA E USO DE DOCUMENTO FALSO. COMPETÊNCIA *RATIONE LOCI*. PRORROGAÇÃO VERIFICADA. ADVOGADO CONSTITUÍDO. DESÍDIA. DEFENSOR NOMEADO. INTIMAÇÃO. *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. COMPROVAÇÃO. CRIME DE PORTE. *ABOLITIO CRIMINIS TEMPORALIS*. INOCORRÊNCIA.

(...)

2. *In casu*, deixou a defesa de apresentar, no prazo legal, exceção de incompetência quanto às infrações consumadas na cidade de João Pessoa/PB, pelo que resta preclusa a arguição (STJ, 6ª T., HC 95.118, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* 06.09.2010).

3. Quando o advogado constituído pelo réu, em sede de alegações finais, deixa de impugnar um dos crimes imputados a seu cliente, embora posteriormente intimado para suprir a falta, inexistente nulidade processual se o magistrado remete os autos à Defensoria Pública da União e esta, satisfatoriamente, enfrenta o ponto omitido, porquanto, no âmbito processual penal, nenhum ato será reputado nulo, se da nulidade não advier prejuízo para qualquer uma das partes (CPP, art. 563), em atenção ao brocardo *pas de nullité sans grief*.

4. No caso, o juiz, em atenção ao postulado constitucio-

nal da ampla defesa, ao suprir a deficiência técnica do patrono do réu, provocando a atuação do defensor público, laborou em consonância com o entendimento suscitado no col. STF, segundo o qual “A providência de nomear defensor dativo ao réu, cujo advogado não apresentou alegações finais, a despeito da sua regular intimação, afasta a alegação de nulidade do processo penal”. (1ª T., HC 107.780-BA, Relator(a) Min. Cármen Lúcia, DJe 05/10/2011)

(...)

10. Apelação desprovida.

(ACR 200984000057295, Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, TRF5 - Terceira Turma, DJe - Data: 26/11/2012 - Página: 301.) - fls. 244/246.

O fato de a tese defendida pelo ora embargante não ter sido analisada ao seu gosto não configura contradição, eis que a decisão encontra-se devidamente fundamentada.

O magistrado não tem o dever de apreciar todos os pontos trazidos pelas partes se apenas um deles tem força para firmar sua convicção. Não há obrigatoriedade de se esmiuçar todos os pontos arrazoados pelas partes, pois basta a explicitação dos motivos norteadores do convencimento. Nesse sentido esta Corte já se manifestou:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. APELAÇÃO CRIMINAL. ESCÂNDALO DA MANDIOCA. PECULATO. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. INEXISTÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. REDISSCUSSÃO DE QUESTÕES DIRIMIDAS PELA C. TURMA. IMPOSSIBILIDADE.

- Embargos declaratórios opostos à minguada dos requisitos previstos no art. 619 do CPP, haja vista que o Ministério Público Federal apenas intenta devolver a este órgão fracionário os fundamentos já examinados por ocasião do julgamento da apelação.

- Trata-se de aresto cujo teor manteve incólume o veredicto absolutório proferido pela MM. Juíza Federal da 18ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, porquanto constatada a inexistência de provas para a condenação (CPP, art. 586, inciso VI).

- Na esteira da jurisprudência do c. STJ, “ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que ele entender atinente à lide. Não está obrigado o magistrado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso”. (STJ, REsp 640.511-PR, Relator o e. Ministro José Delgado, decisão unânime da Primeira Turma em 05/08/2004, publicada no DJ de 20/09/2004)

- A ação criminal fora instaurada no fito de perquirir a prática de delitos cujos fatos remontam aos idos de 1979/1980, que ficaram conhecidos neste Estado de Pernambuco como Escândalo da Mandioca.

- Nesse passo, salta aos olhos que, mesmo se modificado o acórdão e cominada a pena em seu máximo legal de 12 (doze) anos, o que não seria de se esperar, far-se-ia mister se reconhecer consumada a extinção da punibilidade pela prescrição (CP, art. 109, inciso II), até porque, conforme é cediço, o decurso do prazo prescricional não é interrompido pela sentença absolutória.

- Embargos declaratórios rejeitados, à míngua dos pressupostos legais de oposição.

(TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO, EDACR - 4.769/01/PE, Primeira Turma, Decisão: 05/07/2007, DJ - Data: 14/08/2007 - Página: 538 - Nº: 156, Desembargador Federal José Maria Lucena)

Em suma, o juiz não está obrigado a julgar a questão posta de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento; para tanto, vale-se do exame dos fatos e dos aspectos pertinentes ao tema, das provas produzidas, e da doutrina e da jurisprudência que reputar aplicáveis ao caso concreto.

Deveras a pretensão do embargante parece mesmo ser a de que a matéria, pelo mérito, seja reexaminada. Ora, este Tribunal não pode, nas vias estreitas dos embargos de declaração, proferir um novo julgamento do tema trazido a lume, para modificar *in totum* a decisão proferida, o que seria da competência dos colendos Supremo Tribunal Federal, ou do Superior Tribunal de Justiça, por meio, respectivamente, dos Recursos Extraordinário ou Ordinário.

Se a pretensão é a de um novo julgamento da causa, tal não se comporta em sede de embargos de declaração.

Ademais (nunca é bastante rememorar) os embargos são cabíveis, apenas, das decisões onde houver ambiguidade, omissão, obscuridade ou contradição, tal como preceitua o artigo 619 do CPP; não concorrendo qualquer desses pressupostos de admissibilidade, averbando a devida vênia aos que se posicionem em sentido oposto, não vejo como se possa acolher o presente recurso, nem mesmo para os fins de prequestionamento.

Realmente assiste razão ao Ministério Público Federal no tocante à ocorrência de um erro material consistente em que, na parte dispositiva do voto e da ementa, não constou o resultado do julgamento do recurso ministerial.

O recurso do MPF foi devidamente analisado, conforme trecho que ora transcrevo:

Requer o MPF o aumento da pena-base, afirmando que a culpabilidade do réu seria elevada, por ter colocado em risco a precária saúde pública e a conduta social péssima, por ter traído seus eleitores, perpetuando a miséria na localidade.

Em sentido oposto, requer o apelante a redução da pena-base, afirmando que ela foi exacerbada, pois os requisitos do art. 59 do CP lhe eram favoráveis, exceto as consequências do delito.

A r. sentença, em atenção às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, fixou a pena-base em mais do que o dobro do mínimo legal de 2 (dois) anos (quatro anos e seis meses de reclusão), por haver valorado negativamente apenas as consequências.

Embora respeitado o sistema trifásico imposto pelo diploma penal, a observância das circunstâncias judiciais do art. 59 do ora apelante não se justifica, com a máxima vênia, a exasperação da pena-base em mais do que o dobro do mínimo legal.

(...)

Todavia, as consequências do delito são graves, porque o réu, apesar de ter firmado o convênio para o combate à

dengue, utilizou parte das verbas para outros fins, e ainda sacou indevidamente, em seu nome e favor, parte das verbas públicas, e, com isso, assumiu o risco de prejudicar uma população já pobre, que necessitava das verbas para sanar epidemia de dengue, causada pela proliferação do mosquito *Aedes Aegypti*, que, se não freada, poderá ocasionar o óbito de inúmeros cidadãos.

Desta forma, ante a presença de 1 (uma) circunstância desfavorável ante as 8 (oito) a serem consideradas para a fixação da pena, nos termos do art. 59 do Código Penal, não há impedimento à fixação da pena-base em 3 (três) anos de reclusão, mais próxima do mínimo legal de 2 (dois) anos do que do máximo legal de 12 (doze) anos de reclusão, tornada definitiva ante a ausência de agravantes e atenuantes e de majorantes ou minorantes. - fls. 249/250.

O equívoco está patenteado e configura erro material, possível de ser sanado a qualquer tempo, e mesmo de ofício, nos termos do artigo 463, inciso I, do Código de Processo Civil - CPC.

Observo que na parte dispositiva do voto está assim escrito:

Ante o exposto, dou provimento, em parte, à apelação do réu, apenas para reduzir a pena privativa de liberdade para 3 (três) anos de reclusão e excluir a condenação ao pagamento de R\$ 40.689,24 (quarenta mil, seiscentos e oitenta e nove reais e vinte e quatro centavos). - fl. 252.

Para evitar futuras alegações de nulidade, corrijo o erro material, para que o parágrafo do voto passe a ter a seguinte redação:

Ante o exposto, dou provimento, em parte, à apelação do réu, apenas para reduzir a pena privativa de liberdade para 3 (três) anos de reclusão e excluir a condenação ao pagamento de R\$ 40.689,24 (quarenta mil, seiscentos e oitenta e nove reais e vinte e quatro centavos) e nego provimento à apelação do Ministério Público Federal. - fl. 252.

Também passará a constar no cabeçalho da ementa a expressão “APELO DO MPF IMPROVIDO” e no item 13 da ementa deverá constar “apelação do réu provida em parte, apenas para reduzir a pena privativa de liberdade para 3 (três) anos de reclusão e para excluir a imposição de reparação mínima do dano e apelação do MPF improvida” - fls. 254 e 256.

Por fim, na proclamação do julgamento, deve constar “*Decide o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento, em parte, à apelação do réu e negar provimento à apelação do MPF, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator, e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado*” - fl. 256.

Ante o exposto, nego provimento aos embargos de declaração do réu e dou provimento aos embargos de declaração do Ministério Público Federal, para corrigir o erro material constante do voto e da ementa, retificando-se o julgamento proferido nesta colenda Terceira Turma – ver fls. 252, 254 e 256 –, devendo ser efetuadas as anotações, intimações e publicações de estilo. Expedientes necessários. Cautelas.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 5.370-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Impetrante: ESTEVAM MARTINS DA COSTA NETTO
Impetrado: JUÍZO DA 14ª VARA FEDERAL DA PARAÍBA - PATOS
Paciente: JANDERLEY BATISTA DE SOUSA

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE AMEAÇA. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA. REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. INOCORRÊNCIA. FORMALIDADE. PRESCINDIBILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

- Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de JANDERLEY BATISTA DE SOUSA, apontando como autoridade coatora o Juízo Federal da 14ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba.

- Paciente indiciado pela suposta prática do cri-

me previsto no art. 147 do CP (ameaça) quando, na qualidade de Presidente da Colônia de Pescadores do Município de Coremas/PB, entre os dias 22 e 24 de fevereiro de 2011, ameaçou INÁCIO MACHADO DE SOUZA FILHO – Superintendente Regional do Trabalho e Emprego na Paraíba – e outros servidores do Ministério do Trabalho, no momento em que as aludidas vítimas efetuavam visita técnica em Coremas para facilitar o requerimento, por parte dos pescadores artesanais, do benefício do Seguro-Desemprego Pescador Artesanal.

- Alegação de ausência de condição de procedibilidade pela falta de representação da vítima por se tratar de crime de ação penal pública condicionada.

- Suficiente o Ofício nº 22/2011, subscrito pela vítima INÁCIO MACHADO DE SOUZA FILHO e recebido pela autoridade policial em 03/03/2011, narrando os fatos e demonstrando o interesse em ver o ofensor processado, tendo-o como representação em desfavor do autor do fato para fins de processamento da persecução penal, prescindindo, pois, a ação penal de qualquer formalidade. Precedentes do STF.

- Quanto às demais vítimas, também servidores do MTE, foi reconhecida a extinção da punibilidade em favor do paciente, pela ocorrência de decadência, nos termos do art. 38, CPP, c/c art. 107, IV, do CP, em face da ausência de manifestação daquelas no prazo legal, não sendo o caso, pois, de extensão de tal decisão à vítima restante, INÁCIO MACHADO DE SOUZA FILHO.

- O trancamento de ação penal é medida extrema, que somente se permite nos restritos casos de atipicidade flagrante da conduta, de ausência de elementos mínimos a embasar a acusação ou ocorrência de extinção de punibilidade.

- Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 27 de fevereiro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Estevam Martins da Costa Netto em favor de JANDERLEY BATISTA DE SOUSA, qualificado nos autos, contra ato abusivo supostamente perpetrado pelo MM. Juiz Federal Substituto no exercício da 14ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba, Dr. CLÁUDIO GIRÃO BARRETO, por determinar, nos autos do Inquérito Policial nº 0000736-54.2012.4.05.8202, a realização de audiência preliminar (designada para o próximo dia 19/02/2014) para composição de danos civis e eventual transação penal (art. 76, Lei nº 9.099/95), a despeito de a vítima não ter apresentado representação no prazo legal (fls. 02/08).

Consta nos autos que o paciente foi indiciado pela suposta prática do crime previsto no art. 147 do CP (ameaça) quando, na qualidade de Presidente da Colônia de Pescadores do Município de Coremas/PB, entre os dias 22 e 24 de fevereiro de 2011, ameaçou INÁCIO MACHADO DE SOUZA FILHO – Superintendente Regional do Trabalho e Emprego na Paraíba – e outros servidores do Ministério do Trabalho, no momento em que as aludidas vítimas efetuavam visita técnica em Coremas para facilitar o requerimento, por parte dos pescadores artesanais, do benefício do Seguro-Desemprego Pescador Artesanal.

O impetrante alega, em síntese, ausência de condição de procedibilidade, porquanto o crime de ameaça, em sendo de ação

penal pública condicionada, exige para seu processamento a representação da vítima, o que teria acarretado a extinção da punibilidade pela decadência, com base no art. 38 do CPP, c/c art. 107, IV, do CP.

Invoca, ainda, inépcia da denúncia, bem como discriminação em desfavor do paciente, porquanto a autoridade judicial coatora teria reconhecido a extinção da punibilidade pela decadência no que toca à suposta ameaça cometida em face das demais vítimas, questionando a não extensão de tal decisão à vítima restante.

Para comprovação do alegado, juntou os documentos de fls. 11/109.

Informações prestadas às fls. 117/118 (documentos fls. 119/123), onde a autoridade coatora informou que, tendo em vista a ausência de formalidades legais para apresentação da representação, reconheceu o Ofício nº 22/2011 (fl. 119), subscrito pela vítima INÁCIO MACHADO DE SOUZA FILHO e recebido pela autoridade policial em 03/03/20011, como representação em desfavor do autor do fato, para fins de processamento da persecução penal.

Informou, ainda, que, quanto às demais vítimas, também servidores do MTE, foi reconhecida a extinção da punibilidade em favor do paciente, pela ocorrência de decadência, nos termos do art. 38, CPP, c/c art. 107, IV, do CP, em face da ausência de manifestação daquelas no prazo legal.

Decisão indeferindo o pedido liminar, fls. 125/126.

Parecer do Ministério Público Federal acostado às fls. 129/131, assim ementado:

HABEAS CORPUS. PEDIDO DE TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. CRIME DE AMEAÇA. ART. 147, CP. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. INEXIGÊNCIA DE FORMALIDADES.

- o crime de ameaça é de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, não exigindo a doutrina e a jurisprudência maiores formalidades na sua confecção, mas tão somente que seja demonstrada a intenção da vítima

ou seu representante em ver desencadeada a persecução criminal pelo Estado.

- Parecer pela denegação da ordem.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JANDERLEY BATISTA DE SOUSA, apontando como autoridade coatora o Juízo Federal da 14ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba.

Noticiam os autos que o paciente foi indiciado pela suposta prática do crime previsto no art. 147 do CP (ameaça) quando, na qualidade de Presidente da Colônia de Pescadores do Município de Coremas/PB, entre os dias 22 e 24 de fevereiro de 2011, ameaçou INÁCIO MACHADO DE SOUZA FILHO – Superintendente Regional do Trabalho e Emprego na Paraíba – e outros servidores do Ministério do Trabalho, no momento em que as aludidas vítimas efetuavam visita técnica em Coremas para facilitar o requerimento, por parte dos pescadores artesanais, do benefício do Seguro-Desemprego Pescador Artesanal.

O impetrante alega, em síntese, ausência de condição de procedibilidade, porquanto o crime de ameaça, em sendo de ação penal pública condicionada, exige para seu processamento a representação da vítima, o que teria acarretado a extinção da punibilidade pela decadência, com base no art. 38 do CPP, c/c art. 107, IV, do CP.

Invoca, ainda, inépcia da denúncia, bem como discriminação em desfavor do paciente, porquanto a autoridade judicial coatora teria reconhecido a extinção da punibilidade pela decadência no que toca à suposta ameaça cometida em face das demais vítimas, questionando a não extensão de tal decisão à vítima restante.

Pois bem.

Entendo que a ordem deve ser denegada. Explico.

Primeiramente, é sabido que o trancamento de ação penal é medida judicial extrema, que somente se permite nos restritos casos de atipicidade flagrante da conduta, de ausência de elementos mínimos a embasar a acusação ou ocorrência de extinção de punibilidade.

Nessa moldura, não encontro, na espécie, condições para atendimento do pleito, entrevendo, da análise superficial que se permite nesta ação constitucional, presentes os requisitos, ausentes as causas de rejeição da denúncia e caracterizada a justa causa para a ação.

A propósito da alegativa da ausência de condição de procedibilidade pela não representação da vítima, tenho desmerecer maiores lucubrações.

É que, *a priori*, já se mostra suficiente o Ofício nº 22/2011 (fl. 119), subscrito pela vítima INÁCIO MACHADO DE SOUZA FILHO e recebido pela autoridade policial em 03/03/2011, narrando os fatos e demonstrando o interesse em ver o ofensor processado, tendo-o como representação em desfavor do autor do fato para fins de processamento da persecução penal, prescindindo, pois, a ação penal de qualquer formalidade.

Quedando-se comprovado, no caso, ter a vítima oficiado à autoridade policial, ratificando, pelo teor de suas declarações, o interesse de ver o paciente processado, não se pode determinar o trancamento da ação penal.

A esse respeito, reproduzo alguns arestos da Suprema Corte, somente à guisa de exemplificação (grifei):

HABEAS CORPUS. CRIME DE AMEAÇA. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO. FORMALIDADE SUPRIDA PELA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DA VÍTIMA. ATIPICIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA PRELIMINAR SEM ADVOGADO. NULIDADE SANADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.

1. A representação na ação penal pública prescinde de formalidade, bastando a manifestação inequívoca da vítima no sentido de processar o ofensor.

2. O reconhecimento da ausência de justa causa para trancar a ação penal somente é possível quando pa-

tentes a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade e a ausência de autoria ou materialidade do crime. O reconhecimento, no caso, da ausência de atipicidade, fundada em que a ameaça foi proferida no calor da discussão, depende do reexame do conjunto fático-probatório.

3. Audiência preliminar sem o acompanhamento de advogado. Inexistência de nulidade. A finalidade dessa audiência é a de proporcionar a composição dos danos e a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (art. 72 da Lei n. 9.099/95). Apesar de a paciente ter comparecido à referida audiência sem advogado, vê-se no acórdão da Turma Recursal que ela recusou a proposta de transação penal renovada na audiência de instrução e julgamento, então acompanhada de advogado.

4. Sem demonstração de prejuízo, não se anula ato processual. Ordem denegada.

(STF, 2ª Turma, Rel. Min. EROS GRAU, HC 92.870, v.u., j. 13.11.2007)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. JUIZADO ESPECIAL. CRIME DE AMEAÇA. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. RITO PROCESSUAL: INVERSÃO. PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE DOLO.

I - Representação da vítima ratificada pelo comparecimento à audiência de instrução e pelo teor da sua manifestação.

II - Não alegada a tempo e modo a inobservância do disposto no art. 81 da Lei 9.099/95, que é uma nulidade relativa, ocorre a preclusão.

III - Somente com o exame aprofundado da prova será possível opor-se ao acórdão, para o fim de verificar se o paciente agiu, ou não, com dolo. O processo do *habeas corpus*, entretanto, não comporta esse exame.

IV - H.C. indeferido.

(STF, 2ª Turma, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, HC 85.271, v.u., j. 14.06.2005)

Outrossim, não há que se falar em decadência, porquanto o Ofício nº 22/2011, subscrito pela vítima INÁCIO MACHADO DE SOUZA FILHO, foi expedido em 28/02/2011, ao passo que os fatos delituosos se deram entre 22 e 24/02/2011.

Prejudicada a alegação de inépcia da denúncia, porquanto não diligenciada a juntada da aludida peça aos presentes autos.

Por fim, quanto às demais vítimas, também servidores do MTE, foi reconhecida a extinção da punibilidade em favor do paciente, pela ocorrência de decadência, nos termos do art. 38, CPP, c/c art. 107, IV, do CP, em face da ausência de manifestação daquelas no prazo legal, não sendo o caso, pois, de extensão de tal decisão à vítima restante INÁCIO MACHADO DE SOUZA FILHO.

Firme nessas considerações, denego a ordem requerida.

Assim voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA

7286-PE Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias 13

AGRAVO DE INSTRUMENTO

133059-RN Rel. Des. Federal Marcelo Navarro 19

135620-SE Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira 111

0802393-29.2013.4.05.0000 (PJe)

Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria ... 120

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR

4492-SE Rel. Des. Federal Francisco Wildo (Presidente).. 127

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

4754-PE Rel. Des. Federal Fernando Braga 131

28013-CE Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt 140

29083-AL Rel. Des. Federal Marcelo Navarro 149

29991-SE Rel.^a. Des.^a. Federal Margarida Cantarelli 224

APELAÇÃO CÍVEL

435640-PE Rel. Des. Federal Fernando Braga 235

536959-RN Rel. Des. Federal José Maria Lucena 249

551769-PB Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães 264

553379-PB Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano 269

556876-PB Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.283

566981-PB Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho 291

567013-PB Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt 297

567673-SE Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria ... 304

567685-RN Rel.^a. Des.^a. Federal Margarida Cantarelli 311

567772-SE Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira 326

0800067-28.2013.4.05.8300 (PJe)

Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.339

APELAÇÃO CRIMINAL

| | | |
|---------|---|-----|
| 9473-SE | Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho | 344 |
| 9697-RN | Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães | 358 |

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

| | | |
|---------|---|-----|
| 2671-PE | Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias | 368 |
|---------|---|-----|

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CRIMINAL

| | | |
|---------|--|-----|
| 7592-AL | Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano | 376 |
|---------|--|-----|

HABEAS CORPUS

| | | |
|---------|---|-----|
| 5370-PB | Rel. Des. Federal José Maria Lucena | 390 |
|---------|---|-----|

ÍNDICE ANALÍTICO

A

| | |
|-------------|--|
| Trbt e PrCv | Ação anulatória de lançamento fiscal. Inexistência de relatoria preventiva. Validade da distribuição livre. Possibilidade jurídica do pedido de impugnação de lançamento, mesmo depois de celebrado acordo de parcelamento. AC 556876-PB 283 |
| PrCv e Amb | Ação civil pública. Meio ambiente cultural. Patrimônio histórico. Igreja do século XVIII. Proteção. Competência comum. Alegação de ausência de recursos orçamentários. Reserva do possível. Proprietário do imóvel. Dever de comunicação. Dever de fiscalização do Estado. AgTr 135620-SE 111 |
| Cv e Amb | Ação civil pública. Terreno urbano. Realização de aterro às margens de rio em zona urbana. Estreitamento do leito do rio e destruição do microsistema local. Desfazimento. Obrigação imposta aos proprietários de terreno ribeirinho. AC 551769-PB 264 |
| PrPen | Ação criminal. Embargos de declaração. Inocorrência de ambiguidade, omissão, contradição ou obscuridade quanto ao réu embargante. Reexame da causa. Impossibilidade. Embargos do MPF. Correção do voto e do item treze da ementa do acórdão. Retificação da proclamação do julgamento. ED na ACr 7592-AL 376 |
| Ct e Adm | Ação declaratória. IBAMA e ADEMA – Administração Estadual do Meio Ambiente em Sergipe. Fixação da competência para a renovação de licenciamento de operação do |

| | |
|-------------|--|
| | zoológico de hotel de lazer localizado na zona rural de Sergipe. Legitimidade do Estado de Sergipe para a renovação do licenciamento por meio da ADEMA. AC 567772-SE 326 |
| PrCv | Ação rescisória. Violação a literal disposição de lei. Pretensão de discutir questão que não foi objeto do processo originário. Impossibilidade. Improcedência da rescisória. AR 7286-PE 13 |
| Adm e PrCv | Agravo em suspensão de liminar. Obra de contenção em área de praia. Paralisação. Pleito suspensivo. Concessão. Prejudicialidade superveniente. Reforma da decisão que ensejou sua apresentação. Recurso prejudicado. AgRg na SL 4492-SE 127 |
| Prev e PrCv | Amparo social à pessoa idosa. Hipossuficiência. Cônjuge aposentado. Renda <i>per capita</i> superior ao limite legal. Concessão do benefício. Possibilidade. AC 567673-SE ... 304 |
| Amb e Adm | Auto de infração lavrado pelo IBAMA. Aplicação de multa. Prática de impedir a regeneração natural de floresta e demais formas de vegetação nativa em área de preservação permanente. Cultura agrícola na área. Desproporcionalidade do valor da multa aplicada. Redução da pena pecuniária. AC 566981-PB 291 |
| Prev | Auxílio-doença. Cessação indevida. Restabelecimento. Isenção do INSS em custas processuais. APELREEX 29991-SE 224 |

B

| | |
|------|---|
| Prev | Benefício de amparo social. Concessão/restabelecimento. Obesidade mórbida e lombalgia crônica. Comprovação da incapacidade para o exercício de atividade habitual. Impossibilidade de reabilitação profissional. AC 567013-PB 297 |
|------|---|

C

| | |
|------|--|
| PrCv | Conflito negativo de competência. Execução fiscal. Ajuizamento na Justiça Estadual. Instalação de vara da Justiça Federal. Determinação de remessa dos autos ao Juízo Federal. Município que não é sede, mas é abrangido pela jurisdição da nova vara. Reconhecimento da competência do Juízo Estadual. CC 2671-PE 368 |
|------|--|

E

| | |
|------------------|---|
| PrCv, Fin e Trbt | Embargos à execução fiscal. Contrato de empréstimo tomado junto a consórcio de bancos estrangeiros por intermédio do Banco do Brasil. Autorização do Conselho Monetário Nacional. Laudo pericial esclarecedor do real valor devido no executivo: momento da conversão da moeda estrangeira em moeda nacional. APELREEX 29083-AL 149 |
| Ct, Adm e Amb | Empreendimento hoteleiro. Operação sem o devido licenciamento ambiental. Infração à legislação ambiental. Multa aplicada. Competência comum do IBAMA para fiscalizar. Omissão dos órgãos estaduais e municipais. AC 536959-RN 249 |

| | |
|-------------|---|
| Trbt e PrCv | Execução fiscal. Alegação de existência de grupo econômico. Decretação da indisponibilidade de pessoas físicas e jurídicas. Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. Medida de caráter excepcional. AgTr 133059-RN 19 |
| Ct e Adm | Expropriação de fazenda. Cultivo de plantas psicotrópicas. Intervenção da FUNAI. Bem incorporado ao patrimônio da União. Destinação após análise na esfera administrativa. Desconhecimento do plantio ilegal. Responsabilidade objetiva do proprietário do imóvel. APELREEX 4754-PE 131 |

G

| | |
|-------------|---|
| Pen e PrPen | Gestão fraudulenta. Cooperativa de crédito rural. Concessão indevida de crédito. Réus com poder de gestão. Materialidade e autoria evidentes. Crime de obtenção fraudulenta de financiamento. Elementar objetiva do tipo primário não configurada. ACr 9697-RN 358 |
|-------------|---|

H

| | |
|-------|---|
| PrPen | <i>Habeas corpus</i> . Crime de ameaça. Ação Penal pública condicionada. Representação da vítima. Ausência de condição de procedibilidade. Inocorrência. Formalidade. Prescindibilidade. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. HC 5370-PB 390 |
|-------|---|

M

| | |
|-----|---|
| Int | Menor. Retorno imediato ao país de origem. Relatos de grave violência doméstica. Exceção prevista na Convenção de Haia. Realização de perícia. Necessidade. AgTr 0802393-29 (PJe) 120 |
|-----|---|

O

| | |
|-------------|---|
| PrCv e Trbt | Obrigação acessória. Descumprimento. Não apresentação de folha de controle de carga à alfândega. Pagamento de multa. Denúncia espontânea. Inaplicabilidade. Obrigação acessória autônoma. Fato gerador distinto. AC 0800067-28-PE (PJe) 339 |
|-------------|---|

P

| | |
|----------|---|
| Adm e Ct | Pensão. Instituidor falecido na inatividade e que ingressou no serviço público até 16.12.1998. Direito à paridade total de reajuste das pensões com a remuneração dos servidores ativos. Regra de transição da EC 47/2005, art. 3º. APELREEX 28013-CE 140 |
| Adm | Pensão. Militar. Separação judicial da viúva. União estável comprovada. Rateio de 50% entre a ex-esposa e a companheira. Litigância de má-fé afastada. AC 435640-PE 235 |

S

| | |
|----------|---|
| Cv e Adm | Sistema Financeiro de Habitação – SFH. Empreendimento Spazzio Nimbus Residence Club. Atraso na entrega da obra. Responsabilidade da construtora, da CEF e da Caixa Seguradora. Caso fortuito e força maior. Não ocorrência. Rescisão do contrato. Possibilidade. AC 567685-RN 311 |
|----------|---|

T

| | |
|-------------|---|
| Pen e PrPen | Transporte internacional de cocaína. Alegação do réu-varão de ter aceitado a incumbência de transportar a droga por medo de |
|-------------|---|

represálias. Argumento que não se justifica. Condenação dos réus pelo crime de tráfico internacional de entorpecentes. Absolvição do crime de associação para o tráfico. ACr 9473-SE 344

U

Amb e Adm Unidades de conservação da natureza. Unidade de uso sustentável. Área de preservação ambiental. Plano de manejo. Inexistência. Laudo pericial. Imóvel não localizado em área de restinga. Inexistência de dano ambiental. Demolição da edificação na parte construída em área de domínio público. AC 553379-PB 269