

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

JURISDIÇÃO

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

Número 113 - Janeiro/Fevereiro - 2015

R. TRF 5ª Região, nº 113, pp. 1-417, Janeiro/Fevereiro - 2015

**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

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

Desembargador Federal
FRANCISCO ROBERTO MACHADO - 10.12.14

Desembargador Federal
PAULO MACHADO CORDEIRO (CONVOCADO)

Desembargador Federal
IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)

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 ROBERTO MACHADO

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 PAULO MACHADO (CONVOCADO)

QUARTA TURMA (terças-feiras)

Desembargador Federal ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Presidente
Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES
Desembargador Federal IVAN LIRA (CONVOCADO)

SUMÁRIO

1. Jurisprudência	13
2. Índice Sistemático	407
3. Índice Analítico	411

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 136.658-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Agravados: BYRON COSTA DE QUEIROZ E EXPEDITO MACHADO DA PONTE (ESPÓLIO)
Repte.: DAYSE DE OLIVEIRA MACHADO
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ DIÓGENES ROCHA SILVA E OUTROS E JOSÉ FELICIANO DE CARVALHO JÚNIOR E OUTROS

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO PARA RESSARCIMENTO DO CREDOR. CABIMENTO. DESPROVIMENTO DO AGRAVO.

- O Ministério Público Federal interpõe agravo de instrumento contra decisão proferida em audiência, nos autos de ação civil pública de improbidade administrativa, que autorizou os pretensos compradores HASBUN LTDA. e UNIMETAIS COMÉRCIO LTDA. depositarem em juízo o valor do débito apresentado pelo Banco do Nordeste do Brasil, isto é, R\$ 5.850.000,00. De resto, estabeleceu o juízo de origem: “Feito o depósito, transfira-se imediatamente em favor do BNB a quantia referida. Por fim, levante-se a cláusula de inalienabilidade que recai sobre o mencionado imóvel”.

- Na origem, a ação fora manejada em desfavor de Byron Costa de Queiroz, ex-presidente do Banco do Nordeste do Brasil - BNB, e do espólio de Expedito Machado da Ponte, porquanto o Ministério Público imputa ao ex-gestor o cometimento de ilegalidades na operação de saneamento financeiro do Grupo Expedito Machado, sendo responsável pela execução de atos e de tran-

sações financeiras temerárias que acarretaram danos aos cofres do BNB, tipificados no art. 10 da Lei nº 8.429/1992.

- Relata o agravante que na petição inicial da ação de improbidade restou demonstrado que o réu Byron Queiroz (atualmente falecido) não adotou as medidas legais contra a empresa VICATEX, a qual teria recebido tratamento diferenciado e excepcional; abdicou de garantias reais sem qualquer fundamento; não executou a dívida existente quando deveria; promoveu renegociação da dívida em condições desvantajosas para a instituição; e não promoveu a habilitação do crédito do BNB na desapropriação proposta em face de imóvel do Sr. Expedito Machado, o qual havia sido ofertado em garantia no bojo das aludidas renegociações da dívida. Por seu turno, o representado Expedito Machado se beneficiou da morosidade do banco, percebendo os valores depositados em juízo, por força da desapropriação do imóvel mencionado.

- O juízo de origem, anteriormente, entendendo que as garantias inicialmente estabelecidas como suporte para a contratação firmada entre o BNB e a VICATEX S.A. Administração, Empreendimentos e Participações, devem ser, até a resolução da lide, respeitadas, concedeu medida liminar determinando que o 1º Ofício de Notas de Parnamirim/RN se abstenha de averbar o cancelamento dos registros das hipotecas garantidoras do crédito da pessoa jurídica federal.

- Nesse ensejo, no intuito de mapear a repercussão do ilícito investigado, o MPF postulou a produção de prova pericial para averiguar a legalidade das operações financeiras realizadas pelo Banco do Nordeste na repactuação da dívida da empresa VICATEX. O réu Expedito Machado da Ponte também requereu a produção da prova pericial contábil e financeira. O juízo deferiu-a,

para que “se esclareça em que condições foram pactuadas as diversas renegociações da dívida entre o BNB e a empresa VICATEX, particularmente a datada de 13.11.1995, quando o imóvel IRAPUAH de Cima, posteriormente desapropriado, foi ofertado como garantia real”, o que, no pensar do agravante, teria como resultado a delimitação do dano suportado pela entidade federal.

- Por seu turno, a decisão agravada considerou que o MPF não tem razão ao discordar do negócio jurídico proposto e dependente do levantamento da constrição do bem, isso porque não haveria como “se vislumbrar a possibilidade de valor do suposto dano emergente dos fatos descritos na inicial desta ação de improbidade ser superior ao crédito apresentado pelo próprio credor, que no caso é o BNB. Isto porque a motivação do MPF ao propor a presente ação consistia justamente em ressarcir o patrimônio do banco e, conseqüentemente, de seus acionistas, cujo majoritário é a União”. Daí que autorizou os pretensos compradores a depositarem em juízo o valor do débito apresentado pelo BNB e determinou o levantamento da cláusula de inalienabilidade que recai sobre o imóvel.

- O agravante pede a reforma da decisão interlocutória, mantendo-se a cláusula de inalienabilidade do bem que garante o dano suportado pela entidade federal até que seja realizada perícia para apurar a real dimensão do dano decorrente dos atos ímprobos ora narrados; ou, alternativamente, caso entenda pelo levantamento da referida cláusula, seja depositada em juízo a diferença entre o valor do débito estipulado na decisão monocrática, que deve ser, no mínimo, o valor da avaliação do imóvel (R\$ 8.200.000,00), até que seja perfectibilizada perícia judicial que constate o dano causado.

- No entanto, a decisão agravada não merece reproche. Consoante bem destacado pelo juízo de origem, se o escopo da ação era ressarcir o prejuízo que teria sido sofrido pelo BNB, nada obsta que o juízo considere o negócio jurídico proposto pelo Espólio de Exedito Machado, réu na ação de improbidade. Realmente, se o próprio credor dos valores que se busca recuperar através da ação manejada pelo Ministério Público manifesta sua satisfação na percepção de determinada quantia não há porque considerar a suposta incorreção.

- Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 16 de dezembro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

O Ministério Público Federal interpõe agravo de instrumento contra decisão proferida em audiência, nos autos de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, que autorizou os pretendidos compradores HASBUN LTDA. e UNIMETAIS COMÉRCIO LTDA. depositarem em juízo o valor do débito apresentado pelo Banco do Nordeste do Brasil, isto é, R\$ 5.850.000,00. De resto, estabeleceu o juízo de origem: “Feito o depósito, transfira-se imediatamente em favor do BNB a quantia referida. Por fim, levante-se a cláusula de inalienabilidade que recai sobre o mencionado imóvel”.

Na origem, ação fora manejada em desfavor de Byron Costa de Queiroz, ex-presidente do Banco do Nordeste do Brasil - BNB, e do espólio de Expedito Machado da Ponte, porquanto o Ministério Público imputa ao ex-gestor o cometimento de ilegalidades na operação de saneamento financeiro do Grupo Expedito Machado, sendo responsável pela execução de atos e de transações financeiras temerárias que acarretaram danos aos cofres do BNB, tipificados no art. 10 da Lei nº 8.429/1992.

Relata o agravante que na petição inicial da ação de improbidade restou demonstrado que o réu Byron Queiroz não adotou as medidas legais contra a empresa VICATEX, a qual teria recebido tratamento diferenciado e excepcional; abdicou de garantias reais sem qualquer fundamento; não executou a dívida existente quando deveria; promoveu renegociação da dívida em condições desvantajosas para a instituição; e não promoveu a habilitação do crédito do BNB na desapropriação proposta em face de imóvel do Sr. Expedito Machado, o qual havia sido ofertado em garantia no bojo das aludidas renegociações da dívida.

Por seu turno, o representado Expedito Machado se beneficiou da morosidade do banco, percebendo os valores depositados em juízo, por força da desapropriação do imóvel mencionado.

Continua o agravante sustentando que o juízo de origem, entendendo que as garantias inicialmente estabelecidas como suporte para a contratação firmada entre o BNB e a VICATEX S.A. Administração, Empreendimentos e Participações, devem ser, até a resolução da lide, respeitadas, concedeu medida liminar determinando que o 1º Ofício de Notas de Parnamirim/RN se abstenha de averbar o cancelamento dos registros das hipotecas garantidoras do crédito da pessoa jurídica federal.

Nesse ensejo, sempre no dizer o agravante, no intuito de mapear a repercussão do ilícito investigado, o MPF postulou a produção de prova pericial para averiguar a legalidade das operações financeiras realizadas pelo Banco do Nordeste na repactuação da dívida da empresa VICATEX. O réu Expedito Machado da Ponte também requereu a produção da prova pericial contábil e financeira. O juízo deferiu-a, para que “se esclareça em que condições foram pactuadas as diversas renegociações da dívida entre o BNB

e a empresa VICATEX, particularmente a datada de 13.11.1995, quando o imóvel IRAPUAH de Cima, posteriormente desapropriado, foi ofertado como garantia real”, o que, no pensar do agravante, teria como resultado a delimitação do dano suportado pela entidade federal.

A decisão agravada considerou que o MPF não tinha razão ao discordar do negócio jurídico proposto e dependente do levantamento da constrição do bem, isso porque não haveria como “se vislumbrar a possibilidade do valor do suposto dano emergente dos fatos descritos na inicial desta ação de improbidade ser superior ao crédito apresentado pelo próprio credor, que no caso é o BNB. Isto porque a motivação do MPF ao propor a presente ação consistia justamente em ressarcir o patrimônio do banco e, consequentemente, de seus acionistas, cujo majoritário é a União”. Daí que autorizou os pretensos compradores a depositarem em juízo o valor do débito apresentado pelo BNB e determinou o levantamento da cláusula de inalienabilidade que recai sobre o imóvel.

O agravante pede a reforma da decisão interlocutória, mantendo-se a cláusula de inalienabilidade do bem que garante o dano suportado pela entidade federal até que seja realizada perícia para apurar a real dimensão do dano decorrente dos atos ímprobos ora narrados; ou, alternativamente, caso entenda pelo levantamento da referida cláusula, seja depositada em juízo a diferença entre o valor do débito estipulado na decisão monocrática, que deve ser, no mínimo, o valor da avaliação do imóvel (R\$ 8.200.000,00), até que seja perfectibilizada perícia judicial que constate o dano causado.

Um dos agravados, o Espólio de Expedito Machado da Ponte, apresentou contrarrazões, mesmo sem ter sido intimado para tanto, à minguada decisão de recebimento do agravo. Alega, em síntese, de início, a ocorrência de preclusão da matéria, dado que o agravo deveria ter sido interposto na forma retida e em audiência, é dizer, oralmente, nos termos do § 3º, do art. 523, do CPC, impondo-se, assim, seu não conhecimento, ou, quando menos, sua conversão em agravo retido, na medida em que não haveria urgência, porque o bem será alienado para quitação integral do débito e sua liberação está condicionada ao repasse da verba ao BNB. De resto, reitera as razões acolhidas na decisão agravada.

À fl. 295 consta ofício do juízo de origem informando o falecimento do agravado BYRON COSTA DE QUEIROZ.

Por seu turno, às fls. 304/305, o Espólio de BYRON COSTA DE QUEIROZ peticionou, representado por sua herdeira e inventariante FABÍOLA QUEIROZ DE CASTRO, registrando que o caso versa questão meramente patrimonial, de natureza civil, a ser resolvida entre o Banco do Nordeste do Brasil S/A, credor, e os representantes da empresa VICATEX S/A, devedora.

Por último, o juízo de origem oficiou (fls. 315/316) informando que os autos estavam com vistas ao MPF, de modo que ao retornarem seriam adotadas medidas necessárias para direcionar o espólio de Byron Costa de Queiroz para o polo passivo da causa.

É o relatório.

VOTO

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

A decisão agravada considerou que o MPF não tem razão ao discordar do negócio jurídico proposto e dependente do levantamento da construção do bem, dado que não haveria como “se vislumbrar a possibilidade do valor do suposto dano emergente dos fatos descritos na inicial desta ação de improbidade ser superior ao crédito apresentado pelo próprio credor, que no caso é o BNB. Isto porque a motivação do MPF ao propor a presente ação consistia justamente em ressarcir o patrimônio do banco e, consequentemente, de seus acionistas, cujo majoritário é a União”. Daí que autorizou os pretensos compradores a depositarem em juízo o valor do débito apresentado pelo BNB e determinou o levantamento da cláusula de inalienabilidade que recai sobre o imóvel.

O agravante pede a reforma da decisão interlocutória, mantendo-se a cláusula de inalienabilidade do bem que garante o dano suportado pela entidade federal até que seja realizada perícia para apurar a real dimensão do dano decorrente dos atos ímprobos ora narrados; ou, alternativamente, caso entenda pelo levantamento da referida cláusula, seja depositada em juízo a diferença entre o valor do débito estipulado na decisão monocrática, que deve ser, no mínimo, o valor da avaliação do imóvel (R\$ 8.200.000,00), até

que seja perfectibilizada perícia judicial que constate o dano causado.

No entanto, a decisão agravada não merece reproche. Consoante bem destacado pelo juízo de origem, se o escopo da ação era ressarcir o prejuízo que teria sido sofrido pelo BNB, nada obsta que o juízo considere o negócio jurídico proposto pelo Espólio de Expedito Machado, réu na ação de improbidade. Realmente, se o próprio credor dos valores que se busca recuperar através da ação manejada pelo Ministério Público manifesta sua satisfação na percepção de determinada quantia não há porque considerar a suposta incorreção.

Em rigor, a ausência de razão do *Parquet* poderia até ser configurada como falta de seu interesse em interpor recurso contra a decisão que cuida de homologar o acordo de que se cuida, e que satisfaz o BNB, justo aquele que se beneficiaria com o ressarcimento de valores perseguidos na ação civil pública por improbidade administrativa. De todo modo, à míngua de relevância dos fundamentos do recurso, impõe-se não lhe emprestar guarida.

Mercê do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 139.943-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA
Agravante: INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA - INMETRO
Agravada: EVELINE DE A SANTOS - ME
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

EMENTA: ADMINISTRATIVO. INMETRO. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. DÍVIDA DE SÓCIO. PENHORA DE COTAS DE SOCIEDADE LIMITADA PERTENCENTES AO DEVEDOR. POSSIBILIDADE.

- A penhora sobre cotas de sociedade limitada, para fins de garantia de dívida pessoal de sócio,

encontra amparo no art. 655, VI, do CPC, em decorrência do disposto no art. 1º da Lei nº 6.830/80.

- A jurisprudência vem admitindo a referida constrição quando demonstrada a insuficiência de bens da parte executada, com tentativa frustrada de penhora de outros bens de maior liquidez, o que ocorreu nos presentes autos.

- In casu, observa-se que, após a utilização dos sistemas Bacenjud, Renajud e Infojud, apenas foi encontrada a participação da executada no capital social da empresa SANTOS E MASCENA LTDA. - ME, não sendo encontrados outros bens e/ou direitos de maior liquidez. Nessa linha, mostra-se viável a penhora sobre as cotas sociais que a parte devedora possui junto a empresa SANTOS E MASCENA LTDA. - ME, a fim de assegurar a satisfação do crédito exequendo, nos termos dos arts. 591 e 612, ambos do CPC, c/c o art. 1º da Lei nº 6.830/80.

- Registre-se, por oportuno, que a não entrega das declarações de imposto de renda, dos exercícios de 2013 e 2014, pela empresa SANTOS E MASCENA LTDA.-ME, não tem o condão, de per si, de afastar a utilidade da medida constritiva, ora pleiteada, visto que tal fato não significa, necessariamente, o encerramento de suas atividades ou mesmo a inexistência de valor dos direitos em questão.

- Precedentes do STJ e desta Corte: AgRg no Ag 894.161/SC; AG 139.762/RN e AC 566.175/SE.

- Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 27 de janeiro de 2015. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA:

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de atribuição de efeito suspensivo ativo, interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA (INMETRO) contra decisão, às fls. 44/45, proferida pela juíza federal substituta da 6ª Vara Federal, da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte (SJRN), que, na Execução Fiscal nº 0000540-38.2013.4.05.8400, indeferiu pedido de penhora sobre cotas sociais que a parte executada possui junto à empresa SANTOS E MASCENA LTDA. - ME, sob o fundamento de que a medida seria inútil à exequente, uma vez que a empresa em referência não declarou imposto de renda nos exercícios financeiros de 2013 e 2014.

Aduz o recorrente, após um breve relato dos fatos, que a penhora sobre cotas sociais estaria prevista no art. 655, VI, do Código de Processo Civil (CPC), c/c o art. 1.026 do Código Civil (CC/02). Sustenta que seria possível a referida constrição judicial em benefício do credor, como medida excepcional, quando não existentes bens capazes de garantir a execução ou estes forem insuficientes. Destaca que a execução tem como escopo a satisfação do credor (art. 620 do CPC), estando todos os bens da parte devedora ao alcance do exequente, nos termos dos arts. 591 e 652, § 3º, ambos do CPC, aplicáveis por força do art. 1º da Lei nº 6.830/80. Afirma ainda que o argumento da inutilidade não poderia ser oposto previamente, sem conhecimento do desenrolar dos atos seguintes à penhora requerida, de forma impedir indevida, precipitada e inconstitucionalmente a satisfação da dívida, sob pena de afronta ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (CF/88).

Requer a atribuição de efeito suspensivo ativo ao recurso, a fim de que seja realizada a constrição judicial sobre as cotas sociais que a parte agravada possui junto à empresa SANTOS E

MASCENA LTDA.-ME. Ao final, pugna pelo provimento do agravo de instrumento, confirmando-se a liminar porventura concedida.

À fl. 48, foi indeferido o pedido liminar.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA (Relator):

Ora, a penhora sobre cotas de sociedade limitada, para fins de garantia de dívida pessoal de sócio, encontra amparo no art. 655, VI, do CPC, em decorrência do disposto no art. 1º da Lei nº 6.830/80. Na verdade, a jurisprudência vem admitindo a referida constrição quando demonstrada a insuficiência de bens da parte executada, com tentativa frustrada de penhora de outros bens de maior liquidez. É o que se pode inferir dos seguintes precedentes, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO A QUO. PENHORA DE COTAS DE SOCIEDADE DE RESPONSABILIDADE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. MATÉRIA DE PROVA. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Cuida-se de agravo regimental interposto por Indústria e Comércio Arno Gartner LTDA. contra decisão com o seguinte entendimento: a) não consta o vício da omissão a ensejar a anulação do julgado por violação do art. 535, II, do CPC; b) possibilidade de penhora de cotas de responsabilidade limitada encontra-se em sintonia com o entendimento deste STJ; c) questões de ordem fática não podem ser revistas na via especial em face da vedação sumular n. 7/STJ.

2. Entendimento do TRF da 4ª Região de que inexistente óbice à penhorabilidade de cotas sociais em virtude de dívida particular não concernente à empresa encontra respaldo na jurisprudência deste STJ: “As cotas sociais podem ser penhoradas, pouco importando a restrição contratual, considerando que não há vedação legal para tanto e que o contrato não pode

impor vedação que a lei não criou” (REsp 234.391/MG, DJ de 12/02/2001).

3. De igual modo: REsp 712.747/DF, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 10/04/2006, AgRg no Ag 475.591/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 23/06/2003, AgRg no Ag 347.829/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 01/10/2001.

4. A alegação de que a execução não se processou em obediência ao que dispõe o art. 620 do CPC (menor onerosidade), porquanto existentes outros bens passíveis de penhora enseja a análise de questões fáticas. Incidência da Súmula n. 7/STJ.

5. Ausência de violação do art. 535, II, do CPC, já que o Tribunal de origem, posto que com fundamento diverso do pretendido pela recorrente, analisou de forma efetiva a matéria posta em debate na lide.

6. Agravo regimental não provido. (Negritei)
(STJ, AgRg no Ag 894.161/SC, Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJ: 8/10/2007)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. DÍVIDA DO SÓCIO. PENHORA DE COTAS DE SOCIEDADE DE RESPONSABILIDADE LIMITADA PERTENCENTES AO DEVEDOR. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. COMPROVAÇÃO DA REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS NO SENTIDO DE ENCONTRAR OUTROS BENS. DILIGÊNCIAS INFRUTÍFERAS. POSSIBILIDADE. AGTR PROVIDO.

1. A decisão agravada, proferida nos autos do cumprimento de sentença de origem, indeferiu o pedido de penhora das cotas societárias da empresa executada, tendo em vista a iliquidez da penhora (fl. 14).

2. O egrégio Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento acerca da possibilidade da penhora de cotas societárias para garantir o pagamento de dívida do sócio (STJ, Quarta Turma, Resp 317.651/AM, Relator Min. JORGE SCARTEZZINI, Data da decisão; 05.10.2004, DJ de 22.11.2004, página: 346).

3. Entretanto, para que tal medida seja determinada, há que se comprovar a insuficiência de bens do devedor e a tentativa frustrada de constrição de outros bens de maior liquidez, tendo em mente, ainda, a função social da empresa.

4. No presente recurso, restou comprovada a realização de diligências com a finalidade de localizar bens penhoráveis do executado, tendo sido cumprido mandado de penhora pelo Oficial de Justiça, o qual atestou a busca de bens do executado junto ao DETRAN e aos Cartórios de Imóveis (fl. 21), determinada a realização de bloqueio pelo BACENJUD (fl. 28), RENAJUD (fls. 33/34), bem como expedida carta precatória para fins de penhora de um automóvel, o qual não foi localizado (fl. 42), restando todas as medidas infrutíferas.

5. Deve ser reformada a decisão agravada, admitindo-se a penhora das cotas sociais pertencentes ao executado na empresa PREMOVAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRÉ MOLDADOS LTDA. ME, sendo a sua participação no capital social de 99%, correspondentes a R\$ 49.500,00. Precedente desta douda Primeira Turma: AG 138.457/SE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT, Primeira Turma, JULGAMENTO: 04/09/2014, PUBLICAÇÃO: *DJe* 11/09/2014 - Página 152.

6. AGTR provido. (Negritei)

(TRF5, AG 139.762/RN, Relator: Desembargador Federal MANUEL MAIA (Convocado), PRIMEIRA TURMA, *DJe*: 2/12/2014)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CDA. REQUISITOS LEGAIS. AUSÊNCIA DE NULIDADE. **PENHORA DE COTAS SOCIAIS DO EXECUTADO. POSSIBILIDADE.** LETRA HIPOTECÁRIA OFERECIDA EM GARANTIA. PRESCRIÇÃO. EXCESSO DE PENHORA NÃO CARACTERIZADO. EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 168/TFR.

1. Sentença que julgou “improcedente o pedido” formulado em embargos à execução fiscal, determinando o prosseguimento do feito executivo e condenando o embargante/apelante, sócio da empresa executada, em honorários de 20% sobre o valor atualizado da execução.

2. Afastada alegação de nulidade das CDAs, tendo em vista ser “desnecessária a apresentação do demonstrativo de cálculo, em execução fiscal, uma vez que a Lei nº 6.830/80 dispõe, expressamente, sobre os requisitos essenciais para a instrução da petição inicial e não elenca o demonstrativo de débito entre eles” (STJ, REsp 1.138.202/

ES, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, *DJe* 01/02/2010, em julgamento sob o regime dos recursos repetitivos). Ademais, a Certidão de Dívida Ativa da Fazenda Nacional segue um modelo padrão que há muito vem sendo utilizado e bem aceito pelo Judiciário, sem qualquer ressalva de vícios formais.

3. O STJ também “já firmou entendimento que é possível a penhora de quota social, inclusive, a previsão contratual de proibição à livre alienação das quotas de sociedade de responsabilidade limitada não impede a penhora de tais quotas para garantir o pagamento de dívida pessoal de sócio. Isto porque, referida penhora não encontra vedação legal e nem afronta o princípio da *affectio societatis*, já que não enseja, necessariamente, a inclusão de novo sócio” (AgRg no AREsp 231.266/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/05/2013, *DJe* 10/06/2013).

4. Também não procede a alegada ineficácia da penhora, pois, ainda que a Fazenda Pública não possa adjudicar as cotas ou tornar-se sócia da empresa, resolvendo-se a sociedade em relação ao sócio executado, as suas cotas poderão ser liquidadas, pagando-se, à exequente, o valor correspondente, nos termos dos arts. 1.026 e 1.031, do Código Civil.

5. Ainda que a retirada mensal do *pro labore* do embargante dependa das cotas sociais, não se pode estender a estas a impenhorabilidade do art. 649, IV, do CPC, que somente menciona “os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal”.

6. Como bem observou o MM. Juiz *a quo*, a letra hipotecária oferecida anteriormente em garantia da dívida, que é de 1957, está prescrita. De fato, pagável após vinte anos, em 1977 “se iniciou o lapso temporal quinquenal para o resgate do respectivo crédito, a teor do art. 178, parágrafo 10, VI, do CC/1916, vigente à época”. Inexistência de ofensa ao princípio da menor onerosidade da execução.

7. Embora sustente que o percentual do capital social conscrito corresponde a um valor muito superior ao débito, o

apelante apenas se baseou no contrato, para tal cálculo. Entretanto, como bem ponderou o MM. Juiz singular, “o valor da cota varia ao sabor da realidade da empresa, sendo o seu valor nominal um mero indicativo histórico”. Assim, seria “temerário reduzir o valor penhorado nos moldes requeridos sem provas suficientes para tanto”, considerando que o embargante “deixou transcorrer o prazo de especificação de provas sem qualquer requerimento”.

8. A execução fiscal embargada é da Fazenda Nacional e, nos termos da Súmula 168 do extinto TFR, “o encargo de 20% do Decreto-Lei 1.025/1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios”.

9. Apelação à qual se dá parcial provimento, apenas para excluir a condenação em honorários. (Negritei)

(TRF5, AC 566.175/SE, Relator: Desembargador Federal FREDERICO KOEHLER (CONVOCADO), PRIMEIRA TURMA, DJe: 16/1/2014)

In casu, observo, às fls. 18, 23/27, 31, e 36/37, que, após a utilização dos sistemas Bacenjud, Renajud e Infojud, apenas foi encontrada a participação da executada no capital social da empresa SANTOS E MASCENA LTDA. - ME, não sendo encontrados outros bens e/ou direitos de maior liquidez. Nessa linha, mostra-se viável a penhora sobre as cotas sociais que a parte devedora possui junto a empresa SANTOS E MASCENA LTDA. - ME, a fim de assegurar a satisfação do crédito exequendo, nos termos dos arts. 591 e 612, ambos do CPC, c/c o art. 1º da Lei nº 6.830/80. Registro, por oportuno, que a não entrega das declarações de imposto de renda, dos exercícios de 2013 e 2014, pela empresa SANTOS E MASCENA LTDA. - ME, não tem o condão, *de per se*, de afastar a utilidade da medida constritiva, ora pleiteada, visto que tal fato não significa, necessariamente, o encerramento de suas atividades ou mesmo a inexistência de valor dos direitos em questão.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para determinar a penhora das cotas sociais que a parte executada possui junto à empresa SANTOS E MASCENA LTDA. - ME.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 30.381-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: BONAPARTE ALVES MAIA
Parte Int.: MARIA SALETE AZEVEDO MAIA
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. ELIEZER GUILHERME OLIVEIRA JÚNIOR E
OUTRO

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. DESCONTOS INDEVIDOS A TÍTULO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA. PRELIMINARES REJEITADAS. AÇÃO PROPOSTA APÓS O QUINQUÊNIO LEGAL. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. POSTERIOR PEDIDO JUDICIAL AUTÔNOMO. POSSIBILIDADE. VALORES RECEBIDOS A MAIOR EM RAZÃO DE EQUÍVOCO DA ADMINISTRAÇÃO. RESTITUIÇÃO AO ERÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA Nº 111, STJ. ISENÇÃO DE CUSTAS. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA.

- Apelação interposta em face de sentença que julgou procedente, em parte, pedido de suspensão de descontos indevidos c/c pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

- É competência absoluta da Justiça Federal, julgar matérias previdenciárias e contra as pessoas elencadas no art. 109, Inciso I, da CF. Preliminar de incompetência do juízo, rejeitada.

- Erro administrativo por parte do INSS, pois o valor descontado na remuneração mensal do apelado superou o determinado na sentença de Ação de Alimentos, que tramitou na 6ª Vara da Família da Comarca de Fortaleza. A responsabilidade pelo desconto compete ao INSS, haja vista que a parte beneficiária não tem controle sobre o valor a receber. Preliminar rejeitada.

- Hipótese em que se trata de descontos indevidos, não incidindo as normas constantes no Código Civil e na Lei nº 5.487/68, que cuidam de repetição da pensão alimentícia. Preliminar rejeitada.

- Cuidando-se da obrigação de trato sucessivo, prescreve a pretensão de restituição no quinquênio anterior à data da propositura da ação. Inexiste óbice para que novo pedido seja formulado perante o Poder Judiciário, autônomo. Devido o ressarcimento das parcelas apenas a partir do ajuizamento da ação.

- Não se pode impor a devolução de verbas de natureza alimentar, recebida de boa-fé, tal como ocorreu no caso dos autos. As verbas por serem de natureza alimentar, e tendo sido recebidas de boa-fé, são insusceptíveis de restituição, ainda que se tenha concluído, posteriormente, que o pagamento seria indevido. Não há nos autos qualquer indicação de que a beneficiária tenha agido de má-fé, nem que tenha praticado nenhum ato que pudesse ser configurado como doloso, a ponto de causar qualquer prejuízo à parte adversa.

- Verba honorária mantida em R\$ 1.000,00 (um mil reais), conforme disposto no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, devendo ser observada a Súmula nº 111 do STJ.

- Autor que milita sob o pálio Justiça Gratuita, não tendo efetuado despesas a título de custas processuais, descabe falar em ressarcimento das mesmas.

- Apelação e remessa necessária providas, em parte, tão somente para reconhecer a incidência da prescrição durante o quinquídio anterior à propositura da ação.

ACÓRDÃO

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

Recife, 6 de novembro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Apelação interposta pelo INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, em face de sentença, fls. 99/102, embargada (fls. 106/107) e posteriormente integrada (fls. 115/116) que julgou procedente, em parte, pedido de suspensão de descontos indevidos c/c pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

A sentença deferiu, em parte, o pedido, tornando definitiva a tutela antecipada concedida em fls. 59/61 e, depois de embargada, determinou a devolução dos valores descontados indevidamente por parte do INSS. Condenou, ademais, a autarquia previdenciária ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais), com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC.

Houve parcial deferimento do pedido de tutela antecipatória para determinar o desconto da pensão em favor da Sra. Maria Salete Azevedo Maia nos estritos limites determinados na Ação de Exoneração de Alimentos n. 0014450-54.2012.0.08.0001, aplicando-se o percentual de 29,1% sobre os proventos de aposentadoria do apelado, determinando, outrossim, que o autor promova o chamamento ao processo da beneficiária da pensão para integrar o polo passivo como litisconsorte necessária, no prazo de 10 (dez) dias.

Nas razões do recurso, a Autarquia previdenciária alegou, preliminarmente: a) a incompetência do juízo federal, argumentando

que a ação deveria ter sido proposta no juízo onde foi fixada a verba, qual seja, a Vara de Família Estadual; b) a ilegitimidade passiva do INSS; c) Prescrição bienal - referente à pretensão para haver prestações alimentares da Lei 5.478/68; d) Prescrição quinquenal - no que diz respeito ao art. 103 da Lei 8.213/91.

No mérito, e em sede de pedido eventual caso as preliminares sejam afastadas, pleiteia a exoneração do INSS da obrigação de pagar as diferenças de pensão para que eventual condenação de devolução recaia sobre a beneficiária dos valores indevidos, haja vista configurar enriquecimento ilícito. Por fim, alega que a matéria jurídica de fundo não se reportaria à existência ou não de boa-fé, mas sim, à ilegalidade, representada na concessão de um benefício cautelar, a título definitivo, sem mérito que o amparasse, pois tal concessão poderia causar dano definitivo ao patrimônio público.

Contrarrazões às fls. 141/144. Sentença sujeita à remessa necessária. Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

O pleito da apelante merece prosperar, em parte.

Preliminarmente, analiso os quatro pontos suscitados pelo Apelante: a) Da competência Absoluta do Juízo dos Alimentos; b) Da ilegitimidade passiva do INSS; c) Da prescrição bienal para repetição de pensão de alimentos; d) Da prescrição quinquenal do art. 103 da Lei 8.213/91.

Pois bem, sobre a competência para conhecer de execução de alimentos, de fato, trata-se de critério absoluto conferido ao juízo no qual foi fixada a verba alimentícia.

Ocorre que a questão em deslinde se trata tão somente de pleitear cessação de descontos indevidos efetuados pelo INSS na aposentadoria do autor-apelado, sendo, pois competência absoluta da Justiça Federal, julgar matérias tipicamente previdenciárias e contra as pessoas elencadas no artigo 109, inciso I, da Consti-

tuição Federal. Uma vez que o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social é uma autarquia federal, dessa forma entende-se a competência do Juízo *a quo*. Preliminar que se rejeita.

Sobre a ilegitimidade passiva do INSS, anoto que restou claro nos autos, ocorrência de equívoco administrativo por parte do INSS, haja vista que o valor descontado na remuneração mensal do apelado superou o determinado em sentença de Ação de Alimentos – fl. 16 – proferida pela Juíza de Direito da 6ª Vara da Família da Comarca de Fortaleza, nos autos do processo de nº 0014450-54.2012.0.08.0001, conforme Ofício nº 44/99 emitido pela Secretaria em 25-01-1999 (fl. 17).

Assim, considerar ilegítimo o INSS na presente ação para transferir tal posição à beneficiária do pagamento indevido seria transferir a responsabilidade de um ato administrativo a um particular. A responsabilidade pelo desconto dos valores é da referida Autarquia, a parte beneficiária não tem controle sobre o valor a receber. Preliminar que também afasto.

Toante à prescrição bienal da Lei 5.487/68 anoto que a matéria em deslinde não se trata de repetição de pensão de alimentos, mas de descontos indevidos por parte do INSS, não incidindo as normas constantes no Código Civil e na referida lei que tratam de repetição de pensão alimentícia. Preliminar rejeitada.

Acerca da arguição da prescrição quinquenal do art. 103 da Lei 8.213/91. No caso concreto o Apelante pleiteia a aplicação da prescrição quinquenal, ao considerar que a prescrição atingiu o direito do segurado, motivo que impediria a devolução dos valores pagos indevidamente, mesmo que somente os relativos aos cinco anos anteriores à data do ajuizamento da ação.

Compulsando os documentos acostados aos autos, depreende-se que os descontos majorados começaram desde 24/06/1998 (fl. 18), tendo sido a presente ação ajuizada apenas em 11/11/2011, mais de 13 (treze) anos após.

Referindo-se a obrigação de trato sucessivo, prescreve a pretensão de restituição (art. 103, parágrafo único) no quinquênio anterior à data da propositura da ação, tal como enunciado pela Súmula nº 85 do Superior Tribunal de Justiça, nos casos em que,

figurando a Fazenda Pública como devedora, não tiver sido negado o próprio direito reclamado.

Súmula 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”.

Entretanto, não existe óbice para que novo pedido seja formulado perante o Poder Judiciário, autônomo.

Nesse diapasão, a contagem, na prática, deve ser efetuada levando-se em consideração a data da propositura da lide e as parcelas que foram pagas indevidamente nos cinco anos anteriores ao referido ajuizamento, a serem calculadas em fase de liquidação de sentença.

Na hipótese de o autor haver ajuizado a ação no prazo quinquenal, eventual decisão judicial favorável retroagiria para alcançar as parcelas devidas desde a data dos descontos. Como o fez depois de passados 5 (cinco) anos, o ato da Autarquia resta intocável, **somente sendo possível o ressarcimento das parcelas desde a propositura da ação.**

Neste sentido, colaciono julgados deste Tribunal:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INDEFERIMENTO. AÇÃO PROPOSTA APÓS O QUINQUÊNIO LEGAL. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. POSTERIOR PEDIDO JUDICIAL AUTÔNOMO. POSSIBILIDADE. FILHO E COMPANHEIRO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. ART. 16, I E PARÁGRAFO 4º, DA LEI Nº 8.213/91. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUROS DE MORA.

1. Deve ser reconhecida a prescrição do fundo de direito quando o particular tiver seu pedido indeferido administrativamente e apenas buscar o Poder Judiciário após o quinquênio legal, nos termos dos artigos 219, parágrafo 5º e 269, IV do CPC. Inteligência do artigo 1º, Decreto-Lei nº 20.910/32 e Súmula nº 85-STJ.

2. É devida a concessão de benefício de pensão por morte a companheiro do instituidor do benefício, quando a União Estável restar comprovada por meio de prova documental associada à testemunhal.

3. Qualidade de segurado da Previdência Social corroborada por início razoável de prova material em conjunto com prova testemunhal.

(...)

(APELREEX 30.400-SE, REL. DES. FED. MARCELO NAVARRO, 3ª Turma, 04/06/2014)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PENSÃO POR MORTE. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INDEFERIMENTO. AÇÃO PROPOSTA APÓS O QUINQUÊNIO LEGAL. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. TERMO INICIAL FIXADO À DATA DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO.

1. Embargos de Declaração opostos pelo INSS, sob a alegação de que o Acórdão incorreu em omissão ao não se pronunciar acerca da ocorrência da prescrição extintiva do direito da Demandante.

2. Uma vez indeferido o pleito de concessão do benefício requerido na via administrativa e proposta ação mais de cinco anos após negado, configurada a prescrição de fundo de direito.

3. Não ocorrência da prescrição do fundo de direito. Precedente (STJ; AgRg no AREsp 451.468-SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, 2ª TURMA, 19/03/2014).

4. Concessão do benefício cujas parcelas devidas contam-se a partir do ajuizamento da ação. Declaratórios providos, em parte, para suprir a omissão, apontada, com atribuição de efeitos infringentes, para determinar o termo *a quo* da concessão do benefício, a partir da propositura da ação.

(EDAC 564.575/01/PB, REL: DES. FED. GERALDO APOLIANO, 3ª Turma, 23/04/2014)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. SEGURADA ESPECIAL. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. PROVA TESTEMUNHAL CORROBORADA POR INÍCIO DE PROVA MATERIAL. TERMO INICIAL A PARTIR DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. JUROS DE MORA DE 1% (UM POR CENTO) AO MÊS. VÍNCULO DO AUTOR AO REGIME DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. NATUREZA ALIMENTAR. POSSIBILIDADE. MP 2.180-35/2001. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97. INAPLICABILIDADE. NORMA EM COMENTO REFERE-SE A VERBAS REMUNERATÓRIAS DEVIDAS A SERVIDORES E EMPREGADOS PÚBLICOS.

BLICOS. AÇÃO AJUIZADA ANTES DA VIGÊNCIA DA RE-
FERIDA NORMA. TAXA SELIC. EXCLUSÃO. PRESCRI-
ÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 111 DO
STJ. PRECEDENTES.

1. Em se tratando de prestações de trato sucessivo, o prazo prescricional renova-se a cada mês pela omissão do pagamento, não começa a correr da data do ato ou fato que originou o direito, a prescrição só abrange as parcelas anteriores ao lustro anterior à data do ajuizamento da demanda.

(...)

(AC 426.207-CE, DES. FED. UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE, 1ª Turma, 28/03/2008)

Passo, então, à questão do mérito.

Pretendeu o INSS que seja cobrado da beneficiária da pensão alimentícia o valor indevidamente recebido, pois a verba alimentar não seria irrepetível, não havendo a escusa da obrigação de ressarcimento sob pena de enriquecimento ilícito.

Não há esteio legal a amparar a atitude da apelante. Não se pode impor a devolução de verbas de natureza alimentar, recebida de boa-fé, tal como ocorreu no caso dos autos, exceto nos casos em que fique comprovado que o mesmo tenha dado causa ao pagamento indevido da vantagem reclamada.

As verbas, por serem de natureza alimentar, e tendo sido recebidas de boa-fé, são insusceptíveis de restituição, ainda quando se tenha concluído, posteriormente, que o pagamento seria indevido. Não há nos autos qualquer indicação de que a beneficiária teria agido com má-fé.

É consabido que a Administração Pública pode rever e invalidar seus próprios atos, apoiada no seu poder de autocontrole e autogestão, sobretudo quando ditos atos se encontrarem eivados de ilegalidade, tudo em nome dos princípios que norteiam a probidade administrativa, quais sejam: a legalidade e a moralidade.

No entanto, a nulidade do ato, em regra, não implica na devolução das verbas percebidas de boa-fé pelo servidor, exceto nos casos em que fique comprovado que o mesmo tenha dado causa ao pagamento.

Extrai-se dos autos que, em momento algum, a beneficiária deu causa ao pagamento indevido recebido a maior, configurando-se, portanto, a sua boa-fé.

Sobre a matéria, confirmam-se julgados do STJ e deste Tribunal, *verbis*:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DEVOLUÇÃO AO ERÁRIO. VALORES INDEVIDAMENTE RECEBIDOS POR SERVIDOR DE BOA-FÉ. RESTITUIÇÃO. DESNECESSIDADE. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC). AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A 1ª Seção do STJ no julgamento do REsp 1.244.182/PB, da relatoria do Min. Benedito Gonçalves e submetido à sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC e Resolução 08/2008-STJ), firmou entendimento no sentido de que, “quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público”.

2. A tese de que uma das verbas em discussão foi paga em razão de “erro material” da Administração não pode ser examinada por constituir indevida inovação recursal.

3. Agravo regimental não provido.

(AGRESP 201302646177, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - 2ª Turma, 04/12/2013)

ADMINISTRATIVO. APOSENTADO. RECEBIMENTO DE VANTAGENS. ERRO DA ADMINISTRAÇÃO. INADEQUADA APLICAÇÃO DA NORMA. BOA-FÉ CONFIGURADA. RESTITUIÇÃO AO ERÁRIO. INEXIGIBILIDADE.

1. As razões de apelação objetivam a reforma da sentença para que se proceda à devolução dos valores recebidos a título de vantagens pessoais nominalmente identificadas.

2. A Administração Pública, por sua iniciativa, pagou ao apelado valores que entendia devidos. Houve uma aplicação errônea da norma, resultando em pagamento indevido, criando-se uma falsa expectativa de que os valores

recebidos eram legais, o que, por conseguinte, não autoriza a sua restituição em face da boa-fé do aposentado. Precedentes do STJ e desta Corte.

3. Os valores recebidos, por se encontrarem amparados pela visível boa-fé, não devem ser descontados ou devolvidos, ante a necessidade de se preservar os valores supremos do ordenamento jurídico: a segurança jurídica e a certeza do direito.

4. Decisão do colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 25.641, publicado no *DJ* 22/02/08, no que concerne à reposição, ou não, de verbas recebida indevidamente, no sentido de que: “3. A reposição, ao erário, dos valores percebidos pelos servidores torna-se desnecessária, nos termos do ato impugnado, quando concomitantes os seguintes requisitos: ‘I - presença de boa-fé do servidor; II - ausência, por parte do servidor, de influência ou interferência para a concessão da vantagem impugnada; III - existência de dúvida plausível sobre a interpretação, validade ou incidência da norma infringida, no momento da edição do ato que autorizou o pagamento da vantagem impugnada; IV - interpretação razoável, embora errônea, da lei pela Administração.’”

5. O colendo STJ tem posicionamento reiterado no sentido de não se admitir a devolução dos valores percebidos em razão de erro da administração: RECURSO ESPECIAL Nº 1.363.367 - RJ (2013/0024065-2), RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS, decisão datada de 15 de fevereiro de 2013; RECURSO ESPECIAL Nº 1.362.798 - PB (2013/0009439-3) RELATOR: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, decisão datada de 8 de fevereiro de 2013.

6. Remessa oficial e apelação improvidas.

(APELREEX 00067298420124058200, Des. Fed. Emilia-no Zapata Leitão, TRF5 - 4ª Turma, 23/01/2014).

ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. LITISCON-SÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. DESNECESSIDADE. REDUÇÃO DOS VALORES DOS PROVENTOS. INOB-SERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ERRO DA ADMINISTRAÇÃO. RESTITUIÇÃO DE VALORES RECE-BIDOS DE BOA-FÉ. INEXIGIBILIDADE. VERBAS DE NA-TUREZA ALIMENTAR. PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE. JULGAMENTO PELO STJ EM RECURSO REPETITIVO.

1. Afastada a preliminar de obrigatoriedade de formação do litisconsórcio passivo necessário na presente hipótese, tendo em vista que, mesmo que existam outros possíveis dependentes do instituidor da pensão, pois, até o presente momento, não há qualquer outro beneficiário de pensão pela morte do mesmo, cabendo ao interessado requerê-la a qualquer tempo já que a pensão é benefício de prestação continuada. Precedente desta Corte: AC 529.380-PE, Primeira Turma, Desembargador Federal José Maria Lucena, *DJe* - 22/05/2013.

(...)

5. O colendo STJ, em recurso repetitivo (REsp 1.244.182-PB, *DJe* 19/10/2012, Rel. Min. Benedito Gonçalves), decidiu que “a discussão dos autos visa definir a possibilidade de devolução ao erário dos valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, quando pagos indevidamente pela Administração Pública, em função de interpretação equivocada de lei. O art. 46, *caput*, da Lei nº 8.112/90 deve ser interpretado com alguns temperamentos, mormente em decorrência de princípios gerais do direito, como a boa-fé. Com base nisso, quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público”.

6. Apelação e remessa oficial improvidas.

(PROCESSO: 00040193020134058500, APELREEX 29.633-SE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO MURILO WANDERLEY QUEIROGA (CONVOCAÇÃO), 3ª Turma, 22/01/2014)

ADMINISTRATIVO. APOSENTADORIA. VALORES INDEVIDAMENTE PAGOS PELO ERÁRIO. RESTITUIÇÃO. BOA-FÉ. IMPOSSIBILIDADE. JUROS DE MORA. LEI Nº 11.960/09.

1. A Administração Pública tem o direito de anular seus próprios atos quando eivados de vícios de legalidade.

2. In casu, a autora agiu de boa-fé ao perceber valores que a Administração posteriormente reputou indevidos, de modo que é descabida a restituição dos mesmos ao Erário.

(...)

(PJe: 08010201920134058000, APELREEX/AL, REL^a: DES^a. FED. JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (CONVO-CADA), 3^a Turma, 12/12/2013)

É que, a caracterização da má-fé reclama a existência de conduta prevista de forma taxativa no art. 17, do CPC, conforme já decidiu o eg. Superior Tribunal de Justiça; *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. REQUISITOS PARA SUA CONFIGURAÇÃO.

1. Para a condenação em litigância de má-fé, faz-se necessário o preenchimento de três requisitos, quais sejam: que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 17, do CPC; que à parte tenha sido oferecida oportunidade de defesa (CF, art. 5º, LV); e que da sua conduta resulte prejuízo processual à parte adversa.

2. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para excluir do acórdão recorrido a condenação por litigância de má-fé.

(REsp nº 200000226068, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ de 19-6-2000)

Dos autos, verifica-se que a beneficiária não praticou nenhum ato que pudesse ser configurado como doloso, a ponto de causar qualquer prejuízo à parte adversa. Hipótese que me convence ao observar que a mesma recebeu os valores animada pela crença de um direito, não se configurando enriquecimento ilícito.

Ante a ausência de má-fé do apelado, e havendo erro da Administração, vislumbro a possibilidade de se descontar dos seus estímulos os valores percebidos.

Ademais, a Sra. Maria Salete Azevedo Maia foi devidamente citada para integrar o processo na condição de litisconsorte passiva necessária – fls. 78 e 84 – e não se pronunciou no prazo legal mas contra ela não se operam os efeitos materiais da revelia pelos motivos anteriormente expostos sobre a boa-fé e a irrepetibilidade de verba alimentícia.

No tocante à verba honorária, em se cuidando de ação previdenciária, normalmente de complexidade intermediária, penso ser razoável manter o que fora aplicado pelo Juízo *a quo* (um mil reais),

eis que se mostra em conformidade com o disposto no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, observada a Súmula nº 111 do STJ.

Por fim, no tocante às custas processuais, uma vez que o apelado é beneficiário da Justiça Gratuita, não tendo efetuado despesas a título de custas processuais, descabe 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.

(...)

(TRF5, AC 305.890-RN, 3ª Turma, DJU: 05/03/2004, Des. Fed. Rivalvo Costa)

Diante do exposto, entendo pela isenção, no caso concreto, das custas processuais.

Ante o exposto, dou provimento, em parte, à apelação e à remessa necessária, tão somente para reconhecer a incidência da prescrição durante o quinquídio anterior à propositura da ação, sem contudo, eximir o INSS de suspender os descontos indevidos e ressarcir o apelado dos valores correspondentes desde a propositura da ação.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 31.226-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: SIMONE RODRIGUES DOS SANTOS
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. RAIMUNDO NONATO ARAUJO E OUTROS (APDO.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. NATIMORTO. POSSIBILIDADE. TRABALHADORA RURAL. COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL. ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS POR PARTE DO INSS. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- À segurada especial é devido o benefício do salário-maternidade, desde que comprovado o exercício da atividade rural, em regime de economia familiar, nos últimos dez meses imediatamente anteriores ao requerimento do benefício, nos termos do art. 93, § 2º, do Decreto nº 3.048/99.

- O rol de documentos previsto no art. 106 da Lei 8.213/91 é meramente exemplificativo, tendo em vista a informalidade do trabalho rural, a escassez de documentação e a precariedade das condições de vida dos trabalhadores deste meio.

- A autora/apelante conseguiu comprovar a condição de rurícola nos 10 meses anteriores à data do parto, ocorrido em 16/08/2007.

- A jurisprudência desta egrégia Corte vem se posicionando a favor do salário-maternidade de forma integral ao parto de natimorto. Diga-se, ainda, que a questão encontra-se regulamentada pelo próprio INSS, nos termos do art. 294, §§ 3º e 5º, da Instrução Normativa nº 45 do INSS, de 11/08/2010.

- **O INSS é isento do pagamento de custas processuais. Precedente.**
- **No que tange à fixação de juros de mora e correção monetária, a fim de evitar reformatio in pejus, deve ser mantida a sentença.**
- **Honorários advocatícios mantidos no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, contudo, observando-se o disposto na Súmula 111 do STJ.**
- **Apelação da autora provida e remessa oficial parcialmente provida, apenas para afastar a condenação do INSS em custas processuais e para fazer observar-se à Súmula 111 do STJ.**

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 provimento à apelação da autora e dar parcial provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 30 de setembro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO -
Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Convocado):

Trata-se de apelação interposta por Simone Rodrigues dos Santos e remessa oficial contra sentença que julgou parcialmente procedente seu pedido de concessão do benefício de salário-maternidade.

O MM. Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido da autora, condenando o INSS ao pagamento do benefício de salário-maternidade apenas pelo período de 2 (duas) semanas, por cui-

dar-se de parto de natimorto. Além disso, condenou a autarquia ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Apela a parte autora, sob o argumento de que o pagamento do benefício deve ser estendido pelo período de 120 (cento e vinte) dias, haja vista o estipulado pelo art. 294, § 5º, da Instrução Normativa do INSS, de 06/08/2010. Pede a reforma da sentença neste sentido.

Contrarrazões às fls. 69/75.

É o relatório.

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

Peço inclusão do feito em pauta para julgamento.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Relator Convocado):

A previsão legal a embasar o pedido da apelante encontra-se no parágrafo único do art. 71 da Lei nº 8.213/91, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.861/94, e regulamentadas pelos arts. 91, § 2º, do Decreto nº 2.172/97 e 93, § 2º, do Decreto nº 3.048/99.

Dispõe o art. 71 da Lei nº 8.213/91, com a redação da Lei nº 8.861/94:

Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante cento e vinte dias, com início no período entre vinte e oito dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade, sendo pago diretamente pela Previdência Social.

Parágrafo único. Para segurada especial fica garantida a concessão do salário-maternidade no valor de 1 (um) salário mínimo, desde que comprove o exercício da atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao do início do benefício.

Por sua vez, determina o art. 91 do Decreto nº 2.172/97:

Art. 91. O salário-maternidade é devido, independentemente de carência, à segurada empregada, à trabalhadora avulsa e à empregada doméstica, durante 120 dias, com início 28 dias antes e término 91 dias depois do parto, podendo ser prorrogado na forma prevista no § 3º.

(...)

§ 2º Será devido o salário-maternidade à segurada especial, desde que comprove o exercício de atividade rural nos últimos doze meses imediatamente anteriores ao requerimento do benefício, mesmo que de forma descontínua.

O Decreto nº 3.048/99, em seu art. 93, dispõe:

Art. 93. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante cento e vinte dias, com início vinte e oito dias antes e término noventa e um dias depois do parto, podendo ser prorrogado na forma prevista no § 3º, sendo pago diretamente pelo Instituto Nacional do Seguro Social ou na forma do art. 311.

(...)

§ 2º Será devido o salário-maternidade à segurada especial, desde que comprove o exercício de atividade rural nos últimos dez meses imediatamente anteriores ao requerimento do benefício, mesmo que de forma descontínua, aplicando-se, quando for o caso, o disposto no parágrafo único do art. 29.

A parte autora juntou documentos aptos a configurar início de prova material, entre eles, declaração de exercício de atividades rurais, nos períodos de 01/03/2004 a 17/06/2009, fornecida pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Acaraú - CE (fl. 13); carteira de associada ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Acaraú - CE, em nome da apelante, na qual consta que a mesma é sócia desde 30/04/2007; dentre outros.

Assim, entendo que a parte autora/apelante conseguiu comprovar a condição de rurícola nos 10 meses anteriores à data do parto, ocorrido em 16/08/2007.

Note-se que o STJ, em face das dificuldades enfrentadas pelos trabalhadores rurais em fazer prova material a seu favor, tem decidido no sentido de que o rol de documentos hábeis a comprovar atividade rural, inscrito no art. 106, parágrafo único, da Lei nº

8.213/91 é meramente exemplificativo, e não taxativo, sendo admissíveis outros documentos não mencionados no dispositivo, entre eles, a Certidão de Casamento onde consta a profissão de agricultor do cônjuge.

Vejam-se os julgados trazidos à colação do STJ e do TRF/5ª Região:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE SALÁRIO-MATERNIDADE. TRABALHADORA RURAL. SEGURADO ESPECIAL. LEI Nº 8.213/91. REQUISITOS. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURAL. TEMPO DE SERVIÇO: 10 MESES. PREENCHIMENTO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. JUROS. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS. SÚMULA N.º 111 DO STJ.

1. De acordo com o art. 71, da Lei nº 8.213/91 e parágrafo 2º, do art. 93, do Decreto nº 3.048/99, com redação dada pelo Decreto nº 5.545, de 2005, é assegurado à trabalhadora rural o direito ao salário-maternidade, durante 120 dias, desde que comprovado o exercício da atividade rural pelo período de 10 meses imediatamente anteriores à data do parto.

2. É possível, ainda, a comprovação da condição de trabalhador rural e do tempo de serviço através de depoimentos testemunhais e de documentos os quais, apesar de não servirem como prova documental *stricto sensu*, já que não previstas na legislação, têm o condão de fortalecer a prova testemunhal, funcionando como início de prova material, tais como: comprovação de residência em área rural, fl. 08; entrevista rural de fl. 13; ficha de filiação ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Dona Inês, fl. 14; Certificado de Cadastro de Imóvel Rural, fl. 15; declaração do proprietário rural, fl. 16; declaração de atividade rural exercida entre 1999 e 2008, passada pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Dona Inês/PB, fl. 17; fichas de atendimento na rede municipal de Saúde, classificando a autora como agricultora, fls. 19/24.

3. Face à prova testemunhal robusta e o início de prova material apresentada, resta reconhecido o direito à concessão do salário-maternidade.

4. Os juros moratórios devem incidir a partir da citação à razão de 1% ao mês, sem qualquer adequação aos ter-

mos da Lei nº 11.960/09, haja vista a declaração da inconstitucionalidade da expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança” constante do parágrafo 12 do art. 100 da CF, através do julgamento das ADI’s nºs 4.357 e 4.425, em 13.03.2013, que, por arrastamento, alcança o art. 1º-F da Lei nº 9.494, com a redação dada pelo art. 5º da citada Lei nº 11.960/09. De igual modo, também se afastam os referidos critérios para a correção monetária, que seguirá a sistemática do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

5. Verba honorária mantida em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, conforme o parágrafo 4º do art. 20 do CPC, respeitado o teor da Súmula nº 111 do col. Superior Tribunal de Justiça.

6. Apelação parcialmente provida, no que tange à aplicação da Súmula nº 111 do STJ. Remessa obrigatória não conhecida, visto o valor da condenação ser evidentemente inferior a sessenta salários mínimos.

(APELREEX28934/PB, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA, Primeira Turma, JULGAMENTO: 17/10/2013, PUBLICAÇÃO: DJe 24/10/2013 - Página 36) (Grifos meus)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL. CARÊNCIA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CONFIGURADO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. É pacífico o entendimento da Terceira Seção deste Superior Tribunal no sentido de que a comprovação da atividade rural, para fins de obtenção dos benefícios previdenciários, deverá ser efetivada, com base em início de prova material ratificado por depoimentos testemunhais.

2. No caso em tela, o acórdão *a quo*, confirmando a sentença, julgou procedente o pedido da autora entendendo que, além das provas testemunhais, o documento colacionado aos autos, qual seja, comprovação de associação ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Santana do Acaraú, de 7 de outubro de 2003, configuraria início razoável de prova documental.

3. Com razão as instâncias ordinárias, no ponto em que decidiram que a prova documental acostadas pela autora, ora recorrida, serviu de início de prova documental do labor rural, cuja interpretação conjunta com as provas testemu-

nhaís, dão conta do exercício da atividade rural exercido em período equivalente à necessária carência para fins concessão do benefício de salário-maternidade.

4. O rol de documentos ínsito no art. 106 da Lei nº 8.213/91 é meramente exemplificativo, podendo ser aceito como início de prova material, documentos que comprove que a autora exerceu atividade de rurícola. Precedentes.

5. Agravo regimental improvido.

(AGRESP 200801596634, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ - SEXTA TURMA, 29/03/2010) (Grifos meus)

A jurisprudência desta egrégia Corte vem se posicionando a favor de concessão do salário-maternidade de forma integral ao parto de natimorto. Colaciono:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. **SEGURADA ESPECIAL. SALÁRIO-MATERNIDADE. NATIMORTO.** INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. COMPLEMENTAÇÃO DO CONVENCIMENTO POR MEIO DE PROVA TESTEMUNHAL. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. HONORÁRIOS.

1. Caso em que se pretende a concessão de benefício de salário-maternidade decorrente de parto de natimorto, ocorrido entre a 32ª e 36ª semana de gestação.

2. Segundo o art. 236, parágrafo 2º, da Instrução Normativa nº 118/2005 do INSS “para fins de concessão de salário-maternidade, considera-se parto o evento ocorrido a partir da 23ª semana (6º mês) de gestação, inclusive em caso de natimorto”, albergando, portanto, a hipótese dos autos.

3. Comprovados o exercício e o tempo de atividade rural da autora como segurada especial no período que seria de carência (10 meses antes do parto), por meio de razoável início de prova material (cópia de certidão de óbito da criança constando a sua profissão e de seu marido como agricultores, carteira e ficha de filiação ao sindicato de trabalhadores rurais) corroborada através da prova testemunhal, é devido o deferimento do benefício.

4. Honorários mantidos no percentual de 10% (dez por cento) do valor da condenação, excluídas as parcelas vindendas (Súmula nº 111 do STJ), por já se ajustar a hipótese do parágrafo 4º do art. 20 do CPC.

5. Apelação improvida.

(PROCESSO: 00020755520134059999, AC 558.886/PB, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, Segunda Turma, JULGAMENTO: 02/07/2013, PUBLICAÇÃO: *DJe* 18/07/2013 - Página 239) (Grifos meus)

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO DE SENTENÇA QUE DEFERIU PRETENSÃO DE SALÁRIO-MATERNIDADE À TRABALHADORA RURAL.

1. Prova, testemunhal e documental, a evidenciar a condição de trabalhadora rural da demandante. **Prova do parto (natimorto). Benefício devido.**

2. Juros de mora calculados nos termos da Lei 11.960, de 29 de junho de 2009.

3. Apelação provida, em parte, quanto à aplicação da Lei 11.960.

(PROCESSO: 00016806820104059999, AC 499.728/PB, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR CARVALHO, Terceira Turma, JULGAMENTO: 30/09/2010, PUBLICAÇÃO: *DJe* 07/10/2010 - Página 737) (Grifos meus).

PREVIDENCIÁRIO. **SALÁRIO-MATERNIDADE. SEGURADA ESPECIAL.** PROVAS MATERIAL E TESTEMUNHAL SUFICIENTES.

1. Pretensão da Apelada, trabalhadora rural, de haver o pagamento do salário-maternidade previsto no art. 71 da Lei nº 8.213/91.

2. Início de prova material, em face da juntada, dentre outras, de cópias do(a): Certidão de Natimorto, na qual consta que os genitores da criança são “agricultores”; Certificado de Cadastro de Imóvel Rural - CCIR 1998/1999, em nome do proprietário da gleba onde a autora-apelada exerceu atividade rural; ficha individual do aluno referente ao estabelecimento de ensino do Estado da Paraíba, atestando que a autora é “agricultora”; ficha de filiado ao STR de São José das Piranhas/PB; declaração do exercício de atividade rural no período de 2.1.1996 a 28.3.2001, emitida pelo aludido Sindicato, as quais, corroboradas por provas testemunhais colhidas em Juízo de forma idônea, se prestam para a efetiva demonstração do exercício de atividade rural pela autora-apelada, e a sua qualidade de segurada especial, sob o regime de

economia familiar, nos termos da Lei nº 8.213/91. Comprovação do parto. Direito ao salário-maternidade. Apelação improvida.

(PROCESSO: 200182010022092, AC 354.344/PB, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO, Terceira Turma, JULGAMENTO: 16/02/2006, PUBLICAÇÃO: DJ 22/05/2006 - Página 635) (Grifos meus)

Ademais, no que toca à controvérsia acerca do período devido do salário-maternidade nos casos em que ocorra parto de natimorto, entendo que o próprio INSS soluciona tal matéria, haja vista a regulamentação específica do art. 294, §§ 3º e 5º, da Instrução Normativa nº 45 do INSS, de 11/08/2010. Dispõe:

Art. 294. O salário-maternidade é devido para as seguradas de que trata o art. 371 durante cento e vinte dias, com início até vinte e oito dias antes do parto e término noventa e um dias depois dele, considerando, inclusive, o dia do parto, podendo, em casos excepcionais, os períodos de repouso anterior e posterior ao parto serem aumentados de mais duas semanas, mediante atestado médico específico, observado o § 7º deste artigo.

(...)

§ 3º Para fins de concessão do salário-maternidade, considera-se parto o evento ocorrido a partir da vigésima terceira semana (sexto mês) de gestação, inclusive em caso de natimorto.

(...)

§ 5º Tratando-se de parto antecipado ou não, ainda que ocorra parto de natimorto, este último comprovado mediante certidão de óbito, a segurada terá direito aos cento e vinte dias previstos em lei, sem necessidade de avaliação médico-pericial pelo INSS.

(...) (grifos meus)

Tenho, portanto, como devido o benefício de salário-maternidade postulado, pelo período de 120 dias, de acordo com os termos acima delineados.

No que concerne à condenação nas custas processuais, tenho que o INSS é isento do pagamento destas (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 tange à fixação dos juros de mora, o Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADINs 4.357 e 4.425, reconheceu, por arrastamento, a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.960/09, que deu nova redação ao artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, de forma que se deve restabelecer o *status quo ante*.

Assim, nas causas previdenciárias, ao valor da condenação deverão incidir juros de mora à razão de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação (Súmula 204/STJ) e correção monetária de acordo com os índices recomendados pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 561, de 02/07/2007.

Contudo, para evitar a *reformatio in pejus*, mantenho a correção monetária fixada na sentença, qual seja pelo INPC e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação.

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 realizado 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 no percentual de 10% (dez por cento) sobre valor da condenação, contudo, observando-se o disposto na Súmula nº 111 do STJ.

Diante do exposto, dou provimento à apelação da autora e parcial provimento à remessa oficial, apenas para afastar a condenação do INSS em custas processuais e para fazer observar-se à Súmula 111 do STJ.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 31.503-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA

Apelantes: ELEONORA STREAK E OUTRO E MUNICÍPIO DE CONDE (PB)

Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA

Parte A.: SUPERINTENDÊNCIA DE ADMINISTRAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DA PARAÍBA - SUDEMA

Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Advs./Procs.: DRS. JOSÉ CARLOS SCORTECCI HILST E OUTRO, GLAUCO TEIXEIRA GOMES E OUTROS E RILVES LIMA DE SOUZA E OUTROS

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO AMBIENTAL. RESIDÊNCIA UNIFAMILIAR CONSTRUÍDA NA APA DE TAMBABA (CONDE/PB). SEGURANÇA JURÍDICA. EXISTÊNCIA DE DIVERSOS CONDOMÍNIOS E CONSTRUÇÕES HÁ DÉCADAS NA ÁREA. LICENCIAMENTO MUNICIPAL. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS.

- ELEONORA STREAK E OUTRO e o MUNICÍPIO DO CONDE/PB interpõem apelações contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na presente ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, para determinar que aos primeiros réus: a) a desocupação e demolição do imóvel situado na Rua Projetada, s/n, Quadra Z-01, Lote 17 do Loteamento Cidade Balneário Novo Mundo, no Município do Conde/PB, e a remoção dos entulhos para local adequado; b) a apresentação de projeto, subscrito por profissional habilitado, de recuperação física do dano ambiental e paisagístico causado, prevendo a recuperação da encos-

ta, da margem do Rio Bucatu e reposição da vegetação ativa, com cronograma de execução e submissão ao IBAMA para aprovação; c) pagamento correspondente a R\$ 50,00 (cinquenta reais) por dia de ocupação, a ser revertida ao Fundo de Reconstituição dos Bens Lesados (Lei nº 7.347/1985).

- De acordo com a sentença, todos os cuidados que os particulares tiveram ao buscar a certeza de que estavam fazendo um bom negócio – à luz da legislação da época e das exigências da municipalidade – não teriam tido qualquer eficácia, diante da inexistência de direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente. Em síntese, entendeu-se que, no conflito entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a segurança jurídica, o primeiro deve prevalecer sem espaço para outra opção.

- No caso específico dos autos, não é adequada a solução de sobrepor o direito ao meio ambiente equilibrado ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, enfim, à segurança jurídica, de forma apriorística e sem atentar para as particularidades da situação. A questão se mostra complexa, não havendo como se considerar que a simples demolição de um imóvel possa restabelecer o equilíbrio ambiental na área. A própria SUDEMA reconhece que o problema da ocupação irregular de lotes no loteamento e nos demais, até mesmo para evitar futuras demandas judiciais, há consenso na área técnica e jurídica daquele órgão, não poderá ser resolvido através de ações pontuais e particularizadas, mas sim de ações coletivas, dado o grande número de imóveis na mesma situação.

- Não se ignora que, durante as obras de reforma do imóvel, os donos foram autuados pela SUDEMA, o que evidencia terem conhecimento de que o prosseguimento da construção não encon-

trava guarida na legislação. Entretanto, isso não apaga o fato de que a aquisição do terreno pelos proprietários originais, a construção do primeiro imóvel, a transferência da propriedade e o licenciamento da reforma foram todos atos praticados de boa-fé, mesmo porque cronologicamente anteriores à própria criação da APA.

- Em situação bastante similar à dos autos, a egrégia Segunda Turma deste Tribunal manifestou-se no sentido de que a construção de residência unifamiliar em terreno que, em momento muito posterior, foi considerado como inserido em área de preservação ambiental, pode ser considerado ato jurídico perfeito, mormente quando a solução para os problemas ecológicos do ambiente não passaria pela simples demolição do imóvel. (TRF5. Segunda Turma. APELREEX 29.140. Rel. Des. Federal VLADIMIR CARVALHO. Julg. 20/05/2014. Publ. DJe 26/05/2014, p. 81)

- O loteamento foi devidamente licenciado pelo Município do Conde no longínquo ano de 1968, ou seja, há mais de 46 anos. Em todo esse tempo, não há notícias de que o IBAMA ou órgão ambiental estadual, ou mesmo o próprio Parquet, tenham se oposto ao empreendimento. Fazer menção à toda a legislação que, em tese, inviabilizaria o loteamento e a construção do imóvel, sem apontar em que grau eles provocaram dano ao meio ambiente equilibrado fere de morte a segurança jurídica sem que disso se extraia algum bem maior para a sociedade, na medida em que, como a farta documentação aponta e é do conhecimento geral, a praia em questão se encontra em avançado estágio de urbanização.

- Sem embargo, deve-se registrar – por essencial à efetivação da isonomia – que esta decisão não exime os proprietários de observarem e cumprirem eventuais medidas coletivas de mitigação do dano ambiental que venham a ser determina-

***das pela Administração Pública.
- Remessa oficial improvida. Apelações providas.
Agravo retido julgado prejudicado.***

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, negar provimento à remessa oficial, dar provimento às apelações e julgar prejudicado o agravo retido, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 2 de dezembro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

ELEONORA STREAK E OUTRO e o MUNICÍPIO DO CONDE/PB interpõem apelações contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na presente ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, para determinar que aos primeiros réus: a) a desocupação e demolição do imóvel situado na Rua Projetada, s/n, Quadra Z-01, Lote 17 do Loteamento Cidade Balneário Novo Mundo, no Município do Conde/PB, e a remoção dos entulhos para local adequado; b) a apresentação de projeto, subscrito por profissional habilitado, de recuperação física do dano ambiental e paisagístico causado, prevenido a recuperação da encosta, da margem do Rio Bucatu e reposição da vegetação nativa, com cronograma de execução e submissão ao IBAMA para aprovação; c) pagamento correspondente a R\$ 50,00 (cinquenta reais) por dia de ocupação, a ser revertida ao Fundo de Reconstituição dos Bens Lesados (Lei nº 7.347/1985).

A sentença condenou, ainda, o MUNICÍPIO DO CONDE/PB a pagar indenização em dinheiro pelos danos causados ao patrimônio ecológico, no valor correspondente a R\$ 50.000,00 (cinquenta

mil reais), a ser revertida ao Fundo de Reconstituição dos Bens Lesados (Lei 7.347/1985) e a anular todas as licenças e alvarás expedidos para o imóvel em questão.

Por fim, a sentença condenou os réus a pagar honorários advocatícios sucumbenciais, no percentual de 20% do valor da causa.

Em suas razões recursais, ELEONORA STREAK e DANIEL PEDRO DE ANDRADE FERREIRA, em preliminar, requerem seja apreciado o agravo retido que manejaram contra a decisão interlocutória que indeferiu a produção de inspeção judicial e das provas pericial e testemunhal, pelas quais pretendem seja comprovada ou não a existência de dano ambiental. No mérito, defendem a reforma da sentença, argumentando: a) que o art. 63 da Lei nº 12.651/2012 admitiria a manutenção de imóveis de baixo impacto ambiental em área de mangue; b) a sentença estaria fundamentada em laudos do IBAMA, desconsiderando, sem fundamentação adequada, outros laudos técnicos existentes nos autos; c) a manutenção do imóvel, além de não causar maiores danos ambientais do que a própria demolição, atende o direito social à moradia (CF, art. 6º); d) a demolição do imóvel seria mais danosa ao meio ambiente, devendo ser mantida a obra mediante a aplicação de medidas de mitigação do dano já causado (Decreto 6.514, de 22 de julho de 2008, art. 19, II, § 3º); e) quando da construção do imóvel (1992), não havia exigência legal de obtenção de licenciamento ambiental; f) o loteamento e a construção do imóvel se deram mediante licença do município, único responsável à época.

O MUNICÍPIO DO CONDE, por seu turno, argumenta que não pode ser responsabilizado pelo dano ambiental, pois o IBAMA, mesmo tendo conhecimento do dano ambiental – inclusive com a notificação do dono da obra – não o comunicou acerca dos fatos, incorrendo em omissão. Sustenta não ser responsável por analisar as questões ambientais, nem por fiscalizar área de domínio da UNIÃO. Afirma que sem demonstração de culpa, não haveria que se falar em responsabilização por omissão.

Contrarrazões apresentadas pelo MPF (fls. 771/778) e pelo IBAMA (fls. 781/784).

Ouvida, a PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA opinou pelo improvimento dos recursos (fls. 794/806).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

A pretensão do MPF foi acolhida pela sentença recorrida em sua integralidade. Segundo o Magistrado Federal sentenciante, as provas documentais constantes nos autos (autos de infração, relatórios de fiscalização e fotos) “confirmam que tanto a construção original quanto a reforma que a acresceu se localizaram em área não edificável, por demais próxima do Maceió do Rio Mucatú-Tabatinga e também na faixa de cem metros da linha de ruptura das falésias, segundo o Código Florestal em vigor à época, a Lei 4.771/1965, art. 2º, cujos parâmetros a esse respeito foram mantidos, em linhas gerais, pelo atual Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), no art. 4º.”

Sua Excelência prossegue, fundamentando que “não socorrem os réus suas alegações expostas nos autos, inclusive no que se refere ao alvará de licença para construção datado de 1992, à aprovação das plantas apresentadas na época pela Capitania dos Portos da Paraíba, pelo Município do Conde/PB e pelo Conselho Regional de Engenharia e Agronomia da Paraíba - CREA/PB, à criação da área de preservação ambiental de Tambaba somente em 2005, nem à regularidade na Gerência Regional do Patrimônio da União ou à emissão de alvará, pelo Município do Conde/PB, para reforma” (fl. 710).

Para o sentenciante, todos os cuidados que os particulares tiveram ao buscar a certeza de que estavam fazendo um bom negócio – à luz da legislação da época e das exigências da municipalidade – não teriam tido qualquer eficácia, diante da inexistência de direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente. Em síntese, entendeu-se que, no conflito entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a segurança jurídica, o primeiro deve prevalecer sem espaço para outra opção.

No entanto, com o devido respeito e no caso específico dos autos, não me parece adequada a solução de sobrepor o direito ao meio ambiente equilibrado ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, enfim, à segurança jurídica, de forma apriorística e sem atentar para as particularidades do caso posto nos autos.

A questão se mostra complexa, não havendo como se considerar que a simples demolição de um imóvel possa restabelecer o equilíbrio ambiental na área. Nesse sentido, permito-me transcrever o seguinte excerto das informações prestadas ao MPF, em 15/02/2007, pelo Superintendente da SUDEMA a respeito do Loteamento Balneário Novo Mundo, *verbis*:

(...).

Em dezembro de 2005 foi editado o Decreto Estadual nº 26.617, o qual disciplinou o processo de ocupação e utilização da zona costeira da Área de Proteção Ambiental de Tambaba, visando à proteção do meio ambiente e do patrimônio turístico e paisagístico da unidade.

Encontra-se na fase de elaboração o zoneamento ambiental da APA, objeto do Contrato de Prestação de Serviços nº 07-2005 entre esta Superintendência e a FUNAPE - Fundação de Apoio à Pesquisa e Extensão da UFPB. Só após a conclusão dos demais estudos necessários será elaborado o Plano de Manejo da unidade que deverá ser devidamente aprovado, conforme a legislação pertinente.

c) dentro dos limites da APA existem doze loteamentos distribuídos entre Tabatinga (Conde) e Barra do Abiaí (Pitimbu): Cidade Balneário Novo Mundo, Enseada de Jacumã, Chácaras do loteamento Enseada de Jacumã, Colinas do Conde, Colinas de Jacumã, Enseada do Garaú e Barra de Jacumã, localizados no município do Conde e Praia Bela, Barramares, Colinas de Pitimbu e Chácaras da Praia e Barra do Estoril, localizados no Município de Pitimbu.

A SUDEMA avaliou tecnicamente estes **empreendimentos e constatou que os mesmos foram criados e/ou implantados entre as décadas de 1970 e 1990 apenas com a autorização ou com alvará das prefeituras municipais.** (...)

(...) Com relação ao Loteamento Cidade Balneária Novo Mundo, o mesmo foi implantado em momentos distintos e por setores. Nesse sentido, foram levantadas as diferentes plantas e documentações, suas alterações e diferentes versões de aprovações junto à Prefeitura Municipal do Conde e estão sendo identificados os possíveis proprietários junto aos cartórios da região. Além disso, a SUDEMA encaminhou procedimentos ao Ministério Público Estadual com vista à adoção das medidas cabíveis. **É importante informar que o problema da ocupação irregular de lotes nesse loteamento e nos demais, até mesmo para evitar futuras demandas judiciais, há consenso na área técnica e jurídica deste órgão, que não poderá ser resolvido através de ações pontuais e particularizadas, mas sim de ações coletivas, dado o grande número de imóveis na mesma situação.**

(...) (Fls. 50/51)

Em resumo, o órgão responsável pela fiscalização do meio ambiente no Estado da Paraíba reconhece a existência de graves problemas de ordem ambiental decorrentes da implantação de loteamentos sem licenciamento do órgão ambiental, mas admite que a solução se mostra complexa e demanda medidas mais amplas do que meras ações pontuais e particularizadas.

Não ignoro que, durante as obras de reforma do imóvel, os donos foram autuados pela SUDEMA, o que evidencia terem conhecimento de que o prosseguimento da construção não encontrava guarida na legislação. Isso, entretanto, não apaga o fato de que a aquisição do terreno pelos proprietários originais, a construção do primeiro imóvel, a transferência da propriedade e o licenciamento da reforma foram todos atos praticados de boa-fé, mesmo porque cronologicamente anteriores à própria criação da APA.

Em situação bastante similar à dos autos, a egrégia Segunda Turma deste Tribunal manifestou-se no sentido de que a construção de residência unifamiliar em terreno que, em momento muito posterior, foi considerado como inserido em área de preservação ambiental, pode ser considerado ato jurídico perfeito, mormente quando a solução para os problemas ecológicos do ambiente não passaria pela simples demolição do imóvel. Confirma-se a ementa do julgamento:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO DO DEMANDANTE, ANTE SENTENÇA QUE, EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA, NÃO ACATA A DEMOLIÇÃO DE CASA ERGUIDA EM 1983, NO RIACHO PAMONGA, EM CASCAVEL, EM ÁREA QUE, MAIS TARDE, EM DATA IGNORADA, FOI CONSIDERADA COMO DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.

1. Apelo calcado em duas razões: primeira, o dano ambiental está na mera ocupação ilegal de Área de Preservação Permanente, fl. 381v., segunda, e, se ainda que o imóvel não estivesse em APP quando de sua construção, seria justificável sua remoção em face da inexistência de direito adquirido diante da proteção ambiental, fl. 382.

2. A verdade é que **o imóvel foi construído quando a área não recebia o batismo de ser de preservação permanente. Com a data de 1983, fato, aliás, incontroverso, fl. 380, portanto, no começo da década de oitenta do século passado, ou seja, há justamente trinta e um anos, quando a área em apreço, banhada pelo Riacho do Caponga, não era considerada como integrante de área de preservação permanente.**

3. Ainda, cuidando-se, como se cuida, de imóvel edificado há exatamente trinta e um anos, mesmo levando em conta que a declaração de ser área de preservação permanente ocorreu depois, para poder ser demolida, deveria merecer uma acusação específica da degradação que, isoladamente, causa a natureza, e, mui em especial, ao Riacho do Pamonga. Não é só estar na mera ocupação ilegal de Área de Preservação Permanente, como textuado pelo recorrente, porque nem ilegal é visto que, à época, não se extrai da legislação norma alguma que, de modo claro e direto, assim aclame, para ensejar do julgador a ordem perseguida a fim de ser decretada a sua demolição.

4. Ademais, o recorrente não esclarece as medidas tomadas com relação a todas as casas erguidas no mesmo sítio, exibidas aqui em cópia de fotografias, se contra tais construções também movimentou outras e idênticas demandas, valendo o silêncio como sinal negativo, sem se falar na vizinhança com o Condomínio Água Verde e com o

Caponga Beach Hotel, não sendo de admitir que a presença de um imóvel, em meio a tantos outros, seja o causador de dano ao meio ambiente no local aprazado.

5. Improvimento da apelação.

(TRF5. Segunda Turma. APELREEX 29.140. Rel. Des. Federal VLADIMIR CARVALHO. Julg. 20/05/2014. Publ. DJe 26/05/2014, p. 81)

O fato é que o loteamento foi devidamente licenciado pelo Município do Conde no longínquo ano de 1968, ou seja, há mais de 46 anos. Em todo esse tempo, não há notícias de que o IBAMA ou órgão ambiental estadual, ou mesmo o próprio *Parquet*, tenham se oposto ao empreendimento. Fazer menção à toda a legislação que, em tese, inviabilizaria o loteamento e a construção do imóvel, sem apontar em que grau eles provocaram dano ao meio ambiente equilibrado, ao meu sentir, fere de morte a segurança jurídica sem que disso se extrai algum bem maior para a sociedade, na medida em que, como a farta documentação aponta e é do conhecimento geral, a praia em questão se encontra em avançado estágio de urbanização.

Como consignado no precedente jurisprudencial acima transcrito, não há como se “admitir que a presença de um imóvel, em meio a tantos outros, seja o causador de dano ao meio ambiente no local aprazado”.

Assim, em homenagem à segurança jurídica e a própria razoabilidade que deve permear as atividades estatais de administrar e julgar, entendo que a determinação de demolir o imóvel de que trata aos autos não merece ser mantida.

Sem embargo, deve-se registrar – por essencial à efetivação da isonomia – que esta decisão não exime os proprietários de observarem e cumprirem eventuais medidas coletivas de mitigação do dano ambiental que venham a ser determinadas pela Administração Pública.

Posto isso, nego provimento à remessa oficial e dou provimento às apelações, julgando prejudicado o agravo retido.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 31.591-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelante: UNIÃO
Apelado: LÚCIO CLÁUDIO ALVES SERAPIÃO
Advs./Procs.: DRS. EBENEZER SERAPIÃO E OUTRO (APDO.)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PROVENTOS PROPORCIONAIS. REVISÃO. PROVENTOS INTEGRAIS. DOENÇA GRAVE NÃO PREVISTA EM LEI. § 1º DO ART. 186 DA LEI Nº 8.112/90. ROL NÃO TAXATIVO. ART. 40, § 1º, I, DA CRFB/88. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA.

- “A aposentadoria é regida pelas normas constitucionais e legais em vigor na data em que o servidor preenche as condições exigidas - Verboete nº 359 da Súmula do Supremo.” (AI 470.109 AgR, Rel.: Min. MARCO AURÉLIO, 1ª Turma, julg. em 11/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2013 PUBLIC 01-08-2013)

- Autor aposentado em 09/11/2010 com proventos proporcionais por que a Administração considerou que a patologia que o acometeu não se enquadrava na lista das doenças que possibilitavam a aposentadoria por invalidez com proventos integrais do § 1º do art. 186 da Lei nº 8.112/90.

- “É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o rol do art. 186, I, § 1º, da Lei 8.112/1990 não é taxativo, diante da impossibilidade de se elencar todas as doenças consideradas graves, contagiosas e incuráveis. (...)” (AgRg no REsp 1.349.536/CE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, 2ª TURMA, julg. em 25/06/2013, DJe 01/07/2013).

- Segundo a perícia médica realizada com as devidas cautelas do Juízo (fls. 190/196), “(...) a si-

ringomielia é doença potencialmente grave e incurável (...) o periciando portador de siringomielia pode ser enquadrado no termo paralisia irreversível e incapacitante (...)”. Em laudo complementar, o expert do Juízo assevera que não há cura para a moléstia que acomete o autor, cuja total recuperação nunca fora atestada (fls. 234/236).

- É devida a aposentadoria com proventos integrais ao autor, com efeitos ex tunc, respeitada a prescrição quinquenal.

- Juros moratórios calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09.

- Correção nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal (Processo: 200380000111450, AC 362.284/AL, Rel.: Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel de Faria, Terceira Turma, Julg.: 05/12/2013, Pub.: DJe 10/12/2013 - Página 94).

- Honorários mantidos em 10% (dez por cento) sobre o valor das verbas vencidas (art. 20, § 4º, do CPC e Súmula nº 111-STJ).

- Sem custas, ante o benefício de assistência judiciária.

- Remessa oficial e apelação parcialmente providas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 18 de dezembro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Trata-se de ação de rito ordinário promovida por servidor público federal aposentado contra a UNIÃO, objetivando revisão de sua aposentadoria por invalidez com proventos proporcionais, para que seja considerada a integralidade dos seus proventos.

O MM. Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco/PE julgou procedente o pedido (fls. 259/260-v), pois entendeu que a doença que acomete o autor se encaixa no rol não taxativo do § 1º do art. 186 da Lei nº 8.112/90. Honorários arbitrados em 10% sobre o valor das verbas vencidas, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, respeitada a prescrição quinquenal e a Súmula nº 111 do STJ.

Apelação manifestada pela União (fls. 264/275), para obter reforma da sentença, com o não provimento do pedido. Alega a doença deveria constar no rol legal.

Contrarrazões por parte do autor (fls. 279/289), pela manutenção integral da sentença.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

O pleito em voga é de revisão de aposentadoria por invalidez com proventos proporcionais, para que seja considerada a integralidade dos proventos.

É sabido que a aposentadoria de servidor público federal é regida pelas normas constitucionais e legais em vigor na data em que o ele preenche as condições exigidas. Assim diz a jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR. APOSENTADORIA. REGÊNCIA. **A aposentadoria é regida pelas normas constitucionais e legais em vigor na data em que o servidor preenche as condições exigidas** - Verbete nº 359 da Súmula do Supremo.

AGRAVO - ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - MULTA. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé.

(AI 470.109 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2013 PUBLIC 01-08-2013) (GRIFEI).

Na hipótese, o autor foi aposentado em 09/11/2010 (fl. 40), com proventos proporcionais, por que, na ocasião, a Administração considerou que a patologia que o acometeu e ensejou, com base no art. 40, § 1º, I, da CRFB/88, o seu afastamento, não se enquadrava na lista das doenças que possibilitavam a aposentadoria por invalidez com proventos integrais, especificadas no § 1º do art. 186 da Lei nº 8.112/90.

Diz a Constituição da República:

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

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

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;

Agora, a Lei nº 8.112/90:

Art. 186. O servidor será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrente de acidente em serviço, moléstia pro-

fissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei, e proporcionais nos demais casos;

(...)

§ 1º Consideram-se doenças graves, contagiosas ou incuráveis, a que se refere o inciso I deste artigo, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS, e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada.

Segundo a perícia médica realizada com as devidas cautelas do Juízo (fls. 190/196), “(...) a siringomielia é doença potencialmente grave e incurável (...) o periciando portador de siringomielia pode ser enquadrado no termo paralisia irreversível e incapacitante (...)”. Em laudo complementar, o *expert* do juízo assevera que não há cura para a moléstia que acomete o autor, cuja total recuperação em momento algum fora atestada (fls. 234/236).

Observe-se o dito pela jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. INATIVO. REVISÃO DE APOSENTADORIA PROPORCIONAL PARA INTEGRAL. INVALIDEZ PERMANENTE. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ART. 186, I, § 1º, DA LEI 8.112/90. ROL NÃO TAXATIVO. PRECEDENTES.

1. Tendo o Tribunal de origem reconhecido a incapacidade definitiva e permanente da autora para fins de percepção de aposentadoria por proventos integrais, não há como reexaminar o conjunto fático-probatório dos autos para acolher entendimento em sentido diverso, tendo em vista o óbice da Súmula 7/STJ.

2. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o rol do art. 186, I, § 1º, da Lei 8.112/1990 não é taxativo, diante da impossibilidade de se elencar todas as doenças consideradas graves, contagiosas e incuráveis. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.349.536/CE, Rel. Ministro MAURO CAMBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/07/2013) (GRIFEI)

Então, é devida a aposentadoria com proventos integrais ao autor, com efeitos *ex tunc*, respeitada a prescrição quinquenal.

Quanto aos juros de mora, como já exposto no aresto, são devidos a partir da citação válida, nos termos da Súmula nº 204-STJ.

Tendo em vista o julgamento do REsp nº 1.270.439, sob os auspícios do artigo 543-C, que decidiu que a declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento do artigo 5º da Lei nº 11.960/09, por meio da ADI nº 4.357 não alcançou os juros, estes devem ser calculados com base nos índices da caderneta de poupança:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ Nº 08/2008. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. INCORPORAÇÃO DE QUINTOS. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.225-45/2001. PERÍODO DE 08.04.1998 A 05.09.2001. MATÉRIA JÁ DECIDIDA NA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. POSSIBILIDADE EM ABSTRATO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL NO CASO CONCRETO. (...)

VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO (ADIN 4.357/DF).

12. O art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação conferida pela Lei 11.960/2009, que trouxe novo regramento para a atualização monetária e juros devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicado, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior a sua vigência.

13. “Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legisla-

ção então vigente” (REsp 1.205.946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial, *DJe* 2.2.12).

14. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/09, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97, ao examinar a ADIn 4.357/DF, Rel. Min. Ayres Britto.

15. A Suprema Corte declarou inconstitucional a expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança” contida no § 12 do art. 100 da CF/88. Assim entendeu porque a taxa básica de remuneração da poupança não mede a inflação acumulada do período e, portanto, não pode servir de parâmetro para a correção monetária a ser aplicada aos débitos da Fazenda Pública.

16. Igualmente reconheceu a inconstitucionalidade da expressão “independentemente de sua natureza” quando os débitos fazendários ostentarem natureza tributária. Isso porque, quando credora a Fazenda de dívida de natureza tributária, incidem os juros pela taxa SELIC como compensação pela mora, devendo esse mesmo índice, por força do princípio da equidade, ser aplicado quando for ela devedora nas repetições de indébito tributário.

17. Como o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09, praticamente reproduz a norma do § 12 do art. 100 da CF/88, o Supremo declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, desse dispositivo legal.

18. Em virtude da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09: (a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas. Todavia, há importante referência no voto vista do Min. Luiz Fux, quando Sua Excelência aponta para o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, que ora se adota.

19. O Relator da ADIn no Supremo, Min. Ayres Britto, não especificou qual deveria ser o índice de correção monetária adotado.

20. No caso concreto, como a condenação imposta à Fazenda não é de natureza tributária – o crédito reclamado tem origem na incorporação de quintos pelo exercício de função de confiança entre abril de 1998 e setembro de 2001 –, os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período.

21. Recurso especial provido em parte. Acórdão sujeito à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 08/2008.

(REsp 1.270.439/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/06/2013, DJe 02/08/2013)

Por outro lado, deve-se a correção monetária de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal. Assim entende esta Terceira Turma:

ADMINISTRATIVO. FUNDEF. VALOR MÍNIMO ANUAL POR ALUNO. JUROS DE MORA. LEI Nº 11.960/09.

1. O Superior Tribunal de Justiça decidiu que a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.960/09 não teria atingido os juros de mora, que permanecem sendo calculados com base nos juros aplicados à caderneta de poupança (REsp 1.270.439).

2. Modificação do julgado proferido por esta Corte (na parte que determinou a aplicação da SELIC), devendo incidir sobre os atrasados correção nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal e juros com base na Lei nº 11.960/09.

3. Hipótese em que o presente feito foi remetido pela Vice-Presidência desta corte, com fundamento no art. 543-C, 7º, II, do CPC, por considerar que o acórdão combatido pelo Recurso Especial está em confronto com o julgamento sufragado pelo eg. STJ, em sede de recurso repetitivo, no REsp 1.205.946/SP (aplicação imediata do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, na redação dada pela Lei nº 11.960/09).

4. Apelação da parte autora provida (como acima descrito, no tocante à correção e juros), mantidos inalterados os demais termos do julgado.

(PROCESSO: 200380000111450, AC 362.284/AL, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA, Terceira Turma, JULGAMENTO: 05/12/2013, PUBLICAÇÃO: DJe 10/12/2013 - Página 94)

Honorários mantidos em 10% (dez por cento) sobre o valor das verbas vencidas, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, respeitada a Súmula nº 111 do STJ.

Ante o exposto, dou parcial provimento à remessa oficial e ao recurso de apelação, apenas em relação aos juros de mora.

Sem custas, ante o benefício de assistência judiciária.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 31.714-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO (CONVOCADO)
Apelante: UNIÃO
Apelado: LAILSON LIMA NOGUEIRA
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ CAUBY ANSELMO DA SILVA E OUTROS (APDO.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PARTICIPAÇÃO NO CURSO DE FORMAÇÃO DE OFICIAIS DA MARINHA, CONDICIONADA À APRESENTAÇÃO DE REGISTRO PROFISSIONAL. ELIMINAÇÃO DO CERTAME. EXCESSO DE FORMALISMO. EXIGÊNCIA QUE SE POSTERGA AO MOMENTO DO INGRESSO NOS QUADROS COMPLEMENTARES DE OFICIAIS DA MARINHA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. APLICABILIDADE.

- Consoante precedentes do STF, do STJ e deste Tribunal, não configura negativa de prestação jurisdicional ou inexistência de motivação a adoção da técnica de fundamentação referenciada (per relationem).

- Com base no entendimento jurisprudencial supra e considerando que a compreensão deste Relator sobre a questão litigiosa guarda perfeita sintonia com a apresentada pelo Juízo de Primeiro Grau, adota-se, como razões de decidir, nesta esfera recursal, a fundamentação da sentença.

- Ao aderir às normas do concurso, o candidato sujeita-se às exigências contidas no edital, não podendo pretender tratamento diferenciado contra disposição expressa e pública da lei reguladora do certame, a que se obrigou e a que traz parâmetros a serem seguidos para todo e qualquer concorrente, primando-se pela forma igualitária de tratamento, em consonância com o princípio da isonomia.

- À Administração compete o dever de agir em consonância com o edital do concurso, em obediência aos princípios da legalidade e da moralidade administrativa, não podendo esquecer-se, porém, de aplicação de outro princípio, também de suma importância, qual seja, o da razoabilidade, princípios informadores da conduta dos administradores públicos, não antagônicos e coexistentes entre si.

- Na hipótese vertente, entende-se pela existência de mácula a este último, não se justificando a eliminação – sumária, diga-se de passagem – do candidato-autor, somente por não cumprir com uma mera formalidade burocrática, ao deixar de apresentar registro que, em razão de “ter sido esta a primeira turma deste curso a colar grau no Instituto Federal do Ceará (IFCE), o processo de obtenção de registro junto ao CREA (CE) encontra-se ainda em fase de processamento, devendo estar concluído em aproximadamente três meses, não tendo o ex-aluno, portanto, poder de apressar esse processo, visto que tal prazo se trata de uma necessidade organizacional”,

conforme declaração do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia - IFCE, ou seja, documento sobre o qual não detém maior controle sobre o seu processamento, restando desproporcional o agir da promovida, ante a situação do demandante, devendo ser considerado, ainda, o curto lapso temporal existente entre sua colação de grau (16/02/2012) e o início do Curso, ocorrido em 12/03/2012, aliado ao fato do prazo normal de tramitação para a expedição do registro exigido (cerca de três meses), de modo que o princípio de vinculação ao edital deve ser analisado de maneira mitigada, ante a incidência do princípio da razoabilidade.

- Os autos registram que o Curso de Formação de Oficiais (CFO) e o Estágio de Aplicação (EA) possuem duração conjunta de trinta e nove semanas, tempo suficiente para a apresentação do registro em questão, antes de sua promoção ao posto de Segundo-Tenente, oportunidade em que se dará o efetivo ingresso no Quadro Complementar de Oficiais da Armada (QC-CA). Assiste razão, portanto, o pleito autoral.

- Remessa oficial, apelação e agravo retido improvidos. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial, à apelação e ao agravo retido, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO (Convocado):

Trata-se de remessa oficial e de apelação interposta pela União contra sentença proferida pela MM^a. Juíza Federal da 7^a Vara da Seção Judiciária do Ceará.

Eis o dispositivo redigido para a sentença fustigada:

3. Dispositivo

Isto posto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, tornando definitiva a tutela antecipada concedida às fls. 48/55, para determinar a imediata matrícula do autor LAILSON LIMA NOGUEIRA no curso de formação em questão, e consequente participação nas demais fases do processo seletivo para o ingresso no Quadro Complementar de Oficiais da Marinha, independentemente, nesta fase, da exigência de registro contida no item 13.5.e. do edital regulador do certame, cuja apresentação dar-se-á até o efetivo ingresso no Quadro Complementar de Oficiais da Armada (QCCA), com a promoção ao posto de Segundo-Tenente, em caso de aprovação, sem prejuízo do cumprimento dos demais requisitos necessários à participação no certame.

Condeno a União no pagamento de honorários advocatícios, no valor de R\$ 1.000,00, com fulcro no art. 20, § 4º, CPC.

Publique-se. Registre-se (Tipo: "A"). Intimem-se. Decorrido o prazo legal sem a propositura de eventuais recursos voluntários, remetam-se os autos ao eg. Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Fortaleza, 8 de maio de 2014.

Em suas razões recursais, a União alega, em síntese, que "a matrícula do apelado no Curso de Formação de Oficiais (CFO) é considerada ato de ingresso na Marinha do Brasil, se equiparando a posse no serviço público civil, devendo, assim, ser este o marco final para a entrega do registro profissional expedido pelo órgão fiscalizador da profissão, a teor do contido na Súmula nº 266 do Superior Tribunal de Justiça". Sustentou, ainda, que "[...] não cabe

ao Judiciário afastar exigência expressamente prevista em Edital, e com estreita relação com a natureza do cargo a ser ocupado, sob pena de violar não apenas o princípio da isonomia, uma vez que os demais candidatos se submeteram as mesmas regras no processo seletivo, mas, também, os da publicidade e da vinculação ao edital, que obrigam tanto a Administração quanto aos candidatos a sua estrita observância”. Ao final, requereu provimento ao recurso de apelação.

Sem as contrarrazões.

Por força de distribuição, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

Sendo caso de dispensa de revisão, peço dia para julgamento.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO (Relator Convocado):

Como ensaiado no relatório, cuida-se de remessa oficial e de apelação interposta pela União contra sentença que julgou procedente o pedido inicial, para determinar a imediata matrícula do autor LAILSON LIMA NOGUEIRA no curso de formação em questão, e conseqüente participação nas demais fases do processo seletivo para o ingresso no Quadro Complementar de Oficiais da Marinha, independentemente, nesta fase, da exigência de registro contida no item 13.5.e. do edital regulador do certame, cuja apresentação dar-se-á até o efetivo ingresso no Quadro Complementar de Oficiais da Armada (QC-CA), com a promoção ao posto de Segundo-Tenente, em caso de aprovação, sem prejuízo do cumprimento dos demais requisitos necessários à participação no certame.

De partida, conheço do agravo retido, eis que pleiteada a sua apreciação na apelação.

Ao mérito.

Consoante precedentes do STF¹, do STJ² e deste Tribunal³, é plenamente admitido que o Juízo *ad quem* motive suas decisões com a transcrição, como razão de decidir, dos fundamentos empregados pelo Juízo *a quo* e mesmo dos trazidos à baila em parecer do Ministério Público, como fiscal da lei, não configurando negativa de prestação jurisdicional ou inexistência de motivação a adoção desta técnica de fundamentação referenciada (*per relationem*).

Feitos tais esclarecimentos, em vista do caso concreto, após a devida análise dos autos, realço que minha compreensão sobre a questão litigiosa guarda perfeita sintonia com a apresentada pelo Juízo de Primeiro Grau, motivo pelo qual transcrevo, como razão de decidir, nesta esfera recursal, a fundamentação da sentença:

2. Fundamentos

(...)

Como ponto de partida, deve ser ressaltado que o edital é a norma do caso concreto, vigorando o princípio da vinculação às normas editalícias, que determina, em síntese, que todos os atos que regem o concurso público ligam-se e devem obediência ao edital (que não se resume em só convocar os candidatos interessados em participar do certame, mas também em ditar as normas que o regerão).

Esse princípio nada mais é que faceta dos princípios da legalidade e da moralidade administrativa, mas merecendo

¹ AI 738.982 AgR, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 29/05/2012; ARE 657.355 AgR, Relator Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 06/12/2011; ADI 416 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 31-10-2014 PUBLIC 03-11-2014.

² REsp 1.263.045-PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2012; HC 277.823-PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 04/11/2014).

³ AC 00045736220134058500, Desembargador Federal Manoel Erhardt, TRF5 - Primeira Turma, DJe - Data: 30/10/2014 - Página: 80; AC 200981000 163854, Desembargador Federal Vladimir Carvalho, TRF5 - Segunda Turma, DJe - Data: 20/10/2014 - Página: 78; AC 00093253220124058300, Desembargador Federal Lazaro Guimarães, TRF5 - Quarta Turma, DJe - Data: 23/10/2014 - Página: 215.

tratamento próprio em razão de sua importância. Destarte, o edital é ato normativo editado pela administração pública para disciplinar o processamento do concurso público, no exercício de competência legalmente atribuída, encontrando-se subordinado à lei e vincula, em observância recíproca, Administração e candidatos, que dele não podem se afastar a não ser nas previsões que conflitem com regras e princípios superiores.

De fato, ao aderir às normas do concurso, o candidato se sujeita às exigências contidas no edital, não podendo, assim, pretender tratamento diferenciado contra disposição expressa e pública da lei reguladora do certame, a que se obrigou, e a qual traz parâmetros a serem seguidos para todo e qualquer concorrente, primando-se pela forma igualitária de tratamento, em consonância com o princípio da isonomia.

De igual forma, à Administração compete o dever de agir em consonância com o edital do concurso, em obediência ao princípio da legalidade e moralidade administrativa, não podendo esquecer-se, porém, de aplicação de outro princípio, também de suma importância, qual seja, o da razoabilidade: são princípios informadores da conduta dos administradores públicos, não antagônicos e coexistentes entre si.

Na hipótese vertente, entendendo pela existência de mácula a este último, não se justificando a eliminação – sumária, diga-se de passagem (fl. 44) –, do candidato-autor, somente por não cumprir com uma mera formalidade burocrática, ao deixar de apresentar registro que, em razão de “ter sido a esta a primeira turma deste curso a colar grau no Instituto Federal do Ceará (IFCE), o processo de obtenção de registro junto ao CREA-CE encontra-se ainda em fase de processamento, devendo estar concluído em aproximadamente três meses, não tendo o ex-aluno, portanto, poder de apressar esse processo, visto que tal prazo se trata de uma necessidade organizacional”, conforme declaração do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia - IFCE (fl. 45), ou seja, documento sobre o qual não detém maior controle sobre o seu processamento, restando desproporcional, *prima facie*, o agir da promovida ante a situação do demandante, devendo ser considerado, ainda, o curto lapso temporal existente entre a sua colação de grau (16/02/2012 – fl. 44) e o início do curso, ocorrido em 12/03/2012, aliado ao fato do

prazo normal de tramitação para a expedição do registro exigido (cerca de três meses), de modo que o princípio de vinculação ao edital deve ser analisado de maneira mitigada, ante a incidência do princípio da razoabilidade, o qual, *prima facie*, entendo restar violado.

A propósito, colhe-se da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Este princípio (da proporcionalidade) enuncia a ideia – singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.

Sobremodo quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados, além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindendas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar constringências em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.

Logo, o plus, o excesso acaso existente, não milita em benefício de ninguém. Representa, portanto, apenas um agravo inútil aos direitos de cada qual. Percebe-se, então, que as medidas desproporcionais ao resultado legitimamente alvejável, são, desde logo, condutas ilógicas, incongruentes. Ressentindo-se deste defeito, além de demonstrarem menoscabo pela situação jurídica do administrado, traíndo a persistência da velha concepção de uma relação soberano-súdito (ao invés de Estado-cidadão), exibem ao mesmo tempo, sua inadequação ao escopo legal. Ora, já se viu que inadequação à finalidade da lei é inadequação à própria lei. Donde, atos desproporcionais são ilegais e, por isso, fulmináveis pelo Poder Judiciário, que, em sendo provocado, deverá in-

validá-los quando impossível anular unicamente a demasia, o excesso detectado.

Em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade. Merece um destaque próprio, uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surgir e entremostrarse sob esta feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento. Posto que se trata de um aspecto específico do princípio da razoabilidade, compreende-se que sua matriz constitucional seja a mesma. Isto é, assiste nos próprios dispositivos que consagram a submissão da Administração ao cânone da legalidade. O conteúdo substancial desta, como visto, não predica a mera coincidência da conduta administrativa com a letra da lei mas reclama adesão ao espírito dela, à finalidade que a anima. Assim, o respaldo do princípio da proporcionalidade não é outro senão o art. 37 da Lei Magna, conjuntamente com os arts. 5º, II, e 84, IV.

Por sua vez, ainda sobre a razoabilidade, assim pontifica Carmem Lúcia Antunes Rocha:

(...) a razoabilidade enfatiza que, para o cumprimento do princípio da juridicidade, não basta que a Administração Pública dê cumprimento à norma jurídica quanto ao fim a que ela se destina, mas que para a ele chegar valha-se dos meios adequados à concretização dos valores de Justiça absorvidos pelo sistema jurídico.

Diante desses postulados, pode-se afirmar, com segurança, que, na aplicação de todo e qualquer ato, para que seja este considerado legal e juridicamente escorreito, imprescindível a observância de adequação racional, reta e justa, a fim de se evitar que, sob o pálio da legalidade estrita, reste a conduta ofensiva aos demais princípios norteadores dos atos da Administração.

Assim, não se mostra aceitável a imposição de condições geradoras de efeitos que podem sacrificar um direito conquistado, como no caso, em que a inflexibilidade da demandada não se coaduna com o princípio da razoabilidade, ao alijar o autor do certame – após este obter aprovação em

seleção em que se exige elevado grau de preparação e conhecimento, além de grande concorrência – em razão da ausência de documento sobre o qual o autor não tem poder de alterar a duração do procedimento para a sua expedição.

De qualquer forma, plenamente aqui aplicável, *mutatis mutandis*, a jurisprudência pátria que vem se firmado no sentido de que os requisitos para o exercício de cargo público somente podem ser exigidos na data da posse.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, vem decidindo que a exigência de apresentação de diploma é requisito para a posse. Essa esteira de reiteradas decisões veio a culminar na edição da Súmula n. 266, de 22.05.2002, *verbis*:

O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público.

Também nesse sentido, confira-se caso símile:

APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA EM MANDADO DE SEGURANÇA. ARTIGO 12, E PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 1.533/51. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DIPLOMA. COMPROVAÇÃO NO ATO DA NOMEAÇÃO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDAS.

I - Deve ser mantida a r. sentença que concedeu a segurança, onde a parte Impetrante buscava sua inscrição e participação como aluno do Curso de Formação de Oficiais (CFO), segunda fase do concurso para ingresso no Quadro Técnico do Corpo Auxiliar da Marinha-2001, do qual fora eliminado por não apresentação do Diploma de Conclusão do Curso de História.

II - “Se para a investidura no cargo há exigência de ser o candidato possuidor de curso superior, a obrigatoriedade de apresentação do respectivo diploma ocorre no momento da posse”. (STJ , ROMS 96.647/MG, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 14/06/99)

III - Negado provimento à apelação e à remessa necessária, confirmando-se a r. sentença de 1º Grau. (AMS 200251010052799, Desembargador Federal RALDÊNIO BONIFÁCIO COSTA, TRF2 - QUINTA TURMA, DJU - Data: 30/01/2003 - Página: 178)

Registre-se, ainda, que, há muito, o Supremo Tribunal Federal assentou que, como regra, o momento devido para se exigir o cumprimento dos requisitos estabelecidos em lei e no edital do certame para investidura em cargo público é o da posse e não o da inscrição do concurso público.

Em respaldo ao asseverado, veja-se:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. HABILITAÇÃO LEGAL. COMPROVAÇÃO. AFERIÇÃO NO MOMENTO DA POSSE. PRECEDENTES.

- O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que a habilitação legal para o exercício de cargo público deve ser exigida no momento da posse.

- Agravo regimental a que se nega provimento.

(AI-AgR 733.252, EROS GRAU, STF, Segunda Turma, 03/02/2009)

EMENTA: Concurso público: auxiliar de enfermagem: a exigência de habilitação para o exercício do cargo objeto do certame dar-se-á no ato da posse e não da inscrição do concurso: precedente (RE 184.425, 2ª T., Carlos Velloso, DJ 12.6.98).

(RE 423752, SEPÚLVEDA PERTENCE, STF)

Esse entendimento nos conduz a ilação de que a exigência imposta ao autor, também por esse ângulo, mostra-se injustificada.

Outrossim, os autos registram que o Curso de Formação de Oficiais (CFO) e o Estágio de Aplicação (EA) possuem duração conjunta de trinta e nove semanas, tempo suficiente, creio, para a apresentação do registro em questão, antes de sua promoção ao posto de Segundo-Tenente, oportunidade em que se dará o efetivo ingresso no Quadro Complementar de Oficiais da Armada (QC-CA). Assiste razão, portanto, o pleito autoral.

Assim, nego provimento ao agravo retido, à remessa oficial e à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 561.031-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelantes: COMPANHIA HIDROELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO - CHESF E UNIÃO
Apelados: OS MESMOS E COMPANHIA BRASILEIRA DE PROJETOS E OBRAS - CBPO E OUTROS
Recte. Ades.: COMPANHIA BRASILEIRA DE PROJETOS E OBRAS - CBPO E OUTROS
Advs./Procs.: DRS. RODRIGO PEREIRA DE MELLO E OUTROS E JOÃO HUMBERTO DE FARIAS MARTORELLI E OUTROS

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE EMPREITADA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DISCUSSÃO ACERCA DIREITO DAS EMPRESAS AUTORAS A SEREM REPARADAS POR PREJUÍZOS DECORRENTES DE ATRASOS NO PAGAMENTO DE FATURAS ATINENTES A CONTRATO DE EMPREITADA E SEUS ADITIVOS PARA OBRAS DA USINA HIDROELÉTRICA DE XINGÓ FIRMADO COM A CHESF, EMITIDAS A PARTIR DE 30/04/1990. PRELIMINARES REJEITADAS.

- Recurso Adesivo não conhecido, porque o provimento não foi parcial.

- Condenação ao pagamento de indenização relativa aos encargos moratórios calculados incorretamente sobre as parcelas pagas com atraso pela CHESF.

- Prevalência das conclusões do perito judicial no que tange ao equívoco da CHESF no cálculo dos encargos contratuais, exceto no que tange à necessidade de correção do anatocismo verificado no pagamento parcial das faturas e na incidência de juros de mora da parte dispositiva da sentença após 30/09/2001. Honorários reduzidos para 20.000,00 (vinte mil reais), atendendo ao prin-

cípio da razoabilidade, bem como para evitar o enriquecimento ilícito.

- Recurso adesivo não conhecido.

- Apelações parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, não conhecer do recurso adesivo e dar parcial provimento aos apelos, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 2 de dezembro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de apelações contra sentença da lavra da MMa. Juíza Federal da 5ª Vara de Pernambuco, Dra. Nilcéa Maria Barbosa Maggi, que julgou procedente o pedido, para condenar a CHESF - Companhia Brasileira de Projetos e Obras - CBPO, CONSTRAIN S/A CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO e MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S/A em decorrência dos pagamentos efetuados em atraso de faturas relativas ao Contrato de Empreitada nº CT - I -92.60250.00, emitidas a partir de 30/04/1990, monetariamente atualizada a partir de 30 de setembro de 2004 e acrescida de juros de mora de 0,5% ao mês, a partir da citação válida (Súmula 83 do STJ, e, a partir da vigência do novo Código Civil, substituídas pela Selic (como sucedânea de juros de mora e correção monetária). Condenou, ainda, a CHESF ao pagamento das custas remanescentes e honorários fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Recorre a CHESF alegando, preliminarmente, a inépcia da inicial, por entender que as autoras, ora recorridas, formularam pedido incerto e indeterminado. No mérito, a recorrente sustenta o seguinte:

a) que a decisão é *extra petita*, considerando que no pedido autoral foi postulado compensação financeira, a título de indenização, em razão das perdas decorrentes do atraso do pagamento das faturas, enquanto a Juíza sentenciante condenou a CHESF por erros na aplicação da fórmula de cálculo dos encargos moratórios.

b) que há excesso condenatório (*bis in idem*);

c) que houve incidência de juros sobre juros;

d) que é indevida a fórmula de cálculo distinta à contratualmente prevista e do índice da TR, como critério de atualização monetária;

e) que a verba honorária é excessiva.

A União apela também sustentando que houve negativa de prestação jurisdicional, porque, por ocasião dos embargos de declaração opostos, a MM^a. Juíza Monocrática deixou de se pronunciar acerca do julgamento *extra petita*, com a necessária delimitação do pedido, que consiste em indenização mediante fixação judicial da compensação financeira, que representa um adicional aos encargos que já foram pagos pelo atraso no pagamento de faturas; acerca da prescrição relativamente aos encargos das faturas em que houve atrasos até o período de 09.06.1994; e sobre a duplicidade dos juros (*bis in idem*). Assim, pugna pela nulidade da sentença, para que seja afastado o julgamento *extra petita*, com a necessária delimitação e deslinde da pretensão deduzida na presente ação. Aduz, preliminarmente, inépcia da inicial, tendo em vista que as alegações são genéricas; e prescrição dos encargos cobrados sobre as faturas em que houve atrasos de pagamento até o período de 09.06.2004. No mérito, afirma restarem ausente os requisitos necessários à obrigação de indenização, bem como a indevida criação de fórmula de cálculo dos encargos moratórios (“Compensação Financeira”) à revelia da legislação e respectivo contrato.

Recorre adesivamente a Companhia Brasileira de Projetos e Obras - CBPO e Outros aduzindo que o pedido inicial não consistiu somente na cobrança dos valores das faturas alcançadas pela mora contratual da CHESF, mas também no pleito de condenação

da CHESF ao pagamento de indenização concernente à remuneração de capital, que abrange tanto os encargos contratuais e legais incidentes sobre o valor de cada fatura, quanto às perdas financeiras, os lucros cessantes, caracterizados pelo que se chama curso de oportunidade. Requer, assim, a elevação do montante indenizatório para R\$ 275.953.460,00, valor atualizado até 30 de setembro de 2004, bem como a majoração da verba honorária para além do percentual mínimo previsto no CPC.

Contrarrazões apresentadas.

Parecer Ministerial acostado às fls. 4583/4599.

À fl. 4615, determinei a remessa dos autos à Contadoria desta Corte para esclarecimentos.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

A presente demanda versa sobre a existência ou não do direito das empresas autoras a serem reparadas por prejuízos decorrentes de atrasos no pagamento de faturas atinentes a contrato de empreitada e seus aditivos para obras da Usina Hidroelétrica de Xingó firmado com a CHESF, emitidas a partir de 30/04/1990.

A discussão limita-se, pois, ao exame dos encargos moratórios aplicáveis para a recomposição dos valores devidos às contratadas. A sentença monocrática, acolhendo o laudo pericial, concluiu que “restou evidenciado não ter a CHESF pago conforme estipulado no instrumento contratual os encargos moratórios sobre as faturas emitidas a partir de 30/04/1990, gerando crédito em favor das autoras no importe de R\$ 23.765.629,47, (vinte e três milhões, setecentos e sessenta e cinco mil e seiscentos e vinte e nove reais e quarenta e sete centavos), atualizado até 30 de setembro de 2004.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e também do Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento segundo o qual não há nulidade na adoção, como razões de decidir, do parecer ministerial ou dos fundamentos da sentença (HC - *HABEAS*

CORPUS - 215.620; AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1.298.728; AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1.279.517). Desta forma, porque suficientemente fundamentado, adoto como razão de decidir o douto Parecer Ministerial da lavra do eminente Procurador Regional da República, Dr. Francisco Chaves dos Anjos Neto, *in verbis*:

Preliminarmente, tenho que não vem ao caso a alegação de inépcia da inicial levantada pela UNIÃO e pela CHESF, uma vez que tal peça apresentou suficiência narrativa para possibilitar o exercício do contraditório, restando claro que a pretensão das autoras seria a indenização decorrente do prejuízo financeiro suportado por causa dos atrasos de pagamento das faturas atinentes ao contrato de empreitada firmado com a CHESF, tanto é assim que a parte ré exerceu plenamente seu direito de defesa.

Afora isso, tampouco merece guarida a aventada ocorrência da prescrição das parcelas anteriores a 09/06/1994, pois como bem fundamentou a magistrada sentenciante, ao julgar os embargos de declaração opostos pela UNIÃO:

Consoante a documentação anexada à inicial, o Contrato de Empreitada nº CT-I-92.60250.00 firmado entre as partes iniciou-se em 09/03/1987, tendo as autoras, ora embargadas, concluído seus serviços em 25/01/1996.

Importa observar, outrossim, ter o aludido contrato sido firmado sob a égide da legislação específica então vigente (Decreto-Lei nº 2.300/1986), impeditiva da invocação da *exceptio non adimpeti contractus* na situação em foco e, por essa razão, ensejadora do sobrestamento da liquidação das obrigações impostas aos contratantes até a ulatimação do contrato, no caso, a conclusão e entrega dos serviços e obras pactuados.

Nesse contexto, pela teoria da *actio nata*, somente a partir da conclusão da execução do contrato, em 25/01/1996, teve início o prazo prescricional previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/1932, o qual, todavia, foi interrompido com o ajuizamento da presente ação indenizatória em 09/06/1999, **não havendo, portanto, se consumado; pelo que se conclui não haver se operado a prescrição.** (Fl. 4436 - grifos originais)

Acerca da preliminar, também invocada pela UNIÃO, de nulidade da sentença por negativa da prestação jurisdicional, observa-se que tal insurgência, na verdade, confunde-se com o próprio mérito do recurso, razão pela qual será enfrentada em momento oportuno.

Por outro lado, ainda no âmbito das questões periféricas, verifica-se que há, *in casu*, óbice formal ao conhecimento do recurso adesivo interposto pela parte autora, vez que as recorrentes não foram sucumbentes no caso em tela, donde se evidencia a falta de interesse recursal. Veja-se, a propósito dessa modalidade recursal, o que dispõe o art. 500 do CPC:

Art. 500. Cada parte interporá o recurso, independentemente, no prazo e observadas as exigências legais. **Sendo, porém, vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir a outra parte.** O recurso adesivo fica subordinado ao recurso principal e se rege pelas disposições seguintes: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º. 10. 1973) (negritei).

Como se observa, o recurso adesivo apenas é viável quando há sucumbência recíproca entre as partes, não sendo esse o caso dos autos, em que a sentença foi totalmente procedente.

No mesmo sentido é o entendimento do STJ, como se colhe do seguinte julgado:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REFORMA DO JULGADO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ADESIVO. INEXISTÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. DESCABIMENTO.

1. Por inexistir omissão, obscuridade ou contradição na decisão embargada e pelo princípio da fungibilidade recursal, recebem-se os presentes Embargos de Declaração como Agravo Regimental.
2. Ainda que se afaste a preliminar de intempestividade em razão da contagem do prazo recursal em dobro para a Fazenda Pública, **subsiste a inadmissibilidade do recurso adesivo previsto no art. 500 do CPC quando verificado que não houve sucumbência recíproca.**

3. Agravo Regimental não provido.
(EDRESP 201201931939, HERMAN BENJAMIN, STJ -
SEGUNDA TURMA, DJe DATA: 08/03/2013. DTPB - gri-
famos.)

No mais, caso ultrapassada a preliminar de não conhecimento acima exposta, quanto ao mérito propriamente dito do recurso adesivo – se não na ordem de argumentação constante nos presentes autos, mas por razões de pertinência com o ponto ora em análise –, convém salientar que não vem ao caso o pleito de majoração do crédito em prol da parte autora, à parla de que a sentença deixou de considerar os lucros cessantes, referentes ao prejuízo financeiro suportado pelas empresas recorrentes devido ao pagamento das faturas pela CHESF fora do tempo devido, pois a magistrada sentenciante sabidamente delimitou o alcance da presente lide, ao constatar que a matéria relacionada ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato já havia sido assegurada na ação declaratória nº: 94.0006169-2 e na reconvenção a ela relacionada, de forma que a questão remanescente a ser discutida nos presentes autos diz respeito tão somente aos encargos contratuais decorrentes dos atrasos de pagamento por parte da CHESF, conforme se extrai das seguintes passagens da decisão ora recorrida:

2.2.1 Ocorre que, conforme noticiado pela CHESF em sua peça contestatória, as empresas autoras, componentes do denominado ‘Consórcio Xingu’, já tiveram seu direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato assegurado por força de decisão judicial proferida na Ação Declaratória nº 94.0006169-2 e na Reconvenção à referida ação declaratória, as quais tramitaram na Justiça Estadual, tendo sido reconhecida a validade de aditivo contratual que estabeleceu a utilização do índice de correção de preços conhecido como ‘Fator K’ a fim de recompor as perdas decorrentes da instabilidade econômica existente durante a década em que houve a execução da obra relativa ao Contrato de Empreitada nº CT-I-92.60250.00.

2.2.2. Desse modo, a discussão da presente demanda deve limitar-se ao exame dos encargos moratórios aplicáveis para recomposição dos valores

devidos às contratadas diante da impontualidade da CHESF no pagamento de faturas emitidas durante a execução do contrato firmado entre as partes, não sendo possível o exame da questão relativa ao direito de reajuste do preço e dos eventuais índices utilizados com tal finalidade, porquanto já solucionada nos autos da ação declaratória acima referida. (Fl. 4316)

No que diz respeito ao requerimento de majoração do percentual estipulado a título de honorários advocatícios, como requereram as autoras no recurso adesivo, convém de logo salientar que tampouco lhes assiste razão quanto a tal ponto, conforme será demonstrado adiante.

Sob outro foco de análise, em relação aos apelos da CHESF e da UNIÃO, sem razão tais recorrentes quanto à alegação de que a sentença combatida seria *extra petita*, pois, ao contrário do que assim argumentam, a sentença fora proferida nos limites em que a lide fora proposta. É de se dizer isso porquanto, conforme se infere da inicial da presente demanda, o objetivo da ação é a “indenização das perdas decorrentes dos atrasos nos pagamentos das faturas apresentadas à CHESF” (fl. 03), a partir de 30/04/1990, o que inclui não só a compensação financeira em razão da instabilidade econômica existente na época – assunto esse que se encontra superado por força do que restou decidido na Ação Declaratória de nº: 94.0006169-2, tal como visto acima –, como também os encargos contratuais e legais referentes à mora, conforme consignado na parte dispositiva da sentença recorrida.

Nesse sentido, tendo sido constatado, na perícia realizada em juízo, que a CHESF não calculou e, por isso mesmo, não pagou corretamente todos os encargos decorrentes dos atrasos nos pagamentos, “é certo que o montante correspondente à diferença entre o que deveria ter sido pago, ante a aplicação correta dos índices de atualização monetária e juros, e o que fora tardiamente pago pela CHESF, integra o pedido genericamente formulado na inicial e, portanto, haveria de ser considerado na sentença” (fl. 4514), tal como acentuaram as autoras, nas contrarrazões de apelo.

Ultrapassada essa questão, no que tange à insurgência da CHESF e da UNIÃO quanto aos cálculos apresentados pelo perito judicial, os quais foram homologados pela magis-

trada sentenciante, deve-se ponderar, no que diz respeito aos critérios que deverão ser observados quando da fixação do valor da indenização, que o Juiz não fica adstrito aos cálculos e demais provas ofertadas unilateralmente pelas partes, tal como se infere do art. 131 do CPC, *in verbis*:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Na mesma direção, analisando a livre apreciação do julgador, ao fixar o *quantum* da indenização, Seabra Fagundes, citado por Roberto Mattoso Câmara Filho¹, embora em trabalho voltado para as indenizações em ações de desapropriação, mas que é inteiramente aplicável ao caso presente, assim se pronuncia:

O juiz firmará a sua convicção, livremente, pelo exame de todos os motivos que o processo lhe ofereça. Considerará indispensavelmente esses que a lei lhe indica, e, facultativamente, outros que se lhe afigurem merecedores de ponderação. Mas a nenhum é obrigado a dar preço absoluto. Pesá-los-á em seu conjunto, dando a cada um em si, e a todos globalmente, o valor relativo que merecerem. Nessa elasticidade de apreciação, que lhe é deixada, está um dos grandes méritos da lei vigente.

Assim, cabe ao magistrado, na qualidade de *peritum peritorum*, ou seja – perito dos peritos – averiguar se as verbas discriminadas correspondem ao que é juridicamente relevante e justo. Ao magistrado, portanto, cabe harmonizar as conclusões do perito, aplicando-se o direito, dando à perícia seu valor de prova.

E bem assim procedeu a Juíza sentenciante, quando do cálculo do valor da indenização devida às autoras, ao fazer valer a perícia oficial que fora realizada, consoante se vê na sentença, às fls. 4317/4319:

¹ FAGUNDES, Seabra, *apud* CÂMARA FILHO, Roberto Mattoso, *in* “A desapropriação por utilidade pública”, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1994, p. 168.

2.3. Realizada a prova pericial contábil, a qual considerou, dentre outros documentos, as faturas emitidas e o instrumento contratual e seu aditivo, o *expert* apresentou as seguintes conclusões:

“Em conformidade com a análise procedida nas faturas apresentadas, assim como dos documentos carreados aos autos, restou constatado que a CHESF - Cia Hidroelétrica do São Francisco, não pagou corretamente os encargos moratórios sobre as faturas pagas em atraso (...)”. (Fl. 2976)

Em seguida, ao prestar esclarecimentos às fls. 3744/3754, retificou a conclusão apresentada apenas no seguinte ponto:

“Ou seja, mantidas as cláusulas contratuais de encargos, a CHESF teria a pagar às consorciadas a importância de R\$ 23.765.629,47 (vinte e três milhões, setecentos e sessenta e cinco mil e seiscentos e vinte e nove reais e quarenta e sete centavos), atualizada até 30 setembro de 2004, com juros de 0,50% ao mês” (fl. 3753).

Por ocasião da audiência designada pelo MM. Juiz de Direito então dirigente do feito, o perito elucidou que “o laudo pericial se ateve ao contrato firmado entre as partes e juntado aos autos, quanto à correção aplicada sobre as faturas pagas em atraso foram as mesmas atualizadas com base na variação da ORTN/BTN, acrescidas de juros de 0,5% (meio por cento) ao mês; a sistemática para correção de valores deve ser com aplicação de índice previamente pactuado e juros remuneratórios/moratórios” (fl. 3881).

(...)

Nesse contexto, de toda a prova contida nos autos, e, em especial, da prova técnica, restou evidenciado não ter a CHESF pago conforme estipulado no instrumento contratual os encargos moratórios sobre as faturas emitidas a partir de 30/04/1990, gerando crédito em favor das autoras no importe de **R\$ 23.765.629,47 (vinte e três milhões, setecentos e sessenta e cinco mil e seiscentos e vinte e nove reais e quarenta e sete centavos), atualizado até 30 de setembro de 2004.** (destaques originais)

Como se observa, ao contrário do que aduzem as apelantes, há nos autos suficiência probatória acerca do crédito devido às autoras em decorrência dos atrasos de pagamento das faturas emitidas a partir de 30/04/1990 pela CHESF, sendo inequívoco que a referida recorrente não calculou devidamente os encargos moratórios relacionados às aludidas faturas, o que não é sequer por ela contestado, cingindo-se a discussão posta nos presentes apelos apenas à forma de calcular o montante devido.

Dessa maneira, não se podendo acoimar de desarrazoada tal desenlace pericial – ao menos no que tange à conclusão, genericamente considerada, de que a CHESF não pagou corretamente os encargos sobre as faturas em atraso –, é preferível prestigiá-la, à falta de outro parâmetro mais seguro.

Ora, sabe-se que a prova pericial, apesar de não estar necessariamente adstrita à convicção do juiz, é de suma importância para o correto aferimento do *quantum debeatur* em processos como o presente.

A propósito, é bom lembrar que não é de hoje que a jurisprudência tem entendido que em casos como o dos autos, “(...) o juiz deve acolher, preferencialmente, as conclusões do laudo técnico do perito judicial, em face de sua equidistância dos interesses das partes, só deixando de fazê-lo quando houver fundadas e incontestáveis razões em contrário” (TRF da 3ª Região, Ap. Cível nº 91.03.46855-0/SP, Lex-STJ 56/503 – *apud* Juarez Freitas, *in* “Estudos de Direito Administrativo”, Ed. Malheiros, p. 97, em nota de rodapé).

Para melhor elucidar o tema, insta dispor de algumas decisões nesse sentido:

PROCESSO CIVIL E CIVIL. APELAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E LUCROS CESSANTES EM DECORRÊNCIA DA EXECUÇÃO DO CONTRATO Nº 0.00.08.0070/00. LICITAÇÃO DAS OBRAS DE ESTAÇÃO DE TRATAMENTO DE ESGOTO E ELEVATÓRIAS NO MUNICÍPIO DE AMPARO DO SÃO FRANCISCO/SE. INCONFORMISMO QUANTO À CONCLUSÃO DA PERÍCIA. INEXISTÊNCIA DE PROVAS EM CONTRÁRIO. PREVALÊNCIA DA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. ACOLHIMENTO DO PRONUNCIAMEN-

TO PERICIAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Trata-se de Apelação interposta pela COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA-CODEVASF (fls. 429/438), em face de sentença prolatada pelo Exm^o Sr. Dr. Juiz Federal da 2^a Vara da Seção Judiciária de Sergipe, Dr. RONIVON DE ARAGÃO (fls. 416/425), alegando que: a) a inexecução do contrato nº 0.00.08.0070/00 ocorreu por culpa exclusiva da ora Apelada, que não iniciou as obras no Município de Amparo do São Francisco/SE; b) o Juízo *a quo* desconsiderou a defesa apresentada e as provas exibidas.

2. Houve a realização de perícia de engenharia: a) na Ação Cautelar de Produção Antecipada de Provas nº 2009.85.00.002513-2, exibindo-se laudo às fls. 291/985, cujos Autos constam em cópias anexas à presente Ação; b) nos presentes Autos, com laudo acostado às fls. 244/342, com esclarecimentos às fls. 369/376. Foi oportunizado às partes o pronunciamento quanto às conclusões apresentadas nas peças periciais, com manifestação tão somente da parte Apelante às fls. 285/286, restando atendidos os princípios da ampla defesa e do contraditório.

3. Os Ilmos. Srs. Peritos concluíram que a parte Apelada não deu causa à inexecução do contrato, e que era possuidora do direito ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 73.879,13 (setenta e três mil, oitocentos e setenta e nove reais, e treze centavos), e no valor de R\$ 15.495,72 (quinze mil, quatrocentos e noventa e cinco reais, e setenta e dois centavos), a título de lucros cessantes.

4. As afirmações e as conclusões dos Ilmos. Srs. Peritos, nomeados pelo Juízo, que desempenham o mister de forma equidistante dos interesses das partes, gozam da presunção relativa de veracidade. Caberia à COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA-CODEVASF, através de prova robusta, afastar as conclusões retiradas pelos Ilmos. Srs. Peritos; o que não ocorreu. Precedentes do Eg. TRF-5^a Região: AC nº 505.360 (200781000104932), Relator: Desembargador Federal Edilson Nobre, Órgão julgador: Quarta

Turma, Data da Decisão: 01/03/2011, Fonte: *DJe* - Data: 10/03/2011 - Página: 478, Decisão: UNÂNIME; AC nº 509.458/PE (200783000026275), Data do Julgamento: 17/05/2012, Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena, Diário da Justiça Eletrônico TRF5 (*DJe*) - 24/05/2012 - Página 182, DECISÃO: UNÂNIME.

5. Apelação improvida.

(AC 00005183920114058500, Desembargador Federal Hélio Sílvio Ourém Campos, TRF5 - Quarta Turma, *DJe* - Data: 04/07/2013 - Página: 612 - destacamos.)

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ANTIGOS SERVIDORES DA SUCAM. COMBATE A ENDEMIAS. MANIPULAÇÃO DE DDT. AUSÊNCIA DE TREINAMENTO E DE EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. LAUDO PERICIAL. CONFIRMAÇÃO DE PATOLOGIAS. DIVERGÊNCIA DO LAUDO DO ASSISTENTE TÉCNICO. PREVALÊNCIA DO LAUDO DO PERITO JUDICIAL. PRESUNÇÃO DE IMPARCIALIDADE E COERÊNCIA COM O HISTÓRICO DO DDT. PÂNICO CRIADO EM TORNO DAS CONSEQUÊNCIAS DA UTILIZAÇÃO DO DDT. ANGÚSTIA E APREENSÃO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO.

(...).

4. Os peritos do juízo apresentaram resumo dos “agravos detectados nos autores: alterações neurológicas, como clônus e outros movimentos involuntários e anormais; hipertensão arterial sistêmica; alterações na função renal que não tem relação com outras doenças crônicas como o Diabetes. E pode ser consequente a glomerulopatia causada por pesticidas; dislipidemia, por distúrbio do metabolismo das lipoproteínas, que pode ser causada por intoxicação por DDT; sintomas de processos alérgicos como rinite/conjuntivite, que podem ser atribuídos ao contato com o DDT (rinite e conjuntivite tóxica); aumento das transaminases hepáticas, sem relação com hepatites virais, uso prolongado de medicamentos ou malária, no período em que foi diagnosticada a elevação das funções hepáticas; elevação do ac. úrico, que pode ter sido induzida pelo contato, ainda que progresso, pelo DDT; radiculopatia, que merece melhor investigação com exames de imagem, para es-

clarecimento das causas; sensação de engasgo - pode ser consequente a tumores ou outra alteração na mucosa da laringe e/ou esôfago – distúrbio do sono (insônia) e alterações do humor e neuropatias sensorial e motora; discrasias sanguíneas como plaquetopenia; e outros sintomas gerais como: tonturas, cefaléia, fadiga e mialgias, insônia; alterações psiquiátricas de humor e de memória”.

5. À pergunta sobre “quais as causas possíveis dessas doenças?” responderam os mesmos peritos: “A anamnese e o exame clínico, que são soberanos ao diagnóstico, fundamentados com exames complementares, sinalizam para um agente causal, comum a todos esses estados mórbidos: contaminação pregressa e consequente intoxicação crônica pelo DDT e seus metabólitos, e/ou por mercúrio”.

6. Da manifestação do assistente técnico da FUNASA consta, após objeção específica de cada item, que não há evidência objetiva para apoiar a suposição (ou presunção) de que o quadro clínico atual dos pacientes possa estar relacionado (relação causal) com exposição ocupacional passada ou presente a pesticidas.

7. A divergência de opiniões técnicas e a dúvidas devem ser resolvidas em favor do laudo apresentado pelo perito do juízo, seja por sua presumida imparcialidade, seja pelo fato de ser mais coerente com o tratamento dado à questão do DDT, em âmbito internacional.

8. Não fora isso, seria inegável, no mínimo, a angústia sofrida pelos autores em razão do pânico produzido em torno do DDT, substância com a qual lidaram, sem proteção, durante anos, com reflexo em suas relações sociais, a começar pelas relações familiares.

9. Firma-se nesta Turma a orientação de que a indenização deve ser fixada em R\$ 3.000,00 (três mil reais) para cada ano de atividade da pessoa em contato com DDT e/ou mercúrio.

10. Parcial provimento à apelação para fixar nesse montante o valor da indenização.

11. A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento” (Súmula 362-STJ).

12. Os autores não oferecem elementos de convicção e é impossível estabelecer marco a partir do qual cada um foi tomado pela situação que serve de base à indenização que lhe resulta deferida. Por isso, aplicando a Súmula n. 163-STF, é fixada a data da citação inicial para a ação como marco para a incidência dos juros de mora.

(AC 200239000062896, DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1, DATA: 05/06/2013, PÁGINA: 256 - grifei.)

CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PEDIDO DE CESSÃO. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. AQUISIÇÃO DE DOENÇA. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. FALTAS INJUSTIFICADAS. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE.

1. Apelação interposta contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados pela autora, ora apelante, contra a Universidade Federal de Pernambuco, postulando, em síntese, que a ré seja condenada a indenizá-la por danos morais, no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), em razão de inúmeras faltas injustificadas que ilegalmente constam no seu prontuário, negativa de sua cessão à ANVISA, bem como indenização, no mesmo valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), por danos à saúde em decorrência da exposição crônica e contínua a solventes.

2. Não merece amparo a alegação de cerceamento do direito de defesa. Cabe ao juiz conduzir o processo, determinando as provas que são necessárias a regular instrução do feito, de ofício ou a requerimento da parte, nos termos dos arts. 130 e 331 do CPC. Tendo o magistrado considerado que as condições dos autos são suficientes para prolatar a decisão, sendo desnecessária a coleta de novas provas, não há que se falar em violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois vigora em nosso sistema jurídico o postulado do livre convencimento.

3. Houve, no caso, uma perícia, que trouxe aos autos uma opinião técnica e equidistante acerca do direito questionado. “Os atestados médicos particulares não têm o condão de infirmar o laudo

pericial judicial, haja vista não apresentarem a riqueza de informações e de detalhes do laudo oficial, este elaborado por profissional equidistante das partes envolvidas nesta ação e de confiança do juízo". Precedente (TRF4, AC 200172060009614, Néli Cordeiro, Quinta Turma, *DJ* 23/02/2005).

(...)

7. Falta do nexo de causalidade entre o dano e a ação comissa ou omissa da administração. O laudo pericial produzido nos autos foi conclusivo no sentido de que a doença ostentada pela demandante não é decorrente de seu curto lapso de tempo em que trabalhou no laboratório da UFPE.

8. O laudo médico elaborado pelo perito do juízo tem prevalência em relação aos laudos de peritos particulares, pois, além de equidistante dos interesses dos sujeitos da relação processual e, assim, em condições de apresentar trabalho absolutamente imparcial, merece ele a confiança do juízo. Precedente: TRF1, AC 200501990653750, Juiz Federal Mark Yshida Brandão, 1ª Turma Suplementar, *e-DJF1*: 23/03/2011).

9. As faltas ao trabalho cometidas pela demandante são injustificadas, em razão de não terem sido amparadas por decisão administrativa ou judicial capaz de autorizar o seu afastamento do serviço, não havendo reconhecimento formal da necessidade de a servidora distanciar-se do trabalho por motivo de tratamento de saúde.

10. Apelação improvida.

(AC 200783000218802, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Segunda Turma, *DJe* - Data: 10/10/2012 - Página: 168 - negritamos.)

Dito isso, faz-se mister acentuar que não vem ao caso a alegação da UNIÃO no sentido de que o perito teria criado uma nova fórmula de cálculo do ressarcimento devido em decorrência dos atrasos de pagamento por parte da CHESF, pois, quanto a tal ponto, o *expert* do juízo não deixa dúvida que, para o cálculo dos valores devidos foram tomados como base "os encargos contratuais firmados entre as partes, ou seja, correção monetária pela variação da ORTN, com incidência dos Juros Moratórios a base de 0,5% (meio por cento) ao mês" (cf. fl. 2.966).

De toda forma, merece guarida a tese da CHESF e da UNIÃO no sentido de que a sentença incorreu em *bis in idem* ao condenar a primeira apelante ao pagamento da quantia líquida de R\$ 23.765.629,47, tal como apurado na perícia, valor esse atualizado até 30 de setembro de 2004, determinando, ainda, que tal montante deveria ser acrescido de juros de mora de 0,5% ao mês, a partir da citação válida e, desde a vigência do novo Código Civil, substituídos pela SELIC (como sucedânea de juros de mora e correção monetária). É de se dizer isso porquanto o valor encontrado pelo perito já englobava a atualização monetária e juros de mora devidos pela CHESF, até mesmo por ser essa a razão de ser da presente demanda (não é demais lembrar que a perícia realizada visava justamente ao recálculo dos encargos contratuais – leia-se: correção monetária e juros moratórios – devidos em razão dos atrasos de pagamentos de faturas do contrato de empreitada por parte da CHESF).

Desta feita, se o cálculo do perito já considerou os juros de mora no montante de 0,5% ao mês, tal como previsto no contrato em questão, e sabendo-se que o crédito apurado em favor das autoras fora atualizado até 30 de setembro de 2004 (para guardar contemporaneidade com a data da feitura da perícia), conclui-se que tais acréscimos monetários fixados na parte dispositiva da sentença de primeiro grau apenas devem incidir após esse marco de 30/09/04, assim como já fora determinado em relação à correção monetária, sob pena de dupla condenação pelos mesmos fatos.

Por sua vez, acerca da alegação de incidência de juros sobre juros, assiste parcial razão à CHESF e à UNIÃO, não em relação ao pagamento das parcelas atrasadas, quando pagas, à inteireza, mas sim no tocante tão somente daquelas honradas de forma parcial, pois conforme o próprio perito reconheceu, à fl. 2967, “Caso esse pagamento tenha sido realizado de forma parcial, ou menor, ao valor remanescente da fatura foram incididos juros e correção monetária da data do pagamento até a data do pagamento integral”, técnica essa que, por não segregar do cálculo anterior os valores onde já eram embutidos tais encargos monetários, findou por descambar em anatocismo no valor consolidado.

De toda forma, isso é matéria a ser definida, em termos de *quantum debeatur*, na fase de liquidação e cumprimento da sentença.

Sobre a alegação das mesmas apelantes de que a perícia utilizou uma fórmula de cálculo distinta da contratualmente devida, a partir da adoção do índice TR como critério mensal de atualização monetária com reflexo no mês imediatamente seguinte, considerando-se o período de fevereiro de 1991 a agosto de 1993, é de se concluir que tal questionamento fica a desejar, não que, do ponto de vista abstrato, deixe de ter sua lógica, mas sim à vista de inexistência de contraprova oportuna, como revela a falta de impugnação, quando da apresentação daquela peça de fls. 3694/3700, oportunidade na qual não foi feita nenhuma alusão a essa questão, em particular.

Assim, uma coisa é dizer que a TR não se presta como indexador de correção da desvalorização do dinheiro – no que concordo, abstratamente falando, justamente por ele embutir a expectativa futura da inflação, conforme uma lógica do mercado interbancário, e não compreender propriamente o valor de troca da moeda durante determinado período no qual se experimentou essa desvalorização, como seria de se esperar em relação a toda e qualquer recomposição monetária –, agora, daí a dizer que houve a utilização desse parâmetro no caso dos autos, após a extinção da ORTN/OTN/BTN (na sequência do Plano Verão e do Plano Collor), período no qual houve um vácuo regulatório, e, ainda que dele o perito tivesse se valido, provar que essa utilização trouxe algum prejuízo à parte ré, ao se traçar um paralelo com outro modelo de indexador, do tipo UFIR ou qualquer outro influenciado por uma cesta composta de mais de um índice, a exemplo da soma do INPC, IGP, IGP-DI e IPC, tudo isso vai uma distância muito grande, o suficiente para concluir que tal parte deixou a desejar nessa desincumbência probatória, a teor do art. 333, inciso II, do CPC, razão por que não vejo como acatar tal questionamento.

Diferentemente, não sendo matéria de prova, e sim de direito, assiste razão à parte apelante ao invocar o precedente do STJ, ao julgar o REsp 726.446-PE, para efeito de fixação dos honorários advocatícios. Por ocasião da assentada de julgamento desse recurso, o Min. Mauro Campbell, ao apresentar o seu voto, como relator, assim preconizou: “Muita embora a regra do art. 20, § 3º, do CPC traga previsão expressa estabelecendo como valor mínimo de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, não se pode deixar de ponderar sua incidência, num juízo de equidade, em nome

do princípio da razoabilidade e da vedação ao enriquecimento ilícito, para flexibilizá-la em caso de manifesto excesso, como o que se apresenta”.

Assim, não obstante o juízo de equidade, a que se reporta esse sobredito dispositivo processual, seja um convite aberto a todo tipo de posição, há de se observar que a própria Corte Superior, nesse aludido precedente que envolvia a mesma questão aqui tratada, ali estabeleceu em favor das mesmas partes um percentual de 0,5% (meio por cento) sobre o valor da condenação, parâmetro esse do qual me utilizo para igualmente aqui fixar o valor dos honorários advocatícios.

Ante o exposto, sou, em preliminar, pelo não conhecimento do recurso adesivo das autoras e, caso ultrapassada tal fase, pelo seu não provimento, e, no mais, pelo provimento parcial dos apelos da CHESF e da UNIÃO, para que os juros de mora arbitrados na parte dispositiva da sentença incidam tão somente a partir de 30/04/2009, devendo, ainda, ser afastado o anatocismo no que tange às parcelas que foram pagas de forma parcial pela CHESF, sem prejuízo da diminuição da verba honorária fixada na sentença, tudo isso pelos motivos aqui propugnados.

É o parecer, sem prejuízo de entendimento outro, como é próprio da seara jurídica.

Registre-se que a Diretora do Núcleo de Contadoria desta Corte conclui também que houve aplicação de juros sobre juros e que não houve antecipação de correção monetária.

Em respeito ao princípio da razoabilidade, bem como para evitar o enriquecimento ilícito, tenho que a verba honorária deve ser reduzida para 20.000,00 (vinte mil reais), com base no art. 20, § 4º, do CPC.

Diante dessas considerações, não conheço do recurso adesivo e dou parcial provimento aos apelos da CHESF e da UNIÃO, para que os juros de mora arbitrados na parte dispositiva da sentença incidam tão somente a partir de 30/04/2009, devendo, ainda, ser afastado o anatocismo no que tange às parcelas que foram pagas de forma parcial pela CHESF, bem como para reduzir a verba honorária para 20.000,00 (vinte mil reais).

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 563.137-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RAIMUNDO ALVES DE CAMPOS JÚNIOR (CONVOCADO)
Apelantes: UNIÃO E BRENO LANTER CARDOSO
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. WILSON DE NORÕES MILFONT NETO E OUTROS

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MILITAR. CURSO DE APERFEIÇOAMENTO DE OFICIAIS DO CORPO DE SAÚDE DA MARINHA. DEMISSÃO A PEDIDO SEM O CUMPRIMENTO DO PERÍODO OBRIGATÓRIO DE EFETIVO EXERCÍCIO NA INSTITUIÇÃO MILITAR. ART. 115 E 116 DA LEI Nº 6.880/80 (ESTATUTO DOS MILITARES). INDENIZAÇÃO AO ESTADO. CÁLCULO PROPORCIONAL AO VALOR DA INDENIZAÇÃO. LIMITAÇÃO AO PERÍODO RESTANTE AO CUMPRIMENTO DA CARÊNCIA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ASSÉDIO MORAL NÃO COMPROVADO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO TAMBÉM DAS DESPESAS COM AS ATIVIDADES-MEIO NECESSÁRIAS À FORMAÇÃO MILITAR, NÃO SE LIMITANDO À RUBRICA “CUSTO DE ENSINO”. PRECEDENTE DESTA CORTE.

- Trata-se de apelação contra sentença que julgou parcialmente procedente a ação de cobrança, ajuizada pela União Federal, para condenar o promovido a restituir o valor gasto com sua formação no Curso de Aperfeiçoamento para Oficiais do Corpo de Saúde da Marinha, realizado durante o período de 2 de fevereiro de 2004 a 31 de janeiro de 2008, com juros e correção monetária, de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal, relativamente aos custos incluídos na rubrica “Custo de Ensino”, excluindo-se do cálculo eventuais gastos relacionados às atividades-meio.

- O douto Juízo reconheceu ser devida a indenização de militares que deixam o serviço ativo antes do interstício mínimo exigido pela legislação supracitada, fazendo inclusive alusão à constitucionalidade da exigência, referendada pela Corte Suprema, tendo deduzido da indenização apenas os valores relativos ao período referente ao serviço efetivamente prestado pelo ex-militar, por dez meses, antes de completar o lustro exigido pela norma de regência (art. 116 da Lei 6.880/1980).

- O fato de o réu haver requerido genericamente, em sua contestação, a produção de prova pericial (dentre outras) não configurou cerceamento de defesa, máxime quando os documentos trazidos aos autos são suficientes para o deslinde da questão.

- Comprovada a realização de curso de formação e havendo demissão a pedido antes de completado o interstício mínimo exigido pela Lei nº 6.880/80, é legítima a cobrança da União da indenização prevista no art. 116 da referida Lei.

- Uma vez que a indenização prevista no art. 116 da Lei nº 6.880/80 não exclui os gastos administrativos relacionados com as atividades-meio necessárias, estas também devem ser ressarcidas pelo ex-militar, principalmente quando este último não cuidou de, a tempo e modo, impugnar especificamente o numerário apresentado pela União Federal como sendo o valor gasto com a sua formação. Precedente desta Corte (APELREEX 13.941/CE, Rel. Des. Fed. Edilson Nobre, Quarta Turma, j. 30/08/2011, DJe 02/09/2011, p. 317).

- Apelação da União Federal conhecida e provida, para afastar a limitação da indenização aos custos incluídos na rubrica “Custo de Ensino”, devendo a indenização recair sobre a totalidade dos valores pagos pela União, descontados os

**valores relativos ao período efetivamente trabalhado no serviço militar, mantendo a sentença em todos os demais pontos.
- Apelação do réu improvida.**

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação do réu e dar integral provimento à apelação da União Federal, nos termos do voto do Relator.

Recife, 20 de janeiro de 2015. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL RAIMUNDO ALVES DE CAMPOS JÚNIOR - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RAIMUNDO ALVES DE CAMPOS JÚNIOR (Convocado):

Tratam os autos de recursos de apelação relativos à sentença de fls. 244/249, que julgou procedente em parte a pretensão autoral para condenar o réu BRENO LANTER CARDOSO a restituir à UNIÃO o valor despendido com sua formação no Curso de Aperfeiçoamento para Oficiais do Corpo de Saúde da Marinha, no período de 02/02/2004 a 31/01/2008, com juros e correção monetária, excluindo-se dos cálculos eventuais gastos relacionados às atividades-meio.

A pretensão originária da UNIÃO consistia na condenação do réu a pagar a quantia de R\$ 151.052,67, valores estes despendidos com a participação do réu no Curso de Aperfeiçoamento para Oficiais do Corpo de Saúde da Marinha em Urologia, vez que o réu supracitado pediu demissão do serviço ativo da Marinha antes de ter completado o prazo mínimo de efetivo exercício, exigido pela corporação militar.

A UNIÃO apresentou recurso de apelação às fls. 257/260, sustentando que a juíza de primeiro grau não poderia ter determinado a exclusão dos cálculos eventuais gastos relacionados às atividades-meio, vez que tal pedido não foi formulado pelo réu.

O réu BRENO LANTER CARDOSO, por sua vez, apresentou recurso de apelação nas fls. 291/303, consignando que a sentença proferida deveria ser anulada por cerceamento de defesa, já que não fora permitida a produção de prova pericial requerida na contestação. Sustentou, ainda, que já era especialista em Urologia e Cirurgia Geral quando ingressou na Marinha, mas, mesmo com sua experiência, fora obrigado a participar do curso acima mencionado, tendo também alegado que se encontrava afastado do trabalho há um ano por motivo de doença, razão pela qual, e até mesmo em face de assédio moral que teria sofrido, requereu a sua demissão.

Contrarrazões da União Federal às fls. 317/322; e, do réu, às fls. 30/313.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL RAIMUNDO ALVES DE CAMPOS JÚNIOR (Relator Convocado):

A sentença de piso julgou parcialmente procedente a pretensão autoral para condenar o réu BRENO LANTER CARDOSO a ressarcir à UNIÃO os valores gastos com sua formação no Curso de Aperfeiçoamento para Oficiais do Corpo de Saúde da Marinha, realizado durante o período de 02/02/2004 a 31/01/2008, com juros e correção monetária. Referida sentença excluiu do cálculo eventuais gastos relacionados às atividades-meio.

De saída, aprecio o pedido de declaração de nulidade da sentença apresentado pelo réu BRENO LANTER CARDOSO e tenho por rejeitá-lo.

O fato de o réu haver requerido genericamente, em sua contestação, a produção de prova pericial (dentre outras) não configurou cerceamento de defesa, haja vista que os documentos trazidos aos autos são suficientes para o deslinde da questão.

Alega o réu que, quando pediu demissão, o fez por se encontrar doente psicologicamente, eis que teria sofrido assédio moral no trabalho. No entanto, no próprio histórico pericial apresentado pelo réu, vê-se que, embora tenha de fato adoecido, tal doença

não foi causada pelo trabalho na Marinha. O laudo de fl. 224 aduz que o réu se encontrava temporariamente incapacitado para o trabalho, no entanto tal incapacidade não tinha “relação de causa e efeito com o serviço”.

Na espécie, estando comprovado nos autos que o réu realizou curso de formação no período de 2 de fevereiro de 2004 a 31 de janeiro de 2008, sendo demitido, a pedido, em 24/11/2008, é legítima a cobrança da União na indenização prevista no art. 116 da Lei 6.880/80, independentemente de ser o curso obrigatório ou não.

A questão é que o réu, mesmo tendo participado do curso por obrigação, conforme afirma, sabia desde o início que, ao aceitar ingressar na Marinha do Brasil, teria que se sujeitar aos deveres constantes na Lei 6.880/80, que, em seu art. 116, regula o direito à demissão a pedido, *verbis*:

Art. 116 A demissão a pedido será concedida mediante requerimento do interessado:

I - sem indenização aos cofres públicos, quando contar mais de 5 (cinco) anos de oficialato, ressalvado o disposto no § 1º deste artigo; e

II - **com indenização das despesas feitas pela União**, com a sua preparação e formação, quando contar menos de 5 (cinco) anos de oficialato.

§ 1º **A demissão a pedido só será concedida mediante a indenização de todas as despesas correspondentes, acrescidas, se for o caso, das previstas no item II, quando o oficial tiver realizado qualquer curso ou estágio, no País ou no exterior, e não tenham decorrido os seguintes prazos:**

a) 2 (dois) anos, para curso ou estágio de duração igual ou superior a 2 (dois) meses e inferior a 6 (seis) meses;

b) 3 (três) anos, para curso ou estágio de duração igual ou superior a 6 (seis) meses e igual ou inferior a 18 (dezoito) meses;

c) **5 (cinco) anos, para curso ou estágio de duração superior a 18 (dezoito) meses.**

§ 2º O cálculo das indenizações a que se referem o item II e o parágrafo anterior será efetuado pelos respectivos Ministérios.

§ 3º O oficial demissionário, a pedido, ingressará na reserva, onde permanecerá sem direito a qualquer remuneração. O ingresso na reserva será no mesmo posto que tinha no serviço ativo e sua situação, inclusive promoções, será regulada pelo Regulamento do Corpo de Oficiais da Reserva da respectiva Força.

§ 4º O direito à demissão a pedido pode ser suspenso na vigência de estado de guerra, estado de emergência, estado de sítio ou em caso de mobilização. (Grifos nossos).

Não bastasse o dispositivo anterior, que é claro ao prever a necessidade de indenização, de uma simples análise dos autos já se vê que o curso de que participou o réu é um curso de aperfeiçoamento, que foi custeado pela Administração para seu próprio benefício. Não havendo contraprestação posterior por parte do beneficiário, o mesmo deverá ressarcir aos cofres públicos, a fim de não ficar caracterizado seu locupletamento ilícito.

E embora o réu tenha afirmado que só pediu demissão, optando por ficar desempregado, em razão do assédio moral que alega haver sofrido, os autos dão conta de que o réu é (ou foi) sócio-administrador das empresas URO Smile Serviços Médicos e Odontológicos Ltda. e da Delta Serviços Médicos - Centro de Medicina e Cirurgia Ltda. (fl. 191), motivo este que só reforça a tese de necessidade de ressarcimento à União, vez que o ex-militar está utilizando os conhecimentos adquiridos com dinheiro público, em curso de pós-graduação destinados a oficiais, em proveito próprio, particular, sem se sujeitar aos deveres impostos pela Lei nº 6.880/89 (art. 116), razão pela qual a União faz jus ao ressarcimento dos investimentos feitos em profissional que abandona o oficialato antes do prazo de permanência exigido pela lei.

Nesse mesmo sentido é o entendimento jurisprudencial:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MILITAR. DEMISSÃO VOLUNTÁRIA ANTES DO CUMPRIMENTO DO PRAZO ESTABELECIDO PELO ART. 116, II, DO ESTATUTO DOS MILITARES (CINCO ANOS). IMPOSIÇÃO DE CONDIÇÃO AO RESSARCIMENTO PRÉVIO POR DESPESAS COM PREPARAÇÃO E FORMAÇÃO MILITAR. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. O aresto recorrido encontra-se em consonância com a atual orientação jurisprudencial deste Tribunal Superior no

sentido de que o desligamento, a pedido, de oficial da ativa que tiver realizado qualquer curso ou estágio às expensas das Forças Armadas, sem respeitar o período legal mínimo de prestação do serviço militar após o encerramento dos estudos, gera o dever de indenizar o erário pelas despesas efetuadas com a sua formação e preparação, mas não condiciona o desligamento ao pagamento prévio dessa indenização. Precedentes.

2. Recurso especial não provido.

(RESP 201201787312, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, *DJe* DATA: 13/12/2013. DTPB:.)

ADMINISTRATIVO. MILITAR. CURSO DE FORMAÇÃO DE OFICIAIS. DEMISSÃO A PEDIDO. NÃO CUMPRIMENTO DE PERÍODO OBRIGATÓRIO. INDENIZAÇÃO. LEGALIDADE.

1. A União Federal faz jus ao ressarcimento de investimentos feitos em profissional que abandona o oficialato antes do prazo de permanência, após a conclusão de curso de formação de oficiais da Marinha. Fruição de benesses de preparo avançado. O texto legal prevê a indenização (art. 116 e § 1º, *b*, do mesmo artigo da Lei nº 6.880/80) e, existindo lei, não sendo ela inconstitucional, existe o dever de ressarcir.

2. A indenização cobrada pela União Federal é acolhida, considerando que já foi efetuada a redução proporcional preconizada pela jurisprudência.

3. Agravo retido e apelo desprovidos.

(AC 200951010273804, Desembargador Federal GUILHERME COUTO, TRF2 - SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, *E-DJF2R* - Data: 15/09/2014.)

De mais a mais, nos dias de hoje, onde emprego é difícil, não é razoável se entender que o réu optou por ficar desempregado, sem qualquer previsão de emprego posterior, tão somente em virtude de um pretensão assédio moral, máxime quando as provas que guarnecem os autos dão conta de que o réu estava devidamente afastado do serviço militar, e com todos os seus direitos previdenciários assegurados (o que já fragiliza sua tese de assédio moral), isso significando dizer que se o réu optou por sair da corporação militar, no mínimo já possuía alguma coisa em vista (a criação de várias empresas é prova disso), até porque, pelo alto

grau de qualificação do mesmo (e até mesmo pelos cursos e práticas desenvolvidas dentro da Marinha, centro de reconhecida excelência dos cursos de graduação e pós-graduação), com certeza seria logo aproveitado por muitos empregadores.

Em outras palavras, o dever de o militar indenizar a União decorre do dispêndio de recursos do Poder Público com a sua capacitação, não podendo o profissional-militar, sem esperar o interstício mínimo previsto em lei e sem a indenização de seus gastos, pedir demissão para trabalhar em área particular, frustrando a expectativa de retorno desse investimento que lhe foi depositada pela Administração.

No que tange à alegação da União, em seu recurso, de que não poderia a sentença excluir a cobrança dos gastos relacionados às atividades meio, entendo que lhe assiste razão.

É que os valores apresentados pela UNIÃO em sua inicial não foram refutados pelo réu em nenhum momento, razão pela qual devem ser mantidos. Além disso, das planilhas apresentadas vislumbra-se que foi considerado apenas o valor do curso (fls. 10/12), sem a menção à denominada Atividade-Meio.

Ademais, os gastos relacionados às atividades-meio também devem ser considerados, haja vista que, para que se mantenha um curso, é necessário que sejam custeados também a escola/local onde o mesmo será ministrado e os profissionais (principalmente os professores convidados) que o darão, o que acarreta gastos.

Nesse mesmo sentido já decidiu esta Corte:

ADMINISTRATIVO. MILITAR. DEMISSÃO A PEDIDO ANTES DE ULTIMADO O PRAZO DE QUE TRATA OS ARTS. 115 E 116 DA LEI N. 6.880/80. INDENIZAÇÃO AO ESTADO. CÁLCULO PROPORCIONAL DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. LIMITAÇÃO AOS DIAS FALTANTES À COMPLETAÇÃO DA CARÊNCIA. POSSIBILIDADE.

I - Requerido o desligamento do serviço militar antes do decurso do prazo mínimo de 5 (cinco) anos no oficialato, previsto no art. 116, II, da Lei nº 6.880/80, deverá o ex-militar ressarcir a União das despesas expendidas com a realização do Curso de Formação e Graduação de Oficiais

de Carreira, realizado pelo Instituto Militar de Engenharia (IME).

II - Em respeito aos princípios da vedação ao enriquecimento sem causa e da proporcionalidade, o valor da indenização a ser paga pelo ex-militar deverá atender para dois critérios: a) o numerário efetivamente gasto pela União na capacitação do militar; b) o abatimento do período em que houve a contraprestação do serviço realizada pelo ex-militar, quando ainda na ativa.

III - No caso concreto, o ex-militar exerceu 2 anos, 1 mês e 12 dias de efetivo serviço militar, tempo este que deverá ser deduzido do prazo de cinco anos a que alude o art. 116 da Lei nº 6.880/80, uma vez que neste período houve, de fato, a contraprestação pelo serviço prestado.

IV - Deverá o ex-militar ressarcir a Administração Pública por todos os gastos despendidos pela União com a sua formação e não apenas aqueles sob a rubrica “Custo de Ensino”.

V - Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

(Acórdão unânime na APELREEX 13.941/CE, Rel. Des. Fed. Edilson Nobre, Quarta Turma, julg. 30/08/2011, publ. *DJe* 02/09/2011, p. 317)

Em conclusão, conheço dos apelos manejados, para negar provimento à apelação do réu e dar integral provimento à apelação da União, para afastar a limitação da indenização aos custos incluídos na rubrica “Custo de Ensino”, devendo a indenização recair sobre a totalidade dos valores pagos pela União, descontados os valores relativos ao período efetivamente trabalhado dentro do serviço militar, mantendo a sentença em todos os demais pontos.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 570.292-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: EDNALDO DE SOUZA LIMA (EPAE)
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ WILSON DE ASSIS E OUTROS (APTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AÇÃO ANULATÓRIA. IMPOSTO DE RENDA E TRIBUTAÇÃO REFLEXA. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DAS PRORROGAÇÕES DO MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. ANULAÇÃO DOS AUTOS DE INFRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ARBITRAMENTO DE LUCRO. RELAÇÃO DE EMPENHOS DE PREFEITURAS. PÁGINA DO SISTEMA “SAGRES”. DIRF’S DAS PREFEITURAS. NÃO COMPROVAÇÃO DA ORIGEM. OMISSÃO DE RECEITA. MULTA APLICADA NO PATAMAR DE 75%. CARÁTER CONFISCATÓRIO. INEXISTÊNCIA. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. HONORÁRIOS EM 10% DO VALOR DA CAUSA. DESPROPORCIONAL. REDUÇÃO PARA 1%. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

- Primeiramente, quanto à alegação de não intimação do contribuinte das prorrogações do MPF entendo que essa por si só não é suficiente para anular todo o procedimento fiscal. Ao analisar os autos restou claro que o contribuinte participou de todo o feito fiscal, contudo não apresentou nenhuma prova que ilidisse a pretensão do fisco.

- Quanto aos fatos, os indícios colacionados pelo fisco são suficientes para realizar o cálculo do tributo com base no lucro arbitrado. Ora, é dever da empresa, sujeita passiva do tributo, guardar os livros com o devido registro das movimentações financeiras. Desse modo, ao ser inti-

mado para apresentar tais documentos e afirmar não os possuir não restou outra solução ao fisco do que calcular os impostos com base no lucro arbitrado.

- Não vejo como prova única os empenhos apresentados pelo fisco a fim de provar o auferimento de receita por parte do contribuinte, posto que tais documentos (as informações do SAGRES) são referentes a atos administrativos, isto é, gozam de presunção de veracidade.

- A multa de 75% no presente caso concreto se mostra proporcional e razoável devido à conduta do contribuinte ter se mostrado totalmente contrária ao que prevê todo o ordenamento, posto que o contribuinte mesmo auferindo tamanha receita (R\$ 7.671.851,00) declarou ter recebido valor de R\$ 0,00.

- Quanto aos honorários o valor de 10% sobre o valor da causa se mostra desproporcional e exorbitante sendo claro que não se coaduna com a natureza da ação podendo caracterizar até o enriquecimento sem causa. Portanto, reduzo o valor para 1% do valor da causa.

- Apelo provido em parte apenas para redução do valor dos honorários devidos.

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, 25 de novembro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de apelação contra sentença que negou o pedido de anulação do crédito tributário e condenou o autor ao pagamento de honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor da causa, na forma do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

Aduz o contribuinte que os autos de infração devem ser anulados, uma vez que não houve as devidas intimações das prorrogações do MPF (Mandado de Procedimento Fiscal), o que teria afetado o princípio da legalidade.

Além disso, os autos de infração teriam sido lavrados sem a precisa indicação dos fatos e das normas legais que fundamentam o lançamento de ofício.

Outrossim, teriam os autos de infração se baseado em indício único, isto é, como o contribuinte não possuía livro de caixa, a Receita Federal teria se baseado apenas em indícios isolados do auferimento de receita por parte do contribuinte, são eles: Relações de empenhos do Tribunal de Contas da Paraíba; através do sistema SAGRES; e de DIRF's das prefeituras.

Alega ainda que a multa de 75% deve ser reduzida por possuir caráter confiscatório e desrespeitar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Pleiteia ainda que os honorários fixados em 10% do valor da causa sejam reduzidos para o valor fixo de R\$ 1.000,00.

A Fazenda Nacional por sua vez aduz que foi conferida a ampla defesa ao contribuinte e, em verdade, esse em nenhum momento apresentou os livros e os documentos necessários. Além disso, o apelante teria acompanhado todo o procedimento fiscal como provam as suas assinaturas nos documentos referentes às sucessivas fases processuais.

Aduz ainda que os autos de infração estão sim devidamente embasados seja na matéria fática como as normas legais.

Outrossim, a relação de recibos, empenhos e notas fiscais demonstram o minucioso trabalho do fisco e a evidente intenção de fraude por parte do apelante.

Por fim, entende por cabível a fixação dos honorários em 10% do valor da causa.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Primeiramente, quanto à alegação de não intimação do contribuinte das prorrogações do MPF entendo que essa por si só não é suficiente para anular todo o procedimento fiscal. Ao analisar os autos restou claro que o contribuinte participou de todo o feito fiscal, contudo não apresentou nenhuma prova que ilidisse a pretensão do fisco.

Em todas as fases processuais há a assinatura do contribuinte dando ciência do que ocorria no procedimento, portanto esse teve sua ampla defesa garantida, não tendo sido prejudicado pela ausência das intimações. Como nas folhas 102, 103, 104, 105, 106, 110, 112.

Relativamente à indicação das normas legais nos autos de infração vejo esses como devidamente fundamentados, posto que há indicação das normas a que se referem a cobrança do tributo não impossibilitando a defesa por parte do contribuinte.

Quanto aos fatos, os indícios colacionados pelo fisco são suficientes para realizar o cálculo do tributo com base no lucro arbitrado. Ora, é dever da empresa, sujeita passiva do tributo, guardar os livros com o devido registro das movimentações financeiras. Desse modo, ao ser intimado para apresentar tais documentos e afirmar **não os possuir não restou outra solução ao fisco do que calcular os impostos com base no lucro arbitrado.**

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA E TRIBUTAÇÃO REFLEXA. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ARBITRAMENTO DE LUCRO. ART. 44 DO CTN C/C ART. 530 DO DECRETO N. 3.000/99. DEPÓSITOS BAN-

CÁRIOS. NÃO COMPROVAÇÃO DA ORIGEM. OMISSÃO DE RECEITA. MULTA DE OFÍCIO. REDUÇÃO.

(...)

4. Alega a apelante a ilegalidade no procedimento adotado pelo Fisco para a apuração do imposto de renda pessoa jurídica e tributações reflexas, ao argumento de que os lançamentos foram efetuados com base exclusivamente nos extratos bancários do contribuinte.

5. A autuação fiscal se deu pela constatação de omissão de receita sem a devida comprovação, mediante documentação hábil e idônea, da origem dos recursos movimentados em conta bancária. Tal conclusão pode ser extraída do Termo de Verificação de Infração lavrado pela autoridade fiscal e da exposição das razões do Acórdão da DRJ/SDR, nos quais se observa que o auto de infração não se baseou apenas nos extratos bancários, mas também em outros elementos, a exemplo de notas fiscais apresentadas e dos registros de saídas e entradas, que em conjunto com aqueles evidenciam a existência de receita não submetida à tributação.

6. Portanto, tendo a ação fiscal intimado o contribuinte a esclarecer a origem dos ingressos bancários e empreendido esforços para investigação dos fatos, não há se falar em ilegitimidade da conduta fiscal, porquanto encontra fundamento no art. 42 da Lei n. 9.430/96. Ressalte-se ser inaplicável ao caso a Súmula 182 do extinto TFR, “uma vez que lançamento, além de encontrar base legal no artigo 42 da Lei nº 9.430/96, o que autoriza a sua lavratura (artigo 149, I, do CTN), não é amparado unicamente na existência dos depósitos em si, mas sim na ausência de elucidação por parte do contribuinte acerca da origem dos valores, a autorizar a sua caracterização como receitas ou rendimentos omitidos. Assim, ‘o objeto da tributação não são os depósitos bancários em si, mas a omissão de rendimentos representada e exteriorizada por eles’ (STJ, REsp 792.812/RJ, Ministro Luiz Fux, julgado em 13/03/2007). (TRF4. AC 200772080013145, Joel Ilan Paciornik, 1ª T., DE 10/08/2011.)

7. Nos termos do art. 44 do CTN, c/c art. 530, III, do Decreto n. 3.000/99 (RIR/99), o imposto de renda será apurado com base no lucro arbitrado quando o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documen-

tos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa. Já o art. 527, I, do mencionado decreto dispõe que a pessoa jurídica submetida ao regime de tributação com base no lucro presumido deverá manter escrituração contábil nos termos da legislação comercial, salvo se a pessoa jurídica, no decorrer do ano calendário, mantiver Livro Caixa a escrituração de toda movimentação financeira, inclusive a bancária.

8. No caso dos autos, empresa apelante não apresentou, durante a ação fiscal, os Livros Diário, Razão e Caixa, embora solicitados por meio do Termo de Início de Fiscalização. Somente na fase de impugnação é que a contribuinte apresentou o Livro Diário, desprovido, ainda assim, das formalidades legais, especialmente no tocante à autenticação na Junta Comercial, não se prestando para desconstituir o lançamento, “cuja recusa ou inexistência foi a causa do arbitramento”.

9. Desse modo, ante a falta de apresentação de escrituração exigida em lei, afigura-se legítimo o arbitramento do lucro, de modo que se mostra regular a ação fiscal também nesse ponto.

10. No tocante ao possível caráter de confisco da penalidade, o Pleno deste Tribunal já se posicionou (ArgInc na AC nº 303.007, Pleno, Rel^a. Margarida Cantarelli, julgado por maioria em 11/04/07, *DJ* 11/06/07) no sentido de que a natureza confiscatória da multa não pode ser atestada em sede de controle abstrato de constitucionalidade, devendo tal exame ser realizado no caso concreto.

(...)

(PROCESSO: 00016953820114058500, AC 544.860-SE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO CAVALCANTI, Primeira Turma, JULGAMENTO: 30/08/2012, PUBLICAÇÃO: *DJe* 06/09/2012 - Página 312)

Não vejo como prova única os empenhos apresentados pelo fisco a fim de provar o auferimento de receita por parte do contribuinte, posto que tais documentos (as informações do SAGRES) são referentes a atos administrativos, isto é, gozam de presunção de veracidade. Assim, a mera alegação do contribuinte que é comum na prática que as prefeituras superfaturem suas despesas não afastam tal presunção.

Ademais, ao se calcular o tributo, a Receita Federal prestou o devido cuidado de apenas se embasar nas despesas empenhadas que possuíam o estado de pago (fl. 159):

(...) deve-se ressaltar que, quando o valor empenhado era em montante maior, a Autoridade Fiscal teve o cuidado de apenas considerar o valor efetivamente pago, ou seja, o valor a menor.

Desse modo, a tela do sistema SAGRES é suficiente para que o fisco apure o tributo devido pelo contribuinte.

No tocante à multa, ressalte-se que o contribuinte demonstra grande habilidade administrativa, posto que ao somar as receitas auferidas chega-se ao valor de R\$ 7.671.851,00 no período de dois anos. Valor que chama a atenção, sendo, portanto, inverossímil que o contribuinte não teria noção que deveria recolher o devido imposto.

Ao contrário, o contribuinte mesmo auferindo tamanha receita declarou ter recebido valor de R\$ 0,00. Tal atitude deve ser repelida com veemência, posto que deixar de recolher os tributos prejudica a sociedade como um todo.

Portanto, a multa de 75% no presente caso concreto se mostra proporcional e razoável devido à conduta do contribuinte ter se mostrado totalmente contrária ao que prevê todo o ordenamento jurídico pátrio.

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. MULTA APLICADA NO PATAMAR DE 75%. CARÁTER CONFISCATÓRIO. INEXISTÊNCIA. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Na espécie, a multa aplicada ao contribuinte no patamar de 75% (setenta e cinco por cento) não apresenta caráter confiscatório, vez que teve por escopo punir aquele em razão da omissão de dados importantes relativos às receitas por ele auferidas.

2. O Pleno desta egrégia Corte Regional já se posicionou no sentido da constitucionalidade da multa no aludido percentual, prevista no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96 (TRF 5, AC 303.007)

3. O valor da multa imposta ao recorrente, com fulcro no aludido dispositivo legal não ultrapassa o parâmetro estabelecido pelo STF (superior a duas vezes o valor do débito tributário).

4. É pacífico o entendimento da jurisprudência pátria no sentido de que somente é aplicável o princípio do não confisco às multas de natureza tributária quando restar cabalmente demonstrado que aquela imposição legal foi aplicada de forma desarrazoada e abusiva, o que não é o caso dos autos.
5. Não merece acolhida a alegação de que a multa aplicada deveria ser reduzida em razão do fato de que a diferença entre declarações das informações contábeis teria decorrido de descuido do próprio autor.
6. No caso, o particular, apesar de notificado não procedeu ao pagamento complementar referente aos valores apurados pela autoridade fiscal quando do procedimento de revisão de Declaração de Informações Econômico-Fiscais, relativo ao ano calendário de 2008, no bojo do qual foi constatado que os valores informados em DIPJ referentes ao “Imposto de Renda a Pagar” eram superiores aos informados em DCTF ou superiores aos valores recolhidos aos cofres públicos; e que os valores informados em DIPJ referentes a “CSLL a Pagar” eram superiores aos informados em DCTF ou superiores aos valores recolhidos aos cofres públicos”.
7. Não foi juntada ao processo qualquer demonstração do suposto erro cometido pelo contribuinte, o qual só veio a ser alegado após o término do procedimento administrativo fiscal, fato que acaba por prejudicar a alegação de que aquele estava agindo de boa-fé.
8. Remessa oficial e apelação providas para reformar a sentença e restabelecer a multa aplicada ao contribuinte no percentual de 75% (setenta e cinco por cento).
(PROCESSO: 00028054720124058400, APELREEX 25.325/RN, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA, Segunda Turma, JULGAMENTO: 1º/07/2014, PUBLICAÇÃO: *DJe* 10/07/2014 - Página 233)

Quanto aos honorários o valor de 10% sobre o valor da causa se mostra desproporcional e exorbitante sendo claro que não se coaduna com a natureza da ação podendo caracterizar até o enriquecimento sem causa. Portanto, reduzo o valor para 1% do valor da causa, que equivale a R\$ 24.300,00 (vinte e quatro mil e trezentos reais).

Ante tais considerações, dou parcial provimento à apelação para apenas reduzir o percentual da verba honorária para 1% do valor dado à causa.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 571.404-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO
Apelantes: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, UNIÃO E ESTADO DE PERNAMBUCO E OUTRO
Apelado: MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DA COROA GRANDE (PE)
Recte. Ades.: MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DA COROA GRANDE (PE)
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. ANDRÉ OLIVEIRA SOUZA E OUTROS E ROMANA RAMOS ZAIDAN E OUTROS

EMENTA: AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DA COROA GRANDE/PE. CONSTRUÇÃO DE ORLA. AUSÊNCIA DE LICENÇA AMBIENTAL. OCUPAÇÃO IRREGULAR DE ÁREA DE PRAIA. BEM PÚBLICO DE USO COMUM DO POVO. EXTREMA PROXIMIDADE DAS CONSTRUÇÕES COM A ÁREA OCEÂNICA. EROSIÃO EM DECORRÊNCIA DAS ATIVIDADES MARÍTIMAS. INEXISTÊNCIA DE ÁREA APROVEITÁVEL. NEGATIVA DO LICENCIAMENTO PELO ÓRGÃO ESTADUAL COMPETENTE. DEMOLIÇÃO DE TODO O COMPLEXO.

- In casu, o IBAMA – e posteriormente, a União e o MPF como litisconsortes ativos – ingressaram com Ação Civil Pública em face do Município de São José da Coroa Grande, Estado de Pernambuco e Construtora SAM, almejando, em síntese

se, na obrigação de fazer consistente na reparação do dano ambiental ocasionado pelas obras realizadas pelo município demandado (“Projeto Orla”, objetivando a construção de orla, parque, avenidas, pista de cooper, banheiros públicos, quiosques no litoral de SJDCG, oriundas do Convênio nº 2.079.06.0/06, no valor de R\$ 450.000,00) e de tudo o que nela houver sido construído sem o competente Licenciamento Ambiental, bem como indenização por dano moral ambiental.

- Diante da forte controvérsia acerca da ocorrência, ou não, de dano ambiental, foi determinada a realização de prova pericial, cujo laudo atestou uma série de danos e ilegalidades, das quais se destacam: a) realização das obras pelo Município de São José da Coroa Grande sem a competente licença do órgão ambiental do Estado, bem como em desacordo com a legislação vigente, no tocante aos limites permitidos para a edificação e/ou obras diversas em área praia; b) constatação de curtas distâncias entre a linha de preamar máxima e as obras, havendo locais que, inclusive, coincidiam o ponto de preamar e a estrutura disposta na orla; c) a proximidade das obras com a linha de preamar máxima poderá acarretar, através das ondas de tempestades/resaca, processos erosivos e a conseqüente deteriorização da estrutura disposta no local; d) construção de banheiros e fossas sépticas serem inadequadas, ainda que as fossas estejam a 65 m da área de praia, por apresentarem riscos de contaminação na área.

- A área das obras aqui discutidas se encontra tanto no Zoneamento Ecológico-Econômico Costeiro – ZEEC do litoral sul de Pernambuco, nos termos do art. 2º do Decreto Estadual 21.972/99 – como na Área de Proteção dos Corais (APA), criada pelo Decreto Federal 23, de 23 de Outubro de 1997. Destarte, pelo fato de se tratar de

uma construção de grande impacto ambiental em unidade de conservação específica (APA dos Corais e ZEEC do Litoral Sul de PE), além do licenciamento pelo órgão competente (CPRH, art. 3º, Lei Estadual 12.916/2005), se fazia necessária a elaboração do estudo de impacto ambiental e a sua respectiva apresentação do Relatório de Impacto Ambiental, nos termos do § 2º do art. 6º, da Lei 7.661/88, requisitos estes que não foram respeitados pelo Município de São José da Coroa Grande.

- Além destas exigências, o mesmo decreto estadual criador da ZEEC do Litoral Sul de PE, em seu art. 41, proibiu a “construção fixa ou equipamentos permanentes na faixa de praia, medida 33m em direção ao continente, a partir da linha de preamar máxima atual, da maré de sizígia”.

- Analisando cronologicamente a sucessão dos fatos, observa-se que o município demandado ingressou com o pedido de licenciamento, mas não aguardou a resposta da CPRH, iniciando de plano as construções do “Projeto Orla”, continuando mesmo após a imposição de multa e embargo da obra pelo IBAMA e uma série de vitórias e recomendações de modificação do projeto inicial feitas pela CPRH, realizadas logo após o pedido de licenciamento.

- Ainda assim, o município ingressou com ação judicial no Juízo Estadual de São José da Coroa Grande em janeiro de 2008, buscando se respaldar da patente ilegalidade da empreitada realizada em sua orla, alegando a criação de embarços pelo órgão estadual, bem como o risco de devolução das verbas já recebidas pelo Estado para fins de execução do convênio. Em sede de decisão liminar, ao dia 9 de janeiro de 2008, foi concedida a tutela pleiteada, “apenas e tão somente para autorizar o Município de São José da Coroa Grande a prosseguir com a constru-

ção da obra, até então paralisada, até que a requerida se manifeste acerca da licença pleiteada”.

- Com efeito, a CPRH se manifestou, mais precisamente em 15 de abril de 2008, concluindo pela impossibilidade de licenciamento da intervenção realizada na Orla Marítima de São José da Coroa Grande, devendo as intervenções já implantadas serem demolidas. Tal fato, por si só, põe por terra a argumentação de que o município agiu por respaldo judicial, já que houve a continuidade das obras mesmo com todos os embargos e recomendações dos órgãos e entidades ambientais, bem como após o advento do termo estabelecido pela decisão, qual seja, a manifestação da CPRH acerca da licença pleiteada.

- Quanto ao desrespeito ao limite mínimo de 33 m, observa-se claramente no conjunto probatório dos autos a extrema proximidade das obras com as águas oceânicas, havendo pontos em que água e construção coincidem, impedindo, pois, o pleno uso da área de praia, nos termos do caput e § 1º do art. 10 da Lei 7.661/88.

- O fato de terem sido expendidas verbas públicas não deve servir como blindagem para a manutenção de obra de tamanha ilegalidade, já que o ordenamento jurídico pátrio dispõe de uma série de mecanismos de ressarcimento ao erário, dentre elas, a Ação de Improbidade Administrativa.

- Irreparável a condenação do Estado de Pernambuco a título de danos morais coletivos, já que, além de a responsabilidade civil ambiental ser solidária, é objetiva, tendo sido configurado o nexos causal entre o dano e a ação estatal no momento em que houve a liberação das verbas antes dos estudos ambientais necessários, bem como da respectiva licença.

- Manutenção da condenação do Estado de Pernambuco e do Município réu a título de danos morais coletivos, arbitrados em R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) pelo juízo a quo.

- Possibilidade de se manterem, total ou parcialmente, obras que os órgãos ambientais – CPRH e IBAMA – considerem passíveis de adequação ou cuja demolição possa ser ainda mais danosa que uma manutenção ou readequação.

- Remessa oficial e apelações da União, do MPF e do IBAMA providas; recursos adesivos do Estado de Pernambuco e do município de São José da Coroa Grande desprovidos.

ACÓRDÃO

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à remessa oficial e às apelações da União, do MPF e do IBAMA e, em menor extensão, aos Recursos adesivos do Estado de Pernambuco e do Município de São José da Coroa Grande, 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, 18 de dezembro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:

Trata-se de remessa oficial e recursos de apelação interpostos pelo IBAMA, pela União e pelo MPF, e de recursos adesivos interpostos pelo município de São José da Coroa Grande (SJD-CG) e pelo Estado de Pernambuco, em face de sentença responsável por julgar parcialmente procedente a presente ação civil pública, condenando os recorrentes adesivos e a Construtora SAM a pagarem R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) a título de dano moral coletivo, rejeitando o pedido de demolição da obra.

In casu, o IBAMA – e posteriormente, a União e o MPF como litisconsortes ativos – ingressaram com Ação Civil Pública em face do Município de São José da Coroa Grande, Estado de Pernambuco e Construtora SAM, almejando, em síntese, na obrigação de fazer consistente na reparação do dano ambiental ocasionado pelas obras realizadas pelo município demandado (“Projeto Orla”, objetivando a construção de orla, parque, avenidas, pista de cooper, banheiros públicos, quiosques no litoral de SJDCG, oriundas do Convênio nº 2.079.06.0/06, no valor de R\$ 450.000,00) e de tudo o que nela houver sido construído sem o competente Licenciamento Ambiental, bem como indenização por dano moral ambiental.

Insurge-se o IBAMA contra a douta sentença, alegando, em síntese: a) comprovação do laudo pericial de que a obra foi edificada sobre local considerado como área não edificante pela legislação ambiental de Pernambuco, responsável por dispor sobre a zona costeira do Estado (Lei 14.258/2010 e Decreto 21.972/99); b) invasão, pela obra, de unidade de conservação federal - APA da Costa dos Corais, bem como que a sua construção não foi precedida de anuência dada pelo ICMBio; c) ainda que houvesse licença ambiental expedida pela CPRH – órgão ambiental estadual de PE – para construção das obras em questão, haveria a necessidade de anuência do ICMBio, nos termos do artigo 2º, parágrafo único, da Resolução CONAMA 013/1990 e do artigo 36, § 3º, da Lei 9.985/2000; d) ilicitude da obra pelo fato desta ter sido realizada sem a competente licença ambiental.

Já o MPF se insurge com base nas seguintes alegações: a) afronta da douta sentença perante o resultado da prova pericial, ao concluir que a intervenção municipal “representou um impacto negativo no ambiente já alterado pela ocupação irregular anterior”; b) além de se tratar de construções em área de praia, bem de uso comum do povo (art. 10 da Lei 7.661/88), de propriedade da União (art. 20, IV, da CF/88), a área está inserida em Unidade de Conservação Federal, qual seja, APA Costa dos Corais, de preservação permanente; c) incongruência do juízo sentenciante em reconhecer, ao mesmo tempo, a ilegalidade da obra – condenando os réus a pagarem indenização a título de dano moral como consequência – e permitir a sua permanência no local da forma em que se encontra.

Por fim, a União argumenta na seguinte diretriz: a) ausência de licenciamento da obra pelos órgãos ambientais competentes; b) todos os riscos provocados pela obra seriam evitados por meio do devido licenciamento ambiental, todavia, o município não respeitou o trâmite legal e iniciou a obra em desconformidade com a legislação vigente; c) o fato de o julgador *a quo* condenar os réus ao pagamento de indenização por dano moral corrobora a ilegalidade da obra e o dano ambiental causado por ela.

Neste viés, pugnam os apelantes pelo provimento de seus respectivos recursos, para fins de julgar a ação totalmente procedente, com a condenação do Município de São José da Coroa Grande à reparação do dano ambiental, com a realização das demolições e reconstruções necessárias.

O município réu e o Estado de Pernambuco recorrem adesivamente, ambos pugnando pelo afastamento da condenação a título de danos morais coletivos; o primeiro aduz em seu favor: a) equivocado enquadramento do empreendimento; b) realização das obras em decorrência de chancela do Poder Judiciário – primeiramente, pelo Juízo Estadual e, depois, em âmbito de agravo de instrumento julgado por esta Corte, interposto em face de decisão proferida nesta ACP responsável por determinar, na ocasião, a imediata suspensão das obras; c) impacto positivo das obras com relação à situação anterior, marcada pela inexistência de esgotamento sanitário nas barracas, impermeabilização do solo, etc.; d) caso seja mantida a condenação, que esta seja minorada, por entender o montante excessivo.

Já o segundo, alega ausência de nexos causal entre o dano ambiental ocorrido e a ação/omissão do Estado, ocorrendo unicamente por culpa exclusiva de terceiro (Poder Judiciário).

Contrarrazões apresentadas, subiram os autos a este egrégio Tribunal, cabendo-me por distribuição.

Em âmbito de segundo grau, a douta Procuradoria Regional da República ofertou parecer pugnando pelo provimento das pretensões recursais principais e pelo desprovimento dos recursos adesivos.

Dispensada a revisão; peço a inclusão do feito em pauta.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO (Relator):

Preenchidos os pressupostos extrínsecos e intrínsecos, co-nheço das apelações e dos recursos adesivos.

Na presente hipótese, o Município de São José da Coroa Grande, em 22 de junho do ano de 2006, firmou com o Estado de Pernambuco o Convênio nº 2.079.06.0/06, no valor de R\$ 500.000,00 (sendo R\$ 450.000,00 repassados pelo Estado e R\$ 50.000,00 de contrapartida), com o objetivo de urbanizar e pavimentar em paralelepípedos a Av. Beira Mar do município réu (“Projeto Orla”). Conforme se depreende da cláusula terceira – acostada à fl. 18 do apenso – o convênio vigoraria pelo prazo de 120 dias, contados a partir de sua assinatura.

A área pretendida para intervenção compreende uma extensão aproximada de 400 metros, situada entre a Rua Siqueira Campos (Extremidade Sul) e a Rua Matriz de São José da Coroa Grande (extremidade norte), contemplando, além da já referida pavimentação, a construção de calçadão, pista de *cooper*, instalação de equipamentos para a prática de ginástica, *play-ground*, vagas para estacionamento, 2 (duas) unidades de banheiros públicos e 14 quiosques distribuídos em 7 módulos, sendo estes últimos concentrados num trecho de aproximadamente 100 metros de extensão.

Neste viés, houve o protocolo para licença ambiental perante o CPRH - AGÊNCIA ESTADUAL DE MEIO AMBIENTE E RECURSOS HÍDRICOS, órgão responsável pelas licenças ambientais em PE – **ao dia 25 de outubro de 2006**, conforme se constata em documento de fls. 1657-1659 do vol. 8 dos autos.

Entretanto, em virtude de denúncia, o CPRH, **ao dia 23 de novembro de 2006**, realizou vistoria, constatando o seguinte resultado (fls. 1665 e 1666 do vol. 8):

Obra de urbanização e pavimentação da orla **sem licenciamento ambiental**, na faixa de praia com equipamentos permanentes – rua pavimentada, estacionamento, quiosques e banheiros públicos.

A Obra está sendo realizada pela Construtora SAM LTDA. No momento da vistoria conversamos com o Engenheiro responsável o Sr. Tenório que não nos forneceu os dados da construtora.

De acordo com o Decreto nº 21.972/99, a sede municipal está localizada na Zona de Turismo, Veraneio e Lazer, que tem como metas ambientais para esta área: (...)

E proíbe-se nessa área: (...) **construção fixa ou equipamento permanente na faixa de praia, medida a partir da linha máxima de preamar (33 m em direção ao continente)** e circulação de veículos automotores na faixa de praia. - grifos no original.

Diante deste quadro, concluiu o órgão ambiental que “o Projeto de Urbanização e Pavimentação da Orla do Município de São José da Coroa Grande encontra-se infringindo assim as legislações:

- Lei nº. 21.972/99 - Institui o Zoneamento Ecológico Econômico Costeiro do litoral sul de PE, art. 41;

- Lei nº. 12.916/05 - Lei Estadual de Licenciamento Ambiental, art. 31.

Ato contínuo, **ao dia 28 de novembro de 2006**, o IBAMA lavrou o Auto de Infração 506702, baseando-se no fato de o município réu, naquela ocasião, “promover construção em solo não edificável, assim considerado em razão de seu valor paisagístico turístico sem autorização da autoridade competente”, aplicando multa no valor de R\$ 40.000,00, conforme se atesta em documento de fl. 24 do volume 1, por infrações aos artigos 64 da Lei 9.605/98, com as sanções previstas nos arts. 70 e 72, incisos II e VII, e art. 51 do Decreto 3.179/99.

Em seguida, **ao dia 18 de dezembro de 2006**, constatando a atarquia ambiental a realização da obra sem a licença pertinente, houve a lavratura de ato de embargo de interdição 441463.

Em **5 de dezembro de 2006** – qual seja, 1 mês e dez dias após o protocolo de requerimento de licença – a CPRH realizou vistoria na obra em questão, constatando a “continuidade da construção, **mesmo após o embargo, com os limites da construção**

avançando sobre a faixa de praia e a área da União, infringindo o limite permitido pelo Decreto nº 21.972/1999, o qual proíbe para aquela área a construção de estrutura fixa ou equipamento permanente na faixa de praia, medida a partir da linha de preamar máxima, 33 metros em direção ao continente”. – fl. 1662, vol. 8, grifei.

Ao dia **17 de fevereiro de 2007**, a CPRH, em nova vistoria, teceu as seguintes considerações:

- Conforme já foi registrado no Relatório Técnico nº 84/06, referente à vistoria conjunta entre a CPRH e a GRPU, realizada no dia 05/12/2006, a obra objetiva a construção, pela Prefeitura de São José da Coroa Grande, de calçadão paralelo à praia, estacionamento, padronização de barracas através da construção de quiosques e construção de banheiros públicos;

- A maior parte da obra referente ao calçadão, estacionamento, muro de contenção e pavimentação da rua paralela à praia já se encontra implantada, restando concluir os banheiros públicos, o sistema final dos esgotos sanitários e os quiosques que, segundo informou um funcionário da prefeitura local, está elaborado um novo projeto;

Destarte, concluiu o órgão pela infringência da Lei Estadual 12.916/2005 – responsável por dispor sobre o licenciamento ambiental –; Lei Federal 7.661/88 e o Decreto Estadual 21.972/99, **com a necessidade de modificação do projeto, por parte da prefeitura do município demandado, e a sua respectiva apresentação a CPRH, para análise e definição de diretrizes.**

Por fim, **em 15 de abril de 2008**, a CPRH, em nova vistoria, chegou à seguinte conclusão (fls. 1800-1812, vol. 8):

(...) Até o momento da emissão deste relatório **a Prefeitura não entrou com a CPRH para prestar os esclarecimentos necessários tão pouco paralisou a obra que já deve estar em fase final de acabamento.**

Após todas as considerações pertinentes, pode-se concluir o que se segue:

- A prefeitura desrespeitou todos os instrumentos de planejamento territorial e ambiental que orientam a

ocupação e uso do solo, embora tenham sido parceira no processo de gestão costeira;

- A Prefeitura descumpriu o Termo de Embargo do IBAMA e determinação da CPRH, quando deu continuidade as obras de urbanização da orla, que estavam sem o devido licenciamento ambiental, caracterizando mais uma irregularidade;

- A intervenção realizada na Orla Marítima de São José da Coroa Grande **NÃO PODERÁ SER LICENCIADA AMBIENTALMENTE;**

- **COM VISTAS A RESTAURAR A ÁREA, AS INTERVENÇÕES JÁ IMPLANTADAS DEVEM SER DEMOLIDAS.** - grifei.

Entretanto, **alegando forte demora por parte do órgão ambiental**, bem como o risco de devolução das verbas já recebidas pelo Estado para fins de execução do convênio, o **Município de SJCG ingressou, ao dia 9 de janeiro de 2008**, com ação ordinária no juízo estadual em face da CPRH requerendo, em síntese, a determinação para o referido órgão concluir a análise do projeto e expedir a necessária licença ambiental. Em sede de decisão liminar, foi concedida a tutela pleiteada, “apenas e tão somente para autorizar o Município de São José da Coroa Grande a prosseguir com a construção da obra, até então paralisada, **até que a requerida se manifeste acerca da licença pleiteada**”. - fl. 83 do apenso, grifei.

Após o ingresso do IBAMA no referido feito, o Juízo estadual declinou de competência, remetendo os autos ao Juízo da 6ª Vara Federal (0016369-10.2009.4.05.8300, tendo sido o pleito julgado improcedente, com sentença já transitada em julgado).

Neste diapasão, o IBAMA – com o posterior ingresso da União e do MPF como litisconsortes ativos – ingressaram com a presente ação civil pública, almejando, em apertada síntese, na obrigação de fazer consistente na reparação do dano ambiental ocasionado pelas obras realizadas pelo município demandado e de tudo o que nela houver sido construído sem o competente Licenciamento Ambiental, bem como indenização por dano moral ambiental.

Diante da forte controvérsia acerca da ocorrência, ou não, de dano ambiental, foi determinada a realização de prova pericial, cujo laudo se encontra às fls. 1933-2072, vol. 9, tendo o perito atestado uma série de danos e ilegalidades, das quais transcreverei as que reputo mais relevantes:

Dentre os aspectos característicos de dano ambiental constatado na localidade podemos destacar: **a erosão na área do passeio e arruamento; erosão na faixa de pós-praia com carregamento de material sedimentar, construção de equipamentos permanentes na área de solo *non aedificandi*.**

(...) No tocante ao desenvolvimento do projeto, **fica claro nos autos que o Município de São José da Coroa Grande realizou as obras sem a competente licença ambiental do órgão ambiental do Estado, bem como em desacordo com a legislação vigente, no tocante aos limites permitidos para a edificação e/ou obras diversas em área praia.** - fl. 1936, grifei.

(...) Para delimitação da faixa de área *non aedificandi*, procedemos às medições em dias e horários específicos, ajustados de acordo com a Maré de Sizígia. A captação dos dados de campo neste período são fundamentais, haja vista que nele ocorre a maior preamar máxima. - fl. 1941.

(...) As medições para a delimitação da linha de Preamar foram iniciadas às 15:55, no dia 8 de março de 2012, tomando como ponto inicial a parte da orla em frente a Pousada e Restaurante Atlântico. **Neste primeiro ponto já foi constatado uma distância de 9,02 m entre a linha de preamar máxima e a estrutura do calçadão da orla, Foram aferidos seguidos pontos na orla, sempre tendo como base a linha de preamar máxima e a sua distância para as obras da orla.** - fl. 1942, grifei.

Em seguida, às fls. 1942-1946, foi realizada uma série de medições entre pontos da obra e a linha de preamar máxima, das quais saliento que a distância máxima averiguada pelo perito foi de **19,70 m** e a menor foi a de **0 m**, havendo, pois, a coincidência entre o ponto de preamar e a estrutura disposta na orla.

À fl. 1947, tem-se também a seguinte conclusão:

Nos dias de avaliação da área foram detectados pelo menos três pontos em que a faixa de areia sofria inundação por completo nos momentos de marés mais altas e nestes casos a passagem dos frequentadores da localidade era dificultada em função deste fato. - grifei.

Por fim, colaciono os mais relevantes quesitos formulados pelas partes com as suas respectivas respostas:

6 - As obras implementadas e/ou previstas para implementação na pós-praia de São José da Coroa Grande são potencialmente desencadeadoras de processos erosivos?

Resposta:

Sim.

Pois a proximidade das obras com a linha de preamar máxima poderá acarretar, através das ondas de tempestades/ressaca, processos erosivos e a consequente deteriorização da estrutura disposta no local.

9 - Quais os prováveis efeitos das ondas de tempestades sobre as estruturas artificiais construídas na pós-praia, pela Prefeitura de São José da Coroa Grande?

Resposta:

As ondas de tempestades ou ressacas poderão provocar danos às estruturas locais, uma vez que foi constatada a tênue distância entre as obras realizadas pela PMSJCG, **sendo coincidentes em alguns pontos com a linha de preamar máxima constatada *in loco*, nos dias do trabalho de campo da Perícia.** Desta forma podemos prever que nos momentos de tempestades a probabilidade de **intensificação dos processos erosivos na localidade poderá causar danos às estruturas dispostas na área e sua provável deteriorização.**

11 - É provável que as obras do tipo demandem obras futuras, como observado em alguns municípios do Litoral Pernambucano?

Resposta:

Com a deteriorização de alguns componentes inadequados utilizados na obra, bem como a influência direta das

Marés de Sizígia em pontos da obra, **sem dúvida será necessário reparos futuros nas instalações, conforme já se apresentam alguns pontos em estado de deteriorização, conforme indicado no material fotográfico em anexo.**

16 - Quais os efeitos da construção de banheiros e fossas sépticas sobre o ambiente praial?

Resposta:

A construção destes equipamentos públicos (banheiros e fossas sépticas) no ambiente praial é inadequada, **por apresentarem riscos de contaminação na área.** No entanto, no projeto em questão, a fossa séptica não foi disposta na área de praia, sendo esta locada na área da praça de eventos distante aproximadamente 65 m.

17 - Quais os efeitos da construção de banheiros e fossas sépticas sobre o lençol freático?

Resposta:

Existe a probabilidade dos resíduos depositados em fossas sépticas atingirem o lençol freático e desta forma poderá acarretar a contaminação do referido.

Pois bem. Diante de tudo o que até aqui foi narrado, tenho por insuficiente a condenação dos réus tão somente a título de danos morais coletivos, sendo necessária toda a demolição da obra em comento.

Explico.

Conforme se atesta nos incisos I e IV do art. 30 do Decreto Estadual 21.972/99, é de competência da CPRH licenciar a instalação, construção, modificação, ampliação e funcionamento de atividades potencialmente poluidoras ou degradadoras do meio ambiente, bem como supervisionar e fiscalizar as atividades implantadas no litoral sul do Estado de Pernambuco.

Ademais, a área das obras aqui discutidas se encontra tanto no Zoneamento Ecológico-Econômico Costeiro – ZEEC do litoral sul de Pernambuco, nos termos do art. 2º do Decreto Estadual 21.972/99 – como na Área de Proteção dos Corais (APA), criada pelo Decreto Federal 23, de 23 de Outubro de 1997.

Leia-se, pois, os aludidos dispositivos legais, bem como aquele responsável por atribuir a competência da CPRH para expedir licenças ambientais em Pernambuco:

Art. 2º, Decreto Estadual 21.972/99: O objetivo do Zoneamento Ecológico-Econômico Costeiro – ZEEC – do litoral sul se constitui na promoção do desenvolvimento sustentável dessa parcela do território pernambucano que envolve os Municípios do Cabo de Santo Agostinho, Ipojuca, Sirinhaém, Rio Formoso, Tamandaré, Barreiros e São José da Coroa Grande, baseado na implementação de programas de desenvolvimento econômico-social, centrado nas atividades que protejam e conservem os ecossistemas naturais essenciais à biodiversidade, especialmente os recursos hídricos, visando a melhoria da qualidade de vida da população em sintonia com a proteção dos ecossistemas.

Art. 30, Decreto Estadual 21.972/99: Compete à CPRH:
I - Exercer a supervisão e a fiscalização das atividades implantadas no litoral sul, respeitada a competência municipal e as dos órgãos executores;
II - Licenciar a instalação, construção, modificação, ampliação e funcionamento de atividades potencialmente poluidoras ou degradadoras do meio ambiente;

Art. 3º, Lei Estadual 12.916/05: Compete à CPRH, entre outras competências:
expedir licença ou autorização para estabelecimentos, obras e atividades utilizadores de recursos ambientais, que sejam considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como para os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental;

Neste diapasão, pelo fato de se tratar de uma construção de grande impacto ambiental em unidade de conservação específica (APA dos Corais e ZEEC do Litoral Sul de PE), além do licenciamento pelo órgão competente (CPRH, art. 3º, Lei Estadual 12.916/2005), se fazia necessária a elaboração do estudo de impacto ambiental e a sua respectiva apresentação do Relatório de Impacto Ambiental, nos termos do § 2º do art. 6º da Lei 7.661/88, requisitos estes que não foram respeitados pelo Município de São José da Coroa Grande.

Além destas exigências, o mesmo decreto estadual criador da ZEEC do Litoral Sul de PE, em seu art. 41, proibiu a “construção fixa ou equipamentos permanentes na faixa de praia, medida 33 m em direção ao continente, a partir da linha de preamar máxima atual, da Maré de Sizígia”.

Com a contraposição de todo este conjunto legislativo com os fatos aqui já expostos, conclui-se pela total ilegalidade da obra, já que esta foi realizada sem licença ambiental, bem como desrespeitou gravemente o limite de 33 m de área *non aedificandi*, contado da linha de preamar máxima atual, que é a Maré de Sizígia.

Analisando cronologicamente a sucessão dos fatos, observa-se que o município demandado ingressou com o pedido de licenciamento, mas não aguardou a resposta da CPRH, iniciando de plano as construções do “Projeto Orla”, **continuando mesmo após a imposição de multa e embargo da obra pelo IBAMA e uma série de vitorias realizadas pela CPRH, logo após o pedido de licenciamento** – mais especificamente, 3 vitorias.

Ainda assim, o município ingressou com ação judicial no Juízo Estadual de São José da Coroa Grande em Janeiro de 2008 – **após duas vitorias realizadas pela CPRH, onde foram constatadas a necessidade de modificação do projeto inicial** – buscando se respaldar da patente ilegalidade da empreitada realizada em sua orla, alegando a criação de embaraços pelo órgão estadual, bem como o risco de devolução das verbas já recebidas pelo Estado para fins de execução do convênio. Em sede de decisão liminar, **ao dia 9 de janeiro de 2008**, foi concedida a tutela pleiteada, “apenas e tão somente para autorizar o Município de São José da Coroa Grande a prosseguir com a construção da obra, até então paralisada, **até que a requerida se manifeste acerca da licença pleiteada**”. - fl. 83 do apenso, grifei.

Com efeito, a CPRH se manifestou, mais precisamente em **15 de abril de 2008**, concluindo pela **impossibilidade de licenciamento da intervenção realizada na Orla Marítima de São José da Coroa Grande, devendo as intervenções já implantadas serem demolidas**. Tal fato, por si só, põe por terra a argumentação de que o município agiu por respaldo judicial, já que houve a continuidade das obras mesmo com todos os embargos e reco-

mendações dos órgãos e entidades ambientais, bem como após o advento do termo estabelecido pela decisão, qual seja, a manifestação da CPRH acerca da licença pleiteada.

Quanto ao desrespeito ao limite mínimo de 33 m, observa-se claramente, tanto pelas conclusões do perito como pelas fotos juntadas aos autos às fls. 1976-2011 do vol. 9, a extrema proximidade das obras com as águas oceânicas, havendo pontos em que água e construção coincidem – a exemplo de um dos banheiros, o qual se encontra quase dentro do mar – impedindo, pois, o pleno uso da área de praia, nos termos do *caput* e § 1º do art. 10 da Lei 7.661/88, os quais prelecionam:

Art. 10, Lei 7.661/88. As praias são bens públicos de uso comum do povo, sendo assegurado, sempre, livre e franco acesso a elas e ao mar, em qualquer direção e sentido, ressalvados os trechos considerados de interesse de segurança nacional ou incluídos em áreas protegidas por legislação específica.

§ 1º. Não será permitida a urbanização ou qualquer forma de utilização do solo na Zona Costeira que impeça ou dificulte o acesso assegurado no *caput* deste artigo.

Em decorrência dessa extrema proximidade, diversos trechos se encontram já destruídos pela ação oceânica, degradando ambiental e visualmente a localidade de tamanha riqueza e beleza naturais, o que seria evitado caso o município tivesse procedido com o prévio estudo e relatório de impacto ambiental, bem como esperado pela concessão, ou não, da licença pela CPRH.

Ademais, o fato de terem sido expendidas verbas públicas não deve servir como blindagem para a manutenção de obra de tamanha ilegalidade, já que o ordenamento jurídico pátrio dispõe de uma série de mecanismos de ressarcimento ao erário, dentre elas, a Ação de Improbidade Administrativa.

Por conseguinte, tenho por irreparável a condenação do Estado de Pernambuco a título de danos morais coletivos, já que, além de a responsabilidade civil ambiental ser solidária, é objetiva, tendo sido configurado o nexu causal entre o dano e a ação estatal no momento em que houve a liberação das verbas antes dos estudos ambientais necessários, bem como da respectiva licença. Neste sentido:

AMBIENTAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXTRAÇÃO DE ARGILA SEM O DEVIDO LICENCIAMENTO AMBIENTAL. DANO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA. NÃO OCORRÊNCIA DE DANO MORAL COLETIVO.

1. Apelações interpostas por particular e pelo MPF em face da sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos de condenação à reparação de dano ambiental causado.

2. Preliminar de ilegitimidade passiva dos réus rejeitada, uma vez que a responsabilidade civil ambiental é solidária, de modo que o dever de reparação independe de culpa do agente e se aplica a todos que direta ou indiretamente teriam responsabilidade pela atividade causadora de degradação ambiental.

3. O relatório elaborado pela Polícia Federal aponta que o empreendimento em questão realizava a extração de argila e que, como consequência, o local de funcionamento da empresa apresentava diminuição na qualidade do ar e degradação da área de extração. Tal relatório, como documento público, dispõe de presunção de veracidade e legitimidade, prerrogativas que só podem ser afastadas diante de provas robustas em sentido contrário, o que não ocorreu.

4. A responsabilidade em casos de infrações ao meio ambiente é objetiva, bastando a comprovação do nexo causal da ação ou atividade desenvolvida pelo agente com o dano provocado. Desse modo, de forma acertada, o juiz *a quo* reconheceu a responsabilidade dos apelantes.

5. A ideia de dano moral está intimamente ligada à noção de esfera subjetiva, cuja violação resta caracterizada pela dor, vexame ou desonra causada na órbita psíquica de indivíduo determinado, sendo incompatível e temerário estender a compensação por dano moral à indeterminabilidade do sujeito passivo, principal característica da ação civil pública em exame.

6. Apelações a que se nega provimento.

(PROCESSO: 00005563020104058001, AC 567.863/AL, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO, Terceira Turma, JULGAMENTO: 29/05/2014, PUBLICAÇÃO: DJe 04/06/2014 - Página 82)

Com efeito, o fato de a construção ter melhorado a situação anterior existente de barracas improvisadas não significa que o dano ambiental foi expugnado, já que se deixou de praticar um tipo de dano para serem cometidos outros, os quais foram claramente demonstrados pelo laudo pericial, cujos trechos relevantes foram aqui colacionados.

Por fim, pelo fato de a CPRH ter condenado toda a obra na última vistoria realizada ao dia 15 de abril de 2008 (fls. 1800-1812, vol. 8), não há sequer trechos que possam ser aproveitados, devendo todo o empreendimento ser demolido, nos termos dos artigos 42, V, do Decreto Estadual 21.972/99, § 1º do art. 6º da Lei 7.661/88 e inciso VIII do art. 72 da Lei 9.605/98, com a consequente restauração do *status quo* anterior.

Neste sentido já decidiu esta Egrégia Terceira Turma, cujos julgados colaciono a seguir:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. BARRACA DE PRAIA. EXPLORAÇÃO COMERCIAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. OCUPAÇÃO IRREGULAR. DEMOLIÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A exploração de atividade comercial (restaurante) em área de praia, terreno de marinha, sem a devida autorização do órgão competente, constitui ocupação indevida de área de uso comum do povo, portanto insuscetível de regularização.

2. A demolição da edificação construída de modo irregular se faz necessária como medida de recomposição da área de proteção ambiental.

3. Agravo de instrumento improvido.

(PROCESSO: 00033332720134050000, AG 131.652/RN, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO, Terceira Turma, JULGAMENTO: 05/09/2013, PUBLICAÇÃO: DJe 11/09/2013 - Página 104)

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTRUÇÃO REALIZADA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. AUSÊNCIA DE LICENCIAMENTO. PRAIA. BEM DE USO COMUM DO POVO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DA SPU. DEMOLIÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. O art. 23, IV, da CF, fixa a competência comum para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que se

refere à proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas, de sorte que a municipalidade que desatende a este dever constitucional - quedando-se inerte ante a ocorrência de dano ambiental de caráter local, afigura-se como parte legítima para figurar no pólo passivo desta ação civil pública.

2. A Área de Preservação Permanente (APP) é espaço especialmente protegido pela legislação ambiental (arts. 1º, parágrafo 2º, II, e 4º, da Lei nº 4.771/65, e 225, III, da CF), devendo, a rigor, ser mantida intacta, de modo a garantir a preservação dos recursos hídricos, da paisagem, da estabilidade geológica, da biodiversidade, do fluxo gênico de fauna e flora, e do solo.

3. Comprovada a irregularidade da edificação, uma vez que erguida em área de praia, bem de uso comum do povo (art. 10 da Lei nº 7.661/88), de domínio da União (art. 20, IV, da CF) e sem a devida autorização desta, através da Secretaria do Patrimônio da União, há que ser determinada a sua demolição, às expensas daquele que ergueu o imóvel, nos termos do art. 6º, parágrafo 1º, da Lei nº 7.661/88.

4. *In casu*, verifica-se que foi edificada construção irregular em APP, sem a prévia realização de licenciamento ambiental, de sorte que a obra deve ser demolida, para que se restaure o *status quo ante* do meio ambiente.

5. Apelações desprovidas.

(PROCESSO: 200482000116534, AC 420.275/PB, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO (CONVOCADO), Terceira Turma, JULGAMENTO: 30/08/2012, PUBLICAÇÃO: DJe 12/09/2012 - Página 303)

Firme nestas considerações, voto para determinar a demolição de todo o complexo de obras realizadas pelo Município de São José da Coroa Grande referentes ao “Projeto Orla”, às expensas do município infrator e no prazo de 120 (cento e vinte) dias contados do trânsito em julgado da presente ação. Ressalvo apenas a possibilidade de os apelados, no prazo de 30 (trinta) dias junto ao CPRH e IBAMA – os quais deverão se manifestar dentro de 120 (cento e vinte) dias – obterem autorização para manterem, total ou parcialmente, obras que os órgãos ambientais considerem possíveis de adequação ou cuja demolição possa ser ainda mais dano-

sa que sua manutenção ou readequação. Assim sendo, dou parcial provimento à remessa oficial e às apelações da União, do MPF e do IBAMA.

Consequentemente, dou parcial provimento – ainda que em menor extensão – aos recursos adesivos do Estado de Pernambuco e do município réu, mantendo, entretanto, a condenação a título de danos morais coletivos arbitrada pela sentença fustigada.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 571.840-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelado: ERIAN BARBOSA DA SILVA
Parte R.: CASA FORTE DISTRIBUIDORA DE FRIOS LTDA.
Cur. Esp.: SAMIA LEANDRA COSTA CASTRO
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ GLAUCO RIBEIRO PEREIRA E OUTROS (APTE.) E JOSÉ EDILSON FERREIRA DA COSTA E OUTRO (APDO.)

EMENTA: COMERCIAL E CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO. CEF. EMISSÃO E PROTESTO DE DUPLICATAS INEXIGÍVEIS E NULAS. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONFIGURAÇÃO DE SEUS PRESSUPOSTOS ESSENCIAIS. DEVER DE INDENIZAR QUE SE IMPÕE. RECURSOS IMPROVIDOS.

- Trata-se de apelação cível interposta pela CEF/EMGEA contra sentença prolatada pelo douto Juízo Federal da 15ª Vara da SJ/CE que julgou procedente o pedido, declarando a inexistência das Duplicatas nºs 10028857-2, 10028929-1, 10028813-1, 10028857-1, 10028813-2 e 10032442-1, e condenando a Casa Forte Distribuidora de Frios Ltda. bem assim a ora recorrente a pagar, a título de danos morais, a quantia de R\$

20.000,00, pro rata, devidamente corrigida e acrescida de juros de mora, na forma prevista no art. 398 do Código Civil e nas Súmulas 54 e 362 do STJ, com índices na conformidade com a orientação do Manual de Cálculos da Justiça Federal, por força da emissão e protesto de títulos de créditos inexigíveis e nulos.

- Adoção da técnica de julgamento per relationem.

- “A jurisprudência da 2ª Seção do eg. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o REsp nº 1.213.256/RS, submetido ao regime dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), assentou a tese de que o endossatário que recebe, por endosso translativo (endosso pelo qual alguém transfere os direitos de crédito a um terceiro), título de crédito contendo vício formal, sendo inexistente a causa para conferir lastro a emissão de duplicata, responde pelos danos causados diante do protesto indevido, ressalvado seu direito de regresso contra os endossantes e avalistas. (Rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJe 14/11/2011)

- “Com efeito, tratando-se de alegação de duplicata sem aceite e sem demonstração do negócio jurídico que lhe deu origem, cumpre à CAIXA, parte legitimada passivamente, nos termos da jurisprudência acima citada, provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito autoral, nos termos do art. 333, II, do CPC, sob pena de exigir da promovente a produção de prova negativa, o que não se afigura viável. Diversa é a situação da CEF, que protestou a cártula, presumindo-se detê-la, demonstrar que a sua emissão deu-se com observância aos requisitos inerentes à duplicata.”

- No contrato de desconto bancário firmado entre a CEF e a empresa Casa Forte Distribuidora de Frios Ltda., “A Cláusula Terceira diz que ‘a liberação do valor descontado ocorrerá após a

entrega e processamento dos Borderôs de (...) duplicatas (...)’ e no Parágrafo Primeiro ficou acordado que ‘Na análise e processamento previstos no caput desta cláusula, a CAIXA se reserva o direito de rejeitar qualquer título que considerar impróprio ou adequado’, direito de recusa que se assegura novamente no Parágrafo Sexto. Por aí já se vê que a CAIXA tinha o dever de conferir a legitimidade e veracidade das duplicatas apresentadas para desconto, sendo-lhe assegurado o direito de recusar o título.”

- Também no referido contrato, “O Parágrafo Terceiro da Cláusula Terceira estatui que ‘A(s) duplicata(s) objeto da(s) operação(ões) de desconto, na forma escritural, devidamente endossado(s) pela DEVEDORA/MUTUÁRIA, juntamente com o(s) comprovante(s) de entrega da(s) mercadoria(s), está(ão) sob a guarda e responsabilidade da DEVEDORA/MUTUÁRIA, na condição de fiel depositária, para apresentação à CAIXA quando for(em) exigido(s)’. Assim, seria de rigor a CAIXA exigir a apresentação da documentação que comprovasse a compra e venda mercantil; contudo, ao que parece, nem exigiu do descontário a referida documentação, bem como não juntou-a aos autos.”

- “No caso dos autos, o fundamento jurídico para a inexigibilidade dos títulos protestados foi a inexistência de qualquer relação jurídica subjacente à cártula, ou seja, de que inexistiu qualquer compra e venda mercantil entre o autor e a empresa CASA FORTE. Não existe vício formal mais visível e gritante do que esse, pois se trata de emissão de duplicata sem causa. Dessa forma, exigir que a parte autora prove a inexistência de relação jurídica com a primeira promovida seria exigir a produção de prova negativa, cuja materialização se faz, no caso, impossível.”

- ***“De outro lado, perfeitamente plausível o contrário, mesmo porque basta à CAIXA, que protestou referida cártula, no caso algumas duplicatas, demonstrar que sua emissão funda-se em efetiva entrega de mercadoria ou prestação de serviços, cuja prova é amplamente viável. Com efeito, negada pelo suposto sacado (ora autor) a causa que autorizaria o saque da duplicata, cumpre ao endossatário/CAIXA comprovar documentalmente a entrega e o recebimento da mercadoria (inteligência dos arts. 333, II, e 334, II, do CPC; 15, II, b, da Lei nº 5.474, de 18.7.1968).”***

- ***“Nesse sentido, convém citar alguns precedentes da vasta jurisprudência do STJ: REsp 141.322/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 14/06/2004, REsp 41.310/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 01/07/2002, AgRg no Ag 22.627/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 26/10/1992, REsp 5.952/SC, Rel. Min. Dias Trindade, DJ 03/06/1991 e REsp 429.758/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 19/12/2003.”***

- ***“A ausência de comprovação da realização da compra e venda mercantil entre o autor e a empresa CASA FORTE, por parte da CAIXA, conduz à verossimilhança das alegações do demandante (fumus bonis iuris), que não foram devidamente afastadas pelas demandadas.”***

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

- ***“A responsabilidade da promovida CASA FORTE DISTRIBUIDORA DE FRIOS LTDA. pelos danos provocados ao autor se encontra delineada no momento em que ela foi quem emitiu as du-***

plicatas em questão, sem que tenha havido a venda de qualquer produto ou a prestação de serviço ao autor, configurando-se verdadeiros ‘títulos frios’, os quais, por conseguinte, não poderiam ter sido negociados (transferidos) com (para) a CEF, que, posteriormente, os enviou para protesto, por falta de pagamento.”
- Procedência do pedido que se confirma. Apelação e agravo retido improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AC 571.840-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 ao agravo retido, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 11 de setembro 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 pela CEF/EMGEA contra sentença prolatada pelo douto Juízo Federal da 15ª Vara da SJ/CE que julgou procedente o pedido, declarando a inexistência das Duplicatas nºs 10028857-2, 10028929-1, 10028813-1, 10028857-1, 10028813-2 e 10032442-1, e condenando a Casa Forte Distribuidora de Frios Ltda. bem assim a ora recorrente a pagarem, a título de danos morais, a quantia de R\$ 20.000,00, *pro rata*, devidamente corrigida e acrescida de juros de mora, na forma prevista no art. 398 do Código Civil e nas Súmulas 54 e 362 do STJ, com índices na conformidade com a orientação do Manual de Cálculos da Justiça Federal, por força da emissão e protesto de títulos de créditos inexigíveis e nulos.

2. No presente recurso, requer a apelante a reforma do *decisum*, reiterando, inicialmente, as razões expostas no agravo retido de fls. 220/224. Depois, sustenta que só com base em uma prova pericial é que a sentença poderia afirmar, com certeza, que houve fraude no caso, merecendo, pois, ser anulada. Continua, dizendo que não pode ser responsabilizada por ato de terceiro e que o contrato originado por documentos falsos não enseja, por si só, e desacompanhado de qualquer outro fato alegado, dano moral passível de indenização.

3. Contrarrazões às fls. 292/295.

4. É este o relatório.

VOTO

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

1. Como as razões expostas no agravo regimental basicamente se reproduzem na apelação da CEF, passo a analisá-las conjuntamente.

2. De início, tenho por afastada a alegação de nulidade da sentença pela ausência de produção de prova pericial.

3. Isto porque a verificação da pertinência e necessidade das provas solicitadas (ou não) pelas partes é atribuição exclusiva do juiz da causa, no legítimo exercício de sua função de condução do processo, competindo-lhe afastar diligências inúteis ou meramente protelatórias (CPC, artigos 125, 130 e 131). Cabe aos litigantes fazer requerimento objetivamente justificado, demonstrando com clareza a sua necessidade e utilidade para a comprovação de alguma alegação, sob pena de indeferimento do pedido por não desincargo do ônus processual atribuído às partes (CPC, art. 333).

4. *In casu*, observa-se, do compulsar dos autos, que o juízo a quo proferiu despacho determinando a intimação das promovidas para que, no prazo de 10 dias, especificassem as provas que pretendiam produzir, não tendo a CEF, devidamente intimada (fl. 243), se pronunciado sobre a necessidade de realização de qualquer perícia no caso em apreço.

5. Diante do comportamento omissivo da CEF, se denota, às claras, a prescindibilidade da realização da prova técnica ora suscitada e a suficiência do material probatório já constante dos autos para o Magistrado formar o seu convencimento a respeito da questão debatida na lide.

6. No mérito propriamente dito, a sentença recorrida não merece reparos.

7. Com efeito, em vista do caso concreto, após a devida análise dos autos, realço que a minha compreensão sobre a questão litigiosa guarda perfeita sintonia com a apresentada pelo Juízo de Primeiro Grau, que resultou na prolação do comando sentencial, motivo pelo qual transcrevo, como razão de decidir, nesta esfera recursal, a fundamentação da sentença¹, que se viu vazada nas seguintes linhas:

Após a concessão da tutela antecipada, não fora trazidas aos autos novas provas, tampouco novos argumentos que pudessem alterar a concepção deste juízo acerca da lide posta a desate. Deste modo, adoto integralmente a fundamentação declinada naquela decisão, que passo a transcrever abaixo:

Compulsando os autos, observo que já transcorreram mais de 2 (dois) anos do ajuizamento da ação, sem apreciação do pedido de tutela antecipada, tão somente devido ao fato da impossibilidade de localização da primeira promovida, a fim de intimá-la para se manifestar acerca do pedido liminar.

Desta forma, entendo que não seja razoável aguardar a manifestação da primeira promovida, na pessoa do curador especial, para somente após se manifestar

¹ Sobre a adoção da técnica, v. decisão do e. STF no julgamento do AI 852.520 (AgREd). Impende registrar, também, o posicionamento da doutrina, explicitando que a fundamentação *per relationem* pode ser utilizada pelo julgador desde que: “a) não tenha havido suscitação de fato ou argumento novo, b) a peça processual à qual se reporta a decisão esteja substancialmente fundamentada, aplicando-se, ainda, tudo o que se disse até aqui sobre os fundamentos da própria decisão, c) a peça que contém a fundamentação referida esteja nos autos e que a ela possam ter acesso as partes”. (*In* Curso de Processo Civil, vol. 02, Fredie Didier Junior e outros, 2008, p. 272)

acerca do pedido liminar. Afinal, ao que tudo indica, a empresa que figura como litisconsorte passiva junto com a CAIXA encerrou suas “atividades” comerciais (se é que existiram, de fato) sem deixar “rastro” e, no caso, o *periculum in mora* se protraí no tempo, dia após dia, gerando prejuízos concretos ao autor.

Adentrando no mérito, como sabido, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, regulada pelo art. 273 do CPC, pressupõe a verossimilhança do direito, a prova inequívoca do alegado e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou ainda que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

A matéria aqui discutida, em juízo liminar, diz respeito à responsabilização da CAIXA por eventuais protestos indevidos.

Inicialmente, registro, que a jurisprudência da 2ª Seção do eg. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o REsp nº 1.213.256/RS, submetido ao regime dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), assentou a tese de que o endossatário que recebe, por endosso translativo (endosso pelo qual alguém transfere os direitos de crédito a um terceiro), título de crédito contendo vício formal, sendo inexistente a causa para conferir lastro a emissão de duplicata, responde pelos danos causados diante do protesto indevido, ressalvado seu direito de regresso contra os endossantes e avalistas. (Rel. Min. Luís Felipe Salomão, *DJe* 14/11/2011). O enunciado nº 475 da Súmula do STJ consolidou a tese, *in verbis*:

Responde pelos danos decorrentes de protesto indevido o endossatário que recebe por endosso translativo título de crédito contendo vício formal extrínseco ou intrínseco, ficando ressalvado seu direito de regresso contra os endossantes e avalistas.

No caso dos autos, o autor fundamenta a sua pretensão no fato de que jamais realizou qualquer negócio jurídico com a empresa CASA FORTE DISTRIBUIRO-DRA DE FRIOS LTDA., não se reconhecendo, por conseguinte, as dívidas veiculadas nas duplicatas que originaram os protestos indevidos levados a termo pela CAIXA.

A CAIXA, por outro lado, defende que, ao protestar o nome do autor junto ao Cartório, apenas procedeu da forma legal e estabelecida contratualmente, na posição de mandatária das duplicatas emitidas pela CASA FORTE.

Em juízo de estrita cognição sumária, tenho que a razão está com a parte autora.

Com efeito, tratando-se de alegação de duplicata sem aceite e sem demonstração do negócio jurídico que lhe deu origem, cumpre à CAIXA, parte legitimada passivamente, nos termos da jurisprudência acima citada, provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito autoral, nos termos do art. 333, II, do CPC, sob pena de exigir da promovente a produção de prova negativa, o que não se afigura viável.

Diversa é a situação da CEF, que protestou a cártula, presumindo-se detê-la, demonstrar que a sua emissão deu-se com observância aos requisitos inerentes à duplicata.

A propósito, cumpre transcrever o seguinte precedente do eg. STJ:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PROTESTO DE DUPLICATA. EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA SUBJACENTE AO TÍTULO. ÔNUS DA PROVA. PROVA NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE MATERIAL.

I. Tratando de alegação de inexistência de relação jurídica ensejadora da emissão do título protestado, impossível impor-se o ônus de prová-la ao autor, sob pena de determinar-se prova negativa, mesmo porque basta ao réu, que protestou referida cártula, no caso de duplicata, demonstrar que sua emissão funda-se em efetiva entrega de mercadoria ou serviços, cuja prova é perfeitamente viável. Precedentes.

II. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ, 4ªT., REsp 763.033/PR, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJe 22/06/2010)

Tecidas essas considerações, passo ao exame das provas acostadas aos autos.

O autor juntou certidão positiva de protesto (fl. 35), Boletim de Ocorrência registrado na Delegacia Especializada em Defraudações de Mossoró/RN (fl. 36) e um resultado de consulta no SERASA, na qual aponta 9 (nove) títulos protestados em seu nome, emitido em 04/01/2011 (fl. 37).

Ao passo que a CAIXA acostou aos autos somente o Contrato de Limite de Crédito para as Operações de Desconto (fls. 58/66), firmado entre o Banco e a empresa CASA FORTE DISTRIBUIRODRA DE FRIOS LTDA. Trata-se de um contrato de desconto bancário de duplicatas, cheques pré-datados e cheques eletrônicos pré-datados garantidos. Funciona assim: uma pessoa jurídica, que prestou serviços ou vendeu mercadorias e emitiu uma duplicata como forma de instrumentalizar o pagamento (sacador), leva o título de crédito ao Banco, transferindo-o à instituição financeira, e recebendo o valor expresso no título, de forma antecipada, pelo Banco. Com posse da cártula, o Banco aguarda o prazo de vencimento, comunicando o devedor para pagar; caso não pague, leva o título a protesto e inscreve o nome do devedor nos cadastros de devedores. Na didática definição de Fábio Ulhoa:

O desconto bancário (...) é o contrato em que o banco (descontador) antecipa ao cliente (descontário) o valor de crédito deste contra terceiro, mesmo não vencido, recebendo tal crédito em cessão. Nesse contexto, o descontário transfere ao banco o seu crédito e recebe deste uma importância correspondente ao seu valor deduzido de despesas, juros, comissões e outras parcelas contratualmente pactuadas (COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial, 2005, Saraiva, 16ª ed, pp. 454-455).

Imprescindível a análise de alguns pontos do acordo.

A Cláusula Terceira diz que “a liberação do valor descontado ocorrerá após a entrega e processamento dos Borderôs de (...) duplicatas (...)” e no Parágrafo Primeiro ficou acordado que “Na análise e processamento previstos no *caput* desta cláusula, a CAIXA se reserva o direito de rejeitar qualquer título que considerar impró-

prio ou adequado”, direito de recusa que se assegura novamente no Parágrafo Sexto. Por aí já se vê que a CAIXA tinha o poder-dever de conferir a legitimidade e veracidade das duplicatas apresentadas para desconto, sendo-lhe assegurado o direito de recusar o título. Prossigo.

O Parágrafo Terceiro da Cláusula Terceira estatui que “A(s) duplicata(s) objeto da(s) operação(ões) de desconto, na forma escritural, devidamente endossado(s) pela DEVEDORA/MUTUÁRIA, juntamente com o(s) comprovante(s) de entrega da(s) mercadoria(s), está(ão) sob a guarda e responsabilidade da DEVEDORA/MUTUÁRIA, na condição de fiel depositária, para apresentação à CAIXA quando for(em) exigido(s)”. Assim, seria de rigor a CAIXA exigir a apresentação da documentação que comprovasse a compra e venda mercantil; contudo, ao que parece, nem exigiu do descontário a referida documentação, bem como não juntou-a aos autos.

Ao contrário do que afirma a CAIXA, ela não recebeu as duplicatas mediante endosso-mandato, mas sim através de autêntico endosso-translativo. Colham-se as lapidares lições do mestre Ulhoa:

Note-se que podem ser divisadas pelo menos três situações em que o banco recebe, por endosso, títulos de crédito de seus clientes. Numa primeira hipótese, o cliente apenas contrata o serviço de cobrança prestado pela instituição financeira, praticando um endosso-mandato, mediante o qual a investe na qualidade de mandatária para o recebimento do crédito devido por terceiro. Noutra hipótese, o cliente contrai mútuo bancário e oferece em penhor os créditos por ela titularizados, praticando o endosso-caução, que investe o banco na qualidade de credor pignoratício. Por fim, o cliente transfere o seu crédito ao banco, que passa a titularizá-lo em virtude de endosso próprio praticado [endosso translativo]. Somente nesta última situação pode haver desconto bancário (*ibidem*, p. 456)

Patente, assim, que somente em caso de endosso translativo pode haver desconto bancário, como se sucedeu na espécie, tanto que foi disponibilizado um cré-

dito inicial no valor de R\$ 457.000,00 à empresa CASA FORTE (descontária/endossante). Dessa forma, não procedem as alegações da CAIXA no sentido de que agiu apenas como mandatária da empresa CASA FORTE, pois, ao efetuar o desconto bancário, recebeu o título de crédito em autêntico endosso-translativo (endosso próprio), atraindo a incidência da Súmula 475 do STJ, devendo responder pelos protestos indevidos das cártulas que contenham vícios formais.

Na própria definição do Contrato Bancário de Desconto de Duplicata consta a existência de um endosso translativo, pois se trata de contrato pelo qual o sacador, ora endossante, transfere a titularidade da duplicata mercantil à instituição financeira, então endossatária, obtendo determinado valor em contrapartida. Para Fran Martins o contrato de desconto bancário de duplicata é “o contrato pelo qual uma pessoa recebe do banco determinada importância, para isso transferindo ao mesmo um título de crédito de terceiros” (MARTINS, Fran. Contratos e Obrigações Comerciais, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977).

Saliente-se, em *obter dictum*, que uma empresa que aplica “golpes” na praça, emitindo duplicatas simuladas, jamais iria transferir um título de crédito mediante endosso-mandato, pois não se efetuará o desconto bancário e, por conseguinte, a empresa estelionatária não receberia o crédito do banco. Ora, no endosso mandato, o endossatário recebe o título de crédito apenas para efetuar a cobrança do valor nele mencionado e dar a respectiva quitação; após a cobrança, o endossatário/banco deverá devolver o dinheiro ao endossante, descontada sua remuneração por esse serviço. Tratando-se de duplicata simulada (“fria”), jamais o banco iria receber o dinheiro, pois o sacado é um “laranja” (no caso, o autor da demanda), ou seja, não realizou qualquer compra e venda mercantil com o sacador/emitente da duplicata e, por decorrência, o estelionatário (emitente do título/endossante) jamais se locupletaria.

No caso dos autos, o fundamento jurídico para a inexistência dos títulos protestados foi a inexistência de qualquer relação jurídica subjacente à cártula, ou seja,

de que inexistiu qualquer compra e venda mercantil entre o autor e a empresa CASA FORTE. Não existe vício formal mais visível e gritante do que esse, pois se trata de emissão de duplicata sem causa.

Dessa forma, exigir que a parte autora prove a inexistência de relação jurídica com a primeira promovida seria exigir a produção de prova negativa, cuja materialização se faz, no caso, impossível.

De outro lado, perfeitamente plausível o contrário, mesmo porque basta à CAIXA, que protestou referida cédula, no caso algumas duplicatas, demonstrar que sua emissão funda-se em efetiva entrega de mercadoria ou prestação de serviços, cuja prova é amplamente viável. Com efeito, negada pelo suposto sacado (ora autor) a causa que autorizaria o saque da duplicata, cumpre ao endossatário/CAIXA comprovar documentalmente a entrega e o recebimento da mercadoria (inteligência dos arts. 333, II, e 334, II, do CPC; 15, II, *b*, da Lei nº 5.474, de 18.7.1968).

Nesse sentido, convém citar alguns precedentes da vasta jurisprudência do STJ: REsp 141.322/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* 14/06/2004, REsp 41.310/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJ* 01/07/2002, AgRg no Ag 22.627/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* 26/10/1992, REsp 5.952/SC, Rel. Min. Dias Trindade, *DJ* 03/06/1991 e REsp 429.758/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* 19/12/2003.

A ausência de comprovação da realização da compra e venda mercantil entre o autor e a empresa CASA FORTE, por parte da CAIXA, conduz à verossimilhança das alegações do demandante (*fumus bonis iuris*), que não foram devidamente afastadas pelas demandadas.

No que tange ao requisito do *periculum in mora*, este resta evidenciado pelo fato de que, enquanto seu nome estiver inscrito em cadastros restritivos de crédito, o autor não poderá contratar qualquer tipo de crédito no comércio ou em instituições financeiras, além de manchar sua reputação no seio da comunidade em que se insere.

Passo a analisar o pedido de dano moral, que não fora apreciado quando da concessão da medida liminar.

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

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

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

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

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

É importante observar que, em que pese o fato de o Código Civil de 2002 ter encampado como regra a teoria subjetiva, o mesmo diploma normativo cuidou de excepcionar algumas hipóteses que deverão ser tratadas à luz da responsabilidade objetiva, pela qual é desnecessária a comprovação da culpa para que nasça o dever de indenizar. Por oportuno, transcrevo o art. 927, parágrafo único, do NCC:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O dano pode ser material ou moral. O dano material é aquele que afeta o patrimônio do ofendido. Há, portanto, repercussão na órbita financeira do indivíduo.

Para o seu ressarcimento, deve-se compensar a vítima pelos prejuízos decorrentes do dano emergente e, se for o caso, os lucros cessantes, conforme preceitua o art. 402 do novo Código Civil.

Em contrapartida, o dano moral encontra-se previsto na Constituição Federal, entre os direitos e garantias individuais, nos incisos V e X do art. 5º da Carta Magna. Consiste esse dano na violação aos direitos de personalidade do indivíduo, quais sejam, aqueles direitos que a pessoa possui sobre si mesma e são insuscetíveis de avaliação pecuniária.

Para a caracterização dos danos morais, a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que não se faz mister a comprovação de sua repercussão, apenas da violação aos direitos de personalidade.

CIVIL. DANO MORAL. REGISTRO INDEVIDO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES.

A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que, na concepção moderna do ressarcimento por dano moral, prevalece a responsabilização do agente por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto, ao contrário do que se dá quanto ao dano material.

O valor arbitrado a título de danos morais não se revela exagerado ou desproporcional, mas encontra amparo na jurisprudência desta Corte.

Recurso conhecido, mas improvido.

(STJ, Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL -599702 QUARTA TURMA, Data da decisão: 02/03/2004, DJ DATA: 06/09/2004, PÁGINA: 269, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA)

No caso dos autos, o autor ingressou em juízo pleiteando indenização por danos morais e materiais, em virtude de ter o nome inscrito em cadastro de proteção ao crédito (SERASA), haja vista o protesto de duplicatas “frias”, simuladas, que não correspondem a qualquer negócio jurídico por ela realizado.

A responsabilidade da promovida CASA FORTE DISTRIBUIDORA DE FRIOS LTDA. pelos danos provocados ao autor se encontra delineada no momento em que ela foi quem emitiu as duplicatas em questão, sem que tenha havido a venda de qualquer produto ou a prestação de serviço ao autor, configu-

rando-se verdadeiros “títulos frios”, os quais, por conseguinte, não poderiam ter sido negociados (transferidos) com (para) a CEF, que, posteriormente, os enviou para protesto, por falta de pagamento.

Sem adentrar no mérito da validade ou não das duplicatas, cujas cópias sequer foram juntadas aos autos, tomo-as por inválidas por constituir fato não contestado pela CEF, que não impugnou especificamente tal ponto (art. 302 do CPC), limitando-se a asseverar que agia como mera mandatária da empresa CASA FORTE DISTRIBUIDORA DE FRIOS LTDA., o que não é verossímil, conforme a fundamentação da decisão liminar supratranscrita.

Repetindo o que fora dito na decisão liminar, registro que a jurisprudência da 2ª Seção do eg. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o REsp nº 1.213.256/RS, submetido ao regime dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), assentou a tese de que o endossatário que recebe, por endosso translativo (endosso pelo qual alguém transfere os direitos de crédito a um terceiro), título de crédito contendo vício formal, sendo inexistente a causa para conferir lastro a emissão de duplicata, responde pelos danos causados diante do protesto indevido, ressalvado seu direito de regresso contra os endossantes e avalistas. (rel. Min. Luís Felipe Salomão, *DJe* 14/11/2011). O enunciado nº 475 da Súmula do STJ consolidou a tese, *in verbis*:

Responde pelos danos decorrentes de protesto indevido o endossatário que recebe por endosso translativo título de crédito contendo vício formal extrínseco ou intrínseco, ficando ressalvado seu direito de regresso contra os endossantes e avalistas.

Quanto ao montante a ser fixado como valor indenizatório a título de danos morais, entendo que a quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a garantir que, além da observância do caráter educativo-punitivo da indenização, o ressarcimento da ofendida pelo dano sofrido não lhe seja motivo de enriquecimento indevido.

3. Dispositivo

Ante o exposto, rejeito as teses preliminares suscitadas e, no mérito, CONFIRMO A DECISÃO QUE ANTECIPOU OS

EFEITOS DA TUTELA, tornando-a definitiva, e JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, declarando a inexistência das Duplicatas nº 10028857-2, 10028929-1, 10028813-1, 10028857-1, 10028813-2 e 10032442-1 e condenando a CASA FORTE DISTRIBUIDORA DE FRIOS LTDA. e a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF a pagarem, a título de danos morais, a quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), *pro rata*, devidamente corrigida e acrescida de juros de mora, na forma prevista no art. 398 do Código Civil e nas Súmulas 54 e 362 do STJ3, com índices na conformidade com a orientação do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Condeno, ainda, as promovidas a pagarem honorários advocatícios de sucumbências os quais arbitro em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), *pro rata*.

3. Não havendo o que acrescentar aos fundamentos acima delineados, é o caso, pois, de se negar provimento à apelação e ao agravo retido.

4. É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 574.269-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Apelante: MUNICÍPIO DE MARUIM (SE)
Apelada: AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO - ANP
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. ANTÔNIO EDUARDO DE FRANÇA FERRAZ E OUTRO (APTE.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ROYALTIES. CF, ART. 20, § 1º, LEI 2.004/53, LEI 7.990/89 E DECRETO 01/91. MUNICÍPIO DE TENTOR DE INSTALAÇÕES DE EMBARQUE E DESEMBARQUE DE ÓLEO E GÁS NATURAL. COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MUNICÍPIO LIMÍTROFE, PERTENCENTE À ÁREA CONFRONTANTE À EXPLORAÇÃO DE PLATAFOR-

MA CONTINENTAL. RECONHECIMENTO PELA ANP DO DIREITO AOS ROYALTIES DE ORIGEM TERRESTRE. REQUERIMENTO DE ROYALTIES DE ORIGEM MARÍTIMA. RECEBIMENTO DE FORMA CUMULADA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE RESTRIÇÃO LEGAL. PRECEDENTE DO STJ. APELAÇÃO PROVIDA.

- Trata-se de apelação interposta pelo MUNICÍPIO DE MARUIM (SE) contra sentença proferida pelo douto Juízo da 3ª Vara da SJ/SE que, no âmbito da Ação Ordinária nº 0004951-23.2010.4.05.8500, julgou improcedentes os pedidos constantes na exordial, haja vista a ausência de comprovação de que pelas estações coletoras situadas no território da parte autora circulam hidrocarbonetos de origem marítima, condição esta imprescindível para o reconhecimento do direito ao recebimento dos royalties de lavra marítima (fls. 234/238).

- O Município de Maruim/SE recebe royalties provenientes da exploração terrestre, contudo, assevera possuir direito à percepção de 0,5% da parcela dos royalties correspondentes ao petróleo e gás natural advindo da lavra na plataforma continental (marítimo), haja vista ser detentor de instalação de embarque e desembarque (Estação Coletora Terrestre).

- Por outro lado, a ANP aduz que os royalties decorrentes da exploração da plataforma continental apenas é devido aos municípios que detêm instalação de embarque e desembarque pela qual circulem hidrocarbonetos de origem marítima.

- Sendo assim, o cerne da presente controvérsia cinge-se à possibilidade de pagamento dos royalties advindos da plataforma continental a município detentor de instalação de embarque e desembarque de origem terrestre.

- A Lei nº 7.990/89 que instituiu, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, compensação financeira pelo resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, de recursos minerais em seus respectivos territórios, plataformas continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, alterou o art. 27 da Lei nº 2004/53 estabelecendo a fixação de critérios legais distintos para a distribuição dos royalties oriundos da exploração de gás natural e petróleo. Pelo primeiro critério, os royalties foram separados levando-se em consideração a origem da extração. Se a exploração for terrestre, incide o caput do art. 27, devendo a distribuição dos royalties obedecer aos parâmetros ali definidos, se a exploração for decorrente da plataforma continental, ou seja, marítima, o dispositivo legal aplicável será o § 4º da Lei nº 7.990/89. O segundo critério baseia-se na existência de “instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque” no território dos municípios.

- Não faz o referido diploma legal restrição alguma acerca da origem do hidrocarboneto que circula nas instalações de embarque e desembarque existente no município, restando evidente que a compensação financeira advinda da exploração da lavra proveniente da plataforma continental é devida aos Estados e municípios produtores (aqui também os confrontantes), bem como os que possuem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque. Destarte, ao dispor o § 4º que a compensação financeira será devida quando o óleo, o xisto betuminoso e o gás forem extraídos da plataforma continental na ordem de “0,5% (meio por cento) aos municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque e

desembarque”, não restou estabelecida a condição de que tipo de hidrocarboneto deve circular nas respectivas instalações de embarque e desembarque.

- Se o legislador quisesse, de fato, impor a restrição defendida pela ANP, teria sido expresso nesse sentido. Ora, não pode haver limitação ao alcance da norma legal, não há que se fazer uma interpretação restritiva, no caso em apreço, em detrimento da amplitude da expressão literal do preceito legal em análise. Com efeito, deve-se buscar o verdadeiro sentido do texto normativo, sem desprezo da composição gramatical da norma interpretada. Cada palavra introduzida numa composição normativa deve ser compreendida como intenção do legislador, devendo ser considerada em sua essência. Sendo assim, não estabelecendo, a Lei nº 7.990/89, qualquer restrição ao pagamento dos royalties em virtude da origem e circulação dos hidrocarbonetos, deve ser considerada equivocada a interpretação dada pela ANP aos ditames da mesma.

- O Decreto nº 1/1991, ao regulamentar a Lei nº 7.990/89, definiu os critérios a serem observados para compensação financeira aos municípios, estabelecendo que o repasse dos royalties, no que diz respeito às hipóteses dos art. 17, III, e art. 18, II, decorre da existência de instalações de embarque e desembarque “onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo ou gás natural”. Dessa forma, forçoso concluir, novamente, que independentemente da origem do hidrocarboneto que circula nas instalações de embarque e desembarque o município detentor deve receber os royalties oriundos tanto da extração terrestre quanto da marítima.

- Ora, não havendo qualquer dúvida acerca da existência, no território do município apelante, de Estações Coletoras Terrestres de Campos Produtores, o que, nos termos do parágrafo único do art. 19 do Decreto nº 01/91, configura “instalação de embarque ou desembarque”, são devidos os royalties decorrentes da exploração de gás e óleo da plataforma continental (marítimo), haja vista o disposto no inciso II do art. 18 do mencionado Decreto.

- A Ministra do STJ, Cármen Lúcia, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 4.917/DF, que foi proposta contra dispositivos da Lei nº 12.734/12, que instituiu novos critérios para distribuição dos royalties, dispôs que “o que se há de interpretar é que o direito foi constitucionalmente estabelecido, disso não se podendo desconhecer ou ignorar. A forma do seu exercício, seus termos e condições é que se conferiu ao legislador. Entretanto, não se acanha ou se aniquila direito constitucionalmente estatuído, embora por igual não se desconheça a legitimidade da ação do legislador para traçar a forma de seu exercício. Assim, o Estado e o município, em cujo território se tenha exploração de petróleo ou de gás natural ou que seja confrontante com área marítima na qual se dê esta atividade (em plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva), titulariza o direito assegurado na regra constitucional”.

- Segundo o Superior Tribunal de Justiça, os royalties visam compensar financeiramente os municípios atingidos pela exploração petrolífera, haja vista os impactos de natureza ambiental, geográfica e socioeconômica por eles suportados. Com efeito, a percepção dos royalties deve levar em consideração o fato de o município fazer parte de área atingida pela exploração do gás/petróleo.

- *Nesse contexto se enquadra o município apelante, tendo em vista que além de possuir instalações de embarque e desembarque, pertence à área geoeconômica confrontante à exploração de plataforma continental. A própria ANP afirma que o município autor já recebe parcela da distribuição de royalties por pertencer à zona limítrofe à zona principal do Estado de Sergipe, fazendo jus à parte da parcela de 5% dos royalties oriundos da produção marítima (fl. 430).*
- *Consoante entendimento da primeira Turma desta Corte Regional, as Leis nºs 7.990/89 e 9.478/97, que tratam da matéria, não fazem qualquer restrição quanto à origem dos hidrocarbonetos transportados nas instalações de embarque e desembarque terrestres ou marítimas – se oriundos da lavra em terra ou da lavra em mar – como critério de distribuição dos royalties; por esta razão, não poderia a Portaria nº 29/2001 da ANP estabelecer tal restrição, por desbordar da sua atribuição normativa própria. (APELREEX 00019 451920114058000, Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão, TRF5 - Primeira Turma, DJe - Data: 29/06/2012 - Página: 278.)*
- *A Terceira Turma desta Corte, ao julgar caso idêntico ao dos autos, rechaçou a tese defendida pela ANP, consagrando o direito do Município de Marechal Deodoro receber os royalties marítimos, tendo em vista a existência de instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque em seu território, bem como pelo fato de ser considerado município limítrofe, pertencente à área geoeconômica confrontante à exploração da plataforma continental (APELREEX 200880000020167, Desembargador Federal Geraldo Apoliano, TRF5 - Terceira Turma, DJe - Data: 26/09/2011 - Página: 6).*
- *O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp nº 1.375.539/AL, da Relatoria da Ministra Eliana*

Calmon, interposto contra o acórdão acima mencionado, ratificou o julgado o referido julgado, dispondo que a orientação nesta Corte no sentido de, em pagamento de royalties, há o dever de atender aos municípios onde se localizarem as instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto e/ou gás natural, bem assim o local de destino dos equipamentos, os quais devem ser direta e primariamente voltados à extração do petróleo.

- Depreende-se, assim, que o município apelante deve receber os royalties marítimos, haja vista a existência de instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque em seu território, bem como pelo fato de ser considerado município limítrofe, pertencente à área geoeconômica confrontante à exploração da plataforma continental.

- Apelação provida, para reconhecer o direito do Município de Maruim/SE ao recebimento de royalties decorrentes de exploração da plataforma continental, previsto no art. 7º da Lei 7.990/89 e regulados pelo inciso II do art. 18 do Decreto nº 01/91.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AC 574.269-SE, 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, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 13 de novembro 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 interposta pelo MUNICÍPIO DE MARUIM (SE) contra sentença proferida pelo douto Juízo da 3ª Vara da SJ/SE que, no âmbito da Ação Ordinária nº 0004951-23.2010.4.05.8500, julgou improcedentes os pedidos constantes na exordial, haja vista a ausência de comprovação de que pelas estações coletoras situadas no território da parte autora circulam hidrocarbonetos de origem marítima, condição esta imprescindível para o reconhecimento do direito ao recebimento dos *royalties* de lavra marítima (fls. 234/238).

2. Alega o Município de Maruim, em apertada síntese, que: (a) já é reconhecido pela ANP como detentor de instalações de embarque e desembarque (Estação Coletora Terrestre), recebendo *royalties* decorrentes da exploração terrestre, contudo pretende o recebimento dos *royalties* referentes à exploração na plataforma continental (marítimo), nos termos do art. 20, § 1º, da CF/88 e Lei nº 7.990/89; (b) é ilegal o critério adotado pela ANP que restringe os *royalties* decorrentes da exploração da plataforma continental apenas aos municípios que detêm instalação de embarque e desembarque pela qual transitem hidrocarbonetos de origem marítima, tendo em vista que o art. 27 e § 4º da Lei nº 2.004/53, alterados pela Lei nº 7.990/89, dispõem que fará jus ao pagamento de *royalties* os municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque e desembarque, sem fazer qualquer restrição acerca da origem do gás/petróleo que transite no respectivo maquinário; (c) os *royalties* decorrentes tanto da exploração terrestre quanto da plataforma continental, na parcela de até 5% regradada pela Lei nº 7.990/89, devem ser distribuídos aos municípios que detêm instalações marítimas ou terrestres de embarque e desembarque, nos termos da Lei 7.990/89 e do Decreto nº 01/91; (d) o município em cujo território se tenha exploração de petróleo ou de gás natural ou que seja confrontante com área marítima na qual se dê esta atividade (em plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva), possui direito ao recebimento de *royalties*; (e) a sentença fundamentou o objeto da lide na Lei nº 9.478/97, a qual trata dos *royalties* de origem marítima que excederem

5%, não sendo o caso do município apelante, o qual embasou sua pretensão nas Leis nºs 2.004/53 e 7.990/89 e Decreto nº 01/91, que disciplinam o direito ao recebimento dos *royalties* de até 5%, dessa forma, deve ser considerada nula por ausência de fundamentação; (f) a Lei nº 7.990/89 não faz qualquer restrição quanto à origem dos hidrocarbonetos transportados nas instalações de embarque e desembarque terrestre ou marítimas, se oriundos da lavra em terra ou da lavra no mar, como critério de distribuição dos *royalties*. Requer, por fim, o reconhecimento do direito ao recebimento de *royalties* decorrentes de exploração da plataforma continental, previsto no art. 7º da Lei 7.990/89 e regulados pelo inciso II do art. 18 do Decreto nº 01/91.

3. As contrarrazões foram apresentadas às fls. 409/433.

4. É o relatório.

VOTO

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

1. Trata-se de apelação interposta pelo MUNICÍPIO DE MARUIM - SE contra sentença proferida pelo douto Juízo da 3ª Vara da SJ/SE que, no âmbito da Ação Ordinária nº 0004951-23.2010.4.05.8500, julgou improcedentes os pedidos constantes na exordial, haja vista a ausência de comprovação de que pelas estações coletoras situadas no território da parte autora circulam hidrocarbonetos de origem marítima, condição esta imprescindível para o reconhecimento do direito ao recebimento dos *royalties* de lavra marítima (fls. 234/238).

2. O Município de Maruim/SE recebe *royalties* provenientes da exploração terrestre, contudo, assevera possuir direito à percepção de 0,5% da parcela dos *royalties* correspondentes ao petróleo e gás natural advindo da lavra na plataforma continental (marítimo), haja vista ser detentor de instalação de embarque e desembarque (Estação Coletora Terrestre).

3. Por outro lado, a ANP aduz que os *royalties* decorrentes da exploração da plataforma continental apenas é devido aos municípios que detêm instalação de embarque e desembarque pela qual circulem hidrocarbonetos de origem marítima.

4. Sendo assim, o cerne da presente controvérsia cinge-se à possibilidade de pagamento dos *royalties* advindos da plataforma continental a município detentor de instalação de embarque e desembarque de origem terrestre.

5. Imperiosa se faz a análise da legislação pertinente ao caso vertente. Nessa ótica, transcrevo o parágrafo 1º do art. 20 da CF/88:

Art. 20. São bens da União:

(...)

§ 1º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

6. A Lei nº 7.990/89 que instituiu, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, compensação financeira pelo resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, de recursos minerais em seus respectivos territórios, plataformas continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, alterou o art. 27 da Lei nº 2.004/53, dispondo que:

Art. 7º O art. 27 e seus §§ 4º e 6º, da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, alterada pelas Leis nºs 3.257, de 2 de setembro de 1957, 7.453, de 27 de dezembro de 1985, e 7.525, de 22 de julho de 1986, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 27. A sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios, correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo bruto, do xisto betuminoso e do gás extraído de seus respectivos territórios, onde se fixar a lavra do petróleo ou se localizarem **instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou de gás natural, operados pela Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS**, obedecidos os seguintes critérios:

I - 70% (setenta por cento) aos Estados produtores;
II - 20% (vinte por cento) aos Municípios produtores;
III - 10% (dez por cento) aos Municípios onde se localizam instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto e/ou gás natural.

(...)

§ 4º É também devida a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios confrontantes, quando o óleo, o xisto betuminoso e o gás forem extraídos da plataforma continental nos mesmos 5% (cinco por cento) fixados no caput deste artigo, sendo 1,5% (um e meio por cento) aos Estados e Distrito Federal e **0,5% (meio por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque**; 1,5% (um e meio por cento) aos Municípios produtores e suas respectivas áreas geoeconômicas; 1% (um por cento) ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das referidas áreas de 0,5% (meio por cento) para constituir um fundo especial a ser distribuído entre os Estados, Territórios e Municípios.

7. Da análise dos preceitos supracitados, observa-se a fixação de critérios legais distintos para a distribuição dos *royalties* oriundos da exploração de gás natural e petróleo.

8. Pelo primeiro critério, os *royalties* foram separados levando-se em consideração a origem da extração. Se a exploração for terrestre, incide o *caput* do art. 27, devendo a distribuição dos *royalties* obedecer aos parâmetros ali definidos, se a exploração for decorrente da plataforma continental, ou seja, marítima, o dispositivo legal aplicável será o § 4º da Lei nº 7.990/89.

9. O segundo critério baseia-se na existência de “instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque” no território dos municípios. Contudo, a norma supracitada não vincula o direito ao recebimento de *royalties* à origem dos hidrocarbonetos que circulam nas instalações de embarque e desembarque, como defende a ANP.

10. Não há restrição alguma acerca da origem do hidrocarboneto que circula nas instalações de embarque e desembarque existente no município, resta claro que a compensação financeira

advinda da exploração da lavra proveniente da plataforma continental é devida aos Estados e municípios produtores (aqui também os confrontantes), bem como os que possuem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque.

11. Destarte, ao dispor o § 4º que a compensação financeira será devida quando o óleo, o xisto betuminoso e o gás forem extraídos da plataforma continental na ordem de “0,5% (meio por cento) aos municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque e desembarque”, não restou estabelecida a condição de que tipo de hidrocarboneto deve circular nas respectivas instalações de embarque e desembarque.

12. Se o legislador quisesse, de fato, impor a restrição defendida pela ANP, teria sido expresso nesse sentido. Ora, não pode haver limitação ao alcance da norma legal, não há que se fazer uma interpretação restritiva, no caso em apreço, em detrimento da amplitude da expressão literal do preceito legal em análise. Com efeito, deve-se buscar o verdadeiro sentido do texto normativo, sem desprezo da composição gramatical da norma interpretada. Cada palavra introduzida numa composição normativa deve ser compreendida como intenção do legislador, devendo ser considerada em sua essência.

13. Sendo assim, não estabelecendo, a Lei nº 7.990/89, qualquer restrição ao pagamento dos *royalties* em virtude da origem e circulação dos hidrocarbonetos, deve ser considerada equivocada a interpretação dada pela ANP aos ditames da mesma.

14. O Decreto nº 1/1991, ao regulamentar a Lei nº 7.990/89, definiu os critérios a serem observados para compensação financeira aos municípios:

Art. 17. A compensação financeira devida pela Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás) e suas subsidiárias aos Estados, Distrito Federal e Municípios, correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo bruto, do xisto betuminoso e do gás natural extraídos de seus respectivos territórios, onde se fixar a lavra do petróleo ou se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou de gás natural, operados pela Petrobrás, será paga nos seguintes percentuais:

I - 3,5% (três e meio por cento) aos Estados produtores;
II - 1,0% (um por cento) aos Municípios produtores;
III - 0,5% (cinco décimos por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo ou gás natural.

Art. 18. É também devida a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios confrontantes quando o óleo, o xisto betuminoso e o gás natural forem extraídos da plataforma continental, nos mesmos 5% (cinco por cento) fixados no artigo anterior, sendo:

I - 1,5% (em e meio por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque e desembarque de óleo bruto ou gás natural operadas pela Petrobrás;

II - 0,5 (meio por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou gás natural operadas pela Petrobrás;

III - 1,5 (um e meio por cento) aos Municípios confrontantes e suas respectivas áreas geoeconômicas.

Art. 19. A compensação financeira aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou gás natural será devida na forma do disposto no art. 27, inciso III e § 4º da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, na redação dada pelo art. 7º da Lei nº 7.990 de 28 de dezembro de 1989.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, consideram-se como instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou gás natural, as monobóias, os quadros de bóia múltiplas, os pieres de atracação, os cais acostáveis e as estações terrestres coletoras de campo produtores e de transferência de óleo bruto ou gás natural.

15. Sendo assim, resta cristalino o entendimento de que o repasse dos *royalties*, no que diz respeito às hipóteses dos art. 17, III e art. 18, II, decorre da existência de instalações de embarque e desembarque “onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo ou gás natural”. Dessa forma, forçoso concluir que independentemente da origem do hidrocarboneto que circula nas instalações de embarque e de-

sembarque o município detentor deve receber os *royalties* oriundos tanto da extração terrestre quanto da marítima.

16. Ora, não havendo qualquer dúvida acerca da existência, no território do município apelante, de Estações Coletoras Terrestres de Campos Produtores, o que, nos termos do parágrafo único do art. 19 do Decreto nº 01/91, configura “instalação de embarque ou desembarque”, são devidos os *royalties* decorrentes da exploração de gás e óleo da plataforma continental (marítimo), haja vista o disposto no inciso II do art. 18 do mencionado Decreto.

17. Imperioso o registro de trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 4.917/DF, que foi proposta contra dispositivos da Lei nº 12.734/12, que instituiu novos critérios para distribuição dos *royalties*, veja-se:

O que se há de interpretar é que o direito foi constitucionalmente estabelecido, disso não se podendo desconhecer ou ignorar. A forma do seu exercício, seus termos e condições é que se conferiu ao legislador.

Entretanto, não se acanha ou se aniquila direito constitucionalmente estatuído, embora por igual não se desconheça a legitimidade da ação do legislador para traçar a forma de seu exercício.

Assim, o Estado e o Município, em cujo território se tenha exploração de petróleo ou de gás natural ou que seja confrontante com área marítima na qual se dê esta atividade (em plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva), titulariza o direito assegurado na regra constitucional.

(...)

Nesta linha a observação de Célio Borja, em parecer anexo aos autos eletrônicos da ação, segundo o qual ‘o artigo 20, parágrafo 1º, da Constituição, localiza a exploração do petróleo e do gás natural ‘no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva’. Não se cuida de mera justaposição de áreas, mas de projeção geográfica e geoeconômica da superfície do território estadual em qualquer sítio ou profundidade do solo e subsolo marinhos, e que com ele estejam em rela-

ção de contiguidade, ou, nas palavras do artigo 20, do Decreto n. 1, de 11 de janeiro de 1991, ‘como confrontantes com poços produtores (os Estados e municípios) contíguos à área marítima delimitada pelas linhas de projeção dos respectivos limites territoriais até a linha da plataforma continental, onde estiverem situados os poços (art. 20, *caput*)’. A confrontação é que qualifica Estados e municípios como produtores, uma vez que, na sua área geoeconômica, se localizem três ou mais instalações industriais de processamento, armazenamento e escoamento de petróleo e gás natural e de apoio à produção e escoamento desses produtos – portos, aeroportos, oficinas de manutenção e fabricação, almoxarifados, armazéns e escritórios; oleodutos e gasodutos. Os municípios contíguos a esses e os que sofrem as consequências sociais e econômicas da produção ou exploração do petróleo e do gás natural constitucional, na área geoeconômica, zona limítrofe à de produção (Decreto n. 1, cit., art. 20, § 2º). Essas regras explicam a participação e a compensação financeira a que alude o parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição, concedida a Estados e municípios que se vinculam ao processo produtivo como associados do empreendimento levado a cabo em áreas por eles jurisdicionadas e pela União (superfície terrestre, ou solo e subsolo marinhos).

(...)

Pelo menos em sede acauteladora, a plausibilidade dos fundamentos apresentados, que põem no centro da discussão processual a eficácia do princípio federativo e as regras do modelo constitucionalmente adotadas, conduz ao deferimento da medida cautelar requerida.

A dicção do § 1º do art. 20 da Constituição brasileira define os titulares do direito à participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

O direito das entidades federadas, Estados e municípios, constitucionalmente assegurado, decorre de sua condição territorial e dos ônus que têm de suportar ou empreender pela sua geografia e, firmado nesta situação, assumir em sua geoeconomia, decorrentes daquela exploração. Daí a

garantia constitucional de que participam no resultado ou compensam-se pela exploração de petróleo ou gás natural.

Como observado por Célio Borja, no parecer antes mencionado, “a Constituição não partilha participação na produção nem compensação financeira a Estados e municípios de cujos territórios o petróleo e o gás não são extraídos ou que não se delimitam geograficamente com as áreas exploradas, nem concorrem operacionalmente para a produção, porque ... esses direitos federativos são territoriais e decorrem de confrontação com as jazidas exploradas. A inexistência dessas vinculações topográficas, produtivas e operacionais exclui Estados e municípios da participação no resultado da exploração e na compensação financeira” (fl. 10 do parecer).

18. Da análise dos termos expostos pela decisão acima transcrita, verifica-se que o entendimento defendido exalta a unicidade dos *royalties*, afastando a tese defendida pela ANP de que o pagamento deve levar em consideração a origem dos hidrocarbonetos.

19. Depreende-se, também, que, segundo o Superior Tribunal de Justiça, os *royalties* visam compensar financeiramente os municípios atingidos pela exploração petrolífera, haja vista os impactos de natureza ambiental, geográfica e socioeconômica. Com efeito, a percepção dos *royalties* deve levar em consideração o fato de o município fazer parte de área atingida pela exploração do gás/petróleo.

20. Nesse contexto se enquadra o município apelante, tendo em vista que além de possuir instalações de embarque e desembarque, pertence à área geoeconômica confrontante à exploração de plataforma continental. A própria ANP afirma que o município autor já recebe parcela da distribuição de *royalties* por pertencer à zona limítrofe à zona principal do Estado de Sergipe, fazendo jus à parte da parcela de 5% dos *royalties* oriundos da produção marítima (fl. 430).

21. A douta Primeira Turma desta Corte Regional já se manifestou acerca da matéria, conforme se depreende do precedente cuja ementa trago à colação:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. *ROYALTIES*. DISTRIBUIÇÃO. CRITÉRIOS. LEIS NºS 7.990/89 E 9.478/97. PORTARIA Nº 29/2001 DA AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO - ANP. MUNICÍPIO DETENTOR DE UNIDADE PRODUTORA DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL E DE ESTAÇÃO COLETORA DE GÁS COLHIDO DE CAMPO PRODUTOR. RECEBIMENTO DE *ROYALTIES* DE FORMA CUMULADA. POSSIBILIDADE. FATOS GERADORES DIVERSOS. ENQUADRAMENTO NOS REQUISITOS LEGAIS. MUNICÍPIOS CONFRONTANTES. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA. LITISPENDÊNCIA. INEXISTÊNCIA.

1. Pretensão do município apelado – que já recebe *royalties* pela exploração de petróleo e gás natural de origem terrestre – de receber *royalties*, de forma cumulada, pela exploração de plataforma continental, independentemente da origem marítima ou terrestre do produto.

2. Preliminar de litispendência suscitada pela ANP, em relação aos autos do Processo nº 2007.80.00.007842-6, que se rejeita, tendo em vista que não se encontra positivamente a “tríplice identidade” (partes, pedido e causa de pedir), pois os pedidos formulados são diversos.

3. Pelas estações coletoras do município demandante (Jequiá 2 e Lagoa Pacas) não transitam diretamente produtos advindos da plataforma continental (procedência marítima), mas apenas de origem terrestre. No entanto, como o município se enquadra em uma área exploratória, sendo prejudicado pela exploração de lavra e havendo vínculo físico-estrutural entre ele e a atividade, a participação nos *royalties* marítimos é devido, tendo em conta a compensação financeira.

4. Nos termos da Lei nº 7.990/89, art. 7º, do Decreto nº 1/91 e da Lei nº 9.478/97 (arts. 48 e 49), a compensação financeira, pela exploração de petróleo e gás natural (*royalties*), é devida aos Estados e municípios produtores (nesse conceito incluídos os confrontantes, quando a extração ocorrer na plataforma continental) e também aos municípios afetados pelo embarque ou desembarque de óleo bruto e/ou gás natural.

5. As Leis nºs 7.990/89 e 9.478/97, que tratam da matéria, não fazem qualquer restrição quanto à origem dos hidrocarbonetos transportados nas instalações de embarque e desembarque terrestres ou marítimas – se oriundos da lavra em terra ou da lavra em mar – como critério de distri-

buição dos *royalties*; por esta razão, não poderia a Portaria nº 29/2001 da ANP estabelecer tal restrição, por desbordar da sua atribuição normativa própria.

6. O fato do município receber *royalties* na condição de produtor de gás natural, não afasta o direito de receber cumulativamente o mesmo benefício por ser detentor de instalação de embarque e desembarque de gás colhido de campos produtores.

7. Precedente deste TRF: AC nº 470665/AL, Rel. para Acórdão PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, DJU 05-11-2009.

8. Apelação e remessa necessária improvidas. (APELREEX 00019451920114058000, Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão, TRF5 - Primeira Turma, DJe - Data: 29/06/2012 - Página: 278.)

22. A Terceira Turma desta Corte, ao julgar **caso idêntico** aos autos, rechaçou a tese defendida pela ANP, consagrando o direito do Município de Marechal Deodoro receber os *royalties* marítimos, tendo em vista a existência de instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque em seu território, bem como pelo fato de ser considerado município limítrofe, pertencente à área geoconômica confrontante à exploração da plataforma continental, nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ROYALTIES. DISTRIBUIÇÃO. CRITÉRIOS. LEIS NºS 7.990/89 E 9.478/97. PORTARIA Nº 29/2001 DA AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO - ANP. MUNICÍPIO DETENTOR DE UNIDADE PRODUTORA DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL E DE ESTAÇÃO COLETORA DE GÁS COLHIDO DE CAMPO PRODUTOR. RECEBIMENTO DE ROYALTIES DE FORMA CUMULADA. POSSIBILIDADE. FATOS GERADORES DIVERSOS. ENQUADRAMENTO NOS REQUISITOS LEGAIS. MUNICÍPIOS CONFRONTANTES. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA. LITISPENDÊNCIA. INEXISTÊNCIA.

1. Pretensão do Município apelado – que já recebe *royalties* pela exploração de petróleo e gás natural de origem terrestre – de receber *royalties*, de forma cumulada, pela exploração de plataforma continental, independentemente da origem marítima ou terrestre do produto.

2. Preliminar de litispendência suscitada pela ANP, em relação aos autos do Processo nº 2007.80.00.007374-0,

que se rejeita, tendo em vista que não se encontra positivada a “tríplice identidade” (partes, pedido e causa de pedir), pois os pedidos formulados são diversos, não configurada, portanto, a litispendência.

3. Afirmou a apelante que o município apelado, na Estação Coletora do Pilar, não movimentava hidrocarbonetos de origem marítima, mas apenas terrestre, razão pela qual não faria jus a qualquer recebimento de *royalties* oriundo da plataforma continental.

4. Pela estação coletora do município demandante não transitam diretamente produtos advindos da plataforma continental (procedência marítima), mas apenas de origem terrestre. No entanto, como o Município se enquadra em uma área exploratória, sendo prejudicado pela exploração de lavra e havendo vínculo físico-estrutural entre ele e a atividade, a participação nos *royalties* marítimos é devido, tendo em conta a compensação financeira.

5. A compensação financeira, pela exploração de petróleo e gás natural (*royalties*), é devida aos Estados e municípios produtores (neste conceito incluídos os confrontantes, quando a extração ocorrer na plataforma continental) e também aos municípios afetados pelo embarque ou desembarque de óleo bruto e/ou gás natural, nos termos da Lei nº 7.990/89, art. 7º do Decreto nº 1/91 e da Lei nº 9.478/97, arts. 48 e 49.

6. As Leis nºs 7.990/89 e 9.478/97, que tratam da matéria, não fazem qualquer restrição quanto à origem dos hidrocarbonetos transportados nas instalações de embarque e desembarque terrestres ou marítimas – se oriundos da lavra em terra ou da lavra em mar – como critério de distribuição dos *royalties*; por esta razão, não poderia a Portaria nº 29/2001 da ANP estabelecer tal restrição, por desbordar da sua atribuição normativa própria.

7. “O fato do Município receber *royalties* na condição de produtor de gás natural, não afasta o direito de receber cumulativamente o mesmo benefício por ser detentor de instalação de embarque e desembarque de gás colhido de campos produtores”. Precedente da Terceira Turma, no julgamento da Apelação Cível nº 470.665/AL (em 5-11-2009), voto condutor lavrado pelo Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.

8. Apelação e remessa necessária providos, em parte, apenas no que toca ao termo inicial do pagamento das parce-

las em atraso, que devem ser contadas a partir do ajuizamento da ação (e não nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação), devidamente atualizadas, e com juros de mora desde a citação, nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal e, a partir da entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009 (a correção e os juros), pelos critérios de remuneração das cadernetas de poupança. (APELREEX 200880000020167, Desembargador Federal Geraldo Apoliano, TRF5 - Terceira Turma, DJe - Data: 26/09/2011 - Página: 66.)

23. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp nº 1.375.539/AL da Relatoria da Ministra Eliana Calmon, interposto contra o acórdão acima mencionado, ratificou o julgado, nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 462 DO CPC. ALEGAÇÃO DE FATO NOVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. DISTRIBUIÇÃO DE *ROYALTIES*. MUNICÍPIO CONFRONTANTE COM INSTALAÇÃO TERRESTRE DE EMBARQUE OU DESEMBARQUE. ÁREA EXPLORATÓRIA. PREJUÍZOS DE NATUREZA AMBIENTAL. SÚMULA 7/STJ. DIREITO AO RECEBIMENTO DE *ROYALTIES* DA PLATAFORMA CONTINENTAL.

1. Não cabe alegar violação do art. 462 do CPC quando o fato, dito novo, já existia antes da interposição do recurso especial, passível de questionamento perante as instâncias ordinárias.

2. A legislação infraconstitucional, buscando conferir efetividade ao art. 20, § 1º, da Constituição Federal, estabeleceu os critérios de distribuição dos *royalties*, visando compensar financeiramente os municípios afetados pela atividade de extração petrolífera, seja pelo fato de possuírem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de petróleo e gás natural em seus territórios, seja por sofrerem impactos de natureza ambiental, geográficas ou socioeconômicas.

3. Rever as premissas adotadas pelo julgado proferido pela Corte *a quo* é inviável em recurso especial, nos termos do Enunciado 7 da Súmula desta Corte de Justiça.

4. Firmou-se orientação nesta Corte no sentido de, em pagamento de *royalties*, há o dever de atender aos municípios onde se localizarem as instalações marítimas ou ter-

restres de embarque ou desembarque de óleo bruto e/ou gás natural, bem assim o local de destino dos equipamentos, os quais devem ser direta e primariamente voltados à extração do petróleo. Precedentes.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

(RESP 201300803632, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJe DATA: 09/10/2013)

24. Pelo caráter elucidativo, mister se faz a transcrição de parte do mencionado voto:

Quanto ao mérito, discute-se nos autos tema relativo ao direito de recebimento de *royalties* pela exploração de petróleo e gás natural proveniente da distribuição da lavra de plataforma continental.

O Município de Marechal Deodoro, no Estado de Alagoas, possui estação coletora de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, fato que motiva o recebimento incontroverso de *royalties* relativos à distribuição da lavra terrestre, nos termos do art. 19 do Decreto nº 01/1.991, *in verbis*:

Art. 19. A compensação financeira aos municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou gás natural será devida na forma do disposto no art 27, inciso III e § 4º, da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, na redação dada pelo art. 7º da Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, consideram-se como instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou gás natural, as monobóias, os quadros de bóias múltiplas, os píeres de atracação, os cais acostáveis e as estações terrestres coletoras de campos produtores e de transferência de óleo bruto ou gás natural.

Na presente demanda, o município requer o pagamento de *royalties* provenientes da lavra de plataforma continental, ao argumento de que a Lei 7.990/89 e o Decreto 01/1991, ao tratarem do direito à referida indenização, não limitam o pagamento aos municípios que comprovem efetiva movimentação de petróleo e/ou gás natural de origem marítima. No caso, o requisito legal imposto ao recebimento da indenização,

existência de instalação de embarque e desembarque em seu território afigura-se como fato incontroverso, haja vista o recebimento dos *royalties* da lavra terrestre.

Sob este enfoque, afirma que portaria editada pela ANP, objetivando regular a distribuição de *royalties*, é nula por criar requisito não previsto na legislação, qual seja, necessidade de o município movimentar hidrocarbonetos de origem marítima para fazer jus aos *royalties* provenientes da lavra de plataforma continental.

O pedido do município foi julgado procedente pelo juízo de primeiro grau, reconhecendo o direito de participação no rateio das compensações financeiras pertinentes à exploração de petróleo em plataformas continentais, na fração de 0,5% (meio por cento), nos termos do Decreto nº 01/91, assim como no percentual de 7,5% (sete e meio por cento), previsto no artigo 49 da Lei 9.478/97.

O Tribunal *a quo*, em apelação interposta pela ANP, manteve o reconhecimento do direito ao recebimento de *royalties* decorrentes da plataforma continental, a partir dos seguintes fundamentos:

a) “é incontroverso a existência de estação coletora de embarque e desembarque de petróleo e gás natural no referido município, qual seja Estação Coletora de Pilar” (fl. 1.084, e-STJ);

b) a despeito de não transitarem no município produtos advindos diretamente da plataforma continental, há de se reconhecer o fato de que o ente “se enquadra em uma área exploratória, sendo prejudicado pela exploração de lavra e havendo vínculo físico-estrutural entre ele e a atividade, a participação nos *royalties* marítimos é devido, tendo em conta a compensação financeira pelos prejuízos de natureza ambiental e paisagístico” (fl. 1.085, e-STJ);

c) nos termos da Lei 7.990/89, do art. 7º do Decreto nº 1/91 e dos arts. 48 e 49 da Lei 9.478/97, há de se reconhecer que “A compensação financeira, pela exploração de petróleo e gás natural (*royalties*), é devida aos Estados e municípios produtores (neste conceito incluídos os confrontantes, quando a extração ocorrer na plataforma continental) e também aos municípios afetados

pelo embarque ou desembarque de óleo bruto e/ou gás natural” (fl. 1.085, e-STJ);

d) Marechal Deodoro é enquadrado como Município confrontante e detentor de uma estação coletora, razão pela qual deve “receber parcela compensatória quando o óleo, o xisto betuminoso e o gás forem extraídos da plataforma continental, posto que do rateio participam os Estados e os municípios onde se localizarem as instalações marítimas ou terrestres de embarque e desembarque, bem como, os municípios produtores e suas respectivas áreas geoconômicas” (fl. 1.085, e-STJ);

e) “a Lei nº 7.990/89, que trata da matéria, não faz qualquer restrição quanto à origem dos hidrocarbonetos transportados nas instalações de embarque e desembarque terrestres ou marítimas, se oriundos da lavra em terra ou da lavra no mar, como critério de distribuição dos *royalties*; por esta razão, não poderia uma portaria da ANP fazer estabelecer tal restrição” (fl. 1.085, e-STJ).

No caso, portanto, afigura-se como inconteste o fato do Município de Marechal Deodoro possuir “uma instalação de embarque e desembarque de petróleo e gás natural (estação coletora), já sendo, portanto, beneficiário de *royalties*, por possuir em seu território poços produtores terrestres de petróleo e gás natural e movimentar hidrocarbonetos de origem terrestre” (fl. 1.084, e-STJ)

A legislação infraconstitucional, buscando conferir efetividade ao art. 20, § 1º, da Constituição Federal, estabeleceu os critérios de distribuição dos *royalties* visando compensar financeiramente os municípios afetados pela atividade de extração petrolífera, seja pelo fato de possuírem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de petróleo e gás natural em seus territórios, seja por sofrerem impactos de natureza ambiental, geográficas ou sócioeconômicas, como passo a transcrever, *in verbis*:

Lei nº 7.990/89

Art. 27. A sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios, correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo bruto, do xisto betuminoso e do gás extraído de seus respectivos territó-

rios, onde se fixar a lavra do petróleo ou se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou de gás natural, operados pela Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS, obedecidos os seguintes critérios:

I - 70% (setenta por cento) aos Estados produtores;
II - 20% (vinte por cento) aos Municípios produtores;
III - 10% (dez por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto e/ou gás natural.

(...)

§ 4º É também devida a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e municípios confrontantes, quando o óleo, o xisto betuminoso e o gás forem extraídos da plataforma continental nos mesmos 5% (cinco por cento) fixados no *caput* deste artigo, sendo 1,5% (um e meio por cento) aos Estados e Distrito Federal e 0,5% (meio por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque; 1,5% (um e meio por cento) aos Municípios produtores e suas respectivas áreas geoeconômicas; 1% (um por cento) ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das referidas áreas de 0,5% (meio por cento) para constituir um fundo especial a ser distribuído entre os Estados, Territórios e Municípios.

Lei nº 9.478/97

Art. 49. A parcela do valor do *royalty* que exceder a cinco por cento da produção terá a seguinte distribuição: (Vide Lei nº 10.261, de 2001)

I - quando a lavra ocorrer em terra ou em lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres:

(...)

II - quando a lavra ocorrer na plataforma continental:

- a) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento aos Estados produtores confrontantes;
- b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento aos Municípios produtores confrontantes;
- c) quinze por cento ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das áreas de produção; (Vide Decreto nº 7.403, de 2010);
- d) sete inteiros e cinco décimos por cento aos Municípios

pios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, na forma e critério estabelecidos pela ANP;
e) sete inteiros e cinco décimos por cento para constituição de um Fundo Especial, a ser distribuído entre todos os Estados, Territórios e Municípios;

A partir deste contexto legislativo, firmou-se orientação nesta Corte de que o critério a ser atendido para o pagamento de *royalties* aos municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto e/ou gás natural é o da destinação dos equipamentos, os quais devem ser direta e primariamente voltados à extração do petróleo.

Cito os precedentes:

ADMINISTRATIVO. DISTRIBUIÇÃO DE *ROYALTIES* ENTRE MUNICÍPIOS. GÁS NATURAL. RECEBIMENTO POR MUNICÍPIO COM INSTALAÇÕES DE DISTRIBUIÇÃO DO GÁS PROCESSADO (GASODUTO). IMPOSSIBILIDADE. CRITÉRIO LEGAL. INSTALAÇÕES MARÍTIMAS OU TERRESTRES DE EMBARQUE OU DESEMBARQUE DO GÁS NA SUA FORMA NATURAL. NÃO ENQUADRAMENTO.

1. Na hipóteses dos autos, o Município de Santana do São Francisco pretende receber a compensação financeira (*royalties*) prevista no art. 27, III, da Lei 2004/1953 (com a redação dada pela Lei 7.990/1989), sob o fundamento de que a existência de gasoduto em seu território culmina no suporte fático-legal do direito pretendido (“instalações terrestres de embarque ou desembarque de gás natural”).

2. “O direito a recebimento de *royalties* por parte de ‘Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto e/ou gás natural’ (art. 27, III, da Lei 2.004/53, na redação dada pela Lei 7.990/89), está vinculado à atividade de exploração do petróleo ou do gás natural, razão pela qual as ‘instalações’ a que se refere a Lei são as inseridas na cadeia extrativa, não se estendendo às que se destinam a distribuir o produto já processado”. (REsp 1.115.194/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 13.6.2011). No mesmo sentido: REsp

1.169.806/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, *DJe* 8.10.2010; e REsp 1.119.643/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, *DJe* 29.4.2010. 3. Recurso Especial não provido.

(REsp 1.344.676/SE, Relator o Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Julgamento 19/03/2013, *DJe* 08/05/2013).

RECURSO ESPECIAL. *ROYALTIES*. MUNICÍPIO COM INSTALAÇÕES DESTINADAS À DISTRIBUIÇÃO E NÃO AO EMBARQUE E DESEMBARQUE DE GÁS NATURAL.

A teor do que já decidiram a Primeira e Segunda Turmas do Superior Tribunal de Justiça, “o direito ao recebimento de *royalties* por parte de ‘Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto e/ou gás natural’ (art. 27, III, da Lei 2.004/53, na redação dada pela Lei 7.990/89), está vinculado à atividade de exploração do petróleo ou do gás natural, razão pela qual as ‘instalações’ a que se refere a Lei são as inseridas na cadeia extrativa, não se estendendo às que se destinam a distribuir o produto já processado” (REsp nº 1.115.194, PE, Relator o Ministro Teori Zavascki, *DJ* de 13.06.2011). Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1310525/RN, Relator o Ministro ARI PARIGENDLER, PRIMEIRA TURMA, Julgamento 02/05/2013, *DJe* 22/05/2013)

ADMINISTRATIVO. EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL. INSTALAÇÕES MARÍTIMAS OU TERRESTRES DE EMBARQUE OU DESEMBARQUE DE ÓLEO BRUTO E/OU GÁS NATURAL. *CITY GATES*. *ROYALTIES* AOS MUNICÍPIOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o direito à percepção de *royalties* está atrelado diretamente à atividade de extração do recurso natural, não tendo a lei beneficiado os municípios em que se destinam a distribuir o produto já processado (*city gates*). Nesse sentido, os seguintes julgados: REsp 1.115.194/PE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/06/2011, *DJe* 13/06/2011; REsp 1.169.806/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/09/2010, *DJe* 08/10/2010.

2. Mesmo que assim não fosse, o Tribunal *a quo* afirmou que “no caso em comento, a Petrobras Transportes S.A. informou, à fl. 289, inexistir no território do Município de Penedo-AL, ponto de entrega de gás (*city gate*)” (fl. 364). Ora, a verificação acerca de tal ponto implica em revolvimento dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é inviável em recurso especial, ante a orientação contida Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1363972/AL, Relator o Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, Julgamento 04/04/2013, *DJe* 10/04/2013)

ADMINISTRATIVO. EXPLORAÇÃO DE GÁS NATURAL. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA (*ROYALTIES*) AOS MUNICÍPIOS. INSTALAÇÕES MARÍTIMAS OU TERRESTRES DE EMBARQUE OU DESEMBARQUE DE ÓLEO BRUTO E/OU GÁS NATURAL. *CITY GATES*. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 20, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO, 6º, 47, 48 E 49 DA LEI 9.478/97.

1. O direito a recebimento de *royalties* por parte de “Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto e/ou gás natural” (art. 27, III, da Lei 2.004/53, na redação dada pela Lei 7.990/89), está vinculado à atividade de exploração do petróleo ou do gás natural, razão pela qual as “instalações” a que se refere a Lei são as inseridas na cadeia extrativa, não se estendendo às que se destinam a distribuir o produto já processado. Precedente: REsp 1.119.643/RS, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, *DJe* de 29/04/2010.

2. Recurso especial provido.

(REsp 1115194/PE, Relator o Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, Julgamento 02/06/2011, *DJe* 13/06/2011)

***In casu*, o Tribunal de origem, mediante análise detalhada do conjunto fático-probatório dos autos, afirmou que o Município de Marechal Deodoro qualifica-se como “município confrontante”, encontrando-se em aérea exploratória, sendo prejudicado pela exploração da lavra, em razão do “vínculo físico-estrutural entre ele e a atividade” (fl. 1.085, e-STJ).**

Firmou-se, ainda, a premissa de que o recorrido possui em seu território instalação de embarque e desembarque de petróleo e gás natural (estação coletora), nos termos exigidos pelo Decreto nº 01/91.

Neste contexto, verifica-se que a reversão do julgado, para o fim de desconstituir a premissa fixada pelas instâncias ordinárias de que o Município de Marechal Deodoro sofre efetivamente influência da produção de petróleo e gás ocorrido na plataforma continental, como requer a recorrente, afigura-se inviável a esta Corte por incidir o óbice da Súmula 7/STJ.

25. Depreende-se, assim, que o município apelante deve receber os *royalties* marítimos, haja vista a existência de instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque em seu território, bem como pelo fato de ser considerado município limítrofe, pertencente à área geoconômica confrontante à exploração da plataforma continental

26. Do exposto, dou provimento à apelação para reconhecer o direito, do Município de Maruim/SE, ao recebimento de *royalties* decorrentes de exploração da plataforma continental, previsto no art. 7º da Lei 7.990/89 e regulados pelo inciso II do art. 18 do Decreto nº 01/91. Inversão dos ônus sucumbenciais.

27. É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 576.395-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (CONVOCADO)

Apelantes: CARTÓRIO CARLOS ULYSSES E OUTRO, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, PAULO ARISTEU DE SOUTO CRASTO JÚNIOR E CONSTRUTORA MART LTDA.

Apelados: OS MESMOS

Advs./Procs.: DRS. MARCEL DE MOURA MAIA RABELLO E OUTROS, FÁBIO ROMERO DE SOUZA RANGEL E OUTROS, ROBERTO PESSOA PEIXOTO DE VANCONCELLOS E MARCOS ANTÔNIO SOUTO MAIOR FILHO E OUTROS

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. IMÓVEL COM REGISTRO EM DUPLICIDADE. PRELIMINARES REJEITADAS. DANOS MATERIAIS E DANOS MORAIS RECONHECIDOS. PROCEDÊNCIA DA DEMANDA.

- Não há evicção no caso presente, porquanto consiste essa na perda parcial ou integral do bem, via de regra, em razão de decisão judicial que atribui o uso, a posse ou a propriedade a outrem, em decorrência de motivo jurídico anterior ao contrato de aquisição. Rejeitado o óbice da impossibilidade jurídica do pedido.

- No caso presente, o autor viu-se privado do imóvel em que residia, não por uma causa (vício) anterior ao contrato aquisitivo, ele adquiriu imóvel sem qualquer vício, o que aconteceu de fato foi uma negligência contemporânea à celebração e formalização do contrato, inclusive do registro de imóvel, qual seja a errônea menção ao objeto do contrato.

- A jurisprudência prevalente do STJ e desta egrégia Corte Federal sufragam o entendimento de que a Caixa Econômica Federal é parte legítima para figurar no polo passivo em demandas rela-

tivas a financiamento imobiliário em que houve cessão de crédito à Empresa Gestora de Ativos - EMGEA. Preliminar de Ilegitimidade passiva formulada pela CEF que se rejeita.

- Realmente, o tabelionato não tem personalidade jurídica, sendo a responsabilidade civil atribuída pessoalmente ao titular da serventia, significando dizer, no caso, em espécie de dano decorrente da má prestação dos serviços notariais, inegável que o responsável é a pessoa física do titular da serventia. Preliminar rejeitada.

- As titulares do domínio da gleba onde construído o apartamento objeto da lide são partes legítimas para compor a relação processual, restando a ser apurado na apreciação do mérito da demanda, qual delas participara da venda do bem, contribuindo com o fato gerador do prejuízo suportado pelo autor da demanda. Preliminares rejeitadas.

- A parte autora pleiteou indenização pela injusta perda do imóvel e nesses termos foi apreciada a demanda pelo juízo de primeira instância. Preliminar de nulidade da sentença que é rejeitada.

- O processo se encontrava e se encontra maduro para julgamento de mérito. Preliminar de cerceamento de defesa que também é inacolhida.

- Contrato de compra e venda de unidade isolada e mútuo com obrigações e hipoteca - PES/PCR, redigido e formalizado pela construtora, financiamento disciplinado pelo SFH formalizado pela CEF e atos jurídicos devidamente averbados no registro de imóveis da circunscrição da situação do bem.

- Objeto do contrato com apartamento diverso do efetivamente adquirido pelo autor, com agravante de que a mencionada unidade já tinha sido vendida a terceiros e nenhuma das entidades

constatou o equívoco, mesmo sendo possuidoras de vasta experiência na consecução de negócios desse jaez.

- Responsabilidade objetiva constatada, com espeque no artigo 14 do CDC da CEF e da CONS-TRUTORA.

- Responsabilidade objetiva do cartório evidenciada nos termos do artigo 22 da Lei 8.935/94.

- Não há responsabilidade da titular do domínio do imóvel onde construído o apartamento, porquanto não participara de nenhum dos negócios jurídicos que redundaram no prejuízo causado ao autor da demanda.

- Dano moral, material, valor dos aluguéis pagos por força da desocupação do imóvel em que residia o autor são verbas que se impõem o ressarcimento.

- Honorários advocatícios em 5% sobre o valor da condenação.

- Danos materiais no valor comprovado do imóvel (R\$ 110.000,00), devendo incidir juros de mora e correção monetária de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal.

- Danos morais confirmados no valor de R\$ 15.000,00, devendo incidir juros e ser corrigido monetariamente, de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal.

- Apelação do autor parcialmente provida e apelações dos demandados improvidas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 22 de janeiro de 2015. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (Convocado):

PAULO ARISTEU DE SOUTO CRASTO JUNIOR promoveu Ação Ordinária contra CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, CONSTRUTORA MART LTDA., MAIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. e CARLOS ULYSSES SERVIÇOS NOTARIAL E REGISTRAL pediu indenização por danos morais em valor não inferior a 200 (duzentos) salários mínimos e danos materiais no valor de R\$ 387,60 em decorrência de gastos com zona azul, combustíveis e cartório, R\$ 110.000,00 em decorrência da perda do imóvel e R\$ 500,00 por mês em face do valor do aluguel desde que o imóvel foi executado, isto é, retirado da posse do autor.

O autor relatou que no dia 29/05/1998 firmou contrato de compra e venda (contrato nº 800360001247-4) do apartamento residencial número 401, situado no Conjunto Residencial MART II A, Rua Projetada VL 03, nº 138, no Loteamento Água Fria, João Pessoa, Paraíba e no final de 2011 recebeu intimação para desocupar o imóvel, sob o argumento de que o imóvel fora arrematado em reclamação trabalhista promovida contra a CONSTRUTORA MART LTDA.

Na mesma peça vestibular, o autor relata que adquiriu o imóvel residencial, mas recebeu o apartamento 401, Condomínio II B, nele morando por mais de 14 anos, porque, em verdade, o apartamento que lhe foi vendido já fora vendido anteriormente a terceiro.

Afirma o autor que o Cartório Carlos Ulysses Serviços Notarial e Registral registrou o mesmo imóvel duas vezes.

Em relação à CEF, relata que o banco financiou para duas pessoas diversas o mesmo imóvel o apartamento 401 do Bloco II A, (fls. 03/25).

A CEF afirma na contestação não ter cometido nenhum ato passível de indenização, no caso de ter sido causa da perda do

imóvel pelo autor. Questiona os valores da indenização pleiteados pelo autor, (fls. 291/293).

O CARTÓRIO CARLOS ULYSSES SERVIÇO NOTARIAL E REGISTRAL DO 1º OFÍCIO E REGISTRO DE IMÓVEIS DA ZONA SUL DA COMARCA DE JOÃO PESSOA, PARAÍBA sustenta que os danos sofridos pelo autor foram causados pela CEF que digitou imóvel diverso do efetivamente comprado e que sempre demandou para corrigir o ocorrido e buscar solução para o equívoco, (fls. 307/315).

A CONSTRUTORA MART LTDA. contesta o feito afirmando que a culpa exclusiva pelos prejuízos assumidos é do próprio promovente que não agiu com o zelo e a cautela necessários na prática dos negócios jurídicos, pois obteve todos os dados do negócio e revelou sua falha ao viver em unidade residencial diferente daquela que adquiriu. Pondera que não foram comprovados os danos materiais e lucros cessantes alegados, (fls. 407/431).

MAIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. também contestou a demanda, arguindo, em preliminar, a impossibilidade jurídica do pedido, em face do disposto no artigo 456 do Código Civil que impediu que a contestante exercesse o seu direito contra a imissão de posse causando-lhe inegável prejuízo. Em seguida, argui ilegitimidade passiva porque jamais manteve qualquer relação jurídica com o autor. No mérito, nega a existência de grupo econômico com a Construtora Mart LTDA., afirmando ter sido proprietária do terreno onde erguido o prédio do apartamento objeto desta demanda, não participando da construção dos prédios onde situado o apartamento mencionado. Pondera a culpa exclusiva do autor pela inegável negligência.

Sentença proferida às fls. 488/501, julgou parcialmente procedente o pedido para condenar os réus ao pagamento de indenização por danos materiais correspondentes à devolução do que pagou à instituição financeira em razão do Contrato 800360001247-4, ao ressarcimento das despesas de aluguel mensal da moradia, o valor de R\$ 500,00 desde setembro de 2011 até o recebimento total da indenização fixada na sentença e o ressarcimento de R\$ 35,00 de despesa cartorária com contrato de locação. Indenização por danos morais de R\$ 15.000,00. Correção monetária de

acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal - Resolução 134/2010 do CJF.

Embargos de declaração opostos que foram improvidos pelo juízo de primeira instância (fls. 577/599).

Apelação interposta pelo CARTÓRIO CARLOS ULYSSES e WALTER ULYSSES DE CARVALHO, arguindo, nulidade da sentença por não ter sido chamado para compor a lide o Sr. Walter Ulysses de Carvalho, participando da relação processual o cartório que não tem personalidade jurídica, portanto, devendo ser reconhecida a ilegitimidade passiva do cartório. No mérito, afirma que o erro foi de digitação do contrato de financiamento quando formalizado na CEF e que na condição de oficial de registro de imóveis sempre providenciou a solução do ocorrido, postulando que seja reconhecido que não concorreu de qualquer forma para a ocorrência do fato prejudicial ao autor da demanda, (fls. 551/568).

Apelação interposta pela CEF, arguindo que o imóvel que consta dos seus arquivos é aquele em que residia o autor, mas que no momento da averbação do registro do contrato de financiamento houve o infortúnio que o autor deveria ter buscado sanar, nega que tenha praticado qualquer ato que tenha causado prejuízo a ser reparado por indenização de danos materiais ou que possa ser compensado pela via dos danos morais. Questiona também o valor fixado na sentença, (fls. 583/585).

O autor PAULO ARISTEU DE SOUTO CASTRO JUNIOR, interpõe recurso de apelação, arguindo, em preliminar, nulidade da sentença, pelo cerceamento do direito de defesa, pelo julgamento *extra petita* e no mérito questiona o critério utilizado na sentença para fixação do dano material, uma vez que o autor perdera o imóvel e somente terá direito a receber o valor pago do financiamento. Questiona o reconhecimento da culpa recíproca. Postula majoração dos danos morais. Pede condenação dos sucumbentes em honorários advocatícios, (fls. 589/622).

Apelação da CONSTRUTORA MART LTDA., argui sua ilegitimidade passiva porque não praticou qualquer ato em prejuízo ao autor, no mérito sustenta a culpa exclusiva do autor, questiona a solidariedade e o reconhecimento de danos morais e postula a diminuição do valor da indenização, (fls. 633/652).

Há contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

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

Preliminarmente, entendo no caso inoccorrência de evicção, porquanto consiste essa na perda parcial ou integral do bem, via de regra, em virtude de decisão judicial que atribui o uso, a posse ou a propriedade a outrem, em decorrência de motivo jurídico anterior ao contrato de aquisição, podendo ocorrer, ainda, por força de ato administrativo do qual também decorra a privação da coisa. A perda do bem por vício anterior ao negócio jurídico oneroso é fator determinante da evicção. No caso presente, o autor viu-se privado do imóvel em que residia não por uma causa (vício) anterior ao contrato aquisitivo, ele adquiriu imóvel sem qualquer vício, o que aconteceu, de fato, foi uma negligência contemporânea à celebração e à formalização do contrato, inclusive do registro do imóvel, qual seja a errônea menção ao objeto do contrato. Ao invés de mencionar apartamento 401 do Conjunto Residencial MART II B, inseriu na cláusula do objeto do contrato o Conjunto Residencial MART II A, que já tinha sido vendido anteriormente a terceiro. Daí que rejeito a preliminar de impossibilidade jurídica que partiu do pressuposto da ocorrência da evicção.

A jurisprudência prevalente do STJ e desta egrégia Corte Federal sufragam o entendimento de que a Caixa Econômica Federal é parte legítima para figurar no polo passivo em demandas relativas a financiamento imobiliário em que houve cessão de crédito imobiliário à Empresa Gestora de Ativos - EMGEA. Rejeito, pois, a preliminar de ilegitimidade passiva formulada pela CEF.

Realmente, o tabelionato não tem personalidade jurídica, sendo a responsabilidade civil atribuída pessoalmente ao titular da serventia, significando dizer, no caso em espécie, se tratar de dano decorrente de má prestação dos serviços notariais, daí que o responsável é oficial de registro, vale dizer, o titular da serventia que é o Sr. WALTER ULYSSES DE CARVALHO.

No caso das empresas CONSTRUTORA MART LTDA. e MAIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., o que se constatou nos autos é que tais empresas, titulares do domínio do imóvel onde construída a unidade habitacional objeto da demanda e construtores do prédio, participaram da venda do mesmo bem a duas pessoas diversas, contribuindo com o evento gerador da causa do prejuízo suportado pelo autor da demanda.

Entendo que todas as pessoas jurídicas que participaram do negócio de transmissão do apartamento objeto do pedido são partes legítimas para figurar na demanda, razão pela qual nego provimento à preliminar de ilegitimidade passiva formulada pelas construtoras e incorporadoras do empreendimento.

Analisadas as questões preliminares passo ao exame do *thema decidendum*.

Examinando os autos, constato que o autor firmou com a CEF, em 29/05/1988, um contrato de compra e venda de unidade isolada e mútuo com obrigações e hipoteca - PES/PCR-FGTS, através do Sistema Financeiro de Habitação (fls. 29/32, frente e verso), do mesmo modo, restou comprovado que o Consórcio Empresarial MART & ÔMEGA formalizaram a venda do imóvel e descreveram no objeto do contrato de fls. 33/35 que era o MART II A, o autor comprova que as prestações do imóvel foram pagas paulatinamente, conforme ajustado no contrato e documentos colacionados às fls. 59/69, inclusive consta o recibo de quitação do valor do contrato, conforme documento colacionado à fl. 532.

Apesar dos fatos acima narrados que configuram a consolidação da propriedade do imóvel na titularidade do autor, o imóvel em questão jamais foi entregue ao autor, porque ele sempre residiu no apartamento 401 do Edifício MART II bloco B, que seria o verdadeiro objeto do contrato, mas esse imóvel jamais lhe pertenceu, porque a escritura foi lavrada e registrada com menção ao apartamento 401 do condomínio MART II, bloco A, o qual havia sido vendido pelo construtor a terceiro desde o dia 25/03/1997.

Restou comprovado que o objeto do contrato e a intenção das partes era efetivar a compra e venda do apartamento 401 do Condomínio MART II bloco B. Os réus não contestam essa afirmação,

mesmo porque seria um absurdo negar o que comprovado documentalmente a todas as luzes. Em defesa atribuem uns aos outros e ao próprio autor da demanda, como se fosse ele o responsável pela confusão gerada na relação jurídica analisada.

Esclarecidas as questões fáticas, cinge-se a controvérsia em determinar se é devido o ressarcimento pelos danos causados ao autor e na medida da responsabilidade de cada uma das partes.

O Contrato Particular de Promessa de Compra e Venda de Imóvel para Entrega Futura de fls. 33/39 foi celebrado em 10/02/1998, entre o autor na condição de promitente comprador e CONSTRUTORA MART LTDA. em consórcio com ÔMEGA CONSTRUTORA E IMOBILIÁRIA LTDA., na condição de promitentes vendedoras. O contrato por instrumento particular de compra e venda de unidade isolada de mútuo com obrigações e hipoteca de fls. 29/32 foi celebrado em 29/05/1998, entre o autor, na condição de comprador e CONSTRUTORA MART LTDA., na condição de vendedora. Tal compromisso e contrato de compra e venda é que deram origem ao financiamento bancário e ao registro imobiliário. Daí vê-se que MAIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. não teve participação nos negócios jurídicos discutidos nos autos, de modo a afastar insofismavelmente sua responsabilidade civil em relação à pretensão do autor. Reitere-se restar provado que MAIA EMPREENDIMENTOS foi a proprietária da gleba onde construído o imóvel objeto da demanda, não mantendo com o autor da demanda nenhuma relação jurídica no que tange ao objeto da presente causa.

Em relação aos demandados CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF e CONSTRUTORA MART LTDA., ressalto que devem responder nos termos do Código de Defesa do Consumidor, porquanto estão incluídas na noção de serviço as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária (art. 3º, § 2º), não havendo dúvidas também em relação ao construtor que compreende também atividades relacionadas produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Não tenho dúvida em afirmar que nos termos do artigo 14 do CDC resta configurada a responsabilidade objetiva da CEF e da CONSTRUTORA MART:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente, da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Assim sendo, para que reste configurada a responsabilidade civil objetiva nas relações de consumo, é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos: 1) defeito do serviço prestado ou informações insuficientes/inadequadas sobre sua fruição e risco; 2) dano material ou moral; 3) nexo de causalidade entre o dano causado e o serviço prestado.

Destarte, através dos fatos anteriormente expostos, constata-se que está caracterizado o defeito do serviço prestado, haja vista a imissão de posse que sofreu o imóvel onde residia o autor da demanda, perdendo sua posse por causa absolutamente injusta, o erro da inserção do número do apartamento nos contratos realizados com a CONSTRUTORA e com a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL.

Quanto ao réu WALTER ULYSSES DE CARVALHO, responde ele objetivamente nos termos expressos na Lei 8.935/1994, artigo 22: “Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos da própria serventia, assegurado aos primeiros o direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos”. O STJ tem entendido prevalentemente que o dispositivo realça responsabilidade civil objetiva inegável.

Portanto, o autor faz jus à indenização por danos material e compensação pelo dano moral por estarem presentes os requisitos configuradores da responsabilidade objetiva, a serem suportados pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, CONSTRUTORA MART LTDA. E WALTER ULYSSES DE CARVALHO.

A perda do imóvel por erro grosseiro de redação e cláusula contratual com inserção de apartamento completamente estranho ao verdadeiro imóvel negociado, bem como a perda da posse por imissão de adquirente do imóvel em processo trabalhista promovido contra a Construtora Mart que em todo momento deixou a penhora seguir em frente mesmo já tendo alienado o imóvel há mais de 14 anos.

Não comungo com a tese de que o autor laborou com culpa concorrente, porque nos autos constam elementos materiais que levam a este julgador entender que o erro do autor da demanda era invencível no caso em apreço. Quer se dizer, no contrato de compra e venda de unidade isolada e mútuo com obrigações e hipoteca, fls. 29/32 consta a descrição do imóvel: apartamento residencial, número 401, do Condomínio Residencial MART II A, situado na Rua Projetada VL 03, nº 138, no Loteamento Água Fria. Já no contrato particular de promessa de compra e venda de imóvel para entrega futura, fls. 33/39, o imóvel é assim descrito: apartamento nº 401, posição sul/oeste, no 3º (terceiro) andar do edifício denominado Residencial Mart II A, que está sendo construído na Rua Projetada VL-03, LT 173, Qd. 730, Conjunto dos Bancários, João Pessoa/PB. Nos recibos de fl. 63 o imóvel é descrito: Rua Condomínio MART II B, 138, aptº 401, Água Fria, João Pessoa/PB. O mesmo endereço que consta na proposta de reestruturação de dívida de fl. 72.

Assim sendo, restando configurada a existência de prejuízos materiais e danos morais, deve o julgador quantificar a indenização, fixando-a com moderação, de maneira a reparar o ofendido pelo dano, sem, contudo, implicar enriquecimento sem causa do autor e conseqüente ressarcimento do valor do imóvel, avaliado em R\$ 110.000,00, nos termos do laudo de fls. 166/167, R\$ 387,00, referentes aos gastos com zona azul e cartório, e as despesas de aluguel mensal da moradia, desde a data do despejo, setembro de 2011, até a solução final do processo

Diferentemente do que consta na sentença, o valor do financiamento foi completamente quitado, portanto, o que resta concluir é que o autor firmou contrato de compra do imóvel e foi desapossado do mesmo por ato ilícito decorrente de negligência de empresas que deveriam laborar com o propósito de salvaguardar os interesses do autor.

Como se torna impossível material e juridicamente devolver o imóvel adquirido, o direito subjetivo do autor deve se consolidar em indenização e o dano material a ser ressarcido importa em R\$ 110.000,00 (cento e dez mil reais), conforme avaliado o imóvel adquirido pelo autor sem qualquer impugnação desse valor pelas partes em litígio, nos termos do laudo de fls. 166/167.

O contrato de locação firmado pelo autor, para ter um teto onde morar, uma vez que foi despejado do imóvel onde morava e que pagara o financiamento completamente, daí o seu direito ao recebimento do correspondente ao aluguel mensal no montante de R\$ 500,00, conforme contrato de fl. 170 que, do mesmo modo, não foi impugnado pelas partes litigantes.

Incluo na indenização R\$ 35,00 de despesa cartorária com o contrato de locação, recibo de fl. 255.

Os demais recibos de fls. 253/258, sobretudo os gastos com combustíveis, não permitem enxergar uma relação direta entre a despesa e o transtorno enfrentado pelo autor, razão pela qual é descabida a indenização nesse particular.

A caracterização do dano moral é incontestável, fazendo jus o autor à compensação devida pelos réus por estarem presentes os requisitos configuradores da responsabilidade objetiva. Ademais, a perda da posse do imóvel em virtude de imissão de posse em reclamação trabalhista promovida contra a CONSTRUTORA MART que lhe vendera o imóvel, a CEF e o Cartório de Registro de Imóveis, cujo titular é Walter Ulysses de Carvalho, que não tiveram as cautelas de verificar o verdadeiro imóvel vendido ao adquirente, como restou provado, causou sérios transtornos pessoais ao demandante, o qual, juntamente com sua família, tiveram sua tranquilidade abalada.

Assim, restando configurada a existência de dano moral, deve o Juiz quantificar a indenização, fixando-a com moderação de maneira a reparar o ofendido pelo dano, sem, contudo, implicar enriquecimento sem causa dos autores.

Por isso, tenho que a fixação do valor de R\$ 15.000,00 estabelecida na sentença, é razoável para reparar o dano moral, por atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A condenação deve abranger danos materiais no valor comprovado do imóvel (R\$ 110.000,00), devendo incidir juros de mora e correção monetária de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Danos morais confirmados no valor de R\$ 15.000,00, devendo incidir juros e ser corrigido monetariamente nos termos definidos pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Honorários advocatícios no percentual de 5% sobre o valor da condenação.

Com essas considerações, dou provimento parcial à apelação do autor e nego provimento às apelações dos demandados, CONSTRUTORA MART LTDA., CAIXA ECONÔMICA FEDERAL e WALTER ULYSSES DE CARVALHO.

É o meu voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 576.419-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelado: MUNICÍPIO DE ARACAJU (SE)
Advs./Procs.: DRS. JOÃO BAPTISTA BARBOSA ARRUDA E OUTROS (APTE.) E IVAN MAYNART SANTOS RODRIGUES (APDO.)

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. IMÓVEIS VINCULADOS AO PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL - PAR. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. FATOS NOTÓRIOS E INCONTROVERSOS. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. NOTIFICAÇÃO. REMESSA DO CARNÊ AO ENDEREÇO DO CONTRIBUINTE. ENDEREÇO DO IMÓVEL. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DA CEF. CONTRIBUINTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CEF. PRECEDENTES DESTA CORTE E DOS TRFS DA 3ª E DA 4ª REGIÃO.

- Apelação interposta pela CEF - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL em face de sentença proferida pelo Juízo Federal da 4ª Vara de Sergipe que, em sede de execução fiscal (Processo nº 0001119-40.2014.4.05.8500), rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela CEF e, no mérito,

to, julgou improcedentes os embargos do devedor.

- Será legítimo o julgamento antecipado da lide quando a matéria dos autos for exclusivamente de direito ou, sendo de fato e de direito, as questões de fato forem incontroversas (fatos notórios ou presumidos).

- No caso dos autos, inexistente a necessidade de produção de provas, pois, fatos notórios ou presumidos como o lançamento de ofício do IPTU e a notificação através da remessa do carnê de pagamento, independem de dilação probatória.

- A remessa, ao endereço do contribuinte, do carnê de pagamento do IPTU é ato suficiente para a notificação do lançamento tributário. (REsp 1.111.124/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Seção, DJe 04/05/2009, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC).

- A questão levantada neste recurso e que é essencial ao desate da pendência é no tocante ao que se entende por “endereço do contribuinte”, se o endereço do imóvel objeto da cobrança da exação ou, em se tratando de empresa, a sua sede.

- O lançamento do IPTU é feito de ofício pelo Fisco Municipal e a notificação desse lançamento ao contribuinte ocorre quando, apurado o débito, envia-se para o endereço do imóvel a comunicação do montante a ser pago.

- A Lei 10.188/2001 autorizou à CEF a criação de um fundo financeiro privado com fim de segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários e estabeleceu que constitui patrimônio do fundo os bens e direitos adquiridos pela CEF no âmbito do programa. Inteligência do art. 2º e § 2º, da Lei 10.188/2001.

- De acordo com o art. 2º, § 3º, da Lei 10.188/2001: “Os bens e direitos integrantes do patrimônio do fundo a que se refere o caput, em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fidu-

ciária da CEF, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio desta, observadas, quanto a tais bens e direitos”.

- A Lei 10.188/2001 claramente atribui à CEF a propriedade fiduciária dos imóveis objeto do PAR - PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL, de modo que a CEF não pode se furtar do cumprimento de suas obrigações, dentre elas, o pagamento dos tributos incidentes sobre o imóvel, como é o caso do IPTU. Precedentes desta Corte e dos TRFs da 3ª e da 4ª Região.

- Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Recife, 16 de dezembro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de apelação interposta pela CEF - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL em face de sentença proferida pelo Juízo Federal da 4ª Vara de Sergipe que, em sede de execução fiscal (Processo nº 0001119-40.2014.4.05.8500), rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela CEF e, no mérito, julgou improcedentes os embargos do devedor.

Argumenta o recorrente a nulidade da sentença, pois não seria caso de julgamento antecipado da lide, haja vista que o desate da pendência dependeria de dilação probatória; a nulidade da notificação do lançamento, considerando que o carnê foi enviado ao endereço do imóvel e não à sede regional da CEF; sua ilegitimida-

de passiva por não ser proprietária do imóvel ou titular de seu domínio útil.

Aduz, ainda, que a gestão do PAR - PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL é atribuição do Governo Federal, através do Ministério das Cidades, e que à CEF toca, apenas, a operacionalização do programa e em nome do Fundo Financeiro criado a partir da edição da Lei 10.188/2001. Requer o provimento do recurso.

Contrarrazões ofertadas.

Dessume-se dos autos que a CEF ajuizou embargos à execução fiscal, em virtude da cobrança, pelo Município de Aracaju (SE), por meio de execução fiscal, do IPTU, sustentando nulidade da inscrição em dívida ativa, ante a ausência de notificação da dívida inscrita; inobservância do princípio da ampla defesa; ilegitimidade passiva da CEF; imunidade tributária em conformidade com o art. 2º da Lei 10.188/2001, e art. 150, VI, a, da CF/88.

A sentença que rejeitou a preliminar e julgou improcedentes os embargos do devedor, resume-se na seguinte ementa:

DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA NA EXECUÇÃO FISCAL. TEORIA DA ASSERTÃO. REJEIÇÃO. MÉRITO. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO - IPTU. NOTIFICAÇÃO. ENDEREÇO DO SUJEITO PASSIVO. LANÇAMENTO. PRESCINDIBILIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO-FISCAL. DADOS NECESSÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DO TRIBUTO QUE CONSTANTES DO CARNÊ ENVIADO AO CONTRIBUINTE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATORIOS A CORROBORAREM COM O DIREITO VINDICADO. SUJEITO PASSIVO DO IPTU. CONTRATO DE ARRENDAMENTO. INADMISSIBILIDADE DE ALTERAR SUJEIÇÃO PASSIVA DA EXAÇÃO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. NÃO INCIDÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. As condições da ação – legitimidade das partes, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido – devem ser aferidas segundo a “Teoria da Assertão” (*Prospet*

tazione), ou seja, em abstrato, consoante as asserções lançadas pela parte autora na petição inicial. Justificada a legitimidade passiva da demandante no ato da interposição dos embargos. Rejeição da preliminar.

2. A inscrição na Dívida Ativa goza da presunção relativa de certeza e liquidez, que somente poderá ser afastada por prova cabal a descaracterizá-la, cujo ônus é conferido ao devedor ou ao terceiro interessado (art. 204 do Código Tributário Nacional, e art. 3º da Lei nº 6.830/1980).

3. “O contribuinte do IPTU é notificado do lançamento pelo envio do carnê ao seu endereço” – enunciado da Súmula nº 397 do Superior Tribunal de Justiça.

4. “Cabe à legislação municipal estabelecer o sujeito passivo do IPTU” – enunciado da Súmula nº 399 do Superior Tribunal de Justiça.

5. Contribuinte do Imposto Sobre a Propriedade Predial Territorial Urbana é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título. São também contribuintes, os promitentes compradores imitados na posse, os posseiros, ocupantes ou comodatários de imóveis pertencentes à União, ao Estado, ao Município, ou a qualquer das outras pessoas isentas do mesmo ou a eles imunes. Inteligência do art. 169 do Código Tributário do Município de Aracaju (Lei Municipal nº 1.547/1989).

6. As convenções entre os particulares quanto à responsabilidade tributária são inoponíveis à Fazenda Pública, especialmente em ordem a modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes, a teor do disposto no art. 123 do Código Tributário Nacional.

7. Tratando-se de arrendamento de bem imóvel, a CEF, na condição de proprietária do mesmo, é a responsável pelo pagamento do IPTU - Imposto Predial e Territorial Urbano.

8. Rejeição da preliminar. Improcedência do pedido.

Era o que cabia relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

De acordo com o art. 330 do CPC, o juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença quando a questão for unica-

mente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houve necessidade de produzir prova em audiência.

De acordo com o dispositivo mencionado o julgamento antecipado é faculdade do magistrado, concedida pela legislação processual, quando lhe parecer desnecessária a produção de provas.

Assim, será legítimo o julgamento antecipado da lide quando a matéria dos autos for exclusivamente de direito ou, sendo de fato e de direito, as questões de fato forem incontroversas (fatos notórios ou presumidos).

No caso dos autos, inexistente a necessidade de produção de provas, pois, fatos notórios ou presumidos como o lançamento de ofício do IPTU e a notificação através da remessa do carnê de pagamento, independem de dilação probatória.

No que pertine à nulidade do procedimento administrativo, ante a ausência de notificação do sujeito passivo, observo que o distinto STJ julgou, em definitivo, a matéria, ao se apreciar o REsp 1.111.124/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, decidido sob os auspícios do sistema de recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), cuja ementa consignou:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. LANÇAMENTO. NOTIFICAÇÃO MEDIANTE ENTREGA DO CARNÊ. LEGITIMIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DEMORA NA CITAÇÃO NÃO IMPUTÁVEL AO EXECUENTE. SÚMULA 106/STJ.

1. A jurisprudência assentada pelas Turmas integrantes da 1ª Seção é no sentido de que a remessa, ao endereço do contribuinte, do carnê de pagamento do IPTU é ato suficiente para a notificação do lançamento tributário.

2. Segundo a súmula 106/STJ, aplicável às execuções fiscais, "Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência".

3. Recurso especial a que se nega provimento. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

Conforme se verifica a compreensão assente no âmbito do col. STJ é no sentido de que a remessa, ao endereço do contribuinte, do carnê de pagamento do IPTU é ato suficiente para a notificação do lançamento tributário. Assim, não há que se falar em nulidade do processo administrativo por ausência de notificação do sujeito passivo.

A questão levantada neste recurso e que é essencial ao desate da pendência é no tocante ao que se entende por “endereço do contribuinte”, se o endereço do imóvel objeto da cobrança da exação ou, em se tratando de empresa, a sua sede.

Ressalto, ademais, que o voto-condutor do eminente Min. Teori Zavascki, fez constar, consoante entendimento já sedimentado no âmbito do col. STJ que o lançamento do IPTU é feito de ofício pelo Fisco Municipal e a notificação desse lançamento ao contribuinte ocorre quando, apurado o débito, envia-se para o endereço do imóvel a comunicação do montante a ser pago.

No tocante a sujeição passiva da CEF, como contribuinte do IPTU, incidente sobre os imóveis objeto do PAR - PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL, programa do Governo Federal, instituídos pela Lei 10.188/2001, cuja gestão foi confiada ao Ministério das Cidades e a operacionalização à CEF.

De acordo com o art. 2º da Lei 10.188/2001, com redação impressa pela Lei 12.693/2012:

Art. 2º Para a operacionalização do Programa instituído nesta Lei, é a CEF autorizada a criar um fundo financeiro privado com o fim exclusivo de segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários destinados ao Programa.

§ 1º O fundo a que se refere o *caput* será subordinado à fiscalização do Banco Central do Brasil, devendo sua contabilidade sujeitar-se às normas do Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional (Cosif), aos princípios gerais de contabilidade e, no que couber, às demais normas de contabilidade vigentes no País.

§ 2º O patrimônio do fundo a que se refere o *caput* será constituído:

I - pelos bens e direitos adquiridos pela CEF no âmbito do Programa instituído nesta Lei; e

II - pelos recursos advindos da integralização de cotas.
§ 3º Os bens e direitos integrantes do patrimônio do fundo a que se refere o *caput*, em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da CEF, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio desta, observadas, quanto a tais bens e direitos.

A redação do dispositivo acima claramente atribui à CEF a propriedade fiduciária dos imóveis objeto do PAR - PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL. De modo que a CEF não pode se furtar do cumprimento de suas obrigações, dentre elas o pagamento dos tributos incidentes sobre o imóvel, como é o caso do IPTU.

Nesse sentido, inclusive, se firmou a orientação desta Corte e dos TRFs da 3ª e da 4ª Região. A propósito:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATO AGRAVADO QUE INDEFERIU EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE OPOSTA PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, AFASTANDO A ILEGITIMIDADE PASSIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA NA EXECUÇÃO FISCAL MOVIDA PARA EXIGIR O PAGAMENTO DE DÉBITO TRIBUTÁRIO RELATIVO AO IPTU DE IMÓVEL FINANCIADO PELO PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL [PAR].

1. Na exceção de pré-executividade, a Caixa Econômica Federal invocou sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da execução fiscal, com base no fato de ser o imóvel integrante do patrimônio do Fundo de Arrendamento Residencial [FAR], bem como na imunidade tributária prevista no art. 2º da Lei 10.188/2001, c/c o art. 150, inciso VI, alínea a, da Constituição Federal.

2. Na dicção da Lei 10.188, que instituiu o Programa de Arrendamento Residencial [PAR], os bens adquiridos pelo Fundo de Arrendamento Residencial [FAR] são mantidos sob a propriedade fiduciária da Caixa Econômica Federal, conforme o artigo 2º, parágrafo 3º, do mencionado diploma, tendo por finalidade exclusiva a segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários destinados ao aludido PAR, sendo que os bens e direitos integrantes do patrimônio do fundo, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio nem integram o ativo da Caixa Econômica Federal. Afas-

ta-se a tese de não sujeição tributária da instituição financeira, ora agravante, ao pagamento do IPTU, face à titularidade do domínio, nos termos do art. 34 do Código Tributário Nacional, que, expressamente, dispõe que o contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título. Jurisprudência [AG - 112.279, Des. Francisco Barros Dias, *DJe* de 24 de fevereiro de 2011, pág. 590; AG - 114.589, Des. Rubens de Mendonça Canuto, convocado, *DJe* de 20 de outubro de 2011, pág. 200; AG - 114.596, Des. Cíntia Menezes Brunetta, convocado, *DJe* de 29 de setembro de 2011, pág. 137].

3. Rejeição da alegada imunidade tributária, uma vez que a circunstância jurídica não se coaduna com o disposto no art. 173, parágrafo 2º, da Constituição Federal, ao prever que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

4. Agravo de instrumento improvido.

(AG 138.225/SE, Desembargador Federal Vladimir Carvalho, 2ª Turma, *DJe* 29/08/2014)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU INCIDENTE SOBRE IMÓVEL OBJETO DO PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL. IMUNIDADE RECÍPROCA AFASTADA E LEGITIMIDADE PASSIVA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. APELO PROVIDO.

1. Conforme a Lei nº 10.188/2001 os bens e direitos que integram o patrimônio do Fundo de Arrendamento Residencial (FAR) não pertencem ao ativo da Caixa Econômica Federal, mas são por ela mantidos sob propriedade fiduciária enquanto não alienados a terceiros.

2. A empresa pública está sujeita ao pagamento do IPTU que decorre do domínio sobre os imóveis destinados ao Programa de Arrendamento Residencial que remanescem com ela, portanto é a titular do domínio e por isso atrai para si a sujeição passiva tributária conforme dimana do artigo 34 do Código Tributário Nacional (contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título).

3. Apelo provido.

(0002523-40.2013.4.03.6133/SP, Rel. Des. Federal Johnsom di Salvo, 6ª Turma, DJe 05/09/2014)

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. LEGITIMIDADE. IPTU. IMUNIDADE RECÍPROCA. AGRAVO LEGAL PROVIDO EM PARTE.

- Cuida, a hipótese, de exceção de pré-executividade na qual a parte agravante alega sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da execução fiscal, cujo objeto é o pagamento de IPTU - Imposto Predial e Territorial Urbano, Coleta e Remoção de Lixo.

- O Programa de Arrendamento Residencial-PAR destina-se ao atendimento da população de baixa renda, sob a forma de arrendamento residencial com opção de compra, conforme preceitua o art. 1º da Lei nº 10.188/2001.

- Observa-se que a gestão do Programa vincula-se ao Ministério das Cidades e sua operacionalização à Caixa Econômica Federal - CEF, com previsão de criação de um Fundo destinado à “segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários destinados ao Programa” (artigo 2º da Lei nº 10.188/2001).

- Mesmo que os bens e direitos que integram o patrimônio do Fundo de Arrendamento Residencial - FAR não façam parte do ativo da CEF, e com ele não se comuniquem, há que se considerar que os mesmos são por ela mantidos sob propriedade fiduciária enquanto não alienados (artigo 2º, § 3º, da Lei nº 10.188/2001), no que resulta em sua sujeição passiva relativamente ao IPTU e taxa do lixo, e sua consequente legitimidade para figurar no polo passivo da execução fiscal.

- No que se refere à responsabilidade tributária para o recolhimento do IPTU, esta Turma já firmou posicionamento no sentido de que em se tratando de Programa ligado ao Ministério das Cidades, órgão vinculado à União Federal, o reconhecimento da imunidade tributária recíproca se impõe.

- Agravo legal provido em parte.

(0001344-06.2014.4.03.0000/SP, Relª. Desª. Federal Mônica Nobre, 4ª Turma, DJe 23/07/2014)

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL DE IPTU INCIDENTE SOBRE IMÓVEL OBJETO DE PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL, ATUALMENTE SOB A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF. LEGITIMIDADE PASSIVA E AUSÊNCIA DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Nos termos da Lei nº 10.188/2001 os bens e direitos que integram o patrimônio de Fundo de Arrendamento Residencial (FAR) não se misturam aos ativos da CEF, porém são por ela mantidos sob propriedade fiduciária até que sejam alienados a terceiros.

2. Sendo assim, a CEF está sujeita ao pagamento do IPTU que decorre do domínio sobre os imóveis destinados ao Programa de Arrendamento Residencial que remanescem com ela, porquanto é a titular do domínio e por isso atrai para si a sujeição passiva tributária, nos termos do art. 34 do Código Tributário Nacional (contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título).

3. Agravo interno conhecido e desprovido.

(0009136-11.2014.4.03.0000/SP, Rel. Des. Federal Nelton Santos, 6ª Turma, DJe 13/06/2014)

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. TAXAS MUNICIPAIS. ARRENDAMENTO RESIDENCIAL. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA.

1. No Programa de Arrendamento Residencial - PAR, os imóveis são mantidos sob a propriedade fiduciária da CEF (artigo 2º, § 3º), apesar de não se comunicarem com o seu patrimônio. Assim, até a transferência da propriedade para o arrendatário, fica o imóvel mantido sob a propriedade da CEF. Portanto, sendo a CEF proprietária do imóvel, inegável sua legitimidade passiva.

2. Ademais, o fato de o arrendatário do imóvel ser considerado contribuinte do IPTU e da taxa de coleta de lixo não exclui a responsabilidade tributária do titular do domínio.

3. A condenação em honorários advocatícios deve ser mantida, diante da sucumbência mínima do exequente (art. 21, parágrafo único, do CPC).

4. Recurso improvido.
(Processo: 5018927-73.2012.404.7108, JOEL ILAN PACIORNIK, 1ª Turma, *DJe* 20/11/2014).

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. IPTU. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. IMUNIDADE NÃO CONFIGURADA.

A circunstância de os imóveis adquiridos no âmbito do PAR não integrem o ativo da CEF, com o qual não se comunicam (conforme o disposto no art. 2º da Lei nº 10.188/2001), constituindo patrimônio do um fundo privado chamado FAR, não altera a responsabilidade tributária, vez que a proprietária fiduciária e, portanto, titular do domínio é a CEF, e não o FAR, como, inclusive, expressamente destacado no § 3º do referido dispositivo legal. Não incide, pois, a regra do artigo 150, VI, a, da Constituição Federal.

(Processo: 5002733-76.2013.404.7200, CARLA EVELISE JUSTINO HENDGES, 2ª Turma, *DJe* 06/08/2014).

Com essas considerações, nego provimento ao apelo.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0800819-52.2012.4.05.8100-CE (PJe)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO

Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI E NÚCLEO DE ATENDIMENTO ODONTOLÓGICO – NATO – LTDA.

Apelado: ADOLFO EMBACHER FILHO

Advs./Procs.: DRS. BRUNO DE CARVALHO FIGUEIREDO E JOSÉ RENATO BARROSO BRAGA NETO E LUZIA NEIDA DE LIMA E FERNANDO RODRIGUES DOS SANTOS

EMENTA: PROPRIEDADE INDUSTRIAL. LEI Nº 9.279/96. INPI. REGISTRO DE MARCAS. ANULAÇÃO. EMPRESAS COM DENOMINAÇÃO SIMILAR. IDÊNTICO SEGMENTO MERCADOLÓGICO.

CO. ODONTOLOGIA. COLIDÊNCIA DAS MARCAS “NATO”. RISCO DE CONFUSÃO INEXISTENTE QUANTO À MARCA ORTOGNATO. CESSAÇÃO DO USO DA MARCA. HONORÁRIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

- Apelação desafiada em face da sentença que julgou procedente pedido de anulação dos registros das marcas “NATO” Núcleo de Atendimento Odontológico e “ORTOGNATO”, declarando a nulidade dos registros junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, condenando a parte ré no pagamento de honorários advocatícios em R\$ 3.000,00 (três mil reais), com fulcro no artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do CPC.

- Argumentou o autor ser detentor da marca “NATO - Núcleo Avançado de Terapêutica Ortodôntica”, localizada em Itú/São Paulo, registrada em 1997 e com validade até 2020, bem assim que as marcas registradas pelo INPI em nome de outra empresa (em datas posteriores à sua), lhe trarão prejuízos comerciais, pois, além da identidade de nomes, o outro demandado também atua no ramo de odontologia, podendo haver confusão no mercado.

- A obtenção do registro de determinada marca, depende de análise técnica por parte do INPI, na forma do que dispõe a Lei nº 9.279/96.

- A marca de propriedade do autor apresenta-se como “N.A.T.O. NÚCLEO AVANÇADO DE TERAPÊUTICA ODONTOLÓGICA”, e da parte ré, “NATO NÚCLEO DE ATENDIMENTO ODONTOLÓGICO” e “ORTOGNATO”. A marca de propriedade do autor teve seu registro concedido em 27-6-2000 e prorrogado em 27-6-2010, sendo prorrogada até 27-6-2020; e os registros das marcas de propriedade da parte ré foram concedidos em março e setembro de 2011.

- Marcas que oferecem serviços variados na área da odontologia: cirurgias, implantes, próteses,

estética, periodontia, endodontia, ortodontia, participando e explorando, sem dúvida, o mesmo seguimento de mercado.

- A marca do autor é constituída pela reunião das primeiras letras que compõem as palavras da expressão “NÚCLEO AVANÇADO DE TERAPEÚTICA ODONTOLÓGICA”, formando o acrônimo “N.A.T.O”. A primeira marca da ré é constituída pela reunião das primeiras letras que compõem as palavras da expressão “NÚCLEO DE ATENDIMENTO ODONTOLÓGICO”, que também formam a sigla “NATO”.

- A palavra “NATO” da empresa ré tem aspecto gráfico semelhante e reprodução fonética idêntica à marca “N.A.T.O.” da empresa do autor, sendo certo que ambas as empresas utilizam o elemento “NATO” como principal identificador.

- Embora a marca do autor seja nominativa e as marcas da empresa ré serem mistas, a documentação constante dos autos revela que a palavra “NATO” é utilizada com frequência, isoladamente, para identificar ambas as empresas.

- A marca “NATO” e “ORTOGNATO” possuem conjuntos gráficos e fonéticos distintos e inconfundíveis entre si, sem risco de confusão ou associação indevida para o público consumidor, em Fortaleza/CE. Serviços que são oferecidos em cidades distintas. Precedentes jurisprudenciais.

- “(...) eventual colidência entre nome empresarial e marca não é resolvido tão somente sob a ótica do princípio da anterioridade do registro, devendo ser levado em conta ainda os princípios da territorialidade, no que concerne ao âmbito geográfico de proteção, bem como o da especificidade, quanto ao tipo de produto e serviço”. (REsp nº 1359666/RJ, Terceira Turma, julg. em 28-5-2013, Rel. Min. Nancy Andrighi)

- O risco de confusão ou associação indevido, afastados. Consumidores que dispõem de far-

tos elementos para identificarem cada serviço, que são oferecidos em cidades distintas.

- Honorários advocatícios mantidos em R\$ 3.000,00, a serem rateados igualmente entre as partes litigantes, em face da sucumbência recíproca (artigo 21 do Código de Processo Civil), já que o INPI, ao conceder os registros da apelante, contribuiu substancialmente na percepção de legitimidade da conduta adotada por esta.

- Apelação do INPI provida. Apelação da parte ré provida, em parte.

ACÓRDÃO

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

Recife, 23 de outubro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Apelação desafiada em face da sentença que julgou procedente pedido de anulação dos registros das marcas NATO Núcleo de Atendimento Odontológico e ORTOGNATO, que poderiam comprometer a prestação de serviços do autor, declarando a nulidade dos registros junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial, determinando que o referido órgão adote as providências legais e administrativas necessárias ao cumprimento da decisão.

Determinou, ainda, que a empresa ré se abstenha de utilizar as marcas “NATO” e “ORTOGNATO” no desenvolvimento de suas

atividades empresariais, suprimindo-a de todo e qualquer documento a que se refira, condenando-a no pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais), com fulcro no artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do CPC.

Nas razões do recurso, o representante da empresa Núcleo de Atendimento Odontológico – NATO – LTDA., e ORTOGNATO, aduz que as expressões que compõem a sua marca e a do autor, são de uso comum, sobremaneira no segmento odontológico, ou seja, são expressões fracas ante o Direito Marcário, motivo pelo qual seu espectro de proteção é reduzido, sendo possível o convívio pacífico.

Sustenta que as empresas que utilizam sinais deste gênero, seja na composição do seu nome comercial ou de sua marca, acarretam para si a possibilidade de arcar com a convivência com outros sinais assemelhados, consoante jurisprudência dos Tribunais.

Alega que não há como negar que tanto as palavras que formam a expressão do autor/apelada (NÚCLEO AVANÇADO DE TERAPÊUTICA ODONTOLÓGICA), como as que compõem a sua marca (NÚCLEO DE ATENDIMENTO ODONTOLÓGICO), são de uso comum, pois, cada uma, isolada ou acompanhada por outros termos, são utilizadas por uma infinidade de empresa na designação de seus serviços. Daí, porque entende que a aglutinação de termos fracos de uso comum e carentes de distintividade, comporta a criação de siglas também fracas, e justamente esta condição impõe a redução de sua proteção e autoriza a convivência pacífica das marcas em tela, conforme evidenciado.

Outrossim, enfatiza que as suas marcas foram consideradas distintivas e suscetíveis de proteção pelo próprio INPI, tanto que lhe foram concedidos os registros, sobretudo quando se constata que são formuladas por sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais, conforme estabelece o artigo 122 da Lei nº 9.270/96 – Lei da Propriedade Industrial (LPI).

Assevera, que o sinal utilizado pela apelante é visualmente perceptível, vez que foi empregada uma estilização original em sua configuração e apresentação, o que lhe confere a necessária distintividade, e, diferentemente do como entendeu o douto magistra-

do, suas marcas são estilizadas e originais, não sendo suscetíveis de confundirem-se ou associarem-se com a marca do apelado, que é completamente desprovida de qualquer estilização.

Na sequência, diz que outro fator que deve ser considerado é o de desenvolver suas atividades em estado diferente, condição que, somada à distintividade característica de cada identidade marcária, corrobora a identificação da proveniência de cada serviço, e afasta o risco de confusão ou associação indevida dos consumidores, já que dispõem de fartos elementos para identificarem cada serviço que são oferecidos e em cidades distintas, sendo assim plenamente possível a convivência pacífica entre as marcas da apelante e a marca do apelado.

Por derradeiro, reitera que toda a conduta da apelante, consistente em identificar seus serviços com as marcas mistas “NATO - NÚCLEO DE ATENDIMENTO ODONTOLÓGICO” e “ORTOGNATO”, foi absolutamente legítima, posto que sempre trabalhou no sentido de gerar credibilidade e reconhecimento por méritos próprios, tudo com a chancela do INPI, que concedeu a proteção marcária.

Requeru a reforma da sentença, salientando que não deve arcar com a integralidade das custas processuais e honorários, pois tanto o INPI, no mister de proporcionar segurança em seus atos, como o apelado, dada sua inércia na seara administrativa, concorreram para a regularidade da conduta da apelante.

O Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, representado pela União também apela, pugnando pela reforma parcial da sentença, no tocante à declaração de nulidade do Registro nº 830144234 (marca “ORTAGNATO”), pois entende que tal registro não violou as restrições da Lei nº 9.279/96, contida no artigo 124, inciso XIX.

Sustenta, que inobstante ambos possuírem o elemento “NATO” em sua composição, na marca da ré a percepção isolada deste elemento é mitigada com a justaposição do elemento “ORTAG”, formando um outro elemento totalmente distinto, o que impede, conseqüentemente, qualquer risco de confusão ou associação para os consumidores.

Destaca, ainda, que a marca afeta à autora tem como mercado apenas produtos odontológicos (ortodontia), enquanto o mercado da empresa ORTOGNATO é mais amplo envolvendo instrumentos e serviços, no caso cirurgias suco-maxilarfacial e implantes dentários, o que torna mais evidente a distinção entre elas, não podendo, neste caso dizer, que apenas por conta de uma assemelhação parcial do nome das duas marcas, seria vedado o registro e a convivência de ambas no mercado.

Por fim, assevera que, em não sendo evidente a violação à lei, não poderia o Poder Judiciário infirmar a referida decisão administrativa, o que provocaria temerária invasão do mérito do ato administrativo. Assim, inexistente violação a quaisquer princípios constitucionais ou parâmetro jurídico a postura adotada pelo INPI, resta afastado o controle jurisdicional.

Sem contrarrazões.

É o relatório. Dispensada a revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Como ensaiado no relatório, cuida-se de ação ordinária ajuizada em desfavor do Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, através da qual o autor requereu a anulação dos registros das marcas NATO Núcleo de Atendimento Odontológico e ORTOGNATO, n°s 830143939 e 830144234, respectivamente, a fim de que a parte ré não mais utilize as marcas "NATO".

Argumentou o autor ser detentor da marca NATO - Núcleo Avançado de Terapêutica Ortodôntica, localizada em Itú/São Paulo, registrada em 1997 e com validade até 2020.

Entende que as marcas registradas pelo INPI em nome de outra empresa (em datas posteriores à sua) podem lhe trazer prejuízo comercial, pois, além da identidade de nomes, o outro demandado também atua no ramo de odontologia, podendo haver confusão no mercado.

Buscou, pois, tutela jurisdicional para declarar a nulidade dos registros n°s 830143939 e 830144234 junto ao INPI, bem assim

impedir que o réu se abstenha de utilizar as marcas “NATO” e “ORTAGNATO” no desenvolvimento de suas atividades.

A obtenção do registro de determinada marca por parte do administrado depende de análise técnica por parte do Instituto Nacional de Propriedade Industrial, dentro de um devido processo legal previsto na Lei nº 9.279/96 – Lei da Propriedade Industrial.

Analisando, primeiramente, o apelo da empresa N.A.T.O. NÚCLEO AVANÇADO DE TERAPÊUTICA ODONTOLÓGICA, parte ré na ação ordinária.

Estabelece o artigo 122 da Lei nº 9.279/96, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, que “São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais”.

Por seu turno, o artigo 124, inciso XIX, que cuida dos sinais registráveis como marca, proíbe a “reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia”.

Já no capítulo que dispõe dos direitos sobre as marcas, ficou estabelecido no artigo 129, *verbis*:

Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.

§ 1º - Toda pessoa que, de boa fé, na data da prioridade ou depósito, usava no País, há pelo menos 6 (seis) meses, marca idêntica ou semelhante, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, terá direito de precedência ao registro.

§ 2º - O direito de precedência somente poderá ser cedido juntamente com o negócio da empresa, ou parte deste, que tenha direta relação com o uso da marca, por alienação ou arrendamento.

Interpretando-se as normas adrede transcritas em conjunto com os documentos colacionados autos, devem ser analisados

os registros concedidos, as identidades e o alcance das marcas, os serviços oferecidos pelas empresas, se pertencem ao mesmo gênero de indústria e comércio, assim como se as marcas têm semelhança suficiente para possibilitar confusão ao consumidor.

A marca de propriedade da parte autora apresenta-se como N.A.T.O. NÚCLEO AVANÇADO DE TERAPÊUTICA ODONTOLÓGICA e da parte ré, denominam-se NATO NÚCLEO DE ATENDIMENTO ODONTOLÓGICO e ORTOGNATO.

A primeira, a marca de propriedade do autor, teve seu registro concedido em 27/06/2000 e prorrogado em 27/06/2010, sendo prorrogada até 27-6-2020; e os registros das marcas de propriedade da parte ré lhe foram concedidos em março e setembro de 2011.

As três marcas oferecem serviços variados na área da odontologia, tais como cirurgias, implantes, próteses, estética, periodontia, endodontia, ortodontia, participando e explorando, sem dúvida, o mesmo seguimento de mercado.

É certo que a empresa ré atua no ramo da odontologia na cidade de Fortaleza/CE e a autora em Itu/SP. Mas este fato não retira da parte autora do direito de exclusividade de uso da marca em todo o território nacional.

Destaque-se que a marca do autor é constituída pela reunião das primeiras letras que compõem as palavras da expressão “NÚCLEO AVANÇADO DE TERAPÊUTICA ODONTOLÓGICA”, que formam o acrônimo “N.A.T.O.”.

Por seu turno, a primeira marca da ré é constituída pela reunião das primeiras letras que compõem as palavras da expressão “NÚCLEO DE ATENDIMENTO ODONTOLÓGICO”, que também formam a sigla “NATO”. Todas foram concedidas sem direito ao uso exclusivo das respectivas expressões, o que se justifica pelo caráter usual daquelas palavras no ramo mercadológico da odontologia, sendo garantida a coexistência de locução que as reúnam.

A restrição, contudo, não se refere à palavra “NATO”, elemento principal das referidas marcas. A palavra “NATO” da empresa ré tem aspecto gráfico semelhante e reprodução fonética idêntica à marca “N.A.T.O.” da empresa do autor, sendo certo que ambas as empresas utilizam o elemento “NATO” como principal identificador.

Embora a marca da empresa autora seja nominativa e as marcas da empresa ré serem mistas, a documentação constante dos autos revela que a palavra “NATO” é utilizada com frequência, isoladamente, para identificar ambas as empresas, como se percebe, por exemplo, quando a ré usa a expressão “equipe de especialistas NATO” – fl. 33 – e a parte autora se identifica em material publicitário – fl. 57.

Relava destacar, outrossim, que a empresa do autor oferece seus serviços além das fronteiras locais, difundindo sua marca para o território nacional e internacional para o exterior, principalmente quando atua na área acadêmica, organizando congressos, palestras e cursos em diversos países, inexistindo dúvidas que a coexistência das marcas pode causar confusão ou associação ao público consumidor.

O mesmo não se diga com relação à marca “ORTOGNATO”. Senão vejamos.

Observa-se claramente que a marca “NATO” e “ORTOGNATO” possuem conjuntos gráficos e fonéticos distintos e inconfundíveis entre si, sem risco de confusão ou associação indevida para o público consumidor.

Inobstante ambas as marcas possuam o elemento “NATO” em sua composição, e atuem na área odontológica, na marca da ré a percepção isolada deste elemento é mitigada com a justaposição do elemento “ORTAG”, formando um outro elemento totalmente distinto, impedindo, conseqüentemente, qualquer risco de confusão ou associação para os consumidores.

Não se pode, pois, neste caso, dizer que apenas por conta de uma assemelhação parcial do nome das duas marcas seria vedado o registro e a convivência de ambas no mercado.

Embora as marcas em confronto identifiquem produtos pertencentes ao mesmo segmento mercadológico – produtos odontológicos –, não vejo como a convivência entre as duas possa possibilitar erro, dúvida ou confusão no público-alvo, pois são dotadas de suficientes elementos distintivos.

Além disso, inexistente possibilidade de confusão ou associação indevida, mercê dos serviços serem oferecidos em cidades distin-

tas, sendo, assim, entende ser plenamente possível a convivência pacífica entre a marca “NATO”, do autor, localizada em Itú/SP, e a marca “ORTOGNATO”, instalada em Fortaleza/CE.

Confiram-se os arestos a seguir reproduzidos; *verbis*:

PROPRIEDADE INDUSTRIAL. APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR. ACOLHIMENTO. INPI. RÉU. REGISTRO DE MARCA. POSSIBILIDADE. CONFUSÃO AO PÚBLICO CONSUMIDOR. NÃO OCORRÊNCIA. MARCA CONTENDO EXPRESSÃO EFETIVAMENTE DESGASTADA. MARCA DOTADA DE SUFICIENTE DISTINTIVIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À LEGISLAÇÃO MARCÁRIA.

1 - Nas ações onde o objetivo é a nulidade do registro marcário, deve o INPI integrar a lide na qualidade de corréu, sendo litisconsorte passivo do titular da marca cuja declaração de nulidade se pretende, tendo em vista que a concessão do registro impugnado resultou de ato administrativo da autarquia e que, certamente, será atingido diretamente pela decisão judicial;

2 - Colidência entre os registros das marcas da apelante, num total 27 (vinte e sete), todos compostos com a expressão “CHIPS”, dentre os quais destaca-se a marca mista “BIGCHIPS, com o registro da marca nominativa “GRAN CHIP’S”, de titularidade da empresa-apelada;

3 - A expressão “CHIPS” sofreu efetivamente um desgaste, podendo-se encontrar diversas marcas e nomes comerciais com a dita expressão, principalmente no ramo de alimentação, razão pela qual o fato das marcas possuírem um elemento nominativo semelhante não é suficiente para caracterizar a possibilidade de confusão entre as marcas de titularidade das empresas em litígio;

4 - Os termos “BIG” e “GRAN” tornam-se indicadores de qualidade quando acompanhada de outro termo, como no caso concreto em que tanto a empresa-apelante como a empresa-apelada utilizaram a referida palavra a fim de compor a denominação de suas marcas: “BIGCHIPS” (da apelante) e “GRAN CHIP’S” (da apelada);

5 - Marcas deste gênero, se por um lado são evocativas e atraem o público consumidor de forma a identificar o tipo ou a qualidade do produto, por outro lado, também trazem a possibilidade de arcar com a convivência com outras marcas assemelhadas, como no caso em tela;

6 - Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TRF 2ª Região, AC nº 200251015118557, Primeira Turma Especializada, DJU de 30-6-2008, Rel. Des. Fed. Abel Gomes)

APELAÇÃO. COLIDÊNCIA DE MARCAS. “CANSON” E “NOUVELLE CHANSON”. RISCO DE CONFUSÃO INEXISTENTE.

1. A Justiça Federal é competente para apreciar o pedido de abstenção de uso, por ser consequência lógica do pedido de nulidade do registro, ressalvado o entendimento da relatora no sentido da competência da Justiça Federal também para apreciar o pedido indenizatório.

2. Seguindo a melhor doutrina na matéria, a colidência entre marcas se afere por suas semelhanças, e não por suas diferenças; mas as semelhanças entre ambas não têm força suficiente para impossibilitar a coexistência harmônica entre elas, induzindo a erro, dúvida ou confusão o consumidor.

3. As marcas em confronto – CANSON, da apelante, e NOUVELLE CHANSON, da apelada, embora apresentem parcial colidência gráfica (CANSON/CHANSON), apresentam outros elementos de destaque, visto que a marca da apelante é formada a partir de seu nome comercial, não apresentando nenhum significado dicionarizado, enquanto que a marca da apelada é composta por duas palavras francesas que unidas são traduzidas para o idioma português pela expressão “nova canção”. Além disso, a marca da autora se apresenta sob a forma mista, compondo-se a partir de uma conjunção de elementos nominativos com grafia estilizada, enquanto a marca da empresa ré se reveste simplesmente da forma nominativa, o que acentua a diversidade visual entre ambas.

4. Ante a impossibilidade de acolher o pleito autoral de nulidade da marca da empresa ré, resta, conseqüentemente, improcedente o pedido de abstenção de uso.

5. Apelação parcialmente provida.

(TRF 2ª Região, AC nº 200551015193830, Segunda Turma Especializada, DJU de 13-6-2008, Rel. Des. Fed. Liliane Roriz)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO APONTADA. INEXISTÊNCIA.

I - Sob o argumento de que o acórdão contém contradição, a embargante deseja suscitar nos embargos questão dou-

trinária que envolve a matéria decidida. Em verdade, o confronto diz respeito às marcas CORPORE CLUB DE GINÁSTICA, da autora, e CORPORE, da ré, de modo que a ementa carece de correção, por ter cometido o equívoco de citar não a marca da ré, mas sua razão social. Assim, a ementa passa a ter a seguinte redação: PROPRIEDADE INDUSTRIAL - ATO ADMINISTRATIVO DE CANCELAMENTO DE REGISTRO DE MARCA - NULIDADE. I - O art. 65, item 17, do Código de Propriedade Industrial não veda, propriamente, a coexistência de marcas iguais ou semelhantes, proibindo, apenas, a convivência daquelas suscetíveis de induzir o consumidor ou o usuário a erro, dúvida ou confusão. II - Recurso provido, para reformar a sentença”.

II - Embargos de Declaração providos, em parte, apenas, para reformar a ementa, na forma exposta.

(TRF 2ª Região, EDAC nº 9002003145, Primeira Turma, Rel. Des. Fed. Castro Aguiar)

PROPRIEDADE INDUSTRIAL. COLIDÊNCIA DE MARCAS MISTAS. RISCO DE CONFUSÃO INEXISTENTE.

1. Dentre os requisitos exigidos para a registrabilidade da marca destacam-se a sua distintividade e disponibilidade, de forma que o sinal pelo qual se apresenta a marca deve ser distinto dos demais existentes em uso ou sob registro de outra empresa, pertencente ao mesmo gênero de atividade ou afim.

2. As marcas em confronto – MY-POLY, da autora, e POLLY, da empresa-ré –, embora apresentem parcial colidência gráfica (ambas as marcas têm a expressão “POLY”), apresentam outros elementos de destaque, visto que a marca da autora tem outra palavra (MY), o que transforma o signo em um nome composto, separado por um hífen, enquanto que a outra marca, além de ser grafada com mais um “L”, compõe-se apenas de uma palavra.

3. Enquanto a marca “MY-POLY” aparece em grafia estilizada ao lado do desenho de uma forma hexagonal que remete a ideia de um favo de mel de onde deriva uma gota, o signo “POLLY” vem escrito em forma estilizada distinta, surgindo do meio da letra “O” a figura de uma vaca.

4. Embora as marcas em confronto identifiquem produtos pertencentes ao mesmo segmento mercadológico – produtos alimentícios – ante os argumentos já expendidos,

não vejo como a convivência entre as duas possa possibilitar erro, dúvida ou confusão no público-alvo, pois são dotadas de suficientes elementos distintivos.

5. Apelação improvida.

(TRF 2ª Região, AC nº 200251015110704, Segunda Turma Especializada, *DJU* de 4-12-2006, Des. Fed. Liliane Roriz)

DIREITO COMERCIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. NULIDADE DO REGISTRO DA MARCA NOMINATIVA “PAUL SHARK”. COLIDÊNCIA COM O NOME COMERCIAL (“SHARK BOUTIQUE LTDA.”) E COM MARCA MISTA (EXPRESSION “SHARK” ASSOCIADA AO DESENHO ESTILIZADO DE UM TUBARÃO) ANTERIORMENTE REGISTRADOS. PRINCÍPIO DA ESPECIFICIDADE. AUSÊNCIA DE POSSIBILIDADE DE ERRO, DÚVIDA OU CONFUSÃO (ART. 67, 17, DA LEI 5.772/71). ORIENTAÇÕES DA CORTE. RECURSO NÃO ACOLHIDO.

I – Somente não se mostra registrável como marca um nome comercial se a empresa titular deste o puder utilizar para os mesmos fins identificatórios pretendidos pela empresa solicitante do registro da marca.

II – Aplicável, para aferir-se eventual colidência entre denominação e marca, o princípio da especificidade (RESP 9.142-SP).

III – Possível é a coexistência de duas marcas no universo mercantil, mesmo que a mais recente contenha reprodução parcial da mais antiga e que ambas se destinem a utilização em um mesmo ramo de atividade (no caso, classe 25.10 do Ato Normativo 0051/81/INPI - Indústria e Comércio de “Roupas e Acessórios do Vestuário de Uso Comum”), se inexistente a possibilidade de erro, dúvida ou confusão a que alude o art. 67, nº 17, da Lei 5.772/71.

(RESP 199300220900, SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, STJ - QUARTA TURMA, *DJ* de 13/06/1994)

Outro fator que deve ser considerado é que o apelante e o autor desenvolvem suas atividades em estados diferentes, condição que, somada à distintividade característica de cada identidade marcária, corrobora a identificação da proveniência de cada serviço.

Ademais, é firme no eg. Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que eventual colidência entre nome empresarial e marca não é resolvido tão somente sob a ótica do princípio da anterioridade do registro, devendo ser levado em conta ainda os princípios da

territorialidade, no que concerne ao âmbito geográfico de proteção, bem como o da especificidade, quanto ao tipo de produto e serviço. (REsp nº 1.359.666/RJ, Terceira Turma, julg. em 28-5-2013, Rel. Min. Nancy Andrichi)

Portanto, o risco de confusão ou associação indevida resta completamente afastado, pois os consumidores dispõem de fatos elementos para identificarem cada serviço, que são oferecidos em cidades distintas, sendo, assim, plenamente possível a convivência pacífica entre as marcas da apelante e a marca do apelado.

No tocante aos honorários, mantenho-nos no valor de R\$ 3.000,00 a serem rateados igualmente entre as partes litigantes, em face da sucumbência recíproca (artigo 21 do Código de Processo Civil), já que o INPI, ao conceder os registros da apelante, contribuiu substancialmente na percepção de legitimidade da conduta adotada por esta.

Sob o influxo de tais considerações, dou provimento à apelação do Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI, e dou provimento, em parte, ao recurso da empresa NÚCLEO DE ATENDIMENTO ODONTOLÓGICO - NATO - LTDA., mantendo o registro e direito de uso da marca “ORTOGNATO” (nº 830144234).

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0801347-61.2013.4.05.8000-AL (PJe)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelante: CÍCERO DE OLIVEIRA LIMA
Recte. Ades.: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Reptes.: DEFENSORIA PÚBLICA FEDERAL E PROCURADORIA DO INSS

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO DO DEMANDANTE E RECURSO ADESIVO DO ENTE AUTÁRQUICO CONTRA SENTENÇA QUE JUL-

GOU PROCEDENTE, EM PARTE, O PEDIDO, PARA, AFASTANDO O DIREITO À PERCEPÇÃO CUMULATIVA DE RENDA MENSAL VITALÍCIA COM APOSENTADORIA POR IDADE, RECONHECER A LEGALIDADE DA DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE, ABATIDAS AS PARCELAS PRESCRITAS.

- O demandante recebeu benefício assistencial (renda mensal vitalícia ao idoso), desde 10 de setembro de 1991 até 29 de dezembro de 2011, quando foi suspensa, por cumulação indevida com aposentadoria por idade, deferida em fevereiro de 2000.

- Ainda que haja previsão acerca do prazo decenal da Administração de anular os atos administrativos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé, no caso em tela, mesmo que decorridos mais de dez anos do ato que concedeu o segundo benefício (aposentadoria por idade – fevereiro de 2000), não se pode autorizar a perpetuação de uma ilegalidade, apenas, invocando-se a inércia administrativa, sob pena de afronta à lei que veda o recebimento da renda mensal vitalícia com qualquer outro rendimento (art. 2º, § 1º, da Lei 6.179/74).

- Noutra vertente, considerando tratar-se de pessoa analfabeta, residente do meio rural, que, muitas vezes, sequer compreende o que lhe é perguntado, quanto mais a ilegalidade da qual estava se beneficiando, fica afastada a má-fé do demandante.

- Portanto, ante a expressa proibição legal, não procede a tese do autor de restabelecimento do benefício assistencial, bem como deve ser afastado o dever do segurado de devolver os valores recebidos da renda mensal vitalícia, desde 2000, por se tratar de prestações de natureza alimentar, de valor mínimo e, portanto, irrepetíveis. Precedente desta relatoria: AC 563.131/PE, em 11 de

fevereiro de 2014.

- *Apelação do autor provida, em parte, apenas para eximi-lo do dever de restituir os valores equivocadamente recebidos. Recurso adesivo improvido.*

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento, em parte, à apelação do autor e negar provimento ao recurso adesivo, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 16 de dezembro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Trata-se de apelação do particular e recurso adesivo do Instituto Nacional do Seguro Social, ambos contra sentença que julgou procedente, em parte, pedido formulado pelo demandante, rurícola, para afastar o direito ao restabelecimento do benefício assistencial (renda mensal vitalícia), em face da inacumulabilidade deste com a aposentadoria por idade, declarando a existência de débito, concernente ao período em que os benefícios foram pagos em conjunto, abatidas as parcelas atingidas pela prescrição quinquenal, ao fundamento de que a demonstrada má-fé do autor, estaria afastada a decadência da Administração em rever seus atos.

O promovente apelou, insistindo na tese da decadência da Administração de rever o ato de concessão do benefício assistencial, proferido em setembro de 1991, pediu, também, o reconhecimento da irrepetibilidade dos valores recebidos, por serem verbas alimentares e, por fim, pugna pela cumulação dos benefícios.

Adesivamente, o instituto recorreu, pretendendo a revogação da medida liminar, que autorizou o desconto dos valores pagos

indevidamente e, no mérito, reafirmou a legalidade da cobrança de parcelas pagas equivocadamente, em respeito ao art. 115 da Lei 8.213/91.

Sentença não submetida ao reexame necessário.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

O demandante recebeu benefício assistencial (renda mensal vitalícia ao idoso), desde 10 de setembro de 1991, até 29 de dezembro de 2011, quando foi suspensa, por cumulação indevida com aposentadoria por idade, deferida em fevereiro de 2000.

A sentença combatida por ambos os litigantes reconheceu a inacumulabilidade dos benefícios em questão, mas, concluindo pela má-fé do autor, ao omitir informações ao agente previdenciário, negando o recebimento de outra vantagem, autorizou a cobrança pelo INSS dos valores pagos desde julho de 2008, aplicando a prescrição quinquenal.

É certo que o art. 103-A da Lei 8.213/91, prevê que o direito da Administração de anular os atos administrativos decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

No caso em tela, o prazo decenal começa com o pagamento indevido ocorrido em fevereiro de 2000 (data do início do pagamento da aposentadoria por idade).

Contudo, ainda que decorridos mais de dez anos do ato que concedeu o segundo benefício (aposentadoria por idade), não se pode autorizar a perpetuação de uma ilegalidade, apenas, invocando-se a inércia administrativa, sob pena de afronta à lei que veda o recebimento da renda mensal vitalícia com qualquer outro rendimento (art. 2º, § 1º, da Lei 6.179/74).

Noutra vertente, não vislumbro a má-fé do demandante, por se tratar de pessoa analfabeta, residente do meio rural, que, muitas vezes, sequer compreende o que lhe é perguntado, quanto mais a ilegalidade da qual estava se beneficiando.

Portanto, afasto o pleito de recebimento cumulativo dos benefícios, por expressa proibição legal, afastando, também, o dever do segurado de devolver os valores recebidos da renda mensal vitalícia, desde 2000, por se tratar de prestações de natureza alimentar, de valor mínimo e, portanto, irrepetíveis.

Nesse sentido, destaco recente julgado de minha relatoria:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO DO INSS CONTRA SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTES, EM PARTE, OS PEDIDOS, CONDENANDO-O, APENAS, A SE ABSTER A DESCONTAR DO BENEFÍCIO DE PENSÃO DA AUTORA, PARA FINS DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO, OS VALORES INDEVIDAMENTE PAGOS A TÍTULO DE APOSENTADORIA POR IDADE.

1. É pacífico o entendimento de que os valores, de natureza alimentar, recebidos de boa fé pela autora, são irrepetíveis, razão pela qual se afasta a cobrança e a devolução deles ao erário público. Precedentes desta eg. 2ª Turma: APELREEX 26.771-CE, desta relatoria, julgado em 7 de maio de 2013.

2. Razões recursais que insistem no conhecimento da segurada quanto à ilicitude da vantagem percebida. Ausência de prova nesse sentido.

3. Apelação improvida.

(AC 563.131-PE, em 11 de fevereiro de 2014)

Por este entender, dou provimento, em parte, à apelação do autor, para eximi-lo do dever de devolver os valores indevidamente, e nego provimento ao recurso adesivo do INSS, mantendo, no mais, a sentença de procedência.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 9.595-PE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CÍNTIA MENEZES BRUNETTA (CONVOCADA)
Apelante: JACINTO MONTEIRO DIAS
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. MARIA CAROLINA DE AMORIM E OUTROS (APTE.)

EMENTA: AÇÃO PENAL. CRIME TRIBUTÁRIO. SONEGAÇÃO FISCAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. AÇÃO PENAL FUNDADA EM REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS. CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDAMENTE CONSTITUÍDO. OMISÃO DA PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES RELEVANTES AO FISCO. SUPRESSÃO DE TRIBUTOS. REMESSA ILEGAL DE VALORES AO EXTERIOR. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

- *Apelação interposta contra sentença que condenou o réu pela prática de cinco delitos de sonegação de tributos, tipificado no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, impondo-lhe a pena de quatro anos de reclusão e ao pagamento de 75 dias-multa, cada um no valor de 1/2 do salário mínimo vigente na época dos fatos.*

- *Não configura cerceamento de defesa o indeferimento da expedição de carta rogatória quando a diligência requerida não se mostrar imprescindível para a comprovação do fato que se pretende realizar, na esteira do que dispõe o Art. 222-A do CPP.*

- *O Decreto nº 3.810/2001, que promulgou o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal - MLAT, celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, prevê que os seus termos*

não alcançam os pedidos formulados pela defesa, restando, dessa forma, prejudicada a diligência requerida, servindo a insistência no seu cumprimento apenas para atrasar o cumprimento da prestação jurisdicional.

- Inexistência de irregularidade na quebra do sigilo bancário. Configuração do denominado encontro fortuito de elementos de prova (descoberta fortuita de delito), haja vista que a prova do crime objeto da presente ação penal foi obtida a partir de diligência de quebra de sigilo regularmente autorizada, realizada para investigação de outro crime (serendipidade).

- O Estado não se deve furtar à obrigação de proceder à averiguação da prática de delito acaso se oportunize a sua descoberta de forma casual no desdobramento da investigação de outra infração e no bojo de diligência regularmente autorizada.

- Nos crimes tributários no inciso I do Art. 1º da Lei nº 8.137/90, cometidos por meio de pessoa jurídica, a imputação da responsabilidade subjetiva advém do exercício de função gerencial, ou seja, responde pela supressão do pagamento do tributo quem, por ocasião da deflagração da conduta típica, tinha o efetivo poder de comando na sociedade empresarial.

- Aplicação da teoria do domínio do fato, segundo a qual se apregoa que aquele que tem o efetivo poder de direcionar a ação da pessoa jurídica deve ser responsabilizado pelos atos típicos praticados, eis que age por intermédio da pessoa jurídica, tendo plena consciência e conhecimento da conduta criminosa, consistente na supressão indevida do tributo.

- Decreto condenatório que se baseia em provas de que o réu exercia efetivamente a administração da empresa, com concentração dos poderes de gerência, de modo a conduzir a pessoa jurídica ao cometimento da infração penal.

- Ausência de parcialidade de testemunha por conta da pretensa delação premiada em outro processo, até mesmo porque o fato de haver-se obrigado voluntariamente a auxiliar os órgãos oficiais de persecução penal, tendo como contrapartida o recebimento de determinado prêmio previsto em lei, não retira o seu compromisso legal, enquanto depoente, de dizer a verdade, sendo advertido das penas cominadas ao falso testemunho, de modo a afiançar a sua credibilidade na presente ação penal.

- Equipe especial de fiscalização da Receita Federal, em poder dos dados bancários obtidos relativamente à movimentação bancária havida na agência do BANESTADO em Nova York e nas contas administradas pela empresa Beacon Hill Service Corporation, remetidos pela Promotoria do Distrito de Nova York, mediante autorização judicial, constatou que diversos contribuintes nacionais enviaram e/ou movimentaram divisas no exterior, à revelia do sistema financeiro nacional, ordenando, remetendo ou se beneficiando de recursos em divisas estrangeiras, por meio de contas/subcontas mantidas no JP Morgan Chase Banks pela empresa acima aludida.

- A par do envio da documentação relativa às operações da empresa Beacon Hill Service Corp (BHSC) e suas respectivas subcontas, foi elaborado dossiê com as informações enviadas, contendo documentos cadastrais, comprovantes de movimentação bancária e outros, de modo a servir de subsídio à confecção de laudos periciais, visando à identificação dos titulares, procuradores e responsáveis pela movimentação.

- Laudo de Exame Econômico-financeiro, analisando mídias computacionais (CD-R) contendo um arquivo de nome 'Beacon.zip' e trinta outros no formato Microsoft Excel, relativos às contas e subcontas que a Beacon Hill administrava jun-

to ao banco JP Morgan Chase Bank em Nova York, demonstra a consolidação da movimentação das contas e subcontas administradas pela Beacon Hill, trazendo elementos de prova necessários a subsidiar os esclarecimentos dos fatos.

- Com base nas informações filtradas no laudo, analisando-se as ordens de pagamento recebidas e ordenadas (efetivamente realizadas) e as operações de transferências de recursos, foi formalizada representação fiscal para fins penais, indicando as operações em que a NORTE CÂMBIO TURISMO LTDA. restou identificada efetivamente como ordenante, ou seja, em que atuou como responsável pela ordem/determinação da remessa de recursos ao exterior.**
- Comprovação de remessa financeira ao exterior que se robustece nas cópias reprográficas de ordens de pagamento, cuja autenticidade foi devidamente atestada pelo Consulado-Geral do Brasil em Nova York, em que se evidencia a NORTE CÂMBIO TURISMO LTDA. como responsável pela remessa das divisas ao exterior (remetente).**
- O delito descrito no art. 1º, I, da Lei no 8.137/1990, constitui crime material, pois depende da ocorrência de efetivo prejuízo para o Estado, consistente na redução ou supressão do tributo, cuja consumação exige a verificação de tal ocorrência por decisão definitiva exarada em sede de procedimento administrativo fiscal.**
- Crédito tributário regularmente constituído, em decorrência de anterior Processo Administrativo (19647.009559/2006-21), alcançando a cifra de R\$ 6.078.941,72 (seis milhões, setenta e oito mil, novecentos e quarenta e um reais e setenta e dois centavos), correspondente ao que se deixou de arrecadar aos cofres públicos, em face da remessa ilegal de recursos.**
- Ausência de comprovação idônea, pela defesa, de qualquer situação relativa aos recursos reme-**

tidos ao exterior que justificassem a omissão de informação ao órgão arrecadador, mercê da pre-sunção da veracidade que emerge do resultado final do processo administrativo fiscal.

- O tipo objetivo do crime de sonegação fiscal faz referência à supressão ou redução de tributo, não sendo razoável supor que, em face da prática de uma conduta com resultados múltiplos, qual seja, a omissão de declaração que conduza como corolário lógico à supressão de vários tributos, seja aplicada a causa de aumento aludida.

- Diversidade das espécies tributárias não constitui condição suficiente, por si só, para a incidência da regra do concurso formal, na medida em que violado um único bem jurídico penalmente tutelado, qual seja, a ordem tributária como um todo, e não cada tributo isoladamente considerado.

- Exclusão da aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 70 do Código Penal.

- Aplicação da causa de aumento prevista no Art. 12, I, da Lei nº 8.137/90, quando o valor da supressão do tributo esteja consignado na denúncia, ainda que nessa sede não se afirme a existência de grave dano à coletividade, haja vista que os réus defendem-se dos fatos narrados na denúncia e não da capitulação legal a eles emprestada pelo órgão ministerial.

- O grave dano à coletividade é autoevidente na situação posta, haja vista que a supressão de tributo, em valores extremamente elevados, atinge de forma direta a arrecadação e, de forma indireta, toda a coletividade, tendo em conta o forte impacto exercido sobre os recursos financeiros disponíveis para a implantação das políticas públicas necessárias ao bem estar dos indivíduos que compõem a sociedade, com destaque para a reconhecida destinação, no âmbito fede-

ral, de tais verbas primordialmente ao custeio de programas sociais voltados para a população carente.

- O objetivo da disposição contida no art. 387, IV, do CPP, é a definição de um valor mínimo para a reparação dos danos causados, de molde a evitar que o ofendido seja obrigado a promover a liquidação para apuração do quantum debeatur.

- A Fazenda Pública dispõe de meios próprios para a imediata execução dos valores pela via da execução fiscal, existindo notícia nos autos, inclusive, de que os créditos tributários apurados foram devidamente inscritos na Dívida Ativa da União em 13/02/2007, afigurando-se desnecessária a imposição de condenação a título de reparação do dano.

- Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 9 de dezembro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL CÍNTIA MENEZES BRUNETTA - Relatora Convocada

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CÍNTIA MENEZES BRUNETTA (Convocada):

Trata-se de apelação criminal interposta por Jacinto Monteiro Dias contra sentença que o condenou nas penas do crime previsto no art. 1º, I, da Lei 8.137/90, a quatro anos de reclusão e ao pagamento de 75 dias-multa, cada um no valor de 1/2 do salário mínimo vigente na época dos fatos.

Sustentou em suas razões recursais (fls. 350/392), preliminarmente, o (a) cerceamento de defesa e a (b) ilicitude na quebra

de sigilo bancário. No mérito, pleiteia absolvição diante da (c) ausência de provas de autoria e (d) ausência de comprovação de remessa financeira ao exterior. Por fim, requer a exclusão (e) das causas de aumento, e da (e) pena de reparação dos danos.

Contrarrazões às fls. 394/406.

Em parecer, a Procuradoria Regional da República da 5ª Região, opinou pelo não provimento da apelação (fls. 412/421).

É o relatório.

Ao eminente Revisor.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CÍNTIA MENEZES BRUNETTA (Relatora Convocada):

Cuida-se de apelação interposta por Jacinto Monteiro Dias contra sentença que o condenou pela prática de cinco delitos de sonegação de tributos, tipificado no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90.

Preliminarmente, aduz a ocorrência de cerceamento de defesa pelo indeferimento da oitiva de testemunhas residentes nos Estados Unidos, bem como a ilicitude da prova colhida no início da investigação, ante a quebra irregular do sigilo bancário.

Acerca da primeira preliminar, tenho que não configura cerceamento de defesa o indeferimento da expedição de carta rogatória quando a diligência requerida não se mostrar imprescindível para a comprovação do fato que se pretende realizar, na esteira do que dispõe o Art. 222-A do CPP¹.

Nesse sentido, conforme bem expresso na sentença recorrida, a comprovação da residência no exterior não impossibilita a prática do delito imputado, reduzindo a relevância da prova requestada.

Ressalto, também, que, acaso esses depoimentos fossem realmente relevantes, nada impediria que o próprio réu contatasse

¹ Art. 222-A. As cartas rogatórias só serão expedidas se demonstrada previamente a sua imprescindibilidade, arcando a parte requerente com os custos de envio. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

as testemunhas para aqui comparecerem e esclarecerem os fatos. Ao reverso, o que se extrai dos autos é que as testemunhas arroladas para ouvida no exterior nada sabem acerca do fato, prestando a diligência apenas para comprovar a residência do réu no exterior no período indicado na denúncia.

Importa consignar, ainda, que o Decreto nº 3.810/2001, que promulgou o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal - MLAT, celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, prevê que os seus termos não alcançam os pedidos formulados pela defesa.

Assim, considerando que o juízo *a quo* fundamentou a sua decisão no entendimento de que a diligência não seria cumprida, pois não abrangida pelo acordo citado, entendo que não houve cerceamento à defesa, haja vista que, conforme se infere nos termos do acordo acima aludido, a sua realização estava fadada ao completo fracasso, servindo a insistência no seu cumprimento apenas para atrasar o cumprimento da prestação jurisdicional.

Ademais, acerca do pleito de indicação da oitiva dos cidadãos residentes no exterior como testemunhas do Juízo, entendo que tal iniciativa somente deve ocorrer em hipóteses excepcionais, quando, diante das provas já produzidas pelas partes, entender o julgador pela necessidade de provas complementares, o que não se configurou no caso dos autos, razão pela qual não existe qualquer eiva na atuação da Juíza sentenciante.

Atenho-me agora à análise da quebra do sigilo bancário.

Aduz o apelante, em breve síntese, que a quebra do sigilo bancário foi irregular, haja vista a inexistência de decisão judicial anterior e individualizada, autorizando a quebra da garantia constitucional em relação ao réu.

O processo penal funciona como instrumento do qual se utiliza o Estado para impor a sanção penal, constituindo-se, dessa forma, como a estrutura procedimental do poder punitivo estatal, cujo intento deve necessariamente harmonizar os rigores da persecução penal com as ideias e princípios garantistas típicos de um Estado democrático de direito, de modo a prestar reverência à justa aplicação da sanção prescrita na lei e, ao mesmo tempo, à estrita observância aos direitos fundamentais dos réus.

O que se afirma é que, na interpretação dos seus termos, deve-se sopesar o intuito da persecução penal com as garantias constitucionais, direitos fundamentais que amparam o cidadão contra o arbítrio na atuação estatal, afastando-se a hipótese de transformar as últimas em dogmas absolutos capazes de pôr em risco a necessária segurança da sociedade acerca da certeza e adequação na aplicação da lei penal.

Com base no entendimento acima exposto, passo a transcrever trecho da decisão de fls. 81/86, onde foi devidamente afastada a ilicitude das provas colhidas, *verbis*:

3. Da suposta ilicitude das provas colhidas

No que atine ao suposto uso de prova obtidas por meio ilícito, percebe-se que esta persecução criminal teve início a partir dos Processos de n^os 2004.7000008267-0, 2003.7000 030333-4 e 98.101.1116-9, em trâmite na 2^a Vara Criminal de Curitiba/PR e na 2^a Vara Criminal de Foz do Iguaçu/PR.

Conforme se verifica das decisões judiciais das fls. 09/12, 13/18, 19/21, 22/27, 28/29, 30/31, 32/34, 74/76, 82/83 (Apenso I), e 34/35 (Apenso II) foi determinada a quebra do sigilo bancário de diversas pessoas físicas e jurídicas implicadas, de forma genérica, nas investigações que estavam sendo levadas a efeito tanto pelas autoridades norte-americanas quanto pelas brasileiras.

Com base nessa documentação bancária encaminhada a este Juízo e referente a tais pessoas, foi possível então verificar a transferência operada pelo réu (fls. 51/67 do Apenso II).

Em tais documentos, percebe-se que os acusados figuram como remetentes de diversas ordens, fatos que deflagraram a instauração de ação fiscal.

Assim, com base na referida relação de depósitos e documentos, o MPF denunciou os acusados, sem prejuízo dos elementos verificados por decorrência da representação fiscal para fins penais.

Pois bem, conquanto aleguem a ilicitude da prova colhida, o mero fato de o nome dos denunciados ter surgido de forma incidental em procedimentos investigatórios regularmente instaurados no âmbito da Justiça Federal do Paraná e dos Estados Unidos da América, os quais se volta-

vam, justamente, à identificação de pessoas ainda indefinidas, não tem o condão de macular a prova coligida.

O afastamento dos sigilos foi fundamentadamente decidido, conforme verifico das decisões retromencionadas, e não há no ordenamento norma que impeça que condutas ilícitas descortinadas no curso de regular investigação não possam ser averiguadas, esquadrihadas e processadas, quando há respaldo em decisão judicial escoreita e motivada. (destaque ausente no original)

Despontando das investigações o nome dos réus, o Ministério Público Federal propulsou as investigações (representação criminal em anexo) que culminou na presente ação. Chegou aos fatos através de troca de informações que, inicialmente, foram colhidas pela Promotoria Distrital de Nova Iorque, que foram repassadas à Comissão Mista Parlamentar de Inquérito (CPMI) do Banestado, que as transmitiu à Procuradoria da República do Estado do Paraná. As decisões judiciais tomadas a partir desses elementos restaram devidamente amparadas na legislação pertinente, consoante se depreende do teor das decisões já citadas.

Ademais disso, constata-se que o nome do acusado surgiu depois de já detectadas as movimentações ilícitas nas contas principais. E, como assente na jurisprudência, o sigilo de dados cadastrais, dentre eles o nome do titular da conta, não é abarcado pelo sigilo bancário.

A par da precisão e inequívoca razão da decisão acima transcrita, em complemento à ideia exposta, entendo que se deu na situação posta o denominado encontro fortuito de prova (descoberta fortuita de delito), haja vista que a prova do crime objeto da presente ação penal foi obtida a partir de diligência de quebra de sigilo regularmente autorizada, realizada para investigação de outro crime.

A doutrina, em situações desse jaez, alude ao denominado encontro fortuito de elementos probatórios em relação a outros fatos delituosos (serendipidade)².

² LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 718.

O Estado não se deve furtar à obrigação de proceder à averiguação da prática de delito acaso se oportunize a sua descoberta de forma casual no desdobramento da investigação de outra infração e no bojo de diligência regularmente autorizada, conforme ocorreu no presente feito.

Esse entendimento, inclusive, já foi objeto de consagração em recente aresto do Superior Tribunal de Justiça, que passo a transcrever:

EMENTA: *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. DIÁLOGOS NÃO RELACIONADOS COM O OBJETO DA INVESTIGAÇÃO. PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO DE ILICITUDE, DE EXCLUSÃO E DE DESTRUIÇÃO DE TAIS PROVAS. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. POSSIBILIDADE DE DESCOBERTA FORTUITA DE DELITOS (**FENÔMENO DA SERENDIPIDADE**). PRECEDENTES.

1. O *habeas corpus* não deve ser utilizado como substitutivo do recurso ordinário previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição Federal e 30 da Lei nº 8.038/1990.

2. O fato de elementos indiciários acerca da prática de crime surgirem no decorrer da execução de medida de quebra de sigilo de dados e comunicações telefônicas devidamente autorizada judicialmente, determinada para apuração de outros crimes, não impede, por si só, que as provas daí advindas sejam utilizadas para a averiguação da suposta prática daquele delito.

3. A comunicação entre advogado e cliente eventualmente alcançada pela regular escuta telefônica não implica nulidade da colheita da prova indiciária de crimes e serve para a instauração de outro procedimento apuratório.

4. Não deve o Estado permanecer inerte ante o conhecimento da prática de outros delitos no curso de interceptação telefônica legalmente autorizada. Conforme o art. 40 do Código de Processo Penal, cumpre à autoridade judicial, em casos que tais, remeter ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 201100289610, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ - SEXTA TURMA, DJe DATA:23/09/2014. DTPB.)

Ante o exposto, não merece guarida a preliminar de ilicitude das provas colhidas no início da investigação.

Mérito.

Ausência de provas suficientes de autoria.

Nos crimes tributários cometidos por meio de pessoa jurídica a imputação da responsabilidade subjetiva advém do exercício de função gerencial, ou seja, responde pela supressão do pagamento do tributo quem, por ocasião da deflagração da conduta típica, tinha o efetivo poder de comando na sociedade empresarial, não se fazendo necessária a individualização das demais condutas praticadas por cada agente.

Aplica-se em tais situações a denominada teoria do domínio do fato, segundo a qual se apregoa que aquele que tem o efetivo poder de direcionar a ação da pessoa jurídica deve ser responsabilizado pelos atos típicos praticados, eis que age por intermédio da pessoa jurídica, tendo plena consciência e conhecimento da conduta criminosa, no caso em tela, consistente na supressão indevida do tributo.

A utilização de tal teoria se impõe, pois nem sempre é o administrador quem diretamente pratica a conduta delituosa, ainda que tenha o completo domínio sobre a decisão final de realizá-la ou não, permitindo livremente que ela se concretize, mesmo ciente da obrigação de evitar a sua conflagração.

Assim, o decreto condenatório deve se basear em provas de que o réu exercia efetivamente a administração da empresa, com concentração dos poderes de gerência, de modo a conduzir a pessoa jurídica ao cometimento da infração penal.

Acerca do tema em debate, entendo oportuno o destaque do seguinte trecho da sentença recorrida:

De outro giro, verifico que é patente a autoria de JACINTO MONTEIRO DIAS pelo crime de sonegação tributária, consoante se infere das informações e documentos contidos no processo administrativo relativo à representação criminal que deu origem a este processo e demais arcabouço probatório colhido na seara judicial, tendo sido ele o responsável por ludi-

briar o fisco, declarando falsas informações às autoridades fazendárias, de modo a reduzir o pagamento de tributos federais.

Da leitura do interrogatório do réu JACINTO, prestado no 1º Juízo do Tribunal de Instrução Criminal de Lisboa, em Portugal, observo que ele nega veementemente a acusação que lhe foi imputada, declarando que entrou na sociedade da NORTE CÂMBIO em 23/07/2001, “apenas por ser uma oportunidade de negócio”, posto que “vivia nos EUA, não tinha qualquer procurador e as decisões da referida empresa eram tomadas pelos colaboradores daquela”. Narrou que a responsabilidade pela execução dos atos administrativos/financeiros da empresa, dentre elas, a de declarar a ocorrência dos fatos geradores de tributos à Receita Federal do Brasil (vide questão 24 - fl. 240), ficava a encargo do escritório de contabilidade.

Insta destacar que o denunciado informou desconhecer dados relativos às operações tributárias/financeiras da empresa porque à época não tinha qualquer contato com a NORTE CÂMBIO (vide respostas às questões 14 e 15 - fl. 240). Também declarou não saber como se processavam as decisões da empresa, antes de sua entrada como sócio (questão 23).

Soa-me estranho o total desconhecimento ventilado pelo réu acerca das atividades da empresa antes do seu ingresso “formal”, que se deu em 23/07/2001, uma vez que a sua esposa Maria Del Pilar e a sua cunhada, Maria Jasmim, compunham a sociedade da NORTE CÂMBIO TURISMO LTDA. Conforme afirmado pelo próprio acusado, Maria Del Pilar Nogues Dias foi sócia de 1995 a 2001, e, do mesmo modo, “nunca foi gerente”.

Ademais, apesar de ter respondido que não é titular de qualquer conta mantida pela JP Morgan Chase Bank, não possuindo nenhuma ligação com a Beacon Hill Service (questão 12), o Auditor Fiscal da Receita Federal, Alexandre Alves dos Santos, arrolado como testemunha de acusação disse: “Nós temos o grupo de fiscalização de pessoa jurídica, da qual eu faço parte, e temos grupos de fiscalização de pessoa física. Daí eu tô informando que **teve dólar enviado pelo Sr. Jacinto porque a documentação que veio junto com a da pessoa jurídica**

constam lá duas remessas remetidas pela pessoa física Jacinto Dias (trecho da mídia digita - iniciado às 6:43).

De outro lado, a testemunha Edmundo Gurgel Júnior, que foi sócio da empresa quando da sua constituição (em 23/04/91) até o ano de 1997 (segundo ele), admitiu que JACINTO DIAS, mesmo a distância, controlava toda atividade da NORTE CÂMBIO LTDA. desde o início, sendo a pessoa que mantinha contato com a Beacon Hill Service Corporation (BHSC). Consta também que no período em que fora sócio já existia na empresa a prática de remessa de numerário para o exterior.

Embora a defesa de JACINTO invoque a “fragilidade” e a “parcialidade” das declarações de Edmundo Gurgel Júnior (em razão de possível acordo de delação premiada), aduzindo também que o MPF sustenta sua acusação somente com base no referido depoimento, não se cuidando em descrever a conduta perpetrada pelo denunciado, percebe-se nos autos, ao revés, que não se trata de “único elemento a indicar a suposta participação do requerente”.

Destaque-se, de logo, que a pessoa de Edmundo sequer foi réu nesse processo, não se tratando de coautor de Jacinto em crime tributário e nenhum interesse teria nesses fatos, já que independente de seu depoimento não poderia ser punido por ato que sequer lhe foi imputado.

Diante disso, a pessoa de Edmundo Gurgel foi ouvida em juízo como testemunha, com todos os deveres inerentes a essa qualidade, e o fato de ser beneficiado por delação premiada em outro processo não torna suspeito e inválido o seu depoimento. Ao contrário, para ser beneficiado pela delação deve justamente dizer a verdade sobre o que sabe, descortinando os fatos que terceiros queiram omitir. Assim, vislumbro válidas as suas assertivas e com relevante valor probatório na instrução, mas ressalto não ser a única prova levantada nos autos.

A jurisprudência do STF e do STJ vem destacando o valor probatório das delações premiadas, desde que não seja o único elemento de prova dos autos (STF, HC nº 75.226; STJ, HC n. 11.240 e 17.276). No presente caso além de o depoimento de Edmundo não ter sido tomado como delação premiada e sim como testemunho, ainda que assim

não o fosse, há nos autos outros elementos de prova que aliados ao depoimento do mesmo são suficientes a formar o convencimento dessa magistrada.

Continuando a análise da versão do réu JACINTO MONTEIRO DIAS verifico que o mesmo procura se esquivar de toda a sua responsabilidade na empresa NORTE CÂMBIO TURISMO LTDA. sob o argumento que não figurava no contrato social da sociedade e que residia no exterior na época dos fatos. Até no período em que passou a figurar como sócio lançou a responsabilidade sobre terceiros, a saber, o escritório de contabilidade (questão 24).

Considero entediadas as escusas utilizadas por diretores e gerentes de pessoas jurídicas com o intuito de se livrarem da responsabilidade por crimes de sonegação tributária. O discurso é sempre idêntico. Ou atribuem a autoria dos fatos a terceiros (sem muitas vezes indicarem quem seriam), ou imputam-lhe, genericamente, ao departamento/setor de pessoal, financeiro ou de pagamento, ou ainda, ao escritório de contabilidade.

Ocorre que a imputação nos crimes tributários se dá pelo comportamento da pessoa jurídica direcionado por aqueles que têm responsabilidade **e o poder gerencial** da mesma, sendo irrelevante, pois, a circunstância de os serviços administrativos terem sido (ou não) delegados a terceiros. Destarte, nada impede que o acusado, embora morando no exterior, fique “à frente” de todas as decisões da empresa, controlando-a por outros meios.

(...).

A bem da verdade, conforme destacado pelo *Parquet*, “a própria quantidade de alterações contratuais já evidencia que o réu JACINTO MONTEIRO DIAS se utilizava do expediente da mutação subjetiva dos quadros para dificultar a fiscalização dos órgãos de controle”.

A leitura atenta autoriza reconhecer que os elementos de prova (testemunhal e documental) colhidos durante a fase instrutória, confirmam, de forma precisa e harmônica, a ocorrência do fato e a responsabilidade penal do réu, eis que, na qualidade de administrador real da empresa, exercia poderes de gerência do negócio no período em que ocorreram os fatos apurados.

Reconheço, ademais, a correção do entendimento defendido pela juíza sentenciante, acolhendo o testemunho de Edmundo Gurgel e afastando a sua parcialidade por conta da pretensa delação premiada em outro processo, até mesmo porque o fato de haver-se obrigado voluntariamente a auxiliar os órgãos oficiais de persecução penal, tendo como contrapartida o recebimento de determinado prêmio previsto em lei, não retira o seu compromisso legal, enquanto depoente, de dizer a verdade, sendo advertido das penas cominadas ao falso testemunho, de modo a afiançar a sua credibilidade na presente ação penal.

Inexistência de comprovação de remessa financeira ao exterior – autuação por presunção.

A partir de ação penal que tramitou na 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba, foram obtidas, junto à Promotoria do Distrito de Nova York, mediante autorização judicial, mídias eletrônicas e documentos financeiros relativos à empresa Beacon Hill Service Corporation - BHSC.

No que interessa à presente demanda, equipe especial de fiscalização da Receita Federal, em poder dos dados bancários obtidos relativamente à movimentação bancária havida na agência do BANESTADO em Nova York e nas contas administradas pela empresa Beacon Hill Service Corporation, constatou que diversos contribuintes nacionais enviaram e/ou movimentaram divisas no exterior, à revelia do sistema financeiro nacional, ordenando, remetendo ou se beneficiando de recursos em divisas estrangeiras, por meio de contas/subcontas mantidas no JP Morgan Chase Banks pela empresa acima aludida.

A Beacon Hill era empresa sediada em Nova York, Estados Unidos da América, que atuava como preposto bancário-financeiro de pessoas físicas ou jurídicas, preponderantemente representadas por brasileiros, em agência do JP Morgan Chase Bank, administrando contas ou subcontas específicas.

A par do envio da documentação relativa às operações da empresa Beacon Hill Service Corp (BHSC) e suas respectivas subcontas, foi elaborado dossiê com as informações enviadas, contendo documentos cadastrais, comprovantes de movimentação bancária e outros, de modo a servir de subsídio à confecção

de laudos periciais, visando à identificação dos titulares, procuradores e responsáveis pela movimentação.

Nesse contexto, o Laudo de Exame Econômico-financeiro colacionado aos autos demonstra a consolidação da movimentação das contas e subcontas administradas pela Beacon Hill, a fim de trazer elementos de prova necessários a subsidiar os esclarecimentos dos fatos, analisando as ordens de pagamento recebidas e ordenadas (efetivamente realizadas) e as operações de transferências de recursos.

O laudo em referência analisou mídias computacionais (CD-R) contendo um arquivo de nome 'Beacon.zip' e trinta outros no formato Microsoft Excel, relativos às contas e subcontas que a Beacon Hill administrava junto ao banco JP Morgan Chase Bank em Nova York.

Com base nas informações filtradas no laudo, foi formalizada representação fiscal para fins penais, indicando as operações em que a NORTE CÂMBIO TURISMO LTDA. restou identificada efetivamente como ordenante, ou seja, em que atuou como responsável pela ordem/determinação da remessa de recursos ao exterior.

Assim, essa breve digressão serve para demonstrar que a atuação do Auditor da Receita Federal do Brasil ao formular a representação fiscal que rendeu ensejo à denúncia não foi despropositada, tendo em vista que as informações que deram suporte ao relatório final do procedimento administrativo foram extraídas da consolidação da movimentação das contas e subcontas administradas pela Beacon Hill, constando, inclusive, cópias reprográficas de ordens de pagamento, cuja autenticidade foi devidamente atestada pelo Consulado-Geral do Brasil em Nova York, em que se evidencia a NORTE CÂMBIO TURISMO LTDA. como responsável pela remessa das divisas ao exterior (**remetente**), conforme se lê às fls. 60/65 do apenso II da Representação Criminal nº 2006.1029-9, **todas relativas ao ano de 2000, inclusive com a indicação das contas envolvidas na transação.**

Em reforço de tal conclusão, destaco que às fls. 66/67 do referido apenso, consta ordens de pagamento de 05/07/2000 e 20/06/2000, em que se indica como responsável pela remessa o Sr. Jacinto Dias, com semelhante detalhamento.

Insta consignar, ainda, que o delito descrito no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/1990, é **crime material**, pois depende da ocorrência de efetivo prejuízo para o Estado, consistente na redução ou supressão do tributo, cuja consumação exige a verificação de tal ocorrência por decisão definitiva exarada em sede de procedimento administrativo fiscal.

No caso em análise, tal situação é indiscutível, tendo em vista que o crédito tributário foi regularmente constituído, em decorrência de anterior Processo Administrativo (19647.009559/2006-21), alcançando a cifra de R\$ 6.078.941,72 (seis milhões, setenta e oito mil, novecentos e quarenta e um reais e setenta e dois centavos), correspondente ao que se deixou de arrecadar aos cofres públicos, em face da remessa ilegal de recursos, a teor do que se extrai do demonstrativo consolidado (fl. 70 do apenso II da Representação Criminal nº 2006.1029-9).

Além disso, o resultado final do processo administrativo fiscal goza de presunção de veracidade, até mesmo porque a defesa sequer logrou demonstrar, mediante documentação idônea, qualquer situação relativa aos recursos remetidos que justificassem a omissão de informação ao órgão arrecadador, que acarretou a efetiva supressão dos tributos devidos.

Dosimetria da pena.

Inicialmente, com relação ao reconhecimento da ocorrência de concurso formal, tenho que o tipo objetivo do crime de sonegação fiscal faz referência à supressão ou redução de tributo, não sendo razoável supor que, em face da prática de uma conduta com resultados múltiplos, qual seja, a omissão de declaração que conduza como corolário lógico à supressão de vários tributos, seja aplicada a causa de aumento aludida.

Nesse contexto, a diversidade das espécies tributárias não constitui condição suficiente, por si só, para a incidência da regra do concurso formal, na medida em que violado um único bem jurídico penalmente tutelado, qual seja, a ordem tributária como um todo, e não cada tributo isoladamente considerado.

Neste egrégio Tribunal tal conclusão já foi acolhida, ressaltando-se que a discriminação dos valores referentes a este montan-

te, em vista da natureza do tributo lançado (IRPJ, CSLL, PIS e COFINS), apesar de repercutir na esfera fiscal, não se reflete na seara penal, para efeito da aplicação da pena, haja vista a ocorrência de único resultado, revelando-se inaplicável a regra do concurso formal (ACR 200783000051580, Desembargador Federal Marcelo Navarro, TRF5 - Terceira Turma, DJe - Data: 04/10/2012 - Página: 650).

Mais recentemente essa diretiva foi confirmada, conforme se observa pelo seguinte precedente:

PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INCISO I, DA LEI Nº 8.137/1990. OMISSÃO E PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES FALSAS À AUTORIDADE FAZENDÁRIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOLO. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. CONCURSO FORMAL. ART. 70 DO CÓDIGO PENAL. NÃO INCIDÊNCIA. ÚNICA CONDUTA QUE ENSEJOU A SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS DIVERSOS. APELAÇÃO CRIMINAL PROVIDA EM PARTE.

1. Apelação Criminal desafiada em face da sentença que julgou procedente, em parte, a pretensão punitiva, condenando o réu à pena de 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 7 (sete) dias de reclusão e 100 (cem) dias-multa, sendo o dia-multa equivalente a 1/6 (um sexto) do salário mínimo vigente à época da consumação do crime (2006), pela prática do crime previsto no art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, acrescido da causa de aumento de pena do art. 70 do Código Penal, por ter o apelante suprimido o pagamento de 4 (quatro) tributos federais (IRPJ, CSLL, COFINS e PIS), relativos ao ano-calendário de 2002, ao omitir receitas ao Fisco Federal, na medida em que apresentou declaração com informação falsa, consubstanciada na declaração de que a empresa permanecera, durante todo o período, inativa.

(...)

9. No caso concreto, não há concurso formal, mas crime único, vez que o contribuinte, mediante uma única conduta (declaração falsa de inatividade), consumou o tipo previsto na norma, conduta esta que implicou no não recolhimento de quatro tributos.

10. Reforma, em parte, da sentença, apenas para afastar a causa de aumento de pena prevista no art. 70 do CP,

devendo a pena definitiva ser fixada em 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão, e a pena de multa reduzida para 80 dias-multa. Apelação criminal provida em parte.
(ACR 200783000072571, Desembargador Federal Geraldo Apoliano, TRF5 - Terceira Turma, DJe - Data: 31/10/2014 - Página: 216.)

Impõe-se, portanto, o afastamento da aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 70 do Código Penal.

No que concerne à aplicação da causa de aumento prevista no Art. 12, I, da Lei nº 8.137/90, entendo que ela pode ser reconhecida quando o valor da supressão do tributo esteja consignado na denúncia, ainda que não se afirme a existência de grave dano à coletividade.

Assim, constato que a circunstância agravante estava contida de forma explícita na denúncia formulada, de modo a reconhecer que a nova definição jurídica dada aos fatos na sentença recorrida, apoiando-se na *emendatio libelli*, não constitui cerceamento de defesa, nem impõe, em vista disso, o aditamento da denúncia que, de mais a mais, é interdito na segunda instância (Súmula 453 - STF³), aplicando-se à situação posta a máxima 'segundo a qual os réus defendem-se dos fatos narrados na denúncia e não da capitulação legal a eles emprestada pelo órgão ministerial.

Registre-se que a juíza sentenciante em momento algum alterou a descrição dos fatos que foram imputados ao apelante, limitando-se a estabelecer definição jurídica diversa, de modo a alcançar a circunstância agravante prescrita no inciso I do art. 12 da Lei nº 8.137/90, haja vista que na denúncia existia expressa indicação do elevando montante subtraído à arrecadação.

Insta consignar, também, que o elevado montante do prejuízo que a Fazenda Pública sofreu não foi objeto de apreciação para aferição da pena-base (1ª fase – circunstâncias judiciais), de modo a evitar o *bis in idem*.

³ Não se aplicam à segunda instância o Art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa.

Além disso, releva destaca que o grave dano à coletividade no caso em tela é autoevidente, haja vista que a supressão de tributo, em valores extremamente elevados, atinge de forma direta a arrecadação e, de forma indireta, toda a coletividade, tendo em conta o forte impacto exercido sobre os recursos financeiros disponíveis para a implantação das políticas públicas necessárias ao bem estar dos indivíduos que compõem a sociedade, com destaque para a reconhecida destinação, no âmbito federal, de tais verbas primordialmente ao custeio de programas sociais voltados para a população carente.

Ressalto, ainda, que o grave dano à coletividade não é inerente ao tipo penal em apreço, na medida em que há condutas que se subsumem ao inciso I do artigo 1º da Lei nº 8.137/90 e não causam dano relevante, conforme se constata nas hipóteses de inserção de elementos inexatos ou omissões de receita que geram débitos tributários de valor reduzido, que não ensejam subtração de arrecadação apta a causar impacto à realização dos alvos prioritários dos gastos públicos.

À vista do exposto, entendo que deve permanecer incólume a incidência da causa de aumento prevista no art. 12, I, da Lei nº 8.137/90, na forma como definida na sentença recorrida, diante do expressivo valor sonogado.

Ademais, ainda que se desconsidere o montante devido a título de juros de mora e multa, a conduta ilícita gerou um prejuízo de R\$ 1.907.890,57 (um milhão, novecentos e sete mil, oitocentos e noventa reais e cinquenta e sete centavos), valor que revela a magnitude da importância que deixou de ser recolhida aos cofres públicos, causando, assim, grave dano à coletividade.

Por fim, no que concerne à condenação a título de reparação do dano imposta na sentença recorrida, tenho que, enquanto ofendido pela subtração advinda da prática do crime contra a ordem tributária, o Fisco (Fazenda Pública) possui meios próprios de recuperar os valores sonogados, afigurando-se desnecessária a sua imposição.

A tal conclusão se chega, considerando que o objetivo do art. 387, IV, do CPP, é a definição de um valor mínimo para a reparação dos danos causados, de molde a evitar que o ofendido seja

obrigado a promover a liquidação para apuração do *quantum debeat*.

Nesses termos, salta à evidência que para a situação posta tal postura não se afigura necessária, tendo em vista que a Fazenda Pública dispõe de meios próprios para a imediata execução dos valores pela via da execução fiscal, existindo notícia nos autos, inclusive, de que os créditos tributários apurados foram devidamente inscritos na Dívida Ativa da União em 13/02/2007.

Em reforço da tese ora esgrimida, destaco que o MPF não tem legitimidade para pleitear reparação de dano causado à Fazenda Pública pela supressão de tributo quando evidenciado que o ente fazendário já promoveu as diligências hábeis à recuperação dos tributos sonegados, por meio de ação exacional própria (execução fiscal), razão inclusive da inexistência de pedido nesse sentido na denúncia.

À luz das considerações acima expostas, **dou parcial provimento à apelação** apenas para excluir a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 70 do Código Penal, passando a pena privativa de liberdade a ser de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses, devendo ser substituída por duas penas restritivas de liberdade a serem fixadas pelo juízo da execução, bem como a condenação a título de reparação de danos, mantendo os demais termos da sentença recorrida.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 10.483-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelados: EMERSON RAMOS CORREIA E JERSON MACIEL DA SILVA JÚNIOR
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Adv./Proc.: DRA. ZAIDA RAMOS DE CASTRO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL, ECONOMIA POPULAR E RELAÇÕES DE CONSUMO. NATUREZA DIFUSA E SUPRA-INDIVIDUAL. IDENTIFICAÇÃO DAS VÍTIMAS. INUTILIDADE E INVIABILIDADE. QUADRO FÁTICO IDÊNTICO. REPETIÇÃO DE AÇÕES PENAIS. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO POR LITISPENDÊNCIA. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO IMPROVIDO.

- *Apelação criminal interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, que extinguiu a presente Ação Penal relativamente aos acusados JERSON MACIEL DA SILVA (falecido), JERSON MACIEL DA SILVA JÚNIOR e EMERSON RAMOS CORREIA pela litispendência com o Processo Penal nº 2006.05.00.003838-0 em tramitação na 11ª Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás.*

- *O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ofereceu denúncia contra JERSON MACIEL DA SILVA (punibilidade extinta pelo falecimento), JERSON MACIEL DA SILVA JÚNIOR, EMERSON RAMOS CORREIA e ELIAS CAVALCANTE DA ROCHA JÚNIOR (este último, na Ação Penal nº 0012508-84.2007.4.05.8300, após desmembramento), im-*

putando-lhes as condutas descritas no art. 7, II, e 6º da Lei 7.492/86, c/c artigo 1º do mesmo diploma legal e artigos 29 e 71, caput, do Código Penal; artigo 171, caput, c/c artigos 29 e 71, e art. 288, caput, todos do Código Penal; artigo 2º, IX, da Lei 1.521/51, c/c artigos 29 e 71, caput, do Código Penal; e art. 7º, VII, da Lei 8.137/90, todos em combinação com o art. 69 do CP.

- Narra a exordial acusatória que os acusados, na qualidade de responsáveis e representantes legais da Empresa Agro Comércio e Representação Avestruz Ltda., conhecida sob o nome fantasia de “AVESTRUZ MASTER”, entre os anos de 2004 e 2005, realizavam as seguintes condutas criminosas: i) ofereciam valores mobiliários sem prévio registro de emissão na CVM, incorrendo, assim, no delito esculpido no art. 7º, II, da Lei nº 7.492/86; ii) induziam e mantinham em erro os investidores sobre a situação financeira da empresa, sonegando-lhes informações e prestando-as falsamente, o que configura o crime previsto no art. 6º da Lei 7.492/86, c/c art. 1º do mesmo diploma legal e artigos 29 e 71, caput, do CP; iii) obtinham, em benefício próprio, vantagem ilícita em prejuízo alheio, induzindo e mantendo em erro milhares de investidores, mediante propagandas ostensivas e divulgação de tabelas fraudulentas (delito previsto no art. 171, caput, c/c artigos 29 e 71, todos do CP); iv) obtinham ganhos ilícitos em detrimento de um número indeterminado de pessoas, mediante a prática de condutas características de processo fraudulento (art. 2º, IX, da Lei 1.521/51, c/c artigos 29 e 71, caput, do Código Penal); v) veiculavam, por intermédio dos meios de comunicação, informações enganosas, acarretando maior confiabilidade ao empreendimento e ludibriando milhares de consumidores (art. 7º, VII, da Lei 8.137/90); e vi) ao praticar os delitos citados as-

sociados de maneira permanente e estável, cometeram o crime previsto no art. 288, caput, do Código Penal.

- Nas razões do recurso, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL requer a reforma da sentença para condenar os acusados EMERSON RAMOS CORREIA e JERSON MACIEL DA SILVA JÚNIOR, alegando não haver coincidência entre os crimes e o rol de denunciados descritos em cada denúncia, e, ainda, que os fatos descritos nesta ação circunscrevem-se ao Estado de Pernambuco e diferem dos apurados na Seção Judiciária de Goiás.

- Havendo denúncia ou queixa sobre fato que já está sendo apurado em outra ação ainda não transitada em julgado, suficiente se mostra a sua simples arguição, já que inconcebível a duplicidade de processo contra o mesmo réu e pelos mesmos fatos criminosos. Assim, quando uma ação repete outra em curso, o processo mais recente deve ser extinto.

- Compulsando os autos, verifica-se que ambas as ações são oriundas dos mesmos fatos, dos mesmos delitos praticados pelos mesmos denunciados (à exceção de ELIAS CAVALCANTE DA ROCHA JÚNIOR, processado nos autos na Ação Penal nº 0012508-84.2007.4.05.8300, após desmembramento dos presentes autos), evidenciado-se, por conseguinte, a proteção dos mesmos bens jurídicos (v.g., o bom funcionamento do sistema financeiro nacional, as relações de consumo, o patrimônio do povo e a paz pública como um todo).

- A denúncia que deu ensejo à Ação Penal nº 2006.05.00.003838-0 (11ª Vara Federal/GO), não se restringiu aos fatos ocorridos no Estado de Goiás, pelo contrário, em diversas passagens, demonstrou o intuito de evidenciar as proporções que os fatos delituosos tomaram em âmbito nacional, tanto que lançou mão de procedimento in-

investigatório realizado pela CVM não só na sede da Avestruz Master em Goiânia, mas também nas filiais da empresa, incluindo a de Recife.

- Afastada a alegação de que não se vislumbra, na hipótese, a identidade de vítimas já que o caso trata de crimes que malferiram relações coletivas, de criminalidade difusa e supra-individual. Inútil e inviável, pois, a tentativa de quantificação e identificação das vítimas (direta ou indiretamente) atingidas, o que foi acertadamente identificado nas sentenças prolatadas tanto pelo Juízo da 4ª Vara Federal/PE quanto pela 11ª Vara Federal/GO.

- O modus operandi utilizado na comercialização dos títulos na filial de Recife seguia os padrões determinados pela matriz da empresa (p. ex., forma de captação de investidores, títulos comercializados, campanha e material publicitário, centralização das decisões na sede da empresa etc).

- A instrução processual convergiu no sentido da repetição das imputações trazidas na presente ação com aquelas contidas no bojo do Processo nº 2006.05.00.003838-0 (11ª Vara Federal/GO). Extinção da ação penal pela litispendência que se impõe. Excertos da sentença transcritos adotados como razão de decidir por seus próprios fundamentos.

- Apelação criminal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Recife, 13 de novembro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Trata-se de apelação criminal interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (fls. 3196/3213), contra sentença (fls. 3172/3189) proferida pelo Juízo da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, que extinguiu a presente Ação Penal (2006.83.00.010876-7) no referente aos acusados JERSON MACIEL DA SILVA (falecido), JERSON MACIEL DA SILVA JÚNIOR e EMERSON RAMOS CORREIA sob o argumento de litispendência com o Processo Penal nº 2006.05.00.003838-0 em tramitação na 11ª Vara da Seção Judiciária de Goiás.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ofereceu denúncia de fls. 05/20 contra JERSON MACIEL DA SILVA, JERSON MACIEL DA SILVA JÚNIOR, EMERSON RAMOS CORREIA e ELIAS CAVALCANTE DA ROCHA JÚNIOR (este último, na Ação Penal nº 0012508-84.2007.4.05.8300, após desmembramento dos presentes autos).

Às fls. 2138/2141 foi extinta a punibilidade do acusado JERSON MACIEL DA SILVA em razão de seu falecimento (art. 107, I, do CP) atestado por meio da certidão de fl. 2086.

Narra a exordial acusatória que os acusados, na qualidade de responsáveis e representantes legais da Empresa Agro Comércio e Representação Avestruz Ltda., conhecida sob o nome fantasia de “AVESTRUZ MASTER”, entre os anos de 2004 e 2005, realizavam as seguintes condutas criminosas: i) ofereciam valores mobiliários sem prévio registro de emissão na CVM, incorrendo, assim, no delito esculpido no art. 7º, II, da Lei nº 7.492/86; ii) induziam e mantinham em erro os investidores sobre a situação financeira da empresa, sonegando-lhes informações e prestando-as falsamente, o que configura o crime previsto no art. 6º da Lei 7.492/86, c/c art. 1º do mesmo diploma legal, e artigos 29 e 71, *caput*, do CP; iii) obtinham, em benefício próprio, vantagem ilícita em prejuízo alheio, induzindo e mantendo em erro milhares de investidores, mediante propagandas ostensivas e divulgação de tabelas fraudulentas (delito previsto no art. 171, *caput*, c/c artigos 29 e 71, todos do CP); iv) obtinham ganhos ilícitos em detrimento de um número indeterminado de pessoas, mediante a prática de condutas carac-

terísticas de processo fraudulento (art. 2º, IX, da Lei 1.521/51, c/c artigos 29 e 71, *caput*, do Código Penal); v) veiculavam, por intermédio dos meios de comunicação, informações enganosas, acarretando maior confiabilidade ao empreendimento e ludibriando milhares de consumidores (art. 7º, VII, da Lei 8.137/90); e vi) ao praticar os delitos citados associados de maneira permanente e estável, cometeram o crime previsto no art. 288, *caput*, do Código Penal.

Às fls. 3196/3213, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL apresentou apelação requerendo a reforma da sentença para condenar os acusados EMERSON RAMOS CORREIA e JERSON MACIEL DA SILVA JUNIOR, alegando não haver coincidência entre os crimes e o rol de denunciados descritos em cada denúncia, e, ainda, que os fatos descritos nesta ação circunscrevem-se ao Estado de Pernambuco e diferem dos apurados na Seção Judiciária de Goiás.

Os réus EMERSON RAMOS CORREIA e JERSON MACIEL DA SILVA JUNIOR contrarrazoaram às fls. 3236/3251 e fls. 3255/3266, respectivamente, pugnando pela manutenção da sentença.

De seu turno, o Procurador Regional da República Dr. WELLINGTON CABRAL SARAIVA, apresentou parecer assim ementado (fls. 3275/3280):

PROCESSUAL PENAL E PENAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. LITISPENDÊNCIA. CAUSAS DE PEDIR DISTINTAS. CRIMES PRATICADOS EM LOCAIS DIVERSOS, MEDIANTE EMPRESAS DIFERENTES E COM *MODUS OPERANDI* DISTINTOS.

Caracteriza-se a litispendência, no processo penal, pelo oferecimento de mais de uma acusação contra o mesmo agente, pelo mesmo fato. Para configurar-se a repetição de ações, não basta a identidade na definição jurídica das condutas narradas, mas é indispensável que os fatos imputados aos agentes sejam idênticos.

Não se ergue no caso o óbice processual da litispendência, pois cada denúncia alude a atos praticados em locais diversos, por meio de empresas diferentes e com *modi operandi* distintos.

Parecer pelo provimento da apelação.

Relatei.

Ao eminente Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Trata-se de apelação criminal interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, que extinguiu a presente Ação Penal relativamente aos acusados JERSON MACIEL DA SILVA (falecido), JERSON MACIEL DA SILVA JÚNIOR e EMERSON RAMOS CORREIA pela litispendência com o Processo Penal nº 2006.05.00.003838-0, em tramitação na 11ª Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ofereceu denúncia contra JERSON MACIEL DA SILVA, JERSON MACIEL DA SILVA JÚNIOR, EMERSON RAMOS CORREIA e ELIAS CAVALCANTE DA ROCHA JÚNIOR (este último, na Ação Penal nº 0012508-84.2007.4.05.8300, após desmembramento dos presentes autos), imputando-lhes as condutas descritas no art. 7, II, e 6º, da Lei 7.492/86, c/c artigo 1º do mesmo diploma legal e artigos 29 e 71, *caput*, do Código Penal; artigo 171, *caput*, c/c artigos 29 e 71, e art. 288, *caput*, todos do Código Penal; artigo 2º, IX, da Lei 1.521/51, c/c artigos 29 e 71, *caput*, do Código Penal; e art. 7º, VII, da Lei 8.137/90, todos em combinação com o art. 69 do CP.

Às fls. 2138/2141 foi declarada a extinção da punibilidade do acusado JERSON MACIEL DA SILVA em razão de seu falecimento (art. 107, I, do CP) atestado por meio da certidão de fl. 2086.

Desta forma, o que restar consignado neste voto relacionado à participação dos réus JERSON MACIEL DA SILVA e ELIAS CAVALCANTE nos fatos descritos na denúncia serão desconsiderados para fins sancionatórios, servindo apenas para melhor esclarecimento das condutas lá descritas.

Narra a exordial acusatória que os acusados, na qualidade de responsáveis e representantes legais da Empresa Agro Comércio e Representação Avestruz Ltda., conhecida sob o nome fantasia

de “AVESTRUZ MASTER”, entre os anos de 2004 e 2005, realizavam as seguintes condutas criminosas: i) ofereciam valores mobiliários sem prévio registro de emissão na CVM, incorrendo, assim, no delito esculpido no art. 7º, II, da Lei nº 7.492/86; ii) induziam e mantinham em erro os investidores sobre a situação financeira da empresa, sonegando-lhes informações e prestando-as falsamente, o que configura o crime previsto no art. 6º da Lei 7.492/86, c/c art. 1º do mesmo diploma legal e artigos 29 e 71, *caput*, do CP; iii) obtinham, em benefício próprio, vantagem ilícita em prejuízo alheio, induzindo e mantendo em erro milhares de investidores, mediante propagandas ostensivas e divulgação de tabelas fraudulentas (delito previsto no art. 171, *caput*, c/c artigos 29 e 71, todos do CP); iv) obtinham ganhos ilícitos em detrimento de um número indeterminado de pessoas, mediante a prática de condutas características de processo fraudulento (art. 2º, IX, da Lei 1.521/51, c/c artigos 29 e 71, *caput*, do Código Penal); v) veiculavam, por intermédio dos meios de comunicação, informações enganosas, acarretando maior confiabilidade ao empreendimento e ludibriando milhares de consumidores (art. 7º, VII, da Lei 8137/90); e vi) ao praticar os delitos citados associados de maneira permanente e estável, cometeram o crime previsto no art. 288, *caput*, do Código Penal.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL apresentou apelação requerendo a reforma da sentença para condenar os acusados EMERSON RAMOS CORREIA e JERSON MACIEL DA SILVA JÚNIOR, alegando não haver coincidência entre os crimes e o rol de denunciados descritos em cada denúncia, e, ainda, que os fatos descritos nesta ação circunscrevem-se ao Estado de Pernambuco e diferem dos apurados na Seção Judiciária de Goiás.

Pois bem.

Primeiramente, no que toca à litispendência no processo penal, é sabido que, havendo denúncia ou queixa sobre fato que já está sendo apurado em outra ação ainda não transitada em julgado, suficiente se mostra a sua simples arguição, já que inconcebível a duplicidade de processo contra o mesmo réu e pelos mesmos fatos criminosos. Assim, quando uma ação repete outra em curso, o processo mais recente deve ser extinto.

No presente caso, entendo que a sentença de extinção da ação penal pelo reconhecimento da litispendência deve ser mantida em sua integralidade.

Com efeito, compulsando os autos, verifica-se que ambas as ações são oriundas dos mesmos fatos, dos mesmos delitos praticados pelos mesmos denunciados (à exceção de ELIAS CAVALCANTE DA ROCHA JÚNIOR, processado nos autos na Ação Penal nº 0012508-84.2007.4.05.8300, após desmembramento dos presentes autos), evidenciado-se, por conseguinte, a proteção dos mesmos bens jurídicos (v.g., o bom funcionamento do sistema financeiro nacional, as relações de consumo, o patrimônio do povo e a paz pública).

Observa-se, ainda, que a denúncia que deu ensejo à Ação Penal nº 2006.05.00.003838-0 (11ª Vara Federal/GO), não se restringiu aos fatos ocorridos no Estado de Goiás, pelo contrário, em diversas passagens, demonstrou o intuito de evidenciar as proporções que os fatos delituosos tomaram em âmbito nacional, tanto que lançou mão de procedimento investigatório realizado pela CVM não só na sede da Avestruz Master em Goiânia, mas também nas filiais da empresa, incluindo a de Recife.

De outro giro, não procede a alegação de que não se vislumbraria, na hipótese, a identidade de vítimas já que o caso trata de crimes que malferiram relações coletivas, de criminalidade difusa e supra-individual. Inútil e inviável, pois, a tentativa de quantificação e identificação das vítimas (direta ou indiretamente) atingidas, o que foi acertadamente identificado nas sentenças prolatadas tanto pelo Juízo da 4ª Vara Federal/PE quanto pela 11ª Vara Federal/GO.

Não se pode olvidar, ainda, que o *modus operandi* utilizado na comercialização dos títulos na filial de Recife seguia os padrões determinados pela matriz da empresa (p. ex., forma de captação de investidores, títulos comercializados, campanha e material publicitário, centralização das decisões na sede da empresa etc).

No ponto, por medida de celeridade e economia processual, e, ainda, considerando o alto grau de detalhamento dos fatos ora apreciados, colho do *decisum* recorrido, o seguinte excerto, ora adotado como razão decidir por seus próprios fundamentos (fls. 3172/3189):

(...)

2.1. DAS PRELIMINARES:

2.1.1 - DA ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA/LITISPENDÊNCIA

51. Inicialmente, por meio das petições/documentos de fls. 835/867, 901/908, 920/952, 1026/1035, 1036/1041 e 2270/2276 (documentos fls. 2277/2276), os acusados invocaram incompetência/litispendência com a Ação Penal nº 2006.35.00.003838-0 (11ª Vara Federal Goiânia/GO), atualmente em fase de julgamento de recurso perante o TRF - 1ª Região, a teor dos documentos de fls. 3055/3108 e 3168.

52. Às fls. 3122/3126, intimado para manifestação acerca da alegação de litispendência, o *Parquet*, não vislumbrando impedimento ao prosseguimento do feito, remeteu-se ao parecer acostado aos autos da Exceção de Incompetência nº 2006.83.00.014318-4 (fls. 15/23, apensa), na qual opinou pela inoocorrência de litispendência alegando que "(...) a denúncia oferecida no processo principal somente descreveu as condutas perpetradas nas particulares circunstâncias que se verificaram neste Estado (pessoa jurídica diversa, contratos diversos, vítimas distintas, outros réus), (...)".

53. Na mesma linha, o e. TRF - 5ª Região entendeu pela inexistência de litispendência, sob o fundamento de que "(...) a denúncia apresentada perante a 4ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco é clara em asseverar que os fatos ensejadores desta persecução criminal foram hipoteticamente perpetrados apenas neste Estado, pondo por terra a alegada litispendência ou *bis in idem*. (...)" (fls. 1048/1059).

54. O STJ, por sua vez, nos autos do Conflito de Competência CC nº 67.711/GO, na decisão de indeferimento do pedido liminar, entendeu que "os Juízos Federais de Goiás e Pernambuco, apesar de apurarem delitos semelhantes, possuiriam vítimas diversas, além de que nem todos os denunciados seriam idênticos". Por outro lado, aquela Corte Superior, nos autos do CC nº 100.346/GO, por unanimidade, não conheceu do aludido conflito de competência nos seguintes termos (fls. 3128/3133):

(...) In casu, ambas as ações tramitam perante juízos competentes para a sua instrução e julgamento

to, não havendo conflito positivo de competência, já que não há pretensão de nenhum dos juízos suscitados em assumir o controle das duas ações por meio da conexão e continência ou prevenção.

Pelo contrário, cada juízo pretende julgar a ação penal em trâmite em sua própria jurisdição, não se pronunciando a respeito da ação penal cujos atos foram praticados em outro Estado.

(...)

No caso em questão, **os juízos suscitados relataram que as ações ajuizadas contra o suscitante e os demais corréus não são oriundas dos mesmos fatos, nem dos mesmos crimes.** Ademais, não avocam para si a competência para julgar ambas as ações penais, limitando-se apenas a sua competência para o julgamento do processo em trâmite naquele estado da federação, não se manifestando a respeito de nenhum outro fato pertinente às atividades criminosas praticadas fora daquela região. **Não há, portanto, no caso em questão, coincidência de acusações, controvérsias sobre unidade de juízo, junção ou separação de processos.**

(...)

Nestes termos, entendo que no caso, igualmente, não existe conflito de competência a ser solvido por esta Corte, **sendo certo que eventual alegação de bis in idem deve ser cuidada pelas instâncias ordinárias,** na medida do interesse da defesa dos réus.

Ante o exposto, não conheço do conflito de competência. (g.n.)

55. Pois bem.

56. Para a análise da alegada litispendência/incompetência, impende, nesta oportunidade, transcrever trecho da denúncia apresentada perante este Juízo, a qual traz em seu bojo, entre outros, os seguintes fatos (fls. 05/20):

1. No dia 7 de novembro de 2005, foi instaurado, mediante portaria (fl. 2 do anexo 01/04), o Inquérito Policial nº 080/2005, na Delegacia de Polícia de Prevenção e Repressão aos Crimes contra o Consumidor do Estado

de Pernambuco, com base nos Boletins de Ocorrência nºs. 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591/2005, prestados respectivamente pelos Srs. NAELSON ALVES MATIAS, NÚBIA DA ROCHA SOBRAL, IGNA JUDICARLENE VELOSO LIMA, RICARDO LEITÃO PIMENTEL, JOSÉ SOARES DE ALMEIDA, EDNA DE ALMEIDA BARBOSA, LEONARDO NASCIMENTO DE ALMEIDA e LUIS FERNANDO DE ALMEIDA BARBOSA.

2. Além desses, foram também recebidas naquela Delegacia dezenas de outras notícias-crime apresentadas por investidores que se diziam vítimas da empresa AVESTRUZ MASTER, com sede no bairro de Boa Viagem, nesta cidade.

3. Consoante se extrai dos autos, no ano de 2004, o denunciado JERSON MACIEL DA SILVA abriu, neste Município, juntamente com KÉRCIA VIVIAN SOUZA SILVEIRA, a empresa AGRO COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO DE AVESTRUZ LTDA., nome fantasia “Avestruz Master”, inscrita no CNPJ/MJ sob o nº 06.312.560/0001-68 e sediada na Avenida Fernando Simões Barbosa, nº 357, Boa Viagem, Recife-PE (contrato de constituição às fls. 553/557, do IPL apenso).

4. Referida empresa passou a divulgar, em vários veículos de comunicação – rádio, televisão e jornais – a venda de avestruzes em criadouro, com a promessa de recompra dessas aves pelo frigorífico “STRUTHIO GOLD”, empresa ligada ao grupo AVESTRUZ MASTER, em negócio que supostamente renderia quase 11% (onze por cento) ao mês, conforme se pode observar de material de divulgação da empresa constante dos autos (fl. 293, do IPL apenso - Anexo 02/04).

5. No final do ano de 2005, entretanto, a empresa AVESTRUZ MASTER encerrou suas atividades nesta cidade e as vítimas não puderam resgatar os valores investidos, obtendo informações apenas por meio da imprensa, o que as levou a procurar a polícia.

6. As apurações levadas a efeito pela autoridade policial e pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM demonstraram que os denunciados, na qualidade de responsáveis e representantes da mencionada empresa AGRO

COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO DE AVESTRUZ LTDA. (nome fantasia “Avestruz Master”), nos anos de 2004 e 2005, de modo consciente e voluntário, em conjunto de esforços e ajuste prévio de desígnios, promoveram a captação de recursos financeiros de terceiros, diversos clientes da empresa em questão neste Estado, sem a necessária autorização do Banco Central do Brasil.

7. Os acusados emitiram e distribuíram títulos e valores mobiliários, sem registro prévio de emissão perante a autoridade competente e sem lastro ou garantias suficientes, e atuaram, no mercado de valores mobiliários, como administradores de carteira coletiva, sem autorização ou registro perante a Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

8. Conforme se depreende dos vários depoimentos colhidos no curso do inquérito policial (veja-se, por exemplo, o depoimento de fls. 238/239), a empresa inicialmente oferecia aos clientes a possibilidade de investimento, de três a nove meses, com retirada dos juros a cada três meses, garantindo a recompra das aves por meio de uma estipulação contratual. Em alguns casos já era entregue ao investigador um “contrato de compra e venda de avestruzes”, com a empresa ABATEDOURO STRUTHIO GOLD IMP. EXP. E COM. LTDA. (do mesmo “grupo” AVESTRUZ MASTER e da qual é sócio o denunciado JERSON MACIEL DA SILVA).

9. Após ter havido advertência, pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), acerca da ilegalidade da utilização dessa forma de contratação, os denunciados passaram a utilizar a chamada “CÉDULA DE PRODUTO RURAL - CPR”. De acordo com essa nova modalidade, os investidores celebravam um contrato preliminar e, depois de cerca de 15 (quinze) dias, recebiam a CPR emitida pela AVESTRUZ MASTER AGRO-COMERCIAL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., sediada em Goiânia-GO, também de propriedade dos denunciados, exceto Elias Cavalcante.

10. Contudo, apesar de constar expressamente nos contratos preliminares e nas CPR’s que a empresa não se responsabilizaria pela recompra das aves, essa garan-

tia passou a ser dada verbalmente aos investidores e a propaganda veiculada pela empresa nos meios de comunicação de massa ainda continham a promessa de re aquisição (fl. 597 - “você compra uma ave, que fica hospedada na nossa fazenda, e tem a recompra garantida, no prazo contratado, com a melhor rentabilidade do mercado”).

11. No âmbito da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, foi instaurado, a partir de provocação do Banco Central do Brasil - BACEN, o Inquérito Administrativo CVM nº 23/04, com o objetivo de “apurar a possível ocorrência de irregularidades relacionadas com a distribuição pública de valores mobiliários de emissão da Avestruz Master Ltda.”.

12. Conforme relatório de fls. 126/193, durante inspeção realizada em Goiás, inspetores da CVM alertaram o denunciado JERSON MACIEL DA SILVA que o tipo de contrato por eles praticado, com garantia de recompra, aliado à forma de captação – principalmente pela existência de estrutura própria de vendas e de apelo à poupança pública –, caracterizavam a realização de operações típicas previstas na Lei nº 10.198/01, referente aos Contratos de Investimento Coletivo - CIC, sujeitas à disciplina da Lei nº 6.385/76 e a autorização pela CVM.

13. Posteriormente, diante da vedação advertida pela CVM, como já exposto acima, os denunciados passaram a utilizar o instrumento contratual denominado “CÉDULA DE PRODUTO RURAL - CPR”.

14. Contudo, consoante relatório da CVM (item 39 - fl. 137 das peças de informação), não foi implementado, pela empresa, o necessário enquadramento, previsto nas Leis nºs 8.929/94 e 10.200/01, que disciplinam a matéria.

15. Com efeito, a captação de recursos por meio da celebração de CPR's continuou a apresentar apelo à poupança pública – com estruturas próprias de equipes de venda, negociação direta dos contratos por parte da empresa e promessa de rentabilidade. Esses títulos, assim, permaneceram semelhantes aos Contratos de Investimento Coletivo - CIC, legalmente considerados

“valor mobiliário” e, portanto, sujeitos ao controle da Comissão de Valores Mobiliários - CVM.

16. As CPR's estabeleciam obrigação de entrega da ave em data futura e fixavam o valor de resgate, na data do vencimento. Eram acompanhadas, ainda, de “Certificado de Garantia de Mercado” – mais uma demonstração da garantia de revenda da avestruz prometida pela própria empresa.

17. Em 25.11.04, a CVM realizou inspeção na sede da AVESTRUZ MASTER no Recife-PE, constatando que os denunciados continuavam a garantir a recompra de aves, “inclusive com valor pré-definido, o que significava o estabelecimento de uma taxa de rentabilidade aos clientes que aplicassem nos contratos/títulos emitidos pela empresa”. (fls. 140/141, das peças de informação).

18. Nessa ocasião, os inspetores apresentaram-se, inicialmente, como potenciais investidores interessados em conhecer os investimentos em avestruzes. Ainda de acordo com o relatório da CVM, “os vendedores apresentaram como opção de investimento, dentre várias alternativas, a compra do animal com pagamento à vista e entrega em uma data futura, através da emissão de uma CPR, junto à qual era conferida uma garantia de revenda do animal na data de vencimento desse título, com 3, 6 ou 9 meses de prazo, a um valor pré-fixado. Esta seria a alternativa de investimento, segundo os argumentos explicitados pelo vendedor aos inspetores na filial de Recife-PE, mais apropriada e vantajosa para os clientes que não possuísem terras”.

19. O investimento realizado através da emissão de uma CPR, no qual acreditaram milhares de clientes em Pernambuco, era baseado em quatro documentos, os quais serviram para iludir os investidores, demonstrando, claramente, a intenção dos administradores da empresa:

(i) apresentação das “modalidades negociais” oferecidas, dentre as quais tabelas de “Venda para Entrega Imediata”, mostrando os preços de compra dos animais pelo cliente, e de “Modalidade Negociai através de CPR para Entrega Futura”, informando os preços que seriam praticados na recompra dos animais pela empresa, quan-

do do vencimento do título, bem como a rentabilidade garantida previamente;

(ii) “Contrato Preliminar”, entregue ao cliente no momento da efetivação do compromisso, a se estabelecer com base na CPR, no qual constava o valor inicial do investimento;

(iii) “Cédula de Produto Rural” (CPR), título que estabelecia o dever da Avestruz Master de entregar ao cliente, em data pré-definida, um determinado número de aves, constando o valor dos animais no vencimento da CPR;

(iv) “Certificado de Garantia de Mercado”, documento entregue ao cliente por ocasião do compromisso de entrega futura de avestruz, em que são apresentadas aos investidores parcerias da Avestruz Master com 21 (vinte e um) produtores rurais relacionados (todos vinculados à Avestruz Master), garantindo a “disponibilidade do mercado para negociação de suas aves adultas e filhotes, de padrão Avestruz Master”, ou seja, certificando o comprador de que este teria a garantia de mercado para revender as aves adquiridas.

20. Ao final do procedimento investigatório realizado no âmbito da CVM, a comissão responsável concluiu que “o relacionamento da AVESTRUZ MASTER com a CVM mostrou, por diversas ocasiões, que a empresa não tinha interesse em regularizar suas operações, ou seja, interromper a promessa e a expectativa de rentabilidade dos investidores. Pelo contrário, a AVESTRUZ MASTER agiu, reiteradamente, de forma contrária ao que declarava ou se comprometia com esta CVM, demonstrando má-fé no comportamento da sua administração, buscando, por diversas ocasiões, dissimular o caráter irregular da emissão. Com base na relação de clientes obtida na segunda e última inspeção realizada na matriz da empresa, entre 16 e 18.03.05, naquela ocasião, o total de recursos captados através de CPR’s somavam aproximadamente R\$ 86 milhões”.

21. Cerca de 3.000 (três mil) investidores pernambucanos foram enganados, ludibriados, resultando em volume de recursos ilícitamente captados pelos denunciados da ordem de R\$ 70.000.000,00 (setenta milhões de reais), segundo estimativas fornecidas pelos próprios

vendedores da AVESTRUZ MASTER, em seus depoimentos colhidos no curso do inquérito policial (fls. 629/631, 679/680 e 681/682).

22. Aliás, cabe destacar o grande aumento dos negócios no Estado de Pernambuco no ano de 2005, antes da total consolidação da implantação da fazenda de avestruzes neste Estado, e mesmo após as reiteradas advertências por parte da CVM.

23. Importa grifar que os interessados – milhares de pessoas só no Estado de Pernambuco – investiram na compra de verdadeiros títulos mobiliários (ainda que sob diferentes denominações), que garantiam ganho mensal em torno de 10% (dez por cento) do capital investido inicialmente. A AVESTRUZ MASTER também oferecia a restituição do capital, quando do vencimento do título, acrescido de rentabilidade vantajosa, não encontrada em nenhuma outra espécie de investimento ou aplicação financeira.

24. Considerando a realização de operações sucessivas, a anualização das taxas efetivamente praticadas, com base em juros compostos, proporcionava retorno de 141,1 % a 180,1% ao ano.

25. Entretanto, ao contrário do que divulgava ampla e ostensivamente ao público, comprovou-se que a empresa não tinha como atividade principal a criação e comercialização de avestruzes, capaz de lastrear os rendimentos prometidos. A sua atividade preponderante era, na realidade, a captação de poupança popular, mediante oferta pública de instrumentos assemelhados a Contratos de Investimento Coletivo, consoante se depreende do laudo de análise contábil (Nota Técnica), acostado às fls. 194/230 das anexas peças de informação. Na mesma linha, os inspetores da CVM verificaram que a única atividade comprovada do abatedouro STRUTHIO (ligado ao grupo e também de propriedade do denunciado JERSON MACIEL DA SILVA) era a de realizar contratos de compra futura de avestruzes vinculados às CPR's da AVESTRUZ MASTER.

26. Assim, deflui-se que o rendimento prometido, no início do funcionamento da empresa, foi mantido apenas com o dinheiro dos investidores e não pela suposta ati-

vidade produtiva. Caracterizou-se o que comumente se designa como “pirâmide”, ou seja, um esquema econômico (inviável) baseado sobre um conjunto crescente de investidores enganados com a promessa de ganhos irreais, bastante superiores aos praticados no mercado, e impossíveis de serem gerados pelo funcionamento regular da economia.

27. Os denunciados chegaram a honrar os primeiros compromissos, em razão do crescente número de investidores atraídos pela ampla divulgação e propaganda – repleta de informações falsas sobre a confiabilidade e regularidade do negócio –, que tornava o fluxo de entrada de capital maior que o de saída. Entretanto, não existindo lastro para garantir a rentabilidade, na medida em que cresceram as retiradas em curto prazo e o passivo da empresa, os novos investidores acabaram lesados. É a conclusão que se extrai do citado relatório da CVM e do laudo de análise contábil (fls. 194/230, das anexas peças de informação).

28. Acreditando que o negócio era seguro e rentável, os clientes mantiveram, nos anos de 2004 e 2005, altos investimentos na AVESTRUZ MASTER. Citamos, apenas a título ilustrativo, os casos do Sr. Luiz Carlos Oliveira Lima, que investiu, juntamente com sua família, a quantia de R\$ 122.035,00 (cento e vinte e dois mil e trinta e cinco reais), toda reinvestida; e do Sr. José Guilherme Cabral de Meio da Fonte, o qual, em nome próprio e de seus filhos, investiu cerca de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais), conforme narraram em audiência realizada pela 18ª Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania, com atribuição na Proteção e Defesa do Consumidor, do Ministério Público do Estado de Pernambuco (fls. 271/275 do IPL - Anexo 02/04).

29. Para atrair investidores, a empresa fez uso de forte propaganda, em vários meios de comunicação. O nítido intuito era de incutir uma imagem falsa sobre o tamanho e estrutura do empreendimento, sua confiabilidade e regularidade.

30. O material publicitário contido nos autos (fls. 282 e seguintes do IPL apenso - Anexo 02/04) retrata o denunciado JERSON MACIEL DA SILVA com artistas fa-

mosos e políticos, em grandes eventos promovidos pela AVESTRUZ MASTER, o que levava os clientes a acreditar que o negócio estava fortemente estabelecido no Brasil e até no exterior (depoimentos de fls. 271/275, do IPL - Anexo 02/04). Havia, também, nos anúncios publicitários, destaque para a existência de representações do grupo no exterior e sobre um suposto mercado internacional crescente no negócio de avestruzes.

31. Por outro lado, além da comprovação da garantia de recompra, sempre feita (por escrito ou de forma velada, verbalmente) aos clientes, o material de divulgação também indica as perspectivas (irreais) de lucros.

32. A propaganda promovida pelos denunciados também ludibriava os possíveis investidores quanto à regularidade e licitude dos negócios.

33. Apurou-se, por exemplo, que, em dezembro de 2004, foi veiculado, em canal afiliado à TV Globo, em Porto de Galinhas, Ipojuca-PE, informe publicitário em que o denunciado JERSON MACIEL DA SILVA, na qualidade de diretor administrativo da AVESTRUZ MASTER, citava a CVM, desrespeitando a Deliberação CVM nº 473/04, pela qual se determinava, no inciso II, alínea d, que a empresa “fizesse constar, em destaque, dos (...) materiais de divulgação utilizados, a advertência de que a Avestruz Master e os investimentos por ela ofertados não são regulados ou fiscalizados pela CVM”.

34. Com efeito, prestando informações falsas, com o nítido intuito de iludir os investidores, passando-lhes uma errônea impressão sobre a regularidade e confiabilidade do empreendimento, o vídeo publicitário continha o seguinte texto: “nos últimos meses a CVM - Comissão de Valores Mobiliários vem inspecionando e acompanhando todas as nossas negociações, mesmo que as negociações não sejam por ela regulamentadas” (...); a AVESTRUZ MASTER “está se adequando às deliberações finais da CVM, cujas orientações vêm ao encontro de nossas metas” (item III.E do relatório da CVM).

35. Deve-se repetir que a CPR, com característica de CIC, não poderia ser negociada pelos denunciados, porque o referido título não foi registrado no sistema de

registro e de liquidação financeira, administrado por entidade autorizada pelo Banco Central do Brasil (art. 19 e parágrafo primeiro da Lei nº 8.929/94).

36. Demonstrou-se, pois, que os acusados não praticavam condutas próprias das negociações comerciais de compra e venda de bens e serviços, mas exerciam atividades próprias de instituição financeira, sem autorização do Banco Central do Brasil, como a captação de poupança popular, emissão e distribuição de títulos e valores mobiliários, sem lastro, e sem registro ou autorização da autoridade competente.

37. Como se não bastasse, os denunciados atuavam no mercado de valores mobiliários, como administradores de carteira coletiva, sem estarem, para esse fim, autorizados ou registrados perante a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), nos moldes da Lei nº 6.385/76.

38. Verifica-se, do que consta dos autos, que os denunciados associaram-se, em quadrilha, de modo estável e com *animus* de permanência, com o fim de praticar reiteradamente crimes contra o sistema financeiro nacional, a ordem econômica e o patrimônio de diversos cidadãos neste Estado.

39. A associação criminosa formada pelos denunciados é evidenciada pela divisão de funções que havia entre eles, conforme exposto abaixo, bem como pela estrutura empresarial de que dispunham e seu *modus operandi* descrito acima.

40. Há, nos autos, fortes indícios da existência de um liame subjetivo entre os agentes, que de forma organizada, permanente e estável associaram-se, constituindo pessoa jurídica neste Estado – com sede no Recife e filial em Vitória de Santo Antão – para o fim de cometer delitos.

(...)

57. Por outro lado, a exordial acusatória que deu ensejo à Ação Penal nº 2006.35.00.003838-0 (11ª Vara Federal/GO, sentença ainda não transitada em julgado), proposta em face de JERSON MACIEL DA SILVA, EMERSON RAMOS CORREIA, PATRÍCIA ÁUREA MACIEL DA SILVA (filha de JER-

SON MACIEL DA SILVA) e JERSON MACIEL DA SILVA JÚNIOR, trouxe em seu bojo (fls. 372/393 e 3168):

(...) **DOS FATOS**

Da captação de poupança e do Contrato de Investimento Coletivo

Na data de 02.03.2004, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), por provocação do Banco Central do Brasil, iniciou fiscalização no auto-intitulado **Grupo Avestruz Master** (constituído por diversas empresas, dentre elas, a Avestruz Master Agro Comercial Importação e Exportação Ltda., Abatedouro Struthio Gold Importação, Exportação e Comércio Ltda., Avestruz Master Agrocomercial Ltda., Master Promoções, Sena Avestruz etc.), com o escopo de aferir se o grupo, por intermédio de seus administradores, estaria realizando operações de acesso à poupança pública sem autorização e fiscalização do ente governamental competente (documentos de fls. 26/43 do Anexo II, vl. 1 - procedimento da CVM).

Constatou-se, então, que os contratos e títulos emitidos e distribuídos pela empresa, independentemente da denominação recebida, eram, em seu conjunto, Contratos de Investimento Coletivo - CIC utilizados para a captação, sem a devida e prévia autorização do órgão competente, de recursos financeiros, mediante a aplicação, pelos investidores, de um determinado capital, na expectativa de recebimento, após um prazo previamente estabelecido, do montante investido acrescido de dividendos prefixados correspondentes a uma suposta valorização do produto oferecido pela empresa, qual seja, avestruzes. Pelas normas vigentes, a emissão desses títulos necessitaria de registro prévio, regulação e efetiva fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários.

(...)

A CVM reiterou, em mais de uma ocasião, a exortação às empresas que os denunciados controlavam no sentido de que era ilícito o tipo de contrato praticado pelo grupo aliado à forma de captação dos recursos do público interessado (principalmente pela existência de estrutura própria de vendas e de apelo à poupança popular). Isso decorria de que a atividade do grupo, na forma

que os denunciados a realizavam, necessitaria de autorização e registro naquela autarquia. Não obstante, os denunciados, por meio da Avestruz Master, continuaram a praticar, arditosamente, a emissão e colocação de valores mobiliários (CIC) sem o devido registro naquele órgão regulador e procurou, até, por diversas vezes, dissimular a sua atuação na captação de dinheiro do público.

Em diversas situações distintas, pôde-se aferir a atuação da empresa na emissão e na oferta pública de valores mobiliários sem registro prévio na CVM, muito embora, após a intervenção desta, a empresa tenha tentado, em várias oportunidades, mascarar relações de fato existentes como se tratasse de operações que não necessitariam da intervenção do órgão estatal.

Inicialmente, a Avestruz Master celebrou contratos denominados Instrumento Particular de Compromisso de Compra e Venda de Avestruz (fls. 35/36 da investigação da CVM), nos quais havia previsão do preço de investimento em aves, com a revenda das mesmas avestruzes para a própria empresa.

Em uma segunda fase, após a intervenção do PROCON/GO, a empresa passou a utilizar, para captação de poupança do público, o que denominou Contrato de Parceria na Criação de Avestruzes (fls. ...). Tal contrato poderia ser firmado em diferentes prazos (dois, três, seis e nove meses) e já estabelecia uma garantia fixa de rentabilidade a ser conferida ao cliente.

Após determinação da CVM para que **o grupo Avestruz Master** adequasse a empresa, em 16.08.2004, procurou a autarquia com o escopo de modificar seus contratos e captar recursos, emitindo Cédulas de Produto Rural, na modalidade financeira - CPR-f, apresentando modelo no qual constava o valor de resgate em seu vencimento e estabelecia garantia fixa de rentabilidade a ser auferida pelo cliente.

Contudo, em face da inadequação do instrumento apresentado ao conceito de CPR-f, a autarquia constatou que a captação de recursos proposta continuaria apresentando apelo à poupança pública, uma vez que os

denunciados não tinham intenção de contratar com bancos, mantinham estrutura própria de vendas, negociação direta dos contratos por parte da empresa e promessa de rentabilidade. Os títulos que alicerçavam sua atividade permaneceriam, assim, a assemelhar-se aos Contratos de Investimento Coletivo e caracterizavam, portanto, um valor mobiliário cuja emissão dependeria de registro na CVM.

(...)

Após mais uma intervenção da CVM e como escopo de paralisar a sua fiscalização, em 21.09.2004, foi expedida, pela Avestruz Máster, uma notificação extrajudicial na qual a empresa informa ter encerrado a captação de recursos por meio dos mencionados contratos (fls. ...). Entretanto, em inspeções realizadas pela CVM após essa data, constatou-se que a empresa continuava a garantir a recompra das aves, inclusive com valor predefinido, o que significaria a estabelecimento de uma taxa de rentabilidade aos clientes que aplicassem nos contratos/títulos emitidos pela empresa.

(...)

Destarte, dentre vários planos, havia como opção de investimento a compra do animal com pagamento à vista e entrega em data futura, através da emissão de uma CPR, com a qual era conferida a garantia da revenda da avestruz na data do vencimento do título (3, 6 ou 9 meses de prazo) a um valor pré-fixado estabelecido por meio do quatro documentos, quais sejam: a- apresentação das 'Modalidades Negociais' ...; b- 'Contrato Preliminar' ...; c- 'Cédula de Produto Rural' ...; d- 'Certificado de Garantia de Mercado'.

No contrato preliminar, além de firmar compromisso da emissão de uma CPR, também havia a promessa expressa de celebração de um 'CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA, a ser firmado entre o mesmo comprador e o ABATEDOURO STRUTHIO GOLD IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA., CNPJ ...', ou seja, um contrato em que o abatedouro, empresa do 'Grupo' Avestruz Máster, se comprometeria a comprar as avestruzes, caracterizando a garantia de revenda das aves adquiridas com base na CPR.

(...)

Em razão dos fatos, a CVM emitiu a Deliberação 473/2004 (fls. ...), na qual reconheceu estar a Avestruz Master realizando captação de recursos do público e determinou, por essa razão, dentre outras medidas, a cessação de oferta ao público de CPR(s) representativas de vendas, com garantia de recompra de aves a ele alienadas e referência, na CPR e nos materiais de divulgação, do montante correspondente ao valor futuro das aves.

Vê-se ter a empresa Avestruz Master, por decisão e atuação conjunta dos denunciados, em unidade de desígnios, ultrapassado claramente a fronteira entre negociações comerciais de compra e venda de bens e serviços e negociações que constituem, em seu conjunto, valores mobiliários, mais especificamente o contrato de investimento coletivo, cujo registro na CVM seria obrigatório por lei.

(...)

Conforme se evidenciou nas inspeções realizadas entre os dias 15 e 18.03.2005, a Avestruz Master continuava fomentando o investimento em avestruzes com promessas de recompra das aves e remuneração estratosférica - baseada em intensa atividade publicitária, mas evidentemente irreal e incompatível com a realidade do mercado, destinada a ludibriar **investidores incautos e a boa-fé do público em geral** -, espelhada pela diferença entre o preço de aquisição e o preço praticado no momento da recompra das aves, por meio de contratos de compra e venda dos mesmos animais, firmados, agora, com a empresa Struthio Gold, também pertencente ao grupo Avestruz Master e, como ela, controlada pelos denunciados.

(...)

No início de abril/2005, após a inspeção da CVM, a empresa passou a não mais celebrar contratos de recompra por intermédio do Abatedouro Struthio Gold, mas, ainda assim, os denunciados, por meio da Avestruz Master, continuaram garantindo, verbal e informalmente, a recompra das aves. O percentual do rendimento

mensal oferecido passou, então, a ser informado através da divulgação das cotações da aves pela ACRIAGO - Associação dos Criadores de Avestruzes de Goiás, associação criada em 29.03.2005 (após a primeira inspeção da CVM), com o único intuito de conferir aparente legalidade à atividade do grupo, ludibriando as autoridades responsáveis pela fiscalização.

(...)

Dessa forma, a valorização desmedida das avestruzes fixada pela empresa é que representava o suposto e alardeado retorno financeiro do investidor, o qual na maioria das vezes reaplicava o capital inicial acrescido de juros (ou aplicava somente os juros), fazendo novos investimentos. Assim, os valores aplicados na empresa eram utilizados para movimentar o próprio investimento dos **denunciados, os quais aferiam lucros com dinheiro investido pelo povo.**

(...)

Enfim, pela evolução dos fatos observados, verifica-se que a empresa não tinha interesse em regularizar suas operações, ou seja, interromper a promessa ou a expectativa de rentabilidade dos investidores. Pelo contrário. A Avestruz Master agiu, por intermédio dos denunciados, reiteradamente, de forma contrária ao declarado e assumido perante a CVM, demonstrando má-fé e evidente dolo no comportamento da sua administração e buscando, por diversas ocasiões, dissimular o caráter irregular da forma de captação de **recursos de terceiros.**

Dessa forma, a empresa captou recursos do público, associada a uma suposta exploração da atividade de criação de aves, com promessa de rentabilidade, em claro **apelo à poupança popular.** Para tanto, arrimada em forte **campanha publicitária, de caráter nacional,** valeu-se da emissão e oferta de instrumentos que, em seu conjunto, independentemente da denominação recebida, constituíam valores mobiliários, mais especificamente CIC (Contrato de Investimento Coletivo), cujo registro, regulação, autorização para emissão e fiscalização compete, por lei, à Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Do mercado, da higidez da empresa e indução a erro

Para atrair um número significativo de investidores, e, assim, captar cada vez mais recursos do público consumidor, por meio de contratos/títulos com natureza de valores mobiliários, mais especificamente CIC, a empresa Avestruz Master, além de criar diversos planos de investimentos, realizou agressiva campanha publicitária da atividade desenvolvida pelo grupo e sua regularidade, das aves, do tamanho do empreendimento e do mercado internacional em que se pretendia ingressar. **As campanhas foram amplamente veiculadas em diversos jornais deste Estado e de outros Estados, em canais e programas de televisão locais e nacionais, em emissoras de rádio e em periódicos de circulação nacional.**

(...)

Além disso, propagandeando, falsamente, a adequação às determinações da CVM, e a higidez financeira da empresa, tudo com o escopo de conferir credibilidade ao negócio, a Avestruz Master, além de atrair novos investidores, induziu aqueles que nela já investiam.

Com efeito, apesar de noticiar a sua comercialidade, inclusive, em determinado período, com um certificado de garantia de mercado, assegurando, assim, disponibilidade para comercialização das aves, constatou-se que a empresa não teria ingressado no mercado internacional e o mercado interno era quase inexistente (depoimento do próprio Jerson Maciel).

Da mesma forma, a constantemente noticiada inauguração do abatedouro, maior mote publicitário da empresa, nunca aconteceu, apesar da nababesca festa de pré-inauguração. Durante a inspeção da CVM (Relatório de Inspeção nº 010/2005), observou-se que a única atividade comprovada do abatedouro seria a realização dos contratos de compra futura de avestruzes vinculados aos CPRs da Avestruz Master e as declaradas tratativas de seus administradores em celebrar contratos de venda de derivados de avestruz para o exterior. Contudo, não existia nenhum contrato formalizado para atender mercado interno ou externo, com qualquer produto

derivado de avestruz e, tampouco, havia autorização para tanto, ou seja, não comercializaram aves.

(...)

Destarte, desde o ano de 2004, o conjunto de bens e direitos não superava o conjunto de obrigações da empresa para com terceiros. Além disso, apesar de desejar transparecer o contrário, a atividade principal da empresa não era a venda de aves, mas se resumia, na verdade, preponderantemente, à captação de poupança popular, por meio de oferta pública de instrumentos com características de CIC(s), com promessas de rentabilidade que chegavam a mais de 10 vezes da oferecida pelas cadernetas de poupança. Os juros elevadíssimos se comparados com o mercado nacional ou internacional, fizeram crescer o endividamento da empresa a cada dia. Paralelamente, a criação de avestruzes mostrou-se atividade pouco expressiva.

(...)

Em resumo: pelos lançamentos contábeis e pela falta de correção entre os montantes apurados de compras de aves e os custos diretos com manutenção de tal atividade, durante o ano de 2004 não foram desenvolvidas atividades típicas de operação no mercado de criação de avestruzes e seus derivados, mas sim características de mera captação de recursos de investidores com promessa de pagamento de valores corrigidos com altas taxas de juros mensais.

(...)

Mesmo cientes da situação financeira da empresa, os denunciados continuaram com a adoção de planos cada vez mais atrativos, a captar poupança popular, iludindo os já investidores e o público em geral quanto à higidez do empreendimento, algo que se acirrou nos últimos meses antes da cessação das atividades da empresa, ocorrido em 04/11/2005.

(...)

Com efeito, **no sistema de informática do grupo** (fls. ...) constavam três tipos de contratos: Contrato puro e simples, CPR e Anexo de CPR. O total de CPR ou Ane-

xos de CPR registrados como impressos foi de 244.444. Restringindo a consulta a somente CPR (s) são 172.298. **Só em Goiás houve mais de 30.000 investidores, sendo em todo o país um total de 45.099.** A quantidade de aves comercializadas em contratos em aberto era de 613.874. Foi constatado que o valor captado pela empresa estaria no montante de R\$ 1.182.127.428,00 (quando o investidor utiliza uma CPR vencida para compra de uma nova, já é considerado como sendo um novo investidor, portanto esse valor é contabilizado), enquanto que o valor a ser desembolsado para quitar suas dívidas com CPR (s) corresponde a R\$ 1.655.532.744,00, tendo como referência 25 de julho de 2006 a última data de resgate. Portanto, **a empresa comandada pelos denunciados tinha mais de 40.000 clientes e não havia aves para sequer 10% deles.**

Chega-se a tal conclusão ao observar que no levantamento efetivado pelo PROCON/GO, que recebeu 2.320 reclamações dos consumidores deste Estado, **constatou a existência, nas fazendas do grupo, de pouco mais de 38.000 aves e 17.000 ovos, perfazendo um total de pouco mais de 56.000 unidades** (fls. ...). Portanto, muito inferior ao número de aves efetivamente comercializadas. Em 09.11.2005, a ACAB (Associação dos Criadores de Avestruzes do Brasil) divulgou nota sobre a cotação e o número de aves existentes no plantel nacional, que perfaria cerca de 330.000 avestruzes, número que representa pouco mais da metade de todas as avestruzes comercializadas pela Avestruz Master.

(...)

Dessa forma, enquanto o fluxo de entrada de capital foi maior que saída, a remuneração restou garantida. Contudo, com a retirada de capital superior ao ingresso, os derradeiros aplicadores na empresa foram lesados. Quem investiu há mais tempo, ganhou com a rentabilidade, até cobrir o capital investido, à custa dos valores aplicados pelos novos investidores. Com efeito, atraídos pela propaganda de retorno financeiro rápido e seguro, as vítimas, de todas as camadas sociais, acabaram por investir em negócio sem lastro.

(...).(original sem grifos)

58. A partir da leitura dos excertos transcritos acima e, comparando o teor da denúncia/GO (fls. 372/393) e da sentença (fls. 3055/3108) proferida pela Seção Judiciária do Estado de Goiás (processo nº 2006.35.00.003838-0, preventivo) com a denúncia contida na presente ação penal, tem-se que:

i) a denúncia oferecida naquela Seção Judiciária de Goiás (doravante denominada denúncia/GO) e, por conseguinte, a sentença prolatada por aquele Juízo (sentença/GO) não se limitaram a fatos ocorridos no Estado de Goiás. Com efeito, a denúncia/GO tomou por base procedimento investigatório desenvolvido pela CVM em inspeções realizadas não só na sede da Avestruz Master em Goiânia como também nas filiais da empresa, inclusive a de Recife (fls. 161/228);

ii) a denúncia/sentença/GO não individualizou as vítimas como sendo apenas aquelas atingidas pelos ilícitos cometidos pela Avestruz Master no Estado de Goiás (v. trechos destacados), pelo contrário, em diversas passagens, mencionou o número indeterminado de investidores (“pirâmide”) e o número incontável de pessoas atingidas, direta ou indiretamente, em todo o País, bem como o caráter nacional do empreendimento, destacando o quantitativo de lojas/franquias/representações espalhadas no Brasil e no exterior, além das campanhas publicitárias divulgadas por todo o território nacional, inclusive por meio de *sítes* da internet. Em outro dizer, ao referir a abrangência nacional das condutas delituosas, a denúncia/GO também não excluiu os ilícitos perpetrados neste Estado de Pernambuco. Neste sentido, vejamos trecho da sentença/GO (fls. 3085, 3087 e 3094):

(...)

Os números trazidos na denúncia, todos comprovados pelos laudos periciais, são também reveladores. **No país, havia um total de 45.099 investidores, um total de 613.874 aves negociadas nos contratos ainda em aberto, o que resultou na captação de R\$ 1.182.127.428,00, sim, um bilhão de reais, cento e oitenta e dois milhões, cento e vinte sete mil e quatrocentos e vinte e oito reais.** Contrapondo-se os referidos dados com aqueles resultantes das diligências realizadas pelo PROCON/GO nas fazendas do grupo, as quais lograram êxito em encontrar apenas 38.000 aves e 17.000 ovos (o que resulta no total de 55.000

unidades), nem é preciso ser um *expert* em matemática para dizer que os denunciados venderam papel e não animais, haja vista o abismo existente entre as aves negociadas (613.874) e aquelas efetivamente localizadas [55.000].

(...)

A estrutura montada pelo grupo nas atividades de venda era demasiadamente superior àquela existente para criação e revenda de avestruzes. Consta do relatório final do inquérito policial (fls. 1760/1823) que foram implementados 86 pontos de vendas, mediante a distribuição de 4 lojas em Goiânia, 28 franquias, 15 filiais dependentes, 36 representações de vendas, uma filial independente e 2 pontos de venda sem denominação padrão.

(...)

2.3 DA AUTORIA

(...)

Inconcebível, portanto, particularizar as condutas dos acusados em relação aos 172.298 CPRs impressos, **45.099 investidores** e 613.874 aves comercializadas. As teorias decorrentes do Direito Penal Clássico são ainda de razoável eficácia para os crimes que nos acompanham desde o início da formação das primeiras tribos, como os patrimoniais e contra a vida. Contudo, segui-las cegamente mesmo à luz do desenvolvimento tecnológico, da informatização, do incremento das relações coletivas e da criminalidade difusa é parar no tempo e dar azo à impunidade. Não se aplicam concepções antigas para a moderna criminalidade.

(...) (g.n.)

iii) em diversas passagens, a denúncia/GO, fez menção ao “Grupo Avestruz Master” (v. trechos destacados) do qual a empresa sediada em Recife/PE também fazia parte;

iv) ao contrário do alegado pelo MPF, a circunstância de o Juízo da 11ª Vara Federal/GO ter enviado cópia de peças da Ação Penal nº 2006.35.00.003838-0 (fl. 160) não significa que a competência seja desta Seção Judiciária;

v) a empresa sediada em Recife, apesar de apresentar CNPJ próprio, estava vinculada às diretrizes emanadas da sede da Avestruz Master em Goiás, tanto que, assim que a sede encerrou suas atividades, a filial recifense fechou suas portas, sem falar que inexistiu nos autos informação de ter sido instaurado processo falimentar em Recife, consta informação de ter sido iniciada a ação falimentar apenas em Goiânia. Ressalte-se, ainda, que o *modus operandi* aplicado para a comercialização dos títulos na filial de Recife seguia os padrões determinados pela matriz da empresa (fl. 743, anexo 04/04). Neste sentido, vale transcrever as declarações prestadas pelas testemunhas abaixo indicadas:

testemunha Luis Paulo Canale Pereira (servidor lotado na CVM que participou das inspeções - fls. 1579/1584): “que as inspeções na Avestruz Master tiveram início em agosto de 2004 na matriz em Goiânia; que em novembro de 2004 foram realizadas novas inspeções, nas filiais de Recife e do Guará/DF da empresa; **que em março de 2005 foram realizadas mais 5 inspeções simultâneas nas filiais de Uberlândia, Cuiabá, Salvador, Recife e na matriz**; que a inspeção se deu tanto na matriz da Avestruz Master como na matriz do abatedouro, Struthio Gold; (...) que tendo em vista as formas de abordagem dos vendedores com os clientes, tendo em vista a forma como eram ofertadas as opções de investimento e o papel importante que os vendedores tinham com os clientes no sentido de atraí-los, foi decidido por parte da gerência de fiscalização que seria necessário a apresentação dos inspetores como investidores para que fosse possível verificar efetivamente como os vendedores buscavam atrair os clientes, convencê-los de realizar o investimento, apresentando, logo em seguida, ou no dia seguinte, como inspetores da CVM; que isso ocorreu em novembro de 2004 em Recife, em Guará e em março de 2005 ocorreu em Uberlândia, Cuiabá, Recife e Salvador; **que foi constatado um comportamento homogêneo com relação aos vendedores**; (...)”.

testemunha Luciana de Farias Guedes (ex-vendedora da Avestruz Master em Recife - fls. 1409/1412): “(...) **que os planos de venda seguiam tabelas oriun-**

das de Goiás e que consistiam em diversas modalidades; que uma delas era a venda direta do avestruz, que ficava hospedado na fazenda; outra modalidade era o pagamento em parcelas variáveis de acordo com o plano, que previam ao final a garantia da devolução do valor; que posteriormente esse plano foi alterado para a venda através de cédula de produto rural; (...) **que na realidade essa negociação era feita pela própria empresa e que os cheques vinham da própria AVESTRUZ MASTER; (...)** **que os valores recebidos eram entregues ao departamento financeiro e creditados em conta no departamento de Goiás; (...)** **que as orientações provinham de Goiás, inclusive a de garantia de recompra** e que em Recife provinham de Elias ou da supervisão; que alguns dos planos provenientes de Goiás eram assinados por Jerson Maciel da Silva, o pai; (...) que procedeu a várias compras após a entrada de Emerson na sociedade **e que os depósitos de pagamento eram feitos no Bradesco, no Banco do Brasil e na Caixa Econômica Federal de Goiás, (...)**; **que pela documentação manejada, tem convicção de que a AVESTRUZ MASTER de Recife tem total vinculação com a de Goiás; (...)** que embora as aves devessem ser recompradas por uma cooperativa ou abatedouro, os cheques de pagamento provinham da própria AVESTRUZ MASTER; que os contratos eram assinados nesta capital, mas que **as CPRs provinham de Goiás**, com cheques da AVESTRUZ MASTER, salvo quando havia algum problema; (...)."

testemunha Marta Lima (fls. 1424/1425): "(...) que ela depoente é proprietária de uma agência de publicidade denominada Marta Lima Comunicação; que em agosto de 2004 a empresa dos acusados, sediada em Goiás, fez uma tomada de preços entre as empresas de propaganda em Pernambuco, tendo a empresa da depoente ganho e sido contratada; **que a sua empresa recebia todo o material de propaganda já pronto da empresa Avestruz Master de Goiás, e se limitava a distribuir o material entre os meios de comunicação em Pernambuco; que nesse período, a pedido da empresa de Goiás, apenas fez três comerciais para televisão (...)**".

testemunha Vinicius Amaral Ramos (ex-funcionário da Avestruz Master - fls. 1869/1871): “(...) que o complexo em Pernambuco tinha mais de um CNPJ, na verdade eram 3, sendo um para o escritório em um bairro central de Recife e os outros dois para as fazendas; isso ocorria em toda parte do Brasil para facilitar o transporte dos animais, rações etc; (...) quando o adquirente comprava as aves era feito um depósito identificado em favor da Empresa Avestruz Master em Goiânia; a representação de Recife não emitia CPRs, vindo todas de Goiânia; (...) os recursos para melhoramento das fazendas enviados durante o período em que esteve em Recife vieram da matriz Goiânia; (...)”. (g.n.)

Interessante também registrar que, a partir da leitura do **RELATÓRIO DE INSPEÇÃO CVM/SFI/GFE-1/Nº003/2005** (inspeção realizada, de 15 a 17/03/05, pela CVM na filial de Recife da AVESTRUZ MASTER), observa-se que o acusado ELIAS CAVALCANTE, identificado como responsável pela aludida filial, informou que a contabilização da receita auferida por Recife, bem como informações relativas à captação de clientes/aves vendidas e parte dos documentos solicitados pelos inspetores estaria a cargo da matriz da empresa situada em Goiânia, o que demonstra relação de dependência entre a unidade de Recife e Goiânia (fls. 2060/2067).

vi) a denúncia/GO citou o número de contratos/avestruzes comercializadas em todo o País e não apenas no Estado de Goiás;

vii) a Deliberação CVM nº 473/04 e o Processo Administrativo Sancionador CVM nº 23/04 trazem orientações dirigidas não só à sede da Avestruz Master como também a suas filiais, inclusive a de Recife/PE, tanto que os aludidos documentos serviram de base ao oferecimento de denúncia tanto em GO quanto em PE. Em outro dizer, ambas as denúncias (de PE e de GO) narraram os mesmos fatos, tomando por base os mesmos documentos emanados da CVM, sem falar os laudos da Polícia Federal porquanto elaborados pela Polícia Federal de GO e do DF (v. fls. 1205/1206, anexo 7/22; e fls. 49/50, 161/228, 269/285, 286/310, 2054/2067 e 2178/2193);

viii) ainda que a denúncia/GO mencione o Relatório de Inspeção CVM/SFI/GFE-1/Nº 10/2005, o qual trata de inspeção

realizada na AVESTRUZ MASTER AGRO COMERCIAL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, localizada em Goiânia, **por se tratar da sede da Avestruz Master, de onde partiam todas as diretrizes para as filiais distribuídas pelo País**, forçoso se concluir que tal relatório também diz respeito à filial Recife/PE. No mesmo relatório, constam dados (quantitativo de vendedores, distribuição geográfica das CPR's etc) relativos à representação de Recife (fls. 1784/1800, anexo 9/22). Em suma, as deliberações/inspeções/relatórios realizados pela CVM, a partir dos quais a sentença proferida pelo Juízo Federal Criminal de Goiás extraiu seus fundamentos, tinham cunho nacional, não se limitando a determinada localidade, tudo conforme fls. 161/228, 684, 686/689, 1136, 1410, 1416/1417, 1870, 1873, 1973/1974, 2054/2067, 2273/2274; fl. 688, anexo 03/04; fl. 815, anexo 04/04; e depoimento de fl. 1585). Neste sentido, na sentença/GO, restou consignado que (fls. 3095/v):

(...)

Tampouco tem relevância fatiar os atos criminosos praticados no seio das diferentes empresas do grupo, a exemplo da Avestruz Master, Master Promoções e Struthio Gold. Referidas pessoas jurídicas faziam parte de um grupo único, **eram administradas pelas mesmas pessoas e, ademais estavam ligadas à sede Avestruz Master**. Na verdade, foram criadas para auxiliar na consecução dos intuitos almejados pelos acusados.

(...). (g.n.)

Ainda, a partir da leitura do Relatório da CVM referente ao Inquérito Administrativo CVM nº 23/04, observa-se que, em resposta às indagações formuladas pela CVM quando da inspeção na sede da AVESTRUZ MASTER e nas suas filiais, a matriz respondia em nome das filiais (fls. 161/228):

(...) III - DOS FATOS

54. Além da instauração do Inquérito Administrativo, o RELATÓRIO DE INSPEÇÃO CVM/SFI/GFE-1/Nº0009/04 também **sugeriu que fossem efetuadas inspeções na sede e em “filiais” da AVESTRUZ MASTER**, “visando à constatação da efetiva paralisação de captação na forma dos instrumentos assemelhados ao CIC”,

conforme posicionamento da empresa registrado na notificação extrajudicial entregue em 21.09.04 (fl. 48).

III. A) Inspeções em filiais da AVESTRUZ MASTER, em 25.11.04

55. Em 25.11.04, foram realizadas inspeções simultâneas em duas filiais da AVESTRUZ MASTER, localizadas em Guará-DF e em Recife-PE, cujos resultados foram apresentados, respectivamente, nos RELATÓRIOS DE INSPEÇÃO CVM/SFI/GFE-1/Nº13/04 (fls. 1.211 a 1.245) e RELATÓRIO DE INSPEÇÃO CVM/SFI/GFE-1/Nº14/04 (fls. 1.246 a 1.276).

56. Nas duas inspeções, foi constatado que a AVESTRUZ MASTER continuara a garantir, mesmo após ter ela própria emitido a NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL, de 21.09.04, a garantir a recompra das aves, inclusive com valor predefinido, o que significava o estabelecimento de uma taxa de rentabilidade aos clientes que aplicassem nos contratos/títulos emitidos pela empresa.

(...)

65. Não obstante as promessas de recompra de aves e de rentabilidade identificadas nas inspeções, em 29.11.04, quatro dias após as inspeções nas filiais, a AVESTRUZ MASTER enviou correspondência à SFI “com o objetivo de deixar claro a sua forma negocial que se enquadra no comércio de aves-truzes, ...”, conforme coloca no 2º parágrafo da carta (fls. ...).

(...)

ix) o bem jurídico protegido pelos tipos penais descritos (tanto na denúncia/GO quanto na denúncia/PE), à exceção do estelionato (não mais objeto de controvérsia porquanto em alegações finais o MPF pediu absolvição para os acusados quanto a este delito), apresenta natureza supra-individual, na medida em que não chega a individualizar as vítimas, trata-se, na verdade, de instrumentos de proteção ao bom funcionamento do sistema financeiro nacional, às relações de consumo, à paz pública e ao patrimônio do povo como um todo, como exposto na tabela abaixo:

CRIME	DENÚNCIA/PE	DENÚNCIA/GO	BEM JURÍDICO TUTELADO
Art. 6º da Lei 7.492/86	X	X	O bom funcionamento do Sistema Financeiro Nacional (bem jurídico supraindividual), leia-se: a) a organização dos mercados; b) a regularidade de seus instrumentos; c) a confiança neles exigida; e d) a segurança dos negócios.
Art. 7º, II, da Lei 7.492/86	X	X	O bom funcionamento do Sistema Financeiro Nacional (bem jurídico supraindividual), leia-se: a) a organização dos mercados; b) a regularidade de seus instrumentos; c) a confiança neles exigida; e d) a segurança dos negócios.
Art. 2º, IX, da Lei 1.521/51	X	X	O patrimônio do povo enquanto interesse da coletividade. Aqui o sujeito passivo é indeterminado, ao contrário do estelionato
Art. 7º, VII, da Lei 8.137/90	X	X	As relações de consumo (ao contrário do art. 6º, Lei 7.492/86, que visa tutelar a idoneidade do sistema financeiro)
Art. 288, <i>caput</i> , CP	X	-	A paz pública
Art. 171, CP	X (MPF pediu absolvição nas alegações finais)	X (absolvição na sentença/GO)	Primariamente, o patrimônio; secundariamente, a boa-fé

x) a sentença/GO (fls. 3055/3108), entendendo que não poderiam os acusados ser responsabilizados, ao mesmo tempo, pelos crimes capitulados no art. 171 do CP (estelionato – vítimas determináveis) e por aquele descrito no art. 2º, IX, da Lei nº 1.521/51 (crime contra a economia popular – vítimas indetermináveis), sob pena de incorrer em *bis in idem*, acertadamente, fez consignar que:

(...) Nesse aspecto, **entendo que no presente caso não há um número certo de vítimas**. Impossível, pois, o fato narrado na denúncia ser enquadrado como estelionato. Poder-se-ia objetar que o sujeito passivo é determinado e se confundiria com aqueles investidores que não conseguiram ter ressarcidas suas aplicações. Mas, **na verdade, o universo é maior, posto que o conceito de economia popular é mais abrangente que esta classe de pessoas**. Devem ser consideradas as pessoas com as quais estes mantiveram relações comerciais que não puderam ser saldadas em razão da falência da empresa Avestruz Master; os familiares e amigos que emprestaram dinheiro para a compra das aves; e todos aqueles que, de algum modo, sofreram alguma sorte de abalos econômicos e financeiros decorrentes da prática criminosa em tela.

(...). (g.n.)

xi) as Cédulas de Produto Rural (CPR's - onde, no início, constava cláusula de recompra dos animais), na sua totalidade, foram confeccionadas e assinadas na sede da Avestruz Master em Goiás, após o que seriam enviadas à filial de Recife para encaminhamento aos investidores. Os valores pagos pelos investidores junto à filial do Recife eram transferidos à sede da Avestruz Master. Outrossim, a circunstância de os contratos preliminares serem assinados pelo responsável da Avestruz Master em Recife (e indicarem o CNPJ da Avestruz Master em Recife) em nada influi no deslinde do feito porquanto tal documento tinha caráter provisório, tendo em vista que o cliente só tinha de fato garantido seu crédito quando de posse da CPR (v. fls. 1789, 2063, 2805, 2810, 2811; anexos 01/04 e 02/04; fls. 664/669, anexo 03/04). Neste sentido, a AVESTRUZ MASTER, quando indagada pela CVM, apresentou o seguinte comentário sobre os “Contratos Preliminares” (fl. 181):

Os Contratos Preliminares não estão sendo encaminhados porque a empresa os utiliza apenas como controle de negociação, uma vez que prontas as CPRs ou efetivada qualquer outra negociação, os mesmos são desconsiderados.

Ainda, o Relatório de Inspeção CVM/SFI/GFE-1/Nº 014/2004 (ref. inspeção realizada na filial de Recife - fls. 2054/2067), consignou que:

(...)

11. A atendente informou, em seguida, que **o investimento apenas seria efetivado quando o comprador/investidor levasse um comprovante do valor de depósito na conta da Avestruz Master Agro-Comercial Importação e Exportação Ltda., ou um cheque nominal a esta empresa** ou, ainda, a correspondente quantia a ser investida, em espécie, ao escritório da inspecionada. Feito isto, seria elaborado um contrato preliminar contendo todos os dados da operação, que, **posteriormente, seria enviado à sede da Avestruz Máster Agro-Comercial para a confecção da Cédula de Produto Rural - CPR** e o Contrato de Compra e Venda de Avestruzes, a ser celebrado entre o investidor e o Abatedouro Struthio Gold.

(...). (g.n.)

No mesmo sentido, os ex-funcionários da Avestruz Master, em Juízo, confirmaram o procedimento relativo à venda das aves através do qual o valor pago pelos clientes era direcionado à sede da empresa:

testemunha Vinicius Amaral Ramos (ex-funcionário da Avestruz Master - fls. 1869/1871): “(...) que o complexo em Pernambuco tinha mais de um CNPJ, na verdade eram 3, sendo um para o escritório em um bairro central de Recife e os outros dois para as fazendas; isso ocorria em toda parte do Brasil para facilitar o transporte dos animais, rações etc; (...) **quando o adquirente comprava as aves era feito um depósito identificado em favor da Empresa Avestruz Master em Goiânia; a representação de Recife não emitia CPRs, vindo todas de Goiânia; (...) os recursos para melhoramento das fazendas enviados durante o**

período em que esteve em Recife vieram da matriz Goiânia; (...)”.

testemunha Christiane Ramos e Ramos (ex-funcionária da Avestruz Master e irmã do acusado EMERSON RAMOS - fls. 1872/1873): “(...) as vendas através de CPRs eram feitas pelas representadas, mas no ato da compra o cliente recebia um pré-contrato e fazia o pagamento através de depósito identificado em uma conta da Empresa Avestruz Master em Goiânia; após 15 dias o cliente se dirigia à representação da empresa e recebia a CPR que tinha sido emitida em Goiânia; (...)”.

xii) o Laudo de Exame em Mídia de Armazenamento Computacional (Laudo nº 0093/06-INC/DF), elaborado pelo Departamento de Polícia Federal do Distrito Federal, tendo como material examinado um disco rígido, apresentou dados relativos às “Franquias e Filiais”, o que denota o controle centralizado, no tocante às movimentações financeiras/contábeis, pela sede junto às filiais (fls.274/275).

59. Destarte, ante as considerações acima aludidas, observa-se que a Ação Penal nº 2006.05.00.003838-0, já sentenciada pelo Juízo da 11ª Vara Federal/GO, e ainda não transitada em julgado, descreve fatos idênticos aos narrados na exordial acusatória encartada nos presentes autos, inclusive atribuindo autoria delitiva aos mesmos acusados, à exceção de ELIAS CAVALCANTE DA ROCHA JÚNIOR, que foi denunciado apenas perante esta 4ª Vara Federal/PE (desmembrado para a Ação Penal nº 0012508-84.2007.4.05.8300).

60. De fato, JERSON MACIEL DA SILVA, JERSON MACIEL DA SILVA JÚNIOR e EMERSON RAMOS CORREIA já eram alvo de ação penal em que se investigava a prática dos crimes descritos na inicial acusatória. No entanto, o *Parquet* ofereceu nova denúncia, com idêntico suporte fático (conf. farta documentação carreada aos autos e depoimentos prestados durante a instrução da presente ação penal) e jurídico (imputação da prática dos mesmos delitos - v. tabela acima).

61. Em casos como o ora em apreço, é de se reconhecer, o quanto antes, a ocorrência da litispendência, a fim de se evitar o *bis in idem* e, conseqüentemente, a desnecessária movimentação da máquina Judiciária.

62. Desta forma, a despeito do entendimento anteriormente esposado pelo MM. Magistrado então oficiante nesta ação penal e pelo e. TRF-5ª Região (fls. 657/662, 1048/1059, 2157/2160, 3148/3154 e 3158/3163), e, ainda, seguindo orientação emanada do e. Superior Tribunal de Justiça nos autos do CC nº 100.346/GO (“eventual alegação de *bis in idem* deve ser cuidada pelas instâncias ordinárias, na medida do interesse da defesa dos réus” - fl. 3132v), *data concessa venia*, esta Magistrada, acolhendo alegação da defesa, e, **reconsiderando posicionamento anterior** (fl. 37, Exceção de Incompetência nº 2006.014318-4, apensa), **entende ser o caso de ser reconhecida litispendência entre a presente ação penal e o processo nº 2006.05.00.003838-0** (11ª Vara Federal/GO – com sentença ainda não transitada em julgado) **apenas relativamente aos acusados JERSON MACIEL DA SILVA (falecido), JERSON MACIEL DA SILVA JÚNIOR e EMERSON RAMOS CORREIA** (porque também denunciados perante aquele Juízo, o que não ocorreu com relação a ELIAS CAVALCANTE DA ROCHA JÚNIOR), tudo nos termos do art. 267, V, do CPC c/c art. 3º do CPP.

63. Já a acusação dirigida contra ELIAS CAVALCANTE realmente deve ser analisada por este Juízo recifense, haja vista que a atuação dele circunscrevia-se a esta cidade e não foi julgado naquele processo que tramitou em Goiás. Ademais, como se está a tratar de criminalidade difusa, com sujeitos passivos não identificáveis individualmente, não há óbice a que este Juízo criminal processe e julgue o acusado com atuação exclusiva nesta cidade.

64. Por fim, não é demais frisar que as decisões anteriores desta Vara, do TRF - 5ª Região e do STJ acima comentadas tratavam da competência jurisdicional do Juízo para a causa, afirmando elas que tanto o de Goiás quanto o de Recife seriam competentes em suas áreas de jurisdição, contudo não enfrentaram propriamente a questão da litispendência, como se enfrentou nesta sentença. Por conseguinte, não há, neste *decisum*, qualquer afronta àquelas decisões, tanto que, como já explicado, esta 4ª Vara reconhece a sua competência para julgar o acusado ELIAS CAVALCANTE, o que o faz nos autos da Ação Desmembrada de nº 0012508-84.2007.

(...). (grifos no original)

Portanto, verifica-se que a instrução processual convergiu no sentido da repetição das imputações trazidas na presente ação com aquelas contidas no bojo do Processo nº 2006.05.00.003838-0 (11ª Vara Federal/GO), motivo pelo qual a extinção da presente ação penal pela litispendência é medida que se impõe relativamente aos denunciados JERSON MACIEL DA SILVA (falecido), JERSON MACIEL DA SILVA JÚNIOR e EMERSON RAMOS CORREIA.

Ao final, destaco a propriedade com que a sentença *a quo* foi prolatada e adoto neste bojo seus próprios fundamentos, mantendo a extinção da ação penal pela litispendência (art. 267, V, CPC, c/c art. 3º, CPP) ali proferida, nos seus termos.

Tecidas essas considerações, nego provimento ao apelo ministerial mantendo a sentença nos seus exatos termos.

Assim voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 11.006-CE

- Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
- Apelantes: FRANCISCO MINEIRO JÚNIOR, MARIA ELIZABETH MEDEIROS SARAIVA, JOSIEL BARRETO DA SILVA, ANTÔNIO MARCOS MACHADO, CARLOS TARCIANO TEIXEIRA DE ALMEIDA E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
- Apelados: OS MESMOS, MARIA RABELO DE ALENCAR BEZERRA E ANTÔNIO CLIDENOR GENUÍNO DE MEDEIROS
- Advs./Procs.: DRS. FLÁVIO JACINTO DA SILVA E OUTROS, CARLOS BOLÍVAR PONTES PIMENTEL, FRANCISCO DE ALBUQUERQUE NOGUEIRA, ZENALTO BEZERRA JÚNIOR E CELSO ALVES DE MIRANDA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL. ESTELIONATO QUALIFICADO, EM CONTINUIDADE DELITIVA (CP, ART. 171, § 3º, C/C ART. 71). MALVERSAÇÃO DE VERBAS REPASSADAS PELO SUS AO MUNICÍPIO. SIMULAÇÃO DE PROCE-

DIMENTOS ODONTOLÓGICOS DE ALTA COMPLEXIDADE. MATERIALIDADE FARTAMENTE COMPROVADA. AUTORIAS DELITIVAS COMPROVADAS EM RELAÇÃO A CINCO RÉUS. INEXISTÊNCIA DE PROVAS REFERENTES A OUTROS DOIS ACUSADOS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. APELAÇÕES IMPROVIDAS, NOS TERMOS DO PARECER DA PRR.

- Narrou a inicial acusatória que, após inspeção realizada pela Secretaria de Saúde do Estado do Ceará no Município de Senador Pompeu/CE, constatou-se que servidores e profissionais da área odontológica preencheram formulários de Autorizações de Procedimento Ambulatorial de Alta Complexidade – APAC's –, fazendo uso de códigos errados, distintos dos serviços efetivamente prestados, concorrendo, assim, para o desvio de verbas públicas. Os recursos, com efeito, eram destinados ao pagamento de serviços odontológicos a serem realizados em pacientes com anomalia crânio-facial, sendo repassados pelo SUS.

- Foram denunciados três odontólogos (contratados pelo ente municipal para a execução do programa), o supervisor do projeto (também odontólogo), um assessor jurídico da prefeitura (responsável pela implantação do serviço no Município de Senador Pompeu-CE), o ex-prefeito e a ex-secretária de Saúde Municipal, todos pela prática do delito insito no CP, Art. 171, § 3º, c/c Art. 71.

- A sentença [i] restou por condenar os três odontólogos, o supervisor e o ex-assessor, aplicando-lhes, a cada um, as penas de 03 (três) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 80 (oitenta) dias-multa (pelo que as defesas manejaram os respectivos recursos); mas [ii] absolveu o ex-prefeito e a ex-secretária de Saúde (dando ensejo ao apelo do MPF).

- A materialidade delitiva restou fartamente comprovada (e tanto que não foi questionada nos recursos manejados). De outro lado, a autoria foi demonstrada em relação a cinco dos acusados, mas não o foi relativamente aos outros dois – tal como asseverado em sentença.

- A prova feita nos autos [documental e testemunhal] é clara no sentido de que os condenados – quatro deles dentistas, não podendo sequer arguir que ignorassem os códigos [CID] das doenças registradas nos documentos repassados ao SUS – tinham toda a consciência da ilicitude que estavam a praticar, iludindo a União e, pois, causando-lhe prejuízo.

- O quinto condenado, conquanto não seja odontólogo, foi quem urdiu toda a trama criminosa; sabia, por exemplo, da erronia do código aposto nas guias repassadas ao SUS, cuja obtenção, aliás, ele mesmo fizera em outro município, pessoalmente, já que a Secretaria Estadual de Saúde do Ceará sequer enviara os documentos a Senador Pompeu, tanto que desaparelhado das condições de prestar serviços de saúde mais complexos. Nada, todavia, afiança de modo cabal que o ex-prefeito e a ex-secretária de saúde soubessem da ilicitude praticada, de modo que condená-los não é recomendável ou mesmo juridicamente possível (in dubio pro reo).

- Confirmação da sentença monocrática que decretou cinco condenações e duas absolvições, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Regional da República.

- Apelações criminais improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar

provimento às apelações criminais, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 27 de janeiro de 2015. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Tratam os autos de apelações criminais manejadas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e por 5 (cinco) réus contra sentença da lavra do MM. Juiz Federal da 24ª Vara Federal do Ceará que, ao apreciar os pedidos constantes na inicial acusatória, julgou parcialmente procedente a denúncia, restando por absolver ANTÔNIO CLIDENOR GENUÍNO DE MEDEIROS e MARIA RABELO DE ALENCAR BEZERRA; e condenar ANTÔNIO MARCOS MACHADO, CARLOS TARCIANO TEIXEIRA DE ALMEIDA, FRANCISCO MINEIRO JÚNIOR, MARIA ELIZABETH MEDEIROS SARAIVA e JOSIEL BARRETO DA SILVA, referente à suposta prática do crime previsto no CP, Art. 171, § 3º, c/c Art. 71 (estelionato qualificado, de modo continuado).

As respectivas razões de apelo, em apertada síntese, trazem:

- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (fls. 2.480/2.487): pugna pela condenação dos acusados ANTÔNIO CLIDENOR GENUÍNO DE MEDEIROS e MARIA RABELO DE ALENCAR BEZERRA (prefeito e secretária de saúde do Município de Senador Pompeu/CE, à época dos fatos investigados), alegando que eles tinham conhecimento e participavam dos esquemas de desvio de recurso do SUS;

- ANTÔNIO MARCOS MACHADO DE SOUSA (fls. 2.383/2.390): assessor jurídico do município à época das ocorrências, pede sua absolvição, asseverando que nunca participou do esquema do desvio de verbas, e que a responsabilidade pelo preenchimento das fichas de tratamento dos pacientes era dos dentistas;

- CARLOS TARCIANO TEIXEIRA DE ALMEIDA (fls. 2.436/2.460): auditor de serviço odontológico à época dos acontecimentos, suscita nulidade da sentença monocrática, alegando não apreciação da tese, por ele arguida, de ausência de dolo; se ultrapassada a preliminar, requer sua absolvição em função da ausência de dolo em sua conduta, pois, segundo afirma, desconhecia o fato de que os recursos oriundos do SUS eram apenas para pacientes com anomalia crânio-facial e, também, que era inexperiente à época, daí sua imperícia no momento de fiscalização quanto aos atendimentos;

- FRANCISCO MINEIRO JÚNIOR, MARIA ELIZABETH MEDEIROS SARAIVA e JOSIEL BARRETO DA SILVA (fls. 2.543/2.554): odontólogos, buscam suas absolvições, alegando ausência de dolo em suas condutas, afirmando que agiam com boa-fé, apenas seguindo as instruções que eram passadas pelo assessor jurídico, Antônio Marcos Machado; sucessivamente, pedem a diminuição das penas privativas de liberdade e de multa impostas na sentença.

Contrarrazões apresentadas (fls. 2.469/2.479, 2.495/2.504, 2.532/2.535 e 2.258/2.270).

Nesta instância, remetidos os autos à douta Procuradoria Regional da República, opinou o ilustre representante do *Parquet* pelo improvimento dos apelos interpostos e consequente manutenção da sentença ora vergastada.

Houve revisão.

É o que importa relatar.

VOTO

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

A inicial acusatória noticiou que, após uma inspeção realizada pela Coordenadoria de Vigilância, Avaliação e Controle da Secretaria de Saúde do Estado do Ceará no Município de Senador Pompeu/CE, ficou constatado que servidores e profissionais da área odontológica preencheram formulários de Autorizações de Procedimento Ambulatorial de Alta Complexidade - APAC's fazendo uso

de códigos incorretos, não correspondentes aos serviços que efetivamente foram prestados, concorrendo, assim, para o desvio de verbas que eram repassadas ao referido município, através do SUS.

As fraudes tiveram lugar de junho a dezembro/2004, quando houve malversação dos recursos públicos que se destinavam ao pagamento de serviços odontológicos a serem realizados, especificamente, em pacientes portadores de anomalia crânio-facial, no município em questão, mas os aludidos procedimentos acabaram sendo realizados em pacientes que não apresentavam aquela anomalia e nem qualquer outro tipo de patologia que justificasse a realização de procedimentos de alta complexidade.

Em resumo: os odontólogos denunciados recebiam pagamentos como se efetivamente houvessem realizado procedimentos de alta complexidade em portadores de anomalia crânio-facial – e não tinham. Tais conclusões constam no Relatório de Auditoria da Coordenadoria de Vigilância, Avaliação e Controle da Secretaria de Saúde/CE, cujo teor foi corroborado, principalmente, pelos depoimentos de testemunhas, em ambas as fases da persecução.

Antes, pois, de adentrar ao exame de cada um dos recursos, importa salientar que, *in casu*, a materialidade delitiva restou fartamente comprovada (nem sequer foi questionada nos recursos manejados), através das provas documental e testemunhal produzidas. Bem analisou a questão o julgador monocrático em sua sentença, parte da qual destaco (fls. 2.329/2.330):

De logo, cabe ressaltar ser incontroverso que o Município de Senador Pompeu/CE, com a finalidade específica de executar procedimentos odontológicos de alta complexidade em pacientes portadores de anomalia crânio-facial, cadastrou-se como entidade apta a realizar os serviços previstos na Portaria MS nº 431/2000 (fls. 921/924).

Para fim de executar o aludido programa odontológico, a então Secretária de Saúde, MARIA RABELO ALENCAR BEZERRA assinou contrato por um período de 7 (sete) meses, entre 01/06/2004 e 31/12/2004, com os odontólogos MARIA ELIZABETH MEDEIROS SARAIVA, FRANCISCO MINEIRO JÚNIOR e JOSIEL BARRETO DA SILVA, para execução dos serviços especiais ali dispostos, bem como com o odontólogo CARLOS TARCIANO TEIXEIRA DE AL-

MEIDA, para atuar como auditor do programa (contratos às fls. 31/34 e 648/651).

Ocorre que os serviços efetivamente executados não tiveram como beneficiários os pacientes com anomalia crânio-facial, mas pessoas que não detinham qualquer patologia apta a justificar a realização do procedimento de alta complexidade. Tal fato se encontra claramente demonstrado no Relatório de Auditoria realizado pela Coordenadoria de Vigilância, Avaliação e Controle - Secretaria de Saúde do Estado do Ceará às fls. 13/16, e são devidamente corroborado pelos demais elementos constantes nos autos e pelos depoimentos prestados pelos acusados e pelas testemunhas, tanto na esfera de investigação policial quanto no âmbito judicial.

Para se ter uma real dimensão das irregularidades apuradas, cabe transcrever a parte conclusiva do referido Relatório de Auditoria da Secretaria de Saúde do Estado do Ceará:

1 - O Município de Senador Pompeu recebeu nos meses de 6 a 11/2004 por procedimento de alta complexidade (APAC) previsto para pacientes portadores de anomalias crânio-faciais, sem apresentar os serviços em unidade de natureza pública.

2 - O serviço realizado pelos prestadores contratados pelo município, tratava-se de procedimentos especializados, mas não foram destinados para pacientes portadores de anomalias crânio-faciais.

3 - Nenhum dos pacientes tratados nos meses de 6 a 11/2004 pelos prestadores de serviços odontológicos, enquadrava-se na Portaria do Ministério da Saúde nº 431 de 14 de novembro de 2000.

4 - Não foi esclarecido como a Secretaria Municipal recebia as APAC's para a saúde bucal, já que não consta no controle da Secretaria de Saúde Estadual saída das mesmas para o referido município.

Apesar de não terem sido atendidos pacientes com anomalia crânio-facial, o valor das verbas repassadas ao Município era baseado na execução de serviços odontológicos prestados em portadores da anomalia, quantia esta

bem superior ao importe pago pelos serviços realizados em pacientes que não necessitavam do atendimento especial. Por consequência, os dentistas executores dos serviços recebiam o pagamento como se estivessem realizando procedimentos de alta complexidade em portadores de anomalia crânio-facial (v. documentos de fls. 24/29, 47/48 e 61/66).

As referidas verbas eram repassadas ao município em razão do preenchimento indevido dos laudos odontológicos para Emissão de APAC's e das próprias APAC's, nos quais se encontrava consignado que o atendimento/tratamento fora realizado em pacientes portadores da anomalia crânio-facial, embora o serviço de alta complexidade não tenha sido efetivamente prestado (v. documentos de fls. 38/39).

Acrescente-se, por fim, que essas ilegalidades resultaram em um prejuízo em detrimento do Ministério da Saúde no montante de R\$ 176.068,18 (cento e setenta e seis mil sessenta e oito reais e dezoito centavos), atualizado até março/2006 (fls. 91/95).

Tais fatos, cujo mérito, diante das provas colhidas, revela-se incontroverso, expressam, de forma incontestada, a prova da materialidade do delito no caso em epígrafe, já que valores despendidos para o tratamento em pacientes portadores de anomalia crânio-facial, quando o atendimento, na verdade, foi executado em pessoas sem a dita enfermidade, em prejuízo do Ministério da Saúde, induzido a erro na liberação dos valores mediante o preenchimento fraudulento dos Laudos para Emissão de APAC's e das APAC's.

Passo, então, à análise de cada um dos recursos interpostos.

APELO DE ANTÔNIO MARCOS MACHADO DE SOUSA

(assessor da Secretaria de Saúde do Município de Senador Pompeu/CE, à época dos fatos).

Ao contrário do que sustentou sua defesa, não há como prevalecerem as alegações de que esse acusado não teve participação no esquema de desvio de verbas em tela, nem que apenas os dentistas seriam os responsáveis pelo preenchimento das fichas de tratamento dos pacientes, assumindo, sozinhos, a culpa pelo crime apurado.

Transcrevo, colhidos da sentença, (i) parte do depoimento prestado em Juízo pelo próprio acusado, bem assim (ii) trechos referentes às declarações prestadas por testemunhas, também na fase judicial:

Depoimento de Antônio Marcos durante a instrução judicial (transcrito da sentença - fls. 2.331/2.332):

(...) O Município de Senador Pompeu demonstrou interesse de instituir o programa de odontologia especializada, que oferecia tratamentos ortodônticos e tratamentos protéticos; que foram à Secretaria Estadual de Saúde, de posse da solicitação da prefeitura, e levaram a demanda para o setor do SIA/SUS, que na época era coordenado pelo Dr. Mario Mamede; ele procedeu ao cadastro e orientou-lhes a ir junto à Dra. Regina, responsável pela atenção terciária, para validar e autorizar o funcionamento do programa relativo à APAC; que passaram duas semanas e a Dra. Regina disse que o Município de Senador Pompeu estava cadastrado e que precisavam contratar imediatamente um dentista auditor para que pudesse liberar o funcionamento do programa; que voltaram ao município, repassaram as informações recebidas e trouxeram a planilha de programação da unidade, que nada mais é do que o código do procedimento e a descrição do procedimento (...).

Depoimentos (resumidos) prestados pelos demais acusados durante a instrução judicial (sentença - fls. 2.332/2.334):

ANTÔNIO CLIDENOR GENUÍNO DE MEDEIROS afirmou que exerceu o mandato de Prefeito de Senador Pompeu/CE entre 2001 e 2004 e que buscou o projeto como forma de beneficiar as pessoas carentes; que não tinha conhecimento técnico de como funcionava o projeto e que Marcos Machado indicou que seria uma extensão do programa implantando em Quixeramobim. Aduziu, ainda, que não sabia como era calculada a remuneração dos odontólogos contratados para a execução do programa instituído e que tal ofício caberia à Secretaria de Saúde e a Marcos Machado.

MARIA RABELO ALENCAR BEZERRA disse que exerceu o cargo de Secretaria de Saúde Municipal no período compreendido entre maio/2004 e dezembro/2004 e

que Marcos Machado era assessor da Secretaria de Saúde desde duas gestões anteriores. Asseverou que Marcos, juntamente com o prefeito, queria implantar o serviço de odontologia especializada, que já teria conversado com os dentistas e que iria marcar uma reunião para distribuir os serviços; que Marcos dividiu os procedimentos e os valores entre os dentistas. Segundo a ex-secretaria, Marcos lhe disse que tinha se cadastrado em Fortaleza e que as APAC's eram um saldo de Quixeramobim.

CARLOS TARCIANO TEIXEIRA DE ALMEIDA mencionou que foi marcada uma reunião para tratar das peculiaridades inerentes ao programa de odontologia especializada e que Maria Rabelo teria aberto o encontro e tão logo teria passado a palavra a Marcos Machado, o qual teria repassado aos presentes todas as informações necessárias à execução dos serviços. Afirmou que sua conduta seguiu apenas as regras repassadas na reunião por Marcos Machado e que este, inclusive, lhe informou que era de sua competência (Marcos) o preenchimento dos códigos, sendo a função do auditor meramente fiscalizadora e, a partir daí, autorizar o pagamento. Aduziu, outrossim, que não tinha conhecimento técnico acerca da função de auditoria, que o Município nunca exigiu qualquer qualificação técnica e não recebeu qualquer instrução normativa, tendo sido orientado tão somente por Marcos Machado. Por fim, informou que Marcos Machado encaminhou os modelos de Quixeramobim a Senador Pompeu para servir de modelo de preenchimento.

MARIA ELIZABETH MEDEIROS SARAIVA explicou que, em virtude de o Município de Senador Pompeu não ter CEO, os dentistas foram convidados para participar de um programa de odontologia especializada, instituído por Marcos Machado, que veio de Quixeramobim; que houve uma reunião; que a remuneração era fixada de acordo com os procedimentos realizados e que foi determinado por Marcos Machado, de acordo com a tabela. Por derradeiro, afirmou que Marcos Machado orientou Vileuda a preencher as APAC's.

FRANCISCO MINEIRO JÚNIOR aduziu que foi contratado para fornecer o serviço especializado de odontologia, uma vez que o Município não tinha condições de executá-lo e que Marcos Machado trouxe o programa de Quixeramobim.

Registre-se que, na parte conclusiva do já mencionado Relatório de Auditoria, consta não haver registro no controle da Secretaria de Saúde do Estado do Ceará da saída de formulários de APAC'S, referentes à saúde bucal, para o Município de Senador Pompeu/CE.

Tal fato somente foi esclarecido com as informações trazidas por meio do Of. nº 2744/2011 - GABSEC, de 8/12/2011 (acostado às fls. 920/924), encaminhado ao Juízo de origem, noticiando que os formulários das APAC's utilizados pelo município em questão haviam sido fornecidos pela Secretaria de Saúde do Estado para utilização pela Secretaria de Saúde do Município de Quixeramobim/CE, em cuja Prefeitura, à época dos fatos, o Sr. ANTÔNIO MARCOS exercia a função de Técnico em Vigilância Sanitária, vindo a ser, depois, contratado pelo Município de Senador Pompeu justamente para assessorar a sua própria Secretaria de Saúde.

Assim, restou sobejamente demonstrado nos autos, notadamente pelo depoimento do próprio ANTÔNIO MARCOS (tanto na fase investigativa, como na judicial), bem como pelas declarações prestadas em Juízo pelos auditores responsáveis pela inspeção no Município de Senador Pompeu e, também, através dos depoimentos dos demais acusados, que o acusado/apelante Antônio Marcos:

- a) foi o responsável pelo cadastramento, implantação e coordenação do programa de atendimento odontológico especializado junto ao aludido município;
- b) detinha a incumbência de orientar os odontólogos e a funcionária da Secretaria de Saúde do Município quanto ao procedimento de execução do programa e ao preenchimento fraudulento dos laudos para emissão de Autorizações de Procedimento Ambulatorial de Alta Complexidade - APAC's, além das APAC's, propriamente ditas;

c) tinha ciência de que o programa em questão se destinava ao tratamento de pessoas portadoras de anomalia crânio-facial.

Por tais razões, é de se negar provimento ao seu apelo.

APELO DE CARLOS TARCIANO TEIXEIRA DE ALMEIDA

(Auditor de serviços odontológicos)

Este réu suscita, como visto, nulidade da sentença monocrática alegando não apreciação da tese, por ele arguida, de ausência de dolo; se ultrapassada a preliminar, requer sua absolvição em função da ausência de dolo em sua conduta, pois, segundo afirma, desconhecia o fato de que os recursos oriundos do SUS eram apenas para pacientes com anomalia crânio-facial e, também, que era inexperiente à época, daí sua suposta imperícia no momento de fiscalização quanto aos atendimentos.

O descabimento da preliminar é mais que evidente. A ausência ou não de dolo é tema central no processo, pois, sem ele, nenhuma condenação criminal se sustentaria. Porque a primeira instância, então, condenou o réu, é claro que findou por identificar dolo em sua conduta. E dolo houve, tendo sido demonstrado da fl. 2338 a 2341.

Vale para este réu uma certeza insofismável: sua formação acadêmica jamais permitiria que ele firmasse documentos com determinado código de doença que, de fato, não correspondesse à doença realmente tratada, tivesse sido. Era seu papel, na exata condição de agente encarregado de auditar o trabalho desempenhado pelos profissionais de ambulatório, certificar que todas as informações apostas nos documentos a serem repassados ao SUS estavam de acordo com as especificações técnicas exigidas pelo Ministério da Saúde.

Exatamente por isso, aliás, não colhe sua pretensa imperícia, arguida quiçá com o propósito de transformar dolo em culpa. Houve dolo realmente, porque ninguém – diz o senso comum, haurido da experiência cotidiana –, com aquela qualificação técnica, deixaria “passar” algo tão grave e importante, tantas vezes, por um lapso de tempo tão considerável, tendo assumido – por dever de ofício – justo a função de evitá-lo.

Aqui, um adendo: mais que apenas o CID de uma doença que não existiu e, pois, nunca poderia ter sido tratada, os documentos encaminhados ao SUS demonstram que havia a descrição – **por extenso** – dos procedimentos pretensamente realizados, mas que nunca foram.

Isto significa que um teórico desconhecimento das nuances da burocracia, ou seja, o desconhecimento do teor das portarias do MS que cuidavam da função desempenhada pelo réu, jamais poderia explicar sozinho as ilicitudes que ele deixou fluir por suas mãos. Sabia, enfim, que era errado o que se punha à sua confidência, tinha o dever de evitar, mas validou a ilicitude cometida pelos demais dentistas.

A condenação é justa e eu, nesta condição, só posso mantê-la.

APELO DE FRANCISCO MINEIRO JÚNIOR, MARIA ELIZABETH MEDEIROS SARAIVA E JOSIEL BARRETO DA SILVA

(Odontólogos contratados pelo município).

As razões recursais, no caso destes réus, transitam pelo árido caminho do “possível”. Com isso quero dizer que o espaço retórico de que dispunha a defesa, tão eloquentes são as provas colacionadas a eles, era mínimo – para não dizer inexistente.

Com efeito.

Se, relativamente ao auditor, não cabe aduzir que desconhecesse o CID da doença erradamente posta nas guias, máxime pela descrição textual do procedimento a que a numeração se reportava – procedimento complexo e jamais levado a efeito naquela municipalidade –, tanto mais os odontólogos encarregados de tratar os pacientes.

Como, de fato, seria possível dizer que não houve dolo na conduta, se foi deles o trabalho odontológico desempenhado nos tais pacientes. Então não sabiam o que faziam e, também, o que jamais fizeram? Por que transcreveram uma doença que jamais trataram?

Admita-se, por hipótese, que tivessem recebido instruções erradas do assessor municipal. E daí? Por que não objetaram a ilicitude? A resposta é mais que direta: porque dela advinham pa-

gamentos mais elevados, na exata medida da complexidade dos tratamentos nunca realizados. A sentença, enfim, deve ser mantida também aqui – e por seus próprios fundamentos.

No mais, anoto que o ato combatido, aplicando-lhes, a cada um, as penas de 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 80 (oitenta) dias-multa, restou totalmente consentâneo à gravidade do caso, em nada parecendo excessiva ou abusiva, a merecer reproche – e tanto que o recurso dos odontólogos, tratando da dosimetria, acabou sendo veiculado com evidente generalidade.

APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ao recorrer, o MPF buscou a condenação dos dois acusados que restaram absolvidos por ocasião da sentença (o ex-prefeito e a então Secretária de Saúde do Município de Senador Pompeu/CE), sustentando que esses apelados tinham ciência e participaram do esquema de desvio de recursos tratados nos autos.

No entanto, em consonância com o entendimento esposado pela douta Procuradoria Regional da República, penso que não há como prosperar o apelo do Órgão Ministerial com atuação em primeira instância.

É que inexiste nos autos qualquer prova de que os aludidos apelados tenham, efetivamente, atuado na consecução dos delitos ora analisados ou de que eles tinham conhecimento das práticas criminosas. Tudo o que existe, de fato, é o desejo de responsabilizá-los porque, como líderes da área, teriam condições de saber do que se passava.

Trata-se, porém, de salto no escuro, dado muito por apego ao desejo de uma imputação que estivesse objetivamente justificada, algo inconcebível nesta quadra do direito penal que se vivencia.

Por tudo aqui exposto, e em consonância com o parecer emitido pela Procuradoria Regional da República, nego provimento às apelações criminais, mantendo incólume a sentença vergastada, por seus próprios fundamentos, que incorporo – *per relationem* – ao meu próprio voto.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 11.359-PE

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (CONVOCADADA)
Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ANTÔNIO CÉSARIO DE ARAÚJO NETO (RÉU PRESO)
Apelados: OS MESMOS
Adv./Proc.: DR. JAILSON ARAÚJO DE SOUZA

EMENTA: PROCESSUAL E PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS E DE ARMA E MUNIÇÕES. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. APLICAÇÃO. DOSIMETRIA. AJUSTE EM RELAÇÃO A UMA DAS INFRAÇÕES.

- Comprovadas a autoria e a materialidade dos delitos, deve o acusado ser condenado às penas previstas no art. 33, caput, c/c o art. 40, I, da Lei nº 11.343/06, e do art. 18, c/c o art. 19 da Lei nº 10.826/03.

- Hipótese em que o réu, preso em flagrante em Salgueiro/PE, no dia 08/09/13, foi condenado por trazer consigo e transportar, do Paraguai em direção à cidade de São Bento/PB, 50 kg de cocaína (na forma pura e em pasta base) e 1 kg de maconha, bem como por ter importado 2 armas de uso restrito (uma delas de fabricação Tcheca) e 500 munições de marca desconhecida.

- Em que pese tenha o réu admitido, na via judicial, apenas a participação no crime de tráfico de drogas, negando a autoria do crime de tráfico internacional de armas e de munições, a confissão foi utilizada pelo magistrado como meio de prova, de maneira que a posterior retratação em juízo não tem o efeito de afastar a aplicação de tal atenuante. Precedentes do STJ.

- “A prisão em flagrante, por si só, não é suficiente para impedir a incidência da atenuante da confissão espontânea, sobretudo se o agente declara-se autor do crime, por livre e espontânea vontade, sem constrangimento ou incitação de outrem”. (STJ, 5ª T., HC 199460, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 06/06/13)

- Corrobora a confissão do acusado o fato de ele ter informado aos policiais federais que estava vindo do Paraguai e que parte dos itens apreendidos (as drogas, as armas e as munições) estava escondida em compartimentos preparados no veículo para este fim (o que, em tese, dificultaria sua localização e poderia sustentar uma hipotética versão de desconhecimento da existência de tais itens).

- A Lei nº 11.343/06, em seu art. 42, autoriza o juiz a considerar, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, “a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.

- Justificada a fixação da pena-base acima do mínimo legal pela natureza e o montante da substância apreendida, merecendo retoque a sentença, porém, quanto à valoração negativa dos motivos do crime, já que a obtenção de lucro fácil constitui elementar do delito de tráfico de drogas.

- Aplica-se, em favor do acusado, a causa de diminuição estabelecida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, posto que não restou comprovado nos autos que ele se dedique a atividades criminosas e que integre organização criminosa.

- Redução da pena privativa de liberdade imposta ao réu pela prática do delito de tráfico internacional de entorpecentes para 5 (cinco) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, bem como da pena de multa para 550 dias-multa, no valor de 1/30

do salário mínimo vigente à época dos fatos, para que não haja discrepância entre a fixação das referidas sanções.

- Inexistindo nos autos prova da situação financeira do acusado, não se revela plausível majorar a quantidade e o valor do dia-multa arbitrado para a pena de multa imposta pela prática dos delitos pelos quais foi condenado.

- Nos termos do art. 66, III, g, da Lei nº 7.210/84, compete ao juízo da execução decidir sobre a possibilidade de o condenado cumprir a pena em outra comarca.

- Apelação do MPF desprovida. Apelo do réu parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação do MPF e dar parcial provimento ao apelo do réu, nos termos do relatório, do voto da Relatora e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 23 de outubro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA - Relatora Convocada

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (Convocada):

Cuida-se de apelações interpostas contra sentença em que se julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal, condenando-se ANTÔNIO CESÁRIO DE ARAÚJO NETO à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e multa (580 dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia-multa), pela prática do crime descrito no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, da Lei nº 11.343/06, bem como à pena de 6 (seis) anos e 9 (nove)

meses de reclusão, além de multa (180 dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia-multa), pelo cometimento do delito previsto no art. 18, c/c o art. 19 da Lei nº 10.826/03, absolvendo-se o réu quanto à infração tipificada no art. 334, *caput*, do Código Penal.

No recurso, o Ministério Público Federal sustenta, em síntese, a impossibilidade de aplicação da atenuante da confissão, já que decorrente das próprias circunstâncias em que ocorreu a prisão em flagrante do réu, o que retira o seu caráter de espontaneidade. Aduz que a sanção referente ao crime de tráfico de entorpecentes deve ser redimensionada, de forma a ser excluída a causa de diminuição estabelecida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Por fim, insurge-se contra a quantidade e o baixo valor do dia-multa fixado pelo magistrado, pleiteando a sua majoração.

Por sua vez, o réu afirma que, em relação à dosimetria da pena aplicada para o delito de tráfico de drogas, não foram observados os ditames do art. 59 do CP e do art. 42 da Lei nº 11.343/06, tendo a pena-base sido fixada acima do mínimo legal sem que houvesse a devida fundamentação e sem considerar-se que várias circunstâncias lhes eram favoráveis. Assevera que a prática do crime de tráfico internacional de armas não restou configurada, devendo a sua conduta enquadrar-se no crime de porte ilegal de arma de fogo. Pleiteia, ao final, que possa cumprir a pena no Presídio Regional de Catolé do Rocha (PB), por situar-se mais próximo de sua cidade natal.

Contrarrazões.

O *Parquet* Regional, no seu parecer, opinou pelo provimento do apelo do MPF e pelo desprovimento do recurso do réu.

É o relatório. Ao revisor.

VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL JOANA CAROLINA LINS PEREIRA (Relatora Convocada):

Trata-se de apelações interpostas contra sentença que condenou o réu como incurso nas penas dos delitos de tráfico internacional de entorpecentes e de armas e munições.

Consta da denúncia que, em 08/09/13, por volta de 7 h, o acusado ANTÔNIO CESÁRIO DE ARAÚJO NETO foi abordado por policiais federais no Trevo do Ibó, em Salgueiro/PE, quando dirigia o seu veículo Mitsubishi/L200, de placa APG-9393 (de Foz do Iguaçu/PR), tendo sido levado para a Delegacia daquela cidade para averiguação mais minuciosa do automóvel, em razão de terem notado o seu nervosismo quando afirmou que estaria vindo do Paraguai para São Bento/PB.

Narra a peça acusatória que, na sede do órgão policial, o réu, ao perceber que a revista seria realizada, inclusive com cães farejadores, confessou que estaria transportando drogas, as quais seriam revendidas em Caicó/RN, armas de fogo, munições e mercadorias de origem estrangeira, material este que foi encontrado no compartimento traseiro do veículo e motivou a sua prisão em flagrante.

Importa ressaltar, de logo, que o acusado foi absolvido em relação à imputação da prática do crime de contrabando/descaminho, não tendo havido apelo do MPF quanto a esse aspecto da sentença.

Os delitos pelos quais o réu foi condenado estão assim descritos, *in verbis*:

Lei nº 11.343/06:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

(...)

§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito; (...)

Lei nº 10.826/03:

Art. 18. Importar, exportar, favorecer a entrada ou saída do território nacional, a qualquer título, de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização da autoridade competente:

Pena - reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Art. 19. Nos crimes previstos nos arts. 17 e 18, a pena é aumentada da metade se a arma de fogo, acessório ou munição forem de uso proibido ou restrito.

A materialidade do crime de tráfico internacional de entorpecentes restou eficazmente demonstrada pelos elementos coligidos aos autos, a saber: Auto de Apreensão, Laudo Preliminar de Constatação e Laudo de Perícia Criminal, acostados às fls. 10, 14/17 e 47/50, respectivamente, do Inquérito Policial.

Por seu turno, o delito de tráfico internacional de armas e munições também ficou materialmente comprovado, a partir do Auto de Apreensão de fl. 10 do IPL e do Laudo de Perícia Criminal (balística e caracterização física de materiais) colacionado às fls. 33/39 dos presentes autos.

Destaque-se que, no Auto de Apreensão, foram encontrados os seguintes materiais: a) 9,283 kg de cocaína na forma ácida, acondicionada em 9 pacotes prensados no formato de tijolos; b) 40,038 kg de pasta base de cocaína, acondicionada em 46 tabletes; c) 1 tablete de maconha, com massa bruta de 1,098 kg; d) 1 pistola 380 da marca CZ 75 P-07, de fabricação Tcheca, nº de registro B060302, com 2 carregadores de mesmo calibre, além de 1 carregador rápido e 2 “inserts” de punho; e) 1 revólver da marca TAURUS, calibre 357 MAGNUM, nº de registro NF963104, inox, cabo de madeira, tambor de seis litros e um kit de limpeza de armamento; f) mais de 500 munições para pistola e revólver; g) 12 litros de *whisky*, 1 litro de vodca, 2 potes de suplemento alimentar e 6 vidros de perfume, todos de origem estrangeira.

No tocante à autoria, não vejo como se possa afastar a participação do réu em ambas as infrações, haja vista a sua confissão no âmbito policial, aliada aos depoimentos das testemunhas de acusação colhidos naquela seara e em juízo, por meio da qual afirmou que trazia consigo, no afã de transportar até o Rio Grande do Norte, todo o material apreendido, que teria sido adquirido na CIDAD DEL ESTE, no Paraguai, e custado em torno de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), tencionando vendê-lo por R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais), além de afirmar ter comprado as armas para uso próprio. Confira-se, a propósito, o teor do seu depoimento (fls. 08/09 do IPL em apenso):

(...) **QUE** esta foi a primeira vez que fez o transporte de substância ilícita oriunda do Paraguai, tendo morado na cidade de Foz do Iguaçu/PR, entre 2002 até 2009; **QUE** todo o material constante do auto de apreensão em anexo foi adquirido no município de CIDAD DEL ESTE, no Paraguai, tendo custado aproximadamente R\$ 100.000,00, onde pagou apenas parte deste montante, e o restante iria pagar após a venda do material; **QUE** pretendia vender por aproximadamente R\$ 600.000,00, não sabendo ainda quem seriam os receptadores do entorpecente; **QUE** chegou em Foz do Iguaçu no dia 03/09, e o seu carro já estava lá para ser preparado para esconder o material; **QUE** comprou as armas de fogo para uso próprio, tendo pago U\$ 800,00 no revólver, calibre .357, e U\$ 2.500,00 pela pistola CZ de fabricação Tcheca; **QUE** os uísques e os perfumes eram para uso próprio, não tendo a intenção de revendê-los; **QUE** com relação ao entorpecente foi direto à cidade paraguaia, em busca de antigos conhecidos da época em que morou lá, e comprou o quilo da pasta base por R\$ 6.000,00 (seis mil reais), a “cocaína pura” teria sido U\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos dólares) e o quilo da maconha teria sido “agrado”, pela compra realizada; **QUE** o mesmo grupo que comprou o entorpecente realizou o preparo do veículo para esconder o entorpecente, sem ter que pagar nenhum adicional por este serviço; **QUE** não sabe o nome de nenhuma das pessoas envolvidas na venda do entorpecente do lado paraguaio; **QUE** pretendia vender todo o entorpecente que comprou de uma vez no Estado do Rio Grande do Norte, pois não tinha experiência na revenda de drogas (...)

As afirmações prestadas pelo réu, em conjunto com o acervo probatório constante dos autos, revelam a sua indubitável participação no crime de tráfico internacional de drogas, diante dos detalhes descritos, e impossibilitam o atendimento do pleito de desclassificação do delito de tráfico internacional de armas e munições para o de porte ilegal de arma de fogo.

Com efeito, ele próprio admitiu que trouxe as armas do Paraguai, onde as adquiriu, restando configurado o elemento “importar” a que faz alusão à figura típica descrita no art. 18 da Lei nº 10.826/03, conduta esta que significa “trazer de outro país” armas, acessórios ou munições.

Em que pese tenha o réu admitido, na via judicial, apenas a participação no crime de tráfico de drogas, negando, no entanto, a autoria do crime de tráfico internacional de armas e de munições, a confissão foi utilizada pelo magistrado como meio de prova, de maneira que a posterior retratação em juízo não tem o efeito de afastar a aplicação de tal atenuante.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes arestos:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONFISSÃO EM SEDE POLICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. CONFISSÃO NÃO UTILIZADA NA FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INAPLICABILIDADE DA ATENUANTE GENÉRICA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, à luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- A jurisprudência desta Corte superior sedimentou-se no sentido de que deve ser aplicada a atenuante genérica da confissão espontânea mesmo quando,

confessado o delito em sede policial, houver retratação na fase judicial, desde que tal confissão for utilizada para fundamentar a condenação, o que não ocorreu no presente caso.

- Não há falar em reconhecimento da confissão espontânea quando na sentença não houver qualquer menção à confissão do réu para fundamentar a condenação. *Habeas corpus* não conhecido.

(STJ, 6ª T., HC 236960 / MG, rel. Min. Marilza Maynard, DJe 23/09/2014) (grifei)

HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. FIXAÇÃO DA PENABASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA PELA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. ATENUANTE CASSADA PELO TRIBUNAL A QUO, EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO EXTRAJUDICIAL UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR O JUÍZO CONDENATÓRIO. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do *habeas corpus*, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. Na hipótese em apreço, com propriedade, as instâncias ordinárias consideraram que as circunstâncias do crime trouxeram maior reprovabilidade à conduta do agente que, auxiliado por dois corréus armados, efetuou vários disparos de arma de fogo contra as duas vítimas, que experimentaram diversos ferimentos fatais.

3. Apesar de o paciente confessar o crime em sede policial e se retratar em Juízo, verifica-se que a convicção do magistrado singular, ao proferir a condenação, está lastreada na prova extrajudicial corroborada pela prova oral e pericial produzida.

4. “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que deve ser aplicada a atenuante da confissão espontânea realizada perante a autoridade policial, ainda que retratada

em juízo, desde que ela tenha, em conjunto com outros meios de prova, embasado a condenação. Nota-se que esta Corte trata o assunto sobre outro enfoque, não associando a atenuante com o arrependimento do réu, mas com o valor probatório, ou melhor, a influência que a confissão extrajudicial tenha sobre o juízo de condenação” (HC 90.470/MS, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ 17/03/2008).

5. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para reconhecer a incidência da atenuante de confissão espontânea e restabelecer a sanção penal aplicada pela sentença condenatória.
(STJ, 5ª T., HC 240565 / SP, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 04/09/2013) (grifei)

Destarte, seria incoerente utilizar a confissão como elemento probatório para fundamentar a condenação do réu, sem que se permitisse a aplicação de tal atenuante por ocasião da dosimetria da pena, “pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial, ou se houve retratação posterior em juízo” (STJ, 5ª T., HC 176405 / RO, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 03/05/2013).

Lado outro, vale registrar que “A prisão em flagrante, por si só, não é suficiente para impedir a incidência da atenuante da confissão espontânea, sobretudo se o agente declara-se autor do crime, por livre e espontânea vontade, sem constrangimento ou incitação de outrem”. (STJ, 5ª T., HC 199.460, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 06/06/13)

A corroborar a confissão do acusado, vale destacar que foi o réu quem informou que estava vindo do Paraguai e que parte dos itens apreendidos (as drogas, as armas e as munições) estava escondida em compartimentos preparados no veículo para este fim (o que, em tese, dificultaria sua localização e poderia sustentar uma hipotética versão de desconhecimento da existência de tais itens).

No que tange à fixação da pena-base do crime de tráfico, observe que a Lei nº 11.343/06, em seu art. 42, autoriza o juiz a considerar, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, “a natureza e a quantidade da

substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.

In casu, observo que os dois primeiros elementos consignados no preceito – natureza e a quantidade da substância – são conducentes à elevação da pena além do mínimo, porquanto um dos entorpecentes apreendidos com o réu (cocaína) apresenta alto grau de nocividade, não sendo demais destacar que em seu poder foram encontrados 10kg de cocaína pura e 40kg de pasta base desse entorpecente, além de 1kg de maconha.

Nada obstante, o magistrado sentenciante, após valorar em desfavor do acusado as circunstâncias judiciais da culpabilidade e dos motivos, das circunstâncias e consequências do delito (v. fls. 338/340), fixou a pena-base em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, montante este que, no entendimento desta Relatora, deve ser retificado, pois a obtenção de lucro fácil já constitui elementar do crime de tráfico de drogas, não podendo, pois, ser considerada como motivo para agravar a pena nessa fase.

No que toca à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, entendo que não devem subsistir as razões invocadas pelo Ministério Público Federal, uma vez que a benesse prevista no dispositivo legal em comento, consistente na redução da pena de 1/6 a 2/3 para o agente que seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, resulta de uma questão de política criminal, instituída com o objetivo de diferenciar o legítimo traficante de entorpecentes, que busca alcançar seus objetivos ilícitos através da obtenção do lucro fácil, daquela pessoa usada como mero transportador da droga (“mula”), de modo que a reprimenda para o primeiro deve ser mais rigorosa.

Ademais, não restou comprovado durante a instrução processual que o réu seja integrante de organização criminosa ou se dedique à prática de atividades delitivas.

Registre-se, ainda, quanto à dosimetria da pena, que a sentença, apesar de exigir pequena retificação nesse aspecto, restou objetiva e devidamente fundamentada, não merecendo acolhida a alegação do acusado em sentido contrário.

Assim, redimensionando a sanção imposta ao réu pelo cometimento da infração de tráfico internacional de entorpecentes, entendendo por bem reduzir a pena-base, fixada em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, para 7 (sete) anos, a qual deve ser diminuída de 6 (seis) meses, em razão da atenuante da confissão, obtendo-se 6 (seis) anos e 6 (seis) meses. Incidente a causa de diminuição estabelecida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, à fração de 1/3, chega-se a 4 anos e 4 meses, que, majorada em 1/4, em face da causa de aumento prevista no art. 40, I, da referida lei, alcança-se **a pena definitiva de 5 (cinco) anos e 5 (cinco) meses de reclusão.**

Já a pena de multa deve guardar proporcionalidade à pena privativa de liberdade aplicada.

Com efeito, nos moldes dos arts. 49 e 60 do Estatuto Repressor, a pena de multa deve ser calculada em duas fases distintas. Na primeira fase é fixado o número de dias-multa que, para o delito em tela, situa-se entre o mínimo de 500 (quinhentos) e o máximo de 1.500 (hum mil e quinhentos), levando em conta as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e o disposto no art. 42 da Lei de Drogas. Na segunda, fixa-se a quantia de cada dia-multa, observada a situação econômica do condenado, entre 1/30 (um trigésimo) e 5 (cinco) salários mínimos, conforme dispõe o art. 43 do citado diploma.

Considerando que a pena privativa de liberdade foi reduzida, após reavaliação das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, a pena de multa também deve ser diminuída, para que não haja discrepância entre a fixação das referidas sanções.

Em consequência, a pena de multa deve ser reduzida de 580 para 550 dias-multa, correspondendo cada dia-multa a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, devendo ser atualizada monetariamente quando da execução do julgado (art. 49, § 2º).

Quanto ao delito de tráfico internacional de armas e de munições, verifico ter sido observado, de forma escorreita, o sistema trifásico de aplicação da pena, mostrando-se razoável a fixação da pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão, acima do mínimo legal de 4 anos, em face da grande quantidade de munições e das

duas armas apreendidas, pena esta que foi reduzida em 6 (seis) meses pela aplicação da atenuante da confissão e, posteriormente, majorada à metade em razão da causa de aumento descrita no art. 19 da Lei nº 10.826/03 (arma/munição de uso restrito), chegando-se à pena definitiva de 6 (seis) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

A pena de multa, por sua vez, também se mostrou proporcional (180 dias-multa, correspondendo cada dia-multa a 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos), atendendo-se ao disposto nos arts. 49 e 59 do CP.

Convém registrar que, inexistindo nos autos comprovação da situação financeira do acusado, não se revela plausível majorar a quantidade e o valor do dia-multa arbitrado para a pena de multa imposta pela prática dos delitos pelos quais foi condenado, mormente se considerado que não há no processo qualquer elemento que indique como ele adquiriu recursos financeiros para comprar o entorpecente, as armas e as mercadorias de origem estrangeira apreendidas em seu poder, não se podendo presumir que, pelo fato de despender certa quantia para tanto, ostente uma boa condição financeira.

Assim, observada a regra do art. 70, segunda parte, do Código Penal, o réu deverá cumprir a **pena privativa de liberdade total de 12 (doze) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado (art. 33, § 2º, a, do CP), e de 730 dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos monetariamente quando da execução do julgado.**

A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é inviável, nos termos do art. 44, I, do CP.

Finalmente, importa destacar que, nos termos do art. 66, III, g, da Lei nº 7.210/84, compete ao juízo da execução decidir sobre a possibilidade de o condenado cumprir a pena em outra comarca, sendo inviável a apreciação da pretensão recursal do réu formulada nesse sentido por este tribunal.

Ante o exposto, nego provimento à apelação do Ministério Público Federal e dou parcial provimento ao apelo do réu, apenas

para reduzir a pena privativa de liberdade que lhe foi imposta pela prática do crime de tráfico internacional de drogas para 5 (cinco) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, bem como a pena de multa, para 550 dias-multa, correspondendo cada dia-multa a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, mantendo-se a sentença em seus demais termos.

É como voto.

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 437.361-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Embargante: MILFRIOS DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
Embargada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. MANUEL DE FREITAS CAVALCANTE JÚNIOR E OUTROS (EMBTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. PROCESSO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES IMPROVIDOS.
- Embargos infringentes interpostos contra o acórdão prolatado pela Primeira Turma deste egrégio Tribunal que, por maioria de votos, deu provimento à Apelação da Fazenda Nacional, e reformou a sentença proferida pelo Juízo da 9ª Vara Federal do Ceará, bem como determinou o prosseguimento da Execução Fiscal nº 2004.81.00.012199-0, com relação a todos os tributos que aparelharam a Certidão de Dívida Ativa, considerando esses não atingidos pelos institutos da decadência e/ou prescrição.
- A hipótese dos autos registra fatos sobre os tributos PIS e COFINS que são apuráveis mês a mês.

- In casu, o fato gerador ocorreu entre fevereiro de 1989 e janeiro de 1999, havendo vencimento de cada dos valores apurados em cada mês desse período. Consta demonstrativo de débito fiscal do Ministério da Fazenda Nacional registrando que a forma de constituição do crédito tributário foi mediante confissão espontânea, e a forma de notificação do contribuinte se deu por declaração/notificação em 29/09/1999.

- A Certidão de Dívida Ativa também registra a data de 29/09/1999, como data da notificação do contribuinte, pelo que levou a Fazenda Nacional a sustentar que essa data há de ser considerada como a da constituição definitiva do crédito tributário, a qual ocorreu após o vencimento da última parcela do crédito tributário, que foi em 08/01/1999.

- O Juiz de primeiro grau acatou a tese de que em se tratando de tributo cujo vencimento se dá mês a mês, tendo sido o último vencimento em janeiro de 1999 e a execução vindo a ser ajuizada somente em 24 de abril de 2004, o débito estava prescrito, pois a prescrição iniciou na data do último vencimento.

- Acontece que o débito se vence nessas datas quando há declaração ou constituição do crédito. Na hipótese dos autos, os valores do débito se venciam em cada mês daquele período, mas não foram expedidas guias de recolhimento, nem efetivado o respectivo recolhimento.

- A declaração do débito se deu na declaração do Imposto de Renda apresentada pela empresa no ano de 1999. Não há nos autos indicação exata da data da entrega da declaração de Imposto de Renda, mas a afirmativa da Fazenda Nacional de que esse ato só veio a ocorrer em 29/09/1999, momento em que restou constituído o crédito tributário.

- Logo, não houve termo de confissão espontânea do contribuinte, mas entrega da declaração de Imposto de Renda, onde descreve a formação do débito durante os meses dos referidos exercícios fiscais, o que levou a Fazenda Nacional denominar de “termo de confissão espontânea do contribuinte”.

- Ademais, não houve também pagamento mensal das parcelas do débito, o crédito só vem a se constituir com a declaração feita pelo contribuinte, com uma fiscalização ou levantamento levado a efeito pela Fazenda Nacional ou uma confissão do devedor. O que houve foi o vencimento da dívida, sem que tivesse havido sua constituição, e esta só veio a ocorrer com a declaração de renda apresentada pelo Contribuinte. Portanto foi nesse momento que se constituiu o crédito tributário e se iniciou o prazo prescricional.

- Assim, quando do ajuizamento da ação de execução fiscal, em 24 de abril de 2004, não havia ainda se consumado o prazo prescricional, o qual teve início com a constituição do crédito tributário, que só veio a se consumir com a entrega da declaração de imposto de renda apresentada perante o fisco, em setembro de 1999.

- Embargos Infringentes improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, negar provimento aos embargos infringentes, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de embargos infringentes interpostos por MILFRIOS DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. contra acórdão prolatado pela Primeira Turma deste egrégio Tribunal, que, por maioria de votos, deu provimento à Apelação da FAZENDA NACIONAL nº 437.361/CE. Tendo como **voto vencedor** o da lavra do Desembargador Federal **Ubaldo Ataíde Cavalcante**, seguido pelo Desembargador Federal Convocado **Francisco Antônio de Barros e Silva**, e como **voto vencido** o do Relator Desembargador Federal **José Maria Lucena**.

O voto vencido manteve a sentença de Primeiro Grau que foi proferida em sede de exceção de pré-executividade, a qual reconheceu a prescrição quinquenal dos créditos tributários (inscritos em Dívida Ativa nº **30 6 03 007154-04** – Processo Administrativo nº 10380 005408/2003-55), e extinguiu a Execução Fiscal nº **2004.81.00.012199-0**. O voto vencedor entendeu de forma contrária e reformou a sentença determinando o prosseguimento da execução fiscal.

A empresa/executada/apelada apresentou embargos de declaração contra o acórdão proferido na apelação, os quais, sob a relatoria do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, foi negado-lhe provimento (fls. 199/205).

Em seguida, a empresa apelada interpôs o presente embargos infringentes, cujos elementos relevantes postos nas razões recursais são adiante discriminados:

1) que esse procedimento tem por objeto a execução fiscal créditos tributários relativos à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS nº **2004.81.00.012199-0**, com fatos geradores ocorridos entre janeiro a dezembro/1998, e vencimentos das obrigações tributárias entre fevereiro/1998 a janeiro/1999;

2) a embargante sustenta que o crédito tributário em questão originou-se das informações prestadas na Declaração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica - DIPJ da empresa embar-

gante, e não de confissão espontânea da mesma. Resultando, dessa forma, ilidida a presunção de liquidez e certeza da CDA (fls. 93/141);

3) o despacho do Juiz singular que determinou a citação da executada se deu em 06/03/2006 (fl. 18), e a citação válida realizou-se em 16/11/2006 (fl. 36 do Processo nº 2003.81.00.00.020488-0). Desse modo, ocorreu a prescrição quinquenal para a cobrança do crédito tributário questionado, uma vez que os fatos geradores desse foram em janeiro/dezembro de 1998, com vencimentos de fevereiro/1998 a janeiro/1999, tendo como termo final do prazo prescricional em fevereiro de 2003 a janeiro de 2004;

4) alega a empresa/embargante que a apelação da Fazenda Nacional se dirigiu à execução de contribuição para o PIS, mas na verdade se tratou de COFINS, e quanto ao prazo de prescrição, não procede a alegação do Fisco de que era de 15 anos, isto é, de 10 anos para constituir o crédito tributário, acrescido de mais 5 anos para exigí-lo;

5) ressalta que no voto vencido ficou registrado a mora do Fisco no ajuizamento do feito fiscal, que se deu apenas em maio de 2004, com relação aos débitos apurados entre fevereiro de 1998 a janeiro de 1999, ensejando assim a prescrição dos créditos tributários cobrados;

6) houve destaque de trecho dos fundamentos do voto vencedor, *in verbis*:

Na hipótese dos autos, os créditos tributários foram inscritos em dívida ativa, cujo exercício mais remoto refere-se a 1998, com data de vencimento em 10.02.1998. Considerando-se que a constituição do crédito se deu com base em termo de confissão espontânea, apresentado em 29.09.1999, conclui-se que nessa data, estaria homologada tacitamente a declaração e definitivamente constituído o crédito tributário;

7) o voto condutor registrou que o crédito tributário foi constituído através de um pseudo termo de confissão espontânea apresentado em 29/09/1999, mas esse inexistente, conforme demonstra a cópia integral do processo administrativo de fls. 80/158.

8) a interrupção da prescrição quinquenal nos executivos fiscais deve ser analisada sob dois aspectos: primeiro, com relação as execuções fiscais ajuizadas antes do advento da Lei Complementar nº 118/2005, que determinava que a prescrição se interrompia com a citação válida; segundo, com relação às execuções fiscais propostas após essa LC que determinou que a prescrição é interrompida com o despacho que determina a citação;

9) concluiu a empresa que se o crédito tributário foi constituído a partir das declarações fornecidas pela embargante, tem-se que a prescrição do primeiro fato gerador (janeiro/1998) se deu em fevereiro/2003, e o último fato gerador em dezembro/1998, tendo como termo final do prazo prescricional de cinco anos, em janeiro/2004, e a demanda fiscal foi ajuizada em 24/05/2004, restando prescrita a obrigação tributária.

Por fim, requereu a empresa/embargante o provimento destes embargos infringentes, restabelecendo os efeitos da sentença de Primeiro Grau que reconheceu a prescrição quinquenal dos créditos tributários executados, e extinguiu o feito fiscal, fazendo prevalecer desse modo voto minoritário da lavra do Des. Federal José Maria Lucena.

Indo os presentes autos para julgamento, este egrégio Plenário, sob minha relatoria, julgou provido os presentes embargos infringentes, reformou o acórdão embargado, manteve a extinção da Execução Fiscal nº 2004.81.00.012199-0, em face da prescrição quinquenal dos créditos tributários executados.

Contra o acórdão proferido nos embargos infringentes, a Fazenda Nacional apresentou embargos de declaração e estes foram julgados providos apenas para suprir o defeito apontado, sem que se tenha configurado efeito infringente, mas, tão somente, efeito integrativo. Mas mesmo assim, a Fazenda Nacional mantendo-se inconformada apresentou outros embargos declaratórios contra essa última decisão, isto é, embargos de declaração em embargos de declaração, e este eg. Plenário negou-lhe provimento (fl. 264).

Ciente da decisão definitiva do Tribunal *a quo*, a Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial com fulcro no art. 105, inciso III,

alínea a, da CF/88, e os arts. 541 a 543 do CPC contra o acórdão proferido nos embargos infringentes (fls. 268/274), alegando ofensa aos arts. 530 do CPC e 174 do CTN. Este eg. Tribunal não admitiu (fl. 284) o recurso especial, e contra esta decisão a Fazenda Nacional interpõe agravo para o Superior Tribunal de Justiça com fundamento no art. 544 do CPC (fls. 287/292).

Distribuídos os autos para o Ministro HERMAN BENJAMIN da colenda Segunda Turma, este monocraticamente conheceu do agravo e deu provimento ao Recurso Especial anulando o acórdão recorrido e determinou que os autos retornassem ao Tribunal *a quo* para novo julgamento (fl. 312).

Dessa decisão foi interposto agravo regimental, tendo o mesmo sido negado, esclarecendo que a decisão monocrática proferida no agravo em recurso especial "..., não excluiu a ocorrência da prescrição, e sim determinou que a Corte local a examinasse com base nas provas dos autos, observando se a constituição do crédito tributário (declaração apresentada pelo contribuinte) deu-se antes ou depois do seu vencimento".

É o relatório.

Ao Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Embargos Infringentes interpostos por MILFRIOS DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. contra acórdão que, por maioria de votos, deu provimento à apelação interposta pela Fazenda Nacional, e determinou o prosseguimento da execução fiscal nº **2004.81.00.012199-0**, não considerando prescritos os créditos tributários executados, oriundos da Dívida Ativa nº **30 6 03 007154-04**, objeto do processo administrativo nº 10380 005408/2003-55.

A Dívida Ativa tem por objeto a COFINS, tributo sujeito a lançamento por homologação, tendo os fatos geradores ocorridos entre janeiro a dezembro de 1998, com vencimentos entre fevereiro de 1998 a janeiro de 1999, e ação fiscal foi ajuizada em 24/05/2004. A

respectiva Certidão de Dívida Ativa registrou a confissão espontânea de dívida, e declaração/notificação como tendo se dado em 29/09/1999.

A sentença de Primeiro Grau acolheu a exceção de pré-executividade oferecida pela empresa executada – MILFRIOS DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. – e reconheceu a prescrição quinquenal dos créditos tributários executados. Sob o argumento de que o contribuinte entregou a declaração, mas não efetuou o pagamento, o que para tal hipótese, dispõe a Fazenda Nacional do prazo de 5 (cinco) anos contados da data do vencimento da obrigação para ajuizar a execução fiscal, sob pena de prescrição do seu direito de cobrar o débito. Como a Certidão de Dívida Ativa registra o último vencimento da dívida em janeiro de 1999 e como a execução só foi ajuizada em maio de 2004, considerou-se, portanto prescrito o débito com base em jurisprudência reiterada do STJ, citada naquele julgado. Essa decisão foi impugnada mediante o recurso de Apelação nº 437.361/CE julgado provido por maioria de votos, cuja ementa está subscrita nos termos a seguir:

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUIÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO.

1. Dispõe o art. 174 do CTN que o prazo para a Fazenda Nacional efetuar a cobrança de seus créditos, prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

2. Tendo em vista a natureza tributária das contribuições sociais e sendo a prescrição matéria reservada à lei complementar, não se aplica o disposto no art. 46 da Lei nº 8.212/91.

3. Em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação há duas situações distintas: caso não haja a antecipação do pagamento, incide a regra do art. 173, I, do CTN, contando-se o prazo decadencial “do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

4. De outro norte, se a Fazenda entender que o pagamento antecipado do tributo realizado pelo sujeito passivo é menor que o devido, terá o prazo decadencial de cinco

anos, contados do fato gerador, para constituir, por lançamento, a diferença que entender cabível, sem prejuízo do prazo prescricional relativo à cobrança do valor já declarado, nos termos do art. 150, § 4º, do mesmo diploma legal. A partir de então terá a Fazenda o prazo prescricional de 5 anos para a cobrança dos respectivos créditos.

5. Na hipótese dos autos, os créditos tributários foram inscritos em dívida ativa, cujo exercício mais remoto refere-se a 1998, com data de vencimento em 10.02.1998. Considerando-se que a constituição do crédito se deu com base em termo de confissão espontânea, apresentado em 29.09.1999, conclui-se que nessa data, estaria homologada tacitamente a declaração e definitivamente constituído o crédito tributário.

6. Precedente da c. Segunda Turma.

7. Destarte, considerando como termo inicial do prazo prescricional a constituição definitiva do crédito tributário (29.09.1999), datando o ajuizamento da ação executória de 24.05.2004, conclui-se pela inoccorrência da prescrição suscitada, tendo em vista que o decurso do prazo prescricional expiraria apenas em 29.09.2004.

8. A demora na citação, regularmente requerida na petição inicial, em nenhuma hipótese pode ser atribuída à exequente, a quem não cabia mais nenhum ato processual. Inteligência da Súmula nº 106 do STJ.

9. Apelação da Fazenda Nacional provida, para reformando a sentença recorrida, determinar o prosseguimento do processo executivo.

A seguir destacamos pontos relevantes constantes no voto vencedor do julgado da apelação:

- na hipótese dos autos, os créditos tributários inscritos em dívida ativa, teve como exercício mais remoto o do ano de 1998, com data de vencimento em 10/02/1998. Considerando-se que a constituição do crédito se deu com base em termo de confissão espontânea, apresentado em 29/09/1999, conclui-se que nessa data, estaria homologada tacitamente a declaração e definitivamente constituído o crédito tributário.

- adotou como termo inicial o dia 29/09/1999, e tendo a ação de execução fiscal ajuizada em 24/05/2004, entendeu-se pela inoccorrência da prescrição quinquenal susci-

tada em sede de exceção de pré-executividade, haja vista esse prazo prescricional expirar-se em 29/09/2004;

- Súmula 106 do STJ: “proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não se justifica o acolhimento da arguição da prescrição ou decadência”.

Logo, foram interpostos **embargos infringentes** contra esse acórdão, e este eg. Tribunal julgou-os providos em 14/04/2010, e cujos fundamentos e ementas foram elaborados nos termos a seguir:

a) a Lei Complementar nº 118 de 09/02/2005, em seu art. 3º dispõe: “Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.”.

b) trata-se de tributo sujeito a lançamento por homologação, cujos fatos geradores ocorreram entre janeiro a dezembro de 1998, com vencimentos entre fevereiro de 1998 a janeiro de 1999. A execução fiscal, se refere à cobrança de COFINS, ajuizada em 24/05/2004.

c) a Certidão de Dívida Ativa registra o termo de confissão espontânea – declaração/notificação em 29/09/1999. A partir dessa data é que começa a correr o prazo prescricional de cinco anos para o ajuizamento da execução fiscal respectiva, que no caso dos autos, foi em 24/05/2004.

d) a presente hipótese tributária reflete dois aspectos peculiares: primeiro, com relação às execuções fiscais ajuizadas antes do advento da Lei Complementar nº 118/2005, que determinava que a prescrição se interrompia com a citação válida; e segundo, com relação às execuções fiscais propostas após essa LC que determinou que a prescrição é interrompida com o despacho que determina a citação.

e) na época em que foi ajuizada a demanda fiscal (24/maio/2004, antes do advento da Lei Complementar nº 118/2005), e na que foi prolatada a respectiva sentença de Primeiro Grau (02/05/2007), o STJ (em 2008) entendia que a prescrição quinquenal em tal situação tinha seu marco inicial a partir do

momento da declaração pelo contribuinte de tributos federais, como se pode ver no julgado a seguir:

IRPJ, CSLL, PIS E COFINS. DCTF. TRIBUTO DECLARADO E NÃO PAGO. ARTS. 2º, § 3º, E 8º, § 2º, DA LEI Nº 6.830/80. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO. ART. 174 DO CTN. PREVALÊNCIA. INOCORRÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO CONSTITUCIONAL. APRECIAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

I - É assente o entendimento nesta Corte de que nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a declaração do contribuinte por meio da Declaração de Contribuições e Tributos Federais - DCTF elide a necessidade da constituição formal do débito pelo Fisco, passando a fluir, desde o momento da citada declaração, o prazo prescricional do art. 174 do CTN, para o ajuizamento do executivo fiscal. Precedentes: REsp nº 285.192/PR, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 07/11/05 e EDcl no AgRg no REsp nº 443.971/PR, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 24/02/03.

II - No caso, o Tribunal *a quo* consignou que a entrega da DCTF foi efetuada em 15/05/2000 (fl. 24) e a citação se deu somente em 06/06/2005 (fls. 47v. dos autos da execução fiscal), não restando dúvida de que ocorreu a prescrição, tendo em vista o que dispõe o art. 174 do CTN.

III - As hipóteses contidas nos artigos 2º, § 3º, e 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/80 não são passíveis de suspender ou interromper o prazo prescricional, estando a sua aplicação sujeita aos limites impostos pelo artigo 174 do Código Tributário Nacional, norma hierarquicamente superior. Precedentes: AgRg no Ag nº 856.275/MG, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 18/06/07; REsp nº 611.536/AL, Rel. p/ Acórdão, Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 14/05/07; AGREsp nº 189.150/SP, Rel. Min., DJ de 08/09/03 e REsp nº 178.500/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 18/03/02.

IV - Inexistiu declaração de inconstitucionalidade de lei a ensejar a observância à reserva de plenário.

V - É vedado a este Tribunal analisar suposta violação a preceitos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, uma vez que o referido exame é de competência exclusiva do Pretório Excelso.

VI - Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no REsp 964.130/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/2007, DJe 03/03/2008)

f) em relação aos tributos PIS ou COFINS, o STJ já consignava que a entrega da Declaração de Tributos Federais era o marco inicial para contagem do prazo prescricional quinquenal para a cobrança de tais tributos, por se tratar de tributos sujeitos a lançamento por homologação, independentemente de constituição formal do débito tributário pelo Fisco;

g) a Declaração pelo Contribuinte de Tributos Federais, como se pode averiguar nos autos do processo administrativo nº 10380.005408/2003-55 de fls. 80/191, foi apresentada em 29/09/1999, data esta registrada nas CDA's fls. 5/16;

h) no caso dos autos, a interrupção da prescrição quinquenal se deu com a citação válida da executada em 20/11/2006, data em que foi protocolada a petição de exceção de pré-executividade (fl. 19);

Como a ação executiva fiscal foi ajuizada antes do advento da Lei Complementar nº 118/2005, época em que se considerava interrompida a prescrição com a citação válida, é de se considerar interrompido o curso do prazo prescricional quinquenal;

i) sobre o procedimento de citação do executado, mister registrar que não consta nos autos o aviso de recebimento emitido pela Empresa dos Correios Telégrafos para comprovar a real data de que foi cumprido o mandado de citação, para se averiguar a tempestividade ou não do oferecimento da exceção de pré-executividade;

j) no final do ano de 2009, o STJ fez publicar julgado que esclarece a natureza do despacho do juiz que ordena a citação do executado em execuções fiscais, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. NÃO APLICAÇÃO DA LC 118/05 A FEITO EXECUTIVO AJUIZADO ANTES DE SUA VIGÊNCIA. DESPACHO QUE ORDENA A CITAÇÃO. NÃO INTERRUÇÃO NA ESPÉCIE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282 DO STF.

1. No processo de execução fiscal, ajuizado anteriormente à Lei Complementar 118/2005, o despacho que

ordena a citação não interrompe o prazo prescricional, pois somente a citação produz esse efeito, devendo prevalecer o disposto no artigo 174 do CTN sobre o artigo 8º, § 2º, da Lei 6.830/80.

2. Na espécie, constata-se que o crédito tributário foi constituído em 1997, e a citação por edital se efetivou apenas em agosto de 2004, isto é, após cinco anos da constituição definitiva do crédito tributário. Logo, não há como afastar a prescrição.

3. Verifica-se que os arts. 1º-D da Lei nº 9.494/97 e 130 da LC nº 80/94 não foram objeto de debate no âmbito do acórdão recorrido, e a parte não opôs embargos de declaração a fim de prequestionar a sua tese. Incide, portanto, o disposto no enunciado da Súmula 282 do STF, por ausência de prequestionamento.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 804.035/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 03/12/2009)

l) com relação ao prazo de prescrição para tributos sujeitos a lançamento por homologação, veja-se o seguinte aresto:

TRIBUTÁRIO. COFINS. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. TRIBUTU SUJEITU À HOMOLOGAÇÃO DO LANÇAMENTO. DCTF APRESENTADA. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO. REVISÃO DE LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA. CAUSA INTERRUPTIVA DA PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PRESCRIÇÃO DECENAL. SÚMULA VINCULANTE Nº 8/STF.

1. Nos tributos sujeitos à homologação do lançamento efetuado pelo contribuinte (DCTF), o prazo de prescrição tem início na data da entrega da declaração, se coincidente com o início da exigibilidade do crédito.

2. No procedimento de homologação do lançamento, o Fisco pode revê-lo no prazo de cinco anos, contados do fato gerador, pois a obrigação tributária já é conhecida pelo credor.

3. O pagamento do crédito tributário não é critério seguro para fixar o prazo prescricional dos tributos sujeito à homologação do lançamento.

4. O prequestionamento tem duplo sentido, um correspondente à conduta processual das partes que devem suscitar o debate em torno das questões jurídicas na

época própria; e outro quanto à necessidade de decisão sobre a questão jurídica controvertida.

Inexistência de prequestionamento quanto à tese em torno da ocorrência de uma causa interruptiva. Aplicação da Súmula 211/STJ.

5. O STF editou a Súmula Vinculante nº 8/STF, rechaçando a constitucionalidade do art. 46 da Lei 8.212/91.

6. Prescrição reconhecida pela citação pessoal (regime anterior à LC 118/2005) após o transcurso de cinco anos contados da declaração do contribuinte (DCTF em 05/99 e 08/99).

7. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, não provido.

(REsp 1.004.994/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 07/11/2008)

m) a colenda Segunda Turma, em ação idêntica, assim julgou:

AC 467516/PE. Origem: Tribunal Regional Federal - 5ª Região. AC - Apelação Cível. Número do Processo: 0008359-84.2003.4.05.8300. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Desembargador Federal LEONARDO RESENDE MARTINS (Substituto). Data Julgamento: 26/05/2009. Documento nº 189186. Publicações FONTE: *DIÁRIO DA JUSTIÇA* - DATA: 17/06/2009 - PÁGINA: 245 - Nº: 113 - ANO: 2009. Decisão: UNÂNIME.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. TRIBUTO CONFESSADO E NÃO PAGO. DCTF. LANÇAMENTO. DESNECESSIDADE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 174 DO CTN. TERMO INICIAL. VENCIMENTO. OCORRÊNCIA.

- A confissão do débito fiscal formalizada perante a autoridade competente substitui, para todos os efeitos, o lançamento. Esta pode eventualmente vir a ser desconstituída se ficar comprovado que a obrigação era indevida, mas não há que se falar em inexistência do crédito por falta de lançamento.

- Tratando-se de débito declarado via DCTF, e não pago, a constituição do crédito se dá no momento da declaração realizada, destarte, a partir desse momento, não

há que se falar no instituto da decadência, começando a correr, a partir do dia seguinte ao do vencimento do tributo, o prazo prescricional, o qual, de acordo com o artigo 174 do CTN, perdurará pelo quinquênio subsequente à consubstanciação do crédito tributário.

- No caso, cuida-se de débitos referentes a COFINS, declarados (via DCTF) e não pagos, cujo vencimento da parcela mais recente ocorreu em 08.01.1998. A execução fiscal, por sua vez, foi ajuizada em 17.02.2003, enquanto a citação do responsável tributário somente se efetivou em 27.02.2007. Assim, quer se considere a data do ajuizamento do feito ou da citação, resta evidenciada a ocorrência do prazo quinquenal, a que alude o art. 174 do CTN.

- Precedentes da Turma (AC 463768/SE, REL. DES. FED. FRANCISCO BARROS DIAS, *DJU* 06.04.2009) e do eg. STJ (RESP 1050686/DF, REL. MIN. LUIZ FUX, 1ª Turma, *DJe* 15.12.2008; RESP 957682/PE, REL.ª MIN.ª ELIANA CALMON, 2ª Turma, *DJe* 02.04.2009).

- Apelação improvida.

n) no caso dos autos, a última parcela do crédito tributário teve seu vencimento 08/01/1999, a execução fiscal ocorreu em 24/05/2004. Portanto, encontram-se os créditos tributários cobrados todos prescritos.

o) a embargante arguiu que a apelação e o acórdão embargado trataram de matéria diversa da que serviu de elemento para a constituição do crédito tributário, isto é, em vez de falarem em COFINS, discutiram sobre a Contribuição para o PIS, não tem relevância o equívoco apontado.

p) a COFINS e o PIS são tributos da mesma natureza, isto é, são tributos sujeitos a lançamento por homologação. Tratados pelo ângulo constitucional e infraconstitucional do mesmo modo. Na realidade, o que ocorreu foi um erro de escrito não observado pela Fazenda Nacional e pelo acórdão embargado, mas sem relevância alguma para esta decisão que se profere. Equívoco este que não tem o condão de modificar o entendimento deste Julgador perante os fatos tributários apresentados.

q) dessa forma, é a COFINS, o tributo que foi e é objeto de discussão nestes autos.

Com essas considerações, dou provimento aos presentes embargos infringentes, para reformar o acórdão embargado, e, extinguir a execução fiscal nº 2004.81.00.012199-0, em face de estarem os créditos tributários executados atingidos pelo instituto da prescrição.

A Fazenda Nacional, por sua vez, requereu esclarecimento da decisão dos infringentes por meio de embargos de declaração arguindo que essa decisão incidiu em contradição nos seus fundamentos e na sua ementa, por considerar inicialmente como marco inicial para contagem do prazo prescricional quinquenal intercorrente a data da declaração do contribuinte de débitos fiscais federais, e, posteriormente, entendeu que seria a data do vencimento do tributo executado o marco inicial do referido prazo.

Julgados providos o referido embargos de declaração, no qual se obteve a seguinte conclusão (fls. 251/253):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL. CONTRADIÇÃO E OMISSÃO NOS FUNDAMENTOS. RECONHECIMENTO. MARCO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL INTERCORRENTE EM TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA ANTES DO ADVENTO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005.

1. Embargos de declaração em embargos infringentes em apelação cível onde se alega contradição nos fundamentos e na ementa da decisão embargada proferido por este colendo Plenário deste egrégio Tribunal, que deu provimento aos presentes embargos infringentes, reformando a decisão proferida em sede de apelação cível, que extinguiu a Execução Fiscal nº 2004.81.00.012199-0, em face de estarem os créditos tributários executados atingidos pelo instituto da prescrição quinquenal intercorrente.

2. A contradição do julgado se encontrava no fato de ter havido omissão quanto à parte dos fundamentos do acórdão, ao deixar de registrar que a data de 29.09.1999, referida como de interrupção da prescrição, serviu de fundamento no acórdão embargado, porém não restou comprovado nos autos que houve termo de confissão de dívida, motivo pelo qual a decisão da turma foi reformada.

3. A prescrição iniciou em janeiro e fevereiro de 1998 e 1999, enquanto a execução somente foi ajuizada em maio

de 2004, tendo perfecibilizado o prazo prescricional de cinco anos.

4. Quanto à omissão pela não observância da norma contida no art. 174, parágrafo único, inciso I, do CPC, restou reconhecido que a execução fiscal foi ajuizada antes do advento da Lei Complementar nº 118/2005, tendo o STJ já firmado entendimento de que é da data da citação válida que se interrompe o prazo da prescrição, e, não da data do despacho do juiz mandando citar o executado.

5. Mantém-se o reconhecimento da prescrição quinquenal intercorrente antes reconhecida. Extinção da execução fiscal com julgamento do mérito, nos termos do art. 269 do CPC.

6. Requisitos da contradição e omissão para oposição dos presentes embargos de declaração superados.

7. Embargos de declaração providos. Mas, mantém a conclusão da decisão embargada com alterações realizadas em sua motivação, conforme fundamentos desta decisão.

(...)

Ao me referir ao vencimento da dívida a partir da notificação do executado que havia se dado em 29.09.1999, estava apenas analisando a questão à luz do voto do relator do acórdão embargado, para dizer que, apesar do relator ter visto essa circunstância (de que o débito teve início de prescrição com a declaração do contribuinte), na realidade nada disso restou provado nos autos.

Houve realmente a alegação de que o início do prazo deveria ser com a entrega da declaração em 29.09.1999, no entanto, esse fato não restou em nenhum momento comprovado nos autos. Apenas constou aleatoriamente na CDA e isso impressionou o relator do acórdão embargado e teve um voto de adesão, sem contudo se ter a mínima prova da entrega da declaração na data referida.

O que se tem nos autos é o vencimento da dívida constante da CDA, como tendo ocorrido em fevereiro de 1999, sem que tenha havido qualquer fato posterior que viesse acarretar uma possibilidade de interrupção do prazo prescricional. Isso é o que realmente consta dos autos e foi objeto de análise e fundamento deste relator. Infelizmente, houve um defeito na impressão do voto e não restou esclarecido esse ponto que é essencial ao julgamento da

causa. Por essa razão é que ficou realmente contraditório o acórdão.

Esclarecido o fato é de se corrigir o defeito, apenas para que essas razões integrem o acórdão, sem qualquer efeito infringente, até porque com estes esclarecimentos é que fica o acórdão com sentido e com sua fundamentação devidamente completa, espancando-se assim qualquer contradição ou omissão no acórdão.

Para que não reste qualquer dúvida, repita-se: o débito teve o início do prazo de prescrição em janeiro e fevereiro de 1988 e 1999. A ação foi ajuizada em 24 de maio de 2004, já haviam decorridos, portanto, mais de cinco anos, prescrita se achava a ação.

A questão relativa à data de 29.09.1999, serviu apenas de argumento para o relator do acórdão embargado. Mas, neste julgamento restou reconhecido que não há qualquer prova nos autos que tenha havido a alegada confissão espontânea que pudesse levar à interrupção da prescrição e somente daí por diante começar a se contar o prazo e por isso não estaria prescrita a execução.

Isso não é o que ocorre nos autos. Nos autos o que se tem é a consumação da prescrição.

No tocante à omissão apontada pela embargante quanto a não observância por este Juízo do disposto no art. 174, § único, inciso I, do CTN, que estabelece a data do despacho do juiz para citação do executado como hipótese de interrupção da prescrição, é salutar lembrar que aqui se trata de execução fiscal ajuizada antes do advento da Lei Complementar nº 118/2005. E, neste caso, o STJ já firmou entendimento de que é da data da citação válida que se interrompe o prazo da prescrição, e, não da data do despacho do juiz mandando citar o executado, como acima já mencionado, e, inclusive, nos fundamentos do acórdão embargado.

Com tais considerações, impõe-se à manutenção da conclusão do acórdão embargado que entendeu pela ocorrência da prescrição quinquenal para cobrança do crédito tributário que extinguiu a execução fiscal por tal fundamento.

Esse ponto na verdade, não tem nenhuma relevância na matéria, pois a questão está totalmente resolvida com a complementação dos fundamentos do voto, porém o pronunciamento aqui se faz necessário, apenas para efeito de não se vir alegar que deixou de ser respondido um dos pontos dos embargos declaratórios.

Hipótese de se conhecer e dar provimento aos embargos declaratórios para suprir o defeito apontado, sem que se tenha configurada a possibilidade de efeito infringente, mas, tão somente produção de efeito integrativo.

Diante do exposto, dou provimento aos embargos de declaração, para proceder à retificação dos fundamentos e com isso integrar o acórdão de forma correta, nos termos acima exposto.

Ora, contra essa última decisão, a União ainda apresentou outros embargos de declaração os quais foram julgados improvidos (fl. 265).

Inconformada, a União interpôs recurso especial contra o acórdão dos embargos infringentes (fls. 268/273), o qual foi complementado com a decisão proferida nos primeiros embargos de declaração. Este egrégio Tribunal inadmitiu esse recurso, e a União agravou a respectiva decisão monocrática perante o Superior Tribunal de Justiça, sendo o agravo distribuído para a Segunda Turma da Corte Superior, e teve como relator Ministro Herman Benjamin.

O MINISTRO HERMAN BENJAMIN do STJ, relator do recurso especial, monocraticamente, conheceu do Agravo em Recurso Especial nº 254.090 e julgou-o provido, anulando o acórdão dos embargos infringentes, determinando o retorno dos autos à origem para novo julgamento (fl. 312), nos termos a seguir:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 254.090-CE (2012/0236305-0)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN

AGRAVANTE: FAZENDA NACIONAL

ADVOGADO: PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: MILFRIOS DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.

ADVOGADO: MANUEL DE FREITAS CAVALCANTE JÚNIOR E OUTRO(S)

DECISÃO

Trata-se de agravo de decisão que inadmitiu recurso especial (art. 105, III, a, da CF) interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região cuja ementa é a seguinte:

TRIBUTÁRIO. PROCESSO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO. LEI COMPLEMENTAR 118/2005.

1. A hipótese é de embargos infringentes interpostos contra o acórdão prolatado pela Primeira Turma deste egrégio Tribunal que, por maioria de votos, deu provimento à apelação da Fazenda Nacional e reformou a sentença do Juízo da 9ª Vara Federal do Ceará, determinando o prosseguimento da Execução Fiscal nº 2004.81.00.012199-0, com relação a todos os tributos que aparelharam a Certidão de Dívida Ativa, considerando estes não atingidos pelos institutos da decadência e prescrição.

2. A referida execução fiscal se encontra aparelhada por Certidão de Dívida Ativa, que registra a inscrição dos débitos da COFINS como Dívida Ativa em 18/11/2003, cujos fatos geradores ocorreram entre janeiro a dezembro de 1998, com vencimentos entre fevereiro de 1998 a janeiro de 1999.

3. A demanda fiscal foi ajuizada em 24/05/2004, com despacho de citação da devedora em 06/03/2006. Em sede de exceção de pré-executividade, protocolada em 20/11/2006, foi arguida pela devedora a prescrição quinquenal dos créditos tributários.

4. A COFINS é tributo sujeito a lançamento por homologação. No caso dos autos, os fatos geradores ocorreram no período entre 1998 a 1999, e execução fiscal proposta em 24/05/2004, antes do advento da Lei Complementar nº 118/2005.

5. O Superior Tribunal de Justiça proclama que “no processo de execução fiscal, ajuizado anteriormente à Lei Complementar 118/2005, o despacho que ordena a citação não interrompe o prazo prescricional, pois somente a citação produz esse efeito, devendo prevalecer o dis-

posto no artigo 174 do CTN sobre o artigo 8º, § 2º, da Lei 6.830/80. (AgRg no REsp 804.035/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 03/12/2009.)

6. No caso dos autos, a última parcela do crédito tributário executado teve seu vencimento 08/01/1999. A execução fiscal ocorreu em 24/05/2004. Portanto, se encontram os créditos tributários cobrados todos prescritos, e, extinta a execução fiscal.

7. Embargos infringentes providos. Reforma do acórdão embargado, para extinguir a Execução Fiscal nº 2004.81.00.012199-0, em face dos créditos tributários executados estarem todos prescritos. (Fls. 246-247, e -STJ)

Os aclaratórios foram providos, para proceder à retificação dos fundamentos, sem efeitos infringentes, nestes termos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL. CONTRADIÇÃO E OMISSÃO NOS FUNDAMENTOS. RECONHECIMENTO. MARCO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL INTERCORRENTE EM TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA ANTES DO ADVENDO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005.

1. Embargos de declaração em embargos infringentes em apelação cível onde se alega contradição nos fundamentos e na ementa da decisão embargada proferido por este colendo Plenário deste egrégio Tribunal, que deu provimento aos presentes embargos infringentes, reformando a decisão proferida em sede apelação cível, que extinguiu a Execução Fiscal nº 2004.81.00.012199-0, em face de estarem os créditos tributários executados atingidos pelo instituto da prescrição quinquenal intercorrente.

2. A contradição do julgado se encontrava no fato de ter havido omissão quanto a parte dos fundamentos do acórdão, ao deixar de registrar que a data de 29.09.1999, referida como de interrupção da prescrição, serviu de fundamento no acórdão embargado, porém não restou comprovado nos autos que houve termo de confissão de dívida, motivo pelo qual a decisão da turma foi reformada.

3. A prescrição iniciou em janeiro de fevereiro de 1998 e 1999, enquanto a execução somente foi ajuizada em maio de 2004, tendo perfectibilizado o prazo prescricional de cinco anos.

4. Quanto à omissão pela não observância da norma contida no art. 174, parágrafo único, inciso I, do CPC, restou reconhecido que a execução fiscal foi ajuizada antes do advento da Lei Complementar nº 118/2005, tendo o STJ já firmado entendimento de que é da data da citação válida que se interrompe o prazo da prescrição, e, não da data do despacho do juiz mandando citar o executado.

5. Mantém-se o reconhecimento da prescrição quinquenal intercorrente antes reconhecida. Extinção da execução fiscal com julgamento do mérito, nos termos do art. 269 do CPC.

6. Requisitos da contradição e omissão para oposição dos presentes embargos de declaração superados.

7. Embargos de declaração providos. Mas, mantém a conclusão da decisão embargada com alterações realizadas em sua motivação, conforme fundamentos desta decisão. (Fls. 266-267, e -STJ)

Os novos embargos de declaração foram rejeitados (fl. 279, e-STJ).

A agravante, nas razões do recurso especial, sustenta que ocorreu violação do art. 530 do CPC e do art. 174 do CTN.

Contraminuta apresentada às fls. 323-324, e-STJ.

Houve juízo de admissibilidade negativo na instância de origem, o que deu ensejo à interposição do presente agravo.

É o relatório.

Decido.

Os autos foram recebidos neste Gabinete em 6.11.2012.

O Tribunal *a quo* consignou:

Na realidade o acórdão embargado incorreu em contradição por ter havido omissão quanto ao enunciado do que foi decidido pelo Pleno desta Corte.

E que ao desenvolver a análise quanto à questão, relativa à possibilidade do início da prescrição ocorrer com

a declaração do contribuinte e depois concluir que reconheceu a prescrição da data do vencimento, não guarda coerência pelo simples fato de está faltando uma parte dos argumentos no bojo do acórdão que levou à conclusão de se ter a prescrição consumada pelo fato de ter havido o seu início quando do vencimento do crédito, como consta da CDA.

Ao me referir ao vencimento da dívida a partir da notificação do executado que havia se dado em 29.09.1999, estava apenas analisando a questão à luz do voto do relator do acórdão embargado, para dizer que, apesar do relator ter visto essa circunstância (de que o débito teve início de prescrição com a declaração do contribuinte), na realidade nada disso restou provado nos autos.

Houve realmente a alegação de que o início do prazo deveria ser com a entrega da declaração em 29.09.1999, no entanto, esse fato não restou em nenhum momento comprovado nos autos. Apenas constou aleatoriamente na CDA e isso impressionou o relator do acórdão embargado e teve um voto de adesão, sem, contudo se ter a mínima prova da entrega da declaração na data referida.

O que se tem nos autos é o vencimento da dívida constante da CDA, como tendo ocorrido em fevereiro de 1999, sem que tenha havido qualquer fato posterior que viesse acarretar uma possibilidade de interrupção do prazo prescricional. Isso é o que realmente consta dos autos e foi objeto de análise e fundamento deste Relator.

Infelizmente, houve um defeito na impressão do voto e não restou esclarecido esse ponto que é essencial ao julgamento da causa. Por essa razão é que ficou realmente contraditório o acórdão.

Esclarecido o fato é de se corrigir o defeito, apenas para que essas razões integrem o acórdão, sem qualquer efeito infringente, até porque com estes esclarecimentos é que fica o acórdão – com sentido e com sua fundamentação devidamente completa, espandendo-se assim qualquer contradição ou omissão no acórdão.

Para que não reste qualquer dúvida, repita-se: o débito teve o início do prazo de prescrição em janeiro e feverei-

ro de 1988 e 1999. A ação foi ajuizada em 24 de maio de 2004, já haviam decorridos, portanto, mais de cinco anos, prescrita se achava a ação.

A questão relativa à data de 29.09.1999, serviu apenas de argumento para o relator do acórdão embargado. Mas, neste julgamento, restou reconhecido que não há qualquer prova nos autos que tenha havido a alegada confissão espontânea que pudesse levar à interrupção da prescrição e somente daí por diante começar a se contar o prazo e por isso não estaria prescrita a execução.

Isso não é o que ocorre nos autos. Nos autos o que se tem é a consumação da prescrição. (Fls. 262-263, e-STJ)

A prescrição para a cobrança do crédito tributário vem disciplinada no art. 174 do CTN, o qual prevê que ela ocorre após o transcurso do prazo quinquenal, contado da data de sua constituição definitiva.

O vencimento apenas torna exigível a obrigação tributária, e inicia-se o prazo com a constituição definitiva do crédito tributário, que se dará mediante entrega de declaração ou de ofício pela autoridade fiscal, prazo este decadencial. Somente após o lançamento é que se dará a contagem do prazo prescricional do art. 174 do CTN.

No caso dos autos, conforme se depreende do trecho acima transcrito, a Corte local conclui pela ocorrência da prescrição, tendo em vista que entre o vencimento e a citação transcorreu prazo superior a cinco anos.

No entanto, conforme dito, o prazo deve ser contado a partir da constituição definitiva do crédito tributário, e não da data do seu vencimento.

Por tudo isso, com fulcro no art. 544, § 4º, II, c, do Código de Processo Civil, conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos à origem para novo julgamento nos termos da fundamentação supra.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 26 de fevereiro de 2013.

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

(Ministro HERMAN BENJAMIN, 07/03/2013)

Acontece que essa decisão monocrática do Ministro HERMAN BENJAMIN foi impugnada pela Fazenda Nacional, mediante agravo regimental que foi julgado pela eg. Segunda Turma do STJ, nos termos a seguir:

TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. TRIBUTO SUJEITO AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA. VENCIMENTO ANTERIOR OU ENTREGA DA DECLARAÇÃO. RETORNO AO TRIBUNAL A QUO.

1. A prescrição está disciplinada no art. 174 do CTN, o qual prevê que ela ocorre após o transcurso do prazo quinquenal, contado da data de sua constituição definitiva, e não do vencimento do tributo.

2 Anulação do acórdão recorrido e determinação do autos para que a Corte local examine a ocorrência ou não da prescrição, tendo em vista que deve ser observado se a constituição do crédito tributário (declaração apresentada pelo contribuinte) ocorreu antes ou depois do seu vencimento.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 254090/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/04/2013, DJe 09/05/2013)

EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 8.3.2013.

O **Agravo regimental não merece prosperar**, pois a ausência de argumentos hábeis para alterar os fundamentos da decisão ora agravada torna incólume o entendimento nela firmado. Portanto não há falar em reparo na decisão, pelo que reitero o seu teor.

É importante deixar claro que **a decisão monocrática não excluiu a ocorrência da prescrição, e sim determinou que a Corte local a examinasse com base nas provas dos autos, tendo em vista que deve ser observado se a constituição do crédito tributário (declaração apresen-**

tada pelo contribuinte) deu-se antes ou depois do seu vencimento.

Conforme consignado no *decisum* monocrático, o Tribunal *a quo* asseverou:

Na realidade o acórdão embargado incorreu em contra-dição por ter havido omissão quanto ao enunciado do que foi decidido pelo pleno desta Corte.

E que ao desenvolver a análise quanto a questão, relativa à possibilidade do início da prescrição ocorrer com a declaração do contribuinte e depois concluir que reconheceu a prescrição da data do vencimento, não guarda coerência pelo simples fato de está faltando uma parte dos argumentos no bojo do acórdão que levou a conclusão de se ter a prescrição consumada pelo fato de ter havido o seu início quando do vencimento do crédito, como consta da CDA.

Ao me referir ao vencimento da dívida a partir da notificação do executado que havia se dado em 29.09.1999, estava apenas analisando a questão à luz do voto do relator do acórdão embargado, para dizer que, apesar do relator ter visto essa circunstância (de que o débito teve início de prescrição com a declaração do contribuinte), na realidade nada disso restou provado nos autos.

Houve realmente a alegação de que o início do prazo deveria ser com a entrega da declaração em 29.09.1999, no entanto, esse fato não restou em nenhum momento comprovado nos autos. Apenas constou aleatoriamente na CDA e isso impressionou o relator do acórdão embargado e teve um voto de adesão, sem, contudo se ter a mínima prova da entrega da declaração na data referida.

O que se tem nos autos é o vencimento da dívida constante da CDA, como tendo ocorrido em fevereiro de 1999, sem que tenha havido qualquer fato posterior que viesse acarretar uma possibilidade de interrupção do prazo prescricional. Isso é o que realmente consta dos autos e foi objeto de análise e fundamento deste Relator. Infelizmente, houve um defeito na impressão do voto e, não restou esclarecido esse ponto que é essencial ao julgamento da causa. Por essa razão é que ficou realmente contraditório o acórdão.

Esclarecido o fato é de se corrigir o defeito, apenas para que essas razões integrem o acórdão, sem qualquer efeito infringente, até porque com estes esclarecimentos é que fica o acórdão com sentido e com sua fundamentação devidamente completa, espancando-se assim qualquer contradição ou omissão no acórdão.

Para que não reste qualquer dúvida, repita-se: o débito teve o início do prazo de prescrição em janeiro e fevereiro de 1988 e 1999. A ação foi ajuizada em 24 de maio de 2004, já haviam decorridos, portanto, mais de cinco anos, prescrita se achava a ação.

A questão relativa à data de 29.09.1999 serviu apenas de argumento para o relator do acórdão embargado. Mas, neste julgamento, restou reconhecido que não há qualquer prova nos autos que tenha havido a alegada confissão espontânea que pudesse levar à interrupção da prescrição e somente daí por diante começar a se contar o prazo e por isso não estaria prescrita a execução.

Isso não é o que ocorre nos autos. Nos autos o que se tem é a consumação da prescrição. (Fls. 262-263 , e-STJ)

Reitero que a prescrição para a cobrança do crédito tributário vem disciplinada no art. 174 do CTN, o qual prevê que ela ocorre após o transcurso do prazo quinquenal, contado da data de sua constituição definitiva.

O vencimento apenas viabiliza a constituição do crédito tributário, que poderá acontecer mediante entrega de declaração ou de ofício pela autoridade fiscal, prazo este decadencial. Somente após o lançamento é que se dará a contagem do prazo prescricional do art. 174 do CTN.

No caso dos autos, conforme se depreende do trecho acima transcrito, a Corte local concluiu pela prescrição, tendo em vista que entre o vencimento e a citação transcorreu prazo superior a cinco anos.

No entanto, conforme dito, o prazo deve ser contado a partir da constituição definitiva do crédito tributário, e não da data do seu vencimento.

Ausente a comprovação da necessidade de retificação a ser promovida na decisão agravada, proferida com fundamentos

suficientes e em consonância com entendimento pacífico deste Tribunal, não há prover o agravo regimental que contra ela se insurge.

Por tudo isso, nego provimento ao agravo regimental.

Como se observa nos julgados acima transcritos, a colenda Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça não afastou a ideia da ocorrência da prescrição do crédito tributário objeto de execução fiscal. Disse sim que a decisão monocrática do Ministro HERMAN BENJAMIM (Relator) “não excluiu a ocorrência da prescrição, e sim determinou que a Corte local a examinasse com base nas provas dos autos, tendo em vista que deve ser observado se a constituição do crédito tributário (declaração apresentada pelo contribuinte) deu-se antes ou depois do seu vencimento.”.

Concluiu aquela autoridade judiciária superior que “o prazo deve ser contado a partir da constituição definitiva do crédito tributário, e não da data do vencimento.”.

À fl. 154 dos autos (volume 1) tem um demonstrativo de débito fiscal do Ministério da Fazenda Nacional onde registra que a forma de constituição do crédito tributário foi mediante confissão espontânea, e a forma de notificação do contribuinte se deu por declaração/notificação em 29/09/1999.

A Certidão de Dívida Ativa também registra a data de 29/09/1999, como data da notificação do contribuinte, pelo que tem levado a Fazenda a sustentar que essa data há de ser considerada como a da constituição definitiva do crédito tributário, a qual ocorreu após o vencimento da última parcela do crédito tributário, que foi em 08/01/1999.

Estamos diante dos tributos conhecidos como PIS e COFINS, os quais são apuráveis mês a mês, o que na hipótese ocorreu entre fevereiro de 1989 e janeiro de 1999, havendo vencimento de cada um dos valores apurados em cada mês desse período.

O Juiz de primeiro grau acatou a tese de que em se tratando de tributo cujo vencimento se dar mês a mês, tendo sido o último vencimento em janeiro de 1999 e a execução vindo a ser ajuizada somente em 24 de abril de 2004, estava prescrito o débito, pois a prescrição iniciou na data do último vencimento.

Ocorre que, o débito se vence nessas datas quando há declaração ou constituição do crédito. Na hipótese esses valores se venciam em cada mês desse período, mas não foram expedidas guias de recolhimento, nem efetivado esses recolhimentos. Se essas hipóteses tivessem ocorrido, haveria, com certeza, constituição do crédito tributário e conseqüente início do prazo prescricional, como ditam o art. 174 do Código Tributário e a jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça.

No caso concreto, a declaração do débito se deu na declaração do Imposto de Renda apresentada pela empresa no ano de 1999. Não há nos autos indicação exata da data da entrega da declaração. Há, no entanto, a afirmativa da Fazenda de que esse ato só veio a ocorrer em 29/09/1999, momento em que restou constituído o crédito tributário.

A grande divergência entre as partes, diz respeito ao fato da Fazenda fazer essa afirmativa como sendo o termo de confissão espontânea do contribuinte, enquanto esse afirma que não houve aquele ato no processo.

Realmente não houve um ato de termo de confissão espontânea do contribuinte. O que houve foi a entrega da declaração onde consta a descrição do débito durante os meses dos exercícios antes referidos, o que a Fazenda nominou com aquela expressão “termo de confissão espontânea do contribuinte”.

Na realidade, como não houve pagamento das parcelas dos débitos mensalmente como deveria ter ocorrido, o crédito só vem a se constituir com a declaração feita pelo contribuinte, com uma fiscalização ou levantamento levado a efeito pela Fazenda ou uma confissão do devedor.

No caso, o que houve foi o vencimento da dívida, sem que tivesse havido sua constituição. Esta só veio a ocorrer quando da declaração de renda apresentada pelo contribuinte. Nesse momento se constituiu o crédito tributário, nesse instante iniciou o prazo prescricional.

Portanto quando houve o ajuizamento da ação em 24 de abril de 2004, não havia ainda se consumado o prazo prescricional, o qual teve início com a constituição do crédito tributário, que só veio

a se consumir com a declaração apresentada perante o fisco em setembro de 1999.

Assim, assiste razão à Fazenda Nacional ao sustentar a imprescritibilidade do crédito tributário, razão pela qual deve ser negado provimento aos embargos infringentes.

Posto isto, nego provimento aos presentes embargos infringentes.

É como voto.

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 502.491-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS

Embargante: UNIÃO

Embargados: JOSÉ OTÁVIO DE QUEIROGA VANDERLEY E OUTROS

Advs./Procs.: DRS. RONNIE PREUSS DUARTE E OUTROS E FREDERICO PREUSS DUARTE

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL EM RELAÇÃO A PONTO NÃO OBJETO DA DIVERGÊNCIA. OPERAÇÃO POLICIAL. COMPROVAÇÃO DE EXPOSIÇÃO À IMAGEM DOS EMBARGADOS E AGRESSÃO MORAL À SUA FAMÍLIA. DANOS MORAIS EVIDENCIADOS A ENSEJAR A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.

- Acolhe-se a preliminar de ausência de interesse recursal da União quanto à alegação da União de que a execução de prisão cautelar posteriormente reconhecida por ausência de fundamentação não enseja dano moral, em face da Primeira Turma haver afastado o dever de indenizar por tal fundamento. Além disso, este ponto não cons-

titui objeto da divergência, atacado pelos embargos infringentes.

- A comprovação de danos morais se caracteriza por ofensa aos direitos personalíssimos do indivíduo, não sendo necessário a sua efetiva comprovação, bastando que fique evidenciado o sentimento de constrangimento, humilhação ou desonra ao sentimento do homem, ou seja, de ofensa à dignidade humana.

- Precedente do STJ: Terceira Turma, REsp 133.961/RJ, Relatora: Mina. Nancy Andrighi, julg. 03/04/2014, publ. DJe 03/06/2014, decisão por maioria.

- No caso em tela, se observa que houve um número excessivo de policiais envolvidos na diligência (Operação Vassourinha 1 destinada a desarticular uma possível organização criminosa que teria sido responsável pelo cometimento de uma gama de delitos cometidos em 2001 e 2002, que teria funcionado como verdadeira empresa prestadora de serviços, oferecendo toda a sorte de 'produtos' escusos a quem deles necessitasse), 16 (dezesseis) para a medida de busca e apreensão e prisão dos embargados, além de excessos na sua atuação, na medida em que interditarão uma rua inteira.

- Ademais, pelos depoimentos das testemunhas colhidos nos autos, se verifica que os policiais federais quando da diligência efetuada na casa dos embargados que culminou com a prisão dos mesmos, causou agressão moral à família daqueles ao ameaçar levar a filha do casal para o Juizado da Infância e da Juventude caso ela não parasse de chorar. Além disso, os Delegados da Polícia Federal que foram ouvidos afirmaram essa instituição não se preocupou em poupar a exibição da imagem dos acusados na sede daquele Órgão.

- A forma como a operação policial foi conduzida, a exposição da imagem dos embargados, inclusive contra a determinação judicial, evidencia a existência e caracterização de dano moral a ensejar o dever do Estado de indenizá-los.

- Precedentes: TRF1, Segunda Turma Suplementar, AC nº 200239010004593, Relator: Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa, julg. DJF1 DATA: 23/08/2013, pág. 959, decisão unânime; TRF5, Segunda Turma, AC 439.346/PE, Relator: Desembargador Federal Bruno Teixeira - convoc, julg. 17.12.2013, publ. DJe 19.12.2013, pág. 328, decisão por maioria; Quarta Turma, APELREEX 28.256/PB, Relatora: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, julg. 20.08.2013, pág. 382, decisão unânime.

- Embargos infringentes improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Desembargadores Federais do egrégio Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, negar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

Recife, 12 de novembro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de embargos infringentes interpostos pela UNIÃO contra acórdão proferido pela colenda Primeira Turma desta egrégia Corte Regional que, por maioria de votos, deu provimento à apelação interposta por JOSÉ OTÁVIO DE QUEIROGA VANDERLEY E OUTROS.

Os embargados ingressaram, inicialmente com ação ordinária contra a União visando a reparação por danos patrimoniais e extrapatrimoniais que teriam sofridos em decorrência da atuação de 16 (dezesseis) agentes da Polícia Federal encapuzados de fuzis e metralhadoras em punho quando arrombaram a porta de entrada de sua residência e ingressaram nela.

Alegaram que tais fatos ocorreram por volta das seis horas da manhã, do dia 20.09.2002 e que toda a família assistiu ao procedimento de busca da polícia incluindo destruição de forro de gesso seguida de agressão física a uma das autoras, menor.

Aduziram ainda, que eles, José Otávio de Queiroga Wanderley e Márcia Vilaça de Lira, autores da ação, foram conduzidos algemados para o escritório desta onde ocorreu a mesma 'cena cinematográfica', com rua interditada, condução de ambos algemados sob mira de armas de fogo e ainda, que ao chegarem na Superintendência da Polícia Federal em Pernambuco eram aguardados por numerosos repórteres da imprensa falada, escrita e televisada. Que foram fotografados e filmados desde a sua chegada. Que tiveram seus nomes divulgados nos jornais e noticiários como membros de uma perigosa organização criminosa. Que, após sete dias da efetivação das prisões, o TRF - 5ª Região reconheceu a nulidade do respectivo decreto, pela ausência de fundamentação. Que os demandantes não respondem, sequer a uma única ação penal em decorrência da investigação que culminou com a sua prisão. Alegam que, além do erro judiciário, os agentes policiais cometeram manifesto excesso no cumprimento da respectiva diligência.

Requereram indenização por dano moral, no valor total de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e indenização por danos materiais relacionados aos bens destruídos (forro de gesso e a porta de entrada).

A Juíza Federal Daniela Zarzar, então Substituta da 9ª Vara-PE, no exercício cumulativo da 1ª Vara Federal-PE, ao proferir a sentença acostada às fls. entendeu que a prisão cautelar submetida aos demandantes não se funda na culpa, nem caracteriza prisão-pena, destacando-se como instrumento de cautela necessária à garantia da ordem pública, à regular instrução processual penal

ou à efetiva aplicação da lei penal. Não se choca com o princípio constitucional da presunção de inocência, mas, ao contrário, prestigia a efetividade da Administração da Justiça e a proteção da ordem pública, constringendo provisoriamente a liberdade dos indivíduos.

Entendeu ainda, que o mandado de prisão foi embasado na necessidade de proteção da ordem pública e na conveniência da instrução criminal, posto que ‘os representados poderiam vir a praticar ou determinar a prática de novos delitos’, em face do poder da organização criminosa em questão e de sua atuação por todo o País. E nesta circunstância, agiu o magistrado de maneira legítima e em consonância com as determinações previstas no art. 312 do CPP.

Quanto aos alegados excessos na execução da medida, seja pela utilização da força excessiva, seja pela alegada indevida exposição dos autores na mídia, destacou que “é inerente ao ato de prisão o sofrimento e dor moral infligido aos sujeitos e familiares constringidos pela medida, mas que se mostram justificados diante da maior importância dos bens jurídicos, ordem pública e correta Administração da Justiça. Evidentemente que esse sofrimento não é indenizável.”

Considerou, ainda que “a atuação do Estado como defensor do ordenamento jurídico e do estado democrático de direito ficaria seriamente comprometida se pudesse ser intimidada por meio de pedidos de indenização, até mesmo sem provar-se dolo ou culpa na atuação do agente estatal competente”.

Acrescentou, também, que no caso em tela, não observa “violação indevida da imagem dos autores, porquanto não ficou demonstrado nos autos que a polícia teria chamado a imprensa para filmar o ato de prisão. Nas matérias transmitidas pela imprensa local e nacional (conforme DVDs anexados ao processo), o rosto dos autores não aparece, nem mesmo foram eles indevidamente apresentados à imprensa, conduta que seria reprovável.

Frisou, ainda, que “a publicidade que foi conferida ao fato, com a revelação dos nomes das pessoas detidas, não é ilícita, pois decorre do direito da população à informação, o que não configura dano incomum capaz de gerar direito à indenização”.

Irresignados, os ora embargados recorreram da sentença que julgou improcedente o pedido, interpondo o recurso de apelação onde aduziram o excesso na atuação dos agentes policiais federais envolvidos na Operação Vassourinha em cumprimento à Ordem de prisão, causando-lhe indelévels prejuízos à respectiva imagem, saúde e patrimônio.

Sustentaram, ainda, que o primeiro embargante foi preso e acusado publicamente pela imprensa falada, escrita e televisada, de integrar perigosa quadrilha acusada da prática dos crimes de formação de quadrilha, peculato, corrupção, violação de segredo funcional, advocacia administrativa e falsidade ideológica.

Alegaram que os depoimentos das testemunhas são concordes em assinalar a grande mobilização policial para a operação, bem como desnecessário “estadalhaço” com que se houve a Polícia Federal no evento: grande aparato policial, rua fechada, condição e exposição públicas dos mesmos, algemados.

Enfatizaram que os danos morais e o constrangimento, sobretudo das crianças, foi mais que evidente, principalmente em virtude da mais completa ausência de cuidados por parte dos policiais no que concerne à preservação da integridade psicológica daqueles (menores).

Destacaram, ainda, a existência de provas documental e testemunhal da ação/omissão da Polícia Federal ensejando a massiva divulgação da operação e exposição da imagem e dos seus nomes.

Em julgamento realizado em 04.10.2012, a Primeira Turma desta Corte Regional, por maioria, deu parcial provimento à apelação dos autores, ora embargados, para reformar em parte, a sentença de primeiro grau.

Considerou que a decretação de prisão preventiva não enseja direito à indenização por danos morais. Afastou, também, a indenização por danos materiais por entender que estes foram de pouca monta e são até inerentes à própria natureza da diligência que se estava realizando.

Entendeu, contudo que houve excesso do aparato policial, do rigor empregados e da exposição das pessoas presas contra, in-

clusive, a determinação judicial, ensejando o direito à indenização, no valor R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Senão vejamos, o acórdão embargado a seguir transcrito:

ADMNISTRATIVO. REPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO PREVENTIVA NÃO ENSEJA DIREITO A DANOS MORAIS. OPERAÇÃO POLICIAL. DANOS MATERIAIS DE POUCA MONTA E INERENTES À NATUREZA DA DILIGÊNCIA. DESCABIMENTO. EXCESSO DO APARATO E DO RIGOR EMPREGADOS. EXPOSIÇÃO DA IMAGEM DOS ENVOLVIDOS, INCLUSIVE CONTRA DETERMINAÇÃO JUDICIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CABIMENTO. APELAÇÃO DA UNIÃO IMPROVIDA. APELAÇÃO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDA. I - A decretação de prisões preventivas, cautelares, não enseja direito a ressarcimento por danos morais. Na verdade, sabe-se que essas prisões são decretadas em função do processo e, ainda que se venha a absolver os acusados, elas foram decretadas de conformidade com o ordenamento jurídico, por autoridades competentes e seguindo o devido processo legal. Por isso, não há direito à indenização.

II - Em relação aos danos materiais, estes foram de pouca monta e são até inerentes à própria natureza da diligência que se estava realizando. Caso se pretenda fazer uma busca e apreensão, é provável que haja necessidade de destruir ou arrombar alguma coisa, porque senão a diligência não se faz. E, mesmo que nada se encontre, essa situação faz parte do risco de se viver em sociedade, do risco de se viver sob uma ordem jurídica e às vezes ter se que suportar circunstâncias dessa natureza.

III - Quanto à maneira como a operação foi desenvolvida, ao aparato utilizado e a exposição da imagem das pessoas presas contra, inclusive, a determinação judicial, houve excesso. Elementos suficientes para caracterizar o dano moral pretendido. Precedentes desta Turma. APELREEX 6459/PB, DESEMBARGADOR FEDERAL EMILIANO ZAPATA LEITÃO (CONVOCADO), Primeira Turma, JULGAMENTO: 07/06/2012, PUBLICAÇÃO: *DJe* 14/06/2012 - Página 179; APELREEX11302/RN, DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT, Primeira Turma, JULGAMENTO: 08/03/2012, PUBLICAÇÃO: *DJe* 15/03/2012 - Página 371.

IV - Tratando-se de dano moral, o montante da indenização, deve ser suficiente para desencorajar a reiteração de condutas ilícitas e lesivas por parte da ré e, ao mesmo tempo, amenizar, na medida do possível, o constrangimento causado ao autor lesado. Por outro lado, a indenização não pode se mostrar excessiva diante da lesão causada, sob pena de resultar em enriquecimento ilícito do autor.

V - No caso, o pleito tem muito mais o sentido de firmar uma posição do que de obter uma vantagem patrimonial em decorrência desses fatos. Indenização fixada no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a ser distribuída por todos os autores da ação.

VI - Apelação da União improvida. Apelação dos autores parcialmente providas.

Participaram do julgamento os Desembargadores Federais Manoel de Oliveira Erhardt, Ivan Lira de Carvalho e Francisco Cavalcanti, sendo este último vencido no julgamento.

No voto vencido, o Desembargador Federal Francisco Cavalcanti defendeu que medidas policiais de busca e apreensão e a prisão cautelar causam algum traumatismo, mas não ensejam indenização. Defendeu, ainda que a busca e apreensão deve ser executada de modo a inibir reações e evitar a fuga ou retirada dos objetos a serem alvo da busca. Além disso, indicou que inexistente fato que demonstre que a Polícia Federal tenha feito excessiva e deturpada apresentação dos fatos à imprensa.

Na busca de fazer prevalecer a tese exarada no voto dissonante, a UNIÃO interpôs os presentes embargos infringentes (fls. 821/845), alegando, em síntese:

- (a) as contrariedades que sofreram os autores, na operação policial não são suficientes para a caracterização do dano, pois se trata de mero dissabor. Não há comprovação de excesso;
- (b) o art. 43 do Código Civil impõe a necessidade da demonstração do dano, além da demonstração do nexo de causalidade entre o dano e o ato praticado. Os autores não comprovaram, seja através de prova oral ou documentos, a existência do dano moral sofrido como a dor, a humilhação, o constrangimento, o vexame, que não enfrentaria se o serviço público funcionasse com presteza. Inexistindo, assim, qualquer responsabilidade civil da União pela conduta de seus agentes.

(c) o art. 37, § 6º, da Constituição Federal não atinge os casos em que o dano resulta de terceiro ou força maior, tendo, no entanto, ocorrido essa hipótese, no tocante a divulgação dos nomes dos envolvidos, pois a divulgação foi concretizada pelos veículos de comunicação e não pela União, isto é, o Estado não foi o autor da suposta lesão que a ele está sendo imputada, devendo, desta forma, ser isentado, por falta de amparo legal do pedido de indenização contra ele;

(d) o art. 5º e o art. 220 da Constituição Federal asseguram o livre exercício profissional e o direito à informação e a correlata liberdade de imprensa, no ordenamento jurídico pátrio. ou seja, a imagem é merecedora de proteção, mas também é assegurado o direito à informação. Por essa razão, não pode imputar a União, como responsável pela divulgação da imagem do embargado pelos veículos de comunicação;

(e) o art. 49, § 2º, da Lei de Imprensa (Lei Especial) é claro ao estabelecer que a pessoa natural ou jurídica que explora o meio de informação ou divulgação responde pela reparação do dano. Assim, se a parte autora deixou o seu convívio social em função das notícias publicadas nos jornais deveria ter buscado reparação, junto aos meios de comunicação responsáveis pela divulgação;

(f) a jurisprudência do STF é firme no sentido de que a decretação da prisão preventiva não transgredir o princípio da não culpabilidade, tendo em vista que a privação da liberdade é de natureza cautelar, bem como de que inexistir direito indenizável, em razão do exercício da ação penal que depois venha a ser julgada improcedente, segundo precedentes do extinto Tribunal Federal de Recursos;

(g) a execução de prisão cautelar posteriormente reconhecida por ausência de fundamentação não enseja dano moral, já que não se vislumbra qualquer má-fé por parte do juiz, do membro do Ministério Público e da própria polícia.

Com estes argumentos a embargante pugnou pelo provimento dos presentes embargos infringentes, a fim de prevalecer o entendimento firmado no voto vencido, quanto à indenização em discussão.

O embargado apresentou contrarrazões aos embargos infringentes (fls. 915/934), alegando, preliminarmente a falta de interesse da embargante de recorrer no tocante à responsabilidade estatal por dano moral, em face de erro judiciário, uma vez que a Primeira Turma afastou o dever de indenizar por tal fundamento.

No mérito, defendeu a responsabilidade objetiva do estado com o consequente dever de indenizar pelas razões a seguir expostas:

(a) o contingente de cento e trinta policiais em dezesseis viaturas e a interdição de uma rua para a realização da operação foi manifestamente excessivo;

(b) descumprimento da decisão judicial acauteladora a qual, “expressamente determinava a preservação da imagem das pessoas que estavam sendo investigadas”, devido a autoridade policial ter chamado a imprensa para registrar a imagem dos investigados;

(c) a entrada de dezesseis homens, armados de fuzis e metralhadoras, que expulsaram truculentamente os menores de sua residência não é mero dissabor e caracteriza o dano moral;

(d) os excessos da operação policial e a convocação da imprensa estão comprovados nos autos através de documentos, de *release* emitido pela Polícia Federal avisando a imprensa sobre a ocorrência da operação, a despeito de expressa determinação judicial em sentido contrário;

(e) não houve cuidado de preservar a imagem dos acusados na sede da Superintendência da Polícia Federal como indicado nos testemunhos;

(f) o acórdão embargado não reconheceu a indenização baseada no erro judiciário e sim no excesso da atuação policial, caracterizando a responsabilização do Estado;

(g) a jurisprudência deste egrégio Tribunal reconhece a responsabilidade objetiva do estado com o consequente dever de indenizar em face da atuação do agente público, inclusive policial, conforme precedentes que trouxe à colação.

É o relatório.

Ao eminente Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Busca a União por meio dos embargos infringentes atacar o acórdão proferido pela colenda Primeira Turma desta Corte Regional que, por maioria de votos, deu provimento à apelação interposta por JOSÉ OTÁVIO DE QUEIROGA VANDERLEY E OUTROS.

Os embargados (autores) promoveram ação ordinária contra a União visando a reparação por danos patrimoniais e extrapatrimoniais que teriam sofridos em decorrência de procedimento de busca e apreensão de decretação da prisão preventiva (Processo nº 20001.83.00.001904-9) realizados por 16 (dezesesseis) agentes da Polícia Federal encapuzados de fuzis e metralhadoras em punho, na operação denominada vassourinha, os quais teriam arrombando a porta de entrada da residência dos autores, adentrando na mesma de modo excessivo provocando-lhe prejuízos materiais, agredindo fisicamente um dos autores e causando-lhe danos morais pela conduta adotada durante a diligência, com a pronúncia de palavras agressivas contra aqueles.

Como se verifica da consulta aos autos e ao sistema de acompanhamento processual no sítio da Seção Judiciária de Pernambuco que tal procedimento judicial deu ensejo à Ação Penal nº 2004.8300.010020-6, tendo os embargados José Otávio Vanderley e Queiroga e Márcia Vilaça, juntamente com outros acusados sido denunciados pela prática das condutas tipificadas nos seguintes artigos:

- (i) art. 288 do Código Penal;
- (ii) art. 155, § 4º, IV, do Código Penal;
- (iii) art. 265, parágrafo único, do Código Penal;
- (iv) art. 299 do Código Penal;
- (v) art. 312, *caput*, do Código Penal;
- (vi) art. 317, § 1º, do Código Penal;
- (vii) art. 321, parágrafo único, do Código Penal;

(viii) art. 325, § 2º, do Código Penal;

(ix) art. 333, parágrafo único, do Código Penal; e

(x) art. 10 da Lei nº 9.296/96;

De acordo com o órgão Ministerial, após exaustivo trabalho de investigação policial que se denominou de OPERAÇÃO VASSOURINHA 1, desbaratou-se a existência de uma organização criminosa, basicamente dividida em três grupos com atribuições próprias, responsável pelo cometimento de uma gama de delitos, cometidos em 2001 e 2002, que funcionava como verdadeira empresa prestadora de serviços, oferecendo toda a sorte de ‘produtos’ escusos a quem deles necessitasse, como (i) o fornecimento de informações sobre operações policiais que seriam desencadeadas em desfavor dos contratantes, o (ii) levantamento de informações em outros órgãos públicos, a fim de serem utilizados em proveito dos “contratantes”, (iii) investigações policiais paralelas, em proveito dos interessados, além de outras condutas delituosas, entre as quais podem ser citadas (iv) interceptações telefônicas clandestinas, (v) comercialização ilegal de cigarros e até mesmo (vi) fraudes em licitações no âmbito do Município de Jaboatão.

A r. sentença acolheu em parte, as preliminares suscitadas pela defesa, julgando parcialmente procedente a denúncia e declinando da competência para o julgamento dos crimes tipificados no art. 265, parágrafo único, do Código Penal (atentado contra a segurança de serviços de utilidade pública), art. 10 da Lei 9.296/96 (interceptação de comunicação telefônica sem autorização judicial), art. 299 do Código Penal (falsidade ideológica na lavratura de boletim de ocorrência) e art. 155, § 4º, do Código Penal (furto de cavaletes e de cheque da EMTT - Empresa Municipal de Trânsito e Transporte de Jaboatão dos Guararapes) – em relação a todos os réus e, pelo crime de formação de quadrilha (art. 288 do Código Penal) imputado a Luciano Caldas Bivar, Armando Feitosa de Lima, Antônio Virgílio Umbelino de Barros, Geraldo de Melo Júnior, Jorge Barreto da Costa Pereira e Rugberto Fernandes da Silva, todos em favor da Justiça do Estado de Pernambuco, especificamente ao órgão judiciário prevento por força da remessa da parte desmembrada dos presentes autos – que deverá ser indicado pelo Ministério Público Federal, solicitante, à época, da cisão –, reco-

nhecendo, portanto, a incompetência da Justiça Federal e, depois de preclusa a presente decisão, determinando a remessa dos autos, de conformidade com o art. 108, § 1º, e 567, ambos do Código de Processo Penal, a quem caberá a ratificação dos atos anteriores, se cabível.

Declarou nulo o processo, quanto à imputação aos réus do crime de formação de quadrilha (exceção aos denunciados elencados no exórdio anterior), cujo reconhecimento da incompetência impede qualquer manifestação a esse respeito), em face da absoluta inépcia da denúncia e decorrente violação das exegeses constitucionais inscritas no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

Absolveu o réu José Otávio de Queiroga Vanderley da imputação da prática dos crimes de corrupção passiva (art. 317, § 1.º, do Código Penal), de advocacia administrativa (art. 321 do Código Penal), de violação de sigilo funcional (art. 325 do Código Penal) com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, eis inexistir prova suficiente para a condenação.

Desclassificou “a infração definida na peça póstico para outra, nos termos do art. 383, *caput*, do Código de Processo Penal”, condenando o réu José Otávio de Queiroga Vanderley, nos autos qualificado, à pena de 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e multa de 20 (vinte) dias-multa, ao valor de 2 (dois) salários mínimos vigentes ao tempo do fato, cada, e devidamente corrigidos até o efetivo pagamento, dando-o, pois, como incurso nas sanções do art. 171, § 3º, *c/c* art. 71, *caput*, por três vezes, ambos do Código Penal.

Constatando a presença dos elementos objetivos e subjetivos, substituiu a pena privativa de liberdade aplicada por duas restritivas de direito (prestação de serviço à comunidade e prestação pecuniária a entidade pública ou privada com destinação social), na forma do art. 44 do estatuto repressivo.

A r. sentença decretou, ainda a perda do cargo público, com efeito retroativo a março de 2002, data do primeiro crime, cassando-lhe, por conseguinte, o ato de aposentadoria, bem assim, a imediata cessação do pagamento do benefício previdenciário, com

fundamento no art. 387, parágrafo único, do CPP, com redação dada pela Lei 11.719/08.

(...)

Interposto recurso de apelação pelo MPF e pela defesa do réu JOSÉ OTÁVIO DE QUEIROGA VANDERLEY, foram os recursos julgados conforme fls. 5341/5343 (relatório) + fls. 5358/5369 (voto) + 5371/5372 (ementa e acórdão), todas do 23º volume destes autos, em data de 18/08/2011.

O r. acórdão se encontra assim ementado:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. CRIMES CUJO PROCESSAMENTO ORDINARIAMENTE CABERIA À JUSTIÇA ESTADUAL. CONEXÃO E CONTINÊNCIA. INFERIÇÃO *IN STATUS ASSERTIONIS*. INCIDÊNCIA DAS REGRAS DO ART. 76, I, 2ª PARTE, E III, DO CPP E DAS SÚMULAS 98 E 122 DO STJ. ANTERIOR APRECIÇÃO DO TEMA EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*. COISA JULGADA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA COM A DEVOLUÇÃO PARA NOVO JULGAMENTO SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. É o conteúdo da denúncia (ou, eventualmente, a queixa) que irá balizar a competência na demanda penal, a qual será aferida *in assertionis*, vale dizer, com abstração das possibilidades reais de o evento ter acontecido ou não, se bem que com um mínimo de afetação às provas colocadas na peça acusatória.

2. Vinculação concursal (art. 76, I, 2ª parte, do CPP) que acarreta o deslocamento da competência em relação aos acusados que não possuem vínculo funcional com a União, mas que estariam associados com policiais federais para o cometimento de delitos (art. 288 do CP).

3. Vinculação instrumental (art. 76, III, do CPP) entre a prova do crime de quadrilha com as necessárias para a consubstanciação das figuras delitivas previstas no art. 155, § 4º, do CP; art. 265, parágrafo único, do CP; art. 299 do CP; art. 10 da Lei 9.296/96.

4. Nítido, também, o interesse da União no processamento do crime de quadrilha, quando a associação criminosa age se aproveitando de sua estrutura operacional, logo em detrimento de seus bens, serviços e interesses. Incidência das Súmulas 98 e 122 do STJ.

5. Questão que restou, ainda, expressamente decidida em anterior *habeas corpus* (HC 1932/PE). Sendo a matéria de índole unicamente de direito, houve a configuração da coisa julgada, em relação ao ponto, com o trânsito em julgado do acórdão respectivo.

6. Necessidade de que seja a sentença anulada, com a devolução para novo julgamento em 1º Grau de Jurisdição em relação aos crimes previstos no art. 155, § 4º, do CP; art. 265, parágrafo único, do CP; art. 288 do CP; art. 299 do CP; e art. 10 da Lei 9.296/96, sob pena de supressão de instância. Precedente: ACR nº 7822/PE (Relator Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria).

7. Provimento da preliminar formulada na apelação do Ministério Público Federal, com a anulação da sentença. Apelo do réu prejudicado.

Os embargos de declaração opostos não foram providos; o recurso especial interposto, embora admitido na origem, teve seu seguimento negado sendo improvido o agravo regimental interposto dessa negativa de seguimento (fl. 5483 do 23º volume).

Com isso, o aludido acórdão de fls. 5371/5372 do 23º volume destes autos transitou em julgado em 10/12/2013 (fl. 5490 do 23º volume).

Registre-se que ao julgar o recurso de apelação a Terceira Turma desta egrégia Corte entendeu que não poderia o órgão *ad quem* de pronto, sob pena de supressão de instância, julgar a causa no tocante aos fatos supostamente delituosos em relação aos quais o Juízo *a quo* declinara da competência (art. 265, parágrafo único, art. 299, art. 155, § 4º, do Código Penal, além do art. 10 da Lei 9.296/96), determinando-se assim, a devolução dos autos à origem, tão-somente para o julgamento das condutas tipificadas como os aludidos crimes, considerando-se, ademais, naquele momento, prejudicado o apelo do réu JOSÉ OTÁVIO DE QUEIROGA VANDERLEY.

Acontece que a nova sentença proferida pela Juíza Federal Amanda Torres de Lucena Diniz Araújo, em 1º de setembro de 2014, extinguiu-se a punibilidade dos réus acusados da prática dos crimes tipificados nos arts. 288, 155, § 4º, IV, 265, parágrafo único, 299, e 321, parágrafo único, todos do CP, assim como no art. 10

da Lei nº 9.296/96, em face da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, com espeque nos arts. 107, IV, 109, III e IV, e 110, todos do CP.

Determinou, entretanto, a r. sentença a devolução dos autos a este egrégio Tribunal Regional Federal para continuidade do julgamento da ACR 6998/PE no que diz respeito às questões de mérito suscitadas nos recursos do MPF e do Réu José Octávio de Queiroga Vanderley, sobretudo no tocante às acusações de prática dos crimes previstos nos arts. 312, *caput*, objeto de *emendatio libelli* para o art. 171, § 3º, 325, § 2º, 317, § 1º e 333, parágrafo único, todos do CP, feitas na denúncia em desfavor de José Otávio de Queiroga Vanderley, João Carlos de Albuquerque Valença e Edilson Rosa da Silva, e relativamente à ilicitude das provas telefônicas colhidas no caso em tela.

Ressalte-se ainda, que os embargados em outro Processo Criminal (2003.83.00.001634-3), também em decorrência da operação vassourinha responderam pela prática dos delitos tipificados nos arts. 312, 298 e 304, todos do CP, em face do embargado haver recebido, no dia 18 de agosto de 1999, na qualidade de Agente da Polícia Federal, sob cautela e para o uso em serviço, um aparelho de telefonia celular da marca Nokia, modelo 6120, habilitando-o, mediante o uso de nota fiscal ideologicamente falsificada, no nome de sua companheira, a segunda embargada, como se fosse um aparelho de propriedade privada.

A sentença julgou improcedente a denúncia e absolveu os réus, quanto ao crime de peculato (art. 312 do CP) e condenou o réu pelo crime de falsificação de documento particular (art. 298 do CP), às penas de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 14 (catorze) dias-multa; e a ré à pena de 1 (um) ano de reclusão, substituída por duas penas restritivas de direitos e 10 (dez) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 304 do CP.

Interposta apelação (ACR 4526-PE) pelos embargados (denunciados), a Terceira Turma, ao julgar tal recurso, negou provimento à apelação, mantendo os fundamentos da sentença.

Os apelantes, então irrequietos, interpuseram recurso especial para o STJ, tendo o Ministro Rogério Schietti Cruz, Relator do REsp 1.009.060-PE, proferido decisão reconhecendo de ofício,

a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva na ação penal e declarado, por consequência, extinta a punibilidade dos crimes atribuídos aos recorrentes, com trânsito em julgado (20.11.2013).

Passemos à análise do recurso de embargos infringentes.

Inicialmente, acolho a preliminar de ausência de interesse recursal da União quanto a alegação da União de que a execução de prisão cautelar posteriormente reconhecida por ausência de fundamentação não enseja dano moral, em face da Primeira Turma haver afastado o dever de indenizar por tal fundamento. Além disso, este ponto não constitui objeto da divergência, atacado pelos embargos infringentes.

Passemos à análise do mérito.

Pela própria natureza do procedimento de busca e apreensão é provável que haja a necessidade de destruição ou arrombamento de alguma coisa e até que haja um certo aparato policial para garantir a execução da medida.

Contudo, é cediço que o aparato deve constar com um efetivo policial necessário a dar efetivação à medida, além de não pode ir ao rigor de expor a imagem das pessoas a serem presas durante a diligência.

No caso em tela, se observa que houve um número excessivo de policiais envolvidos na diligência, 16 (dezesseis) para a medida de busca e apreensão e prisão dos embargados, além de excessos na sua atuação, na medida em que interditaram uma rua inteira.

Como bem observou o eminente Desembargador Federal Manoel Erhardt (Relator p/acórdão):

(...)

É certo que essas medidas adotadas chamaram desnecessariamente a atenção da opinião pública para as pessoas que estavam sendo alvo das investigações. Atribuo uma verossimilhança a essa alegação, considerando a época em que a operação foi desenvolvida, quando se adotavam procedimentos dessa natureza para chamar atenção da opinião pública no sentido de verificar a efetiva atuação das autoridades policiais. Mas esse procedimento,

manifestamente, foi equivocado e depois, até por orientação do próprio Ministério da Justiça, deixou de ser adotado. Chegou-se à conclusão de que ele afrontava as garantias fundamentais, dos direitos fundamentais, a preservação da intimidade, da própria honra de quem fosse alvo dessas operações. Logo, a mudança de orientação, determinada pela própria Administração, foi um reconhecimento da ilegalidade e até inconstitucionalidade dos procedimentos que prevaleceram durante certa época.

Entendo que, neste caso, também se descumpriu a determinação judicial contida no próprio mandado que, expressamente, determinava a preservação da imagem das pessoas que estavam sendo investigadas. Ao contrário da determinação judicial, ficou também evidente que a autoridade policial chamou a imprensa para registrar a imagem dessas pessoas. Esse fato de a Assessoria de Imprensa ter convocado repórteres para presenciarem as prisões, o recolhimento das pessoas à Polícia, evidencia o exagero com que essas diligências se desenvolveram. (Fls. 769/770)

Quanto à comprovação de danos morais, estes se caracterizam por ofensa aos direitos personalíssimos do indivíduo, não sendo necessário a sua efetiva comprovação, bastando que fique evidenciado o sentimento de constrangimento, humilhação ou desonra ao sentimento do homem médio, conforme já decidiu o colendo STJ, *in verbis*:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS CUMULADA COM COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. UTILIZAÇÃO DE IMAGEM APÓS A EXTINTO CONTRATO DE CESSÃO DE USO. DANO MORAL *IN RE IPSA*. ARTIGOS ANALISADOS: 11, 20 E 398 DO CC.

1. Ação de reparação de danos materiais cumulada com compensação por danos morais ajuizada em 14/2/2008. Recurso especial concluso ao Gabinete em 13/8/2012.

2. Demanda em que se discute a existência de dano moral puro decorrente da utilização de imagem com fins comerciais após a extinção de contrato de cessão em razão do advento do termo contratual.

3. Dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento, sempre que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana.

4. A violação do direito à imagem, decorrente de sua utilização para fins comerciais sem a prévia autorização, caracteriza dano moral *in re ipsa* a ser compensado (Súmula 403/STJ).

5. Em se tratando de responsabilidade extracontratual, os juros de mora contam-se desde a data do evento danoso, nos termos da Súmula 54/STJ, sejam os danos materiais ou morais.

6. Recurso especial provido.

(Terceira Turma, REsp 133.961/RJ, Relatora: Min^a. Nancy Andrighi, julg. 03/04/2014, publ. DJe 03/06/2014, decisão por maioria). Grifos nossos.

No caso, como se constata dos depoimentos das testemunhas arroladas pelos autores (embargados) Eduardo Campos Meira Lins às fls. 512/513 dos autos, os policiais federais quando da diligência efetuada na casa dos embargados que culminou com a prisão dos mesmos, causou agressão moral à família daqueles ao ameaçar levar a filha do casal para o Juizado da Infância e da Juventude caso ela não parasse de chorar, *in verbis*:

(...) Que nenhum dos autores sofreu qualquer tipo de agressão física. Que eles sofreram agressão moral, sendo ameaçados. Que os policiais ameaçaram a filha mais velha de levá-la ao Juizado Especial da Infância e da Juventude, caso ela não parasse de chorar. Que depois os presos foram levados para um escritório, tendo o depoente efetuado o acompanhamento. (...) Que o depoente acompanhou os presos até aquele momento, inclusive ingressando no prédio. Que quando chegou naquele local já havia muita gente da imprensa. Que não sabe informar quem chamou a imprensa. Que no local havia um assessor de imprensa da polícia federal que estava lá a fim de prestar os esclarecimentos às pessoas da imprensa que estavam lá, assim como aos advogados. (...) Que houve movimentação da vizinhança, uma vez que o fato foi muito espalhafatoso. Que a reação dos filhos foi muito traumática, com muito choro, de incredulidade. (...) Que a reação inicial dos amigos foi devastadora, já que o primeiro autor estava sendo colocado pela imprensa como líder do grupo criminoso, tudo depois sendo esclarecido pela própria imprensa, que disse que não se passava de uma jogada política.

É de se notar ainda, que a Polícia Federal não se preocupou em poupar a exibição da imagem dos acusados na sede daquele órgão, conforme se verifica do depoimento dos Delegados da Polícia Federal Santiago Amaral Fernandes e Servilho da Silva Paiva:

SANTIAGO AMARAL FERNANDES - Delegado da Polícia Federal em Recife - (...) Que a expressão pauteiros, segundo seu entendimento, significa repórteres. Que é normal a PF fazer *release* para a imprensa. Que *release* significa nota à imprensa com resumo do fato. Que não sabe se o horário mencionado na fl. 61 foi o do encaminhamento da nota à imprensa. (...) as imagens que viu dos outros acusados na imprensa foram tiradas da parte interna do prédio da PF, nas escadarias entre o 1º andar e o térreo. Que não sabe informar se tais imagens foram tiradas da parte interna ou externa do prédio. Que não houve cuidado de preservar a imagem dos acusados dentro das dependências. (Fls. 514/515)

SERVILHO DA SILVA PAIVA - Delegado da Polícia Federal em Recife - (...) Que somente no final do dia o depoente tomou conhecimento da existência de uma determinação judicial que determinava a preservação da imagem dos dois primeiros autores. Que depois disso e por saber que a imprensa estava dentro do prédio, o depoente determinou que ela fosse locomovida para a frente do prédio. Que naquele dia os jornalistas tiveram acesso ao local do plantão (...) Que naquele dia, a imprensa teve mais acesso que o normal ao prédio da polícia federal, sendo-lhe permitido acesso próximo ao local em que as pessoas estavam detidas. Que eles, obviamente, também tiveram acesso à sala de imprensa, que é a da comunicação. Que o acesso ao local do plantão é um procedimento normal. Que da forma como foi permitido o acesso à imprensa não era possível a preservação da imagem dos acusados. (Fls. 516/517)

Ademais, como se vê nos autos, a forma como a operação policial foi conduzida, a exposição da imagem dos embargados, inclusive contra a determinação judicial (fl. 59), evidencia a existência e caracterização de dano moral a ensejar o dever do Estado de indenizá-los.

Neste sentido, já decidiu o egrégio Tribunal Regional Federal da Primeira Região e este este egrégio Tribunal, conforme se verifica nos julgados a seguir transcritos:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. UNIÃO (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA / DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL). AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS RECONHECIDOS E DECORRENTES DE PRISÃO ARBITRÁRIA E ILEGAL. INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA UNIÃO (TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO). PLENA DEMONSTRAÇÃO DOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. Apelação contra sentença de procedência proferida em ação indenizatória por danos morais, movida por Paulo Augusto Lopes da Silva em face da União (Departamento da Polícia Federal no Estado do Pará) e de Rafael de Oliveira, Delegado da Polícia Federal lotado em Marabá/PA à época dos fatos. O autor-apelado pede a condenação dos réus para, solidariamente, indenizá-lo por danos morais sofridos em face de sua prisão e condução arbitrárias, já que desacompanhadas de ordem judicial constritiva da liberdade do autor, no âmbito de operação policial denominada *Cash Net*, de ampla repercussão midiática, para qual foram devidamente expedidas ordens de prisão temporária, dirigidas a envolvidos em práticas delitivas alheias à pessoa do autor-apelado.

2. A condenação da União foi absolutamente precisa em todos os seus termos, pela estrita observância do art. 37, § 6º, da Constituição da República. De fato, o injustificado encarceramento mostra-se suficiente para o reconhecimento da responsabilidade objetiva da União (teoria do risco administrativo), nos termos do mencionado preceito constitucional, já que foi realizada a aludida conduta ilegal e injusta de prisão do recorrido, advindo, desta conduta, dano moral a ele, uma vez que a prisão gera em qualquer pessoa, principalmente quando se trata de inocente, sofrimento e prejuízos de cunho extrapatrimonial. O nexo de causalidade entre a prisão do autor-apelado, injusta e ilegal, e o dano moral sofrido é, portanto, indiscutível, estando correta, portanto, a sentença monocrática que determinou o pagamento de indenização ao apelado. Sobre tal questão

não é outro o entendimento desta Corte (TRF1, AC 2003.38.00.030410-8 / MG, Selene Maria de Almeida, e-*DJF1* de 26/06/2009, p. 205). Além da existência de superdêneo normativo para o provimento sentencial, o conjunto probatório carreado aos autos (fitas de vídeo, jornais, ofícios e certidões da autoridade policial), atestou a presença incontestada dos elementos configuradores da responsabilidade civil objetiva da União, da qual emerge o dever de indenizar ou, mais precisamente, o direito do recorrido de ver compensados os danos morais sofridos.

3. O fato de estar escondido e sem apresentação de documentos de identidade não constitui indício plausível que justifique a inadequada condução do recorrido contra o qual sequer havia mandado de prisão. Lembro que não se noticia nos autos qualquer flagrância delitiva que justificasse a condução coercitiva do recorrido, nos termos do art. 302 do CPP, com o condão de afastar a bem demonstrada responsabilidade civil estatal. Esta Corte, prestigiando consolidado entendimento do Superior Tribunal de Justiça, compreende que é ilegal e arbitrária a prisão de quem não estava em flagrante delito e concretizada por ação de policiais federais sem ordem escrita de autoridade judicial (TRF1, AC 1999.39.00.009340-8/PA, Juiz Rodrigo Navarro de Oliveira, Convocado, e-*DJF1* de 30/06/2011, p. 522).

4. Apelação da União não provida. Incabível remessa oficial (art. 475, § 2º, do CPC).

(TRF1, Segunda Turma Suplementar, AC nº 20023901 0004593, Relator: Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa, julg. - *DJF1* DATA:23/08/2013, pág. 959, decisão unânime).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO PREVENTIVA NÃO ENSEJA DIREITO A DANOS MORAIS. OPERAÇÃO POLICIAL. EXPOSIÇÃO DE IMAGEM. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CABIMENTO.

1. Apelação interposta contra sentença que julgou procedente o pedido, ao argumento, em suma, de que o reconhecimento de prisão cautelar nula dá ensejo a dano moral e de que a Polícia Federal teria dado causa à divulgação de imagens e fatos à imprensa.

2. A responsabilidade objetiva do Estado está consagrada em sede constitucional, nos termos do art. 37, parágrafo

6º, da Constituição Federal. O que se deve perscrutar a fim de perquirir da responsabilidade estatal é a existência ou não denexo causal entre o dano sofrido pelo particular e a atividade comissiva ou omissiva do ente público.

3. “A decretação de prisões preventivas, cautelares, não enseja direito a ressarcimento por danos morais. Na verdade, sabe-se que essas prisões são decretadas em função do processo e, ainda que se venha a absolver os acusados, elas foram decretadas em conformidade com o ordenamento jurídico, por autoridades competentes e seguindo o devido processo legal”. (TRF - 5ª Região. AC 200483 000011246, Desembargador Federal Manoel Erhardt, Primeira Turma, *DJe* - Data: 14/11/2012)

4. As provas coligidas não evidenciam a ocorrência de ato ilegal da autoridade policial no cumprimento dos mandados, conforme apontado pelo juiz de origem.

5. Quanto à exposição da imagem das pessoas presas, concluiu-se que “a Polícia Federal não diligenciou (ou se o fez, não o efetivou com a cautela suficiente) no sentido de resguardar ou impedir a exposição de fotos do autor por ocasião da prisão”.

6. É de se reconhecer que a atuação da imprensa foi decisiva para consubstanciação do dano, entretanto, não há que se falar em causa excludente da responsabilidade do Estado. É que não se observa qualquer medida da autoridade policial em evitar o acesso exacerbado da imprensa ao caso e a publicação de fotografias, embora exista expressa determinação contrária.

7. A divulgação de fotografia, quando do cumprimento de uma medida restritiva de liberdade, acarreta grande impacto na vida das pessoas envolvidas, eis que não só o cumpridor da medida sofre os efeitos dela, mas também os parentes e amigos mais próximos.

8. Com relação ao pagamento de danos morais, nos montantes de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), merece reforma a sentença, reduzindo às quantias de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), pois, além de sancionar a União pelos ilícitos praticados, não representa enriquecimento sem causa, inexistindo ofensa ao art. 944 do Código Civil.

9. *In casu*, mister se faz reduzir os honorários advocatícios para R\$ 2.000,00 (dois mil reais), valor este em consonância com o disposto no art. 20, parágrafos 3º e 4º, do CPC.

10. Precedentes do STJ (AgRg no REsp 1.295.573/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, *DJe* 16/4/12) e do TRF da 5ª Região (AC548643/PE, Relatora: Desembargadora Federal Cíntia Menezes Brunetta (Convocada), Primeira Turma, *DJe* 01/08/2013; AC478140/PB, Relator: Desembargador Federal Geraldo Apoliano, Terceira Turma. *DJe* 16/11/2011; AC366807/AL, Relator: Desembargador Federal Cesar Carvalho (Convocado), Terceira Turma, *DJe* 09/10/2009).

11. Apelação parcialmente provida.

(TRF5, Segunda Turma, AC 439346/PE, Relator: Desembargador Federal Bruno Teixeira - convoc, julg. 17.12.2013, publ. *DJe* 19.12.2013, pág. 328, decisão por maioria)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. MORTE. VÍTIMA ALVEJADA A BALA. TIRO ACIDENTAL. CULPA CONCORRENTE. TENTATIVA DE FUGA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. VALOR ECONÔMICO DO DANO MORAL.

1. Apelação e remessa oficial de sentença que julgou parcialmente procedente ação de indenização por danos materiais e morais derivados da morte de servidor público, alvejado a bala por policial rodoviário federal em operação de fiscalização, para condenar a União ao pagamento de danos materiais no valor de R\$ 1.400,00 e de danos morais no valor de R\$ 50.000,00 para cada um dos autores.

2. Infere-se dos autos que a vítima já havia sido parada na estrada e devidamente identificada, havendo sido ajustado que ela deveria dirigir seu automóvel até o posto policial mais próximo, a fim de serem tomadas as providências cabíveis, porquanto havia suspeita de que o seu automóvel estaria sendo utilizado como batedor de um caminhão que transportava combustível sem nota fiscal.

3. A vítima não honrou o compromisso, tendo tentado fugir do local, acelerando seu veículo, em desobediência à ordem policial, inclusive fazendo com que um agente, que estava na estrada, tivesse que se jogar ao chão, a fim de evitar possível atropelamento, fato que provocou disparo não intencional, mas que veio a vitimar o motorista em fuga.

4. A polícia foi pouco cautelosa em permitir que o detido viesse a dirigir o seu próprio automóvel até o posto policial, visto que a prisão é um fato extremamente grave, sendo comuns as tentativas de fuga, que não se devem confundir

com a resistência à prisão, fato que afasta a tese de culpa exclusiva da vítima.

5. A ação policial deve ter por fim a captura dos que andam à margem da lei com vida, porquanto este é o valor maior do nosso ordenamento jurídico, além de ser bastante duvidoso que um agente da lei, tentando livrar-se de um atropelamento, jogando-se ao chão, tendo o veículo, naturalmente, a sua frente, venha a disparar involuntariamente arma de fogo, da qual partiu projétil que veio a atingir o fugitivo nas costas, sobretudo diante da Informação Técnica da Polícia Federal (fls. 748/755), que concluiu que a arma estava operando normalmente sem possibilidade de produzir “tiro acidental”.

6. Independentemente da culpa ou inocência do policial federal, resta a responsabilidade objetiva do estado por possíveis resultados danosos, tendo em vista os naturais riscos inerentes a sua atividade fim, a despeito do seu direito de ajuizar ação regressiva contra o servidor público, se, porventura, houver prova de conduta ilegal.

7. A definição econômica do dano moral é extremamente difícil e oscilante na jurisprudência. É de se reconhecer, neste caso, a culpa concorrente.

8. O valor a título de dano moral de R\$ 50.000,00, para cada um dos autores, mostra-se razoável, sobretudo porquanto tal indenização não é suficiente para o enriquecimento das vítimas, tendo, entretanto, o caráter de alento moral para elas e uma advertência ao estado na boa administração de sua atividade.

9. Improvimento da apelação e da remessa oficial.

(Quarta Turma, APELREEX 28.256/PB, Relatora: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, julg. 20.08.2013, pág. 382, decisão unânime)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO, POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO. INFORMAÇÕES INDEVIDAMENTE FORNECIDAS PELA POLÍCIA FEDERAL. AUTOR QUE NÃO FEZ PARTE DE ESQUEMA CRIMINOSO. RETRATAÇÃO POR PARTE DE DELEGADO, EM JORNAL LOCAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. REDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO PARA R\$ 10.000,00 - DEZ MIL REAIS.

1 - Pretensão de obter o pagamento de indenização, por danos morais, em razão de equívoco da Polícia Federal. Autor que não participou de esquema criminoso.

2 - Sequência de fatos: a) Mandado de busca e apreensão em face do autor, expedido em 08/05/2007 (fl. 31); b) certidão da 2ª Vara Federal do Rio Grande do Norte, atestando que o Inquérito Policial nº 074/06 - Processo nº 2006.84.00.003377-0, tratado nos autos, tramitou em sigilo até 07/05/2007, quando da deflagração da “Operação Paraíso”, passando, após, o processo judicial a tramitar sob sigilo de justiça (fl. 39); c) Jornal Tribuna do Norte – edição do dia 10/05/2007, com publicação de organograma contendo os nomes dos integrantes de quadrilha investigada pela Polícia Federal, apresentando o nome do autor como um dos seus integrantes (fl. 41); d) publicação no Jornal Tribuna do Norte – edição do dia 11/05/2007, contendo declarações do delegado responsável pelas investigações da “Operação Paraíso” sobre a ocorrência de equívocos cometidos na apresentação à imprensa do organograma mencionado (fl. 42); e e) cópia de certidão expedida pela 2ª Vara Federal do Rio Grande do Norte, atestando que foi deferido o pedido do autor nos autos do Incidente de Restituição de Coisas Apreendidas de nº 2007.84.00.007859-9, sendo-lhe devolvidos os bens apreendidos em data de 04/03/2008, com a informação da autoridade policial de que não houve comprovação de que os objetos teriam sido produto do crime ou pertenceriam a outrem (fl. 125).

3 - Mesmo após a Polícia Federal representar por busca e apreensão na residência e empresa do autor, com apreensão de objetos e documentos e posterior averiguação de que não houve conduta criminosa pelo demandante, o delegado divulgou perante a imprensa o conteúdo apurado na “Operação Paraíso”, através da exposição com projeção de imagem de um organograma identificando os suspeitos e as pessoas relacionadas no esquema criminal, fazendo constar, dentre eles, o nome do autor.

4 - Exposição do autor que levou o delegado a esclarecer no outro dia, no Jornal Tribuna do Norte – 11/05/2007 –, que houve equívoco na divulgação para a imprensa de nomes de pessoas que não tinham envolvimento no esquema criminoso. Por si só, o evento tem conotação ofensiva, mas, se já não bastasse, leve-se em consideração que o Inquérito Policial nº 074/2006 corria em sigilo e o respecti-

vo processo judicial em segredo de justiça, o que só vem a corroborar a conduta açodada da demandada.

5 - Provado o nexo causal com a divulgação precipitada de informações que envolveram equivocadamente o nome do autor e propiciaram publicações inverídicas pela imprensa. Justificado o constrangimento causado pela violação do sigilo através da Polícia Federal, vez que os danos morais mostram-se evidentes e resultam, como consequência lógica, da própria conduta abusiva que ocasionou a exposição do nome do autor à imprensa.

6 - Estabelecimento da indenização em R\$ 10.000,00 – dez mil reais. Valor que melhor se ajusta aos parâmetros doutrinários, levando-se em consideração que, mesmo tendo ocorrido a exposição negativa do autor, aconteceu a retratação pública na imprensa local, por parte do causador do dano. Embora não tenha sido eliminado o constrangimento já experimentado no passado, cessou a problemática, naquele momento, impossibilitando consequências futuras.

7 - Apelação cível da União Federal provida, em parte, apenas para reduzir o valor da indenização para R\$ 10.000,00 – dez mil reais – e apelação cível do autor, improvida. Manutenção da verba honorária, no percentual de 10% – dez por cento –, sobre o valor da condenação.

(Terceira Turma, AC 526117, Relator: Des. Federal Geraldo Apoliano, julg. 11/04/2013, publ. *DJe*: 23/04/2013, pág. 248, decisão unânime)

Deste modo, restando evidenciando que houve excesso na atuação do Estado (União) por meio dos agentes policiais federais, com a exposição das imagens dos embargados (acusados) e agressão moral a sua família, com ameaças à filha dos embargados, conforme restou demonstrado acima, mantenho o acórdão embargado.

Ante o exposto, nego provimento aos embargos infringentes.

É como voto.

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 502.790-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Embargante: HABITACIONAL CONSTRUÇÕES LTDA.
Embargado: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Advs./Procs.: CRISTÓVÃO COLOMBO DOS REIS MILLER E OUTROS (EMBT.) E JORGE SOUZA ALVES FILHO E OUTROS (EMBDO.)

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO E CONTRATO DE EMPREITADA GLOBAL. CONSTRUÇÃO DE EMPREENDIMENTO HABITACIONAL. VERBAS DO SFH. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS REFERENTES A ENCARGOS FINANCEIROS DE OUTROS EMPRÉSTIMOS REALIZADOS PELA CONSTRUTORA. DANOS MORAIS. PEDIDO DE ANULAÇÃO DE CLÁUSULAS DO CONTRATO DE EMPRÉSTIMO EM VIA AUTÔNOMA. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. ILEGITIMIDADE ATIVA. EXTINÇÃO DA FIANÇA.

- Embargos Infringentes em Apelação Cível interpostos pela Habitacional Construções S/A em face de acórdão da Segunda Turma, lavrado pelo Desembargador Federal Francisco Wildo, o de negar provimento à apelação da recorrente e dar provimento à apelação da Caixa para isentá-la da condenação solidária imputada pela sentença, mantendo, entretanto, a condenação da COHABITAR - Cooperativa Habitacional de Aracaju a pagar à ora embargante, Habitacional Construções S/A, os créditos apurados pela perícia, à exceção do montante relativo aos juros de mora, que o acórdão embargado reputou – à míngua de previsão contratual – devidos a partir da citação válida da COHABITAR, na forma do art. 219 do CPC, consoante fixados pelos Códigos Civis

de 1916 e 2002, sucessivamente.

- Almeja-se a prevalência do voto vencido, do Desembargador Federal Paulo Gadelha, o de negar provimento à apelação da Caixa e dar provimento ao recurso da ora embargante, Habitacional Construções S/A, ao entendimento de que “o contrato de financiamento entre a COHABILAR e a Caixa e o contrato de empreitada entre a COHABILAR e a Habitacional são interdependentes, pois que um dá sustentação ao outro”. Com esse fundamento, o voto vencido a) manteve a sentença na parte em que condenou a Caixa a pagar à embargante, solidariamente com a COHABILAR, os valores encontrados pela perícia; b) acrescentou a esse montante, ainda, “a indenização devida pelo custo dos empréstimos realizados para conclusão da obra e lucros cessantes decorrentes do inadimplemento parcial da empreitada (a serem apurados em liquidação de sentença); e c) declarou extinta a fiança prestada pela Habitacional Construções no contrato de financiamento firmado entre a COHABILAR e a Caixa, julgando prejudicado o restante do apelo da embargante, que pedia a revisão do saldo devedor do contrato de financiamento.

- Sendo os prejuízos suportados pela construtora decorrentes, conforme evidenciou a perícia, do descompasso existente entre os índices de correção monetária utilizados por cada contrato, ainda que se entendesse, como pretende a recorrente, tratar-se de contratos interligados, formando uma relação obrigacional complexa, isso não conduziria ao acolhimento da pretensão da autora. Tomando-se os contratos por uma única relação complexa, dela se extrairia tanto a solidariedade da Caixa para com os prejuízos, como a culpa concorrente da construtora, que subscreveu, como interveniente, o contrato de empréstimo firmado entre a cooperativa e a Cai-

xa, aceitando ou, pelo menos, mostrando conhecer a disparidade de índices de reajustamento existente entre os contratos, causadora do dano.

- Não se pode imputar à Caixa os prejuízos acusados pela construtora nestes autos, pois não são decorrentes da inexecução das prestações ao encargo da instituição financeira, que, inclusive, realizou dois aportes suplementares de dinheiro em favor da cooperativa, a fim de assegurar a conclusão da obra. Ainda que a construtora tenha, de fato, realizado empréstimos com o único fim de cumprir sua parte na avença, isso apenas demonstraria que ambas as partes, tanto a Caixa quanto a Habitacional Construções, foram obrigadas a suportar encargos não previstos inicialmente em face de um desequilíbrio financeiro causado pela eleição – para a qual ambas concorreram – de diferentes indexadores para os contratos de empréstimo e empreitada.

- Ilegitimidade da Habitacional Construções para postular a anulação das cláusulas do contrato de empréstimo firmado entre a CEF e a COHABILAR. A “Habitacional, que firmou Contrato de Fiança com a CEF, propôs ação ordinária com vistas a anular cláusulas do Contrato de Empréstimo, do qual sequer é parte, mas apenas garante. Isso não lhe é assegurado pela exceção disciplinada no art. 1.502 do Código Civil de 1916, vigente na época da celebração dos contratos. O que pode a autora é alegar a exceção substancial em eventual defesa a ser apresentada no processo de execução ou utilizá-la como fundamento para postular declaração das modificações que trouxe à relação jurídica de fiança, mas jamais utilizá-la para respaldar sua pretensão à desconstituição de cláusulas do contrato principal (de empréstimo)”. Precedente: TRF-5ª Região, Segunda Turma, AC 496.901/AL, Rel. Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto

(Convocado), decisão unânime, pub. DJ 07/07/2011, pág. 505.

- Quanto à extinção da fiança, o voto majoritário manteve a sentença, julgando improcedente o pedido nesse aspecto, de maneira que, quanto a esse ponto, são inadmissíveis os embargos infringentes, a teor do art. 530 do CPC, de dicção: Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência. (Grifo nosso). No caso em exame, tendo a decisão impugnada, quanto à extinção da fiança, se posicionado pelo desprovisionamento do recurso apelatório, conforme restou assentado no acórdão recorrido, carece a hipótese de um dos pressupostos legais de cabimento dos embargos infringentes.

- Embargos infringentes conhecidos em parte e improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Pleno do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, conhecer parcialmente dos embargos infringentes para negar-lhes provimento, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 3 de dezembro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Cuida-se de embargos infringentes em apelação cível interpostos pela Habitacional Construções S/A em face de acórdão da

Segunda Turma desta e. Corte, lavrado pelo eminente Desembargador Federal Francisco Wildo, acompanhado, na ocasião, pelo Desembargador Federal Walter Nunes (convocado) o de negar provimento à apelação da recorrente e dar provimento à apelação da Caixa para isentá-la da condenação solidária imputada pela sentença, mantendo, entretanto, a condenação da COHABILAR - Cooperativa Habitacional de Aracajú a pagar à ora embargante, Habitacional Construções S/A, os créditos apurados pela perícia (fl. 1272, vol. 5), à exceção do montante relativo aos juros de mora, que o acórdão embargado reputou – à míngua de previsão contratual – devidos a partir da citação válida da COHABILAR, na forma do art. 219 do CPC, consoante fixados pelos Códigos Civis de 1916 e 2002, sucessivamente.

Eis o acórdão embargado:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO E CONTRATO DE EMPREITADA. CONSTRUÇÃO DE EMPREENDIMENTO HABITACIONAL COM VERBAS DO SFH. COMPLEXO DE RELAÇÕES OBRIGACIONAIS. PEDIDO DE ANULAÇÃO DE CLÁUSULAS DO CONTRATO DE EMPRÉSTIMO EM VIA AUTÔNOMA. ILEGITIMIDADE ATIVA DO FIADOR. ALEGAÇÃO DE ATRASO E DE GLOSAS NO REPASSE DAS VERBAS PARA CONSTRUÇÃO DA OBRA. LIBERAÇÃO TEMPESTIVA PELA CEF DE DEZESSETE DAS DEZOITO PARCELAS DO CONTRATO DE MÚTUO À COHABILAR. RETARDO DE DOIS DIAS EM APENAS UMA PARCELA. COMPENSAÇÃO PELA LIBERAÇÃO ANTECIPADA DE OUTRAS ONZE PARCELAS. VALORES EM VRF, INDEXADOR PREVISTO NO CONTRATO DE FINANCIAMENTO. ADIMPLENTO DA CEF. REPASSE DOS VALORES DO EMPRÉSTIMO POR PARTE DA COHABILAR À CONSTRUTORA EM DESCONFORMIDADE COM O CONTRATO DE EMPREITADA, OU SEJA, SEM APLICAÇÃO DO INDEXADOR ALI PREVISTO (INCC). INADIMPLÊNCIA DA COHABILAR. CONDENAÇÃO DA COOPERATIVA AO PAGAMENTO DO MONTANTE APURADO PELA PERÍCIA JUDICIAL, EXCEPTO QUANTO AOS JUROS DE MORA QUE DEVERÃO SER CALCULADOS A PARTIR DA CITAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA PELO ÍNDICE PREVISTO NO CONTRATO DE EMPREITADA, OU SEJA, PELO INCC. ENDIVIDA-

MENTO BANCÁRIO, CUSTOS INDIRETOS COM O CANTEIRO DA OBRA E LUCROS CESSANTES. REPARAÇÃO INDEVIDA. PEDIDO DE EXTINÇÃO DA FIANÇA OU DE SUA INEXIGIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

1. Apelações da CEF e da Habitacional Construções S/A em face de sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados para condenar a COHABILAR e a Caixa, solidariamente, a indenizar a empreiteira ora recorrente pelas diferenças apuradas pela perícia nos valores de (a) Cr\$ 100.025.093,88, referentes às diferenças de faturas; (b) Cr\$ 1.058.387,84, a título de reajuste monetário; (c) Cr\$ 19.856.038,11, relativo a poupança/plano financeiro; (d) Cr\$ 9.421.056,38, alusivo à retenção contratual, bem como para afastar a capitalização de juros ocorrida no contrato de empréstimo. Foram julgados improcedentes os pedidos de reparação pelo endividamento bancário e pelos custos indiretos com o canteiro de obras (antes e depois do “habite-se”), bem como o de extinção da fiança.

2. Incidente de Uniformização de Jurisprudência suscitado pela autora não conhecido. Isso porque não houve demonstração de divergência de teses jurídicas (questão da extinção da fiança) entre diferentes Turmas desta Corte, mas sim entre um precedente isolado deste órgão fracionário (AC459817-AL), em sua composição eventual, e outro do Pleno deste Tribunal, situação que não autoriza a instauração de Inc. Unif. Juris., pelo simples argumento de que já há pronunciamento deste Regional, em sua composição plena, sobre a tese em debate (EINFAC314782-AL), não sendo possível que a parte se valha de tal mecanismo processual apenas para vincular, no caso concreto, o entendimento deste órgão fracionário ao do órgão colegiado pleno, como uma espécie de súmula vinculante, sem que haja a demonstração de interpretações jurídicas diversas entre turmas, câmaras, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas, nos termos do art. 476, II, do CPC.

3. A Habitacional não possui legitimidade (ativa) para postular a decretação de nulidade de cláusulas do Contrato de Empréstimo, pois neste somente figuram como partes a CEF e a COHABILAR. Sendo a construtora estranha à relação obrigação de mútuo, há que se reconhecer sua ilegitimidade para postular a decretação de nulidade de cláusulas contratuais. Precedente da 2ª Turma: AC 459817/AL, Rel. originário Des. Fed. Francisco Barros Dias, Rel.

p/ Acórdão Des. Fed. Paulo Gadelha, 2ª T., DJe: 09/10/2009.

4. E não se diga que o fato de a CEF ter ajuizado, no curso desta demanda, a execução da dívida oriunda do contrato de mútuo firmado com a COHABILAR, em que a Habitacional Construções figurou como fiadora (Execução de Título Extrajudicial sob nº 0001974-15.1997.4.05.8500), teria o condão de conferir legitimidade ativa à referida empreiteira para discutir nesta seara as cláusulas do contrato de financiamento, visto que o preenchimento das condições da ação deve ser avaliado quando da propositura da demanda e não em momento posterior, nos termos do art. 3º do CPC.

5. Da análise dos laudos periciais constantes nos autos, vê-se que os recursos provenientes do contrato de empréstimo foram liberados pela CEF na forma (VRF - Valor de Referência de Financiamento) e no tempo previsto na referida avença, à exceção da 3ª parcela (mês de abril/90, lote 03), em que se verificou um atraso de 2 (dois) dias, conforme planilha elaborada pelo perito judicial, mas que fora compensada pela liberação antecipada por parte da Caixa das parcelas 6ª (em cinco dias), 7ª (em dez dias), 8ª (em quatro dias), 10ª (em quatro dias), 11ª (em seis dias), 12ª (em oito dias), 13ª (em cinco dias), 14ª (em cinco dias), 15ª (em sete dias), 16ª (em sete dias) e 17ª (em cinco dias).

6. Segundo a perícia, muito embora tenha havido pequenos atrasos na formulação dos pedidos, transferências de recursos, aprovação das medições e pagamentos, mesmo assim não houve inadimplemento das faturas, tendo a empreiteira recebido em atraso apenas 2 (duas) das 18 (dezoito) faturas referentes aos meses de março/90 (2ª fatura/lote) e abril/90 (3ª fatura/lote). Todavia, o atraso por quatro dias no pagamento da 2ª fatura/lote (março/90) só pode ser imputado à COHABILAR por ter extrapolado a data limite para solicitação dos referidos recursos junto à CEF. AC Nº 502790/SE (A-03)

7. De acordo com o perito, em resposta ao quesito de nº 5 formulado pela magistrada, “o grande custo financeiro suportado pela autora não recaiu em 2 (dois) ou em 4 (quatro) dias de retardo, nas poucas vezes que aconteceu em 18 meses de obra”, mas sim, conforme tópico “Análise” da perícia, “nas diferenças visualizadas entre os montantes

líquidos faturados (mês a mês) e os totais efetivamente recebidos / face às glosas financeiras e, 02) – em fatores outros, ligados à natureza físico-operacional da obra”.

8. É de se concluir que o grande prejuízo sofrido pela Habitacional não foi o curto atraso no pagamento de duas faturas do contrato de empreitada, mas sim a disparidade entre os diferentes indexadores econômicos que regiam os contratos de empréstimo (VRF) e de empreitada global (INCC - Índice Nacional da Construção Civil), notadamente quando “em janeiro/91, mês da assinatura do aludido instrumento contratual (empreitada global), a superioridade acumulativa (em relação ao mês da formulação da proposta) do INCC sobre o VRF já fincava sua atormentação num cume dos 100% (cem por cento)”, consoante tópico “Análise” do laudo pericial.

9. Tendo ao final a perícia concluído pela existência de diferenças pela não aplicação do INCC, apuradas exclusivamente no contrato de empreitada global, e que, por tal razão, acrescenta-se, só podem ser imputadas à COHABILAR, na forma do quadro pericial suplementar, à exceção dos juros de mora ali constantes, nos seguintes termos: “a) NCz\$ 100.025.093,88 referentes às diferenças de faturas; b) NCz\$ 19.856.038,11, relativos à poupança / plano financeiro; c) NCz\$ 9.421.056,38, alusivos à retenção contratual; d) NCz\$ 1.058.387,84, a título de reajuste monetário”.

10. Como a diferença apurada refere-se somente ao Contrato de Empreitada e considerando que a CEF não é solidariamente responsável nas obrigações de entregar os recursos financeiros, corrigidos pelo INCC, à Habitacional, já que a solidariedade não se presume, devendo decorrer da lei ou da vontade das partes (art. 896 do CC/1916), a diferença devida deve ser suportada exclusivamente pela COHABILAR.

11. Precedente recente do Pleno desta Corte: EINFAC 459817-AL, Rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano, *DJe* 13/06/2012.

12. Provimento do recurso da CEF para isentá-la da condenação solidária que lhe fora imposta, mantendo apenas a condenação da COHABILAR a pagar à Habitacional a quantia apurada na perícia judicial, exceto quanto aos juros de mora que deverão ser calculados a partir da citação e não data de vencimento de cada parcela, por se tratar de responsabilidade contratual.

13. Não se pode dizer que o repasse a menor dos recursos por parte da COHABILAR foi responsável pelos gastos despendidos com a obtenção de empréstimos pela construtora demandante, notadamente porque a parte autora optou por tal providência, não havendo como imputar à COHABILAR ou à CEF a responsabilidade por uma escolha gerencial.

14. Se os supostos custos indiretos de canteiros (antes e após a conclusão da obra) e as alegadas despesas decorrentes de atraso nos pagamentos de tributos e os ditos lucros cessantes não estão relacionados diretamente com o inadimplemento parcial do contrato de empreitada, sendo apenas consequências reflexas ou indiretas do evento danoso, tais prejuízos não se enquadram no conceito de dano material indenizável ou efetivo, nos moldes do disposto no art. 1.060 do CC de 1916, vigente à época dos fatos. AC nº 502790/SE (A-04)

15. Impossibilidade de desoneração da fiança, enquanto subsistir a dívida objeto do contrato que se visou garantir. A conclusão da obra, objeto do contrato de empreitada, em nada altera o contrato acessório de garantia do pagamento do empréstimo concedido pela CEF à COHABILAR. Não caracteriza moratória, mas sim tolerância o fato de o credor postergar a cobrança da dívida, sem, contudo, prorrogar o vencimento da obrigação, vez que inexistindo modificação do prazo de vencimento da dívida, não haverá, por consequência, alteração do prazo inicial de contagem da prescrição, mesmo porque já há execução da dívida (Ação de Execução por Título Extrajudicial nº 0001974-15.1997.4.05.8500). A novação não se presume, depende da existência do *animus novandi*. Inaplicabilidade à hipótese do disposto nos arts. 1.006 e 1.503, I, do CC/16 (arts. 366 e 838 do CC/02).

16. Condenação da autora em honorários advocatícios de R\$ 10.000,00 em favor da CEF, considerando o tempo de tramitação do feito (ajuizamento em março de 1997), o trabalho dos causídicos, e a complexidade da causa, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

17. Levando-se em consideração a ocorrência de sucumbência recíproca entre a COHABILAR e a Habitacional, bem como o fato de a demandante ter sido vencedora de quantia expressiva, é de se condenar a Cooperativa a pagar à parte autora honorários advocatícios de R\$ 20.000,00,

nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

18. Apelação da CEF provida e apelo da Habitacional improvido.

Almeja a embargante fazer prevalecer o voto vencido, da lavra do Desembargador Federal Paulo Gadelha, o de negar provimento à apelação da Caixa e dar provimento ao recurso da ora embargante, Habitacional Construções S/A, ao entendimento de que “o contrato de financiamento entre a COHABILAR e a Caixa e o contrato de empreitada entre a COHABILAR e a Habitacional são interdependentes, pois que um dá sustentação ao outro”.

Com esse fundamento, o voto vencido a) manteve a sentença na parte em que condenou a Caixa a pagar à ora embargante, solidariamente com a COHABILAR, os valores encontrados pela perícia; b) acrescentou a esse montante, ainda, “a indenização devida pelo custo dos empréstimos realizados para conclusão da obra e lucros cessantes decorrentes do inadimplemento parcial da empreitada (a serem apurados em liquidação de sentença, procedimento adotado pelo STJ no REsp 72.998-SP, Quarta Turma, rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, pub. *DJ* 08.06.98 e no REsp 412.798-BA, Segunda Turma, rel. Min. Eliana Calmon, pub. *DJ* 19.12.03); c) declarou extinta a fiança prestada pela Habitacional Construções no contrato de financiamento firmado entre a COHABILAR e a Caixa, julgando prejudicado o restante do apelo da ora embargante, que pedia a revisão do saldo devedor desse financiamento.

A embargante defende a interdependência dos contratos realizados para a empreitada do “Residencial Philadelphia”, um entre a Caixa e a COHABILAR, e o outro entre a COHABILAR e a Habitacional Construções S/A, devendo, por isso, responder a Caixa solidariamente pela condenação, juntamente com a COHABILAR.

Defende, ademais, a embargante, sua legitimidade ativa para pugnar pela nulidade de cláusulas do contrato de mútuo de que é garante, insistindo na ilegalidade da cláusula que prevê a capitalização de juros.

Contrarrazões às fls. 2280/2301.

Relatei.

Ao eminente revisor, para os fins regimentais.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Preliminarmente, acuso o recebimento de petição da Habitacional Construções Ltda. pugnando pelo adiamento do julgamento, em razão de estar, segundo afirma, em tratativas com a Caixa, vias de solucionar amigavelmente a lide.

A Caixa, por seu turno, também peticionou, espontaneamente, aduzindo que não tem interesse no adiamento da sessão de julgamento da lide.

Sopesando os interesses em conflito, e dado que o processo já ultrapassou em muito a média de tramitação de feitos desta Região, indefiro o pedido de adiamento, mantendo a pauta de julgamento, conforme previamente comunicada aos patronos dos litigantes.

Vamos aos fatos.

Às fls. 142/150 repousa o Contrato de Empréstimo firmado em 15/01/1990 entre a CEF e a COHABILAR - Cooperativa Habitacional de Aracaju, figurando como interveniente a Habitacional Construções.

Esse empréstimo, no valor de NCz\$ 73.594.971,15 (setenta e três milhões, quinhentos e noventa e quatro mil, novecentos e setenta e um cruzados novos e quinze centavos), correspondia a 667.165 VRF's (Valor de Referência de Financiamento) e tinha por objeto a construção do empreendimento inicialmente denominado "Conjunto Habitacional Coroa do Meio VII", que depois foi batizado "Residencial Philadelphia". No projeto, havia a previsão de compra do terreno e urbanização de toda a área para posterior construção de 192 apartamentos.

Para a construção desse empreendimento, entretanto, a COHABILAR firmou o Contrato de Empreitada Global, fls. 162/176, em 15/01/1990, entre a COHABILAR e a Habitacional Construções. Neste contrato, era a CEF a interveniente. O objeto desse segundo contrato era, por sua vez, a própria execução da obra, em regime de empreitada global, naturalmente, em favor da COHABILAR,

ou seja, a realização de terraplenagem, rede de água, rede de drenagem, energia elétrica, pavimentação, rede de incêndio e a construção de 192 unidades de 87,9293 m², com área total de 16.882,42 m².

Os autos dão conta, ainda, de dois outros contratos, denominados “Instrumento de Rerratificação ao Contrato de Empréstimo”, o primeiro firmado em 20/06/1991 e o segundo em 30/06/1992, tendo como partes a CEF e a COHABILAR. Por meio deles, a CEF promoveu suplementações financeiras ao contrato de empréstimo, sendo, o primeiro aporte no valor de Cr\$ 284.554.940,00 (duzentos e oitenta e quatro milhões, quinhentos e cinquenta e quatro mil e novecentos e quarenta cruzeiros), fls. 152/154, e o segundo no valor de Cr\$ 280.817.498,30 (duzentos e oitenta milhões, oitocentos e dezessete mil, quatrocentos e noventa e oito cruzeiros e trinta centavos), fls. 157/159. A Habitacional Construções subcreve ambos os contratos de “rerratificação” como interveniente fiadora.

Segundo a Habitacional Construções, que detinha o encargo de construir o empreendimento, os valores repassados pela COHABILAR foram apresentando defasagem, a ponto de tornar insustentável o encargo de tocar a obra sem novas injeções financeiras conseguidas por meio de empréstimos.

É esse descompasso financeiro que a Habitacional Construções busca equilibrar por meio dessa ação, cujo objeto é: a) a condenação solidária da COHABILAR e da CEF em danos patrimoniais; b) reparação por danos à imagem; e c) extinção da fiança por ela outorgada à CEF.

Examinemos o primeiro ponto, em que se busca a condenação solidária da COHABILAR e da CEF em danos patrimoniais.

Nesse aspecto, a Habitacional Construções, ora embargante, descreve os contratos, um de empréstimo, realizado entre a CEF e a COHABILAR, e o outro de empreitada, tendo como partes a COHABILAR e ela, a Habitacional Construções, como uma única “relação obrigacional complexa”, pois ambos os contratos estariam interligados para a consecução de uma mesmo fim.

Sendo assim, os descompassos no cumprimento das obrigações contratuais por parte da CEF – seja por ter repassado valo-

res a menor, seja em face dos atrasos desses repasses à COHABILAR – teriam causado os danos materiais suportados pela recorrente e, por isso mesmo, deveriam ser suportados solidariamente por ambas.

Vejamos, deste excerto do voto vencedor, a suma das conclusões periciais sobre esse ponto:

Da análise dos laudos periciais constante nos autos, vê-se que os recursos provenientes do contrato de empréstimo foram liberados pela CEF na forma (VRF) e no tempo previsto na referida avença, a exceção da 3ª parcela/lote (mês de abril/90), em que se verificou um atraso de 2 (dois) dias, conforme atesta a planilha de fl. 1136 elaborada pelo perito judicial, mas que fora compensada pela liberação antecipada por parte da Caixa das parcelas 6ª (em cinco dias), 7ª (em dez dias), 8ª (em quatro dias), 10ª (em quatro dias), 11ª (em seis dias), 12ª (em oito dias), 13ª (em cinco dias), 14ª (em cinco dias), 15ª (em sete dias), 16ª (em sete dias) e 17ª (em cinco dias). Observa-se, da mesma planilha à fl. 1136, que os recursos referentes às parcelas/lotes 2ª, 5ª e 18ª do contrato de mútuo só foram liberados a destempo pela CEF (em quatro, dois e quatro dias, respectivamente) em favor da COHABILAR em razão desta cooperativa ter extrapolado a data limite para solicitação das aludidas verbas junto à referida instituição financeira (em seis, dois e oito dias, respectivamente).

Esclarece o *expert* que muito embora tenha havido pequenos atrasos na formulação dos pedidos, transferências de recursos, aprovação das medições e pagamentos, mesmo assim não houve insolvência das faturas, tendo a empreiteira recebido em atraso apenas 2 (duas) das 18 (dezoito) parcelas dos recursos referentes aos meses de março/90 (lote 2) e abril/90 (lote 3).

Em resposta ao quesito nº 4 formulado pela magistrada (fl. 1091, vol. 5), o perito judicial ao ser indagado se “(...) houve atraso no repasse dos recursos da CEF para a COHABILAR (...)”, informou que “nos 18 (dezoito) meses de execução da obra poucas vezes tal fato ocorreu e, no máximo, num intervalo de 4 (quatro) dias. Na maioria tudo foi na data acordada e/ou antes mesmo disso”, e, em suas conclusões (fl. 1112, vol. 5), arrematou que “as datas alu-

sivas aos repasses, CEF – COHABILAR” e “COHABILAR – HABITACIONAL”, **em termos práticos, foram observados**. Raros os casos de atrasos (**não significativos**). As quantidades financeiras, sob título de reajuste monetário, expostas por esta perícia ordenam / endireitam eventuais privações”. (Dei ressaltos)

Tal informação é ratificada pela resposta ao quesito de nº 5 (à fl. 1091), quando afirmado pelo perito que “o grande custo financeiro suportado pela autora não recaiu em 2 (dois) ou em 4 (quatro) dias de retardo, nas poucas vezes que aconteceu em 18 meses de obra”, mas sim, conforme tópico “Análise” da perícia, “1) nas diferenças visualizadas entre os montantes líquidos faturados (mês a mês) e os totais efetivamente recebidos / face às glosas financeiras e, 2) em fatores outros, ligados à natureza físicooperacional da obra.”(conforme se lê à fl. 1079).

Na verdade, segundo apurado pelo perito, o grande prejuízo sofrido pela Habitacional Construções não foi, como dito, o curto atraso no pagamento de duas faturas, mas sim a disparidade entre os diferentes indexadores econômicos que regiam os contratos de empréstimo (VRF -Valor de Referência de Financiamento) e de empreitada global (INCC - Índice Nacional da Construção Civil), notadamente quando “em janeiro/91, mês da assinatura do aludido instrumento contratual (empreitada global), a superioridade acumulativa (em relação ao mês da formulação da proposta) do INCC sobre o VRF já fincava sua atormentação num cume dos 100% (cem por cento)”, consoante tópico “Análise” do laudo pericial, mais precisamente à fl. 1076.

Com amparo nesses dados, concluiu o Desembargador Francisco Wildo:

Em razão dessa diversidade de índices, onde o de reajuste das cadernetas de poupança foi inferior ao INCC, a CEF liberou para COHABILAR valores inferiores ao que esta deveria pagar à Habitacional. Isso não quer dizer que a CEF descumpriu o Contrato de Mútuo. Na verdade a COHABILAR é que, ao simplesmente repassar à Habitacional a importância que fora liberada pela CEF, acabou pagando as prestações atualizadas apenas pelo índice aplicável à caderneta de poupança, quando, em conformidade

com o Contrato de Empreitada, deveria tê-lo feito com base no INCC.

Desta forma, o inadimplemento contratual decorreu do fato de a COHABILAR ter repassado à Habitacional os valores corrigidos por indexador diverso daquele estabelecido no contrato por elas firmado (Contrato de Empreitada), não de descumprimento do Contrato de Empréstimo pela CEF.

Ora, se de fato os prejuízos suportados pela construtora são decorrentes do descompasso existente entre os índices de correção monetária utilizados por cada contrato, ainda que se entendesse, como pretende a recorrente, tratar-se de contratos interligados, formando uma relação obrigacional complexa, isso não conduziria ao acolhimento da pretensão da autora.

É que, cuidando-se de uma relação complexa, dela não se extrairia apenas a solidariedade da Caixa. Ela também evidenciaria a culpa concorrente da construtora, que subscreveu, como interveniente, o contrato de empréstimo firmado entre a cooperativa e a Caixa, aceitando ou, pelo menos, mostrando conhecer a disparidade de índices de reajustamento existente entre os contratos, causadora do dano.

Estou, em suma, com a posição majoritária neste aspecto, de não se poder imputar à Caixa os prejuízos acusados pela construtora nestes autos, pois não são decorrentes da inexecução das prestações ao encargo da instituição financeira, que, inclusive, realizou dois aportes suplementares de dinheiro em favor da cooperativa, a fim de assegurar a conclusão da obra.

Assim, ainda que a construtora tenha, de fato, realizado empréstimos com o único fim de cumprir sua parte na avença, isso apenas demonstraria que ambas as partes, tanto a Caixa quanto a Habitacional Construções, foram obrigadas a suportar encargos não previstos inicialmente em face de um desequilíbrio financeiro causado pela eleição de diferentes indexadores para os contratos de empréstimo e empreitada.

Também me filio à posição majoritária no que concerne à ilegitimidade da Habitacional Construções para postular a anulação das cláusulas do contrato de empréstimo firmado entre a CEF e a COHABILAR, pleito acolhido parcialmente pela sentença.

Na mesma linha do voto vencedor:

(...) penso que a Habitacional não possui legitimidade (ativa) para postular a decretação de nulidade de cláusulas do Contrato de Empréstimo, pois neste somente figuram como partes a CEF e a COHABILAR. Sendo a construtora estranha à relação [que prevê a] obrigação de mútuo, há que se reconhecer, de ofício, sua ilegitimidade ativa para postular a decretação de nulidade de cláusulas contratuais.

O art. 1.502 do Código Civil de 1916, em disposição reproduzida no art. 837 do Código Civil de 2002, estabelece que “o fiador pode opor ao credor as **exceções** que lhe forem pessoais, e as extintivas da obrigação que compitam ao devedor principal, se não provierem simplesmente de incapacidade pessoal, salvo o caso do art. 1.259”, as exceções são obstáculos que podem ser opostos pelo devedor ou pelo obrigado à eficácia de outro direito. São, essencialmente, matérias que podem ser alegadas em sede de defesa.

Tratando especificamente da exceção estabelecida no art. 837 do Código Civil de 2002, Sílvio de Salvo Venosa leciona que: “O fiador pode defender-se com as exceções substanciais que tiver para com o credor da obrigação, embora não seja devedor dela, mas apenas seu garante. O dispositivo visa evitar o injusto enriquecimento do credor, possibilitando ao fiador defender-se com direito seu e não do afiançado. Assim, demandado a pagar a dívida, sendo também credor do demandante, contra ele pode opor vício na manifestação de sua vontade ou sua incapacidade, pagamento, compensação, prescrição, etc.” (Contratos em espécie, 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2009 (coleção direito civil, v. 3), p. 416).

Neste caso específico, a Habitacional, que firmou Contrato de Fiança com a CEF, propôs ação ordinária com vista a anular cláusulas do Contrato de Empréstimo, do qual sequer é parte, mas apenas garante. Isso não lhe é assegurado pela exceção disciplinada no art. 1.502 do Código Civil de 1916, vigente na época da celebração dos contratos.

O que pode a autora é alegar a exceção substancial em eventual defesa a ser apresentada no processo de execu-

ção ou utilizá-la como fundamento para postular declaração das modificações que trouxe à relação jurídica de fiança, mas jamais utilizá-la para respaldar sua pretensão à desconstituição de cláusulas do contrato principal (de empréstimo).

Sobre o tema, vale trazer à colação o seguinte precedente:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO E CONTRATO DE EMPREITADA. CONSTRUÇÃO DE EMPREENDIMENTO HABITACIONAL COM VERBAS DO SFH. COMPLEXO DE RELAÇÕES OBRIGACIONAIS. TEORIA DA ASSERTÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CEF. PEDIDO DE ANULAÇÃO DE CLÁUSULAS DO CONTRATO DE EMPRÉSTIMO EM VIA AUTÔNOMA. ILEGITIMIDADE ATIVA DO FIADOR. DESONERAÇÃO DA FIANÇA. IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE ATRASO NO REPASSE DAS VERBAS PARA CONSTRUÇÃO DA OBRA. INEXISTÊNCIA. DESEMBOLSO DO EMPRÉSTIMO PELA CEF NA FORMA E NO TEMPO PREVISTOS NO CONTRATO DE MÚTUO. ADIMPLEMENTO DA CEF. REPASSE DOS VALORES DO EMPRÉSTIMO POR PARTE DA COOHAL À CONSTRUTORA EM DESCONFORMIDADE COM O CONTRATO DE EMPREITADA. CORREÇÃO POR INDEXADOR DIVERSO. INADIMPLÊNCIA DA COOHAL. CONDENAÇÃO DA COOPERATIVA AO PAGAMENTO DO MONTANTE APURADO PELA PERÍCIA JUDICIAL, EXCETO QUANTO AOS JUROS DE MORA QUE DEVERÃO SER CALCULADOS A PARTIR DA CITAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA PELO ÍNDICE PREVISTO NA AVENÇA, OU SEJA, PELO INCC. ENDIVIDAMENTO BANCÁRIO E LUCROS CESSANTES. REPARAÇÃO INDEVIDA.

1. Apelações da CEF e da Habitacional Construções S/A em face de sentença que julgou improcedente o pedido da construtora que objetivava a condenação solidária da CEF e da COOHAL ao pagamento de perdas e danos provenientes da construção da obra do “Residencial Medeiros Neto III”, e que, com relação aos pedidos de desoneração da fiança e de anulação das cláusulas do contrato de mútuo, extinguiu o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, por reconhecer a carência de ação diante da falta de interesse de agir.

2. Segundo a Teoria da Asserção, as condições da ação devem ser analisadas abstratamente, razão pela qual sendo à CEF atribuída a sujeição passiva nas relações jurídicas de direito material, está configurada sua legitimidade passiva, sendo irrelevante se realmente deve ou é obrigada nos termos alegados na petição inicial. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada.

3. A Habitacional não possui legitimidade (ativa) para postular a decretação de nulidade de cláusulas do Contrato de Empréstimo, pois neste somente figuram como partes a CEF e a COOHAL. Sendo a construtora estranha à relação obrigação de mútuo, há que se reconhecer sua ilegitimidade para postular a decretação de nulidade de cláusulas contratuais. Precedente da 2ª Turma: AC 459817/AL, Rel. originário Des. Fed. Francisco Barros Dias, Rel. p/ Acórdão Des. Fed. Paulo Gadelha, 2ª Turma, DJe.: 09/10/2009.

4. Impossibilidade de desoneração da fiança, enquanto subsistir a dívida objeto do contrato que se visou garantir. A conclusão da obra, objeto do contrato de empreitada, em nada altera o contrato acessório de garantia do pagamento do empréstimo concedido pela CEF à COOHAL. Não caracteriza moratória, mas sim tolerância o fato de o credor postergar a cobrança da dívida, sem, contudo, prorrogar o vencimento da obrigação, vez que inexistindo modificação do prazo de vencimento da dívida, não haverá, por consequência, alteração do prazo inicial de contagem da prescrição. A novação não se presume, depende da existência do *animus novandi*. Inaplicabilidade à hipótese do disposto nos arts. 1.006 e 1.503, I, do CC/16 (arts. 366 e 838 do CC/02).

(...)

(TRF-5ª Região, Segunda Turma, T2, AC 496.901-AL, Rel. Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto (Convocado), decisão unânime, pub. DJ 08/07/2011, pág. 505).

Superado esse ponto, passo à questão da extinção da fiança prestada pela Habitacional Construções para garantir o cumprimento da obrigação assumida pela COHABILAR no contrato de empréstimo firmado com a Caixa.

Nesse aspecto, observo que o voto majoritário manteve a sentença, julgando improcedente o pedido quanto à extinção da fiança.

ça, de maneira que, quanto a esse ponto, são inadmissíveis os embargos infringentes, a teor do art. 530 do CPC, de dicção:

Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência. (grifo nosso)

No caso em exame, tendo a decisão impugnada, quanto à extinção da fiança, se posicionado pelo desprovimento do recurso apelatório, conforme restou assentado no acórdão transcrito, carece a hipótese de um dos pressupostos legais de cabimento dos embargos infringentes.

Com essas considerações, conheço, em parte, dos embargos infringentes interpostos pela Habitacional Construções Ltda. e, na parte conhecida, nego-lhes provimento, mantendo, em todos os seus aspectos, o acórdão majoritário da Segunda Turma.

Assim voto.

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL NA APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 16.816-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)
Embargante: VERA LÚCIA LOPES VIEIRA
Embargada: UNIÃO
Advs./Procs.: DRS. ALEXANDRE AUGUSTO SANTOS DE VASCONCELOS E OUTROS (EMBT.E.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ELEITORAL. EMBARGOS INFRINGENTES. VEREADOR. REGISTRO DE CANDIDATURA INDEFERIDO. ELEIÇÃO PROPORCIONAL. CÔMPUTO DE VOTOS PARA LEGENDA. IMPOSSIBILIDADE. DANOS MATERIAIS E MORAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

**- Demanda indenizatória ajuizada pela vereadora Vera Lúcia Lopes Vieira contra a União, reque-
rendo danos materiais e morais em razão de ter
se sagrado vencedora na eleição de 2008 para o
cargo de vereadora de Recife, mas de só ter sido
diplomada em 15/07/2009 e empossada em 22/
08/2009. Alega que houve erro na contagem dos
votos pela Justiça Eleitoral, que computou como
válidos os votos nos candidatos Josias Teixeira
do Amaral (PHS) e Ronaldo Luiz Gomes (PTC),
mesmo que à data da eleição tivessem o regis-
tro das candidaturas impugnadas pelo Ministé-
rio Público Eleitoral. Esse fato redundou na elei-
ção dos candidatos da legenda Josemir Simões
Barbosa (PHS) e José Erivaldo da Silva (PTC),
em razão do coeficiente eleitoral, postergando
de forma ilegal a posse da autora/embarcante.**

**- A demandante interpõe agora os presentes em-
bargos infringentes contra o acórdão proferido
pela egrégia Primeira Turma que, por maioria,
deu provimento à apelação da União, reforman-
do a sentença originária. Pretende a União fazer
prevalecer o voto vencido do Des. Federal José
Maria Lucena, que condenou a União a pagar os
valores de R\$ 69.656,77 (sessenta e nove mil,
seiscentos e cinquenta e seis reais e setenta e
sete centavos), a título de danos materiais e de
R\$ 8.000,00 (oito mil reais), no tocante aos da-
nos morais.**

**- Não resta dúvida que a autora sagrou-se ven-
cedora, nas eleições de 2008, para ocupar uma
das vagas da Câmara Municipal do Recife, ten-
do sido diplomada e empossada pela Justiça
Eleitoral. A controvérsia diz respeito à existência
de erro na atividade administrativa de contagem
dos votos, posto que foram computados como
válidos votos conferidos a candidatos que nun-
ca chegaram a estar registrados, o que ocasio-
nou a posse tardia da autora/embarcante no car-**

go de vereadora, com a conseqüente diminuição de seu mandato.

- A Jurisprudência vem consolidando o entendimento de que a norma extraída do dispositivo de lei previsto no art. 175, § 3º, do Código Eleitoral é no sentido de que não se podem computar como válidos os votos dados aos candidatos com registro indeferido à data da eleição. Precedentes.

- No caso, verifica-se que as decisões administrativas de 1ª instância que indeferiram os registros dos candidatos Ronaldo Luiz Gomes (PTC) e Josias Teixeira do Amaral (PHS) foram proferidas em 02/08/2008 e 05/09/2008, respectivamente. Portanto, quando do pleito eleitoral, suas candidaturas já estavam impugnadas, incidindo a norma do artigo de lei acima mencionado, segundo a qual os votos dados a candidatos não registrados são nulos. Mesmo tendo as decisões administrativas transitado em julgado após o fim das eleições, em nada muda a aplicação da norma, visto que os recursos administrativos interpostos não eram dotados de efeito suspensivo.

- Reconhecido o erro da Justiça Eleitoral na contagem dos votos, deve ser aplicado o art. 37, § 6º, da CF/88, que prevê a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos que seus agentes causarem a terceiros. Assim, constata-se a ocorrência de prejuízo material na órbita patrimonial da autora/emargante, em razão de ter deixado de receber os subsídios correspondentes ao cargo para o qual foi eleita pela vontade popular; o dano moral configura-se no abalo de ter perdido uma eleição que, na verdade, venceu.

- Honorários advocatícios fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

- Embargos infringentes providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de embargos infringentes em apelação cível em apelação / reexame necessário, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais do Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, em dar parcial provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 14 de janeiro de 2015. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO -
Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Convocado):

Trata-se de embargos infringentes interpostos contra acórdão proferido pela egrégia Primeira Turma que, por maioria, deu provimento à apelação da AGU e negou provimento à apelação da parte autora, para reformar a sentença prolatada pelo Juízo da 5ª Vara Federal de Pernambuco (fls. 378/386). Entendeu o acórdão embargado que a autora não pode pleitear indenização pela remuneração de vereadora se nunca chegou a exercer o cargo. Ficou assentado no julgado que não houve erro de contagem dos votos na eleição de 2008, referente ao cargo de vereador do Município de Recife, posto que os dois candidatos que tiveram seu diploma impugnado tomaram posse em razão da falta de efeito suspensivo da impugnação, que só produz efeitos definitivos com o trânsito em julgado do processo.

Participaram do julgamento os Exmos. Des. Federais José Maria Lucena, que atuou como relator, Francisco Cavalcanti e Niliane Meira Lima (convocada). Ficou vencido o relator.

Alega a embargante que houve erro na contagem dos votos pela Justiça Eleitoral, que considerou como válidos os votos conferidos aos Srs. Josias Teixeira do Amaral (PHS) e Ronaldo Luiz Gomes Ribeiro (PTC), dois candidatos que tiveram suas candidaturas indeferidas. Em razão do coeficiente eleitoral, os votos fo-

ram atribuídos à legenda/coligações a que pertenciam os mesmos, resultando na eleição e posse dos Srs. José Erivaldo da Silva (PTC) e Josemi Simões Barbosa (PHS). Pleiteia a embargante que se faça prevalecer o voto vencido, no sentido de reconhecer-lhe o direito à indenização por danos materiais no valor de R\$ 69.656,77 (sessenta e nove mil, seiscentos e cinquenta e seis reais e setenta e sete centavos) e por danos morais no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), visto que sagrou-se vencedora na eleição de 2008 e só tomou posse na Câmara dos Vereadores do Recife em 22/08/2009.

Contrarrazões às fls. 435/454.

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (Relator Convocado):

Trata-se de demanda indenizatória ajuizada pela vereadora Vera Lúcia Lopes Vieira contra a União, requerendo danos materiais e morais em razão de ter se sagrado vencedora na eleição de 2008 para o cargo de vereadora de Recife, mas de só ter sido diplomada em 15/07/2009 e empossada em 22/08/2009. Alega que houve erro na contagem dos votos pela Justiça Eleitoral, que computou como válidos os votos nos candidatos Josias Teixeira do Amaral (PHS) e Ronaldo Luiz Gomes (PTC), mesmo que à data da eleição tivessem o registro das candidaturas impugnadas pelo Ministério Público Eleitoral. Esse fato redundou na eleição dos candidatos da legenda Josemir Simões Barbosa (PHS) e José Erivaldo da Silva (PTC), em razão do coeficiente eleitoral, postergando de forma ilegal a posse da autora/embargante.

A autora teve seu direito reconhecido pela sentença prolatada pelo Juízo originário. Em segunda instância, foi dado provimento, de forma majoritária, ao recurso de apelação da União, reformando a sentença recorrida para julgar improcedente o pedido.

A demandante interpõe agora os presentes embargos infringentes contra o acórdão proferido pela egrégia Primeira Turma, a

fim de fazer prevalecer o voto vencido do Des. Federal José Maria Lucena, que condenou a União a pagar os valores de R\$ 69.656,77 (sessenta e nove mil, seiscentos e cinquenta e seis reais e setenta e sete centavos), a título de danos materiais e de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), no tocante aos danos morais.

Não resta dúvida que a autora sagrou-se vencedora, nas eleições de 2008, para ocupar uma das vagas da Câmara Municipal do Recife, tendo sido diplomada e empossada pela Justiça Eleitoral. A controvérsia diz respeito à existência de erro na atividade administrativa de contagem dos votos, posto que foram computados como válidos votos conferidos a candidatos que nunca chegaram a estar registrados, o que ocasionou a posse tardia da autora/embarcante no cargo de vereadora, com a consequente diminição de seu mandato.

Compartilho, com a devida vênia, da posição assentada no voto vencido do Ilustre Des. Federal José Maria Lucena, proferido em sede de apelação.

Veja-se o que prescreve o Código Eleitoral, em seu art. 175, § 3º:

Art. 175. (...).

§ 3º Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados. : (Renumerado do § 4º pela Lei nº 4.961, de 4.5.66)

A Jurisprudência vem consolidando o entendimento de que a norma extraída do dispositivo de lei é no sentido de que não se podem computar como válidos os votos dados aos candidatos com registro indeferido à data da eleição. No caso, verifica-se que as decisões administrativas de 1ª instância que indeferiram os registros dos candidatos Ronaldo Luiz Gomes (PTC) e Josias Teixeira do Amaral (PHS) foram proferidas em 02/08/2008 e 05/09/2008, respectivamente. Portanto, quando do pleito eleitoral, suas candidaturas já estavam impugnadas, incidindo a regra acima colacionada de que os votos dados a candidatos não registrados são nulos. O fato das mencionadas decisões só terem transitado em julgado após o fim das eleições, em nada muda a interpretação da regra.

Reconhecido o erro da Justiça Eleitoral na contagem dos votos, deve ser aplicado o art. 37, § 6º, da CF/88, que prevê a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos que seus agentes causarem a terceiros. Assim, constato a ocorrência de prejuízo material na órbita patrimonial da autora/embargante, em razão de ter deixado de receber os subsídios correspondentes ao cargo para o qual foi eleita pela vontade popular; o dano moral configura-se no abalo de ter perdido uma eleição que, na verdade, venceu.

Seguem precedentes do colendo TSE e desta egrégia Corte sobre a matéria:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. ELEIÇÃO. VEREADOR. ERRO COMETIDO PELA JUSTIÇA ELEITORAL NA CONTAGEM DE VOTOS. DIPLOMAÇÃO POSTERIOR. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. ART. 37, PARÁGRAFO 6º, DA CARTA MAGNA. DANOS MATERIAIS. RAZOABILIDADE DO MONTANTE FIXADO NA SENTENÇA. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA EM CONFORMIDADE COM O DISPOSTO NA LEI Nº 11.960/09, A PARTIR DA SUA VIGÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS EM 15% DO VALOR DA CONDENAÇÃO.

1. Demonstrado nos autos que o erro na contagem de votos, que resultou na diplomação tardia do apelado no cargo de Vereador do Município de Santa Cruz/PB, foi causado por integrantes das juntas eleitorais, por intermédio de seus agentes públicos, surge para a administração pública o dever de indenizar, por decorrência da aplicação da tese da responsabilidade objetiva insculpida no art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, que alude ao comportamento comissivo ou omissivo dos servidores, só não alcançando atos de terceiros ou fenômenos da natureza que causem danos a particulares.

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

3. Indenização de Danos Materiais mantida no montante equivalente ao pagamento de todos os vencimentos relativos ao período em que não exerceu o cargo de vereador (16 meses de salário).

4. Critérios de atualização monetária e remuneração da mora pelos índices oficiais da caderneta de poupança, a partir da vigência da Lei nº 11.960/09.

5. Honorários advocatícios mantidos em 15% (quinze) por cento do valor da condenação, nos moldes delineados no art. 20, parágrafo 4º, adequando-se aos critérios insertos nas alíneas a, b e c, do parágrafo 3º, do mesmo artigo, considerando-se, inclusive, que o feito tramita há mais de 10 (dez) anos.

6. Apelação e remessa necessária providas, em parte. (TRF5, Terceira Turma, AC 293225/PB, unânime, Rel. Des. Federal Convocado Leonardo Resende Martins, *DJe*: 14/09/2010, p. 104)

REGISTRO DE CANDIDATURA. ELEIÇÃO PROPORCIONAL. CÔMPUTO DOS VOTOS.

1. Conforme jurisprudência consolidada nesta Corte Superior, não se computam para a legenda os votos dados ao candidato com o registro indeferido à data da eleição, ainda que a decisão no processo de registro só transite em julgado após o pleito.

2. Somente poderão ser computados os votos para a legenda quando o indeferimento do registro sobrevém à eleição, e, não, quando a antecede, independentemente do momento do trânsito em julgado.

Agravo regimental desprovido.

(TSE, ARESPE - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 28.070/CE, Rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, *DJ*: 01/02/2008, p. 36).

ELEIÇÕES 2004. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATO. VEREADOR. INDEFERIMENTO. ANTERIORIDADE. ELEIÇÃO. CÔMPUTO DOS VOTOS. LEGENDA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 175, § 3º, DO CÓDIGO ELEITORAL.

1. Aplica-se o disposto no parágrafo 3º do art. 175 do CE, considerando-se nulos os votos para todos os efeitos, quando o candidato, na data da eleição, não tiver seu registro deferido, mesmo que a decisão de indeferimento transite em julgado somente após o pleito, como se deu no caso concreto.

2. A contagem dos votos para a legenda, conforme a regra do parágrafo 4º do art. 175 do CE, se dá quando

o candidato, até a data da eleição, tiver a seu favor uma decisão, mesmo que *sub judice*, que lhe defira o registro e, posteriormente, essa decisão seja reformada, negando-se o registro.

3. Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido.

(TSE, AGG - Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 6.588/MG, Rel Min. José Gerardo Grossi, DJ: 19/03/2007, p. 177)

Honorários advocatícios fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

Diante do exposto, dou provimento aos embargos infringentes.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 5.711-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO (CONVOCADO)

Impetrantes: JOSÉ CARLOS DE CARVALHO E OUTROS

Impetrado: JUÍZO DA 2ª VARA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE

Paciente: MARCOS MARINHO DOS SANTOS (RÉU PRESO)

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE PRESO. LIDERANÇA DE FACÇÃO CRIMINOSA (COMANDO VERMELHO). COMUTAÇÃO DA PENA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME EQUIPARADO AOS HEDIONDOS. VEDAÇÃO LEGAL. PEDIDO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TRANSFERÊNCIA DO PRESO. IMPOSSIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

- A decisão proferida pelo MM. Juiz Federal Corregedor Substituto da Penitenciária Federal em Mossoró/RN, cuja cópia encontra-se nos autos, evidencia que a comutação foi concedida em relação ao delito de associação para o tráfico de

entorpecentes tipificado no art. 14 da Lei nº 6.368/76. Na verdade, a pena que não pode ser comutada refere-se ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, equiparado aos crimes hediondos pela Lei nº 8.072/90. Nesse sentido, precedente recente do Superior Tribunal de Justiça, afirmando que a comutação da pena – espécie de indulto parcial – também é vedada pelo art. 2º, I, da Lei 8.072/90 aos condenados por crime hediondo ou a ele equiparado, entre os quais se insere o delito de tráfico de entorpecentes, mesmo quando cometido em sua forma privilegiada.

- Conforme reiterados precedentes do Superior Tribunal de Justiça, se o Tribunal a quo não examinou a questão suscitada na impetração, não é de ser conhecida a matéria, sob pena de indevida supressão de instância.

- Considerando que o pedido de livramento condicional não foi apreciado pelo juiz, não havendo sequer prova nos autos de que ele tenha sido provocado quanto a essa questão (uma vez que não foi trazida aos autos cópia do pedido formulado perante o juiz), a sua apreciação neste momento configuraria inadmissível supressão de instância.

- Também nesse sentido se manifestou o Ministério Público Federal no parecer ofertado nos autos, asseverando que a concessão de livramento condicional subordina-se ao exame prévio de requisitos objetivos e subjetivos, tratando os primeiros da natureza e quantidade da pena e os subjetivos dos bons antecedentes, comportamento satisfatório durante o cumprimento da pena e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto, concluindo o Parquet que não basta o mero preenchimento do requisito objetivo (2/3 da pena), competindo a verificação do pleno preenchimento ou não

destes requisitos ao juízo da execução, sendo inviável a utilização do habeas corpus como sucedâneo de recursos cabíveis ou como supressão de instância.

- Quanto ao pedido de cumprimento da pena na cidade de Fortaleza/CE, é de ser também rejeitado. Conforme bem ressaltou o MM. Juiz quando das informações, o posicionamento adotado entre as Corregedorias Judiciais dos Presídios Federais é de que não há óbice à transferência do preso para outro estado da federação diverso da origem (Rio de Janeiro), desde que haja anuência da origem, o que não ocorreu na situação em tela.

- Esta egrégia Primeira Turma, já apreciou, na sessão de 10 de outubro de 2013 e na sessão de 15 de maio de 2014, quanto ao mesmo paciente, os Habeas Corpus nº 5.227 e nº 5.471, tendo denegado a ordem, por unanimidade, nas duas ocasiões, por entender que “não há como se conceder o benefício de progressão de regime de cumprimento de pena ao paciente, quando o mesmo continua envolvido em atividades criminosas e mormente em face da necessidade de mantê-lo ‘afastado do local onde, costumeiramente, mantinha suas ações delituosas frente ao comando da referida organização criminosa”.

- Habeas corpus que se denega.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 4 de dezembro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO (Convocado):

Trata-se de ordem de *Habeas Corpus* impetrada por José Carlos de Carvalho e outro em favor de Marcos Marinho dos Santos, custodiado na Penitenciária Federal em Mossoró/RN, alegando: 1) o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, tendo em vista a não concessão da comutação da pena do art. 14 da Lei nº 6.368/76, que não possuiria caráter de crime hediondo; 2) o magistrado da Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro não se opõe à transferência do apenado, ora paciente, para qualquer outro Estado da Federação; 3) embora a defesa do apenado tenha pleiteado concomitantemente o livramento condicional e a comutação de penas, o magistrado federal concedeu a progressão de regime e comutação de penas, quedando-se inerte quanto ao pleito de livramento condicional.

Notificada, a autoridade impetrada apresentou as informações de estilo (fls. 93/98), asseverando: 1) foi deferido o pedido de comutação das penas e concedida a progressão do regime fechado para o semiaberto, determinando-se na decisão que o ora paciente cumprisse o restante de sua pena no Estado do Rio de Janeiro; 2) na realização dos cálculos da comutação não foi aplicada a fração de redução às penas do crime hediondo em razão da vedação legal; 3) os cálculos elaborados foram feitos “ano a ano”, ou seja, foram realizados utilizando os termos do decreto de cada ano, a iniciar em 2010, e não de forma genérica sobre o total da condenação, e que, para fins de cálculo, o art. 2º, § 1º, do decreto concessivo de comutação prevê duas bases de cálculo, a depender da pena já cumprida, para aplicação da fração de redução, tendo havido, no caso em discussão, aplicação das duas bases de cálculo a depender do ano; 4) quanto ao pedido de cumprimento da pena na cidade de Fortaleza, o posicionamento adotado entre as Corregedorias Judiciais dos Presídios Federais é o de que não há óbice à transferência de preso para outro estado da federação diverso da origem, desde que haja anuência da origem, o que não teria ocorrido na situação em tela.

O Ministério Público Federal ofertou parecer, opinando pela denegação da ordem (v. fls. 100/104).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO (Relator Convocado):

Inicialmente, no que se refere à alegação dos impetrantes de que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, tendo em vista a não concessão da comutação da pena do art. 14 da Lei nº 6.368/76, que não possuiria caráter de crime hediondo, verifico que não lhes assiste razão.

A decisão proferida pelo MM. Juiz Federal Corregedor Substituto da Penitenciária Federal em Mossoró/RN, cuja cópia encontra-se às fls. 35/39 dos autos, evidencia que a comutação foi concedida em relação ao delito de associação para o tráfico de entorpecentes tipificado no art. 14 da Lei nº 6.368/76.

Na verdade, a pena que não pode ser comutada refere-se ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes, delito previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, equiparado aos crimes hediondos pela Lei nº 8.072/90. Nesse sentido, precedente recente do Superior Tribunal de Justiça, afirmando que a comutação da pena – espécie de indulto parcial – também é vedada pelo art. 2º, I, da Lei 8.072/90 aos condenados por crime hediondo ou a ele equiparado, entre os quais se insere o delito de tráfico de entorpecentes, mesmo quando cometido em sua forma privilegiada¹.

No que pertine à alegação da inicial de que, embora a defesa do apenado tenha pleiteado concomitantemente o livramento condicional e a comutação de penas, o magistrado federal nada decidiu acerca do pleito de livramento condicional, tenho comigo que também quanto a esse ponto não deve ser concedida a ordem.

¹ AgRg no HC 167.197-MS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 04/08/2014.

Conforme reiterados precedentes do Superior Tribunal de Justiça, se o Tribunal *a quo* não examinou a questão suscitada na impetração não é de ser conhecida a matéria, sob pena de indevida supressão de instância².

Dessa forma, considerando que, no caso dos autos, o pedido de livramento condicional não foi apreciado pelo juiz, não havendo sequer prova nos autos de que ele tenha sido provocado quanto a essa questão (uma vez que não foi trazida aos autos cópia do pedido formulado perante o juiz), a sua apreciação neste momento configuraria inadmissível supressão de instância.

No mesmo sentido se manifestou o Ministério Público Federal no parecer ofertado nos autos, asseverando que a concessão de livramento condicional subordina-se ao exame prévio de requisitos objetivos e subjetivos, tratando os primeiros da natureza e quantidade da pena e os subjetivos dos bons antecedentes, comportamento satisfatório durante o cumprimento da pena e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto, concluindo o *Parquet* que não basta o mero preenchimento do requisito objetivo (2/3 da pena), competindo a verificação do pleno preenchimento ou não destes requisitos ao juízo da execução, sendo inviável a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo de recursos cabíveis ou como supressão de instância.

Quanto ao pedido de cumprimento da pena na cidade de Fortaleza/CE, é de ser também rejeitado. Conforme bem ressaltou o MM. Juiz quando das informações: “é posicionamento adotado entre as Corregedorias Judiciais dos Presídios Federais de que não há óbice à transferência do preso para outro estado da federação diverso da origem (Rio de Janeiro), desde que haja anuência da origem, o que não ocorreu na situação em tela”.

Por fim, ressalto que esta egrégia Primeira Turma já apreciou, na sessão de 10 de outubro de 2013 e na sessão de 15 de maio de

² RHC 47.768-SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2014, *DJe* 01/09/2014; HC 277.088-RO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/08/2014, *DJe* 27/08/2014; HC 135.924-SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2009, *DJe* 03/11/2009.

2014, quanto ao mesmo paciente, os *Habeas Corpus* nº 5.227 e nº 5.471, tendo denegado a ordem, por unanimidade, nas duas ocasiões. Confirmam-se as ementas dos julgados:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PACIENTE. PRESO. ORIGINÁRIO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO RIO DE JANEIRO. CUSTODIADO NO PRESÍDIO FEDERAL DE MOSSÓRO/RN. REQUERIMENTO. OMISSÃO NA Apreciação. INEXISTÊNCIA. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. PERSISTÊNCIA DOS MOTIVOS ENSEJADORES DA TRANSFERÊNCIA. LIDERANÇA DE FACÇÃO CRIMINOSA (COMANDO VERMELHO). DENEGação DA ORDEM.

1. Cuida-se de ordem de *Habeas Corpus* impetrada por MARCELO EDUARDO BATTAGLIN MACIEL E OUTRO em favor de MARCOS MARINHO DOS SANTOS, custodiado no Presídio Federal em Mossoró/RN, sob a alegação de estar o Juiz Corregedor se omitindo na apreciação de pedido de progressão de regime.

2. No que tange à apreciação do pedido de progressão do regime, observa-se das informações prestadas pela autoridade apontada coatora que o paciente ingressou no presídio federal de Mossoró (RN) apenas no dia 18 de setembro de 2012 e obteve sim a apreciação do seu pedido, o qual foi indeferido. Destarte, “se requerimento de progressão de regime foi feito em 2010, não era o Juízo Corregedor do Presídio Federal de Mossoró competente para a sua análise, não podendo a ele ser imputada qualquer omissão”.

3. Demais disso, há contradição na alegação dos impetrantes, os quais aduzem que em 27/01/2011 teria sido deferido o pedido de progressão de regime do paciente, quando acautelado no Presídio Federal de Porto Velho (RO). Assim, “a própria narrativa, portanto, faz cair por terra o argumento inicial de que a inércia – que se prolongaria por mais de 3 anos – do órgão impetrado seria capaz de atingir o direito à liberdade do paciente”.

4. O Superior Tribunal de Justiça assentou que a concessão de progressão de regime de cumprimento de pena ao preso em presídio federal de segurança máxima fica condicionada à ausência dos motivos que justificaram a transferência originária para o referido sistema.

5. No caso dos autos, “o paciente, originário do sistema previdenciário do Rio de Janeiro, ingressou no presídio federal de segurança máxima localizado em Mossoró (RN), no dia 18 de setembro de 2012, proveniente da unidade carcerária federal congênera, fixada em Porto Velho (RO), por requerimento do Departamento Penitenciário Nacional, valendo-se da disposição contida no art. 12 do Decreto nº 6.877, de 18 de junho de 2009. As condenações que pendem contra o referido detento são concernentes a tráfico de drogas entorpecentes e associação para o tráfico, além de porte ilegal de armas de fogo, as quais lhe culminaram uma pena de 27 (vinte e sete) anos e 8 (oito) meses de reclusão”. Demais disso, afirma o Juiz Corregedor Substituto do Presídio Federal de Mossoró que “restou comprovado nos autos que o apenado ainda possui envolvimento com a facção Comando Vermelho, sobretudo na posição de liderança, com atuação proeminente no Estado do Rio de Janeiro, sendo necessário sua permanência no recinto prisional federal de segurança máxima, no escopo de mantê-lo afastado do local onde, costumeiramente, mantinha suas ações delituosas frente ao comando da referida organização criminosa”. Ressalta, ainda, “não se pode desconsiderar ou olvidar a ligação existente entre o apenado e a facção criminosa acima mencionada, havendo, inclusive, comprovada liderança exercida pelo referido interno, no tocante às ações engendradas pela facção Comando Vermelho, consoante se constata no extrato de inteligência da lavra da Secretaria de Estado de Segurança do Governo do Rio de Janeiro (Procedimento nº 2013/0119126-RJ, apenso ao Incidente de Transferência nº 0004707-98.2013.4.05.8400)”.

6. Compulsando os autos, observa-se do próprio relato do paciente que o mesmo possui estrito relacionamento com o detento Luiz Fernando da Costa, conhecido como “Fernandinho Beira-Mar”, sendo seu amigo e compadre – o paciente é padrinho de um dos filhos de Luiz Fernando –, “cuja vida delituosa foi amplamente divulgada nos meios policiais, mormente pelas suas condutas ligadas à prática do tráfico transnacional de substâncias entorpecentes, além das conhecidas e reiteradas práticas de tortura e homicídios perpetrados contra os seus opositores”.

7. A tudo isso, acrescenta-se que, em pesquisa ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro colhe-

se que o paciente ainda responde a diversos processos criminais em comarcas daquele Estado.

8. Não há como se conceder o benefício de progressão de regime de cumprimento de pena ao paciente, quando o mesmo continua envolvido em atividades criminosas e mormente em face da necessidade de mantê-lo “afastado do local onde, costumeiramente, mantinha suas ações delituosas frente ao comando da referida organização criminosa”.

9. Ordem de *habeas corpus* denegada.

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PACIENTE. PRESO. ORIGINÁRIO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO RIO DE JANEIRO. CUSTODIADO NO PRESÍDIO FEDERAL DE MOSSÓRO/RN. REQUERIMENTO. OMISSÃO NA APRECIÇÃO. INEXISTÊNCIA. LIDERANÇA DE FACÇÃO CRIMINOSA (COMANDO VERMELHO). DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Cuida-se de ordem de *Habeas Corpus* impetrada por JOSÉ CARLOS DE CARVALHO E OUTRO em favor de MARCOS MARINHO DOS SANTOS, custodiado na Penitenciária Federal em Mossoró/RN, sob a alegação de estar o Juiz Corregedor se omitindo na apreciação de pedido de comutação de pena, além do livramento condicional e da progressão de regime.

2. Verifica-se pelas informações prestadas pela autoridade apontada coatora que, apesar de os pedidos não terem sido ainda apreciados, a instrução encontra-se regular, não havendo qualquer violação ao princípio da razoável duração do processo.

3. Ressalte-se que após a decisão liminar proferida pelo STJ no Conflito Negativa de Competência nº 130.713/RJ, que determinou que o apenado permanecesse na Penitenciária Federal de Mossoró, o paciente apresentou petição em 18.10.2013, pedindo a reconsideração do indeferimento do livramento condicional, a elaboração de novo cálculo da pena e a comutação da pena. Em 24 de outubro de 2013, o juiz abriu vistas ao Ministério Público Federal, tendo sido o parecer emitido em 31 de outubro de 2013. Em 23 de janeiro de 2014, antes da apreciação do pleito anterior, o ora paciente juntou nova petição aos autos, reiterando os pedidos anteriores, e acrescentando ao pedido a comutação de pena dos decretos presidenciais de 2012 e

2013, o que ensejou a nova abertura de vista ao MPF em 17 de fevereiro de 2014, tendo sido os autos devolvidos em 11 de março de 2014.

4. Conforme destacado pelo Ministério Público Federal, no parecer ofertado nos autos, a situação demanda análise acurada acerca do preenchimento ou não pelo paciente dos requisitos exigidos para a obtenção dos benefícios perseguidos, mormente ao se considerar a multiplicidade de pedidos formulados, bem como complexidade e gravidade dos crimes cometidos pelos quais o paciente foi condenado”.

5. Demais disso, afirma o Juiz Corregedor Substituto do Presídio Federal de Mossoró que “não se pode desconsiderar ou olvidar a ligação existente entre o apenado e a facção criminosa acima mencionada, havendo, inclusive, comprovada liderança exercida pelo referido interno, no tocante às ações engendradas pela facção Comando Vermelho, consoante se constata no extrato de inteligência da lavra da Secretaria de Estado de Segurança do Governo do Rio de Janeiro (Procedimento nº 2013/0119126-RJ, apenso ao Incidente de Transferência nº 0004707-98.2013.4.05.8400)”.

6. Também o STJ, quando da apreciação do conflito de competência, decidiu pela permanência do preso em Mossoró, tendo ressaltado a sua periculosidade, ao afirmar que “na hipótese, está suficientemente demonstrada a permanência das razões e fundamentos que ensejaram a transferência do apenado Marcos Marinho dos Santos, vulgo “Chapolim”, no presídio federal de segurança máxima, mormente em razão de sua acentuada periculosidade, pois desempenha função de liderança em uma das mais violentas organizações criminosas do país, conhecida como “Comando Vermelho”, sendo responsável direto, juntamente com outros criminosos, por rebeliões e motins em presídios no Estado do Rio de Janeiro, motivo pelo qual a renovação da permanência é providência indeclinável, como medida excepcional e adequada para resguardar a ordem pública” (CC 130713/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, julgado em 11/12/2013, *DJe* 03/02/2014).

7. A tudo isso, acrescente-se que, em pesquisa ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro colhe-

se que o paciente ainda responde a diversos processos criminais em Comarcas daquele Estado.

8. Esta egrégia Primeira Turma, já apreciou, na sessão de 10 de outubro de 2013, quanto ao mesmo paciente, o HC nº 5227, tendo denegado a ordem por unanimidade, por entender que “não há como se conceder o benefício de progressão de regime de cumprimento de pena ao paciente, quando o mesmo continua envolvido em atividades criminosas e mormente em face da necessidade de mantê-lo ‘afastado do local onde, costumeiramente, mantinha suas ações delituosas frente ao comando da referida organização criminosa”.

9. Ordem de *habeas corpus* denegada.

Assim, denego a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO

136658-CE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.	13
139943-RN	Rel. Des. Federal Fernando Braga	20

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

30381-CE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	28
31226-CE	Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho (Convocado)	41
31503-PB	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	52
31591-PE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	62
31714-CE	Rel. Des. Federal Roberto Machado (Convocado)	70

APELAÇÃO CÍVEL

561031-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	81
563137-CE	Rel. Des. Federal Raimundo Alves de Campos Júnior (Convocado)	100
570292-PB	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	109
571404-PE	Rel. Des. Federal Marcelo Navarro	117
571840-CE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	137
574269-SE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	153
576395-PB	Rel. Des. Federal Paulo Machado Cordeiro (Convocado)	181
576419-SE	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	193
0800819-52.2012.4.05.8100-CE (PJe)	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	204
0801347-61.2013.4.05.8000-AL (PJe)	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho	218

APELAÇÃO CRIMINAL

9595-PE	Rel. ^a . Des. ^a . Federal Cíntia Menezes Brunetta (Convocada)	223
---------	---	-----

10483-PE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	245
11006-CE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.....	285
11359-PE	Rel ^a . Des ^a . Federal Joana Carolina Lins Pereira (Convocada)	299

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL

437361-CE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias	312
502491-PE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias	341
502790-SE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	368

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL NA APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

16816-PE	Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho (Convo- cado)	386
----------	--	-----

HABEAES CORPUS

5711-RN	Rel. Des. Federal Roberto Machado (Convo- cado)	394
---------	--	-----

ÍNDICE ANALÍTICO

A

Trbt e PrCv	Ação anulatória. Execução fiscal. Imposto de renda e tributação reflexa. Ausência de notificação das prorrogações do mandado de procedimento fiscal. Anulação dos autos de infração. Impossibilidade. Arbitramento de lucro. Relação de empenhos de prefeituras. Página do sistema “SAGRES”. DIRF’S das prefeituras. Não comprovação da origem. Omissão de receita. Multa aplicada no patamar de 75%. Caráter confiscatório. Inexistência. Redução. Impossibilidade. Honorários em 10% do valor da causa. Desproporcional. Redução para 1%. Apelação parcialmente provida. AC 570292-PB 109
PrCv	Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa. Agravo de Instrumento. Homologação de acordo para ressarcimento do credor. Cabimento. Desprovisionamento do agravo. AgTr 136658-CE 13
Amb	Ação Civil Pública. Residência unifamiliar construída na APA de Tambaba (Conde/PB). Segurança jurídica. Licenciamento municipal. Existência de diversos condomínios e construções há décadas na área. Improcedência dos pedidos. APELREEX 31503-PB 52
Prev	Apelação do demandante e recurso adesivo do ente autárquico contra sentença que julgou procedente, em parte, o pedido, para, afastando o direito à percepção cumulativa de renda mensal vitalícia com aposentadoria por idade, reconhecer a legalidade da

devolução dos valores pagos indevidamente, abatidas as parcelas prescritas. AC 0801347-61.2013.4.05.8000-AL (PJe) 218

Prev e Adm Aposentadoria por invalidez. Proventos proporcionais. Servidor público federal. Revisão. Proventos integrais. Doença grave não prevista em lei. § 1º do art. 186 da Lei nº 8.112/90. Rol não taxativo. Art. 40, § 1º, I, da CRFB/88. Correção monetária. Juros de mora. APELREEX 31591-PE 62

Adm Contrato de Empreitada. Ação de Indenização. Discussão acerca de direito das empresas autoras a serem reparadas por prejuízos decorrentes de atrasos no pagamento de faturas atinentes a contrato de empreitada e seus aditivos para obras da Usina Hidroelétrica de Xingó firmado com a CHESF, emitidas a partir de 30/04/1990. Preliminares rejeitadas. Recurso adesivo não conhecido, porque o provimento não foi parcial. Condenação ao pagamento de indenização relativa aos encargos moratórios calculados incorretamente sobre as parcelas pagas com atraso pela CHESG. Prevalência das conclusões do perito judicial no que tange ao equívoco da CHESF no cálculo dos encargos contratuais, exceto no que tange à necessidade de correção do anatocismo verificado no pagamento parcial das faturas e na incidência de juros de mora da parte dispositiva da sentença após 30/09/2001. Honorários reduzidos para 20.000,00 (vinte mil reais), atendendo ao princípio da razoabilidade, bem como para evitar o enriquecimento ilícito. Recurso adesivo não conhecido. AC 561031-PE 81

Cv e PrCv	<p>Contrato de empréstimo e contrato de empreitada global. Embargos infringentes. Construção de empreendimentos habitacional. Verbas do SFH. Indenização por danos materiais referentes a encargos financeiros de outros empréstimos realizados pela construtora. Danos morais. Pedido de anulação de cláusulas do contrato de empréstimo em via autônoma. Capitalização de juros. Ilegitimidade ativa. Extinção da fiança. EINFAC 502790-SE 368</p>
Pen e PrPen	<p>Crimes contra o sistema financeiro habitacional, economia popular e relações de consumo. Apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal. Natureza difusa e supraindividual. Identificação das vítimas. Inutilidade e inviabilidade. Quadro fático idêntico. Repetição de ações penais. Extinção do processo sem julgamento do mérito por litispendência. Possibilidade. Manutenção da sentença. Recurso improvido. ACr 10483-PE 245</p>
PrCv e Adm	<p>Curso de aperfeiçoamento de oficiais do corpo de saúde da marinha. Militar. Demissão a pedido sem o cumprimento do período obrigatório de efetivo exercício na instituição militar. Art. 115 e 116 da Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos militares). Indenização ao Estado. Cálculo proporcional ao valor da indenização. Limitação ao período restante ao cumprimento da carência. Alegação de cerceamento de defesa. Inocorrência. Assédio moral não comprovado. Ressarcimento ao erário também das despesas com as atividade-meio necessárias à formação militar, não se limitando à rubrica 'custo de ensino'. Precedente desta Corte. AC 563137-CE 100</p>

Prev	Descontos indevidos a título de pensão alimentícia. Preliminares rejeitadas. Ação proposta após o quinquênio legal. Prescrição do fundo de direito. Posterior pedido judicial autônomo. Possibilidade. Valores recebidos a maior em razão de equívoco da administração. Restituição ao erário. Impossibilidade. Honorários advocatícios. Súmula nº 111, STJ. Benefício da justiça gratuita. Isenção de custas. APELREEX 30381-CE 28
Com e Cv	Emissão e protesto de duplicatas inexigíveis e nulas. Apelação cível e agravo retido. CEF. Responsabilidade civil. Configuração de seus pressupostos essenciais. Dever de indenizar que se opõe. Recursos improvidos. AC 571840-CE 137
Adm	Execução fiscal. Multa administrativa. INMETRO. Dívida de sócio. Penhora de cotas de sociedade limitada pertencentes ao devedor. Possibilidade. AgTr 139943-RN 20
Trbt	Execução fiscal. Processo tributário. Embargos infringentes em apelação cível. Inocorrência da prescrição do crédito tributário. Embargos infringentes improvidos. EINFAC 437361-CE 312
Trbt e PrCv	Imóveis vinculados ao programa de arrendamento residencial – PAR. IPTU. Execução fiscal. Julgamento antecipado da lide. Fatos notórios e incontroversos. Desnecessidade de dilação probatória. Lançamento de ofício. Notificação. Remessa do carnê ao endereço do contribuinte. Endereço do imóvel. Propriedade fiduciária da CEF. Contribuinte. Legitimidade passiva da CEF. Precedentes desta Corte e dos TRF'S da 3ª e da 4ª regiões. AC 576419-SE 193

Cv e PrCv	Imóvel com registro em duplicidade. Preliminares rejeitadas. Danos materiais e danos morais reconhecidos. Procedência da demanda. AC 576395-PB 181
PrPen	Liderança de facção criminosa (comando vermelho). Paciente preso. <i>Habeas Corpus</i> . Comutação da pena. Tráfico ilícito de entorpecentes. Crime equiparado aos hediondos. Vedação legal. Pedido de livramento condicional. Supressão de instância. Transferência do preso. Impossibilidade. Denegação da ordem. HC 5711-RN 394
Pen e PrPen	Malversação de verbas repassadas pelo SUS ao município. Estelionato qualificado, em continuidade delitiva (CP, art. 171, § 3º, c/c art. 71). Simulação de procedimentos odontológicos de alta complexidade. Materialidade fartamente comprovada. Autorias delitivas comprovadas em relação a cinco réus. Inexistência de provas referentes a outros dois acusados. Manutenção da sentença. Apelações improvidas, nos termos do parecer da PRR. ACr 11006-CE 285
Amb	Município de São José da Coroa Grande/PE. Ação Civil Pública. Construção de Orla. Ausência de licença ambiental. Ocupação irregular de área de praia. Bem público de uso comum do povo. Extrema proximidade das construções com a área oceânica. Erosão em decorrência das atividades marítimas. Inexistência de área aproveitável. Negativa do licenciamento pelo órgão estadual competente. Demolição de todo o complexo. AC 571404-PE 117

Ct e Adm	Município detentor de instalações de embarque e desembarque de óleo e gás natural. <i>Royalties</i> . CF, art. 20, § 1º, Lei nº 2.004/53, Lei nº 7.990/89 e Decreto nº 1/91. Comprovação da condição de município limítrofe, pertencente à área confrontante à exploração de plataforma continental. Reconhecimento pela ANP do direito aos <i>royalties</i> de origem terrestre. Requerimento de <i>royalties</i> de origem marítima. Recebimento de forma cumulada. Possibilidade. Ausência de restrição legal. Precedente do STJ. Apelação provida. AC 574269-SE 153
Prev	Natimorto. Salário-maternidade. Possibilidade. Trabalhadora rural. Comprovação do exercício da atividade rural. Isenção das custas processuais por parte do INSS. Juros de mora. Correção monetária. Honorários advocatícios. APELREEX 31226-CE 41
Ct e PrCv	Operação policial. Preliminar de ausência de interesse recursal em relação a ponto não objeto da divergência. Comprovação de exposição à imagem dos embargados e agressão moral à sua família. Danos morais evidenciados a ensejar a responsabilidade civil do Estado. EINFAC 502491-PE . 341
Adm	Participação no curso de formação de oficiais da marinha, condicionada à apresentação de registro profissional. Eliminação do certame. Excesso de formalismo. Exigência que se posterga ao momento do ingresso nos quadros complementares de oficiais da marinha. Princípio da razoabilidade. Aplicabilidade. APELREEX 31714-CE 70

Com	Registro de marcas. Propriedade industrial. Lei n° 9.279/96. INPI. Anulação. Empresas com denominação similar. Idêntico segmento mercadológico. Odontologia. Colidência das marcas “NATA”. Risco de confusão inexistente quanto à marca ORTOGNATO. Cessaçõ do uso da marca. Honorários. Sucumbência recíproca. AC 0800819-52. 2012.4.05.8100-CE (PJe) 204
Pen e Trbt	Sonegaçõ fiscal. Crime tributário. Açõ penal. Cerceamento de defesa. Quebra do sigilo bancário. Açõ penal fundada em representaçõ fiscal para fins penais. Crédito tributário devidamente constituído. Omissõ da prestaçõ de informações relevantes ao fisco. Supressã de tributos. Remessa ilegal de valores ao exterior. Autoria e materialidade delitivas comprovadas. Dosimetria da pena. Apelaçõ parcialmente provida. ACr 9595-PE 223
PrPen e Pen	Tráfico internacional de drogas e de arma e munições. Materialidade e autoria. Comprovaçõ. Confissõ espontânea e causa de diminuiçõ prevista no art. 33, § 4º, da Lei n° 11.343/06. Aplicaçõ. Dosimetria. Ajuste em relaçõ a uma das infrações. ACr 11359-PE 299
PrCv	Vereador. Eleitoral. Embargos infringentes. Registro de candidatura indeferido. Eleiçõ proporcional. Cõmputo de votos para legenda. Impossibilidade. Danos materiais e morais. Honorários advocatícios. EINFAC na APELREEX 16816-PE 386