

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

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

Número 99 - Setembro/Outubro - 2012

R. TRF 5ª Região, nº 99, p. 1-384, Setembro/Outubro - 2012



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

**Diretor da Revista**  
**DESEMBARGADOR FEDERAL**  
**FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS**

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 FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS

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](http://www.trf5.jus.br)

Correio eletrônico: [revista.dir@trf5.jus.br](mailto: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

**PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA** - 17.05.01

Presidente

Desembargador Federal

**ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA** - 05.05.08

Vice-Presidente

Desembargador Federal

**VLADIMIR SOUZA CARVALHO** - 27.02.08

Corregedor

Desembargador Federal

**JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES** - 30.03.89

Desembargador Federal

**JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA** - 29.04.92

Desembargador Federal

**FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS** - 13.03.96

Coordenador dos Juizados Especiais Federais

Desembargadora Federal

**MARGARIDA CANTARELLI** - 09.12.99

Desembargador Federal

**FRANCISCO QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI** - 03.07.00

Desembargador Federal

**LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA** - 03.07.00

Desembargador Federal

**PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA** - 19.09.01

Desembargador Federal  
**FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS** - 15.08.03  
Diretor da Revista

Desembargador Federal  
**MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS** - 03.12.03

Desembargador Federal  
**MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT** - 08.08.07  
Diretor da Escola de Magistratura Federal

Desembargador Federal  
**FRANCISCO BARROS DIAS** - 12.01.09

Desembargador Federal  
**EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR** - 21.07.10

# **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO**

## **TRIBUNAL PLENO**

(quartas-feiras)

Presidente: Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE OLIVEIRALIMA  
Vice-Presidente: Desembargador Federal ROGÉRIO FIALHO MOREIRA  
Corregedor: Desembargador Federal VLADIMIR DE SOUZA CARVALHO

## **PRIMEIRA TURMA**

(quintas-feiras)

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

## **SEGUNDA TURMA**

(terças-feiras)

Desembargador Federal PAULO DE TASSO B. GADELHA - Presidente  
Desembargador Federal FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS  
Desembargador Federal FRANCISCO BARROS DIAS

## **TERCEIRA TURMA**

(quintas-feiras)

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

## **QUARTA TURMA**

(terças-feiras)

Desembargador Federal EDILSON NOBRE - Presidente  
Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES  
Desembargadora Federal MARGARIDA CANTARELLI





# SUMÁRIO

---

I - Jurisprudência ..... 13

II - Índice Sistemático ..... 373

III - Índice Analítico ..... 377



**JURISPRUDÊNCIA**

---



## **AÇÃO RESCISÓRIA Nº 6.631-SE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS  
Autora: ELIANE MENEZES OLIVEIRA  
Réus: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E UNIÃO  
Adv./Proc.: DR. JOSÉ SÉRGIO FERREIRA DA TRINDADE (AUTORA)

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDENAÇÃO NA PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA RELACIONADA COM O ATO ÍMPROBO E NÃO TODO E QUALQUER CARGO EXERCIDO. DIREITO DE EXERCER O CARGO EFETIVO DE PROFESSORA DA MUNICIPALIDADE TENDO EM VISTA QUE O ATO ÍMPROBO FOI REALIZADO QUANDO NO EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO DE LICITAÇÃO. RESCISÓRIA PARCIALMENTE PROCEDENTE.**

**- Ação rescisória ajuizada por particular contra o Ministério Público Federal e a União, objetivando rescindir sentença que julgou procedente ação de improbidade administrativa e a condenou à perda da função pública, na eventualidade de seu exercício, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta e indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária pelo período de cinco anos.**

**- Como se pode extrair do teor da sentença anexada, verifica-se que a lide foi devidamente decidida, não havendo que se falar em ausência de fundamentação (violação a literal dispositivo de lei: arts. 458, II, e art. 131 do CPC) e erro de fato.**

**- Constata-se que o julgado procedeu à minuciosa análise do caso dos autos, com base no acervo probatório nele constante, sendo funda-**

***mentada a decisão rescindenda na existência de ato ímprobo praticado pela autora, o que acarretou a penalidade imposta.***

***- Apesar de não ter sido constatada a obtenção de proveito patrimonial, fato que acarretou a não aplicação da penalidade de multa civil e ressarcimento do dano, isto não impede nem obstaculiza o reconhecimento da responsabilidade pelo ato ímprobo, que foi punido com a pena aplicável ao caso, que foi a perda do cargo.***

***- Conforme Portaria nº 011/2010, de 2 de agosto de 2010, da Prefeitura Municipal de Salgado, a autora foi afastada das suas funções relativas a cargo efetivo de Professora I do Quadro de Pessoal do Magistério Público Municipal em virtude da condenação por improbidade na ação rescindenda.***

***- O art. 12 da LIA estabelece que o praticante do ato de improbidade sujeita-se às suas cominações de acordo com a gravidade do fato, independentemente das sanções penais, civis e administrativas. Pauta-se na proporcionalidade e razoabilidade da condenação em relação ao ato praticado, em obediência às próprias diretrizes estabelecidas no texto constitucional.***

***- Deve haver adequação punitiva entre o âmbito da conduta praticada e a penalidade imposta, pois a mens legis da Lei de Improbidade não autoriza interpretação no sentido de que a perda da função pública se dirija a todo e qualquer cargo ou função exercida, após o trânsito em julgado. Mas apenas àquele em que foi comprovada a conduta atentatória à moralidade pública e à lei. Deve-se extinguir somente o vínculo jurídico existente entre o ímprobo e a entidade prejudicada. Precedentes da Primeira e Segunda Turmas.***

***- A perda do cargo de Professora da Municipalidade é medida desproporcional e desmedida,***

***tendo em vista que a prática do ato de improbidade foi realizada quando da participação na comissão de licitação, não tendo nenhuma correlação com o comportamento da autora nas salas de aula. Indevida é a condenação geral a todo e qualquer cargo público ou função exercidos, afrontando princípio da razoabilidade e o conteúdo da lei, que não trata da perda geral de qualquer munus publico exercido, mas que se direciona para aquele no qual foi constatada a conduta ímproba.***

***- Ação rescisória julgada parcialmente procedente.***

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 20 de junho de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS  
- Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de ação rescisória ajuizada por Eliane Menezes Oliveira em face do Ministério Público Federal e da União, objetivando rescindir sentença proferida nos autos do Processo nº 2005.85.00.006579-3, pelo Juiz Federal da 7ª Vara-SE, que julgou procedente ação de improbidade administrativa e a condenou à perda da função pública, na eventualidade de seu exercício, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta e indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária pelo período de cinco anos.

A autora defende que o julgado incorreu em duas violações literais da Lei Federal: condenou-a sem fundamentação, o que atrai a cláusula rescisória prevista no inc. V do art. 485 do CPC (violação a literal dispositivo de lei), tendo em vista o teor dos arts. 458, II, e 131 do CPC.

Afirma que a sentença não foi devidamente fundamentada, pois insuficiente, bem como passou ao largo de expor motivos relativos à pena de perda da função pública, pena acessória que demanda motivação. Sustenta também que a sentença deixou de levar em conta a extensão do dano causado, não sendo expostos os fundamentos da aplicação da pena da perda de função pública, em ofensa ao art. 93, IX, da CF e do art. 458, II, do CPC.

A segunda violação que imputa ao julgado – existência de erro de fato, é referente ao fato de que o juiz concluiu pela inexistência de dano ao erário municipal, mas entendeu pela existência da improbidade administrativa, impondo a prefalada sanção.

Aduz que não recorreu da sentença, que transitou em julgado, tendo o Município de Salgado procedido à perda do cargo público ocupado pela autora – professora concursada da rede pública de ensino. Defende o teor do princípio da proporcionalidade e ao final, requereu o deferimento de liminar, bem como o julgamento da procedência do pedido de rescisão e a desconstituição da sentença guerreada, sendo remetido ao juízo *a quo* para proferir nova decisão. Requereu, ainda, a concessão de prazo para juntada de cópias dos documentos, tendo em vista que, conforme petição anexada, requereu vista dos autos ao juiz singular para extração dos autos, não sendo respondida até então. Apresentou cópia do pedido de vista dos autos ao juízo singular, fl. 23, porém está **sem carimbo e sem rubrica**.

Em seguida, a parte autora apresentou os originais da petição inicial, bem como os seguintes documentos, dentre outros:

a) pedido de vista do processo rescindendo ao juízo singular, sem carimbo e sem rubrica;

b) a Portaria de 02/08/2010, que determinou o afastamento de suas funções e a suspensão dos vencimentos (fl. 25);



c) cópia da sentença que afirma rescindenda (Processo nº 2006.85.00.000015-2) extraída do *site* da Justiça Federal, data de 16.12.2008 (fls. 29/66);

d) início de cópia de sentença da Ação nº 2005.85.00.006579-3 (fl. 66).

Certidão de fl. 67 afirma que a autora apresentou os referidos originais da rescisória tempestivamente.

A União apresentou contestação requerendo que o MPF seja o primeiro a falar nos autos, porque tem melhores subsídios, e informa que falta nos autos a petição inicial da ação de improbidade ajuizada pelo MPF. Como segunda preliminar, aduziu que a parte autora não juntou cópia dos autos da ação rescindenda, devendo ser intimada para explicar porque existem dois processos referentes ao caso em discussão: nº 2005.85.00.006579-3 e nº 2006.85.00.000015-2.

No mérito, afirma inexistência de violação a literal disposição de lei do art. 458, II, e art. 131 do CPC. Acrescenta excertos da sentença que explicitam os motivos que levaram à perda da função pública da autora, aduzindo que a perda da função foi devido à negligência da autora com a coisa pública.

Às fls. 75/77, consta movimentação processual da AC 479579-SE, cujo processo originário é o de nº 2005.85.00.006579-3, bem como a ementa do julgado, que negou provimento à apelação do Prefeito Municipal.

Às fls. 78/86, consta sentença da ação de nº 2006.85.00.000015-2.

À fl. 88, foi anexada a movimentação processual da ação de nº 2005.85.00.006579-3, na qual se verifica que a sentença foi protocolada no sistema em 18.12.2008.

Em seguida, a parte autora foi intimada para falar sobre as preliminares arguidas na contestação, tendo a mesma informado, à fl. 107, que a presente ação tem como objeto rescindir a sentença prolatada nos autos do Processo nº 2005.85.00.006579-3, sendo estranha à rescisória a sentença de nº 2006.85.00.000015-2. Assevera que desde a exordial pediu prazo para obter a cópia do processo rescindendo.

Despacho constante às fls. 108 da vista à autora e à ré para apresentação de razões finais. A autora então informa que reitera as razões iniciais.

O Ministério Público intimado requereu a citação para apresentação de contestação e a União pugnou para apresentar as razões finais após a contestação do MPF.

Na contestação, o MPF requereu o indeferimento da inicial em face da ausência de documento essencial – certidão do trânsito em julgado da decisão rescindenda, o que impossibilita a averiguação do decurso ou não do prazo decadencial de 2 (dois) anos para propositura da presente ação. No mérito, defende, em face do princípio da eventualidade, que consta da sentença que a autora, na qualidade de **membro da Comissão de Licitação do Município de Salgado/SE fraudou procedimento licitatório** e desviou verba transferida pelo Ministério da Cultura. Afirma que a decisão rescindenda não negou vigência à lei, julgando parcialmente procedente os pedidos da ação de improbidade fundamentadamente. Ao final, requereu preliminarmente o indeferimento da inicial ou a extinção da ação em face da decadência, e, no mérito, requereu a improcedência dos pedidos.

A parte autora foi intimada para falar a respeito das preliminares arguidas pelo MPF, deixando transcorrer *in albis* o prazo.

A União reitera os termos da contestação.

O Ministério Público Federal atuante nesta Corte opina no sentido da inexistência de pressupostos de admissibilidade, pois a rescisória deixou de ser instruída com a cópia da certidão de trânsito em julgado da sentença rescindenda. Afirma que a rescisória não se presta a rediscutir a decisão por fundamento na sua injustiça, pois não se trata de sucedâneo recursal. Acrescenta fundamentos da sentença, entendendo que o magistrado não violou qualquer dispositivo do CPC. No mérito, relata que a autora fraudou procedimento licitatório e desviou verba transferida pelo Ministério da Cultura. Ressalta que a conduta de se omitir na fiscalização de licitação, quando era seu dever fazê-lo, não condiz com os princípios da legalidade e da moralidade, sendo justa a decisão do magistrado que impôs a perda do cargo público à autora. Opinou pelo

não cabimento da rescisória e, no mérito, pela sua não procedência.

O processo foi encaminhado ao Revisor.

Após a inclusão em pauta, a autora apresentou documentos. O processo foi retirado de pauta e a parte ré foi intimada dos documentos.

É o relatório.

Ao Revisor.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

A hipótese é de ação rescisória ajuizada por Eliane Menezes Oliveira em face do Ministério Público Federal e da União, objetivando rescindir sentença proferida nos autos do Processo nº 2005.85.00.006579-3, pelo Juiz Federal da 7ª Vara-SE, que julgou procedente ação de improbidade administrativa e a condenou à perda da função pública, na eventualidade de seu exercício, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta e indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária pelo período de cinco anos.

Inicialmente, convém apreciar as preliminares levantadas pelos réus, relativos aos requisitos dispostos na legislação processual para ter seu mérito apreciado.

### Ausência de documento essencial

Verifico, inicialmente, que a autora requereu na inicial a concessão de prazo para apresentação da sentença rescindenda. E, apesar de ter oportunidade de fazê-lo quando ouvida acerca das preliminares das contestações, não o fez.

A petição inicial, originariamente trazida como xerox (26.01.2011), só veio instruída com cópia de procuração e cópia da referida petição sem carimbo. Os documentos **originais** foram trazidos posteriormente (em 27.01.2011), consistentes em exordial, procuração, petição direcionada ao juízo singular requerendo carga

do processo (sem autenticação), RG, CPF, Portaria de afastamento de função e supervisão. Nesta oportunidade, a parte autora ainda acostou **cópias** da conta de energia, comprovante de pagamento da Prefeitura Municipal de Salgado-SE, bem como **cópia da Sentença nº 2006.85.00.000015-2, não sendo esta última a que se pretende rescindir.**

Também não foram apresentadas Certidão de Trânsito em julgado, bem como cópia integral da ação rescindenda (2005.85.00.006579-3), inexistindo sequer comprovação de pedido direcionado ao juízo singular.

Porém, pouco depois da inclusão em pauta do processo (fl. 130), requereu a juntada da sentença rescindenda, bem como a certidão de trânsito em julgado.

Apresentada a documentação faltante que impedia o julgamento da presente rescisória, e verificada a tempestividade da ação, foram os autos remetidos ao Ministério Público Federal e à União para se pronunciarem acerca das peças.

A União reiterou os argumentos expostos na contestação e o Ministério Público Federal se reportou ao parecer opinando pela rejeição do pedido.

Entendo que, apesar de terem sido tardiamente apresentados documentos consistentes em sentença rescindenda e certidão de trânsito em julgado, devem eles ser considerados, a fim de que se aprecie o mérito da rescisória, especialmente porque à data do presente julgamento os autos apresentam-se instruídos.

Desta forma, rejeito as preliminares dos réus.

#### Mérito

Presentes os pressupostos de admissibilidade para a propositura da ação rescisória, passo ao julgamento.

A autora pretende a rescisão da sentença proferida na Ação nº **2005.85.00.006579-3**, em razão de violação a literais dispositivos de Lei Federal. Afirma que foi condenada sem fundamentação, o que atrai a cláusula rescisória prevista no inc. V do art. 485 do CPC (violação a literal dispositivo de lei), tendo em vista o teor dos arts. 458, II, e 131 do CPC, bem como defende a existência de erro

de fato, que é referente ao fato de que o juiz concluiu pela inexistência de dano ao erário municipal, mas entendeu pela existência da improbidade administrativa, impondo a sanção da perda do cargo.

Dispõem os arts. 131 e 458, II, do CPC:

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.

Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:  
II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito.

A sentença rescindenda é relativa à ação de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público Federal contra ex-prefeito e membros da comissão de licitação, relativos a irregularidades na gestão de recursos oriundos de convênio celebrado entre o Ministério da Cultura e o Município de Salgado-SE, consistente: 1) na omissão do ex-gestor do município de Salgado, em prestar contas dos recursos repassados pelo Ministério da Cultura/MinC, mediante o convênio que teve por objeto a aquisição de acervo bibliográfico, equipamento e mobiliários para implantação de uma biblioteca pública, na sede do Município de Salgado/SE, no montante de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais), com contrapartida de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) correspondentes à contrapartida da conveniente; 2) fraude à licitação para prévia definição do licitante vencedor; 3) superfaturamento da proposta homologada.

Como se pode extrair do teor da sentença anexada, verifica-se que a lide foi devidamente decidida, não havendo que se falar em ausência de fundamentação. O acervo probatório analisado pelo julgador serviu de base à condenação da autora Eliane Souza, consoante se extrai dos seguintes excertos do julgado:

De acordo com as informações contidas na tomada de Contas do Tribunal de Contas da União, os corrêus Luiz Carlos de Araújo, Janny Valéria de Carvalho Silva e **Eliane Souza Menezes**, membros da Comissão Permanente de Licitação do Município de Salgado/SE, deveriam ter verificado a conformidade de cada proposta de bens a serem adquiridos com os preços correntes no mercado, à luz do

art. 43, inciso IV, da Lei de Licitações, uma vez efetuada na modalidade de “menor preço”.

2.2.3. Responsabilidade dos integrantes da comissão de licitação: Sr. Luiz Carlos de Araújo, Sra. Eliane Menezes de Oliveira e **Sra. Janny Valéria de Carvalho Silva**, respectivamente, Presidente e membros da Comissão Permanente de Licitação do Município de Salgado.

A responsabilidade dos membros da comissão de licitação encontra-se definida no art. 51, e parágrafos, da Lei nº 8.666/1993, consoante transcrição:

Os membros das Comissões de Licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão.

A responsabilidade solidária, entretanto, não significa responsabilidade objetiva pelo simples fato de integrar a comissão. Em cidades de pequeno porte, é sabido que ao integrante da comissão é atribuída apenas algumas funções de secretariado, sem qualquer poder decisório. A questão toma vulto na modalidade convite, onde, nos termos do art. 51, § 1º, da mesma legislação, a análise pode ser atribuída, em caráter excepcional, a um servidor formalmente designado.

Acompanho, neste sentido, a doutrina de Marçal Justen Filho, ao asseverar:

A responsabilidade solidária dos membros da comissão não independe de culpa. O sujeito apenas pode ser responsabilizável na medida em que tenha atuado pessoal e culposamente para a concretização do ato danoso ou desde que tenha omitido (ainda que culposamente) os atos necessários a evitá-lo. Se o sujeito, por negligência, manifesta sua concordância com ato viciado, torna-se responsável pelas consequências. Se, porém, adotou as precauções necessárias e o vício é imperceptível não obstante a diligência empregada, não há responsabilidade pessoal.

Por óbvio, o que pretende a legislação é punir aqueles que, encontrando-se incumbidos da análise do procedimento licitatório, deixam de fazê-lo, aquiescem ou participam das condutas fraudulentas de seus participantes.

No caso dos autos, afirma a Sra. Eliane Menezes de Oliveira que apenas o presidente da Comissão tinha poderes decisórios, enquanto lhe competiam as funções formais de, apenas e tão somente, de elaboração e encaminhamento de convites, recebimento de envelopes, acompanhamento de sessões de abertura e julgamento da propostas, elaboração de atas e mapa de apuração, alegando jamais ter tido ciência de particularidades de nenhuma empresa, ou mesmo das informações solicitadas pelo TCU.

Da análise dos autos, verifico que os convites direcionados às empresas selecionadas, a saber, Livraria e Papelaria Nova Opção, Fax Papelaria Ltda. e Papelaria Carvalho Ltda., foram subscritos pelo Presidente da Comissão Permanente de Licitação, Sr. Luiz Carlos de Araújo, conforme se infere dos documentos de fls. 656, 676 e 698.

Outrossim, pela Ata de Recepção, Análise e Julgamento das Propostas de Preços da Carta-Convite nº 012/9926, infere-se que os atos de recebimento, análise e julgamento das propostas apresentadas foram executados não somente pelo Presidente da Comissão, Sr. Luiz Carlos de Araújo, como também pelas integrantes da comissão de licitações, Sra. Janny Valeria de Carvalho e Sra. Eliane Souza Menezes, em ato colegiado, conforme se pode inferir da leitura da Ata:

Iniciados os trabalhos da referida reunião, o Presidente da Comissão constatou a presença dos licitantes: Livraria & Papelaria Nova Opção Ltda., Papelaria Carvalho Ltda. e Fax Papelaria Ltda. As propostas foram submetidas aos participantes do certame para apreciação e assinatura dos licitantes e demais membros da comissão. Analisando as propostas em consonância com as normas do Edital, a Comissão efetuou a classificação, conforme resumo do Quadro Demonstrativo, que segue anexo.

Deve-se ponderar que as planilhas de preços também foram assinadas por todos os integrantes da Comissão.

Portanto, ao contrário do que enunciou o assistente técnico da Tomada de Contas Especial do TCU, as atribuições descritas pela responsável não são meramente burocráticas e administrativas, sem saber se está havendo conluio entre os organizadores e os participantes do certame lici-

tatório. Na qualidade de integrante da comissão permanente de licitação, competia à ré cercar-se dos cuidados devidos para demonstrar sua discordância com uma licitação visivelmente fraudada. Deveria, no momento da realização dos atos supostamente burocráticos, ter informado a existência de conluio, seja porque a terceira empresa concorrente não se encontrava em funcionamento há mais de seis meses, seja apontando o parentesco entre as duas primeiras empresas licitantes, seja também informando se os preços apresentados estavam previamente combinados, como também se estavam dentro dos parâmetros do mercado.

Se, de um lado, não se pode afirmar se a mesma tinha conhecimento prévio do conluio entre os licitantes, ao contrário do Presidente da Comissão, cujo dolo é latente, inclusive por ter subscrito a carta-convite de todos os participantes; de outra parte, é notório que tinha como sabê-lo e agiu, no mínimo, culposamente, de forma negligente, ao não exercer o seu múnus com a competência necessária para impedir fraudes deste naipe.

Resta óbvio que a acusada se omitiu indevidamente de sua função, permitindo, com a sua negligência, que o ato fraudulento se concretizasse.

De outra ponta, a responsabilidade do Presidente da Comissão Permanente de Licitação é, não somente por omissão, mas também por ação, pois foi ele quem pessoalmente selecionou os participantes do suposto certame, expediu a carta-convite e certificou a proposta supostamente vencedora, viabilizando sua homologação pelo Prefeito Municipal, Sr. Ananias Menezes Nascimento.

Configurada, portanto, a conduta descrita no art. 10, VII, da Lei nº 8.429/91, pelos integrantes da Comissão Permanente de Licitação.

### 2.3. Sanções impositivas

2.3.2. Sanções impositivas aos integrantes da Comissão de Licitação: Sr. Luiz Carlos de Araújo, **Sra. Eliane Menezes Oliveira**, Sra. Janny Valéria de Carvalho Silva.

A conduta dos réus Sr. Luiz Carlos de Araújo, **Sra. Eliane Menezes Oliveira**, Sra. Janny Valéria de Carvalho Silva



amolda-se perfeitamente ao ato de improbidade descrito no art. 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92, restando a este juízo proceder à cominação das penas previstas em lei, notadamente a do inciso II do artigo 12 da Lei nº 8.429/92:

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se ocorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos, pagamento de multa civil de até 2 (duas) vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Partindo das premissas já delineadas quando da individualização da pena aplicável ao primeiro réu, deve-se afastar a parte final da norma, porque não restou comprovado, no âmbito da instrução, o ato imputado ao demandado obtenção de **proveito patrimonial**. Pelas mesmas razões, deixo de aplicar a penalidade de multa civil e ressarcimento do dano.

Considerando a comprovação das condutas, como também a intensidade do dolo, entendo por bem impor ao demandado Luiz Carlos de Araújo a pena de perda da função pública, na eventualidade de que esteja no exercício de alguma, suspensão dos direitos políticos pelo prazo de cinco anos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário pelo mesmo período.

Na mesma linha, aplico às demandadas **Eliane Menezes Oliveira** e Janny Valéria de Carvalho Silva a pena **de perda da função pública, na eventualidade de que estejam no exercício de alguma e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário pelo período de cinco anos.** (Grifado)

Como se verifica, as alegações suscitadas pela autora não possuem respaldo jurídico, já que não houve violação de qualquer dispositivo legal nem existência de erro de fato, tendo o magistrado procedido à minuciosa análise do caso dos autos, com base no acervo probatório nele constante, fundamentando sua decisão na existência de ato ímprobo praticado pela autora, o que acarretou a penalidade imposta.

Verificou que a demandante, que integrava a Comissão de Licitação do Município de Salgado-PB, à época dos fatos, fraudou procedimento de licitação e se omitiu no dever de fiscalização que lhe é legalmente atribuído, omissão esta que contribuiu para que a licitação fosse eivada de irregularidades e superfaturada.

O julgado ressaltou que a Ata de Recepção, Análise e Julgamento das propostas de preços do Convite continha o nome da autora, o que comprova que ela participou do processo decisório da licitação, devendo ser abstraída a ideia de que apenas possuía atividades meramente burocráticas.

Apesar de não ter sido constatada a obtenção de proveito patrimonial, fato que acarretou a não aplicação da penalidade de multa civil e ressarcimento do dano, isto não impede nem obstaculiza o reconhecimento da responsabilidade pelo ato ímprobo, que foi punido com a pena aplicável ao caso, que foi a perda do cargo que porventura estivesse exercendo.

Quanto a este ponto, porém, é necessária a rescisão parcial do julgado.

Conforme Portaria nº 011/2010, de 02 de agosto de 2010 (fl. 25) da Prefeitura Municipal de Salgado, a autora foi afastada das suas funções relativas a cargo efetivo de Professora I do Quadro de Pessoal do Magistério Público Municipal em virtude da condenação por improbidade na ação rescindenda.

O art. 12 da LIA estabelece que o praticante do ato de improbidade sujeita-se às suas cominações de acordo com a gravidade do fato, independentemente das sanções penais, civis e administrativas.

Desta forma, verifica-se que a norma pauta-se na proporcionalidade e razoabilidade da condenação em relação ao ato prati-

cado, em obediência às próprias diretrizes estabelecidas no texto constitucional. Deve, portanto, haver adequação punitiva entre o âmbito da conduta praticada e a penalidade imposta, mediante aplicação do princípio da adequação punitiva.

A *mens legis* do art. 12, II, da Lei 8.429/92 não autoriza interpretação no sentido de que a perda da função pública se dirija a todo e qualquer cargo ou função exercida, após o trânsito em julgado. Mas apenas àquele em que foi comprovada a conduta atentatória à moralidade pública e à lei. Tanto assim que não se refere a toda e qualquer função ou cargo exercido. Deve-se extinguir somente o vínculo jurídico existente entre o ímprobo e a entidade prejudicada.

Desta forma, a perda do cargo deve ser penalidade aplicada para o cargo ou função em que foi praticada a conduta ímproba, a fim de que não se puna duplamente o agente, quando este também for detentor de outro cargo ou função no qual não se constatou existência de conduta ilegal ou contrária à moralidade pública.

A jurisprudência deste Tribunal vem se curvando a tal entendimento, consoante se verifica da fundamentação constante da Apelação Cível AC528734-RN, julgada pela Segunda Turma em janeiro de 2012:

Com efeito, o artigo 12 da Lei 8.429/92 dispõe que o responsável pelo ato de improbidade está sujeito às cominações nele previstas, isoladas ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato, independentemente das sanções penais, civis e administrativas.

Dessa forma, a doutrina e jurisprudência vêm defendendo a adoção do princípio da proporcionalidade quando da aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, conforme se pode verificar do próprio parágrafo único do artigo 12 da LIA, o qual apresenta parâmetros para a aplicação de tais sanções, quando preceitua que, na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Portanto, e o digo apenas por argumento, se o acusado praticou ato com gravidade suficiente para imposição da perda de função pública, deve tal sanção ser aplicada, mesmo que ele já tenha sido demitido, ou recebido uma

mera advertência, em face da independência entre as esferas cível e administrativa. Da mesma forma, os princípios da segurança jurídica, da efetividade e da economia processual reclamam tal atitude, evitando possíveis discussões administrativas ou judiciais futuras sobre o ato de punição realizado na esfera administrativa, o que obrigaria a Administração ou o Judiciário a analisar desnecessariamente a mesma questão debatida neste processo.

Da análise dos autos, tenho que a apelada incorreu em infração grave, não bastando, apenas, a penalidade de advertência (PA fls. 67/69) e as sanções aplicadas pelo magistrado *a quo*, sendo necessária ainda a perda de sua função pública, por todos os motivos acima expostos.

Resta analisar a acepção correta do que seria função pública para a legislação vigente.

Nesta mesma linha argumentativa, acolho os argumentos esposados no parecer ministerial, que bem se pautou e opinou, de maneira pertinente, com o entendimento da doutrina e jurisprudência pátrias, no sentido de concluir, não pela perda de qualquer vínculo estatutário mantido com o serviço público, mas tão somente pela perda da função diretamente relacionada à prática do ato ímprobo:

De resto, há uma questão conceitual que merece ser superada, pois na lei de regência não há propriamente a pena de perda “do cargo”, mas sim da “função pública”, assim entendida aquela na qual se deu a prática ímproba, fazendo minhas as palavras de Waldo Fazzio Júnior:

Não perdeu toda e qualquer função pública, mas só aquela em cujo exercício praticou o ato de improbidade administrativa. (*In* “Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeito”, Ed. Atlas, 2000, p. 294)

De forma ainda mais enfática, é o que defende o já mencionado Calil Simão (op. cit., p. 806), ao assim sustentar:

Podemos afirmar, com absoluta segurança, que, acumulando o agente público dois cargos (CF, art. 37), só terá o vínculo extinto com relação àquele em que praticou o ato ímprobo. A LIA não menciona a extinção de todas as funções, sendo vedado ao intérprete assim entender, diante de sua natureza punitiva.

Como o combate à Improbidade Administrativa manifesta-se a partir de fatos certos, o *jus puniendi* encontra-se

limitado a eles, e as sanções devem, obrigatoriamente, apenas constituir punições a esses fatos. Ou seja, a perda da função pública é uma punição decorrente de uma violação dos deveres inerentes a ela, necessitando, portanto, que o ilícito seja praticado no seu exercício e que o cargo consista em um instrumento indispensável para sua implementação. É o que a Constituição Federal e a Lei de Improbidade Administrativa desejam quando se referem à perda “da função” e não “das funções”. O rompimento desejado é o da função relacionada à conduta reprovável. Isso sem mencionar que a sanção de perda da função tem caráter punitivo, consistente na extinção do vínculo de trabalho, e como tal merece interpretação estrita, de modo que sua aplicação fique limitada à função em que se originou a conduta ímproba.

*Mutatis mutandis*, o mesmo se extrai do entendimento de Aluizio Bezerra Filho:

Se o ato de improbidade administrativa deu-se em função do cargo técnico, não poderá ser ele penalizado com a perda do cargo de professor, que não foi utilizado no resultado alcançado pela sua conduta de improbidade. (*In* “Lei de Improbidade Administrativa Aplicada e Comentada”, Ed. Juruá, 2006, p. 125)

Nessa toada, o máximo digno de se cogitar, no terreno de uma necessária ponderação de valores e de um benfazejo juízo de razoabilidade, é a perda da representação comissionada de diretora escolar, por parte da sentenciada, o que, por reflexo, reforça a sua exoneração já efetivada no âmbito administrativo, conforme sugere a peça juntada às fls. 28/29 dos autos.

Impõe-se observar que não existe necessariamente uma incompatibilidade entre a perda da função comissionada e a permanência do vínculo originário, pois, para ficar na hipótese dos autos, pode muito bem o servidor se revelar um desastre no trato administrativo da coisa pública, quando à frente da diretoria de uma determinada unidade escolar, sem que isso implique subtrair a vocação que sempre expressou no campo pedagógico e terreno didático.

De qualquer forma, é o caso de acentuar que não se pode falar, aqui, em *bis in idem*, pois a perda da função comis-

sionada a que se submeteu a então diretora, ora apelada, não se deu, no plano administrativo, mediante procedimento disciplinar, e sim por ato de vontade do titular da pasta, sendo de ressaltar que a única punição ali cominada, como já enfatizado, foi a pena de advertência, como se vê à fl. 69, razão pela qual tem-se como compatível tal reprimenda na presente sede judicial, cujos efeitos dar-se-ão no mesmo prazo da suspensão dos direitos políticos, vale dizer, por 08 (oito) anos, o que impedirá o acesso a qualquer outra representação comissionada, senão a permanência tão somente como titular do cargo de magistério, que com aquele não se confunde, para os fins aqui cogitados.

A Primeira Turma deste Tribunal também entende que a perda da função deve se circunscrever àquela em que o agente da improbidade praticou o ato ilícito. Neste sentido:

**AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PERDA DE FUNÇÃO PÚBLICA. DECISÃO DESTA CORTE QUE DEFERIU O PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MPF QUE SE INSURGE CONTRA DECISÃO QUE ASSEGUROU O DIREITO DO AGRAVADO DE PERMANECER NO EXERCÍCIO DO CARGO PÚBLICO OCUPADO PERANTE O CREA/SE. OCORRÊNCIA DA PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA NO EXERCÍCIO DA QUAL O AGENTE ÍMPROBO PRATICOU ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, E QUE ESTIVER SENDO EXERCIDA APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DA PERDA DE TODAS AS FUNÇÕES E CARGOS PÚBLICOS OCUPADOS. CARGO PÚBLICO OCUPADO PELO AGRAVADO PARA MANUTENÇÃO DO PRÓPRIO SUSTENTO. DECISÃO RECORRIDA MANTIDA.**

1. Trata-se de agravo regimental contra decisão que deferiu o pedido de efeito suspensivo, assegurando o direito do agravado de permanecer no exercício do cargo público ocupado perante o CREA/SE, no agravo de instrumento interposto contra despacho que deferiu pedido do Ministério Público Federal para que fosse cientificado o CREA/SE de todo o conteúdo da sentença proferida em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, em que o

agravante foi condenado à perda da função pública.

2. Da leitura dos arts. 12, inciso II, e 20 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, **não é possível concluir que a cominação da perda da função pública se dirija a todo e qualquer vínculo estatutário mantido com o serviço público, após o trânsito em julgado da sentença condenatória.**

3. **À primeira vista, a Lei nº 8.429/92 estabelece tão somente a perda daquela função pública no exercício da qual o agente ímprobo praticou atos de improbidade administrativa, e que estiver sendo exercida após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Esta interpretação, além de estar em consonância com a literalidade dos preceitos legais já mencionados, mantém-se coerente com o sistema legal em vigor, que tem como um de seus pilares o princípio da legalidade.**

4. **De acordo com os princípios básicos de hermenêutica jurídica, as normas restritivas de direito devem ser interpretadas restritivamente, sendo descabida, a rigor, qualquer interpretação conducente a ampliar o alcance da sanção consistente na perda da função pública prevista pela Lei de Improbidade Administrativa, ainda que sob o pretexto de se alcançar a finalidade da norma.**

5. **A sentença proferida na ação civil pública por improbidade administrativa em nenhum momento impôs expressamente ao agravante a perda de todas as funções e cargos públicos por ele ocupados quando do trânsito em julgado.**

6. **Deve-se atentar para a indispensabilidade da remuneração do cargo público ocupado pelo agravante para manutenção de seu próprio sustento.**

7. **Manutenção da decisão regimentalmente agravada que deferiu o pedido de efeito suspensivo, assegurando ao agravado o direito de permanecer no exercício do cargo público ocupado perante CREA/SE, até ulterior deliberação.**

8. **Agravo de Instrumento provido e agravo regimental prejudicado. (AG 0005341792010405000001, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data: 14/10/2010 - Página: 220.)**

Sendo assim, verifica-se que a perda do cargo de Professora da Municipalidade é medida desproporcional e desmedida. A prática do ato de improbidade foi realizada quando da participação na comissão de licitação, não tendo nenhuma correlação com o comportamento da autora nas salas de aula. Logo, indevida é a condenação geral a todo e qualquer cargo público ou função exercida, afrontando princípio da razoabilidade e da *mens legis* da lei de improbidade administrativa, que não trata da perda geral de qualquer *munus* público exercido, mas que direciona-se para aquele no qual foi constatada a conduta ímproba.

Por tais razões, julgo parcialmente procedente a ação rescisória, apenas para determinar que a perda do cargo se circunscreva àquele em que foi praticada a improbidade e não ao cargo exercido como professora.

É como voto.

### **AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA N° 6.645-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO  
Autores: STÊNIO REIS SILVA, DIVACY COSTA DA SILVA, JAILSON RODRIGUES TEIXEIRA, JANAÍNA SANTOS RODRIGUES, JOÃO VICTOR SANTOS RODRIGUES, JONATAS VINÍCIUS SANTOS RODRIGUES, SUZETE LIMA FELIPE E ZENILDO DA SILVA SARMENTO  
Ré: UNIÃO  
Agravante: STÊNIO REIS SILVA  
Advs./Procs.: DRS. RICARDO ANDRÉ BANDEIRA MARQUES E OUTROS

***EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL ATAÇANDO DESPACHO QUE INDEFERIU O BENEFÍCIO DE JUSTIÇA GRATUITA EM AÇÃO RESCISÓRIA NA QUAL, VITORIOSOS OS DEMANDANTES, ORA AGRAVANTES, TERÃO A SEU FAVOR O REAJUSTE, EM SEUS VENCI-***



**MENTOS, PROVENTOS OU PENSÃO, DE 47,94% A PARTIR DE MARÇO DE 1994, ALÉM DO ACRÉSCIMO MENSAL DE DITO PERCENTUAL, DE FORMA A CUIDAR-SE, EFETIVAMENTE, DE UMA EXECUÇÃO MILIONÁRIA, COMO SE FIXOU EM OUTRAS DEMANDAS IDÊNTICAS.**

**- Os agravantes recebem, em conjunto, mais de trinta e cinco salários mínimos mensalmente, de maneira a não se situarem na faixa dos necessitados aos benefícios da justiça gratuita preconizada na Lei 1.060, de 1951, a reclamar a assistência da defensoria pública, dos serviços de assistência judiciária, de indicação de advogados pela Ordem dos Advogados do Brasil, não se destinando a assistência por parte de escritório de grande vulto, como no caso.**

**- Ademais, o grande nó não se encontra no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, mas no depósito de cinco por cento, exigido pelo art. 488, inc. II, do Código de Processo Civil. No entanto, é de se observar que a matéria central é a referente ao benefício da justiça gratuita, figurando o depósito como consequência, a abraçar somente o interessado que faça jus ao dito benefício, o que aqui não é o caso.**

**- Enfim, é de se acrescentar que, em julho de 2002, quando os agravantes movimentaram execução de sentença contra a ora agravada, apontaram o total da execução em R\$ 661.745,85, cf. fls. 89 e 753/754, soma que, dez anos após, evidentemente, já atinge um patamar muito elevado, dado que não pode ser desprezado no desenho de todo o cenário que a pretensão, embutida na rescisória, faz aparecer.**

**- Improvimento do agravo regimental.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide o egrégio Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo

regimental, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 1º de agosto de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO  
- Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Em primeira decisão, fl. 825, datada de 1º de agosto de 2011, deferi os benefícios da justiça gratuita aos autores da presente rescisória, ajuizada com intuito de desconstituir acórdão da 2ª Turma, prolatado nos autos de embargos à execução, referente ao índice de reajuste de 47,94%.

Posteriormente, por entender que os autores não preenchiam os requisitos da Lei 1.060, de 05 de fevereiro de 1950, revoguei a decisão anterior, ao mesmo tempo em que indeferia o pedido da justiça gratuita, considerando, que, quando integrante da Terceira Turma deste Tribunal, sempre adotara como parâmetro para deferimento do benefício, o recebimento não superior de cinco salários mínimos a título de remuneração pelo autor postulante, fls. 875-876.

Contra o ato de indeferimento do benefício, foi interposto, pelos autores, o presente agravo regimental, dentro da fundamentação de que a gratuidade judiciária não depende da comprovação do estado de pobreza pela parte, mas da mera alegação da impossibilidade de custear as despesas processuais, sem prejuízo próprio ou de sua família, além do que a motivação do ato concessório do benefício é facultativa, considerando que a regra geral é a concessão da gratuidade, enquanto o indeferimento é a exceção, fls. 893-900.

Ao se pronunciar, a União alegou que os agravantes, na qualidade de servidores públicos federais, auferindo renda superior a cinco salários mínimos, são capazes de arcar com o pagamento de custas, preparos de recursos, honorários advocatícios e outras eventuais despesas processuais, fl. 918.

A Procuradoria Regional da República nada tem a opor quanto à concessão do benefício da gratuidade judiciária, fl. 920.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

O cenário evidencia a presença, no centro dos fatos, de ação rescisória na qual se persegue a aplicação do reajuste de 47,94%, a partir de março de 1994, a título de prestações vencidas, além do acréscimo, aos vencimentos, proventos e pensões, doravante, do dito percentual. Em julho de 2002, fl. 747, quando a execução de sentença foi distribuída, o valor perseguido era de R\$ 661.745,85, fls. 89 e 753/754. De lá para cá dez anos estão a se passar.

Como se observa, a pretensão, acaso vitoriosa, caracteriza aquilo que, em autos diversos, ligados a este Gabinete, os interessados denominaram de *execução milionária*, abeirando a soma de *1 milhão de reais*.

Acresce-se a existência de mais de quarenta rescisórias com a mesma finalidade.

No caso, os agravantes, em número de cinco [necessário esclarecer que quatro deles são pensionistas de um autor já falecido], recebem, a título de vencimentos, proventos e/ou pensões, o valor total de R\$ 22.275,06, equivalente a mais de trinta e cinco salários mínimos. Visto um por um, os cinco agravantes apresentam nos ganhos mensais os totais de mais de 4, 3, 6, 8 e 11 salários mínimos, respectivamente.

Por aí já tem uma visão do cenário, a reunir, de um lado, uma execução milionária, e, de outro, a certeza de garantir aos ora agravantes um acréscimo mensal de 47,94%, o que simboliza um aumento no total de quase metade dos ganhos mensais, o que, sumariamente, eleva o seu valor, levando em conta os cinco agravantes, para 52 salários mínimos, mais ou menos.

Iterativo que a presunção de pobreza de quem assim se declara cessa quando há prova em sentido contrário, como também não pode ser deixado de lado o valor do benefício perseguido, seja

no que se refere às parcelas vencidas, seja no que se liga à incorporação do percentual aos seus ganhos mensais.

Depois, é preciso ver que o problema não reside no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, se derrotados forem os ora agravantes. O nó que aperta o pescoço dos demandantes de ação rescisória repousa no depósito de cinco por cento sobre o valor da causa que os agravantes alegam não poderem pagar. No entanto, é preciso observar que o principal é o benefício da justiça gratuita, figurando a isenção do depósito como mera consequência a abraçar apenas o litigante que, efetivamente, faça jus ao benefício em tela, além do que o deferimento ou indeferimento do benefício de justiça gratuita não pode ser concedido sob o prisma de não poder o interessado efetuar o depósito prévio, deixando de lado o alto valor do bem de vida perseguido.

Ademais, os benefícios da Lei 1.060 se voltam para o necessitado que busca a defensoria pública, o serviço de assistência judiciária, ou, na sua falta, os quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, ou, ainda, indicando um advogado que aceite lhe representar. Não há como imaginar a Lei 1.060 ser aplicada à parte que é representada por um grande escritório de advogados, que, embora tivesse origem em Maceió – onde os ora agravantes residem –, apresenta-se hoje com sede nesta Capital do Recife e também no Distrito Federal, circunstância que dificulta o contato das partes com seus ilustres procuradores.

Enfim, é de se observar que, ao moverem a execução de sentença – que foi rechaçada por embargos, acolhidos decisório que a rescisória pretende desconstituir –, os ora embargantes não pediram os benefícios da justiça gratuita, só o fazendo agora, na aludida rescisória, sem esclarecerem a brusca alteração financeira vivida de um momento para outro.

Em suma, individualmente, constata-se que dos agravantes, três ganham mensalmente mais de cinco salários, um se aproxima dos cinco salários mínimos, e apenas um atinge três vírgula noventa e sete salários, e, no conjunto, ganham mais de trinta e cinco salários, chego à conclusão de que vale o total dos autores da demanda, de maneira que não vejo como lhes conceder o benefício da justiça gratuita, sobretudo pela impossibilidade de se encarar os agravantes, reunidos numa ação como autores, de

modo isolado, quando colocados na mesma ação, como sujeitos ativos, só podem ser encarados no seu aspecto conjuntural, não sendo possível separá-los em categorias financeiras diferentes.

Por este entender, voto pelo improvimento do agravo regimental.

É como voto.

## **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 21.197-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT  
Apelantes: MUNICÍPIO DE NATAL (RN) E UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE - UFRN  
Apelados: JOSÉ ANTÔNIO AMARO DE LIMA E OUTRO  
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO  
Advs./Procs.: DRS. AURINO LOPES VILA E FRANCISCO DAS CHAGAS E DE ANDRADE E OUTRO

**EMENTA: CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DEMORA NO ATENDIMENTO DE PARTURIENTE QUE NECES-SITAVA SE SUBMETER A PARTO CESARIANO POR ORIENTAÇÃO PRÉVIA DE PROFISSIONAL MÉDICO QUE PROCEDERA AO EXAME PRÉ-NATAL. NEGATIVA DA ÚNICA UNIDADE HOS-PITALAR, CONVENIADA AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS, SATISFATORIAMENTE APARELHADA PARA A REALIZAÇÃO DO PROCEDI-MENTO CIRÚRGICO, INDICADO PARA O CASO, NO MUNICÍPIO DE NATAL/RN. SENTENÇA MAN-TIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. CONCLUSÕES ELUCIDATIVAS DE TODOS OS FATOS OCORRIDOS DURANTE O INCIDENTE QUE ACARRETOU O ÓBITO DO RECÉM-NAS-CIDO. COLETA DE TESTEMUNHOS DOS PRO-FISSIONAIS ENVOLVIDOS. APELOS E REMES-**

**SA OFICIAL IMPROVIDOS. PRECEDENTES DESTA CORTE REGIONAL.**

**- Trata-se de apelação interposta contra julgado proferido pelo MM. Juízo da 1ª Vara Federal/RN que, nos autos de ação ordinária aforada por José Antônio Amaro de Lima e outro em face do Município de Natal/RN e da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, julgou procedente o pedido de condenação em danos morais no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) causados aos demandantes em decorrência de ato omissivo dos réus, quando do atendimento à gestante que se encontrava em trabalho de parto, necessitando com urgência de se submeter a parto cesáreo por prévia prescrição médica, em razão das condições em que o feto se encontrava no útero materno, vale dizer, em posição transversa ou pélvica, tendo a criança falecido em razão da demora no atendimento da parturiente, ora recorrida.**

**- Irresignado, o Município de Natal alega em suas razões recursais, em síntese: a) ausência de responsabilidade do Poder Público Municipal; b) a extrapolação dos danos morais quantificados – defendendo, alfim, a reforma da sentença do juízo monocrático (fls. 223/234).**

**- A UFRN, por seu turno, argumenta: a) “a peculiaridade da responsabilidade do Estado por serviços biomédicos – compreensão constitucional do alcance do direito à saúde e obrigações decorrentes”; b) “a assunção do risco no tratamento de saúde – responsabilidade contratual”, citando normas consumeristas; c) “a situação concreta – risco criado pelo Município – gestão municipal do SUS não repassa recursos – situação imprevisível – não ocorreu omissão de atendimento”, alegando que “os meios existem e foram utilizados, mas a força do problema revelou-se maior” (fls. 237/253).**

**- Analisando de maneira minudente as razões de decidir traçadas pelo Magistrado sentenciante, verifico que o julgado ora objurgado não é carecedor de qualquer reproche, conforme transcrição de alguns excertos do decisum de fls. 208/214, verbis: “(...) Discorrem que o pré-natal foi realizado e que foram orientados sobre a necessidade de o parto ocorrer na Maternidade Escola Januário Cicco, dada a posição do bebê. Informam, contudo, que ao procurarem a Maternidade Escola Januário Cicco com vistas à realização do parto cesáreo, não conseguiram internação, apesar de existir vaga, sendo a parturiente encaminhada, após triagem e exames, à Maternidade das Quintas, para se submeter a um parto normal. Noticiam que, em seguida, a parturiente foi admitida na Maternidade das Quintas, que não tinha estrutura para a realização de parto cesariano. Posteriormente, após a ruptura da bolsa provocada pela obstetra de plantão na Maternidade das Quintas, foi preciso que retornasse às pressas à Maternidade Escola Januário Cicco, vindo o bebê a falecer neste ínterim, não tendo resistido à longa espera que lhe foi imposta para nascer. (...) A jurisprudência identifica os pressupostos que levam à configuração de reparação por danos material e moral no âmbito da responsabilidade civil objetiva do Estado, nos seguintes termos: a) a conduta humana antijurídica (ativa ou omissiva); b) danos ou prejuízos material e moral indenizáveis; e c) nexos de causalidade (liame de causa e efeito entre a conduta antijurídica e o dano ocorrido). (...) De acordo com a literatura médica consultada para fins de coleta de subsídios para formação do entendimento deste julgador, um cordão umbilical prolapsado é uma complicação rara, que ocorre cerca de 1 entre cada 1000 partos. Provoca a compressão do cordão prolapsado, acarretando a**

*interrupção do fluxo sanguíneo para o bebê. Costuma acontecer quando da apresentação de nádegas, mas também ocorre quando o bebê emerge de cabeça, sobretudo se houver uma rotura prematura das membranas ou o feto não tiver descido para a pélvis. Se o feto não tiver descido, o fluxo de líquido provocado pela rotura das membranas desloca primeiro o cordão e depois o feto. Este é um dos motivos porque o médico não rebenta as membranas, a menos que a cabeça tenha descido para a pélvis. Se ocorrer um prolapso do cordão, é necessário que a parturiente dê à luz de imediato (em geral por meio de cesariana) para evitar que o feto seja lesado por causa da falta de sangue. Até que a intervenção cirúrgica comece, a enfermeira ou o médico mantêm o recém-nascido afastado do cordão umbilical para que não se interrompa o fluxo de sangue pelo cordão prolapsado. (...) A impressão que se tem e que é forte, é que o óbito poderia ter sido evitado ou poderiam, ao menos, ter sido bastante minimizados os riscos de morbidade, se a parturiente tivesse sido admitida, desde o início, na Maternidade Escola Januário Cicco, por ela procurada para realização do parto cesáreo, e/ou se tivesse sido adotado outro método de diagnóstico, como auxílio, por exemplo, de ultrassonografia, para determinar a posição do bebê, ao invés da aplicação do procedimento chamado de amniotomia, mais invasivo e sem volta, atinente à provocação da ruptura da bolsa de águas na Maternidade das Quintas, local sem estrutura para procedimento cirúrgico urgente. (...) Mas a preocupação primeira era com a incompatibilidade de internação de paciente que parecia ser de risco, a triagem focou mais na “hierarquização das maternidades do SUS”, e deixou de perceber que o risco estava passando despercebido. (...) Assumem, os gestores e*



**unidades participantes do SUS, portanto, ao vencer essa política pública, para se usar a palavra que foi constante nessa fundamentação, o “risco”. O risco que precisarem arcar com os encargos da responsabilidade civil, por não darem a devida atenção às situações que envolvem o risco de morte. (Grifos acrescidos)**  
**- Apelações e remessa oficial improvidas. Precedentes colacionados.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELREEX 21197-RN, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento aos apelos e à remessa necessária, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 2 de agosto de 2012. (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 contra julgado proferido pelo MM. Juízo da 1ª Vara Federal/RN que, nos autos de ação ordinária aforada por José Antônio Amaro de Lima e outro em face do Município de Natal/RN e da Universidade Federal do Rio do Grande do Norte - UFRN, julgou procedente o pedido de condenação em danos morais no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) causados aos demandantes em decorrência de ato omissivo dos réus, quando do atendimento à gestante que se encontrava em trabalho de parto, necessitando com urgência de se submeter a parto cesáreo por prévia prescrição médica, em razão das condições em que o feto se encontrava no útero materno, vale dizer, em posição

transversa ou pélvica, tendo a criança falecido em razão da demora no atendimento da parturiente, ora recorrida.

2. Irresignado, o Município de Natal alega em suas razões recursais, em síntese: a) ausência de responsabilidade do Poder Público Municipal; b) a extrapolação dos danos morais quantificados – defendendo, alfim, a reforma da sentença do juízo monocrático (fls. 223/234).

3. A UFRN, por seu turno, argumenta: a) “a peculiaridade da responsabilidade do Estado por serviços biomédicos – compreensão constitucional do alcance do direito à saúde e obrigações decorrentes”; b) “a assunção do risco no tratamento de saúde – responsabilidade contratual”, citando normas consumeristas; c) “a situação concreta – risco criado pelo Município – gestão municipal do SUS não repassa recursos – situação imprevisível – não ocorreu omissão de atendimento”, alegando que “os meios existem e foram utilizados, mas a força do problema revelou-se maior”. (Fls. 237/253).

4. Contrarrazões pelos recorridos, defendendo a manutenção *in totum* da sentença ora vergastada (fls. 260/263).

5. É o relatório.

## VOTO

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

1. Pretendem os recorrentes a reforma da sentença do juízo monocrático que, ao acolher o pedido de indenização por danos morais formulado pelos demandantes, reconheceu a responsabilidade civil do Estado em não prestar um pronto atendimento à gestante que se encontrava em trabalho de parto, necessitando ser submetida a parto cesariano por prévia orientação médica de profissional que procedeu ao seu exame pré-natal.

2. Analisando de maneira minudente as razões de decidir traçadas pelo Magistrado sentenciante, verifico que o julgado ora objurgado não é carecedor de qualquer reproche.

3. Com efeito, tenho por válida a transcrição de alguns excertos do *decisum* de fls. 208/214, *verbis*:

Discorrem que o pré-natal foi realizado e que foram orientados sobre a necessidade de o parto ocorrer na Maternidade Escola Januário Cicco, dada a posição do bebê. Informam, contudo, que ao procurarem a Maternidade Escola Januário Cicco com vistas à realização do parto cesáreo, não conseguiram internação apesar de existir vaga, sendo a parturiente encaminhada, após triagem e exames, à Maternidade das Quintas, para se submeter a um parto normal. Noticiam que, em seguida, a parturiente foi admitida na Maternidade das Quintas, que não tinha estrutura para a realização de parto cesariano. Posteriormente, após a ruptura da bolsa provocada pela obstetra de plantão na Maternidade das Quintas, foi preciso que retornasse às pressas à Maternidade Escola Januário Cicco, vindo o bebê a falecer neste ínterim, não tendo resistido à longa espera que lhe foi imposta para nascer. (...) A jurisprudência identifica os pressupostos que levam à configuração de reparação por danos material e moral no âmbito da responsabilidade civil objetiva do Estado, nos seguintes termos: a) a conduta humana antijurídica (ativa ou omissiva); b) danos ou prejuízos material e moral indenizáveis; e c) nexos de causalidade (liame de causa e efeito entre a conduta antijurídica e o dano ocorrido). (...) De acordo com a literatura médica consultada para fins de coleta de subsídios para formação do entendimento deste julgador, um cordão umbilical prolapsado é uma complicação rara, que ocorre cerca de 1 entre cada 1000 partos. Provoca a compressão do cordão prolapsado, acarretando a interrupção do fluxo sanguíneo para o bebê. Costuma acontecer quando da apresentação de nádegas, mas também ocorre quando o bebê emerge de cabeça, sobretudo se houver uma rotura prematura das membranas ou o feto não tiver descido para a pélvis. Se o feto não tiver descido, o fluxo de líquido provocado pela rotura das membranas desloca primeiro o cordão e depois o feto. Este é um dos motivos porque o médico não rebenta as membranas a menos que a cabeça tenha descido para a pélvis. Se ocorrer um prolapso do cordão, é necessário que a parturiente dê à luz de imediato (em geral por meio de cesariana) para evitar que o feto seja lesado por causa da falta de sangue. Até que a intervenção cirúrgica comece, a enfermeira ou o médico mantêm o recém-nascido afastado do cordão umbilical para

que não se interrompa o fluxo de sangue pelo cordão prolapsado. (...) **A impressão que se tem e que é forte, é que o óbito poderia ter sido evitado ou poderiam, ao menos, ter sido bastante minimizados os riscos de morbidade, se a parturiente tivesse sido admitida, desde o início, na Maternidade Escola Januário Cicco, por ela procurada para realização do parto cesáreo, e/ou se tivesse sido adotado outro método de diagnóstico, como auxílio, por exemplo, de ultrassonografia, para determinar a posição do bebê, ao invés da aplicação do procedimento chamado de amniotomia, mais invasivo e sem volta, atinente à provocação da ruptura da bolsa de águas na Maternidade das Quintas, local sem estrutura para procedimento cirúrgico urgente. (...) Mas a preocupação primeira era com a incompatibilidade de internação de paciente que parecia ser de risco, a triagem focou mais na “hierarquização das maternidades do SUS”, e deixou de perceber que o risco estava passando despercebido. (...) Assumem, os gestores e unidades participantes do SUS, portanto, ao vivenciar essa política pública, para se usar a palavra que foi constante nessa fundamentação, o “risco”. O risco que precisarem arcar com os encargos da responsabilidade civil, por não darem a devida atenção às situações que envolvem o risco de morte.** (Grifos acrescidos)

4. Sobre a matéria discutida nos presentes autos, esta Corte Regional já teve oportunidade de se manifestar a respeito, conforme arestos colhidos e a seguir ementados, *litteris*:

ADMINISTRATIVO E CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATENDIMENTO DE GESTANTE EM HOSPITAL UNIVERSITÁRIO, QUE RESULTOU NA MORTE DO RECÉM-NASCIDO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO ACOLHIDA. LEGITIMIDADE DA UFAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, PARÁGRAFO 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/1988. NEXO CAUSAL CONFIGURADO. SERVIÇO PÚBLICO INEFICIENTE. DEVER DE INDENIZAR. MANUTENÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO.

1. Apelações desafiadas pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL e pela União em face da sentença que julgou

procedente o pedido autoral de indenização por danos morais, em razão do falecimento de filho recém-nascido em hospital público, tendo como causa a ingestão de líquido meconial no momento da cesariana, tendo as rés sido condenadas, solidariamente, ao pagamento do montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com correção monetária a partir do dano (9-7-2007), e juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, até o início da vigência da Lei nº 11.960/2009 (30-6-2009), a partir de quando deve incidir os índices nela previstos.

2. Preliminar de ilegitimidade passiva da União, suscitada nas razões de apelação, que prospera, tendo em vista que o fato descrito nos autos ocorreu em um Hospital Universitário, vinculado à UFAL, que é Autarquia Federal, pessoa jurídica de direito público, com patrimônio próprio, devendo, assim, responder diretamente, se for o caso, pelos danos causados aos autores.

3. E o fato do procedimento médico realizado no âmbito do Hospital Universitário ter sido custeado pelo Sistema Único de Saúde - SUS, não tem, por si só, o condão de atrair a responsabilidade para a União ou até mesmo transformá-la em solidária, diante do que dispõe o art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, que determina que as pessoas jurídicas de direito público responderão diretamente pelos danos causados pelos seus agentes.

4. Consta dos autos que a autora deu entrada na maternidade no dia 7 de março de 2007, às 9:00 horas, sentindo, segundo afirmou, fortes dores, contudo, naquela data, não fora realizado o parto cesariana, mas manteve-se a internação da parturiente, porque, segundo constou do seu prontuário, havia dúvida sobre a idade do feto. No dia seguinte, fora realizado um exame obstétrico na paciente, que revelou colo cervical dilatado em apenas 1,5 cm em uma polpa digital, conforme o documento de fl. 86.

5. Ainda conforme o prontuário da paciente, o trabalho de parto teve início às 10:00 horas do dia 8 de março de 2007 e a bolsa amniótica se manteve íntegra até o momento da cesariana. Segundo afirmado pelo Hospital, não havia sinais de sofrimento fetal, nem indicação absoluta de cesariana, mas admitiu que a indicação relativa sempre deverá ser discutida entre os obstetras de plantão. O trabalho de parto se estendeu por aproximadamente 12 horas, razão

pela qual foi recomendada a cirurgia cesariana. O parto cirúrgico foi realizado às 22:00 horas do dia 8 de março de 2007, tendo a criança nascido às 22:25 horas. Durante a cirurgia foi evidenciada a presença de mecônio espesso no líquido amniótico, que foi aspirado pelo feto, o que provocou a síndrome de aspiração meconial .

6. A criança ficou internada na UTI-neonatal por aproximadamente 22 horas, vindo a falecer no dia 9 de março de 2007, às 19:00 horas, tendo como causa da morte a falência de múltiplos órgãos, hipertensão pulmonar persistente, síndrome de aspiração meconial, conforme se vê da Certidão de óbito de fl. 15.

7. Percebe-se dos documentos colacionados aos autos que o feto não havia apresentado nenhum problema clínico durante o pré-natal, todos os exames constataram a normalidade da criança, sendo que todo o problema ocorreu com a presença de mecônio no líquido amniótico e a ingestão pelo feto durante a cesariana.

8. Conforme se observa do documento de fl. 39v, houve trabalho de parto prolongado e fora constatado sofrimento fetal, o que indica que não houve o monitoramento cuidadoso e acurado que requer o parto realizado nessas condições, quais sejam, em que a parturiente passou muitas horas em trabalho de parto, tendo em vista que chegou ao Hospital no dia 7 de março sentido fortes dores, e somente fora realizada a cirurgia de retirada do feto no dia 8 de março às 22:00 horas.

9. Ressalte-se que, embora o magistrado monocrático tenha dispensado a realização da perícia médica, isso não constitui óbice para o julgamento da demanda, vez que os documentos colacionados aos autos são suficientes para concluir pela omissão do Hospital em prestar um atendimento adequado à paciente, quando tinha o dever legal de fazê-lo, o que culminou com a morte da criança.

10. Ficou evidenciado nos autos que se a parturiente tivesse recebido o tratamento médico adequado, o feto teria plenas condições de sobrevivência, já que todos os exames pré-natais atestaram a sua saúde, somente tendo ocorrido o evento morte por causa da falha do serviço público, que se revelou ineficiente para evitar o evento morte.

11. A conduta lesiva ensejadora da responsabilidade estatal pode surgir por decorrência da omissão do Estado pe-

rante o evento alheio que cause o gravame, caso em que se caracteriza o 'funcionamento defeituoso do serviço' – a *faute de service* – que independe da culpa do agente público, e que surge quando o serviço público: i) funciona mal; ii) não funciona; ou iii) funciona a destempo (serodiamente).

12. Outrossim, não há dúvidas quanto à existência do nexo de causalidade entre a omissão culposa do corpo médico do Hospital, e os danos causados aos autores, que entraram no Hospital com um feto saudável e em plenas condições de nascimento e sobrevivência, e deixaram o local com um cadáver, de sorte que cabe à UFAL o ônus de indenizar a parte autora pelos danos morais.

13. Para a aferição do *quantum* da indenização não pode haver arbítrio puro do magistrado, devendo ser feita em atenção a critérios objetivos, tais como, o *status* de que desfruta o ofendido, a condição financeira do ofensor, a extensão dos efeitos do dano, etc.

14. A parte autora pleiteou o montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) pelos danos morais, montante que se revela razoável e proporcional à reparação do evento danoso, considerando os critérios objetivos acima elencados, e sem perder de vista o fato de que, tal cifra, não ostentará o condão de fomentar o enriquecimento sem causa (ilícito) dos apelados.

15. Os juros moratórios de 0,5% (meio por cento) devem incidir a partir da citação, nos termos fixados pela sentença, tendo em vista não ser possível, no caso, a aplicação da Súmula nº 54/STJ, ou seja, desde o evento danoso, tendo em vista que tal mudança configuraria *reformatio in pejus*, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

16. Já a correção monetária deve incidir não a contar do evento danoso, mas sim da data da sentença que estipulou a indenização, conforme orientação da Súmula nº 362/STJ: "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento".

17. A partir da vigência da Lei 11.960/2009, os juros e a correção monetária são devidos pelos índices aplicáveis à caderneta de poupança.

18. Apelação da União provida, para excluí-la da lide por ilegitimidade passiva, apelação da UFAL improvida, e remessa necessária tida por interposta provida em parte, apenas para ajustar a correção monetária. (TRF 5ª R., Ter-

ceira Turma, AC 513609/AL, Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano, DJE 16/04/2012, p. 145)

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. UFPE. HOSPITAL UNIVERSITÁRIO. MORTE DE RECÉM-NASCIDO DURANTE O PARTO. ASSISTÊNCIA MÉDICA INADEQUADA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. MAJORAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. APELAÇÃO DA UFPE E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA.

1. Remessa oficial e apelações interpostas contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar a UFPE ao pagamento de indenização por danos morais causados à parte autora, em virtude da morte de sua filha, por ocasião do parto, decorrente de conduta médica indevida imputada ao hospital universitário. A pretensão concernente à indenização por danos materiais restou afastada, não tendo sido objeto do apelo da postulante.

2. Afastada a alegação de cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, tendo em vista a existência nos autos de prova suficiente ao exame do mérito.

3. Hipótese em que a autora deu entrada no Hospital das Clínicas de Pernambuco às 05:00 horas do dia 02/05/2005, apresentando dores decorrentes de dilatações aferidas em 4 cm, mas sem “ruptura das águas”, pelo que não foi diagnosticado trabalho de parto ativo. Diante da ausência de leito disponível, foi acomodada numa cadeira escolar e, por ser uma grande múltipara (antecedentes de 06 partos normais), a equipe médica adotou conduta expectante. Às 21:00 horas, quando da substituição do médico obstetra plantonista, deu-se início à aplicação de ocitocina (fármaco que provoca contrações uterinas), com continuidade do procedimento de espera. Somente às 5:15 horas do dia 03/05/2005, quando da constatação de dilatação completa, o médico plantonista foi novamente acionado, sendo a autora, enfim, encaminhada à sala de parto. O nascimento e a decorrente morte do recém-nascido ocorreram às 5:25 horas.

4. Independentemente da adequação da técnica médica adotada na fase expulsiva do parto, resta evidente que à autora não foi direcionado atendimento hospitalar compatível com a situação que apresentava, sendo submetida a



tratamento atentatório à dignidade da pessoa humana. Segundo informações prestadas pelo próprio médico que conduziu o parto, no período em que a autora esteve internada, a maternidade do HCPE estava superlotada, com cinco pacientes acomodadas em cadeiras. Informou-se, ainda, que os médicos plantonistas da maternidade, berçário e UTI neonatal encaminharam abaixo-assinado ao CREMEPE, via Comissão de Ética, denunciando a imposição de internamento de pacientes, apesar da falta absoluta de leitos e de uma boa assistência obstétrica e neonatal.

5. É notória a negligência da apelante, que mantém um serviço médico-hospitalar descompromissado com sua função primordial de fornecer um atendimento de qualidade, zelando pelas vidas daqueles que os procuram.

6. Os danos morais sofridos pela autora são inquestionáveis, caracterizados pela tristeza, dor e abalo psicológico que devem ser indenizados. Na longa jornada de quase 24 horas em processo de contrações, a postulante foi submetida a condições de atendimento precárias que levaram à morte de sua filha, esperada por longos meses e cuja gestação transcorria dentro dos padrões da normalidade.

7. Tratando-se de danos morais, o valor da indenização deve ser suficiente para desencorajar a reiteração de condutas ilícitas e lesivas por parte do réu e, ao mesmo tempo, amenizar, na medida do possível, o constrangimento causado à parte lesada. Por outro lado, não pode se mostrar excessivo diante da lesão causada, sob pena de resultar em enriquecimento ilícito.

8. Considerando as circunstâncias do caso apresentado, o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), arbitrado na sentença recorrida, mostra-se insuficiente à reparação dos danos morais efetivamente sofridos pela autora, em face do que deve ser majorado para o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a sofrer incidência de correção monetária a partir deste julgamento.

9. Mantido os honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da condenação, por atender aos parâmetros do art. 20, parágrafo 3º, do CPC.

10. Remessa oficial e apelação da UFPE improvidas.

11. Apelação da autora provida. (TRF 5ª R., Primeira Turma, AC 433496/PE, Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira, *DJE* 15/04/2010, p. 142)

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DEMORA NO ATENDIMENTO DE GESTANTE EM UNIDADE HOSPITALAR MANTIDA COM RECURSOS DO SUS. MORTE DE RÉCEM-NASCIDO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO REJEITADA. DANOS MORAIS. PROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO.

1. Rejeitada a alegação de ilegitimidade passiva da União, eis que ela responde pelos atos praticados pelas pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviço público delegado, considerando que, na hipótese, a União possui atribuição legal de controle e fiscalização de serviços na área da saúde, nos termos da art. 6º, VII, da Lei 8.080/90, que trata do Sistema Único de Saúde.

2. De acordo com a melhor doutrina, a teoria do risco administrativo prevista no art. 37, parágrafo 6º, da CF, prescinde da demonstração da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando apenas que a vítima demonstre a ocorrência do evento danoso em virtude de ação ou omissão do ente público.

3. No caso dos autos, restou demonstrado que o dano moral consistente na morte do filho recém-nascido da autora foi causado pela demora e pelo descaso quando de seu atendimento na APAMI - Associação de Proteção e Assistência à Maternidade e à Infância de São Tomé, no Estado do Rio Grande do Norte, Maternidade Rita Leonor de Medeiros, onde a paciente em trabalho de parto levou 4 horas para ser atendida e deslocada à sala de parto, circunstância absurda, eis que a gestante já tinha comparecido à referida unidade hospitalar no turno da manhã, sendo orientada a retornar quando sentisse maiores dores, bem como pela inexistência de corpo médico especializado e capacitado para a realização de cesáreas e, finalmente, pela ausência de estrutura adequada para o recebimento de pacientes prestes a dar à luz, o que acarreta a obrigação da Administração em indenizar.

4. Diante da alta gravidade do evento danoso, caracterizada pela extrema dor (física e moral), aflição e temor causados à jovem gestante (25 anos, à época) desde o instante que adentrou na indigitada unidade hospitalar até o momento da perda prematura de seu primeiro filho, deve ser mantida a condenação da União e da APAMI na quantia de R\$ 150.000,00 a título de indenização por danos morais

como forma de minorar o sofrimento causado à demandante. (STJ, REsp 402874/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Indenização mantida em 300 salários mínimos; e TRF 2ª, AC 267.113/RJ, Rel. Des. Fed. Vera Lúcia Lima. Indenização majorada para R\$ 150.000,00 )

5. Sobre o montante indenizatório, deverão incidir tão somente juros de mora com base na taxa SELIC e a partir da ocorrência do evento danoso, tendo em vista a impossibilidade de cumulação da referida taxa com outro índice de atualização, seja de juros, seja de correção monetária.

6. Redução da verba honorária de 10% sobre o valor da condenação para a quantia de R\$ 7.500,00, levando-se em consideração a relativa complexidade da matéria discutida nos autos e o curto tempo de tramitação do feito (ajuizamento em 2006), nos termos do art. 20, parágrafo 4º, do CPC.

7. Apelação e remessa oficial parcialmente providas. (TRF 5ª R., Segunda Turma, APELREEX4496/RN, Rel. Des. Federal Francisco Wildo, DJE 09/10/2009, p. 138)

5. Em face do exposto, e forte nos precedentes susomencionados, nego provimento às apelações e à remessa oficial.

6. É como voto, em. Pares.

## **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 21.626-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA  
Apelantes: RAPIDÃO COMETA LOGÍSTICA E TRANSPORTE S/A E FILIAIS E FAZENDA NACIONAL  
Apelados: OS MESMOS  
Advs./Procs.: DRS. MOACIR ALFREDO GUIMARÃES NETO E OUTROS

***EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. TEMPESTIVIDADE. INTERESSE DE AGIR. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS NÃO CUMULATIVOS. CREDITAMENTO DE INSUMOS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. SOCIEDADE EMPRESÁRIA DE LOGÍSTICA E TRANSPORTE DE***

**CARGAS. LEI Nº 10.866/03 E LEI Nº 10.637/02. INSUMOS DIRETOS E INDIRETOS. CONTRATOS DE SEGURO. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. PROCEDÊNCIA EM PARTE.**

**1. Hipótese em que o mandado de segurança foi impetrado por sociedade anônima e suas filiais com o desiderato precípua de assegurar suposto direito líquido e certo ao desconto, na base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS, de insumos específicos de sua atividade de logística e de transporte de cargas.**

**2. AGRAVOS RETIDOS:**

**I. Deixa-se de conhecer o recurso da impetrante de fls. 327/365, haja vista a reconsideração da decisão que indeferia a liminar à fl. 393/399. Tendo-se amoldado a hipótese ao art. 523, § 2º, do CPC, cumpre reconhecer o esvaziamento do objeto do agravo, tal como já consignado à fl. 615. Agravo retido do contribuinte não conhecido.**

**II. Conhece-se do agravo retido interposto pela Fazenda Nacional, vez que houve pedido explícito à fl. 537, verso. Contudo, ao pugnar pela revogação da liminar, utilizou-se de argumentação inteiramente reproduzida nos debates das apelações. Sendo assim, a extensão da tutela de urgência e a sua produção de efeitos será restrita aos termos em que restar concedida a segurança no acórdão. Agravo retido parcialmente provido.**

**3. REMESSA OBRIGATÓRIA E APELAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL:**

**I. Do interesse de agir: nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/88, o acesso à tutela jurisdicional não pressupõe apenas a lesão a direito, admitindo também meios preventivos para debelar uma ameaça concreta. Esta é precisamente a hipótese em que se insere a ação mandamental, pois o contribuinte busca fazer prevalecer uma interpretação do texto legal, a fim de**

**que possa realizar descontos na base de cálculo das contribuições sem oposição administrativa.**

**II. Da tempestividade do mandado de segurança: constatado o caráter preponderantemente preventivo do mandado de segurança, o consectário inafastável disso é que também não procede a outra defesa apresentada pelo ente público de que se inobservou o prazo de cento e vinte dias previsto na revogada Lei nº 1.533/51 e mantido na Lei nº 12.016/09.**

**III. Da prejudicial de prescrição: seja pelo entendimento de que o Decreto nº 20.910/32, art. 3º, se aplica ao caso, seja pela regência da matéria pelos termos do artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, o crédito surgido antes de maio de 2006 está extinto, tendo em vista que o ajuizamento da ação foi efetuado apenas em maio de 2011.**

**IV. Do mérito: No caso dos autos, pretende-se reverter a segurança que concedeu o crédito, para abatimento da base de cálculo da COFINS/PIS, não cumulativos, dos gastos com contratos de seguro com cobertura de responsabilidade civil e serviços de telecomunicações, utilizados pelas Empresas de logística e transporte de cargas.**

**V. A possibilidade de creditamento de despesas, nos casos da contribuição ao PIS e da COFINS, está amparada pelo artigo terceiro das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03, de idêntica redação, cujos incisos permitem inferir duas disciplinas para os tipos de insumos: enquanto nos incisos I e do III ao X se menciona especificamente a utilização de insumos na atividade da empresa, num nexo mais tênue em relação ao produto ou serviço, e mais forte em relação à viabilização da atividade como um todo, no inciso II, o legislador ordinário foi claro ao estabelecer o liame com a prestação de serviços e com a produção ou fabricação de bens ou produtos.**

**VI. Os insumos diretos são, então, objeto do**

***inciso II do art. 3º das Leis de nºs 10.833/03 e 10.637/02, enquanto os indiretos são os referidos nos demais incisos, por exemplo, custos com o estabelecimento, mão de obra e infraestrutura. Embora a lei não se valha dos termos “indireto” e “direto”, utiliza-se deles pela descrição das suas características, o que, inclusive, se depreende da confrontação entre os incisos.***

***VII. Ficam de fora da previsão legal os dispêndios que se apresentem num grau de inerência que configure mera conveniência da pessoa jurídica contribuinte (sem alcançar perante o fator de produção o nível de uma utilidade ou necessidade) ou, ainda, que ligados a um fator de produção, não interfiram com o seu funcionamento, continuidade, manutenção e melhoria. (GRECO, Marco Aurélio apud PAULSEN, Leandro; VELLOSO, Andrei Pitten. *Contribuições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 206.)***

***VIII. Pelo exposto, os insumos diretos possuem autorização genérica para o creditamento, bastando a previsão legal consignada no inciso II: “a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes [...] (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)”.***

***IX. Os insumos indiretos, no entanto, por dependerem de um nexó ou juízo de necessidade, essencialidade e utilidade, ponderado pelo legislador, dependem de menção legal explícita para gerar o mesmo direito de crédito.***

***X. Sob essa dúplici perspectiva dos insumos, perfilha-se o entendimento de que, em regra, as despesas com seguros e telecomunicações, quando não impostas efetivamente por leis específicas como elementos obrigatórios para a***

*atividade de logística e transporte, representam insumos indiretos, a exigir expressa menção do legislador para que se legitimasse o creditamento pelo seu juízo de necessidade, essencialidade e utilidade.*

*XI. Quanto aos contratos de seguro, a Lei nº 11.442/2007, art. 13, estabelece a obrigatoriedade necessária para considerar-se devido o creditamento, desde que demonstrado na via administrativa a contratação direta pela empresa transportadora.*

*XII. Por outro lado, no que concerne à utilização de rádio, celular e telefone convencional e serviço 0800, não é peculiaridade dos serviços prestados pela autora, mas elemento que, embora não componha diretamente o serviço, pode ser, indistintamente, essencial para quaisquer atividades e, diante desse caráter geral, não teria passado despercebido pelo legislador caso o objetivo fosse autorizar o creditamento das respectivas despesas. Impossibilidade de creditamento.*

*XIII. Para os custos com rastreamento, entende-se que o cenário legislativo atual favorece a pretensão do autor, vez que, ao instituir o Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão ao Furto e Roubo de Veículos e Cargas, a LC nº 121/2006 permitiu ao CONTRAN estabelecer os dispositivos obrigatórios de segurança de veículos produzidos no País ou importados, dentre os quais o de rastreamento. Nessa política, certamente o transporte de cargas ocupa o centro das preocupações e o rastreamento passa a compor exigência direta do próprio serviço prestado.*

#### **4. APELAÇÃO DO CONTRIBUINTE:**

*I. A insurgência recursal do contribuinte visa unicamente a afastar os limites temporais impostos pelo juízo de origem ao creditamento objeto da ação. Para tanto, sustenta que o direito não poderia ser assegurado apenas a partir da data*

**da propositura da demanda, pois o que busca precisamente é a declaração do direito de amortizar o crédito tributário de COFINS e PIS com o crédito excluído de suas bases de cálculo.**

**II. De fato, na via mandamental não se está a questionar os valores, o quanto foi despendido com contratos de seguro e rastreamento. Tão somente se pretende assegurar que a interpretação do art. 3º, inciso II, das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, não sirva de impedimento ao aproveitamento dos valores na via administrativa.**

**III. Ressalvados os créditos atingidos pela consumação da prescrição quinquenal, a pretensão ao crédito escritural extravasa o momento da propositura do mandado de segurança e se estende legitimamente até o ingresso no ordenamento jurídico das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03.**

**IV. Incidência de correção monetária (Súmula nº 411/STJ aplicada ante a identidade de razões).**

**- Agravo retido do contribuinte não conhecido.**

**- Agravo retido da Fazenda Nacional conhecido e parcialmente provido.**

**- Remessa obrigatória e apelação da Fazenda Nacional parcialmente providas.**

**- Apelação do contribuinte parcialmente provida.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, não conhecer do agravo retido interposto pelo contribuinte, dar provimento parcial ao agravo retido da Fazenda Nacional, à remessa obrigatória e às apelações, nos termos do voto e relatório constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 21 de junho de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator



## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Cuida-se a espécie de mandado de segurança impetrado por sociedade anônima e suas filiais com o desiderato precípua de assegurar suposto direito líquido e certo ao desconto, na base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS, de insumos específicos de sua atividade de logística e de transporte de cargas. Pede, portanto, que se reconheça o direito ao creditamento das despesas com seguros de responsabilidade civil e serviços de telecomunicações (rastreamento, comunicação de dados, rádio, celular, fone convencional e serviço 0800).

Às fls. 480/481, o Ministério Público Federal não encontrou qualquer causa que justificasse a sua manifestação quanto ao mérito da lide, eis que ausente o interesse público primário e inócua crime ou ato de improbidade.

Proferida a sentença, o ilustre magistrado *a quo* julgou parcialmente procedente a pretensão, ao fundamento de que as normas regulamentares editadas pela Secretaria da Receita Federal não podem adotar concepção restritiva do conceito de insumos, tendo em vista que as Leis nº 10.833/03 e 10.637/02 não dão margem a essa interpretação. Restringiu, contudo, o creditamento ao período posterior ao ajuizamento da ação, vez que a Súmula nº 271 do Pretório Excelso impede que o mandado de segurança produza efeitos financeiros pretéritos.

A decisão está sujeita à remessa obrigatória.

Inconformada, nas razões da apelação, o contribuinte pugna pela reforma da decisão, especificamente quanto à limitação temporal imposta pelo julgado, haja vista a natureza meramente declaratória, e não repetitória da ação. Requer, outrossim, o conhecimento do agravo retido nos autos.

Contrarrazões às fls. 555/562, nas quais a Fazenda Nacional suscita a prejudicial de prescrição, que se consumaria na espécie pelo transcurso do quinquênio previsto no Decreto nº 20.910/32, art. 1º.

A Fazenda Nacional igualmente recorre para sustentar: a) a falta de interesse de agir, pois o mandado de segurança não foi precedido de lesão ou ameaça a direito; b) a perda do prazo de cento e vinte dias previsto na Lei nº 12.016/2009 e na Lei nº 1.533/51; c) a equivocada acepção inculcada no vocábulo “insumos”, que desvirtua a sistemática legal de não cumulatividade e esvazia a base de cálculo da contribuição; e d) a necessidade de conhecer do agravo interposto.

Contrarrazões às fls. 571/610, aduzindo novamente as razões exordiais.

Relatei.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Em apreciação preliminar, analiso a admissibilidade dos agravos interpostos ao longo do feito.

Inicialmente, deixo de conhecer o recurso da impetrante de fls. 327/365, haja vista a reconsideração da decisão que indeferia a liminar à fl. 393/399. Tendo-se amoldado a hipótese ao art. 523, § 2º, do CPC, reconheço o esvaziamento do objeto do recurso, tal como já consignado à fl. 615.

Por outro lado, conheço do agravo retido interposto pela Fazenda Nacional, vez que houve pedido explícito à fl. 537, verso. Contudo, ao pugnar pela revogação da liminar, utilizou-se de argumentação inteiramente reproduzida nos debates das apelações. Sendo assim, a extensão da tutela de urgência e a sua produção de efeitos será restrita aos termos em que restar concedida a segurança nas linhas seguintes.

### **1. REMESSA OBRIGATÓRIA E APELAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL**

#### **I. Preliminares**

Questiona-se primeiro a ausência de comprovação de qualquer recusa ou manifestação desfavorável por parte do Fisco capaz de dotar o autor do interesse de agir.

A alegação não possui consistência, vez que, nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/88, o acesso à tutela jurisdicional não pressupõe apenas a lesão a direito, admitindo meios preventivos diante de uma ameaça real. Esta é precisamente a hipótese em que se insere a ação mandamental, pois o contribuinte busca fazer prevalecer uma interpretação do texto legal, a fim de que possa se precaver contra os efeitos de eventual mora tributária. E como a tese sustentada, à evidência dos argumentos da manifestação da Fazenda Nacional, não é acolhida na via administrativa, exsurge a necessidade do exame de legalidade realizado pelo Poder Judiciário.

Assim, ao menos nesse estágio de asserções, o interesse de agir se revela, a permitir incursão no mérito.

Se constatado nas linhas anteriores o caráter preventivo do mandado de segurança, o consectário inafastável disso é que também não procede a outra defesa apresentada pelo ente público de que o mandado de segurança inobservou o prazo de cento e vinte dias previsto na revogada Lei nº 1.533/51 e mantido na Lei nº 12.016/09.

O mandado de segurança é, pois, tempestivo e preenche as exigências de ordem pública tratadas.

## **II. Prejudicial de prescrição**

O pleito formulado pela parte autora busca o creditamento propiciado pelas Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, no artigo terceiro, inciso segundo, desde o momento em que essas leis passaram a governar a relação jurídica tributária. Todavia, o ajuizamento da presente ação constitucional foi efetuado em maio de 2011, não podendo, por isso, deixar de submeter-se ao lustro prescricional, nos termos já assentados pelo col. Superior Tribunal de Justiça.

Tomo por empréstimo o recente aresto:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, CPC. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. SÚMULA Nº 284/STF. PIS E COFINS NÃO CUMULATIVOS. BENS INTEGRANTES DO ATIVO FIXO/IMOBILIZADO/PERMANENTE. CREDITAMENTO PELOS ENCARGOS DE DEPRECIAÇÃO E AMORTIZAÇÃO. PRES-

CRIZAÇÃO QUINQUENAL. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA NA FORMA DA SÚMULA Nº 411/STJ, POR ANALOGIA.

[...]

**3. A prescrição dos créditos fiscais visando ao creditamento das contribuições ao PIS e COFINS não cumulativos, a exemplo do creditamento escritural de IPI, é quinquenal, contada a partir do ajuizamento da ação.**

4. À exceção da existência de expressa autorização legal (v.g. art. 5º, §§1º e 2º, da Lei nº 10.637/2002 e art. 6º, §§1º e 2º, da Lei nº 10.637/2002), os créditos escriturais de PIS e COFINS, ainda que reconhecidos judicialmente, somente podem ser aproveitados mediante desconto das contribuições ao PIS e COFINS a pagar (art. 3º, § 4º, da Lei nº 10.637/2002 e da Lei nº 10.833/2003), sendo vedada a compensação na forma do art. 74 da Lei nº 9.430/96.

5. Reconhecido o direito ao creditamento e à existência de dispositivos legais e normativos ilegítimos que o impedem (no caso o art. 31 da Lei nº 10.865/2004 declarado inconstitucional pela Corte de Origem), é de se reconhecer a correção monetária dos créditos escriturais de PIS e COFINS. Incidência, por analogia, do recurso representativo da controvérsia REsp nº 1.035.847 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 24.6.2009, e do Enunciado nº 411 da Súmula do STJ: “É devida a correção monetária ao creditamento do IPI quando há oposição ao seu aproveitamento decorrente de resistência ilegítima do Fisco”.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.

(REsp 1269131/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 17/04/2012)

Desta feita, seja pelo entendimento de que o Decreto nº 20.910/32, art. 3º, se aplica ao caso, seja pela regência da matéria pelos termos do artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, para as *ações ajuizadas na sua vigência* (RE 566.621, art. 543-B do CPC), o crédito surgido antes de maio de 2006 está extinto.

**III. MÉRITO: Creditamento de insumos na sistemática não cumulativa de COFINS e de contribuição para o PIS**

Ao examinar o preceito permissivo dos descontos na base de cálculo da COFINS e da contribuição para o PIS, contido no art. 3º das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, compreende-se que todos os incisos estabelecem, detalhadamente, as espécies de insumos que geram creditamento.

Como “insumo” não tem acepção isolada no direito tributário, porque, antes, advém de relações de natureza privada, cumpre respeitar aquilo que, com essa percepção, o legislador acreditava aprisionar e captar na integração do termo ao texto normativo. Dessa feita, na formulação do conceito técnico-jurídico de insumo não se devem ignorar suas duas espécies, os insumos diretos, que demandam a participação física no bem ou serviço, e os insumos indiretos, que se inserem no contexto mais abrangente da atividade empresarial.

Pela simplicidade e clareza das definições, peço licença para importar um dos resultados de minhas consultas:

Insumos diretos: Assim são classificados os materiais e serviços utilizados na produção de outros bens ou serviços. Vale, também, a denominação de “matéria-prima” ou “produto”.

**Refere-se ao material empregado para que se obtenha qualquer resultado prático, seja produto ou serviço.**

Insumos indiretos: São aqueles necessários à produção, porém de forma indireta, não se agregando, sob qualquer forma, ao produto final. São, em geral, produtos fornecidos por concessionárias públicas, como energia elétrica, água, telefonia etc. Fazem parte, ao lado das instalações prediais, da infra-estrutura do negócio.<sup>1</sup>

Sob essa perspectiva, refaço a leitura do texto legal:

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

---

<sup>1</sup> Gestão de logística. Acesso em 15 de julho de 2011. Disponível em: [http://smaonline.rio.rj.gov.br/sistemas/SGDO/\\_rotinas/cadastro/docs/%7BB7C7024D-66F7-4930-88BC-37BBF77161F9%7D\\_Resumo1.doc](http://smaonline.rio.rj.gov.br/sistemas/SGDO/_rotinas/cadastro/docs/%7BB7C7024D-66F7-4930-88BC-37BBF77161F9%7D_Resumo1.doc)

I - bens adquiridos para revenda, exceto em relação às mercadorias e aos produtos referidos: (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

[...]

**II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei nº 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da Tipi; (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)**

III - energia elétrica e energia térmica, inclusive sob a forma de vapor, consumidas nos estabelecimentos da pessoa jurídica; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

IV - aluguéis de prédios, máquinas e equipamentos, pagos a pessoa jurídica, utilizados nas atividades da empresa;

V - valor das contraprestações de operações de arrendamento mercantil de pessoa jurídica, exceto de optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES; (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

VI - máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado, adquiridos ou fabricados para locação a terceiros, ou para utilização na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços; (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

VII - edificações e benfeitorias em imóveis próprios ou de terceiros, utilizados nas atividades da empresa;

VIII - bens recebidos em devolução cuja receita de venda tenha integrado faturamento do mês ou de mês anterior, e tributada conforme o disposto nesta Lei;

IX - armazenagem de mercadoria e frete na operação de venda, nos casos dos incisos I e II, quando o ônus for suportado pelo vendedor.

[X - vale-transporte, vale-refeição ou vale-alimentação, fardamento ou uniforme fornecidos aos empregados por pessoa jurídica que explore as atividades de prestação de serviços de limpeza, conservação e manutenção. (Incluído pela Lei nº 11.898, de 2009)]

Os insumos diretos são, então, objeto do inciso II do art. 3º das Leis de nºs 10.833/03 e 10.637/02, enquanto os indiretos são os referidos nos demais incisos, por exemplo, custos com o estabelecimento, mão de obra e infraestrutura. Embora a lei não se valha dos termos “indireto” e “direto”, utiliza-se deles pela descrição das suas características, o que, inclusive, se depreende da confrontação entre os incisos.

Enquanto nos incisos I e III a X se menciona especificamente a utilização de insumos na *atividade da empresa*, num nexos mais tênue em relação ao produto ou serviço, e mais forte em relação à viabilização da atividade como um todo, no inciso II, o legislador ordinário foi claro ao estabelecer o liame com *a prestação de serviços* e com a *produção ou fabricação de bens ou produtos*. Exatamente o que se entende por insumo direto: aqueles que entram na composição do produto ou do serviço.

Assim, de um modo geral, o artigo 3º buscou abranger, inicialmente, os insumos diretos, ao incluir *“todos [os dispêndios] ligados a bens e serviços que se apresentem como necessários para o funcionamento do fator de produção, cuja aquisição ou consumo configura conditio sine qua non da própria existência e/ou funcionamento [...]”*. É certo que estão abarcados, igualmente, insumos indiretos, pois *“também estão abrangidos os bens e serviços ligados à ideia de continuidade ou manutenção do fator de produção, bem como os ligados à sua melhoria. Porém, ficam de fora da previsão legal os dispêndios que se apresentem num grau de **inerência** que configure **mera conveniência** da pessoa jurídica contribuinte (sem alcançar perante o fator de produção o nível de **uma utilidade ou necessidade**) ou, ainda, que ligados a um fator de produção, não interfiram com o seu funcionamento, continuidade, manutenção e melhoria.”*<sup>2</sup>

O nexos ou juízo de necessidade, essencialidade e utilidade é, pois, o critério que o legislador se valeu para selecionar quais os insumos indiretos ensejariam ou propiciariam o creditamento. Es-

---

<sup>2</sup> GRECO, Marco Aurélio *apud* PAULSEN, Leandro; VELLOSO, Andrei Pitten. Contribuições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 206.

tes dependem, portanto, de menção legal explícita para gerar o mesmo direito de crédito que os insumos diretos.

Sob essa dúplici perspectiva dos insumos, no caso dos autos, deve-se verificar se as despesas com contratos de seguros e com serviços de telecomunicação constituem insumos diretos ou indiretos das empresas prestadoras de serviço, o que refletirá sobre a necessidade de estarem expressamente consignados nos incisos do art. 3º das leis de regência da COFINS e da contribuição ao PIS.

Em razão do objeto societário, perfilho-me ao entendimento de que, em regra, essas despesas, quando não impostas efetivamente por leis específicas como elementos obrigatórios para a atividade de logística e transporte, representam insumos indiretos, a exigir expressa menção do legislador para que se legitimasse o creditamento apenas pelo seu juízo de necessidade, essencialidade e utilidade.

Firme nessas premissas, individualmente considerados os direitos postulados pelo impetrante, concluo:

a) Quanto ao contrato de seguro de responsabilidade civil, como dito, apenas o obrigatório, e obrigatório pela legislação especial, pode ser objeto de desconto na COFINS e na contribuição ao PIS. Os limites do creditamento do insumo devem, pois, ser depreendidos dos seguintes termos:

Lei nº 11.442/2007, art. 13. Sem prejuízo do **seguro de responsabilidade civil contra danos a terceiros previsto em lei**, toda operação de transporte contará com o **seguro contra perdas ou danos causados à carga**, de acordo com o que seja estabelecido no contrato ou conhecimento de transporte, podendo o seguro ser contratado:  
I - pelo contratante dos serviços, eximindo o transportador da responsabilidade de fazê-lo;  
II - pelo transportador, quando não for firmado pelo contratante.

Parágrafo único. As condições do seguro de transporte rodoviário de cargas obedecerão à legislação em vigor.

Por isso, o pedido exordial é procedente, mas para considerar devido o creditamento relativo aos seguros obrigatórios com co-



bertura de responsabilidade civil, desde que demonstrado na via administrativa a contratação direta pela empresa transportadora.

b) Quanto aos serviços de telecomunicações, o mesmo raciocínio trilhado deve ser utilizado em relação ao rastreamento, a rádio, celular, telefone convencional e serviço 0800.

Assim, entendo que a utilização de rádio, celular e telefone convencional e serviço 0800 não são peculiaridades dos serviços prestados pela autora, mas elementos que, embora não compo-nham diretamente o serviço, podem ser, indistintamente, essenciais para quaisquer atividades e, diante desse caráter geral, não teriam passado despercebidos pelo legislador caso o objetivo fosse autorizar o creditamento das respectivas despesas.

Para os custos com rastreamento, entendo que o cenário legislativo atual favorece a pretensão do autor, vez que, ao instituir o Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão ao Furto e Roubo de Veículos e Cargas, a LC nº 121/2006 permitiu ao CONTRAN estabelecer os dispositivos obrigatórios de segurança de veículos produzidos no País ou importados e essa competência foi exercida para impor:

Art. 1º Todos os veículos novos, saídos de fábrica, produzidos no País ou importados a partir de 24 (vinte e quatro) meses da data da publicação desta Resolução somente poderão ser comercializados quando equipados com dispositivo antifurto.

§ 1º O equipamento antifurto deverá ser dotado de sistema que possibilite o bloqueio e rastreamento do veículo.  
(Resolução do CONTRAN nº 245/2007)

Há, portanto, uma diretriz governamental importante para evitar o furto de veículos e cargas que extrapola o mero interesse do particular. Nessa política, certamente o transporte de cargas ocupa o centro das preocupações e o rastreamento passa a compor exigência direta do próprio serviço prestado.

Assim, para o caso sob deslinde, o inciso II é suficiente para garantir os descontos na base de cálculo das contribuições PIS/COFINS dos custos com contratos de seguro obrigatório e despesas com rastreamento de veículos e cargas, mas não propicia o mesmo direito para os demais itens de telecomunicações.

Com essas considerações, dou provimento parcial à remessa obrigatória e à apelação, para reconhecer a prescrição parcial dos créditos e restringir os termos sentenciados dos insumos sujeitos ao benefício fiscal.

## **2. APELAÇÃO DO CONTRIBUINTE**

A insurgência recursal do contribuinte visa unicamente a afastar os limites temporais impostos pelo juízo de origem ao creditamento objeto da ação. Para tanto, sustenta que o direito não poderia ser assegurado apenas a partir da data da propositura da demanda, pois o que busca precisamente é a declaração do direito de amortizar o crédito tributário de COFINS e PIS com o crédito excluído de suas bases de cálculo.

Com efeito, verifico que a oposição das Súmulas nºs 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal não podem constituir óbices ao pleito. Na via mandamental não se está a questionar os valores, o quanto foi despendido com contratos de seguro e rastreamento. Tão somente se pretende assegurar que a interpretação do art. 3º, inciso II, das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, não sirva de impedimento ao aproveitamento dos créditos.

Dessa feita, ressalvados os valores atingidos pela consumação da prescrição quinquenal, a pretensão ao crédito escritural extravasa o momento da propositura do mandado de segurança e se estende legitimamente até o ingresso no ordenamento jurídico das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03.

Por fim, quanto à correção monetária do crédito a ser aproveitado pelo contribuinte, devem ser utilizados os índices oficiais do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. O deferimento da atualização do crédito se justifica, por identidade de razões, no entendimento consagrado no REsp nº 1.035.847-RS, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 24.6.2009, e na Súmula do col. STJ:

É devida a correção monetária ao creditamento do IPI quando há oposição ao seu aproveitamento decorrente de resistência ilegítima do Fisco.

(Súmula 411, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 16/12/2009)

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C DO CPC. TRIBUTÁRIO. IPI. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. EXERCÍCIO DO DIREITO DE CRÉDITO POSTERGADO PELO FISCO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CRÉDITO ESCRITURAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA.

1. A correção monetária não incide sobre os créditos de IPI decorrentes do princípio constitucional da não cumulatividade (créditos escriturais), por ausência de previsão legal.

2. A oposição constante de ato estatal, administrativo ou normativo, impedindo a utilização do direito de crédito oriundo da aplicação do princípio da não cumulatividade, caracteriza referido crédito como escritural, assim considerado aquele oportunamente lançado pelo contribuinte em sua escrita contábil.

3. Destarte, a vedação legal ao aproveitamento do crédito impele o contribuinte a socorrer-se do Judiciário, circunstância que acarreta demora no reconhecimento do direito pleiteado, dada a tramitação normal dos feitos judiciais.

4. Consectariamente, ocorrendo a vedação ao aproveitamento desses créditos, com o conseqüente ingresso no Judiciário, posterga-se o reconhecimento do direito pleiteado, exsurgindo legítima a necessidade de atualizá-los monetariamente, sob pena de enriquecimento sem causa do Fisco. (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 490.547/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.09.2005, *DJ* 10.10.2005; EREsp 613.977/RS, Rel. Ministro José Delgado, julgado em 09.11.2005, *DJ* 05.12.2005; EREsp 495.953/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, julgado em 27.09.2006, *DJ* 23.10.2006; EREsp 522.796/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 08.11.2006, *DJ* 24.09.2007; EREsp 430.498/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 26.03.2008, *DJe* 07.04.2008; e EREsp 605.921/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 12.11.2008, *DJe* 24.11.2008)

5. Recurso especial da Fazenda Nacional desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1035847/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2009, *DJe* 03/08/2009)

Impregnadas de eficácia uniformizadora de jurisprudência, devem prevalecer tais orientações da col. Corte Superior de encerramento interpretativo.

Vistos todos os pontos controvertidos, sintetizo o resultado a ser proclamado: deixo de conhecer do agravo retido interposto pelo contribuinte; conheço e dou provimento parcial ao agravo retido do ente público para limitar a liminar concedida aos termos em que houve procedência das teses do impetrante; provejo parcialmente a remessa obrigatória e a apelação da Fazenda Nacional, a fim de reconhecer a prescrição quinquenal do direito ao creditamento, bem como restringir os insumos que geram esse direito; e também dou parcial provimento à apelação do particular para, ressalvada a prescrição, estender o direito postulado até o marco do advento da nova disciplina legal de não cumulatividade da COFINS e da contribuição ao PIS, atualizados os valores.

Assim voto.

## **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 23.228-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO (CONVOCADO)  
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Apelado: MANOEL LUIZ DA SILVA  
Repte.: PROCURADORIA DO INSS  
Adv./Proc.: DR. BRUNO JOSÉ DE FRANÇA (APDO.)

***EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA POR IDADE, SERVIDOR MUNICIPAL. REGIDO PELO RGPS. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA DEVIDA SOMENTE A SERVIDORES VINCULADOS A REGIME PRÓPRIO. O AUTOR REÚNE OS REQUISITOS DE IDADE E CARÊNCIA EXIGIDOS PARA A CONCESSÃO DA APOSENTADORIA POR IDADE PREVISTA NA LB. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MANTIDA A VERBA HONORÁRIA EM 10% DO QUANTUM VENCIDO. JUROS DE MORA FIXADOS EM 1%***

**AO MÊS. CORREÇÃO MONETÁRIA DA LEI 6.899/81. APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI 11.960/2009.**

**- A aposentadoria compulsória, prevista no art. 40, § 1º, II, da CF/88, é devida exclusivamente a servidores públicos de ocupantes de cargos efetivos, vinculados a regime próprio de previdência.**

**- Ainda que o autor seja servidor público municipal de cargo efetivo, resta evidente que o Município de Nova Cruz/RN, ao qual se acha vinculado, não possui regime próprio de previdência, de modo que seus servidores são regidos pelo RGPS, mediante relação contratual (não estatutária), aplicando-se a eles as normas previdenciárias previstas na Lei 8.213/91, que não prevê aposentadoria compulsória, mas tão somente a aposentadoria por idade, assegurada pela CF/88 (art. 201, § 7º, II).**

**- Assim, a aposentadoria por idade, prevista no art. 48 da Lei 8.213/91 é devida ao segurado que, cumprida a carência exigida (art. 142 da LB), completar 65 anos de idade, se homem, e 60, se mulher.**

**- Demonstrado a idade mínima necessária à aposentadoria, porquanto à data do ajuizamento da ação (23/01/2007), o autor contava com 71 anos de idade, uma vez que nasceu em 27/06/1935.**

**- Quanto ao cumprimento da carência, que no caso do postulante é de 60 contribuições mensais (art. 32, CLPS), tendo em conta que antes mesmo da entrada em vigor da LB, ele já se encontrava filiado ao RGPS, vez que teve o 1º vínculo empregatício registrado em 28/07/1971, conforme anotação na CTPS, tem-se que o segurado, à data do ajuizamento desta ação, perfazia tempo de contribuição equivalente a 10a, 8m e 26d (128 contribuições), restando sobejamente**

**demonstrado o cumprimento da carência exigida, de modo a fazer jus à concessão do benefício de aposentadoria por idade, desde a data do ajuizamento do presente feito.**

**- A verba honorária advocatícia, fixada em 10% (dez por cento) do quantum vencido, encontra-se em consonância com o disposto no § 4º do art. 20 do CPC, pelo que a mantenho.**

**- Remessa oficial parcialmente provida para condenar a autarquia previdenciária à concessão de aposentadoria por idade ao postulante, a contar do ajuizamento da presente ação, bem como ao pagamento das prestações vencidas, corrigidas monetariamente, a contar do vencimento de cada parcela, nos termos do manual de cálculos da Justiça Federal, e acrescidas de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação válida, até o advento da Lei nº 11.960, de 29/06/2009, mantendo o percentual de 10% (dez por cento) do montante vencido (Súmula nº 111 do STJ), fixado à verba honorária advocatícia. Apelação parcialmente provida para estabelecer que, para fins de atualização monetária e compensação da mora dos valores vencidos, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009, passará a haver a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela nova lei.**

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 31 de julho de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCO BRUNO MIRANDA  
CLEMENTINO - Relator Convocado

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO (Convocado):

Trata-se de remessa oficial e apelação da autarquia previdenciária em face da sentença que a condenou à concessão de aposentadoria compulsória, em favor do promovente, nos termos requeridos na inicial, bem como ao pagamento de honorários advocatícios à base de 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas, em observância à Súmula nº 111 do STJ.

Em suas razões recursais, aduz a autarquia apelante a impossibilidade de aplicação, ao caso do recorrido, das normas que tratam de servidores públicos vinculados a Regime Próprio de Previdência (PPP), posto que o município ao qual está vinculado não dispõe de regime próprio, estando seus servidores vinculados ao Regime Geral da Previdência Social (RGPS), mediante relação contratual, atraindo a incidência do regramento do regime gerido pelo INSS (art. 201 da CF e Lei 8.213/91).

Defende que, apesar de incontroverso o requisito da idade, o autor não preenche a exigência legal da carência para a aposentadoria por idade, não se justificando a concessão do benefício.

Requer a reforma da sentença e a total improcedência do pleito autoral ou, não sendo este o entendimento, que a alteração do critério de arbitramento dos honorários advocatícios, bem como a fixação dos juros de mora e da correção monetária, nos termos da legislação aplicável ao caso, seja exposta no seu apelo.

Apesar de regularmente intimado, o apelado não apresentou as suas contrarrazões, consoante certidão lavrada nos autos à fl. 117.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO (Relator Convocado):

Busca o promovente a obtenção do benefício de aposentadoria, posto que, na condição de funcionário efetivo do Município de Nova Cruz/RN e possuindo já 71 (setenta e um) anos de idade, é indiscutivelmente de direito a concessão de aposentadoria compulsória.

A aposentadoria compulsória, prevista no inciso II do § 1º do artigo 40 da Carta Magna/1988, é devida exclusivamente a servidores públicos de ocupantes de cargos efetivos, vinculados a regime próprio de previdência. Confira-se:

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.

§ 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:

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;  
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

Nos presentes autos, porém, ainda que o autor seja servidor público municipal de cargo efetivo, resta evidente que o Município de Nova Cruz/RN, ao qual se acha vinculado, não possui regime próprio de previdência, de modo que seus servidores são regidos pelo Regime Geral da Previdência Social (RGPS)<sup>1</sup>, mediante relação contratual (não estatutária), aplicando-se a eles as normas

---

<sup>1</sup> Confira-se o recolhimento do INSS nos Recibos de Pagamento de Salário do Servidor – fls. 17/32.



previdenciárias previstas na Lei nº 8.213/91, a qual não prevê a aposentadoria compulsória, mas tão somente a aposentadoria por idade, assegurada pela Constituição Federal, nos termos do art. 201, § 7º, inc. II (*verbis*):

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Assim, a aposentadoria por idade, segundo os termos do art. 48 da Lei nº 8.213/91 é devida ao segurado que, cumprida a carência exigida<sup>2</sup>, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.

Demonstrado o implemento da idade mínima necessária à obtenção do benefício, porquanto à data do ajuizamento da ação (23/01/2007), o demandante contava com 71 (setenta e um) anos de idade, vez que nasceu em 27/06/1935 (fl. 14).

No que tange ao cumprimento da carência, que no caso do autor é de 60 (sessenta) contribuições mensais<sup>3</sup>, tendo em conta que antes mesmo da entrada em vigor da Lei 8.213, de 24/06/1991, ele já se encontrava filiado ao Regime Geral da Previdência Social, vez que teve o primeiro vínculo empregatício registrado em

---

<sup>2</sup> Tabela do art. 142 da Lei nº 8.213/91.

<sup>3</sup> Art. 32 do Decreto nº 89.312/84 (CLPS) c/c a tabela constante do art. 142 da Lei nº 8.213/91, posto que à data da vigência desta lei o promovente já se encontrava inscrito na Previdência Social Urbana, consoante anotações em sua CTPS – fls. 15/16.

28/07/1971, em conformidade com a anotação constante da página sete da CTPS (fl. 15), tem-se que o segurado, à data do ajuizamento do presente processo, perfazia tempo de contribuição equivalente a dez anos, oito meses e vinte e seis dias (conforme conta abaixo), ou seja, 128 (cento e vinte e oito) contribuições, restando sobejamente demonstrado o cumprimento da carência exigida para a concessão do benefício, de modo a fazer jus à concessão de aposentadoria por idade, desde a data do ajuizamento da presente ação.

PERÍODO	ANOS	MESES	DIAS
28/07/1971 a 13/08/1971 <sup>4</sup>	0	0	16
12/02/1975 a 05/03/1975 <sup>5</sup>	0	0	24
16/05/1989 a 07/08/1989 <sup>6</sup>	0	2	22
30/08/1996 a 23/01/2007 <sup>7</sup>	10	4	24
<b>TEMPO DE SERVIÇO TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>8</b>	<b>26</b>

Sobre esta matéria, já decidiu esta Quarta Turma, por unanimidade, em processo da relatoria do Desembargador Federal Hélio Sílvio Ourem Campos (Convocado): AC 447516/CE (0003466-63.2006.4.05.8100). JUL: 03/11/2009. DJE: 01/12/2009. PÁG: 407.

A verba honorária advocatícia, fixada em 10% (dez por cento) do *quantum* vencido encontra-se em consonância com o disposto no § 4º do art. 20 do CPC, pelo que deve ser mantida.

No que concerne à fixação dos juros de mora e correção monetária, o eg. STJ firmou entendimento “no sentido de que a incidência de juros legais e de correção monetária está implicitamen-

<sup>4</sup> CTPS (fl.15) - Empresa: ECISA - Engenharia, Comércio e Indústria S/A.

<sup>5</sup> CTPS (fl.16) - Empresa: Nobel Engenharia Ltda.

<sup>6</sup> CTPS (fl.16) - Empresa: Destilaria Baía Formosa S/A.

<sup>7</sup> Declaração (fl. 13) - CTPS (fl.16) - CNIS (fl. 66) - Empregadora: Prefeitura Municipal de Nova Cruz (RN).

*te reconhecida nos pedidos em geral, nos termos do art. 293 do Código de Processo Civil e da Lei 6.899/81, respectivamente. Independentemente, portanto, de pedido expresso, bem como de determinação pela sentença, podendo, inclusive, ser fixados em sede de reexame necessário ou de apelação, ainda que a parte interessada não o suscite, sem que isso resulte reformatio in pejus ou julgamento extra petita*<sup>8</sup>.

Assim, no tocante ao percentual a ser fixado aos juros de mora, tem-se que aspecto de interesse, e de relevante aplicação prática, é o que concerne em saber qual o critério que, nas ações versando o deferimento de benefícios previdenciários, deve balizar a incidência dos juros moratórios no período compreendido entre a vigência do atual Código Civil e a Lei 11.960/2009.

Mesmo inexistindo norma específica, o que conduziria, a meu sentir, à incidência da norma geral, qual seja o art. 1.062 do Código Civil de 1916, a estatuir o percentual mensal de 0,5% (meio por cento), o Superior Tribunal de Justiça, a quem compete uniformizar a interpretação da lei federal, lançou-se à analogia com o Decreto-Lei 2.322/87, relacionado aos débitos trabalhistas, para o fim de aplicar percentual de 1% (um por cento), fazendo-o a contar da citação, conforme sua Súmula 204. Assim o deliberado no REsp 238.780 (6ª Turma - v.u. - Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 10-04-2000)<sup>9</sup>.

Com a entrada em vigor do novo Código Civil em 10/01/2003, o Superior Tribunal de Justiça seguiu inflexível com seu entendimento, desprezando, assim, o disposto no seu art. 406, em favor do art. 3º do Decreto-Lei 2.322/87.

---

<sup>8</sup> STJ. AGRG NO RESP 912623/RJ (2006/0277976-1). JUL: 05/08/2008. DJE: 20/08/2008. REL: MINISTRA DENISE ARRUDA. PRIMEIRA TURMA. DECISÃO UNÂNIME.

<sup>9</sup> Eis a parte essencial da ementa do julgado: "JUROS MORATÓRIOS. TAXA. TERMO INICIAL. Nos débitos decorrentes de reajuste de proventos, embora sejam direitos nitidamente estatutários e não trabalhistas, por consubstanciarem dívidas de valor de natureza alimentar, impõe a incidência dos juros moratórios sobre seus valores na taxa privilegiada de 1% ao mês, compatibilizando-se a aplicação simultânea do Decreto-Lei nº 2.322/87 e do artigo 1.062 do Código Civil".

Conferir os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA A DECISÃO DE INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. COMPLEMENTAÇÃO DA PENSÃO DE EX-FERROVIÁRIO. APLICAÇÃO DAS NORMAS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DA LEI PREVIDENCIÁRIA. JUROS DE MORA. PERCENTUAL DE 1% (UM POR CENTO) AO MÊS. PRECEDENTES DO STJ.

1. Não obstante a natureza estatutária da complementação da pensão do ex-ferroviário, a Lei 8.186/91 determinou a observância, nesses casos, das normas de concessão de benefícios da Lei Previdenciária.

2. Assim, impõe-se a aplicação, na presente demanda, do entendimento da Terceira Seção deste Pretório de que aos benefícios previdenciários, por se tratar de débito de natureza alimentar, deve incidir juros de mora de 1% ao mês. Precedentes do STJ.

3. Agravo regimental da União desprovido.

(STJ - QUINTA TURMA - AGA 990084 - REL. MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - V.U. - DJE DE 13/10/2008)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. VERBAS DE CARÁTER ALIMENTAR. JUROS DE MORA. 1% AO MÊS. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO.

**1. De acordo com a iterativa jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, nas demandas previdenciárias, por envolverem verbas de natureza alimentar, deve incidir juros de mora de 1% ao mês, nos termos do art. 3º do Decreto-Lei 2.322/87.**

2. Agravo regimental improvido.

(STJ - SEXTA TURMA - AARESP 929339 - REL. MIN. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - V.U. - DJE DE 22/11/2010)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. JUROS DE MORA. SÚMULA Nº 204/STJ. INCIDÊNCIA.

1. Está consolidado o entendimento, no âmbito da Terceira Seção deste Tribunal Superior, no sentido de que, em razão do caráter alimentar dos benefícios previdenciários, os juros de mora devem ser fixados em 1% (um por cento) ao mês, nos termos da Súmula nº 204/STJ.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.  
(STJ - SEXTA TURMA - AGRESP 1148115 - REL. MIN. OG FERNANDES - V.U. - DJE 08/11/2010).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. SÚMULA 211/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRESTAÇÕES VINCENDAS. SÚMULA 7/STJ. JUROS DE MORA. PATAMAR DE 1% (UM POR CENTO).

I - A matéria referente a não ocorrência de prescrição quinquenal, tal como exposta pelo agravante, não foi apreciada pelo v. acórdão recorrido, o que, *in casu*, impossibilita o presente recurso nobre, por ausência de prequestionamento. Aplicação das Súmulas 282/STF e 211/STJ.

II - A jurisprudência desta e. Corte encontra-se assente no sentido de que, nas ações previdenciárias, os honorários advocatícios devem ser fixados com exclusão das prestações vincendas, considerando-se apenas as prestações vencidas até o momento da prolação da decisão que concede o benefício.

III - A revisão do percentual da verba honorária reclama, para sua análise, o reexame de circunstâncias fáticas estipuladas pelo art. 20, § 3º, alíneas *a*, *b*, e *c*, e § 4º, do CPC, matéria defesa em sede de recurso especial ante o óbice do Enunciado nº 07 da Súmula do c. STJ.

**IV - Nas ações previdenciárias em que se discutem verbas de caráter eminentemente alimentar, é entendimento da e. Terceira Seção deste c. STJ que os juros de mora devem ser fixados no percentual de 1% (um por cento) ao mês. Agravo regimental desprovido.**

(STJ - QUINTA TURMA - AGRESP 1133545 - REL. MIN. FELIX FISCHER - V.U. - DJE DE 14/12/2009)

A despeito de discordar do entendimento, por entender não ser admissível o emprego da analogia quando a hipótese se encaixava no âmbito de norma legal genérica, de modo a afastar o pressuposto da ausência de lei sobre a matéria controvertida, não posso desconhecer que se trata apenas duma opinião isolada.

Com essa ressalva, sou pela adoção, em nome da segurança jurídica, do ponto de vista esposado pelo órgão ao qual o Constitu-

inte de 1988 outorgou o múnus de velar pela aplicação, inteireza positiva e uniformidade interpretativa da lei federal (art. 105, III, CF), de sorte que, no intervalo compreendido entre a vigência do novo Código Civil e a Lei 11.960/2009, os juros de mora, nas lides envolvendo benefício a ser quitado pelo regime geral de previdência social, devem ser de 1% (um por cento) ao mês.

A correção monetária, por sua vez, deve ser calculada segundo o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, a contar do vencimento de cada parcela, conforme o disposto na Súmula nº 148 do STJ e no art. 1º, § 2º, da Lei nº 6.899/1981.

No que diz respeito às demandas versando sobre as condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, a incidência dos juros de mora e correção monetária, a partir da vigência, da alteração imposta pela Lei nº 11.960/2009 ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 deverão ser calculadas de acordo com índices oficiais de remuneração e juros aplicáveis à caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação da nova lei.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, decidiu em recurso repetitivo, nesses termos:

REPETITIVO. LEI Nº 11.960/2009. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA.

Trata-se de REsp sob o regime do art. 543-C do CPC e Res. nº 8/2008-STJ, em que se discute a possibilidade de aplicação imediata da Lei nº 11.960/2009 às ações em curso, em face da alteração promovida no art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997. O referido artigo estabeleceu novos critérios de correção monetária e de juros de mora a serem observados nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, quais sejam, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. A Corte Especial, ao prosseguir o julgamento, vencida, em parte, a Min. Maria Thereza de Assis Moura, conheceu do recurso e deu-lhe parcial provimento, consignando, entre outras questões, que a Lei nº 11.960/2009 é norma de natureza eminentemente processual e deve ser aplicada de imediato aos processos pen-

dentes. Frisou-se não se tratar de retroatividade de lei, mas sim de incidência imediata de lei processual sob a tutela do princípio *tempus regit actum*, de forma a não atingir situações jurídico-processuais consolidadas sob o regime de lei anterior, mas alcançando os processos pendentes que se regem pela lei nova. Daí, concluiu-se que os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública, após a entrada em vigor da mencionada lei, 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 legislação então vigente. Precedentes citados: EREsp 1.207.197-RS, DJe 2/8/2011, e EDcl no MS 15.485-DF, DJe 30/6/2011. REsp 1.205.946-SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 19/10/2011. (Destaquei)

*Ex positis*, dou parcial provimento à remessa oficial para condenar a autarquia previdenciária à concessão de aposentadoria por idade ao postulante, a contar do ajuizamento da presente ação, bem como ao pagamento das prestações vencidas, corrigidas monetariamente, desde o vencimento de cada parcela, nos moldes do manual de cálculos da Justiça Federal, e acrescidas de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação válida, até o advento da Lei nº 11.960, de 29/06/2009, mantendo o percentual de 10% (dez por cento) do montante vencido (Súmula nº 111 do STJ), fixado à verba honorária advocatícia e dou parcial provimento à apelação para estabelecer que, para fins de atualização monetária e compensação da mora dos valores vencidos, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009, passará a haver a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela nova lei.

É como voto.

## **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 23.354-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO (CONVOCADO)  
Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, MARIA IVONETE GONÇALVES XAVIER DE OLIVEIRA E MARIA DE FÁTIMA LIMA CHAVES  
Apelados: OS MESMOS  
Reptes.: PROCURADORIA DO INSS E DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
Advs./Procs.: DRS. CASSANDRA ARCOVERDE E OUTRO

***EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ESPOSA. DESDOBRAMENTO. EX-COMPANHEIRA. NÃO COMPROVADA A EXISTÊNCIA DA ALEGADA UNIÃO ESTÁVEL NEM DA NECESSIDADE ECONÔMICA SUPERVENIENTE DA SUPOSTA EX-CONVIVENTE. CANCELAMENTO DA COTA A ELA DESTINADA. ASSEGURADA À VIÚVA A PERCEPÇÃO INTEGRAL DA PENSÃO DO EXTINTO MARIDO. INDEFERIDA A TUTELA ANTECIPADA. INEXISTÊNCIA DO PERICULUM IN MORA. RISCO DA IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA. JUROS DE MORA FIXADOS EM 1% AO MÊS. CORREÇÃO MONETÁRIA DA LEI 6.899/81. APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI Nº 11.960/2009. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA EM TODOS OS SEUS TERMOS.***

***- A suposta ex-convivente não apresentou qualquer prova material da suposta convivência marital com o de cujus, pois o simples recorte apresentando o comparecimento de ambos, em dois eventos sociais, sem qualquer referência à data do acontecimento ou à fonte de onde foram extraídas as cópias, assim como a existência de um filho em comum, em relação ao qual houve***



**um acordo homologado na Justiça Estadual para fixação de pensão alimentícia, em 27/11/1990, ainda que beneficiando mãe e filho, não constituem prova de efetivo convívio familiar do casal. Ressalte-se que, em 15/01/1992, foi homologado novo acordo celebrado no mesmo processo, no qual foi alterado o percentual de 15% para 20% dos vencimentos e vantagens, passando a favorecer tão somente o filho. Tampouco logrou a corré trazer prova documental apta à demonstração da alegada dependência econômica em relação ao extinto, porquanto se beneficiou do pagamento da citada pensão alimentícia, tão somente pelo curto período de 27/11/1990 a 15/01/1992, nada constando dos autos acerca da referida necessidade econômica superveniente.**

**- Logo, não há como reconhecer o direito da co-litigante passiva à cota-parte da pensão por morte deixada pelo falecido genitor do seu filho, impondo-se a manutenção da sentença que determinou o cancelamento do pagamento da cota que vinha percebendo e o pagamento integral da pensão à esposa do de cujus.**

**- Melhor sorte não socorre a autora quanto ao pedido de antecipação da tutela, em face da inexistência do periculum in mora, pois o rateio subsiste desde março/2004, e da presença do perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (§ 2º do art. 273 do CPC), porquanto susstará a cota-parte percebida pela corré, desde março/2004, impondo-se o indeferido do pedido de antecipação de tutela.**

**- Juros de mora e a correção monetária corretamente fixados.**

**- Irretocável a sentença também quanto à responsabilidade objetiva da autarquia previdenciária, prevista no art. 37, § 6º, da CF/88, diante da observância dos elementos necessários à ca-**

***racterização do dever de indenizar, quais sejam: a conduta do agente (descontos indevidos realizados pelo INSS), o dano (os valores recebidos a menor pela pensionista) e o nexo causal entre o primeiro e o segundo, isto é, a relação de causa e efeito entre o ato do Estado e a ocorrência do prejuízo, de modo a não prosperar a irresignação do INSS.***

***- Apelações e remessa oficial improvidas.***

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 31 de julho de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MARCO BRUNO MIRANDA  
CLEMENTINO - Relator Convocado

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO (Convocado):

Trata-se de remessa oficial e apelações de todas as partes integrantes da lide em face da sentença que julgou procedente os pedidos da postulante para declarar indevido o recebimento pago à litisconsorte passiva e condenar o instituto demandado a cancelar a cota da pensão paga a esta, bem como a pagar à autora as diferenças não pagas na época oportuna, devidamente corrigidas, nos termos do manual de Cálculos da Justiça Federal, e acrescidas de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009, quando ambos deverão se guiar pelo que nela se dispõe.

Outrossim, condenou os réus ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios de 5% (cinco por cento) dos valores atrasados, nos termos da Súmula nº 111 do STJ, ao tempo em que, concedendo os benefícios da justiça gratuita à corré, sustou a sua condenação ao pagamento do ônus da sucumbência, conforme art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Em suas razões recursais, defende a autarquia apelante a legalidade dos atos praticados no processo administrativo e a inexistência de responsabilidade objetiva, posto que o dano foi causado por ato de terceiro. Requer o improvimento do pleito autoral ou que seja afastada a sua responsabilidade objetiva ou, ainda, a redução do percentual fixado aos juros de mora até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009 para o percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês.

Rebela-se a postulante contra a sentença e a decisão que pôs fim aos embargos de declaração por ela manejados, vez que deixou de julgar o pedido de antecipação dos efeitos da tutela definitiva pleiteada na inicial, notadamente quanto ao pagamento integral da pensão, indevidamente dividida pela autarquia ré.

A litisconsorte passiva, por sua vez, assegura que manteve, durante 15 anos, união contínua e duradoura com o de cujus, como também que depende da quantia deixada pelo companheiro para sobreviver, não podendo o ofício do Poder Judiciário Estadual, por si só, vincular o julgamento do magistrado de primeiro grau, sendo necessário avaliar todo o conjunto probatório.

Assevera que, mesmo que tivesse renunciado aos alimentos, faria jus à percepção do benefício, em face da necessidade econômica superveniente, nos moldes da Súmula nº 336 do STJ. Requer seja anulada a sentença, para que haja oitiva das testemunhas arroladas nos autos para o fim de avaliação da sua condição financeira ou, caso não seja este o entendimento, que a pensão continue sendo rateada, já que necessita do benefício para viver.

Contrarrazões às fls. 218/223, 236/239 e 254/257.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO (Relator Convocado):

Reconheceu o juiz singular o direito da autora à percepção da pensão por morte integral do seu falecido marido, determinando o cancelamento da cota que vinha sendo paga à litisconsorte passiva.

Inconformada, esta apresenta recurso de apelação, defendendo que viveu maritalmente com o *de cujus* por 15 (quinze) anos e que depende da pensão por ele deixada para sobreviver.

É certo que a Lei nº 9.278/96 arrola entre os direitos dos conviventes em entidade familiar a recíproca assistência moral e material<sup>1</sup>, de sorte que o direito à percepção de pensão por morte não deve ficar à mercê de burocrática prova da dependência econômica da recorrente, que, *in casu*, é presumida<sup>2</sup>, de modo a frustrar a justa expectativa do outro, que sói ser o mais necessitado.

Nos presentes autos, porém, não apresentou a ora apelante qualquer prova documental da suposta convivência marital com o *de cujus*, pois o simples recorte apresentando o comparecimento de ambos, em dois eventos sociais, sem qualquer referência à data do acontecimento ou à fonte de onde eram extraídas as cópias, assim como a existência de um filho em comum, em relação ao qual houve um acordo homologado na Justiça Estadual para fixação de pensão alimentícia (fl. 91), em 27/11/1990, ainda que beneficiando mãe e filho, não constituem prova de efetivo convívio familiar.

Vale ressaltar que a litisconsorte passiva sequer teve o cuidado de providenciar a juntada do processo na íntegra, bem como que a promovente juntou a homologação de um novo acordo celebrado no mesmo processo entre a corré e o falecido, em 15/01/1992, no qual foi alterado o percentual de 15% (quinze por cento) para 20% (vinte por cento) dos vencimentos e vantagens, passando a favorecer tão somente o filho (fl. 109).

---

<sup>1</sup> Art. 2º, II.

<sup>2</sup> Art. 16, inc. I, § 4º, da Lei nº 8.213/91.

Vê-se que a colitigante passiva não logrou trazer aos autos nenhuma prova material apta à demonstração da alegada dependência econômica em relação ao extinto segurado, porquanto se beneficiou do pagamento da pensão alimentícia, paga pelo falecido pai do seu filho, tão somente pelo curto período de 27/11/1990 a 15/01/1992, nada constando dos autos acerca da referida necessidade econômica superveniente.

Assim, ainda que a corré, tenha mantido união estável com o *de cujus* de 1969 a 1990, segundo ela mesma assegura em sua contestação (fls. 78/88), não há nos autos qualquer indício de prova material hábil a amparar a alegada existência de dependência econômica superveniente em relação ao falecido, afigurando-se desnecessária a produção da prova exclusivamente testemunhal, posto que não pode ser levada em consideração, visto que geralmente é obtida de favor, constituindo mero meio complementar de prova, não sendo, por si só, suficiente à comprovação de dependência econômica para fins de obtenção de benefício previdenciário<sup>3</sup>.

Destarte, não há como reconhecer o direito da colitigante passiva à cota-parte da pensão por morte deixada pelo falecido genitor do seu filho, impondo-se a manutenção da sentença que determinou o cancelamento do pagamento da cota que vinha percebendo e o pagamento integral da pensão à esposa do extinto segurado.

Nesse sentido colaciono jurisprudência:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DE EX-CÔNJUGE. *TEMPUS REGIT ACTUM*. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NÃO DEMONSTRADA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL INEXISTENTE.

- Sentença submetida a reexame necessário. Descabimento em virtude de o montante devido, entre a data da cita-

---

<sup>3</sup> Confira-se a propósito: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. EX-COMPANHEIRA. REQUISITOS. 1. A valoração da prova exclusivamente testemunhal da dependência econômica e do concubinato de ex-segurado e válida se apoiada em indício razoável de prova material. 2. Recurso não conhecido. [STJ. RESP 142601 (199700538621). JUL: 18/06/1998. DJ: 03/08/1998. PÁG.: 285. REL: MINISTRO EDSON VIDIGAL. QUINTA TURMA. UNÂNIME].

ção e a sentença, ser inferior a 60 (sessenta) salários mínimos. Art. 475, § 2º, do Código de Processo Civil.

- Aplicação da lei vigente à época do óbito, consoante princípio *tempus regit actum*.

- A pensão por morte é benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado. No caso de separação judicial, além da qualidade de segurado do *de cuius*, deve a ex-esposa comprovar sua condição de economicamente dependente do falecido, pois esta não se presume, em razão de não estar contida no rol do inciso I do artigo 16 da LBPS.

- Ausente o requisito da dependência econômica, ante a insuficiência do conjunto probatório. Início de prova material inexistente, impondo-se a negativa da concessão de pensão *post mortem*.

- Beneficiários da assistência judiciária gratuita, descabe a condenação dos autores ao pagamento da verba honorária e custas processuais. Precedentes da Terceira Seção desta Corte.

- Apelação do INSS provida para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido. Remessa oficial não conhecida. Prejudicado o recurso adesivo da autora.

[TRF3. AC 1075367 (200503990510653). JUL: 10/09/2007. DJU: 24/10/2007. PÁG: 343. REL: DES. FEDERAL THE-REZINHA CAZERTA. 8ª TURMA. DECISÃO UNÂNIME]

Outrossim, melhor sorte não assiste à postulante no que tange ao seu recurso de apelação, porquanto a antecipação da tutela reclama o atendimento dos requisitos estabelecidos na legislação processual civil, dentre os quais se destaca a verossimilhança das alegações da parte autora, o *periculum in mora* e a inexistência de risco de irreversibilidade da medida a ser antecipada.

Na hipótese, inexistente o alegado *periculum in mora*, tendo em vista que o rateio subsiste desde março/2004, ao passo em que se observa a existência do perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (§ 2º do art. 273 do CPC), uma vez que sustará a cota parte percebida pela litisconsorte passiva, impondo-se o indeferido o pedido de antecipação de tutela.

Quanto ao apelo do instituto demandando, eis que, no que concerne ao percentual a ser fixado aos juros de mora, aspecto de interesse, e de relevante aplicação prática, é o que concerne em

saber qual o critério que, nas ações versando o deferimento de benefícios previdenciários, deve balizar a incidência dos juros moratórios no período compreendido entre a vigência do atual Código Civil e a Lei 11.960/2009.

Mesmo inexistindo norma específica, o que conduziria, a meu sentir, à incidência da norma geral, qual seja, o art. 1.062 do Código Civil de 1916, a estatuir o percentual mensal de 0,5% (meio por cento), o Superior Tribunal de Justiça, a quem compete uniformizar a interpretação da lei federal, lançou-se à analogia com o Decreto-Lei 2.322/87, relacionado aos débitos trabalhistas, para o fim de aplicar percentual de 1% (um por cento), fazendo-o a contar da citação, conforme sua Súmula 204. Assim o deliberado no RESP 238.780 (6ª TURMA - V.U. - REL. MIN. VICENTE LEAL, *DJUD* 10-04-2000)<sup>4</sup>.

Com a entrada em vigor do novo Código Civil em 10/01/2003, o Superior Tribunal de Justiça seguiu inflexível com seu entendimento, desprezando, assim, o disposto no seu art. 406, em favor do art. 3º do Decreto-Lei 2.322/87.

Conferir os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA A DECISÃO DE INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. COMPLEMENTAÇÃO DA PENSÃO DE EX-FERROVIÁRIO. APLICAÇÃO DAS NORMAS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DA LEI PREVIDENCIÁRIA. JUROS DE MORA. PERCENTUAL DE 1% (UM POR CENTO) AO MÊS. PRECEDENTES DO STJ.

1. Não obstante a natureza estatutária da complementação da pensão do ex-ferroviário, a Lei 8.186/91 determinou a observância, nesses casos, das normas de concessão de benefícios da Lei Previdenciária.

---

<sup>4</sup> Eis a parte essencial da ementa do julgamento: "JUROS MORATÓRIOS. TAXA. TERMO INICIAL. Nos débitos decorrentes de reajuste de proventos, embora sejam direitos nitidamente estatutários e não trabalhistas, por consubstanciarem dívidas de valor de natureza alimentar, impõe a incidência dos juros moratórios sobre seus valores na taxa privilegiada de 1% ao mês, compatibilizando-se a aplicação simultânea do Decreto-Lei nº 2.322/87 e do artigo 1.062 do Código Civil".

2. Assim, impõe-se a aplicação, na presente demanda, do entendimento da Terceira Seção deste Pretório de que aos benefícios previdenciários, por se tratar de débito de natureza alimentar, deve incidir juros de mora de 1% ao mês. Precedentes do STJ.

3. Agravo regimental da União desprovido.

(STJ - QUINTA TURMA - AGA 990084 - REL. MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - V.U. - DJE DE 13/10/2008)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. VERBAS DE CARÁTER ALIMENTAR. JUROS DE MORA. 1% AO MÊS. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO.

**1. De acordo com a iterativa jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, nas demandas previdenciárias, por envolverem verbas de natureza alimentar, deve incidir juros de mora de 1% ao mês, nos termos do art. 3º do Decreto-Lei 2.322/87.**

2. Agravo regimental improvido.

(STJ - SEXTA TURMA - AARESP 929339 - REL. MIN. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - V.U. - DJE DE 22/11/2010)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. JUROS DE MORA. SÚMULA Nº 204/STJ. INCIDÊNCIA.

1. Está consolidado o entendimento, no âmbito da Terceira Seção deste Tribunal Superior, no sentido de que, em razão do caráter alimentar dos benefícios previdenciários, os juros de mora devem ser fixados em 1% (um por cento) ao mês, nos termos da Súmula nº 204/STJ.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - SEXTA TURMA - AGRESP 1148115 - REL. MIN. OG FERNANDES - V.U. - DJE 08/11/2010)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. SÚMULA 211/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRESTAÇÕES VINCENDAS. SÚMULA 7/STJ. JUROS DE MORA. PATAMAR DE 1% (UM POR CENTO).

I - A matéria referente a não ocorrência de prescrição quinquenal, tal como exposta pelo agravante, não foi apreciada pelo v. acórdão recorrido, o que, *in casu*, impossibilita o



presente recurso nobre, por ausência de prequestionamento. Aplicação das Súmulas 282/STF e 211/STJ.

II - A jurisprudência desta e. Corte encontra-se assente no sentido de que, nas ações previdenciárias, os honorários advocatícios devem ser fixados com exclusão das prestações vincendas, considerando-se apenas as prestações vencidas até o momento da prolação da decisão que concede o benefício.

III - A revisão do percentual da verba honorária reclama, para sua análise, o reexame de circunstâncias fáticas estipuladas pelo art. 20, § 3º, alíneas a, b, e c, e § 4º, do CPC, matéria defesa em sede de recurso especial ante o óbice do Enunciado nº 07 da Súmula do c. STJ.

**IV - Nas ações previdenciárias em que se discutem verbas de caráter eminentemente alimentar, é entendimento da e. Terceira Seção deste c. STJ que os juros de mora devem ser fixados no percentual de 1% (um por cento) ao mês.** Agravo regimental desprovido.

(STJ - QUINTA TURMA - AGRESP 1133545 - REL. MIN. FELIX FISCHER - V.U. - DJE DE 14/12/2009)

A despeito de discordar do entendimento, por entender não ser admissível o emprego da analogia quando a hipótese se encaixava no âmbito de norma legal genérica, de modo a afastar o pressuposto da ausência de lei sobre a matéria controvertida, não posso desconhecer que se trata apenas duma opinião isolada.

Com essa ressalva, sou pela adoção, em nome da segurança jurídica, do ponto de vista esposado pelo órgão ao qual o Constituinte de 1988 outorgou o múnus de velar pela aplicação, inteireza positiva e uniformidade interpretativa da lei federal (art. 105, III, CF), de sorte que, no intervalo compreendido entre a vigência do novo Código Civil e a Lei 11.960/2009, os juros de mora, nas lides envolvendo benefício a ser quitado pelo regime geral de previdência social, devem ser de 1% (um por cento) ao mês.

A correção monetária, por sua vez, deve ser calculada segundo o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, a contar do vencimento de cada parcela, conforme o disposto na Súmula nº 148 do STJ e no art. 1º, § 2º, da Lei nº 6.899/1981.

No que diz respeito às demandas versando sobre as condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, a incidência dos juros de mora e correção monetária, a partir da vigência, da alteração imposta pela Lei nº 11.960/2009 ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 deverão ser calculadas de acordo com índices oficiais de remuneração e juros aplicáveis à caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação da nova lei.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, decidiu em **recurso repetitivo**, nesses termos:

REPETITIVO. LEI Nº 11.960/2009. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA.

Trata-se de REsp sob o regime do art. 543-C do CPC e Res. nº 8/2008-STJ, em que se discute a possibilidade de aplicação imediata da Lei nº 11.960/2009 às ações em curso, em face da alteração promovida no art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997. O referido artigo estabeleceu novos critérios de correção monetária e de juros de mora a serem observados nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, quais sejam, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. A Corte Especial, ao prosseguir o julgamento, vencida, em parte, a Min. Maria Thereza de Assis Moura, conheceu do recurso e deu-lhe parcial provimento, consignando, entre outras questões, que a Lei nº 11.960/2009 é norma de natureza eminentemente processual e deve ser aplicada de imediato aos processos pendentes. Frisou-se não se tratar de retroatividade de lei, mas sim de incidência imediata de lei processual sob a tutela do princípio *tempus regit actum*, de forma a não atingir situações jurídico-processuais consolidadas sob o regime de lei anterior, mas alcançando os processos pendentes que se regem pela lei nova. Daí, concluiu-se que os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública, após a entrada em vigor da mencionada lei, 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 legislação então vigente. Precedentes citados: EREsp 1.207.197-RS, DJe 2/8/2011, e EDcl no MS 15.485-DF, DJe 30/6/2011. REsp

1.205.946-SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 19/10/2011. (Destaquei)

Irretocável a sentença também no que diz respeito à responsabilidade objetiva da autarquia previdenciária, prevista no art. 37, § 6º, da Carta Magna/88, ante a presença dos elementos necessários à caracterização do dever de indenizar, quais sejam: a conduta do agente (descontos indevidos realizados pelo INSS), o dano (os valores recebidos a menor pela pensionista) e o nexo causal entre o primeiro e o segundo, isto é, a relação de causa e efeito entre o ato do Estado e a ocorrência do prejuízo, de modo a não prosperar a irresignação do instituto réu.

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

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 466.200-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA  
Apelante: NÚCLEO INTERDISCIPLINAR E ASSISTÊNCIA MÉDICA DOMICILIAR (SAÚDE SUPORTE *HOME CARE*) - NIAD  
Apelado: ANTÔNIO FERNANDES DA SILVA  
Advs./Procs.: DRS. BRUNO SANTA MARIA NORMANDE (APTE.) E FABIANO HENRIQUE SILVA DE MELO (APDO.)

***EMENTA: CONSTITUCIONAL E CIVIL. TRATAMENTO MÉDICO DOMICILIAR. CUSTEIO POR PLANO DE SAÚDE E REALIZAÇÃO DO ATENDIMENTO ATRAVÉS DE EMPRESA POR ELE CONTRATADA. INADIMPLÊNCIA DO CONTRATANTE. HOME CARE GARANTIDO AO AUTOR POR FORÇA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REMOÇÃO DO PACIENTE DE SEU DOMICÍLIO PARA UNIDADE HOSPITALAR. DESRESPEITO À ORDEM JUDICIAL. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. INDENIZAÇÃO DEVIDA.***

- **No âmbito do Direito Privado, o ordenamento jurídico pátrio adota a tese da responsabilidade civil subjetiva, disciplinada no art. 186 do CC de 2002, sendo o direito à indenização por dano moral uma garantia constitucional (art. 5º, V).**
- **Hipótese em que a recorrente, que prestava atendimento de Home Care ao demandante, em razão da ausência de remuneração do serviço pelo contratante (Plano OAB Saúde) e com o pretexto de que o paciente precisava de cuidados médicos mais adequados para tratar uma insuficiência respiratória (não comprovada nos autos), internou-o em hospital particular, desrespeitando a ordem judicial que garantia o atendimento médico domiciliar ao autor.**
- **A existência do dano moral é irrecusável, tendo em vista o constrangimento anormal experimentado pelo promovente, primeiro, diante da tentativa da apelante de remover os equipamentos médicos do seu domicílio e encaminhá-lo a estabelecimento hospitalar, e, posteriormente, ao ser compulsoriamente transferido de sua casa, na qual o tratamento médico lhe era prestado, para estabelecimento hospitalar particular onde permaneceu por mais de um ano, sem que sua família pudesse lhe oferecer acompanhamento constante.**
- **Nada obstante o zelo demonstrado pelo juiz originário para atingir a razoabilidade da indenização, o montante fixado a tal título poderia ter alcançado cifra maior, haja vista o sofrimento vivenciado pelo autor. Porém, em face da ausência de apelo de sua parte para majorar a quantia arbitrada, deve a mesma permanecer no montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).**
- **Apelação improvida.**

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 31 de maio de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA:

Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para: a) reconhecer ao apelado o direito ao serviço de tratamento domiciliar mediante Unidade de Terapia Intensiva, com todos os recursos materiais e humanos a ela inerentes, a ser implementado pela Caixa de Assistência dos Advogados de Alagoas, no prazo de quarenta e cinco dias, ressalvada expressa recomendação médica que fixe a necessidade de manutenção do paciente em estabelecimento hospitalar; e b) condenar o NIAD - Núcleo Interdisciplinar de Assistência Domiciliar ao pagamento de danos morais ao recorrido, no montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), monetariamente corrigido desde a data do fato e acrescido de juros moratórios, nos termos do art. 398 do CC, observados os índices previstos no Manual de Cálculo da Justiça Federal.

O NIAD sustenta, em síntese, que: a) não restou provada a tentativa de invasão de domicílio do autor e de desligamento dos aparelhos necessários à manutenção da sua vida; b) inexistiu qualquer coação no tocante à possibilidade de transferência do demandante, de sua residência, para unidade hospitalar credenciada ao seu plano de saúde, tendo havido concordância prévia por parte de sua esposa, a qual, no entanto, mudou de idéia no dia em que ocorreria a remoção; c) não houve suspensão no atendimento

ao apelado; d) a transferência deste para o Hospital Santa Juliana, quando já em curso a presente ação, teve como responsável médico pertencente ao SOS UNIMED, o qual verificou necessidade de levá-lo ao referido hospital porque estava com grave deficiência respiratória, que poderia causar-lhe a morte; e) o próprio magistrado afirmou que a apelante não teria cometido ato ilícito, de modo que, inexistindo este, não há que se falar em dano moral.

Contrarrazões.

É o relatório.

### VOTO

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

Pretende a recorrente a reforma da sentença que a condenou a pagar ao apelado indenização por danos morais.

Consta dos autos que o recorrido é portador de esclerose lateral amiotrófica e, quando ajuizada a presente ação, recebia atendimento médico em sua residência (*HOME CARE*) com instalação de Unidade de Tratamento Intensivo, serviço este custeado pelo Plano OAB Saúde, vinculado à Caixa de Assistência dos Advogados de Alagoas e contratado por convênio com o Tribunal de Contas daquele Estado, porém realizado por empresa prestadora de serviço de atendimento médico domiciliar, ou seja, pela recorrente, contratada pelo mencionado plano de saúde.

Descreve a inicial que, em março de 2006, a apelante ameaçou retirar os aparelhos que garantiam a vida do apelado, tendo havido, segundo se alega, tentativa de invasão de domicílio para concretização desse intuito, e encaminhá-lo a hospital credenciado ao seu plano de saúde, sob o argumento de que a OAB Saúde não estava repassando os valores para pagamento da manutenção do serviço de *home care*.

Narra a exordial, ainda, que a atitude da recorrente causou apreensão ao autor, bem como agravamento da doença da qual é portador, razão pela qual tal constrangimento exige reparação por dano moral.

Insta destacar que, em razão de o demandante ter sido transferido para estabelecimento hospitalar particular durante a tramitação deste processo (fato superveniente), o magistrado *a quo* aplicou ao caso a disposição normativa contida no art. 462 do CPC<sup>1</sup>.

Sobre o tema, observo que o ordenamento jurídico pátrio, no âmbito do direito privado, adota a tese da responsabilidade civil subjetiva, disciplinada no art. 186 do CC de 2002, *in verbis*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

O dano, por sua vez, pode ser patrimonial ou moral, este igualmente indenizável, nos termos do art. 5º, V, da Lei Ápice atual.

Em relação ao dano moral, muito embora sua reparação prescinda de prova objetiva, é de ser considerado que consiste em constrangimento, mancha na imagem pública ou, ainda, no sofrimento ou abalo psicológico experimentados como decorrência de um proceder ilícito do agente, hipótese verificada no caso em apreço.

É bem verdade que restou comprovado nos autos que a OAB Saúde contratou a recorrente para prestar atendimento médico domiciliar aos seus associados, sendo certo, também, que o contrato firmado entre ambas foi rompido em razão da inadimplência da contratante, o que leva ao entendimento, como bem destacou o magistrado, de que a apelante não manteria vínculo jurídico com os segurados do citado plano de saúde, após tal rescisão contratual.

Em consequência, não teria ela obrigação legal de continuar arcando com o tratamento médico do demandante sem que houvesse um contrato que desse suporte à realização de serviço desse jaez, obrigação esta que seria, na verdade, da OAB Saúde a

---

<sup>1</sup> Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

partir do momento em que o pacto com a apelante estivesse desfeito, eis que a sua avença com o conveniado restava (e resta) incólume.

Porém, o fato de a recorrente não ter responsabilidade pela manutenção do tratamento domiciliar do autor, a qual cabe à Caixa de Assistência dos Advogados de Alagoas, conforme ficou decidido na sentença, não lhe permitiria tentar remover os equipamentos médicos da residência do demandante, nem transferi-lo para clínica particular, levando-se em consideração que havia em prol do autor liminar proferida no início da lide, garantindo-lhe o direito aos serviços de *home care* e de UTI.

No tocante à alegação de tentativa de retirada dos aparelhos do domicílio do apelado, sob o argumento de que a apelante não teria mais como custear o tratamento em razão da falta de pagamento do serviço pela OAB Saúde, observo que a prova testemunhal produzida nos autos a confirma.

Com efeito, a Sra. Antônia Lima da Silva, no depoimento acostado às fls. 339/341, deixou expresso o seguinte:

(...) que no início do ano de 2006 a Saúde Suporte Home Care, nome fantasia da NIAD - Núcleo Interdisciplinar de Assistência Domiciliar, empresa contratada pela Caixa de Assistência dos Advogados de Alagoas e que administra o Plano de Saúde OAB Saúde, mobilizou uma ambulância e pessoas ligadas à área de enfermagem da referida Saúde Suporte NIAD, para transferir Antônio Fernandes de sua residência, onde recebia o serviço de *Home Care*, para o Hospital Santa Juliana onde ficaria em regime de UTI e com aparelhos próprios para respiração, ao argumento de que a OAB Saúde não estaria pagando à Saúde Suporte (...).

Nesse contexto, vale ressaltar que o próprio representante da recorrente (Sr. Geraldo Pessoa Liberal Júnior), nas declarações prestadas às fls. 356/358, afirmou que entrou em contato com a esposa do demandante solicitando-lhe autorização para retirar os equipamentos de sua residência e encaminhá-lo para hospital conveniado ao plano de saúde dele, haja vista a dificuldade em manter o serviço pela falta de pagamento pela OAB Saúde. Afirmou, ain-



da, que, no dia 27/03/06, um dos médicos da apelante se deslocou com uma ambulância UTI móvel para a casa do autor para sua remoção, a qual não se efetivou diante da recusa da sua esposa.

Verifica-se, portanto, que a atitude da recorrente contrariou a ordem jurídica, uma vez que ofendeu a própria dignidade do promovente, ao elevar ao patamar de prioridade a relação contratual desfeita com o plano de saúde dele, em detrimento de sua tranquilidade e do conforto que a continuidade do atendimento domiciliar lhe proporcionaria, sem atentar para a possibilidade de que o aconchego do lar e da família do paciente seria favorável à sua saúde.

Consoante restou consignado na sentença, *“embora fosse justo ao estabelecimento privado buscar os ressarcimentos pelos prejuízos causados pela Caixa de Assistência dos Advogados de Alagoas, deveria ter feito isso utilizando os meios legais pertinentes e acionando o Poder Judiciário em face da CAAL. Se isso fora providenciado, caberia aguardar a conclusão do processo respectivo. Receber pelos serviços prestados é a natural consequência de qualquer ajuste oneroso de vontades; mas constranger indivíduo gravemente enfermo e sua família extravasa os limites do razoável, constituindo conduta contrária ao ordenamento jurídico. A inadimplência do plano deveria ser superada pelos meios processuais pertinentes e de forma a não causar constrangimentos ao segurado”*. (Fl. 479)

Convém salientar que, após esse lamentável incidente, que levou o autor a promover a presente ação, obtendo, em sede de antecipação de tutela (fls. 43/47), o direito à manutenção da Unidade de Tratamento Intensivo em sua residência, outro acontecimento lhe gerou constrangimento de índole moral e, portanto, passível de indenização.

É que, em novembro/06, quando o tratamento domiciliar do apelado estava assegurado pelo provimento de urgência em comento, houve a necessidade de deslocá-lo para unidade hospitalar, a fim de que fosse trocada a cânula do aparelho respirador que ele utilizava.

Ocorre que, efetuada a troca, a Saúde Suporte, ao invés de encaminhar o autor de volta a sua casa, levou-o ao Hospital Santa

Juliana, com a alegação de que estaria com pneumonia e precisaria ser internado em unidade hospitalar, onde o tratamento seria mais adequado e eficaz.

Houve, pois, claro desrespeito à ordem judicial emanada do juízo estadual, o qual havia determinado a manutenção do tratamento domiciliar do apelado até ulterior deliberação, de maneira que não seria lícito à recorrente apoiar-se em uma situação fática, para transferi-lo a estabelecimento hospitalar particular, especialmente se considerado que não restou comprovado nos autos o motivo por ela alegado para fazer dita remoção, qual seja, a insuficiência respiratória do paciente, causada por uma suposta pneumonia.

Nesse contexto, vale ressaltar que não há no processo qualquer prova de determinação médica acerca da necessidade de remoção do autor para unidade hospitalar para tratar do problema respiratório em comento.

Mesmo que a imprescindibilidade da troca da cânula do respirador tenha sido determinada por médico do SOS UNIMED, que foi acionado na ocasião para efetuar a referida substituição, tinha a apelante a obrigação de encaminhar o paciente para a sua residência, onde deveria continuar o tratamento.

Assim, no meu sentir, a existência do dano moral é irrecusável, afinal, não se pode negar que o autor sofreu um constrangimento anormal, diante da tentativa da apelante de remover os equipamentos médicos do seu domicílio e encaminhá-lo a estabelecimento hospitalar, e, posteriormente, ao ser compulsoriamente transferido de sua casa, na qual o atendimento médico (*home care*) lhe era prestado, para hospital particular onde permaneceu por mais de um ano, sem que sua família pudesse lhe oferecer acompanhamento constante.

Destaque-se, ainda, que inexistente qualquer contradição entre a afirmação do magistrado, no sentido de que a transferência do paciente para hospital, ocorrida em 2006, não significaria ato ilícito (fl. 477), e a conclusão a que chegou ao final da sentença, eis que aquela afirmação veio acompanhada da ressalva de que tal fato seria apreciado mais adiante, juntamente com a questão dos danos morais.

Irrepreensível, portanto, a sentença impugnada, a qual concedeu o pedido formulado pelo promovente, no tocante à concessão de reparação por dano moral.

Por fim, no que toca à fixação da indenização pecuniária a que faz jus a suplicante, pelo constrangimento que lhe foi impingido (art. 5º, V, CF), tarefa das mais árduas, fica a critério do Magistrado, conforme destaca Clayton Reis, *apud* Antônio Montenegro, ao afirmar que, em nossa doutrina nacional, *“predomina o entendimento de que a fixação da reparação do dano moral deve ficar ao prudente arbítrio dos juízes. Comungam desse sentir, entre nós, Wilson Melo da Silva e Aguiar Dias, para quem o arbitramento é critério por excelência para indenizar o dano moral”*<sup>2</sup>, sustentando, ainda, que essa ideia ganha corpo na jurisprudência, *“na medida em que transfere para o juiz o poder de aferir, com o seu livre convencimento e tirocínio, a extensão da lesão e o valor da reparação correspondente.”*<sup>3</sup>

Na hipótese que se apresenta, nada obstante o zelo demonstrado pelo juiz originário para atingir a razoabilidade da indenização, entendo que o montante fixado a tal título poderia ter alcançado cifra maior, haja vista o sofrimento experimentado pelo autor. Porém, como não houve apelo de sua parte para majorar a quantia arbitrada, deve a mesma permanecer no montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Com essas considerações, nego provimento à apelação.

É como voto.

---

<sup>2</sup> Dano moral. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 84.

<sup>3</sup> Ob. Cit., p. 85.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 502.790-SE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO  
Apelante: HABITACIONAL CONSTRUÇÕES LTDA. E CAIXA  
ECONÔMICA FEDERAL - CEF  
Apelados: OS MESMOS  
Advs./Procs.: DRS. CRISTOVÃO COLOMBO DOS REIS MILLER  
E OUTROS E JORGE SOUZA ALVES FILHO E OU-  
TROS

**EMENTA: 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. ADIMPLEMENTO 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, EXCETO QUANTO AOS JUROS DE MORA QUE DEVERÃO SER CALCULADOS A PARTIR DA CITAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA PELO**

**ÍNDICE PREVISTO NO CONTRATO DE EMPREI-TADA, OU SEJA, PELO INCC. ENDIVIDAMENTO BANCÁRIO, CUSTOS INDIRETOS COM O CAN-TEIRO DA OBRA E LUCROS CESSANTES. RE-PARAÇÃO INDEVIDA. PEDIDO DE EXTINÇÃO DA FIANÇA OU DE SUA INEXIGIBILIDADE. IM-POSSIBILIDADE.**

**- 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, referente às diferenças de faturas; (b) Cr\$ 1.058.387,84, a título de reajuste monetário; (c) Cr\$ 19.856.038,11, relativo à 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.**

**- 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 fra-**

***cionário 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.***

***- 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.***

***- 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.***

***- 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 - Valor de Referência de Financiamento) e no tempo previsto na referida avença, a 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 libera-***

***ção 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).***

***- 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.***

***- De acordo com o perito, em resposta ao quesito de nº 05 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 em face das glosas financeiras e, 02) em fatores outros, ligados à natureza físico-operacional da obra”.***

***- 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 tópicos “Análise” do laudo pericial.**

**- 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 referente às diferenças de faturas; b) NCz\$ 19.856.038,11, relativo à poupança / plano financeiro; c) NCz\$ 9.421.056,38, alusivo à retenção contratual; d) NCz\$ 1.058.387,84, a título de reajuste monetário”.**

**- 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.**

**- Precedente recente do Pleno desta Corte: EINFAC459817-AL, Rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano, DJe: 13/06/2012.**

**- 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 da data de vencimento de cada parcela, por se tratar de responsabilidade contratual.**



**- 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.**

**- 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.**

**- 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).**

**- Condenação da autora em honorários advocatícios de R\$ 10.00,000 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.**

**- 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.**

**- Apelação da CEF provida e apelo da Habitacional improvido.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, dar provimento à apelação da CEF e negar provimento ao apelo da Habitacional, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 7 de agosto de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Trata-se de apelações interpostas pela Habitacional Construções S/A e pela Caixa Econômica Federal, em sede de ação ordinária ajuizada pela primeira recorrente (Habitacional Construções) em desfavor da Cooperativa Habitacional de Aracaju (COHABILAR) e da segunda recorrente (CEF), objetivando, em síntese, a condenação das rés, solidariamente, no pagamento dos haveres da autora no contrato de empreitada firmado para a construção do “Re-

sidencial Philadelphia”, localizado em Aracaju-SE, juntamente com perdas e danos causados pelo seu não pagamento, valorados em R\$ 5.599.035,11 (cinco milhões, quinhentos e noventa e nove mil e trinta e cinco reais e onze centavos), bem como a declaração de extinção da fiança ou de sua inexigibilidade, contra sentença que julgou parcialmente procedente a demanda para:

1) Condenar as demandadas (COHABILAR e CEF), solidariamente, ao pagamento, em favor da demandante (Habitacional Construções), do crédito no valor original de:

1.1 - Cr\$ 100.025.093,88 (cem milhões, vinte e cinco mil, noventa e três cruzeiros e oitenta e oito centavos), referente às diferenças de faturas;

1.2 - Cr\$ 1.058.387,84 (um milhão, cinquenta e oito mil, trezentos e oitenta e sete cruzeiros e oitenta e quatro centavos), a título de reajuste monetário;

1.3 - Cr\$ 19.856.038,11 (dezenove milhões, oitocentos e cinquenta e seis mil, trinta e oito cruzeiros e onze centavos), relativo à poupança / plano financeiro;

1.4 - Cr\$ 9.421.056,38 (nove milhões, quatrocentos e vinte e um mil, cinquenta e seis cruzeiros e trinta e oito centavos), alusivo à retenção contratual.

2) Vedar a capitalização de juros, *ab initio*, no contrato de empréstimo firmado entre a CEF e a COHABILAR, tendo a demandante (Habitacional Construções) como fiadora solidária;

2.1 - os juros devidos e não pagos em cada mês comporão um saldo à parte do montante principal, não sendo considerados, até então, para quaisquer efeitos, como parte do saldo devedor;

2.2 - sobre o saldo relativo aos juros devidos e não pagos, de acordo com o item anterior, apenas incidirá atualização monetária, nos mesmos índices pactuados para o reajustamento do saldo devedor.

3) Condenar as demandadas em honorários advocatícios, fixados no percentual de 1% (um por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do Código de Pro-

cesso Civil, com a ressalva de que a atenuação da alíquota se deu por conta da sucumbência parcial;

4) Confirmar o valor dos honorários periciais anteriormente fixados, a título provisório, imputando-os às partes, em face da sucumbência recíproca, consoante dispositivo processual pertinente (CPC, art. 33, *caput*), cabendo às demandadas ressarcir à demandante 1/2 (metade) daquela verba, acrescida de juros e correção monetária, desde a efetivação do depósito.

Todavia, a magistrada *a quo* rejeitou o pedido de ressarcimento dos custos de empréstimos bancários/capital de giro (juros), aos custos indiretos de canteiro (antes e depois do “habite-se”) e aos custos decorrentes de atrasos nos pagamentos dos tributos, em virtude de tais gastos não serem consequência direta do dano, mas sim de gastos indiretos da obra, ou seja, não indenizáveis, bem como reconheceu a improcedência do pedido de extinção da fiança, sob o fundamento de que o cumprimento do contrato de empreitada não autorizava a extinção ou inexigibilidade da fiança, na medida em que tal garantia se deu em relação ao contrato de empréstimo e não ao de empreitada, já extinto.

Em suas razões recursais, a empresa Habitacional Construções pleiteia a reforma parcial da sentença para que lhe seja reconhecida indenização por perdas e danos em razão dos prejuízos indiretos ocasionados pela necessidade de contratação de empréstimos bancários destinados a reequilibrar o fluxo de caixa deficitário decorrente da inadimplência contratual da CEF, situação que, inclusive, fora constatada pela perícia judicial.

Assevera que há relação de causa e efeito, na medida em que a inadimplência das apeladas ensejou a contratação dos empréstimos ou no mínimo impediu a amortização e descontinuidade no pagamento dos encargos dos empréstimos destinados ao capital de giro da empresa.

Aduz que foram desconsiderados os danos emergentes em razão das despesas indiretas relativas aos custos de canteiros, a exemplo de despesas com pessoal técnico, administrativo, encarregados, vigias, alimentação e transporte do pessoal, contas de água, energia elétrica, telefone e despesas gerais de canteiro, além

de custos indiretos relativos às despesas do escritório central da empreiteira, tudo em razão do atraso da conclusão da obra, de 15 de janeiro de 1991 para 15 de julho de 1991, data de obtenção do “habite-se”, e confirmado pelo parecer do assistente técnico.

Argumenta, ainda, que são devidos os lucros cessantes em relação à remuneração dos recursos da autora que restaram indisponibilizados, ou seja, sobre o capital que permaneceu alocado e até agora indisponível, prejuízos estes que deverão ser apurados em liquidação de sentença.

Alega a Habitacional que em razão do cumprimento do contrato principal (de empreitada), com a entrega da obra, e diante do descumprimento da CEF quanto à liberação tempestiva das parcelas do contrato de mútuo, há de ser reconhecida a extinção da fiança. Afirma que, no curso da execução da obra do mencionado empreendimento, a CEF inadimpliu o contrato de mútuo, na medida em que não respeitou a obrigação de promover o desembolso de suas parcelas no tempo e modo devidos, ocasionando, com isto, a falta de recursos para que a Cooperativa/Afiançada (COHABILAR) pudesse gradualmente efetuar a remuneração da Empreiteira/Fiadora ora apelante, o que mostra que a CEF, na condição de “credora-garantida”, incidiu em mora na “relação obrigacional complexa”, travada no Programa de Cooperativas Habitacionais, permitindo a extinção da fiança.

Além disso, sustenta que a CEF, ao prorrogar sucessivamente o vencimento do contrato, acabou concedendo verdadeira moratória, motivo pelo qual entende fazer jus à liberação da fiança, a teor do art. 1.503, *caput*, I e II, do Código Civil de 1916.

Pleiteia, ao final, que sobre o montante indenizatório incidam juros de mora de 1% ao mês e não de 0,5% como foi determinado na sentença, bem como que seja majorada a verba sucumbencial de 1% sobre o valor da condenação para o percentual compreendido entre 10% e 20%, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

Por sua vez, a Caixa Econômica Federal, em suas razões de apelo, alega, preliminarmente, a nulidade da sentença em face da alegada negativa de prestação jurisdicional em razão de o Juízo *a quo* ter rejeitado os embargos declaratórios por ela interpostos quando havia contradições e obscuridades naquela decisão.

Quanto ao mérito, aduz a CEF que a sentença foi contrária a conclusão chegada pela perícia judicial, já que em nenhum momento houve comprovação de que os alegados prejuízos decorreram de qualquer ação ou inação da Caixa quanto à liberação dos recursos financeiros do contrato de mútuo.

Esclarece que os prejuízos sofridos pela habitacional não podem ser imputados a CEF, mas sim a própria construtora, na medida em que as referidas perdas possuem origem na administração amadora ou problemática do canteiro de obras, bem como pela existência de indexadores diferentes nos contratos de financiamento e de empreitada.

Afirma que o perito judicial especificou que a supressão dos recursos se deu em razão dos diferentes indexadores financeiros dos dois contratos. Enquanto o contrato de financiamento, firmado entre a CEF e a COHABILAR, tendo a Habitacional como fiadora, tinha como indexador monetário o VRF/UPC (Valor de Referência de Financiamento/Unidade Padrão de Capital), que era, à época, o indexador da caderneta de poupança, o contrato de empreitada global, firmado pela Habitacional com a COHABILAR, possuía como indexador monetário o INCC (Índice Nacional da Construção Civil), que corrigia os custos da construção civil.

Sustenta que a perícia comprovou que a existência de diferentes indexadores contratuais foi a causa dos prejuízos sofridos pela Habitacional, uma vez que provocou glosas no pagamento das faturas que só podem ser imputadas à COHABILAR, haja vista que a CEF cumpria sua parte no contrato, transferindo em favor da referida Cooperativa os recursos corrigidos em VRF/UPC, e esta última, por sua vez, repassava tais valores à Habitacional sem a aplicação do INCC previsto no contrato de empreitada. Aduz que embora não estivesse obrigada, ainda suplementou financeiramente a COHABILAR em duas ocasiões, para efeito de repasse à Habitacional, com o objetivo de ver concluída a obra.

Assevera que não pode ser responsabilizada solidariamente por despesas que não deu causa, seja porque a perícia descartou a possibilidade de os prejuízos serem decorrentes de ação da CEF, seja porque a solidariedade não pode ser presumida, já que ela decorre da lei ou do contrato, nos termos do art. 265 do Código Civil.

Ressalta que a pretensão da autora, ao conceituar “a relação obrigacional complexa” tem como intuito de estabelecer contra a CEF uma responsabilidade solidária em face da Cooperativa que inexistente nos termos contratuais.

Arremata que está equivocado o entendimento consignado na sentença de que a Caixa teria desembolsado valores a menor ou a destempo ou, ainda, reajustado por índice diverso do eleito no contrato, visto que tais questões são pertinentes aos contratantes da empreitada e não aos contratantes do mútuo, ou seja, se as parcelas deveriam ser reajustadas pelo INCC e não o foram, ou se foram creditadas em atraso, trata-se de obrigações exclusivas da COHABILAR, contratante da empreitada, e não da CEF.

Requer, por derradeiro, o provimento do recurso para que sejam julgados totalmente improcedentes os pedidos formulados pela parte autora, com a inversão do ônus da sucumbência, ou, subsidiariamente, que seja aplicado o disposto no parágrafo único do art. 21 do CPC, para que sejam imputados à autora as despesas processuais e os honorários advocatícios, por entender que a demandante sucumbiu em maior parte de seus pedidos.

Contrarrazões apresentadas pela parte autora, às fls. 1889/1908, e pela CEF, às fls. 1910/1923.

Às fls. 1936/1947, requer a Habitacional Construções S/A a instauração de Incidente de Uniformização de Jurisprudência, nos termos do art. 476 do CPC, sobre a questão da possibilidade de exoneração da fiança em caso de prorrogações sucessivas de vencimento de empréstimos pela parte mutuante.

Manifestação da CEF, às fls. 2051/2057, pelo não conhecimento do incidente.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

De início, aprecio o requerimento da autora para que seja instaurado Incidente de Uniformização de Jurisprudência sobre a questão da possibilidade de exoneração da fiança em caso de pror-

rogações sucessivas de vencimento de empréstimos pela parte mutuante. Para tanto, a demandante juntou um precedente do Pleno, o EINFAC nº 314.782-AL, que, por maioria apertada e em voto de desempate da Presidência, concluiu pela liberação da fiança, e um julgado posterior desta 2ª Turma, a AC nº 459.817-AL, que, em sua composição eventual e por unanimidade, entendeu pela manutenção da garantia fidejussória.

Sustenta, ainda, a postulante que o entendimento firmado na AC 459.817/AL por esta Turma Julgadora, em sua composição eventual, diverge, inclusive, do posicionamento adotado por este mesmo órgão fracionário em sua composição originária.

De acordo com as lições de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, quando de comentário ao art. 476 do CPC, o Incidente de Uniformização de Jurisprudência *“é destinado a fazer com que seja mantida a unidade da jurisprudência interna de determinado tribunal. Havendo, na mesma corte, julgamentos conflitantes a respeito de uma mesma tese jurídica, é cabível o incidente a fim de que, primeiramente, o pleno do tribunal se manifeste sobre a tese, para, tão-somente depois, ser aplicado o entendimento resultante do incidente ao caso concreto levado a julgamento pelo órgão do tribunal. (...) (Nery. Recursos, nº 2.3.4.6, p. 107).”* (Código de Processo Civil Comentado, São Paulo, RT, 2010, 11ª ed., p. 796)

Na espécie, penso que o pleito para instauração do referido incidente não deve ser conhecido. Isso porque não houve demonstração de divergência de teses jurídicas entre diferentes Turmas desta Corte, mas sim entre um precedente isolado deste órgão fracionário, em sua composição eventual, e outro do Pleno deste Tribunal, situação que, a meu ver, não autoriza a instauração de Incidente de Uniformização de Jurisprudência, pelo simples argumento de que já há pronunciamento deste Regional, em sua composição plena, sobre a tese em debate (EINFAC nº 314.782-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 câ-



maras ou câmaras cíveis reunidas, nos termos do art. 476, II, do CPC.

Esse é o teor do referido dispositivo legal:

Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II - **no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.**

Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo. (Grifei)

Além disso, o STJ possui entendimento pacífico de que **“o pedido de uniformização de jurisprudência ‘não é vinculante ao órgão julgador, ao qual a iniciativa do incidente é mera faculdade, cabendo-lhe admitir seu processamento segundo critérios de conveniência e oportunidade’.** (AgRg nos EREsp 620.276/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Segunda Seção, DJ 01.08.2006)”. (STJ, AGA 200701910664, Rel. Vasco Della Giustina (Des. Conv. do TJ/RS) - 3ª Turma, DJE: 21/05/2010.) (Destaquei)

Não conhecido, pois, o pedido da Habitacional Construções para instauração de Incidente de Uniformização de Jurisprudência, por não se enquadrar em nenhuma das hipóteses previstas no art. 476 do CPC.

Rejeito, ainda, a preliminar suscitada pela CEF de nulidade da sentença por negativa de prestação jurisdicional, na medida em que eventuais contradições e/ou obscuridades contidas naquela decisão serão sanadas quando da apreciação do mérito de seu recurso de apelação, não havendo, pois, qualquer prejuízo à Caixa que autorize a anulação da sentença, sendo aplicável ao caso o princípio do *pas de nullité sans grif*.

Passo ao exame do mérito.

Antes de apreciar o mérito propriamente dito dos apelos interpostos pelas partes, faz-se necessário efetuar um breve resumo da situação fática dos autos.

Pelos documentos de fls. 142-150 (vol. 01), observo que, em 15/01/1990, foi firmado Contrato de Empréstimo entre a CEF e a COHABILAR - Cooperativa Habitacional de Aracaju, tendo como intervenientes MIGG Ltda. e a Habitacional Construções, esta fiadora do contrato de mútuo. Esse contrato, no montante 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), correspondente a 667.165 VRF's (Valor de Referência de Financiamento), tinha por objeto a construção do empreendimento inicialmente denominado "Conjunto Habitacional Coroa do Meio VII", posteriormente intitulado "Residencial Philadelphia", cujo projeto previa: compra do terreno, urbanização e construção de 192 apartamentos.

Às fls. 162-176 (vol. 01) consta cópia do Contrato de Empreitada Global firmado, em 15/01/1990, entre a COHABILAR e a Habitacional Construções, tendo como intervenientes a CEF e a MIGG Ltda. Por esse contrato a construtora obrigou-se a executar, em favor da COHABILAR, em regime de empreitada global, os serviços e obras referentes ao aludido empreendimento habitacional, constantes nos itens *a* e *b* da Cláusula Primeira, a seguir discriminados: "*a) 192 unidades de 87,9293 m<sup>2</sup>, com total de 16.882,42 m<sup>2</sup>; b) terraplenagem, rede de água, rede de drenagem, energia elétrica, pavimentação, rede de incêndio*".

Em 20/06/1991 e em 30/06/1992 foram firmados entre a CEF e a COHABILAR "*Termos de Rerratificação*" ao Contrato de Empréstimo e promovida suplementação financeira, sendo, respectivamente, o primeiro de Cr\$ 284.554.940,00 (duzentos e oitenta e quatro milhões, quinhentos e cinquenta e quatro mil e novecentos e quarenta cruzeiros) (cf. fls. 152-154, vol. 01), e o segundo de Cr\$ 280.817.498,30 (duzentos e oitenta milhões, oitocentos e dezessete mil, quatrocentos e noventa e oito cruzeiros e trinta centavos) (cf. fls. 157-159, vol. 01). A Habitacional Construções também firmou ambos os documentos.

#### 1. DO PEDIDO DE ANULAÇÃO DAS CLAÚSULAS DO CONTRATO DE MÚTUA ACOLHIDOS PARCIALMENTE PELA SENTENÇA.

No que se refere ao pedido de anulação das cláusulas do con-

trato de mútuo, acolhidos parcialmente pela sentença (questão da capitalização de juros), questão, inclusive, não levantada em ambos os recursos, 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 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”.

Acerca das exceções de direito material, escreveu Pontes de Miranda:

A exceção apenas faz admitir-se o direito do excipiente, sem excluir, nem modificar o do excetuado. A via não faz a exceção ser ação, nem vice-versa. COELHO DA ROCHA (Instituições, I, 117) viu bem o que é exceção: “... se (o réu) alega fatos, que, não destruindo diretamente a ação, contudo, se se provarem, o eximem do cumprimento da obrigação, ou ao menos perimem a instância, chama-se exceção”. (Tratado de Direito Privado. Tomo VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 7)

Daí depreende-se que 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 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).

No mesmo sentido, *mutatis mutandis*, cito o seguinte precedente desta 2ª Turma que, em caso similar, reconheceu a falta de interesse de agir do fiador em ajuizar ação revisional:

DIREITO CIVIL. CONTRATOS DE FINANCIAMENTO E DE EMPREITADA INTERLIGADOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CAIXA E DA EMPREITEIRA. EXTINÇÃO DA AÇÃO REVISIONAL DO CONTRATO DE FINANCIAMENTO. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR DO FIADOR. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. INAPLICABILIDADE AO CASO. VERBAS INADIMPLIDAS. DIREITO DA CONSTRUTORA AO CRÉDITO CORRESPONDENTE. LUCROS CESSANTES. DIREITO DA CONSTRUTORA À INDENIZAÇÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

- Cuida-se de ação proposta por construtora que realizou contrato de empreitada com a Cooperativa Habitacional de Alagoas - COOHAL, cuja obra foi financiada pela CAIXA.  
- A promovente cumulou a ação de cumprimento/indenização relativa ao contrato de empreitada que firmara com a COOHAL com a ação revisional do contrato de financiamento firmado entre a CAIXA e a COOHAL, do qual é fiadora.

- O referido contrato de financiamento menciona a destinação dos recursos para custeio da construção do “RESIDENCIAL MEDEIROS NETO II” e nele a autora consta como fiadora. O contrato de empreitada, por sua vez, tem por objeto a construção do “RESIDENCIAL MEDEIROS NETO II”. A CAIXA liberava os valores do financiamento para a COOHAL mediante acompanhamento da obra, constando como interveniente no contrato de empreitada. A COOHAL, por sua vez, repassava à construtora os mesmos valores recebidos da CAIXA.

- A interdependência entre os contratos de financiamento e de empreitada justifica a legitimidade passiva da CAIXA.

- **Inexistindo inadimplência do devedor nem a corresponsável execução da dívida, carece o fiador de interesse de propor ação revisional do contrato de empréstimo. Precedente desta Corte: AC 314782/AL, Segunda Turma, rel. Des. Federal Petrucio Ferreira, pub. DJ04/06/2004. (...)**

- Apelação da CAIXA improvida. Apelação da construtora parcialmente provida. Vencido o relator, que negou provimento à apelação da construtora. (AC 459817/AL, Rel. originário Des. Fed. Francisco Barros Dias, Rel. p/ Acórdão Des. Fed. Paulo Gadelha, 2ª Turma, DJE: 09/10/2009) (Ressaltei)

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 n.º 0001974-15.1997.4.05.8500), teria o condão de conferir legitimidade ativa a 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.

Nesse passo, deve ser reformada a sentença na parte que acolheu o pedido para vedar a capitalização de juros no contrato de mútuo em face da ilegitimidade ativa da Habitacional para demandar a nulidade de cláusulas do Contrato de Empréstimo firmado entre a CEF e a COHABILAR.

Reconhecida, de ofício, a ilegitimidade ativa nesse ponto.

Por entender oportuno, aprecio de início o apelo da CEF.

## 2) DO ALEGADO ATRASO NAS LIBERAÇÕES DAS PARCELAS DO FINANCIAMENTO POR PARTE DA CEF E DO REPASSE DOS RECURSOS PELA COOPERATIVA À CONSTRUTORA.

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, à 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 02) e abril/90 (lote 03).

Em resposta ao quesito nº 04 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 04 (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 alusivas 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 resalto)*

Tal informação é ratificada pela resposta ao quesito de nº 05 (à fl. 1091), quando afirmado pelo perito que *“o grande custo financeiro suportado pela autora não recaiu em 02 (dois) ou em 04 (quatro) dias de retardo, nas poucas vezes que aconteceu em 18 meses de obra”, mas sim, conforme tópico “Análise” da perícia, “01 nas diferenças visualizadas entre os montantes líquidos faturados (mês a mês) e os totais efetivamente recebidos / em face das glosas financeiras e, 02) em fatores outros, ligados a natureza físico-operacional 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 100,00% (cem por cento)”*, consoante tópico “Análise” do laudo pericial, mais precisamente à fl. 1.076. No entanto, tal questão será objeto de análise a seguir (item 3 deste voto).

### 3. DA METODOLOGIA DE PAGAMENTO E DE REAJUSTAMENTO DO PREÇO DAS OBRAS E SERVIÇOS DOS CONTRATOS

#### 3.1 DO CONTRATO DE EMPRÉSTIMO

Em consonância com a Cláusula Segunda do Contrato firmado entre a CEF e a COHABILAR, aquela era responsável por desembolsar o empréstimo pactuado em parcelas, em conformidade com o cronograma constante do Anexo I do referido contrato.

A liberação da primeira parcela, efetivada no ato de assinatura do contrato, destinou-se ao pagamento do terreno e a cobrir as despesas contratuais. A liberação das demais parcelas seguiria o cronograma de desembolso, consoante disposto no Parágrafo Segundo da Cláusula Segunda.

No que concerne ao reajustamento do saldo devedor e dos demais valores previstos no contrato, o indexador escolhido pelas partes foi o coeficiente utilizado para o rendimento dos depósitos de caderneta de poupança. Nesse sentido dispõem as Cláusulas Nona e Décima:

CLÁUSULA NONA: O saldo devedor e todos os demais valores constantes deste contrato serão atualizados mensalmente, no dia que corresponder ao da assinatura deste Contrato, mediante aplicação do coeficiente de atualização monetária idêntico ao utilizado para reajustamento dos depósitos de poupança mantidos nas instituições integrantes do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo - SBPE.

PARÁGRAFO ÚNICO: Caso os depósitos de poupança deixem de ser atualizados mensalmente, o reajustamento de que trata o *caput* desta cláusula operar-se-á mediante aplicação dos índices mensais indicadores da taxa de inflação que servirem de base para fixação do coeficiente a ser aplicado na atualização monetária dos aludidos depósitos.

CLÁUSULA DÉCIMA: No caso de extinção dos índices referidos na cláusula anterior, o fator de reajuste a ser utilizado para os efeitos deste contrato será o que vier a ser estabelecido pelo órgão competente do Governo Federal.

### 3.2 DO CONTRATO DE EMPREITADA GLOBAL

Em consonância com a Cláusula Terceira do Contrato firmado entre a COHABILAR e a Habitacional, a primeira ficou responsável pelo pagamento do preço ajustado em parcelas mensais e sucessivas, em conformidade com o andamento da obra, considerando, para efeito de faturamento, os serviços efetivamente executados e de acordo com a Tabela de Pagamento da unidade-tipo ou bloco (tabela anexa ao contrato).



Conforme a Cláusula Quinta, que trata do reajuste monetário do contrato, o preço das obras e serviços seria reajustado mensalmente, no primeiro dia de cada mês, mediante a aplicação do índice publicado mensalmente pela Fundação Getúlio Vargas, Coluna 35 - Custo Nacional da Construção Civil e Obras Públicas - INCC, cujo reajustamento seria obtido a partir da seguinte fórmula:  $R = (I_n / I_o - 1) \times F$ , onde “R” é o valor do reajustamento em NCz\$; “I<sub>n</sub>” é o índice do INCC/FGV do mês anterior ao da apresentação da fatura; “I<sub>o</sub>” é o índice do INCC/FGV do mês anterior ao da apresentação da proposta; e “F” é o valor da fatura apresentada em NCz\$.

### 3.3 DA DIVERSIDADE ENTRE OS ÍNDICES DE REAJUSTAMENTO ESTABELECIDOS NOS CONTRATOS DE EMPRÉSTIMO E DE EMPREITADA. DIFERENÇAS DEVIDAS. JUROS DE MORA.

No Contrato de Empréstimo firmado entre a CEF e a COHABILAR, o saldo devedor e todos os demais valores nele previstos seriam reajustados mensalmente, no dia de aniversário do contrato, mediante a aplicação de coeficiente de atualização idêntico ao utilizado nos depósitos de poupança. Já o contrato de empreitada global, firmado entre a COHABILAR e a Habitacional, previa o reajustamento mensal, no primeiro dia de cada mês, mediante aplicação do INCC, publicado mensalmente pela Fundação Getúlio Vargas.

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. Essa é a conclusão que se extrai do extenso laudo pericial de fls. 1043-1178 e dos esclarecimentos prestados às fls. 1257-1293, através dos seguintes subsídios:

No que concernem às transferências de recursos (pagamentos), conforme tópico “ANÁLISE” do presente trabalho pericial, **inexistiram atrasos expressivos que viessem a comprometer o efeito edificativo** (erigir da obra). (Fl. 1093, em resposta ao quesito 03 da autora) (ressaltei)

Segundo consta (vide Quadro QM /LT / 008) nos 18 (dezoito) meses de execução da obra poucas vezes tal fato ocorreu e, no máximo, num intervalo de 04 (quatro) dias. **Na maioria tudo foi na data acordada e/ou antes mesmo disso.** (Fl. 1091, em resposta ao quesito 04 da magistrada) (grifei)

As datas alusivas 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. (Cf. tópico “Conclusões, à fl. 1112, vol. 5). (Destaquei)

No entender deste Perito, **o grande peso se esconde:** 01) nas diferenças visualizadas **entre os montantes líquidos faturados** (mês a mês) e os **totais efetivamente recebidos em face das glosas financeiras e, 02) em fatores outros, ligados à natureza físico-operacional da obra.** (Cf. tópico “Análise” à fl. 1079) (dei ressaltos)

As redações abaixo arroladas, dentre outras, podem ser, a nível desta Perícia, ofertados como um elucidário: 01) não reconhecimento de um lapso coletivo quanto à **viabilidade técnico-econômica do empreendimento / tudo muito alvissareiro. 02) ausência de senso comercial/ financeiro prático e/ou imprudência** conivente das partes **quanto a uma reanálise e correção da defasagem** / inconsistência do cronograma de desembolso previsto no “contrato de empréstimo” se relacionado com o cronograma de “desembolso (faturamento) da obra” / visão individualizada “obra e serviços”; 03) **incapacidade do VRF de competir ou fazer frente ao INCC;** 04) advocatura prévia, por parte da Construtora, quanto às defasagens dos

valores da obra – **exposição técnico-comercial excessiva ao risco**; 05) ausência, principalmente por parte da Cohabilar (e dos outros dois envolvidos), do possuir de um pluralista e maleável fluxo de caixa. (Cf. tópico “Análise” à fl. 1080, vol. 5) (negritei)

Particularmente hoje se nota que **o estudo de viabilidade técnica-econômica do empreendimento careceu de maiores atenções** ou, no mínimo, foi cercado de muita euforia (epidemia financeira temporal). Terrível e, data vênica **imperdoável, a certeza de que um índice setorial e da importância do INCC se curvaria frente o VRF** (eminentemente / fortemente atrelado ao coletivo nacional e ao baixo risco – denominado “poupança”). (Cf. tópico “Análise” à fl. 1081, vol. 5) (sem destaque no original)

**Todos os repasses** da CEF para a COHABILAR, e **desta para a Habitacional, mantinham paridade com o VRF/UPF** do mês do pagamento, portanto com correção monetária. **Todavia, não faziam frente à ebulição financeira do INCC.** Tais demonstrativos estão inclusos nos autos (peça inicial da autora) e/ou nos anexos fornecidos pela CEF. (Fl. 1092, vol. 5, em resposta ao quesito 6 da magistrada) (ressaltei)

Conforme muito bem definido no interior do Laudo Pericial, **esta perícia se ateve, só e somente só, ao “... contrato de empreitada global...(sic)”**. Assim todos os cálculos foram singulares e não ajouçados a qualquer outro instrumento, não obstante algumas minúsculas incursões (citando aquele outro), **voltadas, exclusivamente, à “construção civil”**. (Fl. 1264, vol. 5, em resposta ao quesito complementar 001 da CEF, que o indagou se os valores glosados do pagamento total das faturas apresentadas correspondem à diferença da variação entre o indexador monetário do contrato de financiamento e do contrato de empreitada ...)

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, acresciento, só podem ser imputadas à COHABILAR, na forma do quadro suplementar de fl. 1272, à exceção dos juros de mora ali constantes, nos seguintes termos:

- a) NCz\$ 100.025.093,88 (cem milhões, vinte e cinco mil, noventa e três cruzados novos e oitenta e oito centavos), referentes às diferenças de faturas;
- b) NCz\$ 19.856.038,11 (dezenove milhões, oitocentos e cinquenta e seis mil, trinta e oito cruzados novos e onze centavos), relativos à poupança / plano financeiro;
- c) NCz\$ 9.421.056,38 (nove milhões, quatrocentos e vinte e um mil, cinquenta e seis cruzados novos e trinta e oito centavos), alusivos à retenção contratual;
- d) NCz\$ 1.058.387,84 (um milhão, cinquenta e oito mil, trezentos e oitenta e sete cruzados novos e oitenta e quatro centavos), a título de reajuste monetário;

Como a diferença apurada refere-se somente ao Contrato de Empreitada e considerando que a CEF não é solidariamente responsável pelo pagamento 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. Afinal, como bem destacado pela CEF, inexistente qualquer dispositivo contratual ou legal que disponha que a COHABILAR e a CEF são solidárias nas obrigações de entregar à construtora os recursos financeiros corrigidos pelo INCC. Essa obrigação foi estabelecida no Contrato de Empreitada, do qual a CEF não é parte.

Esse é inclusive o entendimento recente do Plenário desta Corte:

CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO E CONTRATO DE EMPREITADA GLOBAL INTERLIGADOS. CONSTRUÇÃO DE IMÓVEIS RESIDENCIAIS FINANCIADOS PELA CEF. RECEBIMENTO A MENOR DO PREÇO DA EMPREITADA AJUSTADA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA CARACTERIZAR A MORA DA CEF.

1. Embargos Infringentes interpostos pela CEF, em face do v. acórdão da eg. Segunda Turma deste Tribunal, que, por maioria, deu provimento, em parte, à apelação da “Habitacional Construção S/A”, reconhecendo em seu favor a existência de saldo credor decorrente da inadimplência

contratual das rés (CEF e Cooperativa Habitacional de Alagoas - COOHAL) no que tange ao repasse de parcelas a menor, bem como o direito relativo aos lucros cessantes, nos valores apurados nos laudos periciais.

2. Na ação ordinária ajuizada pela ora embargada, a 'Habitacional Construções S/A', requereu a condenação solidária das rés (CEF e COOHAL), no pagamento dos haveres oriundos do recebimento, a menor, do preço da empreitada que fora ajustada para construção e comercialização, financiada, das unidades habitacionais do "Residencial Medeiros Neto II", localizado no Município de Maceió/AL, bem como pelas perdas e danos patrimoniais, tudo em função da mora contratual e delitual em que teriam elas incidido, além da decretação da extinção da fiança outorgada pela autora, em favor da CEF, em garantia do mútuo consensual concedido por esta última.

3. Existência de dois contratos principais distintos: um de "Empreitada Global", firmado entre a Habitacional Construções S/A e a COOHAL, que dispôs acerca da atualização da obra pela variação do INCC, e um de "Empréstimo", firmado entre a COOHAL e a CEF no qual estatuiu-se a liberação das parcelas, monetariamente atualizadas, e em quantidade de VRF's, avença na qual pactuou-se um termo aditivo, bem como um contrato acessório de fiança.

**4. Tomando-se em consideração os laudos periciais contábeis produzidos, observa-se – é o que tudo levar a crer – que a alegada diferença, quanto ao recebimento do preço da empreitada ajustada, para construção e comercialização financiada das unidades denominado "Residencial Medeiros Neto II", derivou dos índices de atualização, que eram diversos, nos referidos contratos.**

5. As provas periciais são firmes em testificar que o Contrato de Empréstimo, no qual a CEF figurou como parte, foi por ela devidamente cumprido em todos os seus termos.

6. Embora não prevista contratualmente, houve uma suplementação do crédito, por parte da CEF, em 1991, através de um Termo Aditivo, objetivando a conclusão do empreendimento; e o retardamento na obra se deu em razão de condições climáticas adversas ao prosseguimento dos trabalhos pertinentes.

**7. Inexistência de elementos suficientes para configurar uma conduta culposa por parte da Embargante – da CEF –, que fizesse surgir a obrigação de reparar os danos possivelmente sofridos pela Habitacional Construções S/A.**

8. Tal como assentado no voto vencido, “(...) nenhum injusto pode ser imputado primeiro à Caixa, pois além de realizar todos os repasses do financiamento, baixar juros com negociação nesse sentido, transferir parte da dívida para o Município de Maceió, ainda chegou a fazer as liberações antes mesmo de terminar a obra, quando por força da avença só seria depois”.

9. Ademais, “(...) **querer imputar uma responsabilidade por insucesso de um empreendimento somente a quem financiou ou tinha a obrigação de proceder aos repasses desse financiamento, parece querer fugir do risco que um negócio dessa natureza pode ensejar e ao final ter de ser suportado por quem o assumiu**”.

10. Cumpre por em destaque que, na AC 314782-AL, em que a ora embargada demandou em face da COOHAL e da CEF, buscando semelhante provimento jurisdicional, relativamente a outro empreendimento, o em. Relator deu provimento à apelação desta última, por entender que “tendo a CEF somente se obrigado a repassar as parcelas do mútuo segundo a variação do VRF, e tendo esta cumprido com a referida obrigação na medida em que as obras se realizavam, inexistiu qualquer afronta contratual referente às medições, de sorte a ensejar o deferimento da reparação pretendida pela Construtora Habitacional Construções S/A”. Embargos Infringentes providos.

(EINFAC459817-AL, Rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano, TRF5ª - Pleno, DJe: 13/06/2012) (grifei)

Amparado em tais fundamentos, deve ser dado provimento ao 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 (fl. 1272, vol. 5), apenas com a ressalva a seguir apresentada.

No que concerne aos cálculos elaborados pela expert à fl. 1272 (vol. 5), observo que foram computados indevidamente os juros moratórios à taxa de 1% (um por cento) ao mês, desde quando

devida cada prestação. Entretanto, inexistindo determinação contratual neste sentido, entendo que os juros de mora são devidos tão somente a contar da citação válida da COHABILAR, nos termos do art. 219 do Código de Processo Civil, nas taxas previstas nos Códigos Civis de 1916 e 2002, sucessivamente.

No que concerne aos critérios de correção monetária, penso que agiu corretamente o perito judicial ao considerar a atualização monetária desde quando era devida cada parcela, utilizando como fato de atualização o INCC, que foi o indexador eleito pelas partes para promover o reajuste no Contrato de Empreitada.

Entretanto, é de se ressaltar que, a partir da vigência do Código Civil de 2002, não deverá incidir correção monetária, visto que a taxa selic já engloba juros de mora e correção, sob pena de *bis in idem*.

Em face do exposto, embora entenda que o principal da dívida e a correção monetária tenham sido adequadamente calculados pelo perito, o mesmo não se pode dizer dos juros de mora. Isso não implica a imprestabilidade do laudo, o qual pode, após o trânsito em julgado, ter sua parte corrigida no que se refere aos juros moratórios.

Passo ao exame da apelação da Habitacional Construções.

#### 4. DO ALEGADO ENDIVIDAMENTO BANCÁRIO E DOS SUSPOSTOS CUSTOS INDIRETOS DA OBRA

Outra controvérsia se refere aos valores decorrentes de encargos financeiros surgidos pela contratação de outros empréstimos que, segundo a construtora demandante, serviria para dar continuidade às obras diante da alegada sonegação de recursos efetuados pela CEF e COHABILAR. Tal argumentação serviria para comprovar a existência de um prejuízo e que o mesmo teria sido causado pelo suposto atraso no repasse das verbas.

O nexo de causalidade, para o direito, não se refere ao princípio físico da causalidade, que, formulado assim, significaria um retorno ao infinito das causas que resultaram num determinado prejuízo. A exigência de nexo de causalidade para configuração da responsabilidade civil se refere a um vínculo plausível entre o evento danoso e o ato que pretensamente o causou e que está ligado ao réu na ação.

Neste caso, os gastos com empréstimos não podem estar imediatamente ou mesmo razoavelmente ligados ao fato da defasagem no repasse dos recursos por parte da COHABILAR, visto que a aquisição de empréstimos pela construtora é fruto de uma decisão estratégica no planejamento e gerenciamento do empreendimento.

A construtora não foi obrigada a contratar empréstimos, pois poderia ter tomado a decisão de atrasar a obra à espera dos repasses das verbas pretendidas. Se assim o é, os gastos com empréstimos não decorreram diretamente do inadimplemento dos repasses pela COHABILAR, nem tampouco da CEF, como dito alhures, o que denota a inexistência de nexos causal entre a defasagem no pagamento e a contratação de outros empréstimos.

Considero, pois, que inexistente nexos de causalidade jurídica entre a defasagem dos repasses pela COHABILAR e/ou CEF e os empréstimos tomados pela construtora.

Não havendo nexos de causalidade, não se pode dizer que a defasagem do repasse efetuado pela COHABILAR foi responsável pelos gastos com empréstimos pela autora, notadamente porque se a Construtora autora escolheu tal caminho, não há como imputar à COHABILAR, nem muito menos à CEF, a responsabilidade por uma escolha gerencial.

Assim sendo, não há que se falar em indenização por perdas e danos referentes a encargos financeiros de outros empréstimos realizados pela construtora apelante. Desta maneira já decidiu este TRF da 5ª Região, inclusive, sob a minha relatoria:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRATO DE EMPRÉSTIMOS COM GARANTIAS HIPOTECÁRIAS E FIDEIJUSSÓRIAS. FINANCIAMENTO DE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS. ATRASO NA LIBERAÇÃO DOS RECURSOS. CEF. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DEVIDOS. AGRAVO RETIDO VISANDO O NÃO CONHECIMENTO DE APELAÇÃO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO.

(...)



2. O contingenciamento de verbas por parte da legislação federal não elide a necessidade de cumprimento daquilo que foi contratado antes do referido ato da União. Precedente desta Corte (AC 202199-CE; Terceira Turma; DJ 15/10/2003; Des. Fed. Conv. Élio Wanderley de Siqueira Filho).

(...)

4. A responsabilidade civil decorrente de violação contratual é objetiva, ainda mais quando se trata de mora, ato-fato ilícito decorrente do não pagamento das parcelas, no prazo contratual.

5. O atraso na liberação das parcelas de financiamentos por parte da instituição financeira enseja a reparação dos prejuízos causados, quais sejam, os encargos decorrentes da mora (correção monetária), que devem ser contados a partir do aniversário do contrato até a data do efetivo pagamento.

6. Inexistindo data específica para o pagamento, a data do aniversário do contrato serve de critério objetivo.

**7. Não se pode dizer que a mora da CEF foi responsável pelos gastos despendidos com outros empréstimos obtidos pelo consórcio demandante, notadamente porque as empresas autoras optaram por tal providência, não havendo como imputar à CEF a responsabilidade por uma escolha gerencial.**

8. Agravo retido da CEF e apelações improvidas. (AC 398118/CE, Rel. Des. Fed. Francisco Wildo, TRF 5ª - Primeira Turma, DJ: 17/09/2007) (dei ressaltos)

É descabido, também, o pedido indenizatório pelos alegados custos indiretos de canteiro (antes e depois do “habite-se”) e aos custos decorrentes de atrasos nos pagamentos dos tributos, bem como pelos lucros cessantes.

Em se tratando de responsabilidade civil contratual, sabe-se que os seus pressupostos são: a) a existência de um contrato válido; b) a ocorrência de inexecução contratual; c) o dano; e d) o nexo causal entre o dano e o inadimplemento.

Além disso, no que diz respeito ao nexo de causalidade nos casos de responsabilidade contratual, o Código Civil de 1916, em seu art. 1.060, adotou a teoria do dano direto e imediato que, se-

gundo a melhor doutrina<sup>1</sup>, nada mais é do que a teoria da causa adequada, ou seja, exige-se que o dano indenizável seja consequência direta e imediata da inexecução da obrigação contratual.

Esse é o teor do referido dispositivo legal:

Art. 1.060. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes **por efeito dela direto e imediato**. (Correspondente ao art. 403 do CC/02) (destaquei)

Ora, se os supostos custos indiretos de canteiro (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.

## 5. DO PEDIDO DE EXTINÇÃO E/OU DE INEXIGIBILIDADE DA FIANÇA

No que se refere ao pedido de desoneração da fiança, aduz, resumidamente, a Habitacional que em razão do cumprimento do contrato de empreitada, com a entrega da obra, e diante do descumprimento da CEF quanto à liberação tempestiva das parcelas do contrato de mútuo, há de ser reconhecida a extinção da fiança.

Afirma que, no curso da execução da obra do mencionado empreendimento, a CEF inadimpliu o contrato de mútuo, na medida em que não respeitou a obrigação de promover o desembolso de suas parcelas no tempo e modo devidos, ocasionando, como isto, a falta de recursos para que a Cooperativa/Afiançada (COHABILAR) pudesse gradualmente efetuar a remuneração da Empreiteira/Fiadora, ora apelante, o que mostra que a CEF, incidiu em mora na “relação obrigacional complexa”, travada no Programa de Cooperativas Habitacionais, permitindo a extinção da fiança.

---

<sup>1</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 7ª ed. - São Paulo: Atlas, 2007, pp. 270/271.

Além disso, sustenta que a CEF, ao prorrogar sucessivamente o vencimento do contrato, acabou concedendo verdadeira moratória, motivo pelo qual entende fazer jus à liberação da fiança, a teor do art. 1.503, *caput*, I e II, do Código Civil de 1916.

A conclusão do empreendimento não implica a extinção da fiança. Aludida garantia foi dada pela Habitacional (fiadora) para assegurar o adimplemento do empréstimo obtido pela COHABILAR (afiançada) junto à CEF (credora), e não para garantir o cumprimento do contrato de empreitada global, através do qual a Habitacional se obrigou com a COHABILAR a construir o “Residencial Philadelphia”. O contrato principal à fiança é o de Empréstimo, não o de Empreitada, de modo que o adimplemento deste é indiferente à fiança, que somente seria extinta com o cumprimento daquele.

Eis o teor da Cláusula 12ª do Contrato de Empréstimo (fls. 142-150):

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA: Declara a EMPREITEIRA, na qualidade de INTERVENIENTE FIADORA que concorda com o presente contrato, em todos os seus termos, cláusulas e condições, assumindo, como principal pagadora a responsabilidade solidária pelo pagamento da totalidade da dívida com seus acréscimos, renunciando, expressamente, aos benefícios previstos nos artigos 1.491 e 1.500 do Código Civil.

Em não havendo demonstração de que a dívida objeto do contrato de mútuo feneratício foi adimplida (obrigação principal), é descabido o pedido de desconstituição da fiança (contrato acessório) ao argumento de que a construtora concluíra o empreendimento.

Por outro lado, a garantia fidejussória (Cláusula 12ª) deve ser interpretada conjuntamente com as Cláusulas 8ª e 13ª do mesmo instrumento, as quais dispõem que a COHABILAR (afiançada) e a Habitacional (fiadora) são corresponsáveis pela comercialização das unidades habitacionais do empreendimento a ser construído, na medida em que o produto da venda dos apartamentos amortizaria gradativamente a dívida proveniente do empréstimo feneratício. Em outras palavras, a obrigação conjunta da afiançada e da fiadora se estende até a venda de todas as unidades imobiliárias. Eis o teor das aludidas cláusulas:

CLÁUSULA OITAVA: Findo o prazo de carência, estabelecido na cláusula anterior, o débito ora contraído será liquidado de uma só vez pelo pagamento ou pela sub-rogação dos beneficiários finais da dívida da COOPERATIVA, por meio de financiamentos concedidos pela CEF, em parcelas proporcionais ao saldo devedor das unidades habitacionais, operação esta com a qual a CEF concorda e que desde já autoriza.

PARÁGRAFO PRIMEIRO - Os contratos com os beneficiários serão firmados até o final do prazo de carência acima estipulado, dando a CEF à COOPERATIVA quitação proporcional às parcelas assumidas pelos beneficiários finais.

CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA: Findo o prazo de carência ou de suas eventuais prorrogações, a EMPREITEIRA ficará, de imediato, automaticamente, investida de mandato, que ora lhe é outorgado pela COOPERATIVA, com anuência da CEF, para promover a comercialização das unidades remanescentes com amplos poderes para efetuar a venda das mesmas unidades, fixar preços e condições de pagamento, outorgar a respectiva escritura, transmitir posse, domínio, direito e ação, obrigar-se pela evicção, receber o preço, dar recibo e quitação.

Vê-se facilmente, portanto, que a obrigação da Habitacional não cessava com a mera conclusão do empreendimento. Cabia-lhe, ainda, segundo a cláusula de mandato, promover a comercialização das unidades remanescentes após o término do prazo de carência, para o que podia fixar preços e condições de pagamento, outorgar escrituras, transmitir posse, domínio, direito e ação, obrigando-se pela evicção, recebimento do preço, fornecimento de recibo e quitação.

Justamente porque à construtora foram atribuídos tantos poderes, inclusive os de dar recibo e quitação das unidades remanescentes, é que a fiança deve ser mantida até o integral adimplemento do empréstimo obtido pela COHABILAR. Afinal, assim não fosse, poderia a empreiteira receber os pagamentos e não utilizar os respectivos valores na amortização da dívida decorrente do contrato de mútuo.

Sequer se pode dizer que a tolerância da CEF em relação à inadimplência da COHABILAR implicou verdadeira moratória, ensejando a desoneração do encargo assumido pela construtora-fiadora.

Ensina a melhor doutrina que não se pode confundir moratória, que é causa de extinção da fiança, com a mera tolerância ou de inércia do credor, que não tem o condão de prorrogar o vencimento da obrigação. Escreveu o civilista Washington de Barros Monteiro:

Moratória é a outorga de novo prazo pelo credor, após o vencimento da obrigação. Simples tolerância ou inércia dele, procrastinando o recebimento de seu crédito, não constitui moratória. Não há nesse caso a concessão de novo prazo que impeça o exercício da ação do credor. No caso de verdadeira moratória, porém, a situação é diferente, pois, até o fiador solidário fica exonerado. (Curso de Direito Civil: das obrigações, vol. 5: 2ª parte, 34ª ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva, São Paulo: Saraiva, 2003)

A demora da CEF não implicou postergação do vencimento da dívida, que impedisse o exercício do direito de ação da credora e modificasse o termo a quo do prazo de prescrição. Essa é, a meu ver, a grande diferença entre a tolerância e a moratória. Naquela, por não haver prorrogação do vencimento da obrigação, o credor assume o risco de ter sua pretensão prescrita; nesta, por haver alteração do vencimento da dívida, ocorre modificação da data inicial de contagem da prescrição. Por isso, o consentimento do fiador, sob pena de extinção da fiança, somente se faz necessário quando se trata de moratória.

Na verdade, existiram dois aditivos ao Contrato de Financiamento, através dos quais foi acordado entre as partes que haveria uma suplementação ao empréstimo originário, a primeira na ordem de Cr\$ 284.554.940,00 (cf. fls. 152-155, vol. 01), e a segunda na cifra de Cr\$ 280.817.498,30 (cf. fls. 157-160, vol. 01), ambos visando à conclusão do “Residencial Philadelphia” no prazo previsto no contrato. Esses termos, no entanto, contaram com a ciência expressa da Habitacional (fls. 152-155 e 157-160, vol. 01), razão por que não pode, agora, ser utilizado como fundamento para alegação de eventual moratória.

O Desembargador Federal Manuel Erhardt, na oportunidade do julgamento do EINFAC nº 314.782-AL, do qual foi relator, assim tratou questão similar à destes autos:

A embargante alega o advento de moratória concedida pela CEF em favor da COOHAL, o que lhe desobrigaria da fiança outorgada.

16. Tal alegação, contudo, não se sustenta pois, ao compulsar os autos, observa-se que aquilo que a embargante chama de moratória nada mais representa do que o estrito cumprimento do contrato firmado entre as partes, precisamente o Termo Aditivo ao Contrato de Financiamento de fls. 151/155 que prevê o alargamento do prazo final de conclusão das obras para junho/91.

17. Com efeito, os únicos documentos que registram negociações nas quais a fiança lhes é inerente são o Contrato de Empréstimo de fls. 139/149 e o seu Termo Aditivo de fls. 151/155, ambos lavrados com a ciência inequívoca da Habitacional Construções S.A., consoante se vê da assinatura de seu representante tanto num quanto noutro instrumento (fls. 147 e 154).

18. Embora o transcurso de tempo entre a última data de liberações dos valores e a que ora se apresenta possa, realmente, parecer excessivo, dando a impressão de cuidar-se de fixação de garantia prestada sem limitação temporal, o que não é a hipótese dos autos, nada impediria o fiador de, querendo, notificar o credor nos termos do art. 834 do CC para se desincumbir do encargo, providência que, estranhamente, ao longo de todos esses anos, não diligenciou em fazer, como também, diante da demora, sem justa causa, no início da execução contra o devedor, promover o seu andamento, de acordo com os ditames do art. 834 do mesmo diploma legal.

19. Ademais, apenas para enriquecer o debate, registre-se que o Tribunal da Cidadania já fixou orientação no sentido de que o mero ato de tolerância do credor em relação ao atraso do devedor no pagamento não importa, em princípio, na concessão de moratória. (REsp. 998.116, Rel. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 19.12.08)

Também não restou configurada a intenção das partes (mutuante e mutuária) em novar a dívida, pressuposto essencial para

reconhecimento da novação, nos termos do art. 1.000 do Código Civil de 1916 (art. 362 do CC/2002). Afinal, não se pode presumir o *animus novandi*.

Sobre a questão, transcrevo excerto do voto proferido oralmente pelo douto Desembargador Federal Rogério Fialho quando do julgamento do EINFAC nº 314.782-AL no Plenário desta Corte, em sessão realizada no dia 14/10/2009:

O fundamento do voto vencido é que teria ocorrido novação. Entretanto, a novação é a substituição de uma obrigação anterior por uma nova que a substitui. Há uma regra em Direito Civil de que a novação não se presume. A novação deve ser expressa, inequívoca, clara. No caso, com a devida vênia do voto vencido, não consigo essa novação tácita, até porque um dos requisitos da novação é o *animus novandi*, a intenção de novar, e não me parece que a Caixa Econômica federal tenha feito qualquer novação com relação à construtora.

Não obstante os votos acima parcialmente transcritos tenham sido vencidos no julgamento plenário, por voto de desempate da Presidência, entendo que a tese aqui adotada é a que melhor se amolda à ordem jurídica em vigor e à realidade fática retratada nas provas dos autos.

Enfim, (a) em se tratando a hipótese de mera tolerância da parte credora e não de moratória, não tendo havido modificação no vencimento originário da obrigação e, por consequência, marco inicial de incidência da prescrição, (b) tendo a CEF ajuizado, desde 28/05/1997, ação de execução da dívida do contrato de mútuo em face da COHABILAR e da Habitacional Construções, e (c) inexistindo *animus novandi* da CEF, não se pode extinguir a fiança enquanto subsistir débito oriundo do contrato de mútuo feneratício, sendo inaplicável à espécie o disposto nos artigos 1.006 e 1.503, I, do Código Civil de 1916, vigentes à época da celebração da avença, correspondentes aos artigos 366 e 838 do Novo Código Civil, respectivamente.

## 6. DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Deve a Habitacional Construções arcar com a verba honorária sucumbencial em favor da CEF, ora arbitrada em R\$ 10.000,00

(dez mil reais), levando-se em consideração o trabalho desenvolvido pelo advogado, o tempo despendido na defesa do cliente e a complexidade da causa (art. 20, § 3º, do CPC).

Do mesmo modo, considerando a sucumbência recíproca entre a COHABILAR e a Habitacional, bem como o fato de a demandante ter sido vencedora de quantia expressiva, condeno a Cooperativa a pagar à parte autora honorários advocatícios de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

Por tais fundamentos:

(i) dou provimento à apelação da CEF para isentá-la da condenação solidária que lhe fora imputada pela sentença, mantendo-se a condenação da COHABILAR a pagar em favor da Habitacional Construções o crédito, apurado pela perícia à fl. 1272 (vol. 5), à exceção dos juros de mora ali contidos, e reconhecido pela sentença, no valor de:

A) NCz\$ 100.025.093,88 (cem milhões, vinte e cinco mil, noventa e três cruzados novos e oitenta e oito centavos), referentes às diferenças de faturas;

B) NCz\$ 19.856.038,11 (dezenove milhões, oitocentos e cinquenta e seis mil, trinta e oito cruzados novos e onze centavos), relativos à poupança / plano financeiro;

C) NCz\$ 9.421.056,38 (nove milhões, quatrocentos e vinte e um mil, cinquenta e seis cruzados novos e trinta e oito centavos), alusivos à retenção contratual;

D) NCz\$ 1.058.387,84 (um milhão, cinquenta e oito mil, trezentos e oitenta e sete cruzados novos e oitenta e quatro centavos), a título de reajuste monetário.

(ii) determino que sobre o montante indenizatório incidam correção monetária pelo INCC desde o vencimento de cada prestação e juros de mora, nos índices estabelecidos nos Códigos Civis de 1916 e 2002, sucessivamente, a partir da citação da cooperativa neste processo; e

(iii) condeno a COHABILAR em honorários advocatícios em favor da Habitacional no valor de R\$ 20.000,00, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC;



(iv) nego provimento à apelação da Habitacional, condenando-a ao pagamento de honorários advocatícios em favor da CEF no valor de R\$ 10.000,00, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC;

(v) confirmo o valor dos honorários periciais que havia sido fixado a título provisório, imputando-os à COHABILAR e à Habitacional, em face da sucumbência recíproca, conforme art. 33, *caput*, do CPC, cabendo à COHABILAR ressarcir à autora 1/2 (metade) daquela verba, acrescida de juros e correção monetária, desde a efetivação do depósito.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 515.798-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO (CONVOCADO)  
Apelante: LÍDER INCORPORADORA HABITACIONAL LTDA. E OUTROS  
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Advs./Procs.: DRS. ALBANY CASTRO BARROS E OUTROS (APTE.)

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO ECONÔMICO. DIREITO DO CONSUMIDOR. FINANCIAMENTO DE MORADIA PRÓPRIA. CAPTAÇÃO DE RECURSOS DE CIDADÃO. ATIVIDADE FINANCEIRA. FALTA DE AUTORIZAÇÃO DO BACEN. ILEGALIDADE. PRELIMINARES. REJEIÇÃO. MÉRITO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO APELATÓRIO DESPROVIDO.**

**- LÍDER INCORPORADORA HABITACIONAL LTDA. interpõe apelação contra sentença proferida na Ação Civil Pública nº 2006.83.00.012746-4. A empresa, bem como seus sócios, ANDRÉ LUIZ DE ANDRADE DOWSLEY e JOSÉ VICTOR DE ANDRADE DOWSLEY, foram acusados pelo Ministério Público Federal de exploração de ativi-**

***dades próprias do mercado financeiro, captando poupança popular e oferecendo empréstimos, sem prévia autorização do BACEN.***

***- A sentença tem o seguinte dispositivo: “ISTO POSTO, JULGO PROCEDENTES os pedidos de fl. 21 para: I - DECLARAR RESCINDIDOS todos os contratos firmados pela pessoa jurídica LÍDER INCORPORADORA HABITACIONAL LTDA. nos moldes dos formulários padronizados de fls. 26/27, 39/40 e 66/67 e DECRETAR a interdição de suas atividades ilegais, com o que determino o seu ENCERRAMENTO, com a consequente baixa de seu registro perante a Junta Comercial de Pernambuco, Secretaria da Receita Federal e Secretaria da Fazenda Estadual; II - CONDENAR os réus ANDRÉ LUIZ DE ANDRADE DOWSLEY e JOSÉ VICTOR DE ANDRADE DOWSLEY a não mais atuarem, por si ou por terceiros, na atividade de captação de recursos, salvo mediante expressa e prévia autorização escrita do BACEN; III - CONDENAR todos os réus solidariamente ao pagamento de indenização de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por danos morais causados à coletividade em face do exercício da atividade ilegal ora interdita, valor este que deve ser corrigido e sobre os quais incidirão juros moratórios a partir da citação nos termos do art. 406 do Código Civil, e que deve reverter, após o trânsito em julgado da presente, ao Fundo de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347/85; IV - CONDENAR todos os réus solidariamente ao pagamento das indenizações aos consumidores lesados que com eles contrataram e que venham a se habilitar na liquidação desta sentença, mediante a prévia cientificação por edital a ser publicado no DOE e em jornal de grande circulação no Estado de Pernambuco às expensas dos réus, valores estes que deverão ser apurados, corrigidos e acrescidos de juros moratórios a partir da citação de acordo com os***

**critérios do art. 406 do Código Civil, ressalvadas as devoluções e acordos celebrados com os consumidores lesados que venham a ser efetivamente demonstradas na fase liquidatória; e V - CONFIRMAR a multa fixada na liminar de fls. 75/78, ou seja, R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por cada contrato celebrado após a intimação daquele decisum, devidamente corrigidos a partir da data de cada avença e com juros moratórios também de acordo com o art. 406 do Código Civil. Sem honorários advocatícios face ao disposto no art. 128, § 5º, II, a, da Constituição Federal. Sem custas em face do disposto no art. 18 da Lei nº 7.347/85”.**

**3 - No recurso ora sob exame, alegou-se: a) ilegitimidade passiva dos sócios réus, pois o irmão deles, EDUARDO DOWSLEY NETO, confessara ser o verdadeiro perpetrador desse delito e foi condenado na Ação Penal nº 0013063-38.2006.4.05.8300, ora na fase de execução da sentença; b) ilegitimidade ativa do MPF; c) descabimento de danos morais porque se liquidou a dívida com todos os credores, à exceção dos três denunciantes na ACP, não se podendo cogitar de uma lesão coletiva; d) exorbitância da condenação em danos morais; e (e) impossibilidade jurídica do pedido, pois a Lei nº 7.347/85 não autorizaria a pena da obrigação de não fazer, fls. 966/1.013, v. 5. - A ação civil pública é via adequada para a defesa da ordem econômica e financeira e o Ministério Público Federal detém legitimidade ativa ad causam para manejá-la, nos termos dos arts. 1º, inciso I, e 5º, inciso I, ambos da Lei nº 7.347/85. Ademais, a exordial informa que a empresa realizava mensalmente centenas de empréstimos financeiros para cidadãos das camadas mais carentes da sociedade, recebendo as parcelas mensais dos devedores, mas não efetivando a contrapartida. O quadro descrito na exordial,**

*assim, atrai a incidência do Código de Defesa do Consumidor.*

*- Em virtude da presença do Ministério Público Federal na ACP, o Poder Judiciário Federal legitima-se competente para dirimir o conflito de interesses intersubjetivos, conforme o art. 109, inciso I, da CF/88.*

*- Tangente à pretensão de ANDRÉ LUIZ DE ANDRADE DOWSLEY e JOSÉ VICTOR DE ANDRADE DOWSLEY serem excluídos do litígio, por ilegitimidade passiva, ao argumento de seu irmão, EDUARDO DOWSLEY NETO, ter confessado a responsabilidade pela situação irregular da empresa e condenado criminalmente, mister tecer algumas considerações. Na Ação Penal nº 0013063-38.2006.4.05.8300 não houve a declaração de inexistência do fato antijurídico – muito pelo contrário – ou qualquer absolvição por falta de autoria dos réus ora apelantes, quando, então, fatalmente o destino desta apelação deveria lhes ser favorável, acolhendo dita preliminar. Considerando a independência entre as instâncias civil e penal, à míngua de ocorrência fática das excepcionalidades mencionadas, não resta prejudicada a pretensão ministerial de aplicar contra eles as sanções civis cabíveis. Afinal, ao formalizarem a sociedade empresarial figurando como sócios administradores, devem eles arcar com o ônus da total responsabilidade pelos atos negociais realizados. Precedente: RMS 32.641/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 11/11/2011.*

*- Consoante a informação prestada pelo BACEN, a LÍDER não pertencia “ao rol das entidades reguladas e supervisionadas por esta autarquia, não tendo autorização deste Banco Central do Brasil para operar como instituição financeira”.*

**- O conceito de instituição financeira, por seu turno, reside no seio do art. 1º da Lei nº 7.492/86: “Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários. Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira: I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros; II - a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual”.**

**- À época da propositura da ação civil pública, em outubro de 2006, vigiam o art. 33 da Lei nº 8.177/91, e o art. 7º da Lei nº 5.768/71, somente revogados em 2008 pela Lei nº 11.795, atribuindo ao Banco Central do Brasil o papel autorizador e fiscalizatório do mercado financeiro.**

**- A convergência das normas positivas retro-transcritas, aliada à informação prestada ao MPF, impõe a conclusão de que a empresa operou sem autorização do BACEN e tal fato deu origem à ação civil pública para a suspensão imediata da atividade lesiva à ordem econômica e a aplicação de outras sanções.**

**- Uma das teses de defesa consiste na vedação da pena de obrigação de não fazer por incompatibilidade genética com a Lei nº 7.347/85, levando à conclusão pela impossibilidade jurídica do pedido exordial. O art. 3º não deixa dúvidas: “Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obriga-**

***ção de fazer ou não fazer”, grifo nosso. Caminhar em sentido contrário, aliás, consagraria a falácia total das tutelas protetoras do meio ambiente e do consumidor, por exemplo. Em suma, irreprochável a interdição das atividades financeiras ilícitas.***

***- Destaca-se no caso em tela que a LÍDER INCORPORADORA HABITACIONAL LTDA. tinha por público-alvo a parcela da sociedade menos favorecida economicamente, veiculando suas promessas de aquisição de imóvel financiado através da mídia radiofônica, principalmente, a atingir um número incomensurável de eventuais interessados. Ora, indubiosamente houve a violação de direito coletivo e difuso em área tão sensível quanto é a realização do sonho da moradia própria, aspiração intangível para milhões de brasileiros e extremamente árdua para outros tantos, restando pertinente a sanção da indenização por danos morais. Essa é uma via excepcional que se descortinou na modernidade para constranger, pedagogicamente, a proliferação de posturas extremamente perniciosas aos interesses fundamentais do Estado de direito. Para nós, ganhou realce a partir da entrada em vigor da Lei nº 8.078/90: “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;”. Nesse palmar: REsp 1221756/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 10/02/2012.***

***- O valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) é adequado à capacidade financeira dos réus e ao tipo de lesão ao interesse consumerista narrado nos autos.***

***- Apelação cível desprovida.***

## **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, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 26 de julho de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO - Relator Convocado

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO (Convocado):

LÍDER INCORPORADORA HABITACIONAL LTDA. interpõe apelação contra sentença da lavra do MM. Juiz Federal Edvaldo Batista da Silva Júnior, da 10ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, proferida na Ação Civil Pública nº 2006.83.00.012746-4, fls. 923/935 c/c fls. 992/993, v. 5.

A empresa, bem como seus sócios, ANDRÉ LUIZ DE ANDRADE DOWSLEY e JOSÉ VICTOR DE ANDRADE DOWSLEY, foram acusados pelo Ministério Público Federal de exploração de atividades próprias do mercado financeiro, captando poupança popular e oferecendo empréstimos, sem prévia autorização do BACEN.

Acolheu-se o pleito exordial para que sejam aplicadas as seguintes sanções:

ISTO POSTO, JULGO PROCEDENTES os pedidos de fl. 21 para:

I - DECLARAR RESCINDIDOS todos os contratos firmados pela pessoa jurídica LÍDER INCORPORADORA HABITACIONAL LTDA. nos moldes dos formulários padronizados de fls. 26/27, 39/40 e 66/67 e DECRETAR a interdição de suas atividades ilegais, com o que determino o seu ENCERRAMENTO, com a consequente baixa de seu registro perante a Junta Comercial de Pernambuco, Secretaria da Receita Federal e Secretaria da Fazenda Estadual;

II - CONDENAR os réus ANDRÉ LUIZ DE ANDRADE DOWSLEY e JOSÉ VICTOR DE ANDRADE DOWSLEY a não mais atuarem, por si ou por terceiros, na atividade de captação de recursos, salvo mediante expressa e prévia autorização escrita do BACEN;

III - CONDENAR todos os réus solidariamente ao pagamento de indenização de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por danos morais causados à coletividade em face do exercício da atividade ilegal ora interditada, valor este que deve ser corrigido e sobre os quais incidirão juros moratórios a partir da citação nos termos do art. 406 do Código Civil, e que deve reverter, após o trânsito em julgado da presente, ao Fundo de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347/85;

IV - CONDENAR todos os réus solidariamente ao pagamento das indenizações aos consumidores lesados que com eles contrataram e que venham a se habilitar na liquidação desta sentença, mediante a prévia cientificação por edital a ser publicado no *DOE* e em jornal de grande circulação no Estado de Pernambuco às expensas dos réus, valores estes que deverão ser apurados, corrigidos e acrescidos de juros moratórios a partir da citação de acordo com os critérios do art. 406 do Código Civil, ressalvadas as devoluções e acordos celebrados com os consumidores lesados que venham a ser efetivamente demonstradas na fase liquidatória; e

V - CONFIRMAR a multa fixada na liminar de fls. 75/78, ou seja, R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por cada contrato celebrado após a intimação daquele *decisum*, devidamente corrigidos a partir da data de cada avença e com juros moratórios também de acordo com o art. 406 do Código Civil.

Sem honorários advocatícios face ao disposto no art. 128, § 5º, II, *a*, da Constituição Federal. Sem custas em face do disposto no art. 18 da Lei nº 7.347/85.

No recurso, ora sob exame, alegou-se: a) ilegitimidade passiva dos sócios réus, pois o irmão deles, EDUARDO DOWSLEY NETO, confessara ser o verdadeiro perpetrador desse delito e foi condenado na Ação Penal nº 0013063-38.2006.4.05.8300, ora na fase de execução da sentença; b) ilegitimidade ativa do MPF; c) descabimento de danos morais porque se liquidou a dívida com todos os credores, à exceção dos três denunciante na ACP, não



se podendo cogitar de uma lesão coletiva; d) exorbitância da condenação em danos morais; e (e) impossibilidade jurídica do pedido, pois a Lei nº 7.347/85 não autorizaria a pena da obrigação de não fazer, fls. 966/1.013, v. 5.

Contrarrazões às fls. 1.015/1.032, v. 5.

Na qualidade de fiscal da lei, o *Parquet* opina pelo desprovemento recursal, fls. 1.037/1.047, v. 5.

Relatei.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL CESAR CARVALHO (Relator Convocado):

A ação civil pública é via adequada para a defesa da ordem econômica e financeira e o Ministério Público Federal detém legitimidade ativa *ad causam* para manejá-la, nos termos dos arts. 1º, inciso I, e 5º, inciso I, ambos da Lei nº 7.347/85.

Ademais, a exordial informa que a empresa realizava mensalmente centenas de empréstimos financeiros para cidadãos das camadas mais carentes da sociedade, recebendo as parcelas mensais dos devedores, mas não efetivando a contrapartida. O quadro descrito na exordial, assim, atrai a incidência do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - o Ministério Público,

Consequentemente, em virtude da presença do Ministério Público Federal na ACP, o Poder Judiciário Federal legitima-se competente para dirimir o conflito de interesses intersubjetivos, conforme o art. 109, inciso I, da CF/88.

Tangente à pretensão de ANDRÉ LUIZ DE ANDRADE DOWSLEY e JOSÉ VICTOR DE ANDRADE DOWSLEY serem excluídos do litígio, por ilegitimidade passiva, ao argumento de seu irmão, EDUARDO DOWSLEY NETO, ter confessado a responsabilidade pela situação irregular da empresa e condenado criminalmente, teço algumas considerações.

A Ação Penal nº 0013063-38.2006.4.05.8300 foi conduzida pelo MM. Juiz Federal Substituto Gustavo Pontes Mazzocchi, que impingiu a Eduardo Dowsley Neto as seguintes penas:

### III - DISPOSITIVO

Pelo exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE a denúncia, para ABSOLVER o réu da imputação da prática do delito capitulado no art. 171, *caput*, do Código Penal, o que faço forte no art. 386, III, do CPP, e CONDENÁ-LO à pena de 1 (um) ano de reclusão e multa de 12 (doze) dias-multa, ao valor de 1/2 (um meio) salário mínimo vigente ao tempo do fato, cada, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento, dando-o como incurso nas sanções do art. 16, *caput*, da Lei 7.492/86.

O regime carcerário é o aberto, que fixo consoante ditames do art. 33, § 2º, c, do Código Penal Brasileiro.

Porque presentes os elementos objetivos e subjetivos, substituo a pena privativa de liberdade aplicada por uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, que se dará em entidades assistenciais, escolas, hospitais, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais, e mediante atribuição de tarefas gratuitas ao sentenciado, conforme suas aptidões, e que serão cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, por oito horas semanais, fixado, o local e o horário, pelo Juiz da Vara

Federal das Execuções Penais, de forma a não prejudicar sua jornada normal de trabalho, e observada a ressalva contida no § 4º do art. 46 do Código Penal.

Pois bem, como bem asseverou o Magistrado na ação civil pública, não houve na citada demanda criminal a declaração de inexistência do fato antijurídico – muito pelo contrário – ou qualquer absolvição por falta de autoria dos réus ora apelantes, quando, então, fatalmente o destino desta apelação deveria lhes ser favorável, acolhendo dita preliminar. Considerando a independência entre as instâncias civil e penal, à míngua de ocorrência fática das excepcionalidades mencionadas, não resta prejudicada a pretensão ministerial de aplicar contra eles as sanções civis cabíveis. Afinal, ao formalizarem a sociedade empresarial figurando como sócios administradores, devem eles arcar com o ônus da total responsabilidade pelos atos negociais realizados. Sendo matéria por demais conhecida, parto logo para um exemplo jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA APURAÇÃO DE FALTA DISCIPLINAR. MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. DEMISSÃO. ABSOLVIÇÃO NA ESFERA PENAL. AUSÊNCIA DE PROVAS. NÃO INTERFERÊNCIA NA ESFERA ADMINISTRATIVA.

1. As esferas criminal e administrativa são independentes, estando a Administração vinculada apenas à decisão do juízo criminal que negar a existência do fato ou a autoria do crime. Precedentes: REsp 1.226.694/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, *DJe* 20/9/2011; REsp 1.028.436/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, *DJe* 3/11/2010; REsp 879.734/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, *DJe* 18/10/2010; RMS 10.496/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, *DJe* 9/10/2006.

2. *In casu*, a sentença penal não repercute na esfera administrativa, pois o impetrante foi absolvido por insuficiência de provas.

3. Recurso ordinário não provido, divergindo do eminente Ministro relator.

(RMS 32.641/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/11/2011, *DJe* 11/11/2011)

Chega-se, então, ao cerne da questão legal, o de suposta prática de atividade financeira pela LÍDER INCORPORADORA HABITACIONAL LTDA., sem permissivo do BACEN. Mergulhemos na análise probatória.

Segundo as peças do Inquérito Administrativo do MPF/PE nº 1.26.000.001547/2006-64, a empresa firmava contratos particulares com este objeto, fl. 26, v. 1:

CLÁUSULA 2ª - Objetivo do Programa

A programação ora constituída tem como objetivo formar um capital para compra, reforma ou a construção de um imóvel, conforme as condições aqui pactuadas.

CLÁUSULA 3ª - Obrigações do Contribuinte

Para alcançar o objetivo da programação, o contribuinte tem as seguintes obrigações:

3.1 A integralização pontual e mensal para a programação, conforme discriminação inicial, com pagamentos e valores atualizados pelo I.N.C.C., Índice Nacional da Construção Civil, sendo que as contribuições deverão ser efetuadas nos dias 10 (dez), 20 (vinte) ou 30 (trinta) de cada mês nas redes bancárias indicadas pela administradora. Após a data limite de pagamentos serão efetuados na sede da administradora, conforme instrução nos boletos de contribuições expedidas pela administradora, acrescido de multa e correção monetária.

[omissis]

Consoante a informação prestada pelo BACEN, a LÍDER não pertencia “ao rol das entidades reguladas e supervisionadas por esta autarquia, não tendo autorização deste Banco Central do Brasil para operar como instituição financeira”, fl. 46, v. 1.

O conceito de instituição financeira, por seu turno, reside no seio do art. 1º da Lei nº 7.492/86:

Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negocia-

ção, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira:

I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros;

II - a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual.

À época da propositura da ação civil pública, em outubro de 2006, vigia o art. 33 da Lei nº 8.177/91, somente revogado em 2008 pela Lei nº 11.795, com a redação que se segue:

Art. 33. A partir de 1º de maio de 1991, são transferidos ao Banco Central do Brasil as atribuições previstas nos arts. 7º e 8º da Lei nº 5.768, de 20 de dezembro de 1971, no que se refere às operações conhecidas como consórcio, fundo mútuo e outras formas associativas assemelhadas, que objetivem a aquisição de bens de qualquer natureza. Parágrafo único. A fiscalização das operações mencionadas neste artigo, inclusive a aplicação de penalidades, será exercida pelo Banco Central do Brasil.

O art. 7º da Lei nº 5.768/71, também vigente à data do ajuizamento e ao qual faz referência o dispositivo em epígrafe, tinha por redação:

Art 7º Dependirão, igualmente, de prévia autorização do Ministério da Fazenda, na forma desta lei, e nos termos e condições gerais que forem fixados em regulamento, quando não sujeitas à de outra autoridade ou órgãos públicos federais:

I - as operações conhecidas como Consórcio, Fundo Mútuo e outras formas associativas assemelhadas, que objetivem a aquisição de bens de qualquer natureza.

Essa convergência de normas positivas, aliada à informação prestada ao MPF, impõe a conclusão de que a empresa operou sem autorização do BACEN e tal fato deu origem à ação civil pública para a suspensão imediata da atividade lesiva à ordem econômica e à aplicação de outras sanções.

Uma das teses de defesa consiste na vedação da pena de obrigação de não fazer por incompatibilidade genética com a Lei nº 7.347/85, levando à conclusão pela impossibilidade jurídica do

pedido exordial. Ora, o art. 3º não deixa dúvidas: “Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o **cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer**”, grifei. Caminhar em sentido contrário, aliás, consagraria a falácia total das tutelas protetoras do meio ambiente e do consumidor, por exemplo. Em suma, irreprochável a interdição das atividades financeiras ilícitas.

Enveredo, agora, pelo cabimento da reparação por danos morais coletivos e a dosimetria da sentença.

Destaca-se no caso em tela que a LÍDER INCORPORADORA HABITACIONAL LTDA. tinha por público-alvo a parcela da sociedade menos favorecida economicamente, veiculando suas promessas de aquisição de imóvel financiado através da mídia radiofônica, principalmente, a atingir um número incomensurável de eventuais interessados.

Ora, indubitavelmente houve a violação de direito coletivo e difuso em área tão sensível quanto é a realização do sonho da moradia própria, aspiração intangível para milhões de brasileiros e extremamente árdua para outros tantos, restando pertinente à sanção da indenização por danos morais. Essa é uma via excepcional que se descortinou na modernidade para constranger, pedagogicamente, a proliferação de posturas extremamente perniciosas aos interesses fundamentais do Estado de direito. Para nós, ganhou realce a partir da entrada em vigor da Lei nº 8.078/90: “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;”.

Eis este aresto do v. Superior Tribunal de Justiça, *mutatis mutandis*:

**RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL COLETIVO. CABIMENTO. ARTIGO 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REQUISITOS. RAZOÁVEL SIGNIFICÂNCIA E REPULSA SOCIAL. OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE. CONSUMIDORES COM DIFICULDADE DE LOCOMOÇÃO. EXIGÊNCIA DE SUBIR LANCES DE ESCADAS PARA ATENDIMENTO. MEDIDA DESPROPORCIONAL E DESGASTANTE. INDENIZAÇÃO. FIXAÇÃO PROPORCIONAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.**

**I - A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente.**

**II - Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie.**

III - Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores.

IV - Indenização moral coletiva fixada de forma proporcional e razoável ao dano, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

V - Impõe-se reconhecer que não se admite recurso especial pela alínea c quando ausente a demonstração, pelo recorrente, das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados.

VI - Recurso especial improvido.

[Grifei]

(REsp 1221756/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 10/02/2012)

Aqui considero o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) adequado à capacidade financeira dos réus e ao tipo de lesão ao interesse consumerista narrado nos autos.

Finalizando meu entendimento, nego provimento à apelação, mantendo a sentença de forma integral.

Assim voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 518.884-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES  
Apelante: ESTADO DO CEARÁ, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI  
Reptes.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO E PROCURADORIA REPRESENTANTE DA ENTIDADE  
Apelados: OS MESMOS  
Lit. Ativo: COMUNIDADE INDÍGENA TAPEBA  
Advs./Procs.: DRs. PAULO MARTINS DOS SANTOS E OUTROS

***EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONFLITO ENVOLVENDO DISPUTA DE TERRAS INDÍGENAS. ATUAÇÃO IRREGULAR DA POLÍCIA MILITAR. INCOMPETÊNCIA PARA DIRIMIR CONFLITOS DESTA NATUREZA. COMPETÊNCIA COMPLEMENTAR E COOPERATIVA COM OS ÓRGÃOS FEDERAIS COMPETENTES PARA A TUTELA DE DIREITOS INDÍGENAS. OFENSAS FÍSICAS E MORAIS CONTRA COMUNIDADE INDÍGENA. DANO MORAL COLETIVO CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR.***  
***- Apelação do Estado do Ceará improvida e apelações do MPF e da FUNAI e remessa oficial providas.***

### **ACÓRDÃO**

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

Recife, 19 junho de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator



## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

O Estado do Ceará, o MPF e a FUNAI apelam de sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos em sede de Ação Civil Pública, impondo ao primeiro: 1) a) que se abstenha de resolver disputa de conflitos referentes a direito da coletividade indígena, especialmente quando referentes às terras indígenas; 2) que atue: a) de forma complementar e cooperativa com os órgãos federais competentes para a tutela de direitos indígenas, especialmente a FUNAI, a Polícia Federal e o Ministério Público Federal, no caso de conflitos referentes a direito da coletividade indígena; b) de modo autônomo e independente, na repreensão aos delitos praticados por índios, sempre que não estiver presente disputa de direito inerente a sua coletividade; 3) que realize treinamentos específicos acerca dos direitos da coletividade indígena aos integrantes da PMCE, inclusive oficiais, que atuem em áreas com presença de índios, para que possam distinguir as situações acima descritas.

O Estado do Ceará aduz: a) ter agido legitimamente diante da ausência de elementos caracterizadores de disputa indígena na espécie; e b) não ter o promovente provado que a atuação dos policiais militares tenha se configurado como uma invasão à pretenso área indígena.

O MPF sustenta a ocorrência de danos morais, uma vez que os policiais militares teriam invadido a Aldeia Lagoa I e, sem nenhuma justificativa, agrediram os índios física e verbalmente, espancando-os, desrespeitando-os e ameaçando-os de morte. Verbera, ainda, que houve, até mesmo, disparos de arma de fogo e bombas jogadas pelos policiais. Por fim, alega danos morais decorrentes da prisão ilegal e a possibilidade jurídica dos danos morais coletivos.

Por fim, a FUNAI alega, em seu recurso de apelo, a ocorrência dos danos morais coletivos, uma vez que é pública e notória a disputa de terras entre índios e não índios na região em questão. Ademais, sustenta que a ofensa perpetrada atingiu o grupo indígena como um todo.

Contrarrazões apresentadas.

Parecer ministerial pelo não provimento do recurso do Estado do Ceará e pelo provimento dos recursos dos autores.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

A questão diz respeito à ocorrência de possível atuação ilegal da Polícia Militar do Estado do Ceará em disputa de terras entre indígenas e não indígenas no Município do Caucaia/CE.

O douto magistrado de 1º Grau julgou parcialmente procedentes os pedidos, por entender que a conduta da Polícia Militar do Ceará - PMCE operou-se em desacordo com o ordenamento jurídico, mormente no que tange ao tratamento dispensado às comunidades indígenas pelo texto constitucional. Todavia, ainda que irregular, tal conduta não autorizaria a condenação do réu em danos morais coletivos, “ante a patente impossibilidade de configuração de dano moral coletivo”.

Inicialmente, chama atenção para o fato de que venho reconhecendo, conforme se apreende do aresto abaixo transcrito, pela possibilidade da ocorrência do dano moral coletivo. Com efeito:

ACÓRDÃO - AC462883/SE (27/05/2011)

Origem: Tribunal Regional Federal - 5ª Região

Classe: Apelação Cível - AC462883/SE

Número do Processo: 200785000016262

Código do Documento: 262922

Data do Julgamento: 17/05/2011

Órgão Julgador: Quarta Turma

Relator: Desembargador Federal Lázaro Guimarães

PUBLICAÇÕES: Diário da Justiça Eletrônico TRF5 (DJE)  
- 27/05/2011 - Página 335

DECISÃO: UNÂNIME

EMENTA: Constitucional e Administrativo. Ação Civil Pública. Exploração de bingos, sorteios, loterias e similares. Inexistência de autorização legislativa para funcionamento. Competência exclusiva da União Federal. Art. 22, inc. XX. Interrupção da atividade. Súmula Vinculante nº 2 do

Supremo Tribunal Federal. Atividade ilícita. Divulgação por meios de comunicação. Afronta aos princípios da comunicação social previstos na CF/88. Dano moral coletivo. Indenização equivalente ao triplo do valor bruto recebido por cada empresa, individualmente, pela divulgação do “Show de Prêmios Sergipe”. Apelações improvidas.

#### REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

CPC-73 Código de Processo Civil LEG-FED LEI-5869 ANO-1973 ART-461 ART-273 PAR-6

LEG-FED LEI-7347 ANO-1985 ART-13

LEG-FED LEI-9424 ANO-1995

CDC-90 Código de Defesa do Consumidor LEG-FED LEI-8078 ANO-1990 ART-38 ART-30

CF-88 Constituição Federal de 1988 ART-22 INC-20

LEG-FED LEI-9615 ANO-1998 ART-2 PAR-ÚNICO ART-50 ART-81

LEG-FED LEI-9981 ANO-2000

LEG-FED DEC-2574 ANO-1998

LEG-FED DEL-3688 ANO-1941 ART-51 PAR-3 ART-50

LEG-FED LEI-7416 ANO-2003

LEG-FED SUV-2 (STF)

#### VEJA TAMBÉM

ADI 2847 (STF)

REsp 956783 (STJ)

AI 200504010212174 (TRF4)

ADI 3277/PB (STF)

AG 65965/AL (TRF4)

AG 65967 (TRF5)

#### VOTANTES

Desembargador Federal Lázaro Guimarães

Desembargadora Federal Margarida Cantarelli

Ao proferir o julgado ora impugnado, o douto sentenciante registrou:

“[...] É evidente que a PMCE deve ter conhecimento de suas atribuições, bem como do texto da Constituição Federal, sabendo identificar as competências que lhe são próprias. Outrossim, em caso de dúvida, deve a PMCE ser dotada de estrutura suficiente que possibilite aos seus integrantes obter os esclarecimentos pertinentes.

Não é possível ao Estado do Ceará, ao meu sentir, simplesmente alegar o despreparo de um Major, que pertence ao corpo de oficiais da PM, em discernir um caso de delito eventualmente praticado por um índio específico na dispu-

ta de direitos da coletividade indígena referente à terra cuja propriedade é da União.

Deveria a PMCE ter condições de distinguir tal situação e, na hipótese de disputa de direitos da coletividade indígena, remeter o queixoso ao Serviço Público Federal, especificamente à FUNAI, ao MPF e à Polícia Federal.

Nesse contexto, cabe ao Estado do Ceará dotar seu órgão de policiamento ostensivo de corpo técnico capacitado, promovendo os treinamentos necessários para uma adequada compreensão da Constituição Federal.

[...]

Assim, deixo claro que não se retira da PMCE a competência para atuar de forma complementar e cooperativa com os órgãos federais competentes para a tutela de direitos indígenas, especialmente a FUNAI, a Polícia Federal e o Ministério Público Federal. Além disso, reitero que cabe à PMCE atuar, de modo autônomo e independente, na repressão aos delitos praticados por índios, sempre que não estiver presente disputa de direito inerente a sua coletividade.

Por outro lado, o Estado do Ceará deve abster-se de resolver disputa de conflitos referentes a direito da coletividade indígena, especialmente quando referentes às terras indígenas. Para tanto, os policias militares devem ser capazes de identificar quando os elementos caracterizadores de conflitos referentes àqueles direitos estão presentes. O pleito deduzido pelo MPF, então, deve ser acolhido apenas parcialmente, determinando-se que o Estado do Ceará atue apenas nas hipóteses antes indicadas, devendo, inclusive, proceder a treinamento específico acerca dos direitos da coletividade indígena aos integrantes da PMCE, inclusive oficiais, que atuem em áreas com presença de índios.

Já no que diz respeito à existência de dano moral coletivo, advindo da conduta da PMCE, entendo que não restou caracterizada situação que autorize a condenação do réu a indenizar a comunidade Tapeba por danos morais coletivos.

**É que o dano moral qualifica-se pela noção de dor e sofrimento psíquico individual, não se compatibilizando, assim, com a transindividualidade que caracteriza a indeterminabilidade do sujeito passivo e a indivisibilidade da ofensa objeto de reparação.**

[...]

**Ante a patente impossibilidade de configuração de dano moral coletivo, não há como acolher o pedido de indenização formulado pelo MPF".** (Grifei)

Discordando de tal entendimento o nobre parecerista, às fls. 730/733, acena pelo cabimento, na espécie, de condenação pelo dano moral coletivo que entende ter sido imprimido aos indígenas sob espreque, nos seguintes termos:

[...] 2.1 - **Quanto ao desconhecimento da condição indígena do grupo.**

É algo difícil de acreditar que os policiais militares, no caso concreto, não tivesse condições de constatar a natureza indígena do grupo, pois, pelos próprios traços físicos, aliado ao local do conflito, seria fácil constatar a origem e natureza dessas pessoas.

No caso, ademais, os fatos ocorreram em uma aldeia.

Ora, tivesse ocorrido uma invasão por dois ou três indígenas, certamente que a desculpa poderia ter alguma razoabilidade. No entanto, como está nos autos, atacou-se uma comunidade, com invasão de suas casas, apreensão de suas ferramentas de trabalho, ataques a mulheres, idosos, crianças e os membros mais jovens da tribo, de modo que essa desculpa esbarra na publicidade e notoriedade dos fatos, considerando-se o local onde ocorreram e os traços físicos das pessoas que foram vitimadas.

Por outro lado, ainda que não houvesse condições de apurar a condição indígena da comunidade atingida, o certo é que isso não daria foros de legalidade à conduta dos membros da Polícia Militar do Ceará, mesmo porque ela existe para defender a ordem pública, não para tomar partido de uma disputa de terras e, independentemente de qualquer processo, julgar o direito como sendo do particular. Essa não é a sua função.

A atividade da Polícia Militar, em casos que tais, depende de requisição judicial, para fazer efetiva a decisão que determinou a expedição do mandado, em auxílio direto ao Oficial de Justiça encarregado da sua execução.

A conduta denunciada na inicial não tem qualquer compatibilidade com o exercício regular do direito, pois, em verdade, usurpou a função do Poder Judiciário, auxiliando o particular a fazer uma suposta justiça com as próprias

mãos, sem processo, o que não faz sentido em qualquer situação.

Ora, como esse ato caracterizado pela ilegalidade e extrema violência ocorreu em detrimento de indígenas, a solução dada pela sentença é absolutamente compatível com o direito vigente, ainda que efetivamente desconhecemos a condição especial do povo naquele momento, mesmo porque se caracteriza como condenável, independentemente da natureza das pessoas vitimadas.

## 2.2 - Quanto ao direito ao dano moral coletivo.

Em regra, o dano moral ocorre em detrimento de pessoas individualizáveis, cabendo a elas buscar sua reparação judicial.

No entanto, apesar de não ser o que normalmente ocorre, o certo é que em algumas situações é possível se vislumbrar um dano de natureza coletiva. Sobre o assunto, em outro processo, o subscritor teceu as seguintes considerações:

“Para sua ocorrência, portanto, é necessário que o dano moral ocorra sobre um valor que pertence a toda coletividade sem pertencer a ninguém especificamente (dano moral coletivo *stricto sensu*) ou igualmente pertença a todas as pessoas sem se fixar em ninguém (dano moral difuso).

Dentro desse diapasão, a invasão a uma aldeia indígena, com ataques a seus símbolos religiosos, por exemplo, se traduziria em fato que, como é natural, acarretaria um dano psicológico e uma imensa dor a toda comunidade, sem que isso se confundisse com uma ofensa individual, já que o símbolo religioso é da comunidade como um todo. Nesse caso, como óbvio, a ofensa moral não ocorreu sobre o interesse de cada membro, mas sobre um interesse titularizado pela coletividade no seu todo.

Por outro prisma, um ato como o atentado que derrubou as torres gêmeas, ou outro que destruísse o Coliseu, a Torre Eiffel etc., seria uma violação que acarretaria um dano sobre o interesse de toda terra, já que temos o interesse e a obrigação de manter e preservar nosso patrimônio histórico para as gerações vindouras. Essa ofensa, como é evidente, se alastraria por todos os cidadãos da Terra, causando uma comoção que justificaria a condenação da pessoa responsável por danos morais”. (Parecer nº 3.406/2009, Proc. 2004.85.00.005628-3, AC 485976-PE)

Em tese, pois, é possível a ocorrência de dano moral coletivo.

No caso concreto, percebe-se que a violência foi direcionada a toda comunidade indígena (coletividade), buscando retirá-la do seu habitat (suposta terra da União e local da retirada do sustento de todo grupo), de modo que um ato dessa natureza contra uma minoria que a Constituição Federal e a legislação buscam preservar, caracteriza ofensa que, ao lado de se individualizar em cada membro atingido pelo abuso de autoridade, se difunde pelo grupamento no seu todo, já que produziu um sofrimento geral. A propósito, imagine-se como todos sofreram por serem agredidos e levados a abrir mão da terra onde vivem, onde nasceram seus antepassados e de onde tiram o sustento material a cada dia.

Ora, essa é uma clara situação de dano moral coletivo.

3 - Pelo exposto, requer esta PRR-5ª Região seja improvido o recurso do Estado do Ceará e providos os recursos dos autores, para o fim de ser alterada a sentença recorrida, com reconhecimento do direito aos danos morais coletivos e sua fixação.

Analisando todo o material fático e probatório trazido a estes autos, tenho que a razão está com o MPF e a FUNAI; ou seja, que a decisão impugnada se mostra irrepreensível até o ponto em que: 1. registrou que a operação da PMCE - Polícia Militar do Estado do Ceará implicou em conduta abusiva, não condizente com o tratamento a ser dispensado às comunidades indígenas; 2. ressaltou a incompetência da PMCE para dirimir conflitos envolvendo disputa de terras indígenas; ou seja, direitos de sua coletividade; e 3. chamou atenção para o fato de que a PMCE detém competência para atuar de forma complementar e cooperativa com os órgãos federais competentes para a tutela de direitos indígenas, especialmente a FUNAI, a Polícia Federal e o MPF. Todavia, não caminhou com acerto quando **deixou de condenar** o Estado do Ceará pelos danos morais coletivos impostos à comunidade indígena em questão.

Neste último aspecto, cumpre destacar decisão pertinente da ilustre Ministra Eliana Calmon, proferido no REsp 1057274-RS, de cujo voto extraio os seguintes excertos:

Este processo tem na origem ação civil pública proposta pelo Ministério Público, versando sobre tema bastante novo: reparação de dano moral coletivo, assim entendido aquele que viola um interesse coletivo ou difuso.

Consultando a jurisprudência da Casa, encontrei dois precedentes da 1ª Turma sobre o tema, rechaçando ambos a possibilidade de ocorrência do dano moral coletivo.

A 1ª Turma rechaçou a possibilidade de configuração de dano extrapatrimonial à coletividade, restringindo-o às pessoas físicas individualmente consideradas, únicas suscetíveis de sofrer dor, abalo moral etc.

[...]

**Não aceito a conclusão da 1ª Turma, por entender não ser essencial à caracterização do dano extrapatrimonial coletivo prova de que houve dor, sentimento, lesão psíquica, afetando “a parte sensitiva do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”** (Clayton Reis, Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 236), “tudo aquilo que molesta a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado” (Yussef Said Cahali, Dano Moral, 2ª ed., São Paulo: RT, 1998, p. 20, *apud* Clayton Reis, *op. cit.*, p. 237), pois como preconiza Leonardo Roscoe Bessa:

(...) a indefinição doutrinária e jurisprudencial concernente à matéria decorre da absoluta impropriedade da denominação *dano moral coletivo*, a qual traz consigo – indevidamente – discussões relativas à própria concepção do dano moral no seu aspecto individual. (*Apud Dano Moral Coletivo*, p. 124)

Na doutrina, já há vários pronunciamentos pela pertinência e necessidade de reparação do dano moral coletivo. José Antônio Remédio, José Fernando Seifarth e José Júlio Lozano Júnior informam a evolução doutrinária: diversos são os doutrinadores que sufragam a essência da existência e reparabilidade do dano moral coletivo:

Limongi França sustenta que é possível afirmar a existência de dano moral “à coletividade, como sucederia na hipótese de se destruir algum elemento do seu patrimônio histórico ou cultural, sem que se deva excluir, de outra parte, o referente ao seu patrimônio ecológico”.



Carlos Augusto de Assis também corrobora a posição de que é possível a existência de dano moral em relação à tutela de interesses difusos, indicando hipótese em que se poderia cogitar de pessoa jurídica pleiteando indenização por dano moral, como no caso de ser atingida toda uma categoria profissional, coletivamente falando, sem que fosse possível individualizar os lesados, caso em que seria conferida legitimidade ativa para a entidade representativa de classe pleitear indenização por dano moral.

A sustentar e esclarecer seu posicionamento, aponta Carlos Augusto de Assis, a título de exemplo: “Imagine-se o caso de a classe dos advogados sofrer vigorosa campanha difamatória. Independente dos danos patrimoniais que podem se verificar (e que também seriam de difícil individualização) é quase certo que os advogados, de uma maneira geral, experimentariam penosa sensação de desgosto, por ver a profissão a que se dedicam desprestigiada. Seria de admitir que a entidade de classe (no caso, a Ordem dos Advogados do Brasil) pedisse indenização pelo dano moral sofrido pelos advogados considerados como um todo, a fim de evitar que este fique sem qualquer reparação em face da indeterminação das pessoas lesadas. Carlos Alerto Bittar Filho leciona: “quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico”. Assim, tanto o dano moral coletivo indivisível (gerado por ofensa aos interesses difusos e coletivos de uma comunidade) como o divisível (gerado por ofensa aos interesses individuais homogêneos) ensejam reparação.

Doutrinariamente, citam-se como exemplos de dano moral coletivo aqueles lesivos a interesses difusos ou coletivos: “dano ambiental (que consiste na lesão ao equilíbrio ecológico, à qualidade de vida e à saúde da coletividade), **a violação da honra de determinada comunidade (a negra, a judaica etc.)** através de publicidade abusiva e o desrespeito à bandeira do País (o qual corporifica a bandeira nacional). (in *Dano moral. Doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 34-5).

**E não poderia ser diferente porque as relações jurídicas caminham para uma massificação e a lesão**

**aos interesses de massa não podem ficar sem reparação, sob pena de criar-se litigiosidade contida que levará ao fracasso do Direito como forma de prevenir e reparar os conflitos sociais.** A reparação civil segue em seu processo de evolução iniciado com a negação do direito à reparação do dano moral puro para a previsão de reparação de dano a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ao lado do já consagrado direito à reparação pelo dano moral sofrido pelo indivíduo e pela pessoa jurídica (cf. Súmula 227/STJ).

Com efeito, *os direitos de personalidade manifestam-se como uma categoria histórica, por serem mutáveis no tempo e no espaço. O direito de personalidade é uma categoria que foi idealizada para satisfazer exigências da tutela da pessoa, que são determinadas pelas contínuas mutações das relações sociais, o que implica a sua conceituação como categoria apta a receber novas instâncias sociais.* (cf. LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 287).

Como constata Xisto Tiago de Medeiros Neto:

Dessa maneira, o alargamento da proteção jurídica à esfera moral ou extrapatrimonial dos indivíduos e também aos interesses de dimensão coletiva veio a significar destacado e necessário passo no processo de valorização e tutela dos direitos fundamentais. Tal evolução, sem dúvida, apresentou-se como resposta às modernas e imperativas demandas da cidadania.

Ora, desde o último século que a compreensão da dignidade humana tem sido referida a novas e relevantíssimas projeções, concebendo-se o indivíduo em sua integralidade e plenitude, de modo a ensejar um sensível incremento no que tange às perspectivas de sua proteção jurídica no plano individual, e, também, na órbita coletiva. É inegável, pois, o reconhecimento e a expansão de novas esferas de proteção à pessoa humana, diante das realidades e interesses emergentes na sociedade, que são acompanhadas de novas violações de direitos. (*Dano moral coletivo*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 121).

O mesmo autor sintetiza os requisitos para configuração do dano moral coletivo:

Em suma, pode-se elencar como pressupostos necessários à configuração do dano moral coletivo, de maneira a

ensejar a sua respectiva reparação, (1) **a conduta antijurídica (ação ou omissão) do agente**, pessoa física ou jurídica; (2) **a ofensa a interesses jurídicos fundamentais, de natureza extrapatrimonial, titularizados por uma determinada coletividade (comunidade, grupo, categoria ou classe de pessoas)**; (3) a intolerabilidade da ilicitude, diante da realidade apreendida e da sua repercussão social; (4) **o nexó causal** observado entre a conduta e o dano correspondente à violação do interesse coletivo (*lato sensu*). (*Idem*, p. 136)

O dano moral extrapatrimonial deve ser averiguado de acordo com as características próprias aos interesses difusos e coletivos, distanciando-se quanto aos caracteres próprios das pessoas físicas que compõem determinada coletividade ou grupo determinado ou indeterminado de pessoas, sem olvidar que é a confluência dos valores individuais que dão singularidade ao valor coletivo.

O dano moral extrapatrimonial atinge direitos de personalidade do grupo ou coletividade enquanto realidade massificada, que a cada dia mais reclama soluções jurídicas para sua proteção. **É evidente que uma coletividade de índios pode sofrer ofensa à honra, à sua dignidade, à sua boa reputação, à sua história, costumes e tradições. Isso não importa exigir que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação tal qual fosse um indivíduo isolado. Estas decorrem do sentimento coletivo de participar de determinado grupo ou coletividade, relacionando a própria individualidade à ideia do coletivo.**

Assim sendo, considero que a existência de dano extrapatrimonial coletivo pode ser examinado e mensurado, tendo-se em consideração os requisitos de configuração do dano moral individual. (Grifei)

Certo de que, na espécie, a conduta irregular da PMCE implicou em ofensa a uma coletividade indígena – Aldeia Tapeba –, cujos sentimentos foram afetados, gerando, inclusive, repercussão na mídia; tenho como perfeitamente cabível a condenação em danos morais coletivos, pelo que a fixo em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a ser suportado pelo Estado do Ceará e revertido em benefício da Comunidade Indígena Tapeba.

Precedente:  
AC 200371010019370  
AC - APELAÇÃO CÍVEL  
Relator(a)  
VÂNIA HACK DE ALMEIDA  
Sigla do órgão: TRF4  
Órgão julgador: TERCEIRA TURMA  
Fonte: *DJ* 30/08/2006, PÁGINA: 472

Decisão  
A TURMA, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AOS RECURSO DOS RÉUS E DEU PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

Descrição

Veja Informativo Semanal do TRF4 nº 270.

Ementa

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OFENSAS CONTRA COMUNIDADE INDÍGENA. DANO MORAL COLETIVO. MAJORAÇÃO.

1. Tendo restado demonstrada a discriminação e o preconceito praticados pelos réus contra grupo indígena Kaingang, é devida indenização por danos moral.

2. O dano moral coletivo tem lugar nas hipóteses onde exista um ato ilícito que, tomado individualmente, tem pouca relevância para cada pessoa; mas, frente à coletividade, assume proporções que afrontam o senso comum.

3. Indenização por danos morais majorada para R\$ 20.000,00, a ser suportada de forma solidária por ambos os réus desta ação.

Data da Decisão: 10/07/2006

Data da Publicação: 30/08/2006

Sendo assim, nego provimento à apelação do Estado do Ceará e dou provimento às apelações do MPF e FUNAI e à remessa oficial, para condenar o Estado do Ceará a indenizar a comunidade indígena por danos morais, no valor R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 520.224-PB**

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CÍNTIA MENEZES BRUNETTA (CONVOCADA)

Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA, DESTILARIA MIRIRI S/A E SUPERINTENDÊNCIA DE ADMINISTRAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DA PARAÍBA - SUDEMA

Apelados: OS MESMOS

Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Advs./Procs.: DRS. CARLOS ROGÉRIO MARINHO DIAS E OUTRO E RILVES LIMA DE SOUZA E OUTROS

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FUNCIONAMENTO DE CARCINICULTURA SEM O DEVIDO LICENCIAMENTO. CONSENTIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO. DANO AMBIENTAL. CONSTATAÇÃO. DANO MORAL COLETIVO. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO.**

**- No caso concreto, é de se reconhecer a competência do órgão ambiental federal para efetuar o licenciamento discutido, porquanto na área há a presença de espécie animal ameaçada de extinção – peixe-boi marinho –, o que, indubitavelmente, acarreta interesse nacional (ou mesmo transnacional) na conservação da espécie (decisão desta c. Turma na AC 520228-PB).**

**- O Termo de Compromisso firmado com fulcro no artigo 60 do Decreto nº 3179/99 deveria ter tido por objeto expressamente a “adoção de medidas específicas para fazer cessar ou corrigir a degradação ambiental” e não a simples doação de computadores ou o cumprimento de providências que haviam sido a condição para a autorização de desmate e não foram anteriormente cumpridas.**

- “Quando um empreendimento potencialmente poluidor se instala e entra em operação sem licença ambiental, há de ser presumido que esteja poluindo o meio ambiente, independentemente do empreendimento, na realidade dos fatos, atender a todos os preceitos técnicos ambientais. Assim, considerando que a multa foi aplicada pelo fato do empreendedor estar em operação sem licença, considero ilógico conceder a chance ao empreendedor para corrigir o dano ambiental de um empreendimento não licenciado. A única medida cabível pelo empreendedor, no caso, seria a suspensão das atividades”. (*Trecho da sentença*)

- *Rejeitada a alegação de nulidade da perícia técnica produzida, com fulcro no artigo 138, § 1º, do Código de Processo Civil, porquanto a parte interessada deveria ter arguido o impedimento ou a suspeição do perito, em petição fundamentada e devidamente instruída, na primeira oportunidade em que lhe coubesse falar nos autos, o que não ocorreu no caso.*

- *Por outro lado, mesmo que assim não fosse, conforme verificado na sentença, a perita, ao contrário do defendido pela empresa apelante, é apenas associada à Associação Guajiru: Ciência-Educação-Meio Ambiente; que, por sua vez, integra o Conselho Consultivo (e não órgão gestor) da APA da Barra do Rio Mamanguape, assim como a própria DESTILARIA MIRIRI S.A. (Usina Miriri), SUDEMA e IBAMA. – fls. 2843/2745.*

- *Não resta dúvida que a empresa apelante degradou áreas de mangue, a fim de utilizá-las na atividade de carcinicultura, em descompasso com a legislação em vigor e sem o devido licenciamento.*

- *A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras ge-*

***rações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, caput), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a consequente prevenção (pois, uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada).***

***- A responsabilidade civil por danos ao meio ambiente tem previsão no Texto Constitucional (art. 225, § 3º), dispondo, por sua vez, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente n° 6.938/81 a responsabilidade civil objetiva do infrator das normas ambientais (art. 14, § 1º), contexto que dispensa a investigação do elemento subjetivo da culpa ou dolo, sendo suficiente, para a atribuição do dever de indenizar, a demonstração do dano e do nexo de causalidade entre a lesão e a ação ou omissão do responsável.***

***- A ponderação dos princípios jurídicos concorrentes, especialmente da concretização dos deveres de proteção ao ambiente, conduz a juízo de proporcionalidade que aponta para a realização de estudo de impacto ambiental, a partir do qual as alternativas possíveis, necessárias e razoáveis serão definidas no juízo de origem, objetivando a recomposição ambiental da área afetada ou, se for o caso, de forma isolada ou cumulativa, a adoção das iniciativas cabíveis, abrangendo desde a demolição até compensação ambiental e indenização por parte da agravada.***

***- Deve a empresa ré ser condenada a apresentar e executar projeto de recuperação ambiental da área atingida, devidamente subscrito por profissional habilitado e sob a supervisão do IBAMA.***

***Tal projeto deve incluir, inclusive, a retirada total do empreendimento da região analisada pela perícia, já que acima constatado que não pode haver licenciamento de projeto de carcinicultura na mesma.***

***- Quando da ocorrência de um dano ambiental, a mera reconstituição do meio ambiente a seu status quo anterior não é suficiente. Com o evidente intuito inibitório do cometimento de novas irregularidades, justifica-se a adoção de medidas coercitivas, como a punição pecuniária pleiteada pelo Ministério Público Federal.***

***- Na compensação por danos morais coletivos ressalta-se o caráter personalíssimo de tal indenização, por levarem em conta questões subjetivas. O interesse jurídico, no caso em tela, não leva em consideração o indivíduo em si, mas, ao contrário, considera o grupo de indivíduos num todo se caracterizando como interesse transindividual.***

***- Como parâmetro para a fixação do valor a ser devido a título de compensação pelo dano moral coletivo, é aplicável, por analogia, no caso em tela, os limites previstos nos artigos 72 e 75 da Lei 9.605/98 e deve ser fixado, considerando as peculiaridades do caso concreto, que demonstraram o descaso da empresa com a legislação ambiental pertinente e as inúmeras tentativas de burla ao necessário licenciamento, o valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) a serem revertidos ao “Fundo de Reconstituição dos Bens Lesados”, de que trata o artigo 13 da Lei 7.347/85.***

***- Quanto ao pedido de imposição da pena de incentivos fiscais federais, inclusive linha de créditos oficiais, inexistente previsão legal para tanto.***

***- Apelação da empresa e do SUDEMA improvidas. Apelação do Ministério Público Federal e do IBAMA parcialmente providas.***



## **ACÓRDÃO**

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, negar provimento às apelações da empresa e do SUDEMA e por unanimidade dar parcial provimento às apelações do Ministério Público Federal e do IBAMA, nos termos do voto da relatora, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 2 de agosto de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL CÍNTIA MENEZES BRUNETTA - Relatora Convocada

## **RELATÓRIO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CÍNTIA MENEZES BRUNETTA (Convocada):

Trata-se de apelações interpostas pelos autores, o Ministério Público Federal - MPF (fls. 2943/2966) e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA (fls. 2968/2979), bem como pelas demandadas, a Destilaria Miriri S.A. (fls. 3017/3062) e a Superintendência de Administração do Meio Ambiente - SUDEMA (fls. 3151/3160), em face de sentença da lavra da MM. Juíza Federal Substituta da 3ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba (fls. 2847/2927), que acolheu parcialmente o pedido inicial no sentido de:

- a) declarar a invalidade dos Termos de Compromisso nº 44/2002 (e seu aditivo) e nº 73/2003;
- b) declarar a nulidade da(s) Licença(s) de Operação emitida(s) pela SUDEMA, em razão da incompetência do órgão ambiental estadual para o licenciamento;
- c) obrigar a ré DESTILARIA MIRIRI S.A. a instalar bacia de sedimentação e sistema de recirculação de água como medidas indispensáveis à continuidade da exploração de carcinicultura, sem prejuízo da obrigatoriedade de licenciamento ambiental pelo IBAMA;
- d) obrigar a ré DESTILARIA MIRIRI S.A. a recuperar as áreas da ilha III da Fazenda Santa Emília I, na qual houve supressão de indivíduos de mangue.

A sentença determinou, ainda, dever a parte ré “*arcar com 2/3 (dois terços) do valor dos honorários periciais já adiantados por si*”, e a União com 1/3 desta despesa, condenando a Destilaria Miriri S.A. ao pagamento de 2/3 (dois terços) das custas processuais.

Em suas razões de recurso (fls. 2943/2966), o MPF reitera o pedido de desfazimento pela empresa-ré das instalações do empreendimento, com recuperação da área ocupada e proibição da prática de atos que impeçam a regeneração da vegetação, por constituírem estas medidas consectário lógico da sentença, na parte que reconheceu a ilegalidade e anulou os atos administrativos que amparavam o funcionamento do empreendimento – termos de compromisso do IBAMA e licenças da SUDEMA –, inclusive considerando o fato de que a empresa-ré iniciou suas atividades por sua conta e risco, anteriormente à expedição destes atos administrativos.

Defende que a possibilidade de concessão futura de licença ambiental não constitui obstáculo para as medidas pleiteadas, visto que a simples implementação dos viveiros em questão já caracteriza grave dano ambiental à área de manguezal, ressaltando que não haverá qualquer título judicial para embasar a execução de tais medidas caso não venha a ser concretizada a respectiva licença.

Aponta a necessidade de proibição definitiva da concessão de licença ambiental pelo IBAMA em favor do empreendimento em questão, por não haver qualquer ilegalidade na Instrução Normativa nº 16/2008, do Ministério do Meio Ambiente, ao procurar implementar administrativamente a proibição relacionada à atividade de carcinicultura em áreas de mangues, apicuns e salgados, extraídas da Lei nº 4.771/65 e da Resolução CONAMA nº 303/2002, que definem as áreas de preservação permanente.

Aduz que a compensação ambiental constitui obrigação inerente ao licenciamento de empreendimentos com considerável impacto ambiental em unidade de conservação, que deveria ter sido imposta à empresa-ré antes de seu funcionamento, nos termos do art. 36, § 3º, da Lei nº 9.985/2000, nada impedindo a sua exigibilidade uma vez constatada a operação ilícita, cumulada com

a reparação integral do dano e outras sanções civis e administrativas.

Indica, ainda, como cabíveis as condenações ao pagamento de indenização por danos materiais e morais coletivos, à perda de incentivos fiscais, e à divulgação da sentença na imprensa, esta como forma de reforçar o caráter pedagógico da decisão proferida pelo Judiciário.

Após defender a exequibilidade imediata da sentença recorrida, requer, ao final, o acatamento dos pedidos relacionados à argumentação exposta, com o afastamento da condenação ao pagamento de honorários periciais ou, alternativamente, a sua diminuição.

O IBAMA também apela (fls. 2968/2979) reiterando a argumentação exposta pelo *Parquet* em relação à exequibilidade imediata da sentença, à necessidade de desfazimento imediato das instalações de viveiros, ao cabimento de condenação da empresa-ré ao pagamento de compensação ambiental e indenização por danos materiais e morais coletivos, e à possibilidade de proibição definitiva da concessão de licença ambiental.

Por seu turno, em seu recurso (fls. 3017/3062) a Destilaria Miriri S.A., após discorrer acerca do histórico do empreendimento e fazer um breve resumo da demanda, abordando os fundamentos da sentença, defende a nulidade da perícia judicial, por conter contradição entre os dados apresentados e as conclusões traçadas, posto que, ao invés de analisar resultados técnicos e científicos, adota postura parcial, subjetiva e ideológica adversa à atividade da carcinicultura, adentrando indevidamente na seara jurídica para afirmar a ilegalidade do empreendimento.

Suscita a nulidade da sentença, por haver se baseado em laudo pericial elaborado por *expert* que participa da gestão da APA da Barra do Rio Maxaranguape, tendo, inclusive, participado do Conselho Gestor desta unidade de conservação administrada por uma das partes, no caso, o IBAMA, razão pela qual estaria impedida de funcionar no processo, inclusive sendo suspeita por possuir interesse no julgamento da causa.

Argumenta pela legalidade das licenças expedidas pela SUDEMA em face da competência desta, à luz do art. 10 da Lei nº

6.938/81, e do princípio da abrangência do impacto ambiental como fator determinante da competência do órgão licenciador, não sendo razoável o deslocamento da competência para a esfera federal pela presença no Rio Maxaranguape do peixe-boi marinho, espécie ameaçada de extinção que poderia, hipoteticamente, ser atingida pela atividade de carcinicultura, visto que Impacto Ambiental Regional “*é todo e qualquer impacto ambiental que afete diretamente (área de influência direta do projeto), no todo ou em parte, o território de dois ou mais Estados*” (Resolução CONAMA nº 237/97, art. 1º, IV).

Discorre acerca do princípio da precaução e da impertinência como foi aplicado no caso, em razão da atividade desenvolvida pela empresa ser bastante conhecida e praticada há várias décadas em nosso país, sendo que os estudos ambientais realizados não evidenciam degradação ambiental.

Alega haver discrepância entre as preocupações expostas na sentença, em face de possíveis impactos ambientais, e a realidade do empreendimento, cujos viveiros de camarão encontram-se instalados em terra firme, ressaltando que as vistorias realizadas por mais de cinco anos e a perícia judicial não constataram qualquer dano ambiental no local.

Relata que o *decisum* monocrático acabou por contrariar a jurisprudência, a doutrina e a legislação regente da matéria, discorrendo acerca da legalidade como garantia constitucional.

Disserta acerca da validade dos termos de compromisso firmados com o IBAMA, segundo os dispositivos legais que autorizam sua celebração, bem como sobre a culpa da autarquia na condução do licenciamento ambiental do empreendimento, ressaltando sua boa-fé no cumprimento das exigências ambientais e a ilegalidade do ato administrativo que anulou respectivos termos.

Acrescenta ser indevida a exigência de instalar bacia de sedimentação e sistema de recirculação de água, entendendo, ainda, como inexigível a recomposição ambiental por supressão de mangue no entorno da Ilha III, visto que decorreu de extração eventual de um morador da comunidade que retirou madeira de local onde sequer foi instalado o empreendimento.

Expõe, ainda, a necessidade de revisão do rateio dos honorários sucumbenciais e das custas processuais, em face da sucumbência mínima sofrida, requerendo, ao final, preliminarmente, a declaração de nulidade da sentença e, caso seja julgado o mérito, o acatamento dos pedidos ali formulados.

Por fim, a SUDEMA também apela (fls. 3151/3160) insurgindo-se contra o critério adotado na sentença para definir o IBAMA como órgão competente para o licenciamento ambiental – a abrangência nacional atrelada à mera possibilidade de dano ao *habitat* do peixe-boi –, por inverter o critério de territorialidade dos possíveis danos ambientais resultantes do empreendimento, que são manifestamente locais, argumentando exaustivamente pela sua competência no caso, para que seja reformada a sentença neste aspecto.

Foram apresentadas contrarrazões pelas demandadas, a Destilaria Miriri S.A. (fls. 3113/3147) e a SUDEMA (fls. 3163/3174), e pelos demandantes, o MPF (fls. 3181/3193) e o IBAMA (fls. 3207/3217), rechaçando os argumentos apresentados nos recursos da parte contrária.

Consta, ainda, parecer do *Parquet*, por meio da Procuradoria Regional da República - 5ª Região, opinando pelo provimento parcial do apelo da parte ré (fls. 3229/3251).

É o relatório.

## VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CÍNTIA MENEZES BRUNETTA (Relatora Convocada):

Merece apenas parcial reparo a sentença recorrida.

Inicialmente, analiso a **competência do IBAMA para o licenciamento em questão** e o faço para reconhecê-la, transcrevendo acórdão desta c. Turma, a qual, na sessão de 26 de julho de 2012, julgou a AC 520228-PB interposta pelo IBAMA e, adesivamente, pela DESTILARIA MIRIRI S/A discutindo, especificamente, tal questão:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ÁREA DE RELEVANTE INTERESSE ECOLÓGICO. *HABITAT* DO PEIXE-BOI, MANGUEZAIS E RESQUÍCIOS DE MATA ATLÂNTI-

CA. INTERESSE NACIONAL. ATIVIDADE COM SIGNIFICATIVO IMPACTO AMBIENTAL, DE ÂMBITO NACIONAL. ART. 10, § 4º, DA LEI Nº 6.938/81, COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 7.804/89. RESOLUÇÃO CONAMA Nº 237/97. EXPEDIÇÃO POR ÓRGÃO ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE. IMPRESTABILIDADE.

1. Trata-se de apelações cíveis interpostas pelo INSTITUTO BRASILEIRO DE MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS e, adesivamente, pela DESTILARIA MIRIRI S/A contra sentença prolatada pelo juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba, o qual julgou parcialmente procedentes os pedidos para declarar a ilegalidade do art. 4, inc. I, da Resolução CONAMA nº 237/97 e do art. 9º do Decreto nº 924/93 e julgou improcedente o pedido de declaração de inexistência de relação jurídica que submeta o empreendimento da autora ao licenciamento ambiental federal.

2. Nos termos do § 4º do art. 10 da Lei nº 6.938/81, com a redação dada pela Lei nº 7.804/89, compete ao IBAMA o licenciamento no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional. A Resolução CONAMA nº 237/97, de seu turno, apenas determinou que nesse quadro se compreendem as “localizadas e desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; em terras indígenas ou em unidades de conservação de domínio da União” (art. 4º, I).

3. No caso concreto, é de se reconhecer a competência do órgão ambiental federal para efetuar o licenciamento discutido, porquanto na área há a presença de espécie animal ameaçada de extinção – peixe-boi marinho –, o que, indubitavelmente, acarreta interesse nacional (ou mesmo transnacional) na conservação da espécie.

4. Apelação do IBAMA a que se dá provimento. Apelação da DESTILARIA MIRIRI S/A improvida.

Além do mais, aqui se discute dano ocorrido em APA federal e, sobre o assunto, são inúmeros os precedentes concluindo pela competência do órgão ambiental federal para licenciar, à guisa de exemplo:

PROCESSO CIVIL E AMBIENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE IMPETRADA. ERRO ESCUSÁ-

VEL DA IMPETRANTE. ECONOMIA E INSTRUMENTALIDADE PROCESSUAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM REJEITADA. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DO DOMÍNIO DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO AMBIENTAL FEDERAL. ACORDO FIRMADO ENTRE PARTICULARES E HOMOLOGADOS PELA JUSTIÇA ESTADUAL. COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. SANÇÕES. LEGALIDADE.

1. Embora o ato que efetivamente impôs as sanções de embargo e demolição da construção e retirada dos entulhos tenha sido praticado pelo Chefe da APA da Barra de Mamanguape, administrada pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, revela-se escusável o equívoco da impetrante em apontar o Procurador-Chefe do IBAMA/PB como autoridade impetrada, haja vista que, apesar de sua atuação ter se dado, tecnicamente, em caráter meramente consultivo, a maneira como redigiu o despacho, com linguagem imperativa, fornece a equivocada a impressão de que se estaria ali a decidir a questão e a efetivamente aplicar as sanções.

2. Por tal razão e também por questão de economia e instrumentalidade processuais, urge superar a alegação de ilegitimidade passiva “ad causam”, na linha do que vem sendo preconizado pela jurisprudência do STJ.

3. O fato de ter sido firmado um acordo perante a Justiça Estadual para encerrar um litígio possessório entre particulares de modo algum exonera os envolvidos das obrigações legais, tal como a obtenção das licenças necessárias à realização de obras.

4. Além de não ter sido parte naquele processo, o IBAMA não poderia ter sua competência legal restringida por mera manifestação de vontade de terceiros particulares. Ademais, o juízo onde homologado o acordo não teria competência para impor restrições e obrigações ao IBAMA (ou ao Instituto Chico Mendes), que, por se tratar de autarquia federal, tem foro constitucional na Justiça Federal.

5. No caso, sendo obrigatório o licenciamento ambiental para a realização da obra, a qual está situada na APA da Barra de Mamanguape, unidade de conservação do domínio da União, legítimo o exercício do poder de polícia pelo órgão ambiental federal competente, nos termos do art. 4º, I, da Resolução CONAMA nº 237/97.

6. Apelação e recurso adesivo desprovidos. (AC 200982 000027808, Desembargador Federal Leonardo Resende Martins, TRF5 - Quarta Turma, DJE - Data: 29/07/2010 - Página: 724.)

No mérito das apelações, frise-se, em primeiro lugar, que *“a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”* (Súmula 473 do STF).

Assim, no caso concreto, passo a transcrever os fundamentos (que expus no voto proferido na AC 504034-PB) que entendo serem suficientes para reconhecer que **agiu bem o IBAMA quando anulou de ofício os Termos de Compromisso nº 44/2002 (e seu aditivo) e nº 73/2003** e, portanto, para reconhecer não merecer qualquer reparo, neste ponto, a sentença vergastada.

Compulsando os autos, observo, no que tange a esses acordos, que houve, sim, atos praticados em detrimento de princípios basilares da Administração Pública, em especial os da impessoalidade, moralidade e legalidade, o que, sem dúvida, ensejam o reconhecimento de sua invalidade.

De fato, não comungo do entendimento de que a regulamentação do IBAMA/PB, através da Ordem de Serviço nº 20/2001 do IBAMA/PB, já previa o desdobramento do pedido de desmate para implantação de projeto de carcinicultura em autorização para instalação e operação do empreendimento.

O fato é que, embora não houvesse, à época do Termo de Compromisso nº 44/2002, resolução específica que tratasse da carcinicultura, havia ciência de todos acerca da necessidade de obtenção de licenciamento para a instalação e operação do empreendimento, conforme há muito já dispunha a Lei nº 6.938/81.

Por outro lado, parece-me impossível acreditar que os envolvidos entendiam que um pedido de autorização de desmate equivalia a um pedido de licença de operação ou instalação de um empreendimento que ensejava grandes escavações e dano ambiental relevante.

Entendo irrelevante, neste passo, a existência, no processo de concessão da autorização de desmatamento, de discus-



são pontual sobre a pretendida implantação do projeto de produção e comercialização de camarão marinho. Por óbvio, quando se requer o desmatamento de uma área de mais de 70 hectares, deve se apresentar justificativa de algum teor, o que não implica dizer que, no momento em que se autoriza o desmate, também se está autorizando a instalação.

Prova desta circunstância é a parecer do então Procurador-chefe do IBAMA/PB Omar Bradley, o qual opinou pelo deferimento do pedido de desmatamento, mas ressaltou a necessidade da empresa obter licenciamento perante o IBAMA.

Desta forma, não consigo encontrar respaldo em nenhum ponto da legislação, ou mesmo da referida Ordem de Serviço, para a assinatura do Termo de Compromisso nº 44/2002, firmado após a descoberta de que a empresa apelada estava com o empreendimento de carcinicultura marinha em pleno funcionamento e sem qualquer licença de implantação ou operação.

O referido TC, na verdade, embora reconhecesse o cometimento da conduta típica *“fazer funcionar estabelecimento, obras e serviços potencialmente poluidores sem licença ambiental exigida - LO”*, suspendeu a multa anteriormente cominada pela administração ambiental [no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais)] em troca do pagamento de apenas 10% dela, doação de dois computadores e a adoção de providências para reparar o dano, as quais já constavam em PRAD anterior e não haviam sido cumpridas pela empresa.

Por outro lado, não houve, em contrariedade com a legislação então vigente, ressalva no Termo de Compromisso de suspensão das atividades antes da obtenção da licença. Tal previsão só foi feita cinco meses depois, com o aditivo ao TC 44, o qual, de forma inacreditável, reconhecia que o empreendimento continuava clandestinamente em plena operação e não estabelecia qualquer sanção por tal fato, mantendo todas as condições benéficas anteriormente acordadas.

Com o referido aditivo houve, novamente, como bem exposto na sentença, desvirtuamento do Termo de Compromisso, que deveria se prestar ao ajuste da conduta do empreendedor às normas ambientais aplicáveis à espécie, e não como instrumento de tolerância para a continuidade de empreendimento não licenciado.

Sobre a natureza do Termo de Compromisso assinado, a legislação é clara, conforme pode ser depreendido da redação do no artigo 60 do Decreto n° 3179/99:

Art. 60. As multas previstas neste Decreto podem ter a sua exigibilidade suspensa, quando o infrator, por termo de compromisso aprovado pela autoridade competente, obrigar-se à adoção de medidas específicas, para fazer cessar ou corrigir a degradação ambiental.

§ 1º A correção do dano de que trata este artigo será feita mediante a apresentação de projeto técnico de reparação do dano.

§ 2º A autoridade competente pode dispensar o infrator de apresentação de projeto técnico, na hipótese em que a reparação não o exigir.

§ 3º Cumpridas, integralmente, as obrigações assumidas pelo infrator, a multa será reduzida em noventa por cento do valor atualizado, monetariamente.

Ou seja, o TC deveria ter tido por objeto expressamente a *“adoção de medidas específicas para fazer cessar ou corrigir a degradação ambiental”* e não a simples doação de computadores ou o cumprimento de providências que haviam sido a condição para a autorização de desmate e não foram anteriormente cumpridas.

Sobre o assunto, perfeitas as ponderações da magistrada sentenciante, que ora transcrevo e utilizo como parte da razão de decidir: *“Ora, quando um empreendimento potencialmente poluidor se instala e entra em operação sem licença ambiental, há de ser presumido que esteja poluindo o meio ambiente, independentemente do empreendimento, na realidade dos fatos, atender a todos os preceitos técnicos ambientais. Assim, considerando que a multa foi aplicada pelo fato do empreendedor estar em operação sem licença, considero ilógico conceder a chance ao empreendedor para corrigir o dano ambiental de um empreendimento não licenciado. A única medida cabível pelo empreendedor, no caso, seria a suspensão das atividades”*.

Neste diapasão, pedindo vênua à magistrada sentenciante, não vejo como emprestar às falhas do Termo de Compromisso 44/2002 uma aura de meras “infelicidades”. Afinal, como já ensina a melhor doutrina, é apenas no interior das fronteiras decorrentes da dicção legal que pode vicejar toda e qual-

quer liberdade administrativa. (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 845.)

É certo que há casos em que a disciplina legal faz permanecer em proveito e a cargo do administrador uma certa esfera de liberdade, perante a qual lhe caberá preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa. Porém, mesmo nesses casos, a margem de liberdade atribuída ao administrador deve ser voltada apenas e tão somente a fim de satisfazer, no caso concreto, a finalidade da lei.

No caso, não se pode inferir que, ao chamar de compensação ambiental a entrega de dois computadores, a Administração não quis dizer exatamente isto e, assim, pode o Judiciário, como agora faço, entender como absolutamente desproporcional e irrazoável compensar um dano ambiental da magnitude analisada nos autos com a entrega de dois computadores por mais modernos que sejam.

Por fim, o multicitado Termo de Compromisso nº 44/2002 e seu aditivo também deixaram de atender à normatização quando deixaram de prever prazo específico para sua vigência, além de não terem sido publicados em órgão oficial, conforme preconizado pelo art. 79-A, § 1º, inc. II e § 8º, da Lei nº 9.605/98.

As irregularidades acima expostas deixam comprovadas 1) a falta de observância da legislação pertinente quando da assinatura do Termo de Compromisso nº 44/2002 e seu aditivo e 2) a violação aos princípios da moralidade e da impessoalidade quando da assinatura do referido termo, uma vez ter tratado de forma absolutamente anti-isonômica a empresa em questão.

Passo, agora, à análise do Termo de Compromisso nº 73/2003.

Sobre o assunto, verifico, às fls. 217/219 dos autos, que tal TC foi firmado em 13 de agosto de 2003 e se destinava a dar um aspecto de legalidade ao funcionamento clandestino do empreendimento, que persistia mesmo depois de um ano tendo se passado do aditivo ao Termo nº 44/2002.

Quando de sua assinatura, o DILIQ/Brasília já havia se manifestado: primeiramente, por meio do Parecer nº 11, de

16.01.2003, sobre a inviabilidade ambiental do projeto (fls. 1335/1340, 7º vol.); depois, por meio do parecer 65, de 02.05.2003, onde entendeu que o licenciamento seria possível, desde que apresentado EIA/RIMA e cumpridas série de exigências técnicas, inclusive com modificação do projeto para previsão de bacia de sedimentação – fls. 1363/1378.

Desta feita, parece-me clara a ilegalidade do Termo de Compromisso, o qual, como os anteriores, também não foi publicado em órgão oficial, conforme determinado em lei, violando o princípio da publicidade que deve guiar os atos da Administração Pública.

Reconhecidas 1) a competência do IBAMA para licenciar o empreendimento em questão, 2) a conseqüente ilegalidade da licença concedida pela SUDEMA, 3) a ilegalidade dos termos de compromisso mencionados e 4) a inexistência de licenciamento emitido pelo órgão ambiental competente, patente está a situação irregular do empreendimento de carcinicultura da Destilaria Miriri localizada na APA da Barra do Rio Mamanguape, situação que exige a interrupção imediata de suas atividades.

**Análise, agora, a possibilidade de operação do empreendimento de carcinicultura na área em questão** e faço isso para discordar da magistrada sentenciante.

*A priori*, refuto a alegação de nulidade da perícia técnica produzida e o faço, inicialmente, com fulcro no artigo 138, § 1º, do Código de Processo Civil, porquanto a parte interessada deveria ter arguido o impedimento ou a suspeição do perito, em petição fundamentada e devidamente instruída, na primeira oportunidade em que lhe coubesse falar nos autos, o que não ocorreu no caso. Desta feita, tenho por preclusa a questão.

Por outro lado, mesmo que assim não fosse, conforme verificado na sentença, a perita, ao contrário do defendido pela empresa apelante é apenas associada à Associação Guajiru: Ciência-Educação-Meio Ambiente; que, por sua vez, integra o Conselho Consultivo (e não órgão gestor) da APA da Barra do Rio Mamanguape, assim como a própria DESTILARIA MIRIRI S.A. (Usina Miriri), SUDEMA e IBAMA. – fls. 2843/2745.

No que tange ao mérito da prova pericial, urge analisar, primeiramente, se a área onde está instalado o empreendimento faz par-

te do ecossistema do manguezal e, a partir daí, determinar o dano ambiental eventualmente ocorrido.

Neste diapasão, entendo que a magistrada sentenciante analisou, de forma precisa, a questão da natureza da área onde está instalado o empreendimento e, por isso, passo a transcrever parte da sentença, a qual, neste ponto, utilizo como razão de decidir:

Primeiramente, para melhor contextualizar a discussão, imprescindível visualizar a região onde foi instalado o empreendimento; para isto, chamo a atenção para as fotografias anexadas ao laudo pericial, notadamente as de fls. 59 e 60 (volume apenso), que mostram a vista área da região. As ilhas I e III são espécies de “clareiras”, bancos de areia que surgem no meio da vegetação de mangue; tais ilhas são regiões um pouco mais elevadas (do que o seu entorno), que não são encobertas pela maré alta pois, do contrário, o cultivo do camarão restaria inviabilizado.

Em que pese a aparente discordância do assistente da DESTILARIA MIRIRI S.A. com o laudo pericial oficial, parece-me que há um desvio de perspectiva em suas (assistente-técnico) colocações, sendo que, quanto à matéria essencialmente técnica, os peritos oficiais e o assistente técnico dizem exatamente as mesmas coisas: a uma, o solo das ilhas I e III é do tipo podzólico, arenoso (não havendo, neste particular, nenhuma divergência quanto às conclusões do engenheiro agrônomo integrante da equipe pericial), sendo que, mesmo antes da instalação do empreendimento, não existia no local vegetação típica de mangue; a duas, na área do entorno das ilhas, há mangue, com influência das marés.

A divergência surge quanto à caracterização do ecossistema manguezal, devendo ser registrado que a Resolução CONAMA nº 312/2002 não explicita o que deva ser considerado manguezal; limita-se a vedar a exploração da carcinicultura em manguezal. A Resolução CONAMA nº 303/2002, por sua vez, define as conformações das áreas de preservação permanente, conceituando manguezal como (art. 2º, inc. IX) – destaquei:

ecossistema litorâneo que ocorre em terrenos baixos, sujeitos à ação das marés, formado por vasas lodosas recentes ou arenosas, às quais se associa, predominantemente, a vegetação natural conhecida como man-

gue, com influência fluviomarinha, típica de solos limosos de regiões estuarinas e com dispersão descontínua ao longo da costa brasileira, entre os estados do Amapá e Santa Catarina.

Instada pela parte ré a esclarecer seu posicionamento, os peritos oficiais ratificaram o entendimento de que o empreendimento da DESTILARIA MIRIRI S.A. insere-se dentro do ecossistema manguezal. Os peritos criticam a falta de inclusão dos apicuns no conceito de manguezal trazido pela Resolução CONAMA nº 303/2002. Pontuaram que o mangue (FLORA – cobertura vegetal que cresce nos solos alagados, sujeito às variações da maré) não exaure o que deve se entender por ecossistema manguezal, o qual abrange as áreas de apicuns e salgados, regiões arenosas e desprovidas de cobertura vegetal, tal como a região onde se encontra instalado o empreendimento da ré (fl. 09 dos esclarecimentos ao laudo, volume apenso):

*De acordo com a Resolução nº 303/2002 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), o manguezal é um (...). Essa descrição falha ao não precisar, como parte do ecossistema manguezal, apicuns, gamboas, canais de maré, bancos e flexas de areia e argila. O ecossistema manguezal depende diretamente dos processos que se desenvolvem não só nos mangues propriamente ditos como nos apicuns, canais de marés, bancos de areia e gamboas, todos interligados pelos fluxos de matéria e energia inseridos nas regiões estuarinas.*

Entendo que a perícia oficial não falhou ao definir a região em que foi instaurado o empreendimento como ecossistema manguezal, pois conferiu à questão uma visão técnica macro, abrangendo-se as áreas de transição, tais como salgados, apicuns e bancos de areia.

Não resta dúvida, assim, que a empresa apelante degradou áreas de mangue, a fim de utilizá-las na atividade de carcinicultura, em descompasso com a legislação em vigor e sem o devido licenciamento.

Neste passo, o mangue – ecossistema localizado na zona costeira, cuja vegetação recebe influência fluviomarinha – é protegido pela legislação nacional desde a Constituição Federal (art. 225,

§ 4º) até as leis ordinárias, tais como o Código Florestal e a Lei nº 7.661/88 (Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro).

Citadas normas jurídicas, determinam, respectivamente:

Constituição Federal: “Art. 225, § 4º *A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais*”.

Código Florestal: “Art. 2º *Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: (...) f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues*”.

Lei nº 7.661/88 (Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro): “Art. 3º *O PNGC deverá prever o zoneamento de usos e atividades na Zona Costeira e dar prioridade à conservação e proteção, entre outros, dos seguintes bens: I - recursos naturais, renováveis e não renováveis; recifes, parcéis e bancos de algas; ilhas costeiras e oceânicas; sistemas fluviais, estuarinos e lagunares, baías e enseadas; praias; promontórios, costões e grutas marinhas; restingas e dunas; florestas litorâneas, manguezais e pradarias submersas*”.

Por outro lado, a Resolução CONAMA nº 04/1985 já dispunha que os manguezais eram considerados como Reservas Ecológicas (art. 3º, VIII). Atualmente, o art. 3º, X, da Resolução CONAMA nº 303/2002 é expresso ao prescrever que são de preservação permanente as áreas situadas em manguezal, em toda sua extensão.

Assim, ante tais previsões constitucionais, legais e regulamentares, não vejo como afastar a validade da Resolução CONAMA nº 312/2002, a qual veda a exploração de carcinicultura em manguezal, e sua aplicabilidade no caso.

Embora eu compreenda o raciocínio da magistrada *a quo* quando afirmou que, à luz da Resolução CONAMA 303/2002, a área em questão não poderia ser considerada de manguezal, entendo que tal resolução não pode contrariar a visão técnica e biologicamente

precisa do que é o mangue protegido pelas normas constitucionais e legais.

Afinal, a tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, *caput*), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a consequente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada).

Por outro lado, mesmo que assim não fosse, repiso que o empreendimento está localizado em Área de Proteção Ambiental - APA e foi instalado sem os licenciamentos devidos, já que, anos antes da emissão do licenciamento pelo incompetente SUDEMA, já estava em plena operação, como constatado nos autos.

### **Passo, agora, à análise de eventual dano ambiental.**

Quanto a este ponto, observo, em primeiro lugar, que o dano ambiental já seria presumido, uma vez que o empreendimento foi instalado em área considerada ambientalmente sensível e não propícia para o tipo de operação em questão. Por outro lado, a instalação foi feita sem o devido licenciamento e, conseqüentemente, sem a observância das regras ambientais pertinentes.

Mesmo que não houvesse essa presunção, a escavação dos tanques/viveiros de camarões e dos dutos de abastecimento foi realizada sem a autorização do órgão ambiental competente (ou melhor, sem a autorização de qualquer órgão ambiental que seja) e sem a observância de regras básicas de proteção ao meio ambiente.

Sobre o assunto, cumpre novamente transcrever trecho da sentença prolatada, a qual analisa com precisão a questão do ponto de vista da poluição das águas no entorno do empreendimento:

A Resolução CONAMA nº 31235, cujos artigos que interessam à solução da lide se transcreve em nota de rodapé, re-



gumentou o processo licenciatório de atividade de carcinicultura em área costeira, vedando expressamente a exploração desta atividade em manguezal (conforme visto no item 4 *supra*, o conceito de manguezal é importado da Resolução nº 303/2002 do CONAMA). Para as atividades já licenciadas, preconizou o ajustamento do licenciamento, a ser requerido ao órgão ambiental no prazo de 90 dias, contados do início da vigência da normatização, e executado no prazo de um ano, contado da entrada do requerimento administrativo de adequação (art. 13).

Sobre o tratamento dos efluentes, a Resolução nº 312, em seu artigo 14, preconizou a implantação de bacia de sedimentação ou sistema de recirculação de águas. Cumulativamente, ao tratamento dos efluentes, o art. 12 exige execução de Plano de Monitoramento Ambiental - PMA, estabelecendo em seu Anexo III parâmetros para coleta trimestral da água.

Com efeito, a bacia de sedimentação é de suma importância para o controle da qualidade da água a ser descartada após o encerramento do processo produtivo; permite a decantação dos resíduos sólidos contido na água, viabilizando a retirada de tais resíduos (mediante processo de aspiração ou similar) da água antes de seu descarte para o meio ambiente.

A implantação de sistema de recirculação das águas, por sua vez, permite o aproveitamento da água por mais de um ciclo produtivo, diminuindo-se a quantidade de água a ser retirada do manguezal para abastecimento e, conseqüentemente, também reduz o volume de água a ser descartada.

No caso da DESTILARIA MIRIRI S.A., é patente que as águas que servem o mangue são utilizadas para abastecimento dos viveiros, sendo, depois de encerrado ciclo produtivo, descartadas diretamente no mangue sem qualquer tipo de tratamento prévio.

A captação de águas para os viveiros dos camarões é feita na área de mangue, conforme está nitidamente ilustrado pelas fotografias de fl. 53 (volume apenso – laudo da perita judicial). Do mesmo modo, o descarte da água utilizada no processo produtivo também é feito no mangue (fotografia de fl. 54 do volume apenso). A respeito do sistema de alimentação

das águas dos viveiros, explicaram os peritos oficiais (fl. 06 do volume apenso – laudo da perita judicial) – destaquei:

(...) 2. Sistema de Captação da Água: construído em 2001 através da abertura e dragagem do canal, inserido no afluente do Rio Mamanguape. O empreendedor afirma ter sido a única área de mangue desmatada no empreendimento (fig.17).

3. Canal de Abastecimento: o abastecimento dos viveiros é realizado pelo canal central (fig. 18), que capta a água através de três bombas fixas extraindo a água da gamboa Serraria, situada na margem direita do estuário do Rio Mamanguape, onde é realizado por ocasião da maré alta. As drenagens dos viveiros, por ocasião das despescas, são realizadas nas camboas Serraria, do Barreiro e Gravatá, principalmente, durante os períodos de marés baixas.

A perícia verificou que o controle dos efluentes não vem sendo realizado a contento pela DESTILARIA MIRIRI S.A., porquanto:

A uma, somente no ano de 2008 foi constatada a frequência trimestral das coletas para o PMA – vide reposta ao quesito 10 do MPF, fl. 17 do laudo, vol. apenso; quanto aos anos anteriores, não se obedeceu à periodicidade reclamada;

A duas, a empresa não instalou a bacia de sedimentação e sistema para recirculação de água, de modo que os efluentes são lançados de volta ao estuário sem qualquer tipo de tratamento. A esse respeito, disseram os peritos (fl. 10 do laudo, volume apenso):

Uma das inconformidades apresentadas pelo empreendimento de carcinicultura da DESTILARIA MIRIRI S.A. é o descumprimento à Resolução nº 312/2002 que indica a obrigatoriedade do uso da bacia de sedimentação, lançando assim seus efluentes diretamente nas águas do estuário, podendo gerar elevados danos ambientais. Os resultados das pesquisas realizadas na área costeira constataam a necessidade de tratamento prévio do efluente gerado pela carcinicultura, através de alternativas que contemplem o uso de bacia de sedimentação e recirculação da água. A recirculação, por sua vez, vem racionalizar o consumo de água, otimizar os custos com

outorga e com energia para captação, além de reduzir o lançamento de altas cargas de nutrientes e matéria orgânica nos corpos receptores.

Observe-se que a LO expedida pela SUDEMA foi genérica a respeito da implantação de bacia de sedimentação e sistema para recirculação de águas, impondo como condicionante à expedição da licença a observância aos ditames da Resolução nº 312/2002 (fl. 1036, 5º vol.).

Contudo, na ocasião em que tramitava o processo de licenciamento no IBAMA, a DILIQ, em parecer técnico (nº 64/2003, fls. 215/216), recomendou fortemente a implantação no empreendimento de bacia de sedimentação e sistema para recirculação das águas:

#### Ausência de Bacia de Sedimentação

(...) A inexistência de um processo de controle dos viveiros é um motivo de preocupação, pois o descarte dos efluentes diretamente no manguezal poderá acarretar diversos impactos ambientais, como assoreamento do manguezal, eutrofização do corpo hídrico, mortandade da biota por contaminação de substâncias utilizadas no processo de produção do camarão, como calcário, fertilizantes e rações, entre outras.

Assim, torna-se obrigatório que sejam apresentados e implementados, após a aprovação deste Instituto, estudos sobre qual a dimensão da bacia de sedimentação, bem como o tempo/prazo de retenção das águas dos viveiros na bacia de sedimentação necessário para o tratamento e controle eficaz dos sólidos em suspensão e matéria orgânica presente nas águas do cultivo. Os estudos devem priorizar a busca da melhor relação área total dos viveiros *versus* área/volume da bacia de sedimentação, necessária para uma eficiente decantação e retirada dos sólidos em suspensão e oxidação da matéria orgânica (...).

Concomitantemente à apresentação dos estudos relativos à dimensão da bacia de sedimentação, deverão ser também propostas mudanças no projeto original que visem a instalação da mesma. A proposta de mudança no projeto original deve conter as justificativas da localização da bacia de sedimentação, visando desenvolver

os mínimos impactos ambientais no manguezal adjacente e na gamboa de captação hídrica do empreendimento. Também deverá constar das mudanças do projeto original a utilização do regime de recirculação da água utilizada nos viveiros, procurando a racionalização dos recursos hídricos do estuário e a minimização da produção de efluentes líquidos no processo de produção.

Destinação final dos resíduos sólidos acumulados:

Uma questão importante é a destinação final dos resíduos sólidos coletados após a saturação da futura bacia de sedimentação. Deverá ser apresentada a descrição da forma de realização da coleta do material no interior dos tanques-viveiros, e discriminados os materiais e mão de obra utilizados, bem como a periodicidade da coleta. Também deverão ser apresentadas informações que indiquem se haverá descarte ou reutilização destes resíduos sólidos, constando os locais onde serão armazenados/descartados/processados, bem como as devidas justificativas, devendo estas ser esclarecidas antes da concessão de qualquer licença ambiental para o empreendimento.

Poder-se-ia argumentar que a Bacia de Sedimentação seria dispensável, tendo-se em vista que as águas coletadas pelos peritos – tanto durante o processo produtivo, quanto no momento da despesca dos tanques viveiros – comprovaram que a água está de acordo com os padrões de qualidade determinados na Resolução CONAMA 357/2005, observado os referenciais preconizados para águas salobras, classe 1 (fl. 36 do laudo, volume apenso).

A Resolução nº 357 do CONAMA “dispõe sobre a classificação dos corpos de água e diretrizes ambientais para o seu enquadramento, bem como estabelece as condições e padrões de lançamento de efluentes, e dá outras providências”. As águas destinadas à aquicultura e atividades de pesca classificam-se como águas salobras, classe 1, estabelecendo a Resolução as condições para qualidade da água e os parâmetros orgânicos e inorgânicos a serem cumpridos.

Vale destacar que estar de acordo com os parâmetros da Resolução nº 357/2005 não significa que a qualidade da água

não se altere durante o cultivo dos camarões; mas sim que a qualidade da água está de acordo com as alterações previsíveis para este tipo de cultura. Sobre a observância aos “padrões de qualidade”, colhem-se os ensinamentos (destaquei):

(...) a existência das normas de emissão e os padrões de qualidade representam uma fronteira, além da qual não é lícito passar. Mas, não se exonera o produtor de verificar por si mesmo se sua atividade é ou não prejudicial.

J.P.Barde e E.Geralli salientaram: “A norma de emissão pode ser baseada em simples imperativo tecnológico, sem que isso resulte *ipso facto* em um estado do ambiente de modo que não haja mais vítimas. É o caso da norma baseada na melhor tecnologia disponível ou praticável”. A norma pode ser ainda fixada em função de imperativos econômicos, de modo a não onerar excessivamente os poluidores. De fato, poderá encontrar-se uma combinação do imperativo tecnológico e econômico através da aplicação do conceito da melhor tecnologia disponível e economicamente aceitável. (Paulo Afonso Leme Machado, Direito Ambiental Brasileiro, Ed. Malheiros, pp. 332/333)

(...) é importante salientar que o mero respeito aos padrões de emissão ou de imissão não garante, por si só, que uma atividade não seja poluidora. Isso porque tais padrões normatizados são meramente indicativos de que as concentrações previamente fixadas de uma dada substância ou matéria não causarão prejuízos à saúde pública, às espécies de fauna e da flora e aos ecossistemas. Pode ocorrer, porém, que apesar de plenamente conforme os padrões estabelecidos, o lançamento de uma determinada substância se mostre nocivo e daí será indispensável a sua redução ou proibição para compatibilizá-lo com o objetivo básico dessa técnica, que é evitar a poluição. (Excerto de sentença proferida em ação civil pública, 2ª Vara da Comarca de Sertãozinho/SP, juiz Álvaro Luiz Valery Mirra, transcrito no livro Direito do Ambiente, Edis Milaré, Ed. Revista dos Tribunais, p. 759)

A própria Resolução nº 357/2005 combina os conceitos de alteração nos padrões da água economicamente aceitável

com uso de tecnologia disponível. Isso porque proíbe o lançamento de efluentes nos corpos d'água sem tratamento prévio (art. 2436).

Além disso, caso fosse usada a bacia de sedimentação (com a retirada do material decantado antes da despesca), o aporte de nutrientes seria diminuído, conforme se infere da resposta apresentada pelos peritos oficiais ao quesito 11 da parte ré (fl. 38 do laudo) – sublinhei:

11) Se há diferença de qualidade na água captada do rio e na água descartada durante a despesca? Favor esclarecer?

Há diferença entre a água do viveiro e a descartada durante a despesca, em decorrência do aporte de nutrientes gerado pela ração que é empregada na alimentação dos camarões, embora a metodologia empregada pela carcinicultura da DESTILARIA MIRIRI S.A. esteja minimizando, este volume ainda é decantado no fundo reagindo quimicamente com água e fezes do camarão do viveiro, logo, no momento da despesca essa água se incorpora a outros nutrientes da jusante do canal de despesca que vai muito mais rica em nutrientes. (...)

Pois bem. **Constatado o dano ambiental, passo a analisar a questão do pedido de compensação ambiental e indenização por danos morais e materiais.**

A responsabilidade civil por danos ao meio ambiente tem previsão no Texto Constitucional (art. 225, § 3º), dispondo, por sua vez, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente nº 6.938/81 sobre a responsabilidade civil objetiva do infrator das normas ambientais (art. 14, § 1º), contexto que dispensa a investigação do elemento subjetivo da culpa ou dolo, sendo suficiente, para a atribuição do dever de indenizar, a demonstração do dano e do nexo de causalidade entre a lesão e a ação ou omissão do responsável.

Neste passo, a ponderação dos princípios jurídicos concorrentes, especialmente da concretização dos deveres de proteção ao ambiente, conduz a juízo de proporcionalidade que aponta para a realização de estudo de impacto ambiental, a partir do qual as alternativas possíveis, necessárias e razoáveis serão definidas no juízo de origem, objetivando a recomposição ambiental da área

afetada ou, se for o caso, de forma isolada ou cumulativa, a adoção das iniciativas cabíveis, abrangendo desde a demolição até compensação ambiental e indenização por parte da agravada.

Desta forma, deve a empresa ré ser condenada a apresentar e executar projeto de recuperação ambiental da área atingida, devidamente subscrito por profissional habilitado e sob a supervisão do IBAMA. Tal projeto deve incluir, inclusive, a retirada total do empreendimento da região analisada pela perícia, já que acima constatado que não pode haver licenciamento de projeto de carcinicultura na mesma.

Porém, continuando na análise dos pedidos mencionados, urge mencionar que, quando da ocorrência de um dano ambiental, a mera reconstituição do meio ambiente a seu status quo anterior não é suficiente. Com o evidente intuito inibitório do cometimento de novas irregularidades, justifica-se a adoção de medidas coercitivas, como a punição pecuniária pleiteada pelo Ministério Público Federal.

Contudo, concordo com a magistrada sentenciante quando sustenta que, no caso, a compensação ambiental, conforme critérios estatuídos na Lei 9.985/2000 não é a medida adequada. De fato, tal previsão se trata de condicionante pecuniária à obtenção de licença, o que não é a situação em tela.

Assim, o que deve ser reconhecida é a existência de dano moral coletivo, que diz respeito aos danos causados diretamente ao meio-ambiente, tutelado dentro da concepção dos interesses transindividuais. Neste caso, trata-se de compensação ambiental vista de uma forma ampla e que, assim, pode ser cumulada com a condenação de reparação do dano.

De acordo com os ensinamentos do Des. Federal e jurista Guilherme Couto de Castro, *“deve ser o poluidor condenado simultaneamente na recomposição do ambiente, sob pena cominatória e também em verba a título punitivo, também chamada educativa, didática ou por dano moral coletivo, com base no art. 1º da Lei nº 7.347/85, com a redação determinada pelo art. 88 da Lei 8.884/94”*. (A Responsabilidade Civil no Direito brasileiro. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 119-120)

Na compensação por danos morais coletivos ressalta-se o caráter personalíssimo de tal indenização, por levarem em conta questões subjetivas. O interesse jurídico, no caso em tela, não leva em consideração o indivíduo em si, mas, ao contrário, considera o grupo de indivíduos num todo se caracterizando como interesse transindividual.

Como parâmetro para a fixação do valor a ser devido a título de compensação pelo dano moral coletivo, entendo aplicável, por analogia, no caso em tela, os limites previstos nos artigos 72 e 75 da Lei 9.605/98 e fixo, considerando as peculiaridades do caso concreto, que demonstraram o descaso da empresa com a legislação ambiental pertinente e as inúmeras tentativas de burla ao necessário licenciamento, o valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) a serem revertidos ao “Fundo de Reconstituição dos Bens Lesados”, de que trata o artigo 13 da Lei 7.347/85.

Condeno, ainda, a empresa demandada a divulgar, em jornal regional, o teor desta decisão, porquanto tal atitude serve como espécie de “prestação de contas” ao público, devida por empresa poluidora.

Quanto ao pedido de imposição da pena de incentivos fiscais federais, inclusive linha de créditos oficiais, concordo com a magistrada sentenciante quanto à inexistência de previsão legal para tanto.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso adesivo interposto e à apelação da SUDEMA, e dou parcial provimento à apelação interposta pelo IBAMA e pelo Ministério Público Federal para:

- a) declarar a invalidade dos Termos de Compromisso nº 44/2002 (e seu aditivo) e nº 73/2003;
- b) declarar a nulidade da(s) Licença(s) de Operação emitida(s) pela SUDEMA, em razão da incompetência do órgão ambiental estadual para o licenciamento;
- c) reconhecer a impossibilidade de concessão de licença ambiental para a operação de empreendimento de carcinicultura na área ora em análise;
- d) condenar a ré Destilaria Miriri S/A (antiga Destilaria Jacuípe) a apresentar e executar projeto de recuperação ambiental da



área atingida, devidamente subscrito por profissional habilitado e sob a supervisão do IBAMA. Tal projeto deve incluir, inclusive, a retirada total do empreendimento da região analisada pela perícia, já que acima constatado que não pode haver licenciamento de projeto de carcinicultura na mesma;

e) condenar a ré Destilaria Miriri S/A (antiga Destilaria Jacuípe) a pagar, a título de compensação por danos morais coletivos, o valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) a serem revertidos ao “Fundo de Reconstituição dos Bens Lesados”, de que trata o artigo 13 da Lei 7.347/85.

f) condenar a ré Destilaria Miriri S/A (antiga Destilaria Jacuípe) a divulgar, em jornal regional, o teor desta decisão.

g) Condeno os réus nos ônus da sucumbência.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 525.609-PE**

Relator

p/ Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT

Apelantes: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO E BIOSYSTEMS NE COMÉRCIO DE PRODUTOS LABORATORIAIS E HOSPITALARES LTDA.

Apelados: OS MESMOS

Advs./Procs.: DRS. VERÔNICA ALVES DE SÃO JOSÉ E OUTROS E ALEXANDRE CARNEIRO GOMES E OUTROS

**EMENTA: ADMINISTRATIVO E AERONÁUTICO. APELAÇÕES. PRETENSÃO AUTORAL DE RESARCIMENTO POR DANOS OCACIONADOS POR AÇÃO/INAÇÃO DE EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. INFRAERO. ADMINISTRAÇÃO DA INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. ART. 37, § 6º, DA CF/**

**88. ARMAZENAMENTO DE MERCADORIAS PERECÍVEIS. PERDA TOTAL DO BEM IMPORTADO, POR ACONDICIONAMENTO INADEQUADO NO TERMINAL DE CARGA, APÓS ENTREGA PELA TRANSPORTADORA. PERECIBILIDADE E NECESSIDADE DE REFRIGERAÇÃO EXPLICITADOS NO CONHECIMENTO AÉREO E NAS EMBALAGENS. AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DA NATUREZA DA CARGA NO SISTEMA INFORMATIZADO “MANTRA”. DOCUMENTO REMISSIVO DO CONHECIMENTO AÉREO. AUSÊNCIA DE CONFRONTAÇÃO ENTRE O “MANIFESTO INFORMATIZADO” (INFORMAÇÕES SOBRE CARGAS INTERNACIONAIS PRESTADAS PELO TRANSPORTADOR NO “MANTRA”), O “MANIFESTO DE CARGA” (INFORMAÇÕES FIXADAS NAS EMBALAGENS) E O CONHECIMENTO AÉREO. AFIRMAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DA RÉ PELA RECEITA FEDERAL. CONDENAÇÃO AO RESSARCIMENTO DOS DANOS EMERGEN- TES. DIREITO A LUCROS CESSANTES.**

**- Apelações interpostas contra sentença de parcial procedência do pedido de condenação da ré, empresa pública federal, pelos prejuízos ocasionados à autora, consistentes nas avarias (com perda total) sofridas pelas mercadorias importadas pela postulante (reagentes in vitro), armazenadas, que teriam sido, em temperatura e umidade não condizentes com as recomendadas pelo fabricante, segundo apurado pela ANVISA e confirmado pela RECEITA FEDERAL, que teria imputado a responsabilidade pelo ocorrido à fiel depositária no processo de importação, ou seja, a ré.**

**- Julgou-se procedente o pleito de condenação no ressarcimento dos danos materiais suportados pela autora no importe de R\$ 105.917,25 (valor das mercadorias importadas + valor das despesas de transporte e acessórios), mas impro-**

*cedente a postulação de condenação no pagamento de lucros cessantes.*

*- A INFRAERO, empresa pública federal, prestadora de serviço público (administração da infraestrutura aeroportuária), deve responder pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88.*

*- Não há controvérsia, quanto à ocorrência da perda total dos produtos importados pela autora. Em termo de inspeção, a ANVISA consignou quanto aos mencionados itens: “encontravam-se em condições sanitárias insatisfatórias”. No auto de infração sanitária, a agência destacou: “mercadorias armazenadas em temperatura e umidade em desacordo com a recomendada pelo fabricante”. Consta, ademais, que o funcionário da ANVISA atestou: “todos os volumes estavam armazenados em temperatura e umidade em desacordo com o recomendado pelo fabricante. Nenhum volume poderia ser liberado, pois apresentavam fungos em suas caixas, apesar de a temperatura recomendada ser de 8 a 10 graus positivos. Além disso, algumas caixas apresentavam-se grudadas umas nas outras. Quanto aos outros volumes, a temperatura ideal para armazenagem seria de -15 a -20 graus negativos, mas também foram armazenados em temperatura e umidade em desacordo com o recomendado pelo fabricante”.*

*- O argumento central da ré é que não poderia ser responsabilizada por irregularidade de informação prestada pela transportadora. Assim não se entende. É fato que a transportadora, ao entregar a mercadoria ao fiel depositário (no caso, a INFRAERO), tem o dever de registrar no sistema informatizado chamado “MANTRA” a condição de perecibilidade da coisa importada, a ensejar condições especiais de acondicionamento. Entretanto, essa providência não isenta o fiel*

**depositário, que custodiará, armazenará o bem até sua liberação ao importador, da obrigação de confrontar as informações disponíveis, de comparar o registrado com a realidade palpável, dando, a essa, preponderância. In casu, embora o sistema “MANTRA” preveja códigos específicos, atinente à perecibilidade (PEE, PEB, PEA, PEC e PED), para inserção no campo da natureza da carga, a transportadora preencheu referido campo com o código “ATT – CARGAS RELACIONADAS NO AWB”. Assim, a INFRAERO entendeu que o armazenamento poderia se dar em condições normais. Ocorre que tal entendimento é equivocado, pois se a informação registrada remete ao AWB, deveria ter o agente responsável pelo armazenamento consultado o conhecimento aéreo, no qual estava explicitamente destacado: “critical enzymes – perishable non-hazardous - keep refrigerate upon arrival” (“enzimas críticas – perecíveis não perigosos – manter refrigerada na chegada”). Além disso, as caixas, em que embalados os bens, traziam expressamente as assertivas de que as mercadorias eram perecíveis e necessitavam de refrigeração. Assim, mostra-se palpável a responsabilidade da INFRAERO, como reconheceu a Receita Federal, ao apurar a quem caberia imputar os valores atinentes ao imposto de importação que deixou de ser recolhido em função das avarias ocasionadas às mercadorias: “Entendemos ser o Fiel Depositário o responsável tributário pela avaria verificada com base no § 1º do art. 12 da IN SRF 102/94; no caput do art. 662 do Decreto nº 6.759, de 05 de fevereiro de 2009 e § único do art. 60, combinado com o art. 32, inciso II, ambos do Decreto-Lei 37/66, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 01/09/1988 [...]”. Importante ressaltar que houve recurso administrativo da INFRAERO contra a autuação levada a efeito pela Receita Fed-**

***ral, que, contudo, foi desprovido, pelas seguintes principais razões: “[...] se a natureza da carga ATT refere-se às cargas relacionadas no AWB, fica claro que o interessado teria que ter verificado no Conhecimento Aéreo qual seria a natureza da carga, que, conforme mencionamos anteriormente, tratava-se de carga perecível e sujeita a armazenamento em condições especiais de refrigeração [...] é da responsabilidade do interessado verificar as características físicas do volume externamente, como as suas etiquetas, que informam o número do conhecimento de carga ou o tipo de carga e em que condições deverá ser armazenada, como é o caso, pois se não verificar ao menos, nas etiquetas dos volumes, qual o número do conhecimento, poderia armazenar um volume de outro conhecimento, tendo em vista que em um Manifesto de Carga poderá haver mais de um conhecimento de carga./Além do mais, após receber os volumes do transportador, o interessado teve o cuidado de verificar possíveis avarias nos mesmos, ao anotar os seguintes códigos: A - diferença de peso; C - amassado; F - rasgado; e G - refitada [...], então pergunta-se: por que ao registrar essas avarias, o interessado também não verificou que alguns volumes continham etiquetas informando tratar-se de carga perecível e sujeito a armazenamento em ambiente refrigerado? [...] Como se verifica na legislação anteriormente mencionada, caso haja divergência entre o Manifesto Informatizado (informações de todas as cargas internacionais prestadas pelo transportador no Mantra) e o Manifesto de Carga, prevalecerá este (art. 21, § 2º, da IN SRF 102/94), e no caso de divergência entre o Manifesto de Carga e o Conhecimento Aéreo, este é o que prevalecerá entre todos (art. 47 do RA) [...] Mesmo tomando conhecimento de que etiquetas coladas nos***

volumes indicavam tratar-se de produtos perecíveis e sujeitos a armazenamento em câmaras frigoríficas [...], o interessado adotou o seu procedimento padrão, ou seja, armazenou a carga com base apenas nas informações do Mantra, não tomando o cuidado de verificar se havia divergência ou não entre o Manifesto Informatizado e o Conhecimento Aéreo./O próprio Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei 7.565/1986, pela qual o interessado deve se nortear, informa em seu art. 235 que o documento formal a ser utilizado para o transporte de carga é o Conhecimento de Carga, e um dos itens obrigatórios deste documento é a natureza da carga [...]

- *“Art. 629. O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acrescidos, quando o exija o depositante” (CC/2002). “O dano ou avaria e o extravio de carga importada ou em trânsito aduaneiro serão apurados de acordo com a legislação específica” (§ 6º do art. 244) e “Art. 245. A execução do contrato de transporte aéreo de carga inicia-se com o recebimento e persiste durante o período em que se encontra sob a responsabilidade do transportador, seja em aeródromo, a bordo da aeronave ou em qualquer lugar, no caso de aterrissagem forçada, até a entrega final./Parágrafo único. O período de execução do transporte aéreo não compreende o transporte terrestre, marítimo ou fluvial, efetuado fora de aeródromo, a menos que hajam sido feitos para proceder ao carregamento, entrega, transbordo ou baldeação de carga (artigo 263)” (Lei nº 7.565/86). “É responsável pelo imposto o depositário, assim considerada qualquer pessoa incumbida da custódia de mercadoria sob controle aduaneiro” (art. 32, II, do DL nº 37/66). “O depositário responde por avaria*

***ou por extravio de mercadoria sob sua custódia, bem como por danos causados em operação de carga ou de descarga realizada por seus prepostos” e “As entidades da administração pública indireta e as empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público, quando depositários ou transportadores, respondem por avaria ou por extravio de mercadoria sob sua custódia, bem como por danos causados em operação de carga ou de descarga realizada por seus prepostos” (arts. 662 e 663 do Decreto nº 6.759/2009). “Art. 12. O transportador ou o desconsolidador de carga deverá entregar a carga ao depositário, que a recolherá para armazenamento sob sua custódia./§ 1º. O registro de armazenamento, no Sistema, será processado pelo depositário, à vista da carga” (IN SRF nº 102/94). “Toda carga descarregada no aeroporto, transportada por qualquer modal, deverá ser recebida, manuseada e/ou armazenada no recinto do TECA [Terminal de Carga Aérea]. Aquela sujeita a controle aduaneiro deverá ser operada em áreas do TECA, alfandegadas pela Receita Federal, até ser retirada pelo consignatário, transportador ou seu representante legal” e “A execução dos serviços de armazenagem e de capatazia da carga é da competência do órgão ou entidade administradora do aeroporto” (arts. 3º e 5º da Portaria nº 219/GC-5/2001).***

**- “[...] A responsabilidade objetiva pressupõe seja o Estado responsável por comportamentos de seus agentes que, agindo nessa qualidade, causem prejuízos a terceiros. Impõe, tão somente, a demonstração do dano e do nexo causal, prescindindo-se da demonstração de culpa do agente, nos moldes do art. 37, § 6º, da Constituição Federal./3. A atividade exercida pela apelante, empresa pública responsável pela infraestrutura aeroportuária (Lei 5.862/72), atende a inte-**

resse público. Subsunção ao art. 37, § 6º, da Carta Constitucional. Precedentes desta C. Corte./ 4. *In casu*, da leitura do Termo de Vistoria, extrai-se a responsabilidade da INFRAERO (art. 479 do Regulamento Aduaneiro vigente à época), porquanto as avarias decorreram da exposição das mercadorias a temperatura inapropriada no Terminal de Cargas sob sua administração. Ademais, as autoridades fiscais atestaram, de forma expressa, a inexistência de indícios externos de violação e avaria, bem assim a adequação das embalagens./5. A vistoria aduaneira carrega consigo a presunção de legitimidade e veracidade, atributo ínsito aos atos administrativos. Incidência, ademais, do comando inscrito no artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil [...]” (TRF3, 6T, AC 1122166, Rel. Des. Federal Mairan Maia, j. em 16.02.2012).

*- Consigne-se que não há necessidade de integração da transportadora na lide, pela simples razão de que as observações lançadas pela depositária, quando do recebimento das mercadorias, não são pertinentes ao acondicionamento dos bens importados, o que faz presumir, portanto, mormente ante a inexistência de prova em sentido inverso e considerados os limites da postulação deduzida neste feito, que, quando os bens foram entregues, vinham de ambiente de armazenagem apropriado. Essa conclusão não resulta em cerceamento do direito de defesa da ré, haja vista que não estará impedida de demandar contra a transportadora pelos ônus financeiros que tiver que suportar.*

*- Considerando o objeto social da empresa e a natureza do lucro cessante, que corresponde ao que o lesado deixou de auferir, advindo de uma frustração quanto ao recebimento de um valor ou benefício em relação ao qual existia uma expectativa de ganho, mostra-se também devida a condenação a esse título, porquanto a impresta-*



***bilidade do material decorreu de conduta inadequada e omissiva da INFRAERO, independentemente da comprovação precisa do que se deixou de receber, o que poderá ser apurado em fase de liquidação de sentença, momento processual no qual se verificará qual é a margem usual de ganho no mercado em relação a esses produtos.***

***-Apelação da empresa parcialmente provida, para se reconhecer a ocorrência de lucros cessantes a serem apurados em liquidação. Apelação da INFRAERO improvida.***

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AC 525.609-PE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por maioria, em dar parcial provimento à apelação da empresa apelante, e, por unanimidade, em negar provimento à apelação da INFRAERO, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 12 de julho de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - Relator p/ Acórdão

### **RELATÓRIO**

O SENHOR JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI:

BIOSYSTEMS NE COMÉRCIO DE PRODUTOS LABORATORIAIS E HOSPITALARES LTDA. ajuizou ação ordinária contra a EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO, objetivando a condenação da ré pelos prejuízos ocasionados à autora, consistentes nas avarias (com perda total) sofridas pelas mercadorias importadas pela postulante (reagentes *in vitro*), armazenadas, que teriam sido, em temperatura e umidade não condizentes com as recomendadas pelo fabricante, segundo apurado pela ANVISA e confirmado pela RECEITA FEDERAL, que teria imputado a responsabilidade pelo ocorrido à fiel depositária no processo de importação, ou seja, a ré.

Invocou os arts. 649, I, 650, 653, § 1º, 660, 662, 663 e 664, § 2º, do Decreto nº 6.759/2009, bem como o art. 12, § 1º, da IN/SRF nº 102/94, os arts. 186, 402, 629, 630, 927, 932, 933 e 944 do CC, os arts. 235, 241 e 244, § 6º, da Lei nº 7.565/86, o art. 5º, V, da CF/88. Afirmou que “fica notório que o réu cometeu um ato ilícito, qual seja, negligência, pois não armazenar a mercadoria em temperatura adequada, e indicada em cada embalagem, fato que culminou em dano material”. Disse que o prejuízo seria da ordem de R\$ 105.917,25, correspondente ao valor pago pelas mercadorias ao fabricante, acrescido pelo valor do serviço de transporte e acessórios. Apontou, ainda, como lucros que deixou de auferir importe idêntico ao dos danos materiais, pedindo, então, a condenação da ré a pagar-lhe o montante de R\$ 211.834,50.

A INFRAERO contestou, pedindo, inicialmente, fosse denunciada da lide a TAP AIR PORTUGAL, sustentando que “o transporte da carga aérea [...] que impõe responsabilidade ao transportador, no curso do contrato, sendo que tais previsões antecedem o armazenamento, que é a atividade afeta à INFRAERO, e só se desenvolve a partir do término do procedimento de transporte, no momento em que a carga é registrada (pelo transportador) no sistema MANTRA da Receita Federal do Brasil”. Invocou a Portaria nº 219/GC-5/2001 (art. 4º, § 1º). Consignou que a TAP não teria feito qualquer referência, no sistema MANTRA, acerca das condições de perecimento indicadas no conhecimento aéreo pertinente às mercadorias. Sublinhou que a responsabilidade pela inclusão dos dados no MANTRA seria do transportador, visto ser ele o único detentor do conhecimento aéreo. Acrescentou que o registro feito pela INFRAERO em relação às avarias constatadas (diferença de peso, amassado, rasgado e refitado) teriam sido avalizadas pela transportadora e pela Receita Federal. Asseverou que “descabe a pretensão da autora, em imputar somente à INFRAERO os danos ocasionados às suas mercadorias importadas”, bem como que a conclusão a que teria chegado a Receita Federal seria inadequada, não tendo observado a legislação de regência (IN/SRF nº 102/94, a portaria nº 219/GC/2001 do Comando da Aeronáutica e o Código Brasileiro de Aeronáutica). Argumentou, outrossim, que “não há nos autos, prova inequívoca de que a INFRAERO tenha praticado lesão de qualquer natureza à demandante”. Disse não configu-

rados os elementos próprios à materialização da responsabilidade civil da empresa pública. Sobre a extensão do dano, aduziu que não estariam comprovados os lucros que supostamente a autora teria deixado de auferir.

Réplica às fls. 280/285.

Realizada a oitiva de testemunha (fls. 301/302).

A MM. Juíza Federal *a quo* julgou procedente, em parte, o pedido, para condenar a INFRAERO “ao ressarcimento dos danos materiais suportados pelo autor, estes na importância de R\$ 105.917,25 [...] valor este a ser atualizado pelo manual de cálculos da Justiça Federal, a partir da data da última atualização constante do demonstrativo de débito de fl. 71”, julgando improcedente o pedido de indenização dos lucros cessantes, “em face da ausência de precisão dos prejuízos sofridos”. Quanto aos ônus sucumbenciais, a magistrada entendeu configurada sucumbência recíproca.

Houve embargos de declaração pela INFRAERO e pela autora, recursos que foram desprovidos, segundo sentença de fls. 364/365.

A INFRAERO apelou, reiterando os termos de sua contestação.

A autora também apelou, pugnando pela condenação da ré pelos lucros cessantes que diz ter amargado e que seriam calculados em fase de liquidação de sentença.

Contrarrazões às fls. 416/424 e 425/448.

Ouvido nesta Instância, o MPF opinou pelo desprovisionamento dos recursos, segundo parecer de fls. 451/454.

É o relatório.

Dispensada a revisão. Peço dia para julgamento.

### **VOTO CONDUTOR**

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

1. No presente caso, observa-se que a empresa apelante pretende, com a interposição da ação, ser reparada por dano material

e lucros cessantes, em razão do perecimento de mercadorias compradas no exterior e depositadas no armazém da INFRAERO, após terem sido transportadas pela companhia aérea TAP AIR PORTUGAL.

2. No que diz respeito ao primeiro aspecto da demanda, concordo em tudo e por tudo com os fundamentos lançados pelo eminente Relator, Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI, que fez uma percuciente análise da problemática processual inserta nos autos, lançando as precisas considerações abaixo reproduzidas, as quais também passo a adotar como razões de decidir:

Trata-se de apelações interpostas contra sentença de parcial procedência do pedido de condenação da ré, empresa pública federal, pelos prejuízos ocasionados à autora, consistentes nas avarias (com perda total) sofridas pelas mercadorias importadas pela postulante (reagentes *in vitro*), armazenadas, que teriam sido, em temperatura e umidade não condizentes com as recomendadas pelo fabricante, segundo apurado pela ANVISA e confirmado pela RECEITA FEDERAL, que teria imputado a responsabilidade pelo ocorrido à fiel depositária no processo de importação, ou seja, a ré.

*In casu*, tem-se que se julgou procedente o pleito de condenação no ressarcimento dos danos materiais suportados pela autora no importe de R\$ 105.917,25 (valor das mercadorias importadas + valor das despesas de transporte e acessórios), mas improcedente a postulação de condenação no pagamento de lucros cessantes.

Para começar, é de se dizer que a INFRAERO, empresa pública federal, prestadora de serviço público (administração da infraestrutura aeroportuária), deve responder pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88.

Não há controvérsia, quanto à ocorrência da perda total dos produtos importados pela autora.

Em termo de inspeção, a ANVISA consignou quanto aos mencionados itens: “encontravam-se em condições sanitárias insatisfatórias”. No auto de infração sanitária, a agência destacou: “mercadorias armazenadas em temperatura e umidade em desacordo com a recomendada pelo fabricante”.

Consta, ademais, que o funcionário da ANVISA atestou: “todos os volumes estavam armazenados em temperatura e umidade em desacordo com o recomendado pelo fabricante. Nenhum volume poderia ser liberado, pois apresentavam fungos em suas caixas, apesar de a temperatura recomendada ser de 8 a 10 graus positivos. Além disso, algumas caixas apresentavam-se grudadas umas nas outras. Quanto aos outros volumes, a temperatura ideal para armazenagem seria de -15 a -20 graus negativos, mas também foram armazenados em temperatura e umidade em desacordo com o recomendado pelo fabricante”.

O argumento central da ré é que não poderia ser responsabilizada por irregularidade de informação prestada pela transportadora. Assim não se entende.

É fato que a transportadora, ao entregar a mercadoria ao fiel depositário (no caso, a INFRAERO), tem o dever de registrar no sistema informatizado chamado “MANTRA” a condição de perecibilidade da coisa importada, a ensejar condições especiais de acondicionamento. **Entretanto, essa providência não isenta o fiel depositário, que custodiará, armazenará o bem até sua liberação ao importador, da obrigação de confrontar as informações disponíveis, de comparar o registrado com a realidade palpável, dando, a essa, preponderância.** *In casu*, embora o sistema “MANTRA” preveja códigos específicos, atinente à perecibilidade (PEE, PEB, PEA, PEC e PED), para inserção no campo da natureza da carga, a transportadora preencheu referido campo com o código “ATT - CARGAS RELACIONADAS NO AWB”. Assim, a INFRAERO entendeu que o armazenamento poderia se dar em condições normais. Ocorre que tal entendimento é equivocado, pois se a informação registrada remete ao AWB, deveria ter o agente responsável pelo armazenamento consultado o conhecimento aéreo, no qual estava explicitamente destacado: “critical enzymes – perishable non-hazardous – keep refrigerate upon arrival” (“enzimas críticas – perecíveis não perigosos – manter refrigerada na chegada”). Além disso, as caixas, em que embalados os bens, traziam expressamente as assertivas de que as mercadorias eram perecíveis e necessitavam de refrigeração.

Assim, mostra-se palpável a responsabilidade da INFRAERO, como reconheceu a Receita Federal, ao apurar a

quem caberia imputar os valores atinentes ao imposto de importação que deixou de ser recolhido em função das avarias ocasionadas às mercadorias: “Entendemos ser o Fiel Depositário o responsável tributário pela avaria verificada com base no § 1º do art. 12 da IN SRF 102/94; no *caput* do art. 662 do Decreto nº 6.759, de 05 de fevereiro de 2009 e parágrafo único do art. 60, combinado com o art. 32, inciso II, ambos do Decreto-Lei 37/66, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 01/09/1988 [...]”.

Importante ressaltar que houve recurso administrativo da INFRAERO contra a autuação levada a efeito pela Receita Federal, que, contudo, foi desprovido, pelas seguintes principais razões: “[...] se a natureza da carga ATT refere-se às cargas relacionadas no AWB, fica claro que o interessado teria que ter verificado no Conhecimento Aéreo qual seria a natureza da carga, que, conforme mencionamos anteriormente, tratava-se de carga perecível e sujeita a armazenamento em condições especiais de refrigeração [...] é da responsabilidade do interessado verificar as características físicas do volume externamente, como as suas etiquetas, que informam o número do conhecimento de carga ou o tipo de carga e em que condições deverá ser armazenada, como é o caso, pois se não verificar ao menos, nas etiquetas dos volumes, qual o número do conhecimento, poderia armazenar um volume de outro conhecimento, tendo em vista que em um Manifesto de Carga poderá haver mais de um conhecimento de carga./ Além do mais, após receber os volumes do transportador, o interessado teve o cuidado de verificar possíveis avarias nos mesmos, ao anotar os seguintes códigos: A - diferença de peso; C - amassado; F - rasgado; e G - refitada [...], então pergunta-se: por que ao registrar essas avarias, o interessado também não verificou que alguns volumes continham etiquetas informando tratar-se de carga perecível e sujeito a armazenamento em ambiente refrigerado? [...] Como se verifica na legislação anteriormente mencionada, caso haja divergência entre o Manifesto Informatizado (informações de todas as cargas internacionais prestadas pelo transportador no Mantra) e o Manifesto de Carga, prevalecerá este (art. 21, § 2º, da IN SRF 102/94), e no caso de divergência entre o Manifesto de Carga e o Conhecimento Aéreo, este é o que prevalecerá entre todos (art. 47 do RA) [...] Mesmo tomando conhecimento de que etiquetas coladas nos volumes indica-

vam tratar-se de produtos perecíveis e sujeitos a armazenamento em câmaras frigoríficas [...], o interessado adotou o seu procedimento padrão, ou seja, armazenou a carga com base apenas nas informações do Mantra, não tomando o cuidado de verificar se havia divergência ou não entre o Manifesto Informatizado e o Conhecimento Aéreo./O próprio Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei 7.565/1986, da qual o interessado deve se nortejar, informa em seu art. 235 que o documento formal a ser utilizado para o transporte de carga é o Conhecimento de Carga, e um dos itens obrigatórios deste documento é a natureza da carga [...].”

A sentença está devidamente escorada na legislação, a teor das normas jurídicas que se transcreve:

“Art. 629. O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acrescidos, quando o exija o depositante” (CC/2002).

“O dano ou avaria e o extravio de carga importada ou em trânsito aduaneiro serão apurados de acordo com a legislação específica” (§ 6º do art. 244) e “Art. 245. A execução do contrato de transporte aéreo de carga inicia-se com o recebimento e persiste durante o período em que se encontra sob a responsabilidade do transportador, seja em aeródromo, a bordo da aeronave ou em qualquer lugar, no caso de aterrissagem forçada, até a entrega final./Parágrafo único. O período de execução do transporte aéreo não compreende o transporte terrestre, marítimo ou fluvial, efetuado fora de aeródromo, a menos que hajam sido feitos para proceder ao carregamento, entrega, transbordo ou baldeação de carga (artigo 263)” (Lei nº 7.565/86).

“É responsável pelo imposto o depositário, assim considerada qualquer pessoa incumbida da custódia de mercadoria sob controle aduaneiro” (art. 32, II, do DL nº 37/66).

“O depositário responde por avaria ou por extravio de mercadoria sob sua custódia, bem como por danos causados em operação de carga ou de descarga realizada por seus prepostos” e “As entidades da administração

pública indireta e as empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público, quando depositários ou transportadores, respondem por avaria ou por extravio de mercadoria sob sua custódia, bem como por danos causados em operação de carga ou de descarga realizada por seus prepostos” (arts. 662 e 663 do Decreto nº 6.759/2009).

“Art. 12. O transportador ou o desconsolidador de carga deverá entregar a carga ao depositário, que a recolherá para armazenamento sob sua custódia./§ 1º. O registro de armazenamento, no Sistema, será processado pelo depositário, à vista da carga” (IN SRF nº 102/94).

“Toda carga descarregada no aeroporto, transportada por qualquer modal, deverá ser recebida, manuseada e/ou armazenada no recinto do TECA [Terminal de Carga Aérea]. Aquela sujeita a controle aduaneiro deverá ser operada em áreas do TECA, alfandegadas pela Receita Federal, até ser retirada pelo consignatário, transportador ou seu representante legal” e “A execução dos serviços de armazenagem e de capatazia da carga é da competência do órgão ou entidade administradora do aeroporto” (arts. 3º e 5º da Portaria nº 219/GC-5/2001).

Na jurisprudência, depreende-se o seguinte precedente: “[...] A responsabilidade objetiva pressupõe seja o Estado responsável por comportamentos de seus agentes que, agindo nessa qualidade, causem prejuízos a terceiros. Impõe, tão-somente, a demonstração do dano e do nexa causal, prescindindo-se da demonstração de culpa do agente, nos moldes do art. 37, § 6º, da Constituição Federal./3. A atividade exercida pela apelante, empresa pública responsável pela infraestrutura aeroportuária (Lei 5.862/72), atende a interesse público. Subsunção ao art. 37, § 6º, da Carta constitucional. Precedentes desta C. Corte./4. *In casu*, da leitura do Termo de Vistoria, extrai-se a responsabilidade da INFRAERO (art. 479 do Regulamento Aduaneiro vigente à época), porquanto as avarias decorreram da exposição das mercadorias a temperatura inapropriada no Terminal de Cargas sob sua administração. Ademais, as autoridades fiscais atestaram, de forma expressa, a ine-



xistência de indícios externos de violação e avaria, bem assim a adequação das embalagens./5. A vistoria aduaneira carrega consigo a presunção de legitimidade e veracidade, atributo ínsito aos atos administrativos. Incidência, ademais, do comando inscrito no artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil [...]” (TRF3, 6T, AC 1122166, Rel. Des. Federal Mairan Maia, j. em 16.02.2012).

Consigne-se que não há necessidade de integração da transportadora na lide, pela simples razão de que as observações lançadas pela depositária, quando do recebimento das mercadorias, não são pertinentes ao acondicionamento dos bens importados, o que faz presumir, portanto, mormente ante a inexistência de prova em sentido inverso e considerados os limites da postulação deduzida neste feito, que, quando os bens foram entregues, vinham de ambiente de armazenagem apropriado. Essa conclusão não resulta em cerceamento do direito de defesa da ré, haja vista que não estará impedida de demandar contra a transportadora pelos ônus financeiros que tiver que suportar.

3. No que diz respeito à condenação em lucros cessantes, do compulsar dos autos, observa-se que o objeto social da empresa apelante reduz-se, afora ao comércio atacadista (dentre outros, de instrumentos e materiais para uso médico, cirúrgico, hospitalar e de laboratórios), ao aluguel de equipamentos científicos, médicos e hospitalares, sem operador (fl. 19).

4. Os bens, ora em discussão, ao que se percebe, destinam-se à utilização em laboratórios, de modo que não haveria como utilizá-los nesses serviços que a empresa poderia prestar a título de reparação de máquinas, como está estipulado em seu contrato social. Por conseguinte, por tudo que já foi debatido, depreende-se que a finalidade dos produtos importados seria, exclusivamente, a revenda desses bens no mercado.

5. Desse modo, considerando que o lucro cessante corresponde ao que o lesado deixou de auferir, advindo de uma frustração quanto ao recebimento de um valor ou benefício em relação ao qual existia uma expectativa de ganho, penso, pedindo todas as vênias ao eminente Relator, que esse acréscimo também é devido à empresa, porquanto a imprestabilidade do material decorreu

de conduta inadequada e omissiva da INFRAERO, independentemente da comprovação precisa do que se deixou de receber, o que poderá ser apurado em fase de liquidação de sentença, momento processual no qual se verificará qual é a margem usual de ganho no mercado em relação a esses produtos.

6. Ante as razões declinadas, divergindo do eminente Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI apenas no tocante à condenação da INFRAERO em lucros cessantes a favor da empresa apelante, dou parcial provimento à apelação da BIOSYSTEMS NE Comércio e Produtos Laboratoriais e Hospitalares, e, nego provimento à apelação da INFRAERO.

7. Fixo, com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC, honorários advocatícios sucumbenciais no valor de R\$ 10.000,00.

8. É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 527.299-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES  
Apelante: FLÁVIO JOSÉ QUINDERÉ DE ALMEIDA E OUTRO  
Apelada: FAZENDA NACIONAL  
Advs./Procs.: DRS. FABÍOLA MARQUES MONTEIRO E OUTROS (APTE.)

***EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. DÉBITO TRIBUTÁRIO. AUTO DE INFRAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA PARA DESCONSTITUIR O TÍTULO. RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA.***

***- Prova de que os verdadeiros sócios da empresa executada são os apelantes. Fatos que indicam a existência de pessoas interpostas para se apresentarem como sócias da pessoa jurídica. Ausência de verossimilhança das alegações. - Apelação improvida.***

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 14 de agosto de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

O sr. Flávio José Quinderé de Almeida e outro apelam ante sentença proferida pelo MM. Juiz Federal Substituta da 3ª Vara/PB, Dra. Cristiane Mendonça Lage, que julgou improcedente o pedido, o qual visava ao reconhecimento da ausência de responsabilidade solidária quanto à dívida tributária, referente ao Processo nº 11618.001497/2003-01.

Os apelantes alegam:

1) ausência de responsabilidade, haja vista não serem sequer sócios da empresa para configurar a solidariedade imputada pelo ente fiscal;

2) que os reais proprietários da empresa executada DICARNE - Comercial de Alimentos Derivados de Carne Ltda. são os srs. José da Costa do Nascimento e Paulo César de Santana, não havendo razão para atribuir uma suposta responsabilidade solidária aos recorrentes;

3) que não participaram do fato que deu ensejo à obrigação tributária;

4) não ser relevante saber quem era o sócio administrador/gerente da sociedade contribuinte à época do fato gerador do tributo se a execução fiscal se origina de mero inadimplemento;

5) que as alegações deduzidas na inicial sequer foram apreciadas pelo juiz *a quo*, que apenas reproduziu a exposição de procedimento administrativo.

Contrarrazões apresentadas.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Os apelantes ajuizaram ação declaratória alegando que foram notificados em 22 de julho de 2003, acerca do teor do auto de infração, advindo de procedimento fiscal da Receita Federal que os identificou como corresponsáveis na existência de débito tributário.

Os recorrentes negam qualquer participação, haja vista não serem sequer sócios da empresa executada. Alegam que, por engano, foram apresentados na condição de responsáveis solidários, em razão de um suposto interesse comum nos fatos geradores das obrigações tributárias nascidas a partir das relações comerciais desenvolvidas pela empresa DICARNE - Comercial de Alimentos Derivados de Carne Ltda.

Sustentam ainda não terem participado de qualquer fato que deu início a obrigação tributária, sendo a responsabilidade exclusiva da pessoa jurídica DICARNE.

Pois bem, apesar da negativa, as provas apresentadas nos autos mostram o oposto, sendo suficientes para comprovar o interesse comum dos apelantes na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal.

Ademais, a alegação de que a sentença apenas transcreveu o Relatório da Fiscalização da Administração Tributária não afasta a veracidade das informações prestadas pela auditoria da Receita Federal. Em verdade, houve ausência de verossimilhança nas alegações dos recorrentes. Os apelantes não apresentaram prova que pudesse desconstituir a responsabilidade solidária existente com os débitos tributários da empresa.

Assim, passo a transcrever a sentença, a qual adoto como razão de decidir:

(...)

#### FUNDAMENTAÇÃO

Tencionam os autores, mediante o ajuizamento da presente ação ordinária, serem isentados da responsabilidade pelo débito tributário – no valor de R\$ 772.098,25 (setecentos e setenta e dois mil, noventa e oito reais e vinte e cinco centavos) – apurado no Procedimento Fiscal nº 11618.001497/2003-01, de que resultou o Auto de Infração de fls. 27-29.

Para tal desiderato, sustentam, em suma, que lhes foi indevidamente imputada a responsabilidade solidária pelo Auto de Infração de fls. 27-29 oriundo da diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado por aquela empresa a título de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, no período de 01/1999 a 06/2001, porquanto não seriam sequer sócios da empresa autuada, DICARNE Comercial de Alimentos Derivados de Carnes Ltda.

Conquanto os autores, de fato, não façam formalmente parte do quadro societário da empresa DICARNE, quer na condição de sócios quotistas, quer na qualidade de sócios gerentes, o que se extrai da simples leitura do Contrato Particular de Constituição de Sociedade por Quotas por Responsabilidade Limitada de fls. 1166 a 1167 e do Primeiro Aditivo de Alteração Contratual da empresa fiscalizada de fl. 1168, é certo que tais documentos remontam apenas ao interregno de 1996 e 1997, oscilando o período autuado, contudo, de 1999 a 2001.

A despeito disso, ou seja, mesmo partindo-se da premissa de que os autores não integrem o quadro societário, é fato que, durante a fiscalização, foi detectado o uso de pessoas interpostas por parte dos autores, proprietários de fato da empresa, com o fito de se esquivarem do cumprimento das obrigações tributárias.

É bom que se diga que tal situação fática foi minuciosamente demonstrada pelo Auditor Fiscal da Receita Federal, Hamilton Sobral Guedes, conforme se infere do Relatório Fiscal por este elaborado. *Vide* trechos deste Relatório, no que interessa:

#### (...) DAS CONCLUSÕES

Da análise de todos os fatos relatados na presente ação fiscal constatamos que as empresas Dicarne –

Comercial de Alimentos Derivados de Carnes Ltda. fiscalizada, e Free Carnes Comércio Varejista de Carnes Ltda., embora constituídas regularmente, com registro de seu Contrato Social na Junta Comercial da Paraíba, têm como verdadeiros proprietários (de fato) os Srs. LUIZ GONZAGA DE ALMEIDA JÚNIOR e FLÁVIO JOSÉ QUINDERÉ DE ALMEIDA, que possuem interesse comum nas situações que constituíram os fatos geradores da obrigação principal, tendo, portanto, solidários obrigados no crédito tributário constituído nesta ação fiscal.

Trata-se, portanto, do uso de pessoas interpostas por parte dos proprietários de fato, para esquivar-se do cumprimento da obrigação principal (de pagar) nascidas a partir das situações em que a legislação tributária determina como tributáveis.

Na comprovação dos fatos constatados por esta fiscalização, na presente ação fiscal, ressaltamos, a seguir, elementos essenciais que, embora tenhamos citado no transcorrer deste Relatório, iremos, de forma lógica, rever, a fim de que não reste dúvida na identificação dos verdadeiros proprietários da empresa fiscalizada determinada por esta auditoria.

1. Por todos os fatos relatados neste relatório, constatamos que, desde a criação da empresa fiscalizada, os sócios de direito (contrato social) apenas cederam seus nomes e que em momento algum atuaram como verdadeiros donos, pois transferiram, através de procuração pública, todos os poderes de administração para o sr. Luiz Gonzaga de Almeida Júnior.

2. Na análise dos rendimentos de pessoas físicas, declarados pelos sócios de direito, fica comprovado que os mesmos jamais tiveram capacidade econômica para efetivamente constituir e administrar a empresa Dicarne - Comércio de Alimentos e Derivados de Carnes Ltda., cujo faturamento no período fiscalizado apresentou um montante de R\$ 14.314.017,73 (quatorze milhões, trezentos e quatorze mil dezessete reais e setenta e três centavos).

3. Ainda, de acordo com as declarações de pessoas físicas apresentadas pelos sócios, não constam bens declarados.

4. Durante todo o transcorrer da presente ação fiscal, tivemos contato com o sócio Paulo César de Santana uma única vez, para tomada de declaração que reproduzimos neste relatório. Nas suas respostas constatamos que jamais administrou a empresa.

5. O sócio Paulo César de Santana não quis se pronunciar sobre a maioria das indagações feita por esta fiscalização. Todavia, declara que quem administrava a empresa desde a constituição (1996) são os Srs. Flávio José Quinderé de Almeida e Luiz Gonzaga de Almeida Júnior.

6. O sócio Paulo César de Santana, além de ser sócio de direito da empresa fiscalizada, era empregado de outras empresas na função de auxiliar de serviços gerais e auxiliar de produção, com salários irrisórios para quem é sócio de uma empresa que tem um faturamento de mensal em média de aproximadamente R\$ 340.809,95 (trezentos e quarenta mil oitocentos e nove reais e noventa e cinco centavos).

7. Durante todo o transcorrer da presente ação fiscal não mantivemos nenhum contato pessoal com o sócio José Costa do Nascimento. Foi, inclusive, intimado a comparecer a esta delegacia para prestar esclarecimentos referentes à empresa fiscalizada (fls. 79 a 80). Até o encerramento da presente ação fiscal não compareceu e nem justificou o não comparecimento.

(...)

12. Nas declarações prestadas, a termo, o Sr. Giovanni de Albuquerque Maranhão, Procurador, declara que os proprietários da empresa Dicarne Comércio de Alimentos e Derivados de Carnes Ltda. e Free Carnes Comércio de Carnes Ltda. são os Srs. Flávio José Quinderé de Almeida e Luiz Gonzaga de Almeida Júnior, sendo, inclusive, de quem recebia todas as ordens.

13. O Sr. Giovanni de Albuquerque Maranhão, que detém procuração dos sócios, declara que apenas conhece de vista os sócios da empresa Dicarne Comércio de Alimentos e Derivados de Carnes Ltda e que apenas é Procurador porque os Srs. Flávio José Quinderé de Almeida e Luiz Gonzaga de Almeida Júnior solicitaram.

(...)

Frente ao panorama fático encontrado e cuidadosamente investigado pela Fiscalização, repise-se, não houve outro ca-

minho a ser trilhado pelo Auditor Fiscal responsável senão a oportuna responsabilização solidária dos autores pelo débito aferido à guisa de COFINS, com respaldo no art. 124, II, do Codex Tributário, enquanto detectado o interesse comum daqueles na situação que constituiu o fato gerador deste tributo, razão pela qual não prospera a tese autoral no sentido de que não poderiam ser responsabilizados por sequer integrarem o quadro social da empresa autuada.

No que se refere à tese autoral no sentido da impossibilidade imputação direta aos sócios, já que o mero inadimplemento não configuraria a prática dos atos ilícitos descritos no art. 135 do CTN, também não há de ser acolhida: a uma, porque, ao se utilizarem de interpostas pessoas (“laranjas”) para figurarem ficticiamente no contrato social, os autores (sócios e gestores de fato) infringiram a lei, atraindo para si, a responsabilidade tributária pessoal, na forma do art. 135, III, do CTN; **a duas, porque houve dissolução irregular da empresa, outra causa atrativa da responsabilidade pessoal.**

Nesse preciso ponto, oportuno registrar trecho do Acórdão nº 1401-00.103 - 4ª Câmara/ 1ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que negou provimento ao recurso interposto pelos autores na esfera administrativa:

Por fim, acrescento ainda em reforço o seguinte argumento, os Srs. Luiz Gonzaga de Almeida Júnior e Flávio José Quinderé de Almeida eram as pessoas que efetivamente geriam a sociedade, e portanto, *ex vi* do art. 135, III, do CTN, tornaram-se responsáveis por infrações à lei cometidas pela sociedade, não apenas pelo fato de a empresa não ter pago os seus tributos e não ter entregue as DIPJs, mas sobretudo por dissolverem irregularmente a pessoa jurídica.

Cabe salientar que é pacífica a jurisprudência dos Tribunais Superiores de tão-somente basta a constatação de dissolução irregular da sociedade para que de plano seja atribuída aos sócios-gerentes a responsabilidade pelo pagamento dos tributos não adimplidos pela sociedade, mesmo que não se possa vislumbrar a regra geral de que deve haver uma implicação lógica direta entre o ilícito praticado pelos sócios e o fato gerador dos tributos.



E o quadro que se apresenta no presente processo não deixa a menor dúvida de que houve dissolução irregular, na medida em que houve a presunção de deliberação de dissolução e devolução dos bens da Pessoa Jurídica aos sócios. (...)

Demais disso, oportuno registrar que as alegações dos autores, não logram desconstituir a presunção de veracidade/legitimidade que rodeia o ato administrativo fiscal ora atacado e consubstanciado no auto de infração de fl. 27, a qual, por óbvio, só pode ser ilidida por prova contundente em sentido contrário (que também não restou produzida até o momento, nem requerida por ocasião da especificação de provas).

Por derradeiro, outrossim não merece guarida a alegação na inicial de que seria confiscatório o montante cobrado a título de multa e juros (vide demonstrativo de multa e juros de mora às fls. 145-149), na medida em que, como bem dito pela Fazenda Nacional, “a incidência da multa e da taxa de juros elevou legitimamente o valor originário”.

Isso porque, no que respeita à multa aplicada em 75% (e não de 123% como alegado na inicial – vide fl. 149) sobre o valor do principal em cada competência, há que se ressaltar o amparo legal à sua cominação dado pelo art. 10, parágrafo único, da LC nº 70/91, combinado com o art.44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, que prevê a cominação de multa moratória por percentuais variáveis e, portanto, de nítido caráter punitivo, enquanto escalonada progressivamente em razão da gravidade da infração à legislação tributária. Aí, descaracterizada a imposição da multa com efeito de confisco dada a proporcionalidade com que se encontra a penalidade abstratamente prevista na norma legal em referência com a que foi concretamente imposta ao contribuinte.

#### DISPOSITIVO

Isso posto, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO.

Condeno os autores ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), atento ao que determina o § 4º do art. 20 do CPC.

Assim, com estas considerações, nego provimento à apelação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 542.308-CE**

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CÍNTIA MENEZES BRUNETTA (CONVOCADA)  
Apelante: JOSÉ AUGUSTO LOPES FERRO  
Apelada: FAZENDA NACIONAL  
Advs./Procs.: DRS. MARCELO MAGALHÃES FERNANDES E OUTRO (APTE.)

***EMENTA: TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. IPI. ISENÇÃO. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO POR DEFICIENTE FÍSICO. ACIDENTE. PERDA TOTAL DO AUTOMÓVEL. NOVA ISENÇÃO ANTES DO PRAZO LEGAL. POSSIBILIDADE. VASTIDÃO DE PRECEDENTES DESTA CORTE E DOS DEMAIS TRF'S.***

***- A sentença denegou segurança que objetivava compelir a autoridade coatora a conceder isenção do IPI em favor do impetrante, deficiente físico, independente do transcurso do prazo de 02 anos da isenção anteriormente concedida, em relação a veículo sinistrado.***

***- In casu, o impetrante teve reconhecido pela autoridade administrativa o direito ao gozo do benefício de isenção do IPI para aquisição de veículo automotor, nos termos da legislação de regência.***

***- A referida legislação fixa o prazo de dois anos para outorga de nova isenção, sendo este o motivo do indeferimento do pedido do impetrante pela autoridade apontada coatora. Isso porque o impetrante já usufruía do benefício em relação a veículo adquirido há menos de dois anos.***

***- Entretanto, a finalidade da norma é, obviamente, de inclusão do deficiente em razão do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e do direito à locomoção, que restariam feridos acaso negado a esse cidadão o direito de adquirir novo veículo sem o recolhimento do IPI.***

**- A regra que fixa a limitação temporal não é violada quando o gozo da isenção foi interrompido por motivo alheio à vontade do contribuinte, devidamente comprovado em documentação idônea expedida por órgãos oficiais.**

**- Vastidão de precedentes desta Corte e dos demais TRF's.**

**- Apelação provida para conceder a segurança e determinar que a autoridade impetrada defira em favor do impetrante isenção do IPI para aquisição de novo veículo.**

## **ACÓRDÃO**

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à 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, 5 de julho de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL CÍNTIA MENEZES BRUNETTA - Relatora Convocada

## **RELATÓRIO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CÍNTIA MENEZES BRUNETTA (Convocada):

Cuida-se de apelação interposta contra sentença que denegou segurança que objetivava compelir a autoridade coatora a conceder isenção do IPI em favor do impetrante, deficiente físico, independente do transcurso do prazo de 2 anos da isenção anteriormente concedida, em relação a veículo sinistrado.

Nas razões recursais, alega-se que, embora a lei estabeleça que o benefício da isenção do IPI somente poderá ser exercido uma vez a cada dois anos, ela é omissa para as hipóteses de perda total, roubo do veículo ou casos assemelhados, o que leva os Tribunais a reconhecer o direito à referida isenção (conforme julgados que cita). Por fim, postula o provimento do apelo, a de fim de que seja julgado procedente o pleito formulado na exordial.

Contrarrazões apresentadas pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

## VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL CÍNTIA MENEZES BRUNETTA (Relatora Convocada):

Em exame apelação interposta contra sentença que denegou segurança que objetivava compelir a autoridade coatora a conceder isenção do IPI em favor do impetrante, deficiente físico, independente do transcurso do prazo de 02 anos da isenção anteriormente concedida, em relação a veículo sinistrado.

Nas razões recursais, alega-se que, embora a lei estabeleça que o benefício da isenção do IPI somente poderá ser exercido uma vez a cada dois anos, ela é omissa para as hipóteses de perda total, roubo do veículo ou casos assemelhados, o que leva os Tribunais a reconhecer o direito à referida isenção (conforme julgados que cita).

O *decisum a quo* há de ser mantido.

No caso concreto, o impetrante teve reconhecido pela autoridade administrativa o direito ao gozo do benefício de isenção do IPI para aquisição de veículo automotor, nos termos da legislação de regência.

A referida legislação fixa o prazo de dois anos para outorga de nova isenção, sendo este o motivo do indeferimento do pedido do impetrante pela autoridade apontada coatora. Isso porque o impetrante já usufruía do benefício em relação a veículo adquirido há menos de dois anos.

Entretanto, a finalidade da norma é obviamente de inclusão do deficiente em razão do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e do direito à locomoção, que restariam feridos acaso negado a esse cidadão o direito de adquirir novo veículo sem o recolhimento do IPI. Explico.

A regra que fixa a limitação temporal não é violada quando o gozo da isenção foi interrompido por motivo alheio à vontade do

contribuinte, devidamente comprovado em documentação idônea expedida por órgãos oficiais.

A matéria objeto do pedido inaugural está plenamente pacificada, tanto nesta Corte Regional quanto nos demais TRF's, conforme atestam os precedentes que abaixo registro:

**NO TRF DA 5ª REGIÃO:**

TRIBUTÁRIO. IPI. ISENÇÃO. VEÍCULO ADQUIRIDO POR PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. ROUBO. DIREITO À NOVA ISENÇÃO. LIMITAÇÃO TEMPORAL. INAPLICABILIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

1 - A pessoa portadora de deficiência física faz jus à isenção de IPI na aquisição de novo veículo, mesmo antes de decorridos dois anos da concessão de anterior desoneração, na hipótese de roubo do antigo automóvel.

2 - Não obstante o comando disposto no art. 111, inc. II, do CTN, de que as isenções devem ser interpretadas de forma restrita, exige-se tratamento diferenciado para a proteção de pessoa portadora de deficiência, a fim de se promover sua integração na sociedade, garantindo-lhe o pleno exercício de seus direitos individuais e sociais, dentre os quais, o direito à locomoção, conforme previsto no artigo 227, § 2º, da Carta Federal de 1988.

3 - Ao lado do comando constitucional da isonomia, neste caso, em matéria tributária, conferiu-se ao deficiente um regramento diferenciado, em razão mesmo do tratamento desigual a que faz jus, na medida da desigualdade apresentada.

4 - É o postulado da plena efetividade que norteia o intérprete constitucional, devendo-se conferir à norma suprema o maior alcance possível. Tal princípio demonstra a necessidade de tratamento diferenciado ao deficiente, assegurando-se o afastamento de todo e qualquer obstáculo que impeça a integração de tais pessoas ao meio social, cujos benefícios não são previstos aos demais cidadãos.

5 - Assim, a regra restrita constante do art. 2º da Lei nº 8.989/95, deve ser interpretada no sentido de vedar nova aquisição voluntária, no lapso de 2 anos, e não a compra de veículo com a finalidade apenas de repor o bem anterior, que foi suprimido do patrimônio do contribuinte, sob circunstância alheia a sua vontade.

6 - Negar à apelada o direito à isenção fiscal é penalizá-la duplamente, posto que já se viu vítima da omissão do Estado de prestar-lhe a devida segurança pública.

7 - Apelação improvida.

(AC 429194/RN, 1ª Turma, Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira, DJe 10/09/2009)

TRIBUTÁRIO. VEÍCULO ADQUIRIDO POR TAXISTA. IPI ISENÇÃO. PAGAMENTO DO IMPOSTO EM CASO DE ALIENAÇÃO DO BEM ANTES DE DECORRIDOS 03 (TRÊS) ANOS DA AQUISIÇÃO. ART. 6º DA LEI Nº 8.989/95. NÃO CONFIGURAÇÃO. SINISTRO. PERDA TOTAL. AUTOMÓVEL TRANSFERIDO À SEGURADORA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Consoante o disposto no art. 6º da Lei nº 8.989/95, o beneficiário da isenção prevista no art. 1º, inc. I, da mesma Lei estará obrigado a pagar o Imposto Sobre Produtos Industrializados - IPI, dispensado por ocasião da compra do veículo para utilização como táxi, caso aliene o bem a outra pessoa que não satisfaça os requisitos para a referida isenção antes de decorridos 3 (três) anos de sua aquisição.

2. Hipótese em que o demandante não alienou o veículo em questão, tendo, na verdade, transferido-o à empresa Real Seguros após o recebimento de indenização decorrente de sinistro que resultou na perda total do bem, sendo incabível, destarte, a cobrança do IPI do automóvel sinistrado com base no art. 6º da Lei nº 8.989/95.

3. Apelação improvida.

(AC 449345/PB, 2ª Turma, Rel. Des. Federal Francisco Wildo, DJe 02/09/2010)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. ISENÇÃO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. LEI 8989/95.

- A isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados para a aquisição de veículo por portador de deficiência física prevista na Lei 8989/95 tem por escopo criar facilidades de locomoção para aquelas pessoas com necessidades especiais, viabilizando a compra de automóvel adaptado às suas carências.

- A restrição prevista no art. 2º da Lei 8989/95 não alcança a impetrante, tendo em vista a perda total do veículo beneficiado com a isenção em grave acidente para o qual a mesma não deu causa.

- Remessa obrigatória improvida.  
(REO 86631/PB, 1ª Turma, Rel. Des. Federal José Maria Lucena, *DJ*30/11/2005)

**NOS DEMAIS TRF'S:**

TRIBUTÁRIO. AQUISIÇÃO DE VEICULO ADAPTADO PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. ISENÇÃO DO IPI. PERDA INVOLUNTÁRIA DO VEÍCULO AUTOMOTOR. RESTRIÇÃO DO ARTIGO 2º DA LEI Nº 8.989/95.

- Com Lei nº 8.989/95, alterada pela Lei nº 10.182/2001, beneficiou-se o contribuinte portador de deficiência física, nos termos descritos na lei. Consta que o impetrante preencheu os requisitos para a obtenção do direito à fruição da isenção do IPI para aquisição de novo veículo.

- Ocorre que, quando foi adquirir o pretendido veículo, o documento que o habilitava à compra com a debatida isenção foi negado, de acordo com o disposto no artigo 2º da mencionada lei. Assim, se o que objetiva a lei é proteger e beneficiar com a isenção o portador de deficiência física, descabe à autoridade impetrada penalizá-lo pela perda involuntária do bem.

- A jurisprudência é pacífica no sentido de que descabe a imposição do decurso do prazo de dois anos para a aquisição de novo veículo, em caso de roubo. Precedente.

- Apelação e remessa oficial, tida por ocorrida, não providas.

(TRF 3ª R., AMS 317897, Rel. Des. Federal Nery Júnior, *DJ*24/11/2009)

DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. ISENÇÃO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. LEI 8.989/95.

1. A restrição prevista no art. 2º da Lei 8.989/95 não deve ser estendida aos casos de perda involuntária do veículo adquirido com a isenção.

2. Não há impedimento para que o portador de deficiência física obtenha, antes do prazo legal, isenção de IPI na aquisição de novo veículo, quando se verificar a hipótese de roubo do anterior.

3. Apelação e remessa oficial improvidas.

(TRF 3ª R., AMS 302723, Rel. Des. Federal Fábio Prieto, *DJ*31/03/2009)

IPI. ISENÇÃO. DEFICIENTE FÍSICO. CONCESSÃO BENEFÍCIO. VEÍCULO ADQUIRIDO HÁ MENOS DE DOIS ANOS. ROUBO.

1. O benefício de isenção do IPI para portadores de deficiência, previsto na Lei nº 8.989/95, visa criar condições adequadas para sua inserção na sociedade.

2. Comprovado o roubo do veículo, somente se devolvido aos cofres públicos os valores relativos ao IPI e ICMS objeto de isenção, tem o contribuinte o direito a novo benefício, independentemente de haver transcorrido o prazo de dois anos estabelecido pelo legislador.

(TRF 4ª R., AC 00254843020084047100, Rel. Des. Federal Álvaro Eduardo Junqueira, *DJe* 27/04/2010)

TRIBUTÁRIO. IPI. ISENÇÃO. DEFICIENTE FÍSICO. ROUBO DO VEÍCULO ISENTO. LAPSO TEMPORAL. IMPLEMENTO DESNECESSÁRIO. CONCESSÃO DE ISENÇÃO. PRECEDENTE.

- O lapso temporal de dois anos para o gozo do benefício da isenção fiscal na aquisição de novo veículo (art. 2º da Lei nº 8.989/95 e no art. 2º, § 3º, da IN SRF nº 607/2006) não se aplica em caso de roubo, pois pressupõe a efetiva utilização do benefício fiscal. (AI 2009.04.00.004217-4. Relatora. Juíza Federal Eloy Bernst Justo. 2ª Turma do TRF4).

(TRF 4ª R., APELREEX 200970000012792, Rel. Des. Federal Otávio Roberto Pamplona, *DJe* 14/04/2010)

TRIBUTÁRIO. IPI. VEÍCULO ADQUIRIDO POR PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. ISENÇÃO. ROUBO. RESSARCIMENTO. DIREITO À NOVA ISENÇÃO. LIMITAÇÃO TEMPORAL. INAPLICABILIDADE.

- A pessoa portadora de deficiência física faz jus à isenção de IPI na aquisição de novo veículo, mesmo antes de decorridos dois anos da concessão de anterior desoneração, na hipótese de roubo do antigo automóvel e ressarcimento dos valores do IPI relativos a este. Inteligência do art. 2º da Lei nº 8.989/95.

(TRF 4ª R., AC 200771000291753, Rel. Des. Federal Otávio Roberto Pamplona, *DJe* 29/10/2008)

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



posicionamento desta Relatora, sendo, portanto, desnecessários quaisquer acréscimos ao acima delineado.

Diante disso, dou provimento à apelação par conceder a segurança nos termos em que requerida.

É como voto.

## **APELAÇÃO CÍVEL Nº 542.831-RN**

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI  
Apelante: CLÉCIO CLEMENTINO SIQUEIRA E INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA  
Advs./Procs.: DRS. MÍRIAM LUDMILA COSTA DIÓGENES MALALA E OUTROS  
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO  
Apelados: OS MESMOS

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. IBAMA. ILÍCITO AMBIENTAL. PESCA EM ÁREA PROIBIDA. AUTO DE INFRAÇÃO. LEI Nº 9.605/98. DECRETO Nº 3.179/99. VALOR DA MULTA. DESPROPORCIONALIDADE. COMPETÊNCIA DO AGENTE AUTUANTE. INEXISTÊNCIA DE CUMULAÇÃO DA TAXA SELIC E DO IPCA-E. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.**

**- O art. 2º, I e II, da Lei 7.735/89, permite ao IBAMA exercer seu poder de polícia nos casos que envolvam proteção ao meio ambiente, podendo adotar as medidas legais cabíveis para coibir eventuais danos, conforme disposto no art. 72 da Lei nº 9.605/1998.**

**- Nas Leis nºs 9.605/1998 e 10.410/2002, não há objeção à participação do Técnico Ambiental na atividade fiscalizadora, possibilitando a delega-**

**ção de tal atribuição por meio de ato de designação próprio – no caso a Portaria nº 1273/1998. Portanto, inexistente qualquer vício quanto à competência do agente autuante ou da lavratura do auto de infração.**

**- Na hipótese, o conjunto probatório constante dos autos, leva ao entendimento de que o embargante foi devidamente autuado por pescar em área proibida, tendo sido encontrados em sua embarcação e em espinhéis jogados ao mar, espécies não permitidas para a pesca, de ambiente insular de Fernando de Noronha.**

**- “Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará: a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente; os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental; a situação econômica do infrator, no caso de multa”. (artigo 6º da Lei nº 9.605/98).**

**- A redução da multa imposta em patamar excessivo não configura invasão do mérito administrativo, devendo ser observada a proporcionalidade da pena aplicada com o ato ilegal praticado. Assim, na hipótese, reduz-se a multa para R\$ 5,00 (cinco reais), por quilo do produto tido como pescado em área proibida.**

**- O art. 37-A da Lei nº 10.522/02 dispõe expressamente que, sobre os créditos de qualquer natureza das autarquias federais, incidem juros de mora calculados nos termos e na forma da legislação aplicável aos tributos federais. No caso, verifica-se que não houve a aplicação cumulativa da SELIC e do IPCA-E, como entendeu o Juízo monocrático. O IPCA-E somente foi utilizado no período de 8.6.2006 até 30.11.2008. Já a SELIC foi utilizada isoladamente no período compreendido entre março de 2009 a maio de 2010.**

- **Honorários advocatícios fixados em favor do IBAMA, no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.**
- **Apelação do embargante parcialmente provida, para reduzir o valor da multa.**
- **Apelação do IBAMA provida, para reconhecer que os índices de correção foram aplicados corretamente, bem como para fixar o valor da verba honorária.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível, em que são partes as acima mencionadas, acordam os desembargadores federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em dar parcial provimento à apelação do embargante e dar provimento à apelação do IBAMA, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 21 de agosto de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI  
- Relatora

## **RELATÓRIO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de apelações de sentença que julgou parcialmente procedente pedido da inicial, apenas para excluir da multa administrativa aplicada ao autor por pescar em área de proteção ambiental, o IPCA-E em período concomitante com a SELIC.

Sustenta o autor recorrente, em suma, que o auto de infração foi lavrado por agente incompetente, bem como que não pescava em local proibido quando foi autuado, mas em área limite do Parque de Fernando de Noronha tentando resgatar um espinhel que havia desprendido da linha mestra. Defende que os peixes encontrados no interior do barco eram de águas profundas e que o rela-

tório do IBAMA e o relatório da UFRN concluíram que o dano ambiental foi mínimo, sendo desproporcional à penalidade aplicada. Aduz afronta ao princípio da legalidade e erro na subsunção do fato ao tipo legal.

O IBAMA alega em sua apelação que não houve o acúmulo do IPCA-E com a SELIC, pois aquele foi utilizado entre 8.6.2006 a 30.11.2008 e a SELIC no período de março de 2009 a maio de 2010.

Após contrarrazões, subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

É o relatório.

Peço inclusão do feito em pauta para julgamento.

### **VOTO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

O art. 2º, I e II, da Lei nº 7.735/89, permite ao IBAMA exercer seu poder de polícia nos casos que envolvam proteção ao meio ambiente, podendo adotar as medidas legais cabíveis para coibir eventuais danos, conforme disposto no art. 72 da Lei nº 9.605/98.

A alegada incompetência do servidor do IBAMA para lavrar o auto de infração não merece prosperar, uma vez que os documentos colacionados aos autos comprovam que o Auto de Infração nº 507445 foi lavrado pelo fiscal Josivan Rabelo da Silva, obedecendo ao que dispõe o art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 10.412/2002 e os artigos 70 e 72 da Lei nº 9.605/1998.

Na Lei nº 10.410/2002 – que criou e disciplinou a carreira de Especialista em Meio Ambiente – não há objeção à participação do Técnico Ambiental na atividade fiscalizadora, possibilitando a delegação de tal atribuição por meio de ato de designação próprio – no caso a Portaria nº 1.273/1998. Portanto, inexistente qualquer vício quanto à competência do agente autuante ou da lavratura do auto de infração.

Nesse sentido, cito as seguintes jurisprudências:

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. TRANSPORTE IRREGULAR DE MADEIRA. DESCONHECIMENTO ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DE PORTAR DOF - DOCUMENTO DE ORIGEM FLORESTAL ACOMPANHADO DA NOTA FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO POR SERVIDOR INCOMPETENTE. NÃO COMPROVAÇÃO. APREENSÃO DO VEÍCULO ATÉ O JULGAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. ONEROSIDADE EXCESSIVA. LIBERAÇÃO. IMPROVIMENTOS.

1. O desconhecimento da lei não pode ser utilizado como escusa para seu descumprimento (LICC, art. 3º), pois, o ilícito praticado contra o meio ambiente não pode ser afastado ao fundamento que o infrator não sabia da obrigatoriedade de portar o DOF, juntamente com a nota fiscal. Trabalhando nessa área, deveria ter se cercado de todas as precauções para não infringir as leis ambientais e concorrer para a degradação do meio ambiente.

**2. Competência do servidor que lavrou o auto de infração, visto que o Auto de Infração nº 602.694-0 foi lavrado pelo Técnico Ambiental Robert Wagner C. Dantas, em 15/12/2008 (fl. 75), obedecendo ao que preceitua o art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 10.412/2002 e os arts. 70 e 72 da Lei nº 9.605/98, inexistindo qualquer vício quanto à competência do agente atuante ou da lavratura do auto de infração.**

3. A apreensão do veículo pelo IBAMA até o deslinde do processo administrativo se mostra por demais gravosa, pois, impede a utilização do bem apreendido para exercer a sua profissão e garantir-lhe subsistência e de sua família, haja vista que não restou comprovado nos autos ser o veículo utilizado para fins exclusivos de atividades ilícitas.

4. Remessa oficial tida por interposta e apelações providas. (TRF 5ª Região, AC474296/AL, rel. Desembargador Federal Edílson Nobre, Quarta Turma, *DJe* 1º.12.2011)

ADMINISTRATIVO. MULTA AMBIENTAL. AUTUAÇÃO. COMPETÊNCIA DOS TÉCNICOS DO IBAMA PARA APLICAÇÃO DE PENALIDADE. PORTARIA IBAMA Nº 1.273/98. EXERCÍCIO DE PODER DISCRICIONÁRIO.

**1. A Lei nº 9.605/1998 confere a todos os funcionários dos órgãos ambientais integrantes do SISNAMA o poder para lavrar autos de infração e para instaurar**

**processos administrativos, desde que designados para as atividades de fiscalização, o que, para a hipótese, ocorreu com a Portaria nº 1.273/1998. (REsp 1.057.292/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 17.6.2008, DJe 18.8.2008)**

**2. Basta ao técnico ambiental do IBAMA a designação para a atividade de fiscalização, para que esteja regularmente investido do poder de polícia ambiental, nos termos da legislação referida. Caberia ao órgão ambiental (IBAMA), discricionariamente escolher os servidores que poderiam desempenhar a atividade de fiscalização e designá-los então para essa função. Evidentemente que a tarefa de escolha dos servidores designados para o exercício da atividade de fiscalização diz respeito ao poder discricionário do órgão ambiental.**

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp 1260376 / PR, rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 21.9.2011)

No mérito, sustenta o embargante que não estava pescando em área proibida, mas tentando resgatar um espinhel que havia se desprendido da linha mestra na área limite do Parque de Fernando de Noronha.

Verifica-se no relatório de fls. 99/100, que a iniciativa de recolher o espinhel não foi da embargante, mas do IBAMA, e que se encontrou não apenas um espinhel, mas foram recolhidos espinhéis em quatro locais diferentes, conforme se observa no mapa de fls. 106/107, concluindo-se que não se tratou simplesmente de um espinhel desgarrado, como afirmou o autor.

Também não se justificou a resistência da tripulação em abrir os depósitos da embarcação para a fiscalização, além do fato de nas geladeiras e em um dos espinhéis terem sido encontradas espécies da fauna típica da região de proibição da pesca. Constatou-se, ainda, no relatório do engenheiro de pesca às fls. 109/111, que “foi possível identificar e isolar três ‘jogos’ referentes a três indivíduos da espécie galha branca oceânico (*Carcharhinus longimanus*) cuja espécie consta da lista das espécies ameaçadas de extinção da INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 5 DE MAIO DE 2004”.

A Administração Pública é regida pelos princípios da legalidade e, em especial, no exercício de atividade sancionadora, da tipicidade/taxatividade, de modo que, se ela não comprova, na esfera judicial, que foi correta a qualificação jurídica feita no lançamento, a autuação não pode subsistir. Todavia, no presente caso, considera-se correto o enquadramento do infrator nos arts. 34, 70 e 72 da Lei nº 9.605/98 e arts. 2º, IV, e 19 do Decreto nº 3.179/99.

Hipótese em que o recorrente foi enquadrado no art. 34 da Lei nº 9.605/98 porque praticava pesca em local interdito e protegido pelo IBAMA.

A Lei nº 6.938/81, em seu parágrafo 1º, previu que:

Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

(...)

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Assim, na hipótese, o dano ambiental pelos relatórios, efetivamente ocorreu, o que implica em responsabilidade do embargante. Qualquer atividade é lesiva quando põe em risco a preservação do meio ambiente, não devendo ser desconsideradas as ações degradatórias, mesmo que de pequena repercussão, posto que devem ser pesadas e consideradas conjuntamente e concomitantemente, por diversos agentes, em face do efeito nocivo cumulativo das condutas consideradas em seu conjunto.

Quanto à penalidade aplicada, milita em favor do IBAMA, a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos. Isso não quer dizer que a autoridade pública possa lançar multas e restrições contra quem quer que seja, sem precisar fazer prova da efetiva ocorrência do ilícito. Mas, para desconstituir os fundamentos da autuação, é necessário que o interessado apresente um

mínimo de verossimilhança e coerência em suas alegações. Não se identifica qualquer ilegalidade na autuação em questão.

No entanto, quanto ao valor da multa, há de se observar o princípio da proporcionalidade, já que restou evidenciado nos relatórios que o dano ambiental foi mínimo.

Preceitua o art. 6º da Lei nº 9.605/98:

Art. 6º Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará:

I - a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente;

II - os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental;

III - a situação econômica do infrator, no caso de multa.

Embora o art. 19 do Decreto nº 3.179/99 fixasse a multa de R\$ 700,00 (setecentos reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de pesca em período proibido ou em lugares interditados por órgão competente, fixou-se, na presente lide, um valor de R\$ 11.783,33 (onze mil setecentos e oitenta e três reais e trinta e três centavos) – fl. 97, sem especificar a correlação entre o valor da multa e o quantitativo de peixes apreendidos. Ficou, ainda, o valor da multa desproporcional com a gravidade do fato e a situação econômica do infrator.

Dessa forma, entendo que deve ser reduzida a multa para R\$ 5,00 (cinco reais), por quilo do produto tido como pescado em área proibida, que segundo Parecer DIJUR nº 358/2008 do PFE/IBAMA/PE, corresponderia a barracuda, o xaréu branco e tubarões do gênero Carcharhinos no estado juvenil.

A redução da multa imposta em patamar excessivo não configura invasão do mérito administrativo, devendo ser observado a proporcionalidade da pena aplicada com o ato ilegal praticado.

Não se faz necessária a nulidade da CDA, tendo em vista que o valor devido pode ser revisto por simples cálculo aritmético.

Quanto à atualização monetária e os juros, o art. 37-A da Lei nº 10.522/02 dispõe expressamente que, sobre os créditos de qualquer natureza das autarquias federais, incidem juros de mora cal-



culados nos termos e na forma da legislação aplicável aos tributos federais.

No caso, verifica-se à fl. 46 que não houve a aplicação cumulativa da SELIC e do IPCA-E, como entendeu o Juízo monocrático. O IPCA-E somente foi utilizado no período de 8.6.2006 até 30.11.2008. Já a SELIC foi utilizada isoladamente no período compreendido entre março de 2009 a maio de 2010.

Com relação à verba honorária, dispõe o art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC:

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

(...)

§ 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 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 apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior.

Assim, de acordo com a previsão do referido dispositivo legal, o juiz não se encontra aos limites previstos no art. 20, § 3º, *caput*, devendo atender apenas aos parâmetros das alíneas da norma legal.

De acordo com o § 4º do art. 20 do CPC, nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão aplicados equitativamente pelo Juiz, observando-se, o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço e a natureza e importância da causa, além do trabalho realizado pelo advogado.

Levando-se em conta o disposto no art. 20, § 4º, do CPC, parece razoável o valor atribuído a título de honorários advocatícios em favor do IBAMA, em R\$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação do embargante, para reduzir o valor da multa para R\$ 5,00 (cinco reais) por quilo do produto tido como pescado em área proibida, e dou provimento à apelação do IBAMA, reconhecendo-se que os índices de correção foram aplicados devidamente, fixando honorários advocatícios em favor da autarquia no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

É como voto.

### **APELAÇÃO CÍVEL Nº 545.155-PB**

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI  
Apelante: UNIMED CAJAZEIRAS, COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO  
Apelada: AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS  
Repte: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO  
Acvs./Procs.: DRS. CAIUS MARCELLUS DE ARAÚJO LACERDA (APTE.)

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO SUS - SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. ART. 32 DA LEI 9.656/98. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. ALEGAÇÃO DE QUE OS PROCEDIMENTOS FORAM REALIZADOS POR PACIENTES NÃO USUÁRIOS DO PLANO DE SAÚDE DA OPERADORA. NÃO COMPROVAÇÃO. IMPROVIMENTO.**

**- A Lei nº 9.656/98, em seu art. 32, prevê a obrigação de ressarcimento ao SUS, pelas empresas operadoras de plano de saúde, dos serviços pres-**

***tados aos seus consumidores e dependentes em instituições conveniadas ou contratadas com o sistema público de saúde. Esse dispositivo permitiu que o SUS passasse a ser ressarcido dos valores despendidos com internações de pessoas que deveriam ter sido atendidas na rede hospitalar privada, em virtude de previsão contratual, mas que acabaram utilizando os serviços disponibilizados pelas instituições de atendimento médico-hospitalar da rede pública de saúde.***

***- O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI nº 1.931-MC, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 28.5.04, decidiu pela constitucionalidade do ressarcimento ao SUS instituído pela Lei nº 9.656/98.” (AgR no RE 597261/RJ, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, unânime, DJe de 07/08/2009.). Assim, restou garantida a legitimidade da cobrança.***

***- No que concerne à inexigibilidade dos créditos que estão sendo cobrados, a recorrente alegou que as Autorizações de Internação Hospitalar de nºs 2872446820 e 2873472514 referem-se a procedimentos realizados por pacientes não usuários de planos de saúde da operadora.***

***- Compulsando-se os autos, observa-se que os documentos acostados pela embargante não se prestam a demonstrar que os beneficiários do atendimento prestado pelo SUS não estariam a ela vinculados contratualmente. A Unimed Cajazeiras apenas apresentou duas telas de computador impressas, nas quais não constam em que período foram efetuadas as consultas em seu sistema, tendo em vista que os procedimentos médicos foram realizados no ano de 2004.***

***- Apelação improvida.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desem-

bargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em negar provimento à apelação, nos termos do voto da Relatora e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 21 de agosto de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI  
- Relatora

## **RELATÓRIO**

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI:

Trata-se de embargos à execução fiscal opostos pela UNIMED CAJAZEIRAS, COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO contra a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, pleiteando o reconhecimento da inexigibilidade das verbas cobradas com base no art. 32 da Lei nº 9.656/98 (ressarcimento ao SUS).

Alega a embargante que inexistente a obrigação de ressarcimento ao SUS, tendo em vista que a cobrança teria se originado de Autorização de Internação Hospitalar de pacientes que não seriam usuários da operado executada.

O MM. Juiz monocrático julgou improcedente o pedido, por entender que a taxa de saúde complementar é constitucional, sendo legítima sua cobrança por meio de execução fiscal ajuizada pela ANS.

Inconformada, recorre a UNIMED Cajazeiras, defendendo a inconstitucionalidade da exigência de “ressarcimento ao SUS”, prevista no art. 32 da Lei nº 9.656/98. Caso se entenda pela constitucionalidade da referida exigência, alega que a cobrança em questão refere-se a procedimentos realizados por pacientes não usuários de planos de saúde da apelante, sendo indevida tal cobrança.

Após contrarrazões, subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

É o relatório.

Peço inclusão do feito em pauta para julgamento.

## VOTO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI (Relatora):

A Constituição Federal, em seus arts. 196 e 194, preceitua, respectivamente, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, e que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa do Poder Público e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, previdência e à assistência social.

Portanto, a saúde é um bem constitucionalmente garantido, devendo, contudo, ser observado que deve se utilizar da rede pública de saúde aqueles que não têm contratado com plano de saúde o serviço a ser prestado a fim de se evitar um enriquecimento ilícito em detrimento do bem público.

O Sistema Único de Saúde - SUS visa à integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo hipossuficiente por determinada moléstia, necessitando de tratamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.

A Lei nº 9.656/98, em seu art. 32, prevê a obrigação de ressarcimento ao SUS, pelas empresas operadoras de plano de saúde, dos serviços prestados aos seus consumidores e dependentes em instituições conveniadas ou contratadas com o sistema público de saúde. Esse dispositivo permitiu que o SUS passasse a ser ressarcido dos valores despendidos com internações de pessoas que deveriam ter sido atendidas na rede hospitalar privada, em virtude de previsão contratual, mas que acabaram utilizando os serviços disponibilizados pelas instituições de atendimento médico-hospitalar da rede pública de saúde.

A lei ressalva ser devido o ressarcimento apenas pelos serviços que estejam cobertos pelo respectivo plano de saúde do conveniado. Não irão as operadoras de plano privado de saúde arcarem com nada além do que tiver o seu conveniado direito a utilizar nos termos do plano.

Mostra-se, assim, razoável que o Poder Público seja ressarcido pelo que gastou com o usuário do plano de saúde privado.

No que se refere à alegada inconstitucionalidade do art. 32 da Lei nº 9.656/98, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI nº 1.931-MC, Relator o Ministro Maurício Corrêa, *DJ* de 28.5.04, decidiu pela constitucionalidade do ressarcimento ao SUS instituído pela Lei nº 9.656/98. (AgR no RE 597261/RJ, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, unânime, *DJe* de 07/08/2009.). Assim, restou garantida a legitimidade da cobrança.

Também restou consolidado o entendimento pela legalidade da utilização da Tabela Única Nacional de Equivalência dos Procedimentos - TUNEP, uma vez que os valores ali fixados não superaram os limites impostos pelo § 8º do art. 32 da Lei nº 9.656/98.

A natureza jurídica do ressarcimento é de mera recomposição do patrimônio público, não se constituindo em taxa ou nova fonte de custeio da seguridade social e a TUNEP é resultado de um processo participativo, discutida no âmbito do Conselho de Saúde Complementar, de que participam os gestores responsáveis pelo processamento do ressarcimento, os representantes das operadoras e das unidades prestadoras de serviço integrantes do SUS. Não ficou demonstrado, assim, que foram abusivos os valores nela previstos.

Sobre o assunto tratado nos presentes autos, trago à colação as seguintes jurisprudências:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESSARCIMENTO AO SUS. REPERCUSSÃO GERAL: RECONHECIMENTO. EFEITOS INFRINGENTES. EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. É possível a aplicação de efeitos infringentes aos embargos de declaração, desde que presente situação que assim o justifique.

2. **Constitucionalidade do ressarcimento ao SUS, instituído pelo art. 32 da Lei 9.656/98. Reconhecimento da repercussão geral da matéria pelo Supremo Tribunal Federal no RE 597.064-RG/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 29.3.2011.**

3. Embargos de declaração acolhidos para, atribuindo-lhes excepcionais efeitos modificativos, anular os acórdãos que julgaram os primeiros embargos de declaração e o agravo regimental, tornar sem efeito a decisão agravada e determinar a devolução dos presentes autos ao Tribunal de origem, bem como a observância das disposições do art. 543-B do Código de Processo Civil ao recurso extraordinário.

(STF, AI 673253 Agr-ED/SC, rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 22.3.2011)

ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO SUS. OPERADORAS DE PLANO PRIVADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. ART. 32 DA LEI Nº 9.656/98. CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. ALEGAÇÃO DE INADIMPLÊNCIA DOS BENEFICIÁRIOS E DE ATENDIMENTO FORA DA ABRANGÊNCIA TERRITORIAL DO PLANO. NÃO COMPROVAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. IMPROVIMENTO.

1. De acordo com o art. 32 da Lei nº 9.656/98 serão ressarcidos pelas operadoras de plano privado de saúde, de acordo com normas a serem definidas pela Agência Nacional de Saúde - ANS, os serviços de assistência à saúde prestados pelos SUS aos segurados e respectivos dependentes.

2. Na espécie, a operadora/apelante argumenta que não tem obrigação de ressarcir ao SUS os serviços prestados, primeiro, porque os beneficiários atendidos estavam inadimplentes e, segundo, porque o uso dos serviços ocorreu fora da área de abrangência geográfica prevista no contrato.

4. No entanto, a operadora não se desincumbiu do ônus de provar tais fatos, constitutivos do seu direito, porquanto os documentos acostados aos autos não dão suporte fático a suas alegações.

5. Desta feita, inexistindo provas nos autos de que os usuários assistidos pelos SUS estariam inadimplentes e, também, de que foram atendidos fora da área da abrangência territorial do contrato do plano de saúde, correta a cobrança ora combatida, a título de ressarcimento ao SUS, nos termos do art. 32 da Lei nº 9.656/98.

6. Apelação improvida. Sentença mantida.

(TRF5. Quarta Turma. AC497956/CE. Rel. Des. Fed. Edilson Nobre. Julg. 27/03/2012. *DJe* 29/03/2012)

CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO QUE QUESTIONA A LEGITIMIDADE E A LEGALIDADE DO RESSARCIMENTO AO SUS, DE DESPESAS HAVIDAS COM SEUS SEGURADOS, PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, NA REDE PÚBLICA DE SAÚDE. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA PELA ANS. ART. 32 DA LEI Nº 9.656/98. CONSTITUCIONALIDADE. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. PREQUESTIONAMENTO.

1 - Legitimidade/Constitucionalidade da cobrança, pela Agência Nacional de Saúde Complementar - ANS, dos valores correspondentes aos serviços prestados pela rede pública, a usuários de planos de saúde contratados com entidade de direito privado. Exigência prevista no art. 32 da Lei nº 9.656/98.

2 - Lei nº 9.656/98 que foi promulgada ao tempo em que havia uma enorme comercialização da prestação de serviços de saúde e, mesmo os contratantes de planos de saúde de particular, necessitavam utilizar o atendimento médico prestado pela rede pública, para complementar o atendimento privado, das empresas contratadas e dos seus conveniados. Atendimento médico à população é um serviço essencial, que as grandes empresas de seguro de saúde se propõem a prestar, sob a fiscalização do Estado, que tem o dever constitucional de suportar as despesas de saúde dos que buscam o atendimento do SUS, independentemente da comprovação de pobreza, haja vista que prover os serviços de saúde, antes de ser um bem de mercado, é uma obrigação dos Governos para com os seus cidadãos.

3 - A Lei nº 9.656/98 veio assegurar o ressarcimento ao SUS, pelas operadoras dos referidos planos privados, dos valores dos serviços prestados aos seus clientes, mediante tabela de procedimentos a ser aprovada pela ANS, tal como estabeleceu o disposto no parágrafo 1º do art. 32 da referida lei.

4 - O colendo STF já se manifestou no sentido da conveniência da manutenção da vigência do referido dispositivo legal, o que garante a legitimidade da cobrança pela ANS e, por conseguinte, da Execução Fiscal em tela. Constitucionalidade do art. 32 da Lei nº 9.656, de 03/06/98.



5 - O Estado deve prestar o serviço de saúde de forma universal e gratuita. Relação jurídica existente entre usuário e o SUS que é diversa daquela estabelecida entre a operadora do plano de saúde e o Poder Público. Procedimentos médicos que continuam sendo prestados indiscriminadamente a todos os que necessitem, sejam ou não usuários de plano de saúde particular e/ou que tenha sido efetivado ressarcimento.

6 - Inexistência, nos autos, de alegação de que os procedimentos sob foco não estariam incluídos nos contratos, único argumento capaz de fazer excluir a obrigação pelo ressarcimento, a teor do disposto no *caput* do art. 32 da Lei nº 9.656/98. CDA que atende a todos os requisitos legais, nos termos do art. 3º da Lei nº 6.830/80, somente ilidível mediante a apresentação de prova inequívoca, capaz de afastar a presunção de liquidez e certeza atribuída à CDA. Prosseguimento da Execução Fiscal.

7 - O não acatamento das argumentações contidas na defesa não implica em violação, ou negativa, a tais dispositivos, posto que ao julgador cabe-lhe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Inexiste norma legal que impeça o Juiz, ao proferir sua decisão, que a mesma tenha como fundamentação outro julgado, e até mesmo que o Juízo *ad quem* não se apóie, no todo ou em parte, na decisão monocrática prolatada no feito que esteja sob análise. Nem mesmo em legislação, doutrina ou jurisprudência colacionada pelas partes em suas manifestações. Apelação cível improvida.

(TRF 5ª Região, AC 454160/PE, rel. Desembargador Federal Geraldo Apoliano, DJ 18.10.2011)

No que concerne à inexigibilidade dos créditos que estão sendo cobrados, a recorrente alegou que as Autorizações de Internação Hospitalar de nºs 2872446820 e 2873472514 referem-se a procedimentos realizados por pacientes não usuários de planos de saúde da operadora.

Compulsando os autos, observo que os documentos acostados pela embargante não se prestam a demonstrar que os beneficiários do atendimento prestado pelo SUS não estariam a ela vinculados contratualmente. A UNIMED Cajazeiras apenas apresentou duas telas de computador impressas, nas quais não constam em que período foram efetuadas as consultas em seu sistema,

tendo em vista que os procedimentos foram realizados no ano de 2004 (fls. 14, 15 e 56).

Honorários advocatícios nos termos da sentença.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7.865-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-  
LIANO  
Apelante: ANTÔNIO JERÔNIMO DE SOUZA  
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

***EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APE-  
LAÇÃO CRIMINAL. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO.  
INEXISTÊNCIA. BUSCA AUTORIZADA PELO MO-  
RADOR. CRIME PERMANENTE. FLAGRANTE.  
DESNECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL.  
ALEGAÇÃO DE TORTURA NAS DEPENDÊN-  
CIAS POLICIAIS. AUSÊNCIA DE COMPROVA-  
ÇÃO. CONDUTAS DESCRITAS NOS ART. 289, §  
1º, E 296, § 1º, I, DO CÓDIGO PENAL. EM CON-  
CURSO FORMAL. GUARDA DE CÉDULAS FAL-  
SAS E USO DE SELOS DE IMPOSTO DE IMPOR-  
TAÇÃO FALSIFICADOS. DESCLASSIFICAÇÃO  
PARA O DELITO PREVISTO NO § 2º DO ART. 289  
DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. MA-FÉ  
DO AGENTE COMPROVADA. AUTORIA E MA-  
TERIALIDADE COMPROVADAS. ESTADO DE  
NECESSIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVA-  
ÇÃO. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. APE-  
LAÇÃO DO RÉU IMPROVIDA.***

***- As provas dos autos apontam no sentido de  
que a entrada de policiais na residência do réu  
ocorreu mediante autorização dele, como afir-***

***mam as testemunhas. Além disso, os fatos delituosos imputados ao réu (posse irregular de arma de fogo, moeda falsa, falsificação de selo público) constituem crimes permanentes, sendo válido o flagrante e a revista na casa do apelante.***

***- Não havendo ofensa ao princípio da inviolabilidade do domicílio o ingresso na residência do acusado, bem como a arrecadação dos produtos e objetos do crime lá encontrados, sem o amparo de mandado de busca e apreensão, devido à exceção prevista no art. 5º, XI, da Constituição Federal.***

***- Não é crível o argumento de que a confissão fora obtida mediante tortura, em face da praxe entre os acusados de um crime que confessam seus delitos durante o inquérito policial alegarem que foram vítimas de brutalidade por parte dos policiais, a fim de, posteriormente, em Juízo, negarem a prática do delito, para serem beneficiados com uma suposta ausência de provas para a condenação.***

***- Exame médico realizado pelo Instituto Médico Legal após o interrogatório que não atestou qualquer sinal de lesão corporal, constatando “a ausência de lesões de interesse médico-legal a nível de tegumento”.***

***- Apelante preso em flagrante por guardar no interior de sua residência 23 (vinte e três) cédulas falsas no valor de R\$ 20,00 (vinte reais) e 01 (uma) cédula no valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais), bem como 169 (cento e sessenta e nove) selos de controle do IPI - Imposto sobre Produtos Industrializados da Secretaria da Receita Federal falsos associados a uísque.***

***- Apelante que guardou para introduzir em circulação moeda falsa, com consciência da contrafação. Presença do dolo e da má-fé. Configuração do ilícito a que alude o artigo 289, § 1º, do Código Penal - CP. Impossibilidade de desclas-***

**sificação do crime para o previsto no art. 289, § 2º, do Código Penal.**

**- Impossibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância ao presente caso, por se tratar de crime que atinge a fé pública, a soberania do Estado na emissão dos selos de controle tributário e da moeda e dos selos de controle tributário e a confiança que a população deposita na moeda.**

**- Ausência de configuração do estado de necessidade, não havendo prova da absoluta falta de condição financeira do réu, de forma a justificar um crime lesivo para a sociedade, especialmente quando se sabe que muitas pessoas, em precária situação econômica, especialmente em momento de crise financeira mundial, não praticam crimes, especialmente os deste porte.**

**- Pena fixada na sentença no mínimo legal, totalizando 5 (cinco) anos de reclusão, dividida em 3 (três) anos de reclusão pelo crime previsto no art. 289, § 1º, do Código Penal e 2 (dois) anos de reclusão pelo delito descrito no art. 296, § 1º, I, do CP, cumulada com 20 (vinte) dias-multa, correspondendo cada dia-multa a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, tornada definitiva em face da ausência de recurso da acusação.**

**- Apelação do réu improvida.**

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 12 de julho de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-  
LIANO:

Apelação interposta por Antônio Jerônimo de Souza em face da sentença que o condenou à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, dividida em 03 (três) anos de reclusão pelo crime previsto no art. 289, § 1º, do Código Penal e 02 (dois) anos de reclusão pelo delito descrito no art. 296, § 1º, I, do CP, cumulada com 20 (vinte) dias-multa, correspondendo cada dia-multa a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, deixando substituir a pena privativa de liberdade por penas restritiva de direitos e fixando o regime aberto como inicial do cumprimento de pena.

De acordo com a denúncia, no dia 16.03.2009, e graças a uma denúncia anônima, João Carlos do Nascimento fora preso em flagrante pela Polícia Civil em Fortaleza/CE por guardar no interior de sua residência 23 (vinte e três) cédulas falsas no valor de R\$ 20,00 (vinte reais) e 1 (uma) cédula no valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais), bem como 169 (cento e sessenta e nove) selos de controle do IPI - Imposto sobre Produtos Industrializados da Secretaria da Receita Federal falsos associados a uísque.

Em sua apelação, João Carlos do Nascimento sustentou, em preliminar, a nulidade do processo em face da ilicitude das provas existentes contra ele, porque ele não teria autorizado os policiais a entrarem em sua residência sem autorização judicial e a nulidade da confissão, porque obtida mediante tortura.

No mérito, requereu a absolvição em face da atipicidade de sua conduta, afirmando que as cédulas e os selos do IPI falsificados não teriam o condão de causar lesividade a bem jurídico de terceiros ou pelo reconhecimento do estado de necessidade, causa excludente de culpabilidade, devido à precariedade da situação econômico-financeira de sua situação financeira.

Por último, caso mantida a condenação, requer a desclassificação do tipo penal previsto no art. 289, §1º, do CP para o art. 289, § 2º, do CP, porque ele teria recebido a moeda falsa de boa-fé, pois desconhecia a falsidade das cédulas, com a aplicação de uma pena reduzida.

Contrarrazões do MPF às fls. 238/241, e louvam os termos da sentença condenatória.

Opinativo do ilustre representante do *Parquet* Regional pelo desprovemento do recurso, fundamentando-se, quanto às preliminares, na ausência de prova da entrada ilegal dos policiais no domicílio do réu e na falta de provas de tortura na confissão realizada na esfera policial. No mérito, afirma que houve lesividade jurídica para o Estado, a quem cabe o direito de emitir a moeda e os selos do IPI e a ausência do estado de necessidade exculpante do delito, ressaltando que há perfeita adequação típica entre a conduta do réu ao tipo penal em que ele foi condenado – fls. 256/268.

É o relatório.

Ao eminente Revisor.

### **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Com a devida vênia aos entendimentos dissonantes, entendo que a apelação deve ser improvida.

Passo ao exame das nulidades arguidas pelo apelante.

Ele foi preso em flagrante por crime de moeda falsa e falsificação de selo público por terem sido encontradas no interior de sua residência cédulas falsas de vinte e cinquenta reais e selos de IPI falsificados para uísque, por ocasião de uma busca por armas de fogo decorrente de uma denúncia anônima, armas que não foram encontradas.

Ressalte-se que não há vício ou nulidade apontada na busca domiciliar quando as provas dos autos apontam no sentido de que a entrada de policiais na residência do réu ocorreu mediante autorização do próprio morador, como afirmam as testemunhas.

Note-se a alegação de que os policiais teriam entrado indevidamente em sua residência apenas foi levantada na apelação, quando poderia ter sido, de imediato, comunicada ao Delegado de Polícia e ao Juiz, na audiência de instrução e julgamento ou, mais especificamente, no interrogatório do réu, o que não ocorreu.

Além disso, os fatos delituosos imputados ao réu (posse irregular de arma de fogo, moeda falsa, falsificação de selo público) constituem crimes permanentes, sendo válido o flagrante e a revista na casa do apelante. Em face da permanência dos delitos, não ofende o princípio da inviolabilidade do domicílio o ingresso na residência do acusado, bem como a arrecadação dos produtos e objetos do crime lá encontrados, sem o amparo de mandado de busca e apreensão, devido a à exceção prevista no art. 5º, XI, da Constituição Federal.

Com relação à alegação de tortura, melhor sorte não assiste ao apelante.

Não é crível o argumento de que a confissão fora obtida mediante tortura. Ora, é praxe entre os acusados de um crime que confessam seus delitos durante o inquérito policial alegarem que foram vítimas de brutalidade por parte dos policiais, a fim de, posteriormente, em Juízo, negarem a prática do delito, para serem beneficiados com uma suposta ausência de provas para a condenação.

O exame médico realizado pelo Instituto Médico Legal após o interrogatório não atestou qualquer sinal de lesão corporal, constatando “a ausência de lesões de interesse médico-legal a nível de tegumento” – fl. 56.

A confissão efetuada pelo ora apelante perante a autoridade policial, mostra-se reveladora com relação a todo o delito, embora judicialmente ele tenha reconhecido ser dele apenas os selos falsificados, porque trocava os selos para vender uísque mais barato como o uísque mais caro.

Destarte, a confissão extrajudicial, ainda que desmentida em Juízo, tem valor probante, sempre que for corroborada pelas outras provas produzidas.

Neste sentido, trago à balha excerto deste Tribunal, *verbis*:

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO DE ROUBO (ART. 157, PARÁGRAFO 2º, I E II, DO CP). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. REFORMA. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL DOS ACUSADOS. ATENUANTE GENÉRICA (ART. 65, III, D, DO CP). INDÍCIOS SUFI-

CIENTES DA PARTICIPAÇÃO DOS MESMOS NO CRIME EM TELA. APELAÇÃO MINISTERIAL CONHECIDA E PROVIDA.

**1. A alegação em Juízo de que as confissões extrajudiciais devem ser consideradas inválidas, por terem sido obtidas mediante tortura, deve ser provada por parte daquele que a fizer. Inexistindo tal prova nos autos, a validade das confissões prestadas em Inquérito Policial não pode ser questionada.**

2. A confissão extrajudicial, embora retratada em Juízo, tem valor probatório, sempre que confirmada por outros elementos de prova, valendo, pois, não pelo lugar onde é prestada, mas pelo seu próprio teor. Em contrapartida, deve a mesma funcionar como atenuante genérica quando da dosimetria da pena, prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.

3. No caso dos autos, a confissão dos réus, a delação recíproca e o reconhecimento fotográfico de um deles, aliados a todo um conjunto indiciário, são provas suficientes a embasar a sua condenação pela conduta tipificada no art. 157, parágrafo 2º, I e II, do Código Penal. (Grifo nosso)

4. Apelação criminal ministerial conhecida e provida. Sentença reformada.

(TRIBUNAL - QUINTA REGIAO, ACR - 2703/PE, Primeira Turma, Decisão: 28/04/2005, DJ - Data: 20/05/2005 - Página: 877 - Nº: 96, Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho)

Com efeito, cotejando as declarações das testemunhas, especialmente dos policiais que fizeram a busca, constata-se que as mesmas não discrepam no tocante ao procedimento adotado para a diligência e os bens encontrados na residência do apelante.

O Laudo de Exame Documentoscópico atestou a falsidade das cédulas e dos selos do IPI apreendidos no interior da residência do apelante – fls. 40/42.

Também fora apreendida cocaína, o suficiente para uso próprio, tendo o processo sido desmembrado e remetido para a Justiça Estadual – fls. 108/111.

Em seu interrogatório na esfera judicial, o apelante reconheceu, em parte, a prática do delito, afirmando que os selos do IPI



eram dele, que os colocava em garrafas de uísque caro com conteúdo de uísque barato, com o fim de enganar as pessoas, afirmando que as cédulas falsas não eram suas – fls. 165/166.

Questionado pela Defensoria Pública da União, ainda no mesmo depoimento, afirma que as cédulas não existiam em seu apartamento, bem como a droga – fl. 165.

Todavia, as testemunhas, tanto no inquérito policial quando em Juízo, afirmam que junto com os selos falsificados estava também as cédulas falsas, bem como a droga, havendo, inclusive, tendo descrito a forma como encontraram os selos e as cédulas (dentro de uma gaveta no interior da residência) e a droga (em uma cômoda do lado da TV), tendo sido perguntado ao apelante onde teria conseguido as cédulas e ele disse o local (Praça da Lagoinha no Centro da Cidade) – fls. 02/10 e 137/140.

Além disso, apesar da sua negativa em Juízo, o apelante, no inquérito policial, acabou por afirmar que obteve as cédulas em uma feira na Praça da Lagoinha, para ir a uma festa na cidade de Amontoada, tendo comprado as cédulas na proporção de 4 para 1, ou seja, para cada real verdadeiro, quatro reais falsos, de um indivíduo chamado Luís – fls. 09/10.

Portanto, incabível a desclassificação do delito previsto no § 1º do art. 289 do Código Penal para o § 2º do mesmo artigo do CP, porque o agente claramente conhecia a falsificação das cédulas e mesmo assim guardou-as, com o intuito de introduzir em circulação.

Quanto à lesividade jurídica, é óbvio que esta resta presente. O bem jurídico protegido, mais do que a fé pública, é a soberania monetária do Estado e a circulação monetária em geral. A moeda falsa e os selos de IPI falsificados não ficariam guardados na residência do apelante (fato que por si só já configura crime), mas seriam introduzidos em circulação, com a venda dos uísques falsificados e a compra e venda de entorpecente.

Nem se pode aplicar o Princípio da Insignificância ao presente caso, porque se trata da fé pública, da confiança que a população deposita na moeda, sendo crime cometido contra o Estado.

O alegado estado de necessidade não restou comprovado, não havendo prova da absoluta falta de condição financeira do réu, de forma a justificar um crime de tal lesividade para a sociedade. Por essa razão, inaplicável no caso a exclusão da culpabilidade por ausência do estado de necessidade, especialmente quando se sabe que muitas pessoas, em precária situação econômica especialmente em momento de crise financeira mundial, não praticam crimes, especialmente os deste porte.

Passo à análise da dosimetria da pena.

A sentença fixou a pena-base do apelante no mínimo legal, totalizando 5 (cinco) anos de reclusão, dividida em 3 (três) anos de reclusão pelo crime previsto no art. 289, § 1º, do Código Penal e 2 (dois) anos de reclusão pelo delito descrito no art. 296, § 1º, I, do CP, cumulada com 20 (vinte) dias-multa, correspondendo cada dia-multa a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

Não havendo agravantes nem atenuantes e majorantes e minorantes, e não havendo recurso da acusação para aumentar e sendo impossível diminuir, torno-a definitiva.

Mantenho a pena em regime aberto, em face da possibilidade de que o Juiz imponha ao apenado um regime inicial de cumprimento de pena mais severo do que o decorrente da pena aplicada, especialmente quando se trata de réu tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes, e não cometeu infrações com ameaça ou violência.

Com essas considerações, nego provimento à apelação.

É como voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 8.905-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-  
LIANO  
Apelante: FRANCISCO ASSIS DA COSTA  
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Advs./Procs.: DRS. ANDRE LUIZ PINHEIRO SARAIVA E OUTRO  
(APTE.)

**EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 241, § 1º, III, DA LEI Nº 8.069/90. PEDOFILIA. PUBLICAÇÃO GRATUITA NA INTERNET DE IMAGENS DE MENORES DE DEZ ANOS DE IDADE EM SITUAÇÕES SEXUAIS. AGENTE QUE AGIA EM SUA RESIDÊNCIA E NAS LAN HOUSES DO MUNICÍPIO. INSANIDADE MENTAL. INEXISTÊNCIA. AGENTE CAPAZ DE ENTENDER O CARÁTER ILÍCITO DOS FATOS E DETERMINAR-SE DE ACORDO COM ESTE ENTENDIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. REQUISITOS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL QUE PERMITEM A FIXAÇÃO DA PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ATENUANTE GENÉRICA DE CONFISSÃO. POSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA PENA. CONTINUIDADE DELITIVA. PENA APLICADA SUPERIOR A SEIS ANOS DE RECLUSÃO. REGIME SEMIABERTO COMO INICIAL DO CUMPRIMENTO DA PENA. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE.**

**- Apelante que recolheu e gravou imagens e vídeos de pornografia infantojuvenil com crianças com idade inferior a dez anos de idade, disponibilizando-as, em seguida, na rede mundial de computadores por meio de um computador existente em sua residência, incidindo, em tese, no crime previsto no art. 241, § 1º, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente.**

- ***Alegação de insanidade mental rejeitada. Embora o laudo pericial de natureza psiquiátrica reconheça que o apelante sofre de perturbação mental, atesta que ele tem capacidade de julgamento e discernimento intactos, tendo plena consciência do crime que praticou e a capacidade de determinar-se de acordo com seu entendimento.***
- ***Autoria e materialidade do crime comprovadas com o conjunto probatório dos autos. Os Laudos de Dispositivo de Armazenamento Computacional e de Mídia Eletrônica atestam que o sistema e-mule do computador do apelante era utilizado não apenas para armazenar imagens e fotografias de pornografia infantil, muitas de crianças menores de 10 (dez) anos de idade, mas também vídeos de crianças abusadas sexualmente, feitos possivelmente com câmeras escondidas, com transmissão para várias partes do mundo, em especial Holanda, Japão, Venezuela, entre outros Países.***
- ***A gravidade do delito atribuído ao apelante é indiscutível, em face da ausência de mensuração do alcance real da divulgação das fotos das crianças e dos adolescentes objetos de abuso sexual na rede mundial de computadores, impossibilitando-se o alcance das consequências nocivas do crime praticado por ele.***
- ***A valoração desfavorável das circunstâncias judiciais, por parte do julgador, permite a aplicação da pena-base acima do mínimo legal. Pena fixada em 4 (quatro) anos de reclusão.***
- ***Confissão do apelante no inquérito policial e no interrogatório judicial. Aplicação da atenuante genérica do art. 65, III, d, do CP. Redução da pena em 3 (três) meses.***
- ***De acordo com a Polícia Federal em apenas 10 (dez) dias de coleta, foram arrecadadas mais de***

**13.000 (treze) mil imagens de pedofilia, estando ao apelante entre aqueles que disponibilizavam, 10 (dez) ou mais arquivos diferentes de pornografia infantil, gratuitamente, via internet. Continuidade delitativa comprovada. Aumento da pena em 2/3 (dois terços) segundo parâmetros indicados pelo STJ, de forma que a pena totaliza 06 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão, a qual torno definitiva.**

**8 Cumprimento da pena em regime inicialmente semiaberto, em face da pena ter sido arbitrada em patamar maior que 4 (quatro) anos e inferior a 08 (oito) anos de reclusão, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal.**

**9. Manutenção da pena de multa em 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.**

**10. Apelação provida em parte, apenas para reduzir a pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e de 6 (seis) anos de reclusão para 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão.**

## **ACÓRDÃO**

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

Recife, 28 de junho de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-  
LIANO:

Apelação interposta por Francisco Assis da Costa, condenado à pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pena de multa de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pelo crime previsto no art. 241, § 1º, III, da Lei nº 8.069/90 c/c o art. 71 do Código Penal.

De acordo com a denúncia, no dia 20.10.2008, em operação deflagrada pela Polícia Federal foi constatado que um computador, de uso do denunciado, em sua residência, estava conectado à internet, onde, através do programa EMULE, estavam sendo feitos *down-loads* e *uploads* de diversos arquivos contendo pornografia infantil, além de estar sendo gravado um CD com imagens e vídeo de pornografia infantojuvenil, com crianças em sua maioria menores de 10 (dez) anos de idade, sozinhas ou acompanhadas de adultos.

Em sua apelação, requereu o réu a sua absolvição imprópria, por ser portador de doença mental, de acordo com o Laudo Pericial (fls. 73/74) dos autos, caracterizado por transtorno depressivo, decorrente do abuso sexual sofrido na infância e do abuso de substâncias alcoólicas e de transtorno do desenvolvimento psicosssexual, de forma que seria inimputável nos termos legais, necessitando de tratamento psiquiátrico e medicamentoso ambulatorial, pois seria incapaz de entender o caráter ilícito do fato.

Afirmou, ainda, que caso desconsiderada sua inimputabilidade, ainda deveria ser absolvido, em face da ausência de provas da autoria, pela impossibilidade de confirmar se o apelante tenha fornecido ou divulgado as fotos disponibilizadas na internet – fls. 366/371.

Contrarrazões do MPF às fls. 378/382, atestando a higidez mental do apelante à época dos fatos e a prova plena da materialidade e da autoria do delito.

Opinativo do ilustre representante do *Parquet* Regional, no sentido de negar provimento ao recurso, fundamentando-se em

que os laudos periciais atestam a capacidade de o apelante entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com este entendimento e na prova da autoria e da materialidade do delito – fls. 390/405.

É o relatório.

Ao eminente Revisor.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

Francisco Assis da Costa foi condenado à pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pena de multa de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pelo crime previsto no art. 241, § 1º, III, da Lei nº 8.069/90 c/c o art. 71 do Código Penal.

Transcrevo o artigo com a redação da época do delito:

Art. 241 da Lei nº 8.069/90:

Art. 241. Apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores ou internet, fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente:

Pena: reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa.º

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

(...)

III, assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens produzidas na forma do *caput* deste artigo;

Inicialmente sustenta o apelante a inimputabilidade penal, porque não tinha condições de entender o caráter criminoso do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento, pois sofre de doença mental decorrente dos abusos sexuais que ele teria sofrido na infância e na adolescência.

A imputabilidade penal refere-se ao conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível, de forma que a imputabi-

lidade penal, especificamente, torna o agente responsável pela prática do crime, sujeitando-o à imposição da pena, desde que presentes os demais elementos da culpabilidade.

No direito penal, o fundamento da imputabilidade é a capacidade de entender e de querer, decorrente da junção entre a maturidade e a sanidade mental existente à época do delito, de forma que a imputabilidade penal decorre da capacidade do agente para conhecer a ilicitude do fato e determinar-se segundo esse entendimento.

No caso, o apelante foi submetido um exame de Insanidade Mental, em face do requerimento do MPF e dos atestados trazidos pelo acusado, segundo o qual ele sofreria de problemas mentais, CID-10: F60.6 – fls. 41 e 54/55.

Entre as questões a serem respondidas pelo perito designado pelo Juiz, requereu o MPF que o perito se manifestasse “se o acusado, em virtude de perturbação da saúde mental, não é inteiramente capaz de se determinar de acordo com esse entendimento” e se “ele seria capaz de entender o caráter ilícito do fato” – fls. 48/49.

Assim atestou o Laudo de Insanidade Mental:

1 - O acusado é, atualmente, por doença mental, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato?

R - Não, não apresenta distúrbios psicóticos, desorientação auto e alopsíquica, delírios, alucinações mandatórias, ou outros sintomas de dissociação psíquica caracterizáveis como doença mental. Possui plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato.

2 - Embora capaz de entender o caráter ilícito dos fatos, o acusado é, atualmente, por doença mental, inteiramente incapaz de determinar-se de acordo com esse entendimento?

R. O autor não apresenta doença mental.

3 - O acusado, atualmente, em virtude de perturbação da saúde mental, não é inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato? Justifique a resposta.

R - Possui capacidade de julgamento e de discernimento para entender o caráter ilícito do fato. As fantasias de relações sexuais com crianças e adolescentes, os conflitos



internos de esfera sexual e os impulsos homossexuais e heterossexuais não retiram a capacidade de entendimento do caráter ilícitos dos fatos cometidos” – fl. 54, do Incidente de Insanidade Mental, Volume 01 do Apenso 07.

Embora o Laudo psiquiátrico reconheça que o apelante sofre de perturbação mental, com necessidade de tratamento psiquiátrico, entende também que ele tem plena consciência do crime que praticou, tendo a capacidade de determinar-se de acordo com seu entendimento.

Embora o Juiz não esteja adstrito ao laudo, consoante expresso no art. 182 do CPP, os elementos existentes nos autos atestam a imputabilidade mental do apelante, que segundo suas próprias alegações e fundamentos, é um homem plenamente inserido na sociedade, com boa conduta social, inclusive trouxe um abaixo-assinado de pessoas da comunidade em seu favor, além de casado e com filhas, proprietário de uma lan house – fls. 319/332-v.

A inimputabilidade devido a doença mental só pode ser reconhecida se demonstrado onexo causal entre a enfermidade e o delito cometido. No caso, a doença mental, como transtorno de personalidade depressiva e ansiosa não guarda relação com o delito de pedofilia.

Desta forma, incabível a absolvição imprópria, com a imposição de medida de segurança, ao invés da pena privativa de liberdade.

No caso do crime previsto no art. 241 da Lei nº 8.069/90, entendendo que para a concessão da liberdade provisória ou para o pedido de decretação da prisão preventiva não basta a constatação dos requisitos tradicionalmente analisados em pedidos desta natureza, tais como residência fixa, profissão lícita, ausência de antecedentes criminais, boa reputação na comunidade, entre outros, porque, de acordo com o perfil geralmente indicado na doutrina os pedófilos são, em sua maioria, do sexo masculino, de meia idade, pais ou responsáveis pela família, sem antecedentes criminais, a fim de tornar-se conhecidos, familiares ou confiáveis para suas futuras vítimas e/ou para as famílias destas (Pedofilia, Aspectos Fisiológicos e Penais, Jorge Trindade e Ricardo Breier, ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, pág. 46).

Desta forma, em se tratando de pedofilia, ainda mais praticada via rede mundial de computadores, utilizando-se das crianças da comunidade (uma delas com apenas seis anos de idade), ter endereço certo, profissão definida, emprego fixo e sem antecedentes criminais, não garante ao agente a liberdade provisória, especialmente quando os delitos foram cometidos em sua residência.

Em se tratando de crime cometido via internet, a análise dos requisitos deve ser ainda mais ampla, ganhando novos contornos, porque entre as características encontradas entre os pedófilos que atuam via internet estão o *“tempo ocioso para ficar várias horas conectados, bons equipamentos (computador moderno e conexão veloz), espaço privado (quarto), pouca ou nenhuma vigilância, às vezes, adesão compulsiva à internet”* (ob. cit., pág. 27).

Analisado à luz das normas constitucionais de proteção à criança e ao adolescente o conceito de ordem pública ganha novas acepções, pois se refere não apenas à periculosidade do acusado, com o intuito de evitar a reiteração da conduta delituosa, mas também ao resguardo do bem-estar de crianças e adolescentes da comunidade, uma vez que a proteção dos menores não cabe apenas aos pais e responsáveis mas também ao Estado, nos termos do art. 224 da Constituição Federal.

Observe-se que o conceito de ordem pública vai além de prevenir a reiteração da prática criminosa pelo agente. Ela busca também acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça em face do crime cometido. Nesse caso, deve o juiz ser sensível ao meio em que vivem vítimas e agente e como reagem à ação criminosa, a fim de que seja mantida a paz e a tranquilidade do local.

De acordo com as declarações do próprio apelante em seu interrogatório policial, quando os policiais entraram em sua residência estava baixando arquivos através do *E-mule* e alguns deles continham imagens de pornografia infanto-juvenil, possuindo ele ainda vários arquivos em seu computador com imagens semelhantes, para visualização própria, tendo, inclusive, gravado em DVD alguns dos vídeos por medo de perder os arquivos, afirmando que foi abusado sexualmente quando criança e que por isso seria uma pessoa muito doente mentalmente – fls. 46/47, volume 01 do apenso 07.

Em seu interrogatório judicial, ele reconhece que estava baixando arquivos com o programa *e-mule*; que havia realmente arquivos com pornografia infantil; que alguns desses arquivos estavam salvos em DVD's por garantia, tendo arquivado imagens no computador, negando, todavia, que enviava os arquivos via rede mundial de computadores para outros usuários – fls. 168/169.

Todavia, a quantidade de arquivos, DVDs, e fotos encontrados em sua residência e mais especificamente em seu computador indicam que ele dedica-se à atividade criminosa com habitualidade, o que indica constância e regularidade em seu comportamento. Isto indica a existência de um pedófilo não predador (aquele que não faz uso da violência e do rapto para a consumação do abuso sexual), mas sim de um pedófilo compulsivo, que apresenta comportamento previsível e repetido em relação aos menores.

Apesar de o apelante negar o fato, há indícios de que uma das crianças que aparecem na fita seja sua enteada, o que configuraria o crime previsto no art. 214, c/c o art. 224, a, do Código Penal, tendo, inclusive, o MM. Juiz determinado a apuração do referido crime na Comarca de Jardim de Seridó/RN – fl. 353.

Os Laudos de Dispositivo de Armazenamento Computacional e de Mídia Eletrônica atestam que o sistema *e-mule* do computador do apelante era utilizado não apenas para armazenar imagens e fotografias de pornografia infantil, muitas de crianças menores de 10 (dez) anos de idade, mas também vídeos de crianças abusadas sexualmente, feitos possivelmente com câmeras escondidas, com transmissão para várias partes do mundo, em especial Holanda, Japão, Venezuela, entre outros Países – fls. 525/263.

Além disso, não é crível que o apelante, eletricista e frequentador de uma *lan house*, não tenha conhecimento técnicos suficientes acerca do recolhimento de imagens via internet e da transmissão das fotos e vídeos via programa *e-mule*.

O laudo preliminar, feito pouco depois do flagrante, em que os policiais federais entraram na residência do apelante, atestou que os arquivos contendo pornografia infantil estavam sendo enviados para a rede mundial de computadores através do sistema *e-mule* – fls. 196/17 do Inquérito Policial.

Além disso, o apelante foi reconhecido pelo dono da *lan house* que frequentava, pois ele costumava usar o programa *e-mule* para baixar arquivos, muitas vezes sobrecarregando os computadores, além de afirmar que já tinha visto o apelante baixar conteúdo pornográfico em um computador de outra *lan house* na mesma cidade – depoimento de H. C. S. no inquérito policial, vol. 01 do Apenso 07.

O apelante praticou durante muito tempo os atos delituosos, em sua própria residência, bastando apenas o acesso às crianças da comunidade e um computador ligado à rede mundial de computadores, e só parou porque foi pego em flagrante em face de uma operação da Polícia Federal.

Portanto, resta configurado o delito previsto no art. 241, § 1º, III, da Lei nº 8.069/90 c/c o art. 71 do Código Penal.

Passo à análise da dosimetria da pena.

A r. sentença, em atenção às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, fixou a pena-base em *quantum* acima do mínimo legal (quatro anos de reclusão), por as haver valorado negativamente. O apelante, no que toca à culpabilidade, circunstâncias e às consequências dos crimes, granjeou conceito desfavorável relativo às circunstâncias judiciais, o que autoriza a fixação da pena-base em *quantum* acima do mínimo legal, conforme já decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça (HC 25341/SP - T5 - Rel. Min. Gilson Dipp - DJ 22/04/2003 - p. 245).

Deve ser aplicada a atenuante genérica de confissão espontânea.

O Supremo Tribunal Federal - STF considera aplicável a referida atenuante quando a confissão extrajudicial, embora retratada em Juízo, quando venha a servir de base para a condenação, como ocorreu no presente caso, e conforme indica o presente acórdão que ora transcrevo:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. RÉU QUE SE RETRATOU EM JUÍZO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL QUE EMBASA O DECRETO CONDENATÓRIO.

## HARMONIA DA CONFISSÃO COM O CONJUNTO PROBATÓRIO.

1. “Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:” (...) “g) de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada” (artigo 14, 3, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos). Esse efetivo direito a não se autoincriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do processo acusatório e do direito à presunção de não-culpabilidade. A revelar que o processo é o meio de plena demonstração da materialidade do delito e da autoria.

**2. A confissão extrajudicial retratada em Juízo constitui circunstância atenuante (alínea d do inciso III do art. 65 do CP), quando embasar a sentença penal condenatória. O que se deu no caso concreto.**

3. Ordem concedida”. (Grifo nosso)

(Primeira Turma, HC nº 91.654/PR, Rel Ministro Carlos Britto, julg. 08.04.2008, publ. *DJU* 07.11.2008, págs. 327/340)

Presente a atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, d, do Código Penal), porque o apelante confessou o delito tanto na Polícia Federal como em Juízo, afirmando que efetivamente realizou os fatos delituosos, exceto no tocante à transferência de dados, reduzo a pena em 3 (três) meses, totalizando a pena 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

Presente a causa de aumento de pena referente à continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal). De acordo com a Polícia Federal em apenas 10 (dez) dias de coleta, foram arrecadadas mais de 13.000 (treze) mil imagens de pedofilia, estando ao apelante entre aqueles que disponibilizavam, 10 (dez) ou mais arquivos diferentes de pornografia infantil, gratuitamente, via internet – fls. 04/08, volume 01, dos Apensos.

De acordo com a jurisprudência do STJ, recomenda-se como parâmetros aumento de um sexto para duas infrações; de um quinto para três; de um quarto para quatro; de um terço para cinco; de metade para seis; de dois terços para sete ou mais ilícitos.

Tendo a sentença a quantidade de delitos, deve a pena ser aumentada em 2/3 (dois terços), conforme a sentença, de forma

que a pena totaliza 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão, a qual torno definitiva.

Mantenho a pena de multa em 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, conforme determinado na sentença.

Em face da manutenção da pena em patamar maior que 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, é o semiaberto o regime inicial de cumprimento de pena, especialmente quando o apelante ficou em liberdade durante toda a instrução criminal, ficando preso apenas 1 (um mês) pela decretação da preventiva, e está em tratamento psiquiátrico.

Em face do exposto, dou provimento, em parte, à apelação, apenas para reduzir a pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e de 6 (seis) anos de reclusão para 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão.

É como voto.

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 9.065-AL**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR (CONVOCADO)  
Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, JOSÉ ELSON RICARDO DA SILVA E ITAMARIANO RICARDO DA SILVA  
Apelados: OS MESMOS  
Adv./Proc.: DR. LUTERO GOMES BELEZA

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CONFLITO INDÍGENA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ART. 121, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. OFENSA AO ART. 479 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. INDEFERIMENTO DE ACAREAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. PRELIMINARES DE NULIDADE DO JULGAMENTO. REJEIÇÃO. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA**

**DOS AUTOS. NÃO OCORRÊNCIA. VALOR MÍNIMO DA INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE REPARAÇÃO DE DANOS. ART. 387, IV, DO CPP. NÃO VINCULAÇÃO ÀS CONDIÇÕES ECONÔMICAS DO OFENSOR. DOSIMETRIA DA PENA. RECONHECIMENTO DE DUAS QUALIFICADORAS. INCIDÊNCIA DE UMA COMO AGRAVANTE. EMBOSCADA. ART. 61, II, C, DO CÓDIGO PENAL. AUMENTO DA PENA. ART. 121, § 2º, II E IV, DO CÓDIGO PENAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO GENÉRICA. ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO DA REPRIMENDA. APELAÇÃO DOS ACUSADOS PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROVIDA.**

**- Apelações criminais contra decisão do Conselho de Sentença proferida no Tribunal do Júri, que resultou na condenação dos acusados nas penas previstas no art. 121, § 2º, incisos II e IV c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.**

**- Hipótese em que o delito de homicídio objeto da ação penal tem como pano de fundo contexto de antiga desavença entre grupos indígenas rivais da mesma etnia, integrantes da tribo Xucuru-Kariri, tendo sido motivado por disputas de poder dentro da tribo.**

**- Rejeição da preliminar de nulidade do julgamento por ofensa ao art. 479 do Código de Processo Penal, uma vez que o documento lido em plenário pela acusação constava de incidente de antecipação do depoimento da testemunha instaurado pelo Ministério Público Federal no ano anterior, ao qual a defesa teve pleno acesso por diversas ocasiões.**

**- O pleito de acareação de testemunha de acusação foi indeferido pelo Juízo em face da sua desnecessidade, uma vez que os jurados se deram por satisfeitos com as declarações iniciais prestadas em plenário pela testemunha. Além disso,**

***não consta dos autos que o depoimento se mostrou conflitante a ponto de merecer esclarecimento de divergências em busca da apuração da verdade real, sendo insubsistente a alegação de nulidade do julgamento em virtude da dispensa da testemunha logo após a sua oitiva no Tribunal do Júri.***

***- A materialidade dos crimes de homicídio consumado e tentado ficou provada nos autos, especialmente pelos laudos periciais realizados pelo Instituto de Criminalística de Alagoas e pelo Departamento de Polícia Federal.***

***- A autoria delitiva ficou comprovada pela palavra da vítima da tentativa de homicídio, que revelou os detalhes do crime e reconheceu os acusados como sendo os responsáveis pelos crimes de homicídio consumado e tentado, ademais de a testemunha de acusação ter revelado que ouviu dos familiares dos acusados as informações de como o crime foi praticado, ratificando a imputação de autoria feita pela vítima sobrevivente do crime de homicídio.***

***- O art. 387, IV, do Código de Processo Penal, em sua redação dada pela Lei nº 11.719/2008, prevê que o juiz pode fixar um valor mínimo a título de reparação dos danos causados pelos infratores, deixando ao arbítrio do magistrado a fixação do respectivo valor, o qual independe das condições econômicas de quem vai ser condenado a pagar a indenização.***

***- Considerando as circunstâncias judiciais previstas no caput do art. 59 do Código Penal, apenas as circunstâncias do crime devem ser consideradas como desfavoráveis aos acusados, devendo a pena-base para os crimes de homicídio consumado e tentado ser dosada em 13 (treze) anos de reclusão.***

***- Havendo duas qualificadoras, uma delas deve ser levada em consideração como agravante (em-***



**boscada - art. 61, II, c, do CP), enquanto a outra (motivo fútil - art. 121, § 2º, IV, do CP), elevando a sanção, a primeira, em mais 6 (seis) meses e, a segunda, em mais 1 (um) ano, resulta na pena de 14 (quatorze) anos e 6 (seis) meses, para cada um dos acusados, a qual é reduzida para a metade, em relação à tentativa de homicídio, devido ao reconhecimento da causa genérica de diminuição prevista no art. 14, II, do CP.**

**- Sendo a hipótese de concurso material de delitos (art. 69 do CP), a pena privativa de liberdade para ambos os acusados resulta em 21 (vinte e um) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado.**

**- Apelação do Ministério Público Federal provida, para reduzir o quantum da pena privativa de liberdade aplicada a ambos os acusados e dos acusados parcialmente provida, para o mesmo fim.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação dos acusados e dar provimento à apelação do Ministério Público Federal, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 14 de agosto de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER NUNES DA SILVA  
JÚNIOR - Relator Convocado

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR (Convocado):

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos por José Elson Ricardo da Silva e Itamariano Ricardo da Silva, bem como pelo Ministério Público Federal, contra a decisão do Conselho de

Sentença proferida no Tribunal do Júri realizado em 11.11.2011, que resultou na condenação dos acusados nas penas previstas no art. 121, § 2º, incisos II e IV c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra José Elson Ricardo da Silva, Itamariano Ricardo da Silva e Dorgival Ricardo da Silva, pela prática, em concurso, dos delitos tipificados no artigo 121, § 2º, incisos I e IV c/c arts. 14 e 29, todos do Código Penal. Os denunciados foram acusados de haver praticado, em 12.10.2008, homicídio qualificado contra José Cícero Ramos dos Santos e tentativa de homicídio qualificado contra Manoel Salustiano dos Santos, pai e filho, respectivamente.

Os acusados e as vítimas são índios da mesma etnia e membros da tribo Xucuru-Kariri, que habitavam a aldeia Fazenda Cantão, no Município de Palmeira dos Índios (AL).

De acordo com a peça acusatória, o crime ocorreu dentro da referida aldeia indígena, nas proximidades do Sítio Jarro, durante emboscada preparada pelos acusados, quando foram desferidos vários disparos de arma de fogo contra as referidas vítimas. Como consequência desse atentado, José Cícero dos Santos veio a óbito e seu genitor conseguiu fugir embrenhando-se no matagal. O local no crime foi descrito como uma estrada não pavimentada e a tocaia foi montada pelos agressores à margem direita desta, próximo a um córrego que corta a estrada.

O processo foi desmembrado em relação a Dorgival Ricardo da Silva, em virtude desse denunciado se encontrar foragido e não ter sido citado. Ato contínuo, os demais acusados foram pronunciados e submetidos ao Tribunal do Júri, tendo sido condenados a cumprir pena privativa de liberdade de 26 (vinte e seis) anos de reclusão, inicialmente em regime fechado, sendo 18 (dezoito) anos pelo homicídio qualificado consumado e 8 (oito) anos pela tentativa de homicídio qualificado.

Na forma do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, os acusados foram ainda condenados a pagar indenização no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), em favor dos familiares da vítima do homicídio consumado de José Cícero dos Santos. Em

virtude da tentativa de homicídio de Manuel Salustiano dos Santos, a indenização foi fixada no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Inconformados, os denunciados José Elson Ricardo dos Santos e Itamariano Ricardo da Silva alegaram, preliminarmente, a nulidade do julgamento, em virtude de ofensa ao disposto no art. 479 do CPP e aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Aduziram que houve produção de prova acusatória ilegal, por ocasião do julgamento, quando o MPF procedeu à leitura de documento relativo à oitiva de uma testemunha, sem que fosse dado prévio conhecimento à defesa quanto ao seu conteúdo. Afirmaram que esse documento produzido pela acusação e lido em plenário teve considerável influência no convencimento do Conselho de Sentença, em desfavor dos recorrentes, o que enseja a nulidade do julgamento.

A defesa questionou ainda a dispensa da testemunha de acusação Fabrícia Santina da Silva, imediatamente após ser ouvida no plenário do júri, mesmo tendo sido manifestada a pretensão de realizar acareação ou a reinquirição dessa testemunha, para esclarecer melhor fatos abordados na sua oitiva. Afirmou a defesa que a quebra da incomunicabilidade da mencionada testemunha interferiu diretamente na busca da verdade real, caracterizando o cerceamento de defesa e a ofensa ao contraditório.

Quanto ao mérito, os acusados pugnaram pela reforma da sentença, alegando, em síntese:

(a) a possibilidade de os apelantes recorrerem em liberdade, pois inexistente condenação com trânsito em julgado e a sentença ora atacada não está devidamente fundamentada para manter a segregação, limitando-se a repetir os requisitos do art. 312 do CPP;

(b) a impossibilidade de os apelantes suportarem a indenização fixada na sentença para reparação dos crimes de homicídio, em virtude de sobreviverem da agricultura de subsistência e auferirem uma renda média mensal de R\$ 320,00 (trezentos e vinte reais);

(c) a sentença recorrida é manifestamente contrária à prova dos autos, pois os depoimentos de um irmão e do pai da víti-

ma fatal são contraditórios e incompatíveis, demonstrando a clara intenção de apontar os recorrentes como os responsáveis pela prática dos crimes de homicídio consumado e da tentativa de homicídio;

(d) a vítima da tentativa de homicídio afirmou em juízo que na emboscada sofrera perseguição após o ataque inicial, tendo sido-lhe desferidos vários tiros de pistola. Entretanto, a perícia realizada após o fato não constatou vestígios de uso desse tipo de arma no local, deixando consignado no laudo que foram encontrados apenas projéteis de arma de fogo “calibre 12”, bem como que “a ação violenta restringiu-se ao local em que o cadáver fora encontrado”;

(e) a vítima da tentativa de homicídio se declarou inimigo dos acusados e de sua família, fato que deixou de ser relevado no julgamento;

(f) ao ser ouvida em juízo, a testemunha Pedrina de Jesus dos Santos – que prestou a primeira assistência à vítima não fatal após o atentado – negou que tenha ouvido dessa vítima quem teria sido responsável pelo crime.

Com estes argumentos os apelantes pediram o acolhimento das preliminares de nulidade do julgamento, para que outro seja realizado. Caso não acolhida a prefacial, requereram a reforma da sentença quanto à dosimetria da pena, para que seja reduzida a pena de privação da liberdade ao mínimo legal, bem como para reduzir o *quantum* da reparação dos danos para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em virtude do estado de pobreza dos recorrentes.

O Ministério Público Federal manifestou-se nos autos (fls. 788/795) requerendo que a prisão cautelar dos acusados fosse convertida nas medidas cautelares previstas nos incisos II e IV do art. 319 do CPP, até o trânsito em julgado do feito.

Em suas razões recursais, o *Parquet* afirmou que, na dosimetria da pena cominada aos acusados, o Juízo *a quo* “apreciou de modo insuficiente as chamadas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal”, o que impõe a redução da pena privativa de liberdade. Alegou, em síntese:

(a) a culpabilidade dos réus não foi analisada dentro do contexto sociocultural em que os crimes ocorreram, pois o caso dos autos se trata de um enfrentamento ocorrido em uma comunidade indígena, e a sequência de crimes de homicídio ocorridos entre os índios Xucuru-Kariri “não pode ser encarada como uma vingança comum, típica dos não índios”;

(b) o crime foi cometido em uma emboscada, circunstância que constitui qualificadora do crime reconhecida pelos jurados, e que não pode ser levada em conta para apenar os réus como circunstância judicial (art. 59 do CP) e como qualificadora do homicídio (art. 121, § 2º, IV, do CP), sob pena de se incorrer em *bis in idem*;

(c) o fato de ter havido emprego de arma de fogo e estarem os réus em concurso de pessoas se amoldam na característica de recursos que dificultam ou tornam impossível a defesa do ofendido, igualmente prevista no art. 121, § 2º, IV, do CP, não podendo ser considerada circunstância judicial;

(d) na análise das circunstâncias judiciais, para fixação da pena do homicídio consumado, o Juízo *a quo* indevidamente considerou desfavorável aos acusados a “culpabilidade”, “circunstâncias do crime”, “consequências do crime” e “comportamento da vítima”, quando o correto seria considerar como tal somente as “consequências do crime”;

(e) na quantificação da pena privativa de liberdade, à pena mínima de 12 (doze) anos devem ser somadas as sanções relativas às eventuais circunstâncias judiciais, agravantes e causas de aumento de pena desfavoráveis aos acusados, sendo razoável que no caso concreto se aplique um acréscimo de apenas 1 (um) ano à pena mínima para cada ponto desfavorável aos acusados;

(f) em relação ao homicídio consumado, é cabível o incremento da pena mínima, levando em conta apenas as “circunstâncias do crime”; na segunda etapa da dosimetria, deverá ser considerada apenas a qualificadora do inciso II do art. 121, § 2º, enquanto a do inciso IV constitui agravante do art. 61 do CP, o que representa um acréscimo de mais 1 (um) ano;

(g) em relação ao homicídio tentado, também devem ser observados os mesmos critérios da dosimetria penal do crime consumado, e apenas o “comportamento da vítima” deve ser considerado como circunstância judicial desfavorável aos acusados;

(h) a observância da causa genérica de diminuição de pena do art. 14, II, do CP, para que a pena seja reduzida à metade pela prática da tentativa de homicídio;

Com estes argumentos, o MPF requereu a reanálise da dosimetria penal, reduzindo-se o *quantum* de pena aplicada a ambos os acusados pelos crimes de homicídio tentado e consumado.

Em sede de contrarrazões (fls. 851/857), o MPF afirmou que já se manifestou quanto à possibilidade de soltura dos acusados e a conversão da prisão preventiva em medidas cautelares. Alegou, ainda, que o pedido de revisão da dosagem da pena privativa de liberdade está prejudicado, uma vez que o próprio *Parquet* já requereu em seu apelo criminal a redução dessa reprimenda.

O MPF, de outra banda, refutou a pretensão de anulação do júri. Quanto à primeira causa suscitada pela defesa, o *Parquet* argumenta que a leitura de documento feita em plenário “são apenas referências que o Ministério Público Federal fez a declarações prestadas pela Sra. Fabrícia Santino da Silva, juntadas no auto de representação para antecipação de prova testemunhal, apenso ao volume principal”. Destacou que tais declarações estão acostadas aos autos desde 10.03.2010, e que após essa data a defesa já teve acesso aos autos por diversas vezes, inexistindo o prejuízo alegado. Quanto às declarações de fls. 470/471 da mesma testemunha, aduziu que esse documento foi juntado aos autos em 20.10.2011 e não há qualquer irregularidade, uma vez que não houve a sua leitura em plenário, além do que a testemunha foi ouvida diante dos jurados e “a defesa teve oportunidade de contraditar eventuais dúvidas ou questionamentos sobre o que lhe conviesse, afastando, de uma vez por todas, qualquer prejuízo para a defesa”.

Quanto à segunda causa de nulidade invocada pela defesa, o MPF afirmou que a oitiva da testemunha Fabrícia Santino da Silva se processou dentro dos moldes legais, respeitando o contraditório e a ampla defesa. Justificou que a liberação da testemunha

após ser ouvida era plenamente justificável, em virtude de estar em situação análoga àquelas previstas na Lei nº 9.807/1999, já que tinha sido ameaçada e havia risco à sua vida e a de seus familiares. Acrescentou que, no caso presente, é irrelevante o fato da testemunha não estar inserida no programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas, e que essa medida “era um trâmite administrativo que não iria alterar a situação fática”. Por fim, argumentou que após encerrado o depoimento da testemunha houve apenas um requerimento de acareação, o qual foi indeferido pelo Juízo em face da sua desnecessidade, já que os jurados se deram por satisfeitos com as declarações iniciais prestadas.

Quanto ao valor mínimo da reparação de danos, o MPF defendeu a manutenção do *quantum* arbitrado na sentença ora combatida, argumentando que tal valor deve ser fixado de acordo com o efetivo dano sofrido pelos ofendidos, inexistindo “uma ligação causal entre o *quantum* de dano estipulado pelo Juízo Penal e a condição financeira do criminoso”.

Em suas contrarrazões, os acusados requereram a acolhida do recurso do MPF, no tocante à necessidade de adequação da dosimetria da pena, tendo em vista que a sua aplicação foi excessiva e em desacordo com as circunstâncias judiciais apuradas nos autos.

O representante do *Parquet* que atua junto a esta Corte Regional apresentou parecer opinando pelo não acolhimento das nulidades suscitadas pelos acusados. Requereu ainda o provimento do apelo do MPF, para que seja reanalisada a dosimetria da pena privativa de liberdade, com a conseqüente redução dessa reprimenda.

É o relatório.

Ao douto Revisor.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Trata-se de apelações interpostas por José Elson Ricardo da Silva e Itamariano Ricardo da Silva, bem como pelo Ministério Pú-

blico Federal, contra a sentença de fls. 741/745, relativa à decisão do Tribunal do Júri realizado em 11.11.2011, que resultou na condenação dos acusados nas penas previstas no art. 121, § 2º, incisos II e IV (homicídio qualificado consumado) e art. 121, § 2º, incisos II e IV c/c o art. 14, inciso II (tentativa de homicídio), todos do Código Penal.

O delito de homicídio objeto da ação penal tem como pano de fundo um contexto de antiga desavença entre grupos indígenas rivais da mesma etnia, integrantes da tribo Xucuru-Kariri, que habitam reserva indígena encravada no Município de Palmeira dos Índios (AL), e que se encontra em processo de demarcação pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI.

Os acusados, ora apelantes, são índios da referida tribo indígena e fazem parte do grupo denominado “Família Ricardo”, que possui o poder de fato na aldeia, enquanto as vítimas são índios da mesma etnia que pertencem ao grupo chamado “Família Macário”, e que, por ser em menor número, vive sofrendo ameaças do outro grupo.

O conflito existente na aldeia indígena Fazenda Canto é antigo e envolve a disputa de poder dentro da tribo (faccionismo), o que está bem evidenciado nos autos, especialmente no Parecer Técnico Antropológico nº 02/2011 (fls. 796/801), elaborado por Ivan Soares Farias, especialista em Antropologia da Procuradoria da República no Município de Arapiraca (AL), profissional que atua na mediação de conflitos indígenas na região.

No referido Parecer Técnico está consignado que os problemas de relacionamento que ocorreram na Fazenda Canto estão relacionados principalmente à sucessão do poder por parte de várias famílias residentes nas oito aldeias da tribo Xucuru-Kariri de Palmeira dos Índios. Tais divergências são motivadas principalmente por conta da disputa da ocupação territorial, bem como da manipulação da assistência material destinada pela FUNAI aos indígenas da região.

Assim, pelo levantamento antropológico feito na tribo Xucuru-Kariri, fica patente que o crime em debate não se enquadra como simples vingança familiar, mas como um conflito sociocultural de disputa de poder dentro da tribo (faccionismo), que desencadeou



uma onda de violência entre as famílias envolvidas na disputa do poder tribal e que já perdura por cerca de cinco décadas.

### **1. Leitura de documento em plenário sem prévio conhecimento da defesa. Ofensa ao art. 479 do CPP. Não ocorrência.**

Os acusados ora apelantes pugnam pela decretação da nulidade do júri, argumentando que, durante o julgamento, o MPF afrontou o disposto no art. 479 do CPP e os princípios do contraditório e da ampla defesa, ao fazer a “leitura” de documento do qual não foi dado prévio conhecimento do seu conteúdo à defesa.

O art. 479 do CCP assim dispõe, *verbis*:

Art. 479. Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

Os documentos a que se referem os acusados são as declarações prestadas ao MPF pela testemunha Fabrícia Santina da Silva (fls. 467/471), residente na aldeia indígena da tribo Xucuru-Kariri. Tais documentos integram o Incidente de Produção de Prova Antecipada nº 0000190-88.2010.4.05.8001 (apenso aos autos principais), ao qual foi juntado o depoimento tomado da referida testemunha.

A justificativa apresentada pelo MPF, para a necessidade de produção antecipada dessa prova testemunhal, foram as constantes ameaças sofridas pela testemunha Fabrícia Santina da Silva que, por residir na aldeia indígena Fazenda Canto, estava sendo vítima de perseguições por parte dos familiares dos denunciados. De fato, pelo que consta dos autos, essa testemunha cujo depoimento se pretendeu antecipar, era de grande importância para a elucidação dos fatos, já que ouvira, na residência dos parentes dos acusados, a detalhada descrição de como o crime fora praticado.

Ressalte-se que o fato de o MPF ter feito breves referências em plenário às declarações prestadas pela testemunha Fabrícia Santina da Silva não enseja a nulidade pretendida. Primeiro, porque o incidente de antecipação do depoimento da testemunha foi

instaurado em 10.03.2010, e desde então a defesa teve acesso aos autos por diversas ocasiões, inexistindo ofensa ao art. 479 do Código de Processo Penal. Segundo, porque as declarações prestadas pela testemunha não foram lidas em plenário, como afirmado pela defesa, e não se reconhece prejuízo no fato de o MPF ter feito algumas referências em plenário e esse documento.

Aplica-se neste caso o princípio *pas de nullité sans grief*, pois cabia aos apelantes provarem os eventuais prejuízos que alegam ter sofrido pela suposta “leitura” em plenário das declarações da testemunha, do que não cuidou a defesa.

Ademais, as declarações prestadas ao MPF em caráter cautelar não podem ser reputadas como inquinadas de vício, uma vez que a mesma testemunha foi ouvida no Tribunal do Júri, ocasião em que ratificou as informações prestadas ao MPF, fazendo os devidos esclarecimentos aos jurados.

Assim, é descabida a alegação de que a defesa não teve acesso a tais informações antes do Tribunal do Júri e, sendo assim, inexistente nulidade na forma alegada pelos apelantes, devendo ser rejeitada a prefacial suscitada pelos apelantes.

## **2. Liberação de testemunha de acusação imediatamente após a sua oitiva. Indeferimento de pedido de acareação. Ausência de prejuízo à defesa.**

Os apelantes alegaram que a liberação da testemunha Fabrícia Santina da Silva, após ser ouvida pelo Tribunal do Júri, impossibilitou uma eventual acareação em face da quebra da incomunicabilidade e “interferiu diretamente na busca da verdade real”.

A acareação é o ato processual que consiste na confrontação das declarações de dois ou mais acusados, testemunhas ou ofendidos, que já tenham sido ouvidos. Esse instituto visa obter o convencimento do juiz sobre a verdade de algum fato em que as declarações dessas pessoas forem divergentes.

Consta da Ata da Sessão de Julgamento (fls. 705/712) que, após o término da instrução, foi indagado das partes e dos jurados quanto à necessidade da permanência do ofendido e das testemunhas, não havendo objeção quanto à dispensa, com exceção da testemunha Fabrícia Santina, cuja dispensa foi objeto de pro-

testo pelo advogado da defesa, e da testemunha José Wilson da Silva Araújo, em relação à qual o MPF formulou pedido para que permanecesse até o final do julgamento, invocando a aplicação do art. 211 do CPP.

Durante a Sessão do Tribunal do Júri a defesa requereu a oitiva da Sra. Tâmara Ricardo, mencionada no depoimento da referida testemunha de acusação, para oportunizar uma eventual acareação. O MPF se manifestou contrariamente ao pedido, argumentando que a Sra. Tâmara Ricardo era esposa do acusado José Éilson Ricardo da Silva e esteve presente no plenário o tempo todo, ouvindo o depoimento das testemunhas, o que afastava a possibilidade de vir a ser ouvida como testemunha.

O Juiz Presidente indeferiu o pleito de acareação reconhecendo a sua desnecessidade, tendo em vista que os jurados se deram por satisfeitos com as declarações iniciais prestadas. Ressaltou a impossibilidade da esposa do acusado José Éilson Ricardo da Silva ser ouvida até mesmo como declarante, já que, pelo que restou demonstrado após a oitiva da testemunha, “teria sido a Sra. Tâmara a pessoa que a teria pressionado”, ou seja, a pessoa que coagiu a testemunha Fabrícia Santina da Silva para não depor em desfavor dos acusados.

Não se pode cogitar de prejuízo à defesa no fato da testemunha Fabrícia Santina da Silva ter sido liberada logo após ser ouvida, pois não remanesceram dúvidas que precisassem ser esclarecidas por meio de acareação. Observe-se que, após a oitiva dessa testemunha, quando indagados pelo Juiz Presidente, os jurados se deram por satisfeitos com as declarações iniciais prestadas pela aludida testemunha de acusação. Logo, não se reconhece motivo para justificar a necessidade da acareação pretendida, uma vez que não consta dos autos que o depoimento da testemunha se mostrou conflitante a ponto de merecer esclarecimento de divergências em busca da apuração da verdade real.

Dentre as justificativas apresentadas pelo MPF para antecipar a oitiva da testemunha no júri, noticiou-se a necessidade de sua preservação, diante das ameaças que esta vinha recebendo. Esse fato inclusive ensejou o requerimento por parte do MPF para que a indigitada testemunha não fosse intimada por oficial de justiça, fi-

cando sob a responsabilidade daquela Instituição fazer tal comunicação e se encarregar da condução da testemunha ao local do julgamento.

A Lei nº 9.807/1999 trata das normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas. Em seu art. 19-A, essa norma legal prevê a adoção de medidas cautelares de oitiva antecipada das testemunhas integrantes do Programa de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas. Apesar de não estar inserida até então no programa federal de assistência a testemunhas, não se pode deixar de reconhecer que a situação da testemunha Fabrícia Santina da Silva guardava similitude com aquela das que se encontravam formalmente amparadas pelo referido programa de proteção oficial. Nesse contexto, deveriam ser dispensadas e ela todas as formalidades especiais reservadas às testemunhas protegidas. Sendo, assim, o Juízo *a quo* entendeu que era preferível

Observe-se ainda que Fabrícia Santina da Silva foi ouvida como primeira testemunha de acusação, após esvaziamento do plenário, tendo a sua oitiva se dado apenas na presença do Juiz, Ministério Público, advogado das partes e jurados. Isto porque a referida testemunha demonstrou o seu temor e constrangimento em depor perante os acusados e seus familiares, em virtude da coação que já vinha sofrendo desde que testemunhou pela primeira vez sobre o crime em debate. Essa situação inegavelmente revela os riscos à vida dessa testemunha e de seus familiares.

Ao apreciar o pedido de decretação de sigilo dos autos (fl. 178), o Juízo de primeiro grau reconheceu a necessidade de proteger a vida e a integridade física das testemunhas de acusação. Ao ressaltar as medidas que deveriam ser adotadas, determinou a obrigação específica de “se resguardar integralmente a identidade, o endereço e os dados pessoais de todas as testemunhas de acusação...”. Tal circunstância mostra a preocupação com a segurança das testemunhas de acusação, diante das peculiaridades do caso concreto.

Ademais, a demonstração de prejuízo para a defesa deve estar embasada na exposição detalhada do vício e de sua repercussão, o que não se verificou no caso dos autos, pois os apelantes

não demonstraram em que aspecto a não realização de acareação da testemunha acarretou o prejuízo alegado. Assim, é insubsistente a alegação de nulidade do julgamento em face da dispensa dessa testemunha de acusação, imediatamente após a sua oitiva no Tribunal do Júri.

Portanto, a liberação da referida testemunha, imediatamente após ser ouvida, decorreu das circunstâncias que envolveram a apuração dos fatos em comento, e visou também a preservação da sua integridade, pelas razões já relatadas.

As provas existentes nos autos são bastantes para a elucidação dos fatos, além do que os acusados ora recorrentes não apresentaram razões suficientes para justificar a necessidade da pretendida acareação. Logo, a subsequente liberação da testemunha não impôs à defesa o prejuízo alegado pela defesa e, consequentemente, não se reconhece qualquer vício capaz de dar ensejo à nulidade do julgamento. Por tais razões, também não merece acolhida essa segunda preliminar de nulidade do julgamento.

### **3. Concessão da liberdade aos acusados enquanto aguardam o julgamento do processo. Conversão da prisão preventiva em medidas cautelares. Art. 319 do CPP. Deferimento judicial após o julgamento. Pleito prejudicado.**

Os acusados, ora apelantes, defendem em suas razões recursais a possibilidade de recorrerem em liberdade, diante da inexistência de condenação com trânsito em julgado, bem como pelo fato da sentença combatida não estar devidamente fundamentada para manter a segregação.

O pedido de concessão da liberdade dos apelantes enquanto se aguarda o julgamento definitivo da ação está prejudicado, tendo em vista que a conversão da prisão preventiva em medidas cautelares (art. 319, incisos II e IV, do CPP) já foi deferida pelo Juízo de primeiro grau (fls. 823/824), após o Ministério Público Federal haver se manifestado favoravelmente à soltura dos acusados.

### **4. Materialidade e autoria delitiva. Comprovação. Decisão contrária à prova dos autos. Não ocorrência.**

Os acusados ora recorrentes afirmam que a sentença é contrária à prova dos autos, pois os depoimentos prestados por Ma-

noel Salustiano dos Santos, pai da vítima fatal, são contraditórios e demonstram a clara intenção de “apontar os recorrentes como os responsáveis pelos disparos que atingiram as vítimas do homicídio e da tentativa de homicídio”.

Consta do Laudo nº 603/2008-SETEC/SR/DPF/AL (fls. 31/38 do Inquérito Policial nº 0548/2008) que o crime ocorreu quando as vítimas trafegavam de motocicleta em uma estrada não pavimentada próxima ao Sítio Jarro, dentro da aldeia indígena Fazenda Canto. Não há testemunhas oculares do ataque contra as vítimas e a denúncia foi oferecida com base em conjunto de declarações colhidas para esclarecer a autoria dos crimes. Sendo assim, as testemunhas ouvidas apresentaram elementos distintos, de acordo com o grau de conhecimento que detinham dos fatos.

Durante o julgamento no Tribunal do Júri a vítima da tentativa de homicídio – Manoel Salustiano dos Santos – foi ouvida como declarante, tendo relatado a situação conflituosa entre as famílias indígenas “Macário” e “Ricardo”, às quais pertencem o declarante e os acusados, respectivamente. De acordo com as suas declarações devidamente registradas em mídia digital acostada aos autos (DVD de fl. 773), na véspera do crime, ele havia combinado com seu filho, José Cícero (vítima do homicídio consumado), uma viagem para o dia seguinte, de motocicleta, com destino ao Sítio Canafístula. Acrescentou que essa conversa havia sido presenciada por uma vizinha chamada Maria José (conhecida por “Mazé”, membro da chamada “Família Ricardo”).

Pelo que foi revelado pela vítima sobrevivente, é relevante destacar que um dos familiares dos acusados presenciou a conversa das vítimas, de forma que tinha ciência do horário e do destino da viagem acertada para o dia seguinte. Consequentemente, sabia do percurso das vítimas rumo ao Sítio Canafístula, como também o horário provável em que as vítimas iriam passar pelo Sítio Jarro, local onde ocorreu o crime.

Ainda segundo o referido declarante, no dia seguinte, durante a viagem, ele e seu filho José Cícero foram vítimas de uma emboscada, quando passavam em um riacho que cruzava a estrada de terra, ocasião em que foram surpreendidos por três pessoas da “Família Ricardo”, as quais desferiram vários tiros contra os

dois ocupantes da motocicleta. Afirmou que o primeiro tiro foi disparado pelo acusado Dorgival Ricardo da Silva, fulminando a vítima José Cícero, enquanto o segundo disparo feito por “José Ricardo” (apelido do acusado José Élson Ricardo dos Santos), foi direcionado ao declarante, mas atingiu o motor da motocicleta.

Na descrição da tentativa de homicídio, a vítima Manoel Salustiano dos Santos afirmou que, após o ataque inicial, saiu correndo na tentativa de escapar da tocaia, sendo perseguido por todos os agressores, que lhe desferiram vários tiros, sem conseguir atingi-lo. Revelou que, como os acusados não tiveram êxito em alcançá-lo, voltaram ao local onde José Cícero estava caído e desferiram outros tiros contra essa vítima.

Ressalte-se que o fato de ter havido divergência entre a informação prestada por Manoel Salustiano dos Santos, nas fases inquisitorial e judicial, quanto ao agressor que efetuou o primeiro disparo, não caracteriza a alegada decisão contrária à prova dos autos, pois ficou demonstrado que todos os acusados dispararam contra as vítimas, seja durante a perseguição, seja depois que retornaram ao local do primeiro ataque.

Segundo a defesa, também há contradição entre o julgamento e o laudo pericial, uma vez que o expert constatou que no local do crime foram encontrados apenas vestígios de projéteis de arma de fogo calibre 12 e que “a ação violenta restringiu-se ao local em que o cadáver fora encontrado”.

O fato de a perícia não haver encontrado vestígios de projéteis de arma de calibre leve no local do crime não afasta a hipótese de uso desse tipo de arma, pois o local do crime não foi devidamente preservado. Segundo consta do Laudo de Exame Local nº 603/2008-SETEC/SR/DPF/AL (fls. 31/39 do Inquérito Policial), os trabalhos ficaram extremamente prejudicados, em virtude do lapso temporal entre o ocorrido e o acionamento da perícia e, ainda, que muitos dos vestígios já haviam sido recolhidos do local ou foram prejudicados pelas chuvas e passagem de veículos e pedestres.

Destaque-se, por oportuno, que, apesar de o trabalho ter sido prejudicado pelas razões já relatadas, consta do citado Laudo Pericial que no local do crime, mais precisamente na margem direita da estrada de rodagem, foram encontrados vestígios de vegeta-

ção amassada, garrafa de bebida, embalagens e resíduos de alimentos. Pelo local apontado nas fotografias de fl. 35 do Inquérito Policial, observa-se que tais vestígios foram encontrados na margem da estrada, onde possivelmente estavam os agressores durante a tocaia.

Assim, não se reconhece a suposta contradição entre o laudo pericial e o julgamento aventada pelos apelantes.

Agregue-se que a ser ouvida em plenário, a testemunha Fabrícia Santina da Silva relatou que vinha sofrendo coação por parte dos familiares dos acusados, afirmando que depois do primeiro interrogatório foi abandonada pelo seu cônjuge, por causa do risco e das ameaças que passou a sofrer dos familiares dos acusados. Afirmou ainda que após a separação passou a residir na aldeia Fazenda Canto, na casa de sua genitora, e desde então passou a ser constantemente vigiada por pessoas da “Família Ricardo”. Essa testemunha afirmou que chegou a ser convocada para uma reunião no Posto de Saúde da aldeia, para ser orientada sobre o que deveria ser dito no seu interrogatório, porém não compareceu a tal reunião (gravação em mídia digital – DVD de fl. 773).

A indignada testemunha afirmou ainda que ouviu dos familiares dos acusados as informações de como o crime de homicídio foi praticado, e que em seguida contou tais fatos a uma amiga que, por sua vez, deu conhecimento à família das vítimas e ao Ministério Público Federal, o que motivou a sua intimação para depor como testemunha de acusação.

Pelo que consta dos autos, a testemunha Pedrina de Jesus dos Santos foi a pessoa que prestou a assistência inicial à vítima Manoel Salustiano dos Santos, logo após a prática do crime. Segundo a defesa, essa testemunha afirmou em juízo que não soube de imediato quem seriam os responsáveis pela emboscada, o que, no entender da defesa, fragilizaria a imputação da autoria delitiva feita pela vítima sobrevivente. Entretanto, tal fato é relevante, tendo em vista que, em tais casos, após sofrer um atentado contra a sua vida, é natural que, nos primeiros instantes, a vítima fique em estado de choque e sem condições de dialogar de forma racional, até que venha a recobrar a tranquilidade para ter condições de narrar como os fatos efetivamente ocorreram.



Ao serem ouvidas no Tribunal do Júri, as testemunhas de defesa José Wilson da Silva Araújo e Claudeci Messias não apresentaram maiores elementos para afastar a responsabilidade dos acusados em relação aos fatos que lhe são imputados. Diferentemente, a acusação forneceu elementos mais robustos e bastantes para o convencimento do Conselho de Sentença.

De acordo com o conjunto probatório, ficou evidenciada a contenda existente entre as famílias dos acusados e das vítimas dos crimes de homicídio consumado e tentado objeto da ação penal.

As provas colhidas em juízo demonstraram que José Cícero (vítima do homicídio consumado) e seus irmãos, pouco tempo antes do crime em debate, foram acusados de haver assassinado Itamar Ricardo, irmão dos acusados, e desde então os ânimos entre as famílias “Macário” e “Ricardo” ficaram mais acirrados, com ameaças mútuas e promessas de vingança. Esta questão foi por diversas vezes debatida durante a instrução processual e, sendo assim, não prospera a alegação dos apelantes de que a relação de inimizade das famílias deixou de ser observada no julgamento.

A materialidade dos crimes de homicídio consumado e tentado não se discute, diante da farta prova existente nos autos, especialmente os laudos periciais realizados pelo Instituto de Criminalística de Alagoas e pela Polícia Federal.

A autoria delitiva foi atribuída aos acusados e a outro membro da “Família Ricardo”, que não foi julgado pelo Tribunal do Júri, estando firmado no depoimento prestado pela vítima sobrevivente da tentativa de homicídio, que reconheceu os acusados como sendo os responsáveis pela tocaia que culminou com a prática dos crimes em debate. Além disso, a testemunha de acusação revelou que ouviu dos próprios familiares dos acusados que estes teriam sido os responsáveis pela execução do crime.

A jurisprudência pátria prevê que a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri não é absoluta, estando sujeita ao controle da instância *ad quem*, quando ficar comprovado que foi manifestamente contrária à prova dos autos, e teor do disposto no art. 593, III, *d*, do Código de Processo Penal.

No caso em apreço, não se verificou que a decisão do Conselho de Sentença tenha sido contrária ao conjunto probatório. Ao responderem à quesitação sobre a culpabilidade dos acusados e a presença das qualificadoras, o Conselho de Sentença soberanamente reconheceu que as provas produzidas nos autos eram suficientes para impor a condenação pelos crimes de homicídio consumado e tentado, bem como que o delito, na forma consumada e tentada, foi praticado por motivo torpe de vingança e em emboscada. Assim, deve ser mantida a condenação dos apelantes resultante da decisão do Tribunal do Júri, uma vez que não se verificou a ocorrência de qualquer das hipóteses tipificadas no art. 593, III, do Código de Processo Penal.

**5. Valor mínimo da indenização a ser suportada pelos acusados a título de reparação de danos. Condição de pobreza dos acusados. Irrelevância. Manutenção do quantum fixado na sentença.**

No caso presente, o Juiz de primeiro grau fixou uma indenização no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), a ser suportada pelos acusados em razão do homicídio de José Cícero dos Santos, condenando ainda os acusados a pagar indenização no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em virtude da tentativa de homicídio de Manuel Salustiano dos Santos.

Os apelantes alegam que são pequenos agricultores e não possuem meios para suportar a indenização fixada na sentença a título de reparação dos crimes de homicídio.

O art. 387, IV, do Código de Processo Penal, em sua redação dada pela Lei nº 11.719/2008, estatui que o juiz pode fixar um valor mínimo a título de reparação dos danos causados pelos infratores, deixando ao arbítrio do magistrado a fixação do respectivo valor. Eis o teor desse dispositivo:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

(...)

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

Não há dúvida de que o referido dispositivo legal é imperativo, e essa inovação legislativa impôs ao magistrado o dever de fixar o

valor mínimo da reparação dos danos causados pela infração penal, a qual deverá ser fixada com base nas provas existentes nos autos, não se descurando que o valor mínimo fixado na sentença deve corresponder ao efetivo dano sofrido.

O valor mínimo da reparação deve representar um valor que compense a dor sofrida e que também leve em conta a punição do autor do crime, de sorte a evitar a reiteração da conduta delitiva, levando ainda em consideração que a indenização não pode servir de fonte de enriquecimento.

Há de ser ressaltado que o valor mínimo a ser fixado pelo Juiz não está atrelado às condições econômicas de quem vai ser condenado a pagar a indenização. Até mesmo o acusado considerado insolvente pode ser condenado a pagar indenização da espécie, tendo em vista que, tratando-se de direito disponível, o ofendido poderá optar por não executar a sentença penal condenatória e, dependendo do caso, promovê-la em momento adequado, quando o condenado tenha melhorado sua situação financeira.

Portanto, a sanção prevista no dispositivo legal supratranscrito visa a reparação do prejuízo suportado pela vítima e independe das condições econômicas do ofensor, podendo ser fixada mesmo que não se tenha notícia nos autos sobre tais condições. Nesse caso, não assiste razão aos apelantes quanto à pretensão de redução do valor da indenização, devendo ser mantida a indenização fixada na sentença recorrida.

**6. Concorrência de circunstâncias qualificadoras. Aplicação limitada a apenas uma circunstância para apenar o homicídio qualificado. Circunstância agravante (art. 61, II, c, do CP). Elevação da sanção. Art. 121, § 2º, II e IV, do CP. Reanálise da dosimetria da pena. Redução da reprimenda.**

Nas razões do seu apelo o MPF defendeu que houve excesso na aplicação da pena, bem como que a culpabilidade dos acusados não foi analisada dentro do contexto em que os crimes ocorreram. Pugnou pela reforma da sentença, com a reanálise da dosimetria penal em suas três fases, reduzindo-se para 21 (vinte e um) anos de reclusão o *quantum* da pena privativa de liberdade de cada um dos acusados.

Considerando que a redução da reprimenda foi requerida por iniciativa do próprio órgão de acusação, titular da ação penal, cabe analisar se a dosimetria da pena se processou de acordo com o sistema trifásico e se foram observadas as normas legais que regulam a aplicação da pena em casos da espécie.

Não se pode deixar de reconhecer que, no caso em foco, os crimes de homicídio consumado e tentado não foram praticados como uma típica “vingança de família”, como é comum no interior do sertão nordestino. Na verdade, os fatos ocorreram dentro de um contexto histórico, o que ficou bem evidenciado no Parecer Técnico Antropológico nº 02/2011 (fls. 796/801), no qual se fez uma retrospectiva de todos os crimes ocorridos na aldeia indígena Fazenda Canto, desde a década de 50. No referido documento o antropólogo Ivan Soares Farias fez um completo levantamento do conflito, minudenciando os vários homicídios praticados naquela reserva indígena motivados pela disputa do poder, não somente entre as famílias “Macário” e “Ricardo”, mas também envolvendo outras famílias indígenas que se revezaram no poder ao longo dessas últimas cinco décadas.

No caso concreto, os crimes de homicídio consumado e tentado foram cometidos em uma emboscada. Como bem frisou o representante do Parquet em suas razões recursais, esta circunstância constitui uma qualificadora do crime e, como tal, sua existência foi reconhecida pelo corpo do júri. Logo, não pode ser incluída dentre as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e como qualificadora do crime de homicídio (art. 121, § 2º, IV, do CP), sob pena de se incorrer em *bis in idem* em desfavor dos apenados.

Assiste razão ainda ao MPF quando defende que o emprego de arma de fogo, bem como a prática do crime em concurso de pessoas, se enquadram na característica de meios que dificultam ou tornam impossível a defesa do ofendido, igualmente prevista no art. 121, § 2º, IV, do CP, de forma que também não devem ser consideradas como uma circunstância judicial.

Destaque-se, por oportuno, que após o crime em debate a FUNAI verificou que a animosidade já existente entre as famílias “Macário” e “Ricardo” ficou mais acentuada, sobretudo porque residiam na mesma aldeia. Tal fato inclusive exigiu a intervenção do

referido órgão para evitar novos confrontos na região, sendo necessário retirar a “Família Macário” daquela comunidade rural, para ser assentada em outra da mesma nação indígena, no imóvel denominado Riacho Fundo, em Palmeira dos índios (AL).

Ao discorrer sobre as circunstâncias judiciais em relação ao crime de homicídio consumado de José Cícero dos Santos, o Juízo a quo considerou como desfavorável aos acusados a “culpabilidade”, “circunstâncias do crime”, “consequências do crime” e “comportamento da vítima”. Entretanto, a análise dos autos demonstra que, em se tratando de um conflito sociocultural de disputa de poder em comunidade indígena, que já perdura por várias décadas, somente as “consequências do crime” devem ser valoradas como desfavoráveis aos agentes. Isto porque a vítima deixou esposa e filhos pequenos, além do que, como já afirmado, após o crime a família das vítimas precisou deixar a aldeia indígena Fazenda Canto por intervenção da FUNAI, para evitar novos confrontos com a família dos acusados.

Em relação ao crime de tentativa de homicídio contra Manoel Salustiano dos Santos, o Juiz aplicou a pena a ambos os acusados considerando como circunstâncias desfavoráveis as mesmas reconhecidas para o homicídio consumado, salvo em relação às “consequências do crime”. Contudo, como já analisado supra, a “culpabilidade”, “circunstâncias do crime”, “consequências do crime” não devem ser consideradas como desfavoráveis aos acusados. Contudo, no que diz respeito ao “comportamento da vítima” do homicídio tentado, é cabível transcrever as observações feitas pelo representante do *Parquet* em suas razões recursais, *verbis*:

(...) Quanto ao comportamento da vítima, o Sr. MANUEL SALUSTIANO DOS SANTOS, embora seja patriarca da família *Macário*, e tenha exercido protagonismo nas disputas e animosidades entre os setores conflituosos da Aldeia Fazenda Canto, não praticou, ele próprio, crimes anteriores contra familiares dos réus. Assim, concordamos com o Juízo ao afirmar que, quanto ao homicídio tentado, o comportamento da vítima é circunstância desfavorável aos réus.

(...)

Assim, há de se reconhecer que, em relação à tentativa de homicídio, apenas o “comportamento da vítima” deve ser considerado como elemento desfavorável aos acusados.

O Tribunal do Júri reconheceu a presença de mais de uma qualificadora para o crime de homicídio. Neste caso, há de se considerar apenas uma destas para a caracterização da figura qualificada. A qualificadora remanescente deve ser apreciada na valoração negativa das circunstâncias judiciais ou caracterizar a incidência de agravantes genéricas, caso se verifique a sua compatibilidade.

Dentre aquelas previstas no art. 121, § 2º, do Código Penal, os jurados votaram reconhecendo a presença de duas qualificadoras, no caso, a do inciso II (homicídio cometido por motivo fútil) e IV (homicídio cometido à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido). Em tais hipóteses, aplica-se apenas uma dessas qualificadoras para apenar o homicídio qualificado, com o aumento dos limites da pena, ao passo que a outra qualificadora deve ser considerada como circunstância agravante do art. 61 do Código Penal.

Por outro lado, é certo que o Juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, porém não pode atuar de forma não criteriosa, até porque o *caput* do art. 59 do Código Penal já elenca oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base. Nesse contexto, quando todos os critérios forem favoráveis ao acusado, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado. E caso se reconheça alguma dessas circunstâncias como desfavorável, a pena já não mais será fixada em seu patamar mínimo.

O homicídio qualificado está tipificado no art. 121, § 2º, do Código Penal, o qual prevê uma pena mínima de 12 (doze) anos e máxima de 30 (trinta) anos de reclusão para esse tipo de crime.

No caso em comento, a dosimetria da pena deverá ser ajustada, aplicando-se o sistema trifásico previsto na legislação penal. Em virtude das considerações acima, é inegável que cabe uma reanálise da incidência das circunstâncias judiciais para ambos os crimes.

Considerando as circunstâncias judiciais previstas no caput do art. 59 do Código Penal, a pena privativa de liberdade para ambos os delitos deve ser dosada nos seguintes termos:

#### a) PENA RELATIVA AO HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO

Considerando que no caso dos autos o Juízo reconheceu que os antecedentes, a personalidade e a conduta social dos acusados não são desfavoráveis, e levando em conta que os motivos integram a qualificadora “motivo fútil”, para o HOMICÍDIO CONSUMADO somente deve ser considerada como circunstância judicial desfavorável as “consequências do crime”, pelas razões já alinhadas anteriormente.

Diante da existência de circunstâncias judiciais, agravantes e causas de aumento de pena desfavoráveis aos acusados, cabe planificar a aplicação da pena privativa de liberdade.

Assiste razão ao MPF quando pugna para que, na quantificação da pena privativa de liberdade, a pena-base seja fixada com o acréscimo de apenas 1 (um) ano à pena mínima para cada ponto desfavorável aos acusados. Assim, pela prática do homicídio consumado, dentre as circunstâncias judiciais, apenas as “consequências do crime” foram desfavoráveis aos acusados, de forma que na primeira fase da dosimetria a pena-base fica fixada em 13 (treze) anos de reclusão.

Havendo duas qualificadoras, uma delas deve ser levada em consideração como agravante (emboscada - 61, II, c, do CP), enquanto a outra (motivo fútil - art. 121, § 2º, IV, do CP), elevando a sanção, a primeira, em mais 6 (seis) meses e, a segunda, em mais 1 (um) ano, o que resulta na pena concreta de 14 (quatorze) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

#### b) PENA RELATIVA À TENTATIVA DE HOMICÍDIO

Em relação ao homicídio tentado, também devem ser observados os mesmos critérios delineados para o homicídio consumado. Cabe ressaltar que, dentre as circunstâncias judiciais, apenas o “comportamento da vítima” deve ser considerado como circunstância desfavorável aos acusados, o que enseja o acréscimo de apenas 1 (um) ano à pena mínima.

Obedecendo à mesma sistemática do cálculo da pena para o homicídio consumado, a tentativa de homicídio deverá ser cominada com a pena mínima de 12 (doze) anos, que acrescida de 1 (um) ano – correspondente à incidência das circunstâncias judiciais – perfaz uma pena-base de 13 (treze) anos de reclusão.

Da mesma forma que em relação ao homicídio consumado, na segunda etapa também deverá ser levada em conta como agravante a emboscada (61, II, c, do CP), enquanto a outra (motivo fútil - art. 121, § 2º, IV, do CP), elevando a sanção, a primeira, em mais 6 (seis) meses e, a segunda, em mais 1 (um) ano, o que resulta na pena concreta de 14 (quatorze) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Aplicando-se a causa genérica de diminuição prevista no art. 14, II, do Código Penal, a pena fica reduzida à metade em relação ao homicídio tentado, resultando na cominação de uma pena de 7 (sete) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Em virtude da cumulação material de delitos, com base no art. 69 do Código Penal, a pena definitiva privativa de liberdade para ambos os acusados resulta em 21 (vinte e um) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado.

À luz dessas considerações, dou parcial provimento à apelação dos acusados e dou provimento à apelação do MPF, para reduzir o *quantum* da pena privativa de liberdade aplicada a ambos os acusados.

É como voto.



## **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REVISÃO CRIMINAL Nº 115-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO  
Requerente: SALÉSIO JOSÉ LOCH  
Requerido: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Embargante: SALÉSIO JOSÉ LOCH  
Advs./Procs.: DRS. GERALDO VICENTE FERREIRA DORNAS E OUTROS E JACKSON DI DOMENICO E OUTROS

***EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS CALCADOS EM SUPOSTAS OMISSÕES E CONTRADIÇÕES HAVIDAS NO ARESTO EMBARGADO. NÍTIDO INTUITO DE REDISCUSSÃO DAS MATÉRIAS JÁ DIRIMIDAS TANTO PELA QUARTA TURMA (ACR 6054/RN), quanto pelo Pleno desta Corte Regional (RVCR 115/RN).***

***- A via dos embargos declaratórios só comporta o conhecimento das matérias elencadas no artigo 619 do Código de Processo Penal. Fora daí, qualquer que seja seu valor intrínseco ou extrínseco, sua conotação formal ou substancial, enfim, qualquer que seja o seu conteúdo, não pode ser debatido na estreita estrada dos aclaratórios, reservada ao interessado a sua colocação no instrumento processual correto.***

***- Até onde é possível enxergar, nesta seara estreita, a condenação em apreço foi proferida não apenas com base no laudo pericial atacado, mas, sim, com supedâneo em harmônico e robusto conjunto probatório, municiado por provas materiais e corroborado por testemunhos idôneos prestados em juízo.***

***- Jurisprudência desta Corte, remansosa em afirmar que a revisão criminal não se presta para o reexame das provas colhidas no curso da instrução criminal. A revisão criminal não pode ser***

**equiparada a apelação extemporânea, em que se repitam todas as teses discutidas no curso do processo com o único objetivo de promover o reexame das provas já produzidas (RVCR 52, des. Margarida Cantarelli, julgada em 01 de agosto de 2007).**

**- Embargos declaratórios conhecidos, porém, improvidos.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide o egrégio Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento aos embargos declaratórios, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

Recife, 1º de agosto de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO  
- Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Embargos declaratórios opostos por Salésio José Loch ao julgado proferido nos autos da revisão criminal em epígrafe, no sentido de referendar o veredicto proferido nos autos da ACR 6054-RN, que condenou o ora embargante pela prática do crime ambiental previsto no artigo 55, combinado com o ilícito do artigo 62, inciso I, ambos da Lei 9.605/98.

Calca as razões de embargos em alegadas contradições e omissões ocorridas no acórdão atacado, em síntese, assim delineadas:

a) devolução do argumento de que não fora analisada a tese de que a condenação se fundara em laudo pericial eivado de nulidade, porquanto realizado em descompasso com as regras previstas nos artigos 158 e 159 do Código de Processo Penal;

b) alegação de que inexistiriam provas suficientes para embasar o decreto cominatório.

Por fim, pede sejam os aclaratórios acolhidos, para, conferindo-lhes efeitos infringentes, decretar sua absolvição.

Foram os autos ao Ministério Público Federal, que apresentou contrarrazões requerendo o improvimento dos embargos, fls. 364-369.

É o relatório.

## **VOTO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

Os embargos declaratórios não merecem prosperar, à medida que foram opostos à minguada presença de qualquer dos pressupostos inexoráveis para o seu acolhimento.

Em verdade, o remédio jurídico ora em apreço cuida apenas de reiterar as teses já apresentadas, tanto em sede da revisão criminal, quanto no bojo da própria ação penal, e que, conseqüentemente, já foram devidamente apreciadas e dirimidas, quer pela Quarta Turma, quer pelo Pleno desta Corte Regional.

Decerto, o acórdão ora atacado foi suficientemente claro ao rechaçar os argumentos que são novamente trazidos à luz pelo embargante, razão pela qual me limito a transcrever os pertinentes excertos que descansam às fls. 259-261:

O requerente calca o petítório nos seguintes pontos:

a) Inexistência de laudo pericial idôneo, porquanto o exame realizado pelo IBAMA limitar-se-ia a se reportar a um laudo unilateral, feito de encomenda pelo Ministério Público, razão pela qual não satisfaz as exigências legais. Afirma, outrossim, que este laudo sequer foi conclusivo quanto ao dano ambiental acusado na denúncia, tampouco sobre a própria existência da caverna supostamente atingida;

b) Insuficiência da prova testemunhal coligida, para dar azo à condenação pela prática do crime descrito no artigo 62, inciso I, da Lei 9.605/98, já que apenas uma única testemunha (Jocy Brandão Cruz, fls. 229/230) relatou a ocorrência das agressões ambientais perquiridas, erigindo, assim, um meio de prova isolado. Atroa, ademais, que esta testemunha de-

clarou que sequer sabia da existência da Gruta do Vitor, porque sequer cadastrada como tal no órgão próprio (fl. 11);

c) Contrariedade do julgamento com as evidências colhidas nos autos, asseverando ser um mero sócio quotista minoritário da empresa J. S. Minerações Ltda.

Ocorre, entretanto, que todas estas arguições foram devidamente enfrentadas no aresto atacado.

A propósito, apenas à guisa de ilustração, transcrevo alguns excertos do r. voto proferido pelo des. [convocado] Ivan Lira de Carvalho, por se revelarem de cunho nitidamente esclarecedor (fls. 39-40):

(...) Em primeiro lugar, saliento que tanto a materialidade da conduta como sua autoria estão fartamente provadas nos autos. O Laudo de Vistoria Técnica expedido por peritos do IBAMA em 05/03/2004 é claro ao afirmar que “a cavidade conhecida por ‘Gruta do Vitor’ foi parcialmente suprimida e o restante da sua estrutura danificada pela atividade mineraria” (fl. 295). Além disso, fotos contidas no mesmo laudo revelam a existência de cabos de aço diamantado utilizados para o corte de rocha no interior da caverna (fl. 293), assim como há manifestação pela existência no local de um “motor a diesel, uma máquina para corte dos blocos e uma calha para retirada dos blocos de granito, um container, entre outros equipamentos utilizados na mineração” (fl. 295).

Além disso, há registros positivos da autoria da empresa J. S. Mineração e, pela dupla imputação, de seu responsável Salésio Loch. É significativo o trecho do depoimento da testemunha Jocy Brandão Cruz, um dos fiscais do IBAMA envolvidos no caso, que foi utilizado na sentença e apresenta dados específicos sobre a situação encontrada. Transcrevo o referido excerto:

4) Na vistoria realizada, o depoente manteve contato com o gerente da empresa, de nome Arian Araújo dos Santos, o qual informou que a atividade desenvolvida nas imediações da Gruta do Vitor eram de pesquisa, pois a empresa estava retirando blocos de granito para pesquisá-los; 5) No caso concreto, considerando a dimensão da Gruta do Vitor, o depoente pode afirmar que foi considerável o dano ambiental causado pelos réus,

sendo este também irreversível, já que o granito foi suprimido da caverna; (...) pode afirmar que o dano ambiental acima mencionado foi causado pela empresa ré, haja vista as informações prestadas pelo gerente da empresa, a presença de equipamentos de exploração mineral pertencentes à empresa próximos à gruta em comento, bem como em face da característica da rocha explorada, que apresentava sinais de exploração recente (...) (fl. 230)

Uma vez reconhecida a ação dos apelantes em danificar a “Gruta do Vitor”, não vejo como excluir a tipicidade pela tese do exercício regular de direito. Ora, a existência de alvará para pesquisa de lavra mineral, expedido pela DNPM, não implica a concessão de direito absoluto à realização de todo e qualquer ato material, pois a permissão abrange tanto limites explícitos como implícitos. Um deles é a restrição aos atos essenciais ao desenvolvimento da pesquisa e, ainda, ao meio ambiente de modo geral, o que abrange proteção ao patrimônio natural e cultural protegido por lei. Ou seja, o alvará não pode ser usado pelos ora apelantes como causa exculpante, pois não permitiu expressamente qualquer alteração na referida caverna.

Por outro lado, sequer merece consideração a tese de impropriedade do objeto, já que os apelantes sustentam com veemência que a “Gruta do Vitor” não é caverna e, ainda que fosse, não tem relevância natural, histórica ou arqueológica para o país.

Em primeiro lugar, confira-se o teor do art. 1º do Decreto nº 99.556/90, que regulamenta a Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) e estipula o conceito jurídico de cavidade natural subterrânea (redação da época dos fatos):

Art. 1º As cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional constituem patrimônio cultural brasileiro, e, como tal, serão preservadas e conservadas de modo a permitir estudos e pesquisas de ordem técnico-científica, bem como atividades de cunho espeleológico, étnico-cultural, turístico, recreativo e educativo:

Parágrafo único. Entende-se como cavidade natural subterrânea todo e qualquer espaço subterrâneo penetrável pelo homem, com ou sem abertura identificada, popu-

larmente conhecido como caverna, incluindo seu ambiente, conteúdo mineral e ocorrido por processos naturais, independentemente de suas dimensões ou do tipo de rocha encaixante. Nesta designação estão incluídos todos os termos regionais, tais como gruta, lapa, toca, abismo, furna e buraco.

E, segundo lugar, cumpre-me advertir que a estipulação do *status* de patrimônio cultural não está na esfera de disponibilidade ou ao bel-prazer dos particulares, sendo, na verdade, uma constituição pelas autoridades administrativas competentes. No caso concreto, o IBAMA refere-se à “Gruta do Vitor” dentro do conceito normativo acima descrito, fato suficiente para ensejar sua pertinência no conjunto do patrimônio cultural nacional, e, com isso, o aperfeiçoamento do tipo penal. Observe-se, para tanto, o laudo de vistoria contido nos autos, e o documento do IBAMA intitulado “Diagnóstico Espeleológico do Rio Grande do Norte”, disponível na internet.

Anote-se, por outro lado, que o veredicto condenatório não se encontra fundado em um único depoimento testemunhal, conforme quer fazer crer o requerente, mas sim em um robusto e harmônico acervo probatório.

De fato, foi possível encontrar, no local afetado, vários elementos que corroboram a tese da acusação, os quais permitem um juízo conclusivo sobre a natureza das atividades que a empresa J. S. Mineração Ltda. desenvolvia na “Gruta do Vitor”, evidenciando, nesse passo, o caráter econômico das atividades, bem assim que o dano derivado da extração irregular de granito foi considerável, o bastante para justificar a condenação pelo ilícito previsto no artigo 55 da Lei 9.605/98.

A esse respeito, transcrevo os seguintes excertos, que mostram perfeita consonância com a prova testemunhal trazida a lume (fl. 43):

Além disso, o Laudo de Vistoria Técnica conta com fotos esclarecedoras sobre a situação da parte exterior à “Gruta do Vitor”. Por exemplo, a Foto 06 (fl. 294) indica uma fratura de grande proporção na rocha, cercada de pequenos blocos em formato retangular. Tal prática, ainda segundo o laudo, destruiu totalmente a entrada e a parte exterior à gruta, sem que se possa determinar a área suprimida. Além disso, foram encontrados materiais pró-

prios da extração e, ainda, um cabo de aço pendente de uma das rochas, com indício de que havia um processo deliberado de corte de parte significativa. Com base nesse cruzamento de informações, parece-me impossível defender que se tratasse de mera pesquisa, nos termos restritos do alvará do DNPM.

São necessários, por fim, dois esclarecimentos sobre o fundamento jurídico da condenação pelo crime do art. 55 da Lei 9.605/98. Em primeiro lugar, considero que o alvará de pesquisa não confere à empresa e a seu gerente um salvo-conduto genérico, que lhes permita atuar de modo indiscriminado na região. Ressalte-se que um dos princípios mais significativos do microsistema de direito ambiental brasileiro é o da precaução, pelo qual os agentes econômicos devem guiar-se em sua atividade. Assim, faz-se imperativo o controle detalhado de cada etapa da extração para que se configure a intervenção mínima durante a pesquisa, sendo o excesso punível dentro da elemental “extração” não autorizada. A defesa, quanto a esse tópico, limita-se a tecer considerações genéricas, quando há registros suficientes de um dano de monta expressiva, e não apenas retirada de amostras – que, aliás, sequer foram indicadas ao longo do processo.

Conforme o visto, não houve espaço para se decretar a nulidade do laudo pericial, novamente invocada pelo embargante, por se tratar de peça escoreta, produzida por expertos do Ibama, atarquia vocacionada para aferir a existência de danos ambientais ao patrimônio da União.

Além disso, restou inequívoco, no curso da instrução criminal, que os danos causados à chamada Gruta do Vitor, através da subtração irregular de granito, foram provocados pela empresa J. S. Minerações Ltda., e, outrossim, que o representante legal desta pessoa jurídica era o ora embargante.

Não bastasse, vale destacar, ainda, que, até onde é possível enxergar, nesta seara estreita, a condenação em apreço foi profetizada não apenas com base no laudo pericial atacado, mas, sim, com supedâneo em harmônico e robusto conjunto probatório, municiado por provas materiais e corroborado por testemunhos idôneos prestados em juízo.

E que, em casos como o presente, a jurisprudência desta Corte é remansosa em afirmar que a revisão criminal não se presta para o reexame das provas colhidas no curso da instrução criminal.

A propósito, apenas à guisa de ilustração, registro precedente da lavra da des. Margarida Cantarelli, a afirmar que *a revisão criminal não pode ser equiparada a apelação extemporânea, em que se repitam todas as teses discutidas no curso do processo com o único objetivo de promover o reexame das provas já produzidas* (RVCR 52, julgada em 1º de agosto de 2007).

Em resumo, não há qualquer omissão ou contradição a ser sanada, mas, apenas e tão somente, entendimento diverso da pretensão da embargante, que pretende, a todo custo, rediscutir o mérito da condenação criminal que lhe fora impingida.

Ocorre que a via dos embargos declaratórios só comporta o conhecimento das matérias elencadas no artigo 619 do Código de Processo Penal. Fora daí, qualquer que seja seu valor intrínseco ou extrínseco, sua conotação formal ou substancial, enfim, qualquer que seja o seu conteúdo, não pode ser debatido na estreita estrada dos aclaratórios, reservado ao interessado a sua colocação no instrumento processual correto.

Por este entender, conheço dos embargos, por tempestivos, para negar-lhes provimento.

É como voto.



**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO  
NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 118.751-CE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA  
Agravante: DEPARTAMENTO NACIONAL DE OBRAS CONTRA AS SECAS - DNOCS  
Agravado: FRANCISCO EDIEUDO VIEIRA DANTAS  
Embargante: DEPARTAMENTO NACIONAL DE OBRAS CONTRA AS SECAS - DNOCS  
Repte.: PROCURADORIA DO DNOCS  
Adv./Proc.: DR. STEPHENSON FRANCISCO MAIA JOSUÉ (AGRDO.)

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMOLUMENTOS REQUERIDOS PARA REGISTRO DE IMÓVEIS. PRETENDIDA ISENÇÃO DO DNOCS. IMPOSSIBILIDADE. DECRETO-LEI Nº 1.537/77 NÃO RECEPCIONADO PELA CF/88. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL PREVISTA NO ART. 151, III, DA CF. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. JUÍZO DE NÃO RECEPÇÃO DE NORMA PRÉ-CONSTITUCIONAL. DESNECESSIDADE DE SUBMISSÃO AO TRIBUNAL PLENO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO QUANTO APLICAÇÃO DOS ARTS. 24-A DA LEI Nº 9.028/95, 1º, § 1º E 4º DA LEI Nº 9.289/96, 31 DA LEI Nº 4.229/63 E 1º E 2º DO DECRETO LEI Nº 1.537/77. INOCORRÊNCIA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE**

**- Embargos de declaração opostos pelo DNOCS - DEPARTAMENTO NACIONAL DE OBRAS CONTRA AS SECAS – sob o argumento de que o acórdão desta egrégia Turma que negou provimento ao agravo de instrumento violou a cláusula de reserva de plenário e foi omissa quanto à aplicação dos arts. 24-A da Lei nº 9.028/95, 1º, § 1º, e 4º da Lei nº 9.289/96, 31 da Lei nº 4.229/63, e 1º e 2º do Decreto-Lei nº 1.537/77.**

- **Inocorrência de omissão quanto à aplicação dos arts. 24-A da Lei nº 9.028/95, 1º, § 1º, e 4º da Lei nº 9.289/96, 31 da Lei nº 4.229/63, vez que todos esses dispositivos dispõem acerca da isenção no pagamento de custas e emolumentos na esfera jurisdicional, que não se confundem com os emolumentos necessários ao registro de imóveis.**
- **Não se aplica a cláusula de reserva de plenário aos casos em que se faz, apenas, juízo de recepção de norma pré-constitucional. (Precedentes: RE-AgR 278710, JOAQUIM BARBOSA, STF / RESP 200200666821, FELIX FISCHER - QUINTA TURMA, DJ DATA: 14/04/2003, PG:00242).**
- **Os embargos declaratórios não se prestam à rediscussão da matéria. Ademais, “O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um a todos os argumentos”. (RJTJESP 115/207 – in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Theotonio Negrão, 27ª ed., nota 17ª ao art. 535 do CPC).**
- **Embargos conhecidos e improvidos.**

## ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento aos embargos declaratórios, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 21 de agosto de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADE-LHA:

Trata-se de embargos declaratórios opostos pelo DNOCS - Departamento Nacional de Obras Contra as Secas – contra acórdão desta egrégia Turma, de seguinte teor:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMOLUMENTOS REQUERIDOS PARA REGISTRO DE IMÓVEIS. PRETENDIDA ISENÇÃO DO DNOCS. IMPOSSIBILIDADE. DECRETO-LEI Nº 1.537/77 NÃO RECEPCIONADO PELA CF/88. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL PREVISTA NO ART. 151, III, DA CF.

- O DNOCS requer a concessão da isenção no pagamento dos emolumentos cartorários, embasando seu pedido no Decreto-Lei nº 1537/77.

- É cediço que os emolumentos têm natureza jurídica de taxa. (Precedente: ADI 1624, CARLOS VELLOSO, STF)

- Incidência da vedação prevista no art. 151, III, da Constituição Federal. Decreto-Lei nº 1537/77 não recepcionado pela CF/88. (Precedente: AG118722/CE, DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO, Terceira Turma, JULGAMENTO: 08/03/2012, PUBLICAÇÃO: DJE 15/03/2012 - Página 704)

- A prerrogativa, conferida à Fazenda Pública, de recolher o depósito de custas e emolumentos na esfera jurisdicional, somente se vencida e ao final do processo, não se estende para desobrigá-la do pagamento de emolumentos cartorários, requeridos para transcrição de sentença no registro imobiliário.

- Agravo de instrumento improvido e agravo regimental prejudicado.

Aduz o embargante que o Decreto-Lei nº 1.537/77 foi recepcionado pela Constituição Federal, alegando, inclusive, haver respaldo constitucional no art. 236, § 2º. Alega que tal artigo confere competência legislativa plena à União Federal para dispor acerca dos emolumentos. Alega que o acórdão impugnado não podia ter declarado a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.537/77, sob o fundamento de que houve violação à cláusula de reserva de plenário. Alega, ainda, omissão quanto à aplicação dos arts. 24-A da Lei

nº 9.028/95, 1º, § 1º, e 4º da Lei nº 9.289/96, 31 da Lei nº 4.229/63 e 1º e 2º do Decreto-Lei nº 1.537/77. Requer que os embargos sejam conhecidos e providos.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

Na análise das razões recursais, os embargos de declaração não merecem prosperar.

Inicialmente, observa-se, de forma clara, que o acórdão proferido por esta egrégia Turma não foi omisso quanto à aplicação dos arts. 24-A da Lei nº 9.028/95, 1º, § 1º, e 4º da Lei nº 9.289/96, 31 da Lei nº 4.229/63, vez que todos esses dispositivos dispõem acerca da isenção no pagamento de custas e emolumentos na esfera jurisdicional, que não se confundem com os emolumentos necessários ao registro de imóveis, conforme disposto com nitidez no trecho do acórdão embargado, abaixo transcrito:

**Observe-se que a prerrogativa, conferida à Fazenda Pública, de recolher o depósito de custas e emolumentos na esfera jurisdicional, somente se vencida e ao final do processo, não se estende para desobrigá-la do pagamento de emolumentos cartorários, requeridos para transcrição de sentença no registro imobiliário.**

Nesse sentido, vejam-se precedentes do e. Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

ADMINISTRATIVO, CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUTARQUIA FEDERAL. REGISTRO DE DESAPROPRIAÇÃO. ISENÇÃO DO PAGAMENTO DE CUSTAS JUDICIAIS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO.

1. Conquanto não esteja o agravante obrigado a antecipar o depósito das custas e emolumentos em sede de ação judicial que tenha promovido, prerrogativa que lhe é conferida por ostentar a condição de Autarquia Federal, tal benesse não tem o condão de eximi-lo do pagamento dos emolumentos cartorários para a transcrição de sentença de desapropriação no registro imobiliário.

Precedentes jurisprudenciais.

2. Agravo de instrumento improvido. Pedido de reconsideração e agravo regimental prejudicados.

(PROCESSO: 00126589420114050000, AG118650/CE, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA, Terceira Turma, JULGAMENTO: 03/05/2012, PUBLICAÇÃO: *DJE* 16/05/2012 - Página 64)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGISTRO IMOBILIÁRIO. CARTÓRIO COMPETENTE. PAGAMENTO DE EMOLUMENTOS. ISENÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. ATIVIDADE REMUNERADA.

1. Agravo de instrumento que foi manejado em face da decisão que determinou que o pagamento dos emolumentos cartorários para a transcrição de sentença no Registro Imobiliário deveria ficar a cargo do ora agravante.

2. O DNOCS afirmou que possuiria a mesma prerrogativa conferida à União: a de não estar obrigado a antecipar o depósito das custas e de eventuais emolumentos, em sede de ação judicial que tivesse promovido perante a Justiça comum Federal, dispondo, pois, do privilégio de pagar, caso vencido, somente a final.

3. Embora a Autarquia Federal desfrute do privilégio de pagar, caso vencida, apenas ao final do processo, as custas e os emolumentos em sede de ação judicial, no caso presente, por tratar-se de Cartório de Registro de Imóvel, que desenvolve atividades não oficiais e remuneradas pelos serviços prestados, não se antevê como possa ser reconhecida a isenção pretendida, diante de uma situação absolutamente distinta da relação jurídico-processual trazida a tomo. Precedentes. Agravo de instrumento improvido.

(PROCESSO: 00197020420104050000, AG112501/CE, DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO, Terceira Turma, JULGAMENTO: 23/02/2012, PUBLICAÇÃO: *DJE* 23/03/2012 - Página 192)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PAGAMENTO DE EMOLUMENTOS. REGISTRO DE IMÓVEIS. PRETENDIDA ISENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

I - O DNOCS, enquanto autarquia federal, tem a mesma prerrogativa conferida à União Federal de não estar obri-

gada a antecipar o depósito de custas e emolumentos em sede de ação judicial que tenha promovido perante a Justiça Federal, dispondo do privilégio de pagar, caso vencida, apenas, ao final do processo.

II - Entretanto, o tratamento diferenciado em prol de uma autarquia federal não significa dizer que possa ter reconhecida sua isenção perante os Cartórios de Registro de Imóveis, o que se mostra uma situação absolutamente distinta, em face de preços decorrentes de atividades não oficiais, que são remuneradas pelo valor dos serviços desenvolvidos, e não pelos órgãos do judiciário.

III - Precedente do STJ: RESP 1036656; Relatora: Ministra ELIANA CALMON, DJE 06/04/2009.

IV - Agravo de instrumento desprovido e pedido de reconsideração prejudicado.

(PROCESSO: 00126614920114050000, AG118707/CE, DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON NOBRE, Quarta Turma, JULGAMENTO: 08/11/2011, PUBLICAÇÃO: DJE 17/11/2011 - Página 107)

Nota-se, ainda, que o parágrafo único do art. 31 da Lei nº 4.229/63, cuja omissão foi apontada nos embargos opostos, dispõe acerca das isenções tributárias, apenas, em relação a taxas ou emolumentos cobrados pelas entidades concessionárias de **serviços públicos federais**, que, evidentemente, não é o caso dos autos.

Em relação à alegação de omissão quanto à aplicação dos arts. 1º e 2º do Decreto-Lei nº 1.537/77, percebe-se que o acórdão foi suficientemente claro ao elucidar que a isenção requerida pelo DNOCS não é cabível, pela incompatibilidade do Decreto-Lei com dispositivo constitucional:

Inicialmente, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que os emolumentos têm natureza jurídica de taxa, conforme elucida seguinte julgado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CUSTAS E EMOLUMENTOS. LEI ESTADUAL QUE CONCEDE ISENÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE. Lei 12.461, de 7.4.97, do Estado de Minas Gerais.

**I - Custas e emolumentos são espécies tributárias, classificando-se como taxas. Precedentes do STF.**

II - À União, ao Estado-membro e ao Distrito Federal é conferida competência para legislar concorrentemente

sobre custas dos serviços forenses, restringindo-se a competência da União, no âmbito dessa legislação concorrente, ao estabelecimento de normas gerais, certo que, inexistindo tais normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades (CF, art. 24, IV, §§ 1º e 3º).

III - Constitucionalidade da Lei 12.461/97, do Estado de Minas Gerais, que isenta entidades beneficentes de assistência social do pagamento de emolumentos.

IV - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

(ADI 1624, CARLOS VELLOSO, STF)

**Perceba-se que, por se tratar de tributo estadual, incorre, no caso concreto, a vedação prevista no art. 151, III, da Constituição Federal:**

Art. 151. É vedado à União:

(...)

III - instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Desta forma, vê-se que o art. 1º do Decreto-Lei nº 1537/77 não foi recepcionado pela CF/88, conforme preceitua seguinte julgado do e. Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMOLUMENTOS. REGISTRO DE IMÓVEIS. PRETENDIDA ISENÇÃO DO DNOCS. DECRETO-LEI 1.537/77. NÃO RECEPÇÃO PELA CR/88. ISENÇÃO HETERÔNOMA. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. ART. 151, III, DA MESMA CARTA. IMPOSSIBILIDADE. IMPROVIMENTO.

1. O STF já firmou posicionamento no sentido de considerar que os emolumentos devidos em contrapartida aos serviços notariais e registrais têm natureza jurídica de taxa e, como tal, devem observar as normas constitucionais pertinentes ao Sistema Tributário Nacional. (STF - ADI 3694 - AP - TP - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - DJU 06.11.2006 - p. 30).

2. Assim, o Decreto-Lei 1.537/77, que concede isenção da taxa de emolumentos dos serviços extrajudiciais à União, não foi recepcionado pela Constituição, pena de se admitir isenção heterônoma, vedada pela mesma Carta em seu art. 151, III.

3. O DNOCS, como autarquia federal, tem a prerrogati-

va de não antecipar o depósito de custas e emolumentos em sede de ação judicial que tenha promovido (vencido, paga apenas ao final), mas isso não pode ser confundido com um reconhecimento de isenção perante os Cartórios de Registro de Imóveis.

4. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (PROCESSO: 00126979120114050000, AG118722/CE, DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO, Terceira Turma, JULGAMENTO: 08/03/2012, PUBLICAÇÃO: DJE 15/03/2012 - Página 704)

Quanto à alegação de que o art. 236, § 2º, da CF confere competência legislativa plena à União Federal para dispor acerca dos emolumentos, percebe-se que, conforme o dispositivo abaixo transcrito, cabe à União estabelecer, apenas, normas gerais acerca da fixação de emolumentos:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

Tal dispositivo constitucional não dispõe acerca de isenções tributárias, que podem, sim, ser positivadas em legislação inferior, desde que não contrariem a Constituição Federal, inclusive seu art. 151, que veda à União a instituição de isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Quanto à alegação de o acórdão impugnado declarou a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 1.537/77, violando o princípio da reserva de plenário, ao analisar o acórdão embargado, é claramente manifesto que **não** houve qualquer declaração de inconstitucionalidade, e sim, somente, juízo de recepção de norma pré-constitucional, que não exige obediência à cláusula de reserva de plenário, conforme dispõe o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. FALÊNCIA. MULTA. NATUREZA ADMINISTRATIVA. SÚMULA 565/STF. ART. 9º DO DL 1.893/1981. AFASTAMENTO. RESERVA DE PLENÁRIO. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. SÚMULA VINCULANTE 10. INAPLICABILIDADE.



1. Não se aplica a Súmula Vinculante 10 à decisão prolatada em momento anterior ao de adoção do enunciado.

2. A simples ausência de aplicação de uma dada norma jurídica ao caso sob exame não caracteriza, tão-somente por si, violação da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal. Não se exige a reserva estabelecida no art. 97 da Constituição sempre que o Plenário, ou órgão equivalente do Tribunal, já tiver decidido a questão. Também não se exige a submissão da matéria ao colegiado maior se a questão já foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal. No caso em exame, a jurisprudência da Corte é no sentido de que à multa de natureza administrativa aplica-se a Súmula 565/STF, ainda que na vigência da Constituição de 1988.

**3. Esta Corte estabeleceu a distinção entre o juízo de recepção de norma pré-constitucional e o juízo de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade (ADI 2, rel. min. Paulo Brossard). A reserva de Plenário prevista no art. 97 da Constituição não se aplica ao juízo de não-recepção de norma pré-constitucional.** Agravo regimental ao qual se nega provimento. (RE-AgR 278710, JOAQUIM BARBOSA, STF)

Nesse sentido, veja-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. ART. 481 DO CPC. NORMA ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REVOGAÇÃO OU NÃO-RECEPÇÃO. SUBMISSÃO DA QUESTÃO AO TRIBUNAL PLENO. DESNECESSIDADE.

**A cláusula de reserva de plenário somente é aplicável na hipótese de controle difuso em que deva ser declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, não se aplicando aos casos (como o dos autos) em que se reputam revogadas ou não recepcionadas normas anteriores à Constituição vigente. Nestes casos, não há que se falar em inconstitucionalidade, mas sim em revogação ou não recepção.** Precedentes do colendo Supremo Tribunal e desta Corte. Recurso não conhecido.

(RESP 200200666821, FELIX FISCHER - QUINTA TURMA, DJDATA: 14/04/2003, PG: 00242.)

Resta claro que o DNOCS pretende rediscutir a matéria tratada nos autos, o que não é cabível em sede de embargos declaratórios.

Impõe-se, portanto, a rejeição do recurso, na medida em que não se configura nenhuma das hipóteses que ensejaria a sua interposição.

Ademais, *“O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um a todos os argumentos”*. (RJTJESP 115/207 – in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Theotonio Negrão, 27ª ed., nota 17ª ao art. 535 do CPC)

Por essa razão, conheço e nego provimento aos embargos declaratórios.

É como voto.

## **INQUÉRITO N° 2.373-PB**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA  
Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Indic./Invdo.: SEM INDICIADO  
Investigado: SEVERINO PEREIRA DANTAS  
Advs./Procs.: DRS. JOHN JOHNSON GONÇALVES DANTAS DE ABRANTES E OUTROS (INVDO.)

***EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA CONTRA PREFEITO. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE (ART. 54, § 2º, V, DA LEI Nº 9.605/98). AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO FEDERAL. FATOS QUE SE POTENCIALIZAM EXCLUSIVAMENTE NO INTERESSE DA POPULAÇÃO LOCAL. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL (ART. 109, IV, DA CF/1988). PRECEDENTES DO STJ. REMESSA***

**DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA (ART. 29, X, DA CF/1988).**

**- Prefeito do Município de Paulista, Estado da Paraíba, denunciado em face da suposta prática do crime previsto no art. 54, § 2º, V, da Lei nº 9.605/98.**

**- Segundo a acusação, o denunciado, de forma irregular e sem a observância das exigências legais, vem utilizando um aterro sanitário para o expurgo do lixo urbano coletado pelo serviço público de limpeza, com acumulação de detritos e resíduos no local, o que vem causando poluição em níveis tais que podem resultar danos à saúde humana, bem como à fauna e à flora, além de estar situado dito aterro em área de preservação permanente.**

**- A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre a competência administrativa em assuntos para o meio ambiente (art. 23), incumbiu à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, de modo comum, o dever de combate à poluição em qualquer de suas formas e o de preservação das florestas, fauna e flora, dentre outros.**

**- Daí a razão por que, sob a ótica administrativa, é comum a atuação, isolada ou conjuntamente, dos órgãos da administração de todos os entes da Federação no desenvolvimento de atividades preventivas e repressivas voltadas à proteção ao meio ambiente.**

**- A competência administrativa não se confunde com a competência jurisdicional penal.**

**- O egrégio Superior Tribunal de Justiça (AGRESP nº 704.209 e CC nº 30.260), de forma bastante clara, pronunciou-se no sentido de que, pela ausência de dispositivo constitucional ou legal expresso sobre qual a Justiça competente para o julgamento de crimes contra o meio ambiente, em regra, a competência determina-se em favor da**

***Justiça Comum Estadual, salvo quando comprovada a ocorrência de lesão a bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, nos termos do art. 109, IV, da CF/1988.***

***- A peça acusatória narra que o crime ambiental imputado ao denunciado consumou-se em função do funcionamento irregular de “lixão” (ou aterro sanitário) localizado no Município de Paulista/PB, onde seria lançado, em suma, lixo doméstico, hospitalar, de varrição, etc, sem critério algum de proteção ao meio ambiente e disposto em céu aberto.***

***- Conforme registra, o “lixão” (ou aterro sanitário) perfaz uma área inclinada que termina na parte baixa de um açude – o qual está localizado a menos de 10 m da borda atual do lixão –, ou seja, em área de preservação permanente, com prejuízo direto ao meio ambiente e à saúde pública, conforme Laudo de Exame de Meio Ambiente elaborado pelo Setor Técnico-Científico da Polícia Federal (fls. 199/215).***

***- O Relatório de Vistoria do IBAMA ao local (nº 02016.002009/02-38), às fls. 40/42, em que também está embasada a denúncia, discorre que “O lixão ora vistoriado está situado a margem direita da PB Paulista/São Bento, onde a Prefeitura paga ao (...) proprietário (...) anuidade sobre a ocupação da área”, e, com medida de “0,3782ha, encontra-se desprovida de cerca, estando à margem de uma lagoa natural, constituindo-se, portanto, área de preservação permanente, distante a 500 metros das moradias mais próximas”.***

***- Em observância ao art. 20, III, da CF/1988, que dispõe sobre os bens da União, percebe-se que, conquanto mencionada a prática de crime ambiental em área rural, com resultados alegadamente lesivos à área que seria de preservação permanente (terreno lindeiro ao açude), constata-se***

**que, in casu, a imputação contida na denúncia não revela prejuízo a bem da União, ou a alguma de suas entidades, a ponto de se destacar o interesse público federal.**

**- Ao contrário, o que de fato está potencializado na denúncia é o interesse da população local diante da poluição (na visão da acusação) que, conforme verificado, atinge área de preservação ambiental localizada nos limites do Município de Paulista/PB, inclusive, em parte dela, de natureza privada.**

**- Nos autos, não há elementos que sugiram que o referido açude ou lagoa natural (assim identificada no Relatório de Vistoria do IBAMA – fls. 40/42) tenha sido construído(a) pela União ou algum órgão ou entidade a ela vinculado, ou com recursos deles provenientes, a ponto de atrair a competência da Justiça Federal ante a ressalva do art. 26, I, da CF/1988.**

**- O simples enquadramento geográfico do Município de Paulista/PB na bacia do Rio Piranhas-Açu, que corta os Estados da Paraíba e do Rio Grande do Norte, não é suficiente para revelar o interesse primário federal no caso concreto, pois não há nos autos elementos que demonstrem, ou sequer sugiram, que a alegada poluição causada pelo depósito irregular de detritos sólidos no lixão (ou aterro sanitário) localizado naquele Município atinja a área de preservação ambiental do Rio Piranhas, ou que o açude (na verdade um barreiro) próximo ao lixão tenham as suas águas lançadas no rio.**

**- Declarada a incompetência da Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito, e, em analogia ao art. 113, § 2º, do CPC, determinada a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba (art. 29, X, da CF/1988) para as providências cabíveis.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide o Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, declarar a incompetência da Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito, determinando a remessa dos autos ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 13 de junho de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal (MPF) contra Severino Pereira Dantas, atual Prefeito do Município de Paulista, Estado da Paraíba, pela prática, em tese, de crime ambiental previsto no art. 54, § 2º, V, da Lei nº 9.605/98.

Noticia a denúncia (fls. 02A /05A – volume 1 de 2) que:

I) o Município de Paulista/PB, através do seu atual Prefeito, ora denunciado, de forma irregular e sem a observância das exigências legais, vem utilizando um aterro sanitário para o expurgo do lixo urbano coletado pelo serviço público de limpeza;

II) tal situação vem perdurando há anos, repetindo-se em sucessivas gestões e, assim, permanecendo até o dia de hoje, com acumulação dos detritos e resíduos no local, o que vem causando poluição em níveis tais que podem resultar danos à saúde humana, bem como à fauna e à flora, além de estar situado dito aterro em área de preservação permanente;

III) em razão da manutenção e funcionamento irregular de aterro sanitário, o denunciado vem causando dano direto à área de preservação permanente, ao meio ambiente e à saúde pública.

Em resposta à denúncia (fls. 307/314 – volume 2 de 2), o denunciado alega que:

a) a situação noticiada na denúncia não foi criada por sua vontade, nem por ela se mantém, ao revés, tem encetado diligências no sentido de resolver a problemática herdada pelas administrações passadas;

b) assumiu a Administração Municipal a partir de 2009, quando já encontrou o problema enraizado no Município de Paulista/PB, e, a despeito da escassez de recursos financeiros para suprir as necessidades locais, não tem evitado tomar as medidas urgentes para sanear os efeitos do falado “lixão”.

Dentre as medidas tomadas, enquanto gestor do Município de Paulista/PB, afirma o denunciado que:

I) uma das primeiras ações implementadas, cujo custo pôde ser arcado pelo Município, foi o de isolar a área em que estava sendo depositado o lixo, proibindo a sua utilização com avisos (fotografias de fls.341/343), e passando a utilizar uma outra área para a alocação dos resíduos de forma a minorar os efeitos do referido dano ao ambiente (fotografias de fls.344/354);

II) já no seu primeiro ano de gestão (2009), pleiteou a celebração de Convênio junto ao Ministério da Saúde, cujo órgão concedente seria a Fundação Nacional de Saúde, para a implantação do sistema de limpeza urbana com destinação final adequada dos resíduos sólidos urbanos em “Aterro Sanitário”, conforme Proposta nº 077280/2009, repetida nos anos seguintes, 2010 e 2011 (documento ref. propostas nº 052526/2010 e 007794/2011 – fls. 319/340 – volume 2 de 2), ficando o valor global desta última no montante de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), sendo R\$ 1.960.000,00 (um milhão e novecentos e sessenta mil reais) o valor dos repasses do Governo Federal e R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) a contrapartida do Município. Afirma que o pleito, até a presente data não foi atendido;

III) apesar da ausência da ajuda do Governo Federal, na condição de gestor do Município de Paulista/PB, está buscando adiantar a elaboração do Projeto para o Aterro Sanitário almejado, de forma que publicou na imprensa oficial Aviso de Licitação com o fim de contratar profissional para a elaboração do referido projeto (documento de fls. 317 e 318);

IV) juntamente com outros Prefeitos das edilidades próximas ao Município de Paulista/PB, desde 2011 está promovendo um consórcio intermunicipal objetivando o tratamento dos resíduos sólidos urbanos (RSU) dos Municípios da Região, contemplando os processos de recuperação de recicláveis, compostagem de matéria orgânica e o aterramento controlado de rejeitos (Anteprojeto – documento de fls. 355/438).

Ao final, pugna pela rejeição da denúncia ante a ausência de vontade deliberada de causar poluição mediante lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos.

Com vista à Procuradoria Regional da República, através dos Requerimentos de fls. 441/447 e fl. 463, o Exmo. Sr. Procurador Regional da República, *Francisco Rodrigues dos Santos Sobrinho*, corroborou os termos da denúncia requerendo o seu recebimento com o consequente prosseguimento do feito.

Determinei a inclusão do feito na pauta de julgamento pelo Plenário desta Corte, não sendo hipótese de remessa dos autos à revisão.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

### **Preliminar**

Verifico, em primeiro lugar, se é competente a Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito.

Está-se a cuidar da prática, em tese, do delito previsto no art. 54, § 2º, V, da Lei nº 9.605/98, que assim dispõe:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

§ 2º Se o crime:



I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;

II - causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população;

III - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;

IV - dificultar ou impedir o uso público das praias;

V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível. (Original sem destaque).

Pois bem.

A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre a competência administrativa em assuntos para o meio ambiente (art. 23), incumbiu à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, de modo comum, o dever de combate à poluição em qualquer de suas formas e o de preservação das florestas, fauna e flora, dentre outros.

Daí a razão por que – ressalte-se: sob a ótica administrativa – é comum a atuação, isolada ou conjuntamente, dos órgãos da administração de todos os entes da Federação no desenvolvimento de atividades preventivas e repressivas voltadas à proteção ao meio ambiente.

Ocorre que a competência administrativa não se confunde com a competência jurisdicional cível e penal.

A primeira, a competência cível, é determinada (com espeque na Justiça Federal), principalmente, em função da regra genérica do inciso I do art. 109 da CF/1988, que dispõe serem afetas à Justiça Federal “*as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de auto-*

*ras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”.* (Original sem destaque)

Logo, percebe-se que a competência cível é estabelecida em razão da pessoa (*ratione personae*), não importando a natureza do bem jurídico tutelado, sendo suficiente para a sua fixação a presença processual de qualquer um dos entes citados naquele dispositivo, seja na condição de autor, réu, assistente ou oponente.

Para exemplo, posso-me socorrer do caso de que trata os presentes autos.

Em virtude dos fatos a ele relacionados, o IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis) ajuizou ação civil pública contra o Município de Paulista/PB, que, em função da natureza jurídica dele (IBAMA), autarquia federal, fora proposta perante a Justiça Federal de 1º Grau na Paraíba (art. 109, I, da CF/1988).

A competência penal, por sua vez, é determinada com base em critério distinto, não mais em razão da pessoa, mas da matéria (*ratione materiae*). Esta é a previsão genérica do inciso IV do art. 109 da CF/1988, quando prescreve que compete à Justiça Federal processar e julgar “*as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral*”.

Verifica-se, assim, que não é a *presença* daquelas entidades no processo que determina a competência penal da Justiça Federal, tal como se dá em termos de competência cível, mas a titularidade *dos bens, serviços ou interesses* atingidos pelo ilícito penal.

Foi exatamente com base nesse critério que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em matéria de meio ambiente, pronunciou-se de forma bastante clara no sentido de que, **pela ausência de dispositivo constitucional ou legal expresso sobre qual a Justiça competente para o julgamento de crimes contra o meio ambiente, a competência determina-se, em regra, em favor da Justiça Comum Estadual, salvo quando comprovada a ocor-**

**rência de lesão a bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, nos termos do art. 109, IV, da CF/1988.** Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. SÚMULA Nº 91/STJ. INAPLICABILIDADE APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 9.605/98. INEXISTÊNCIA DE LESÃO A BENS, SERVIÇOS OU INTERESSES DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

1. Em sendo a proteção ao meio ambiente matéria de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e inexistindo, quanto aos crimes ambientais, dispositivo constitucional ou legal expresso sobre qual a Justiça competente para o seu julgamento, tem-se que, em regra, o processo e o julgamento dos crimes ambientais é de competência da Justiça Comum Estadual.

2. Inexistindo, em princípio, qualquer lesão a bens, serviços ou interesses da União (artigo 109 da CF), afasta-se a competência da Justiça Federal para o processo e o julgamento de crimes cometidos contra o meio ambiente, aí compreendidos os delitos praticados contra a fauna e a flora.

3. Inaplicabilidade da Súmula nº 91/STJ, editada com base na Lei nº 5.197/67, após o advento da Lei nº 9.605, de fevereiro de 1998.

4. Ultrapassado o lapso temporal extintivo de 4 anos (artigo 109, inciso V, combinado com o artigo 110, parágrafo 1º, ambos do Código Penal), contados da sentença penal condenatória, forçoso o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, modalidade superveniente.

5. Agravo regimental improvido. Prescrição da pretensão punitiva declarada de ofício. (STJ - AGRESP nº 704.209 - 6ª Turma - Rel. Hamilton Carvalhido - Public. DJ 06/03/2006)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME AMBIENTAL. LEI Nº 9.605/98. COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS. DELITO PRACTICADO EM ÁREA PARTICULAR. INEXISTÊNCIA DE ESPECIAL INTERESSE DA UNIÃO OU DE SUAS ENTIDADES AUTÁRQUICAS OU EMPRESAS PÚBLICAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. A partir da edição da Lei nº 9.605/98, os delitos contra o meio ambiente passaram a ter disciplina própria, não se definindo, contudo, a Justiça competente para conhecer das respectivas ações penais, certamente em decorrência do contido nos artigos 23 e 24 da Constituição Federal, que estabelecem ser da competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios proteger o meio ambiente, preservando a fauna, bem como legislar concorrentemente sobre essas matérias.
2. Deve ser verificado se o delito foi praticado em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, a teor do disposto no artigo 109, IV, da Carta Magna, de forma a firmar ou não a competência da Justiça Federal.
3. Tratando-se de suposta infração cometida em área particular, inexistente qualquer circunstância determinante de especial interesse da União, declara-se a competência da Justiça Estadual.
4. Conflito conhecido, declarando-se competente o suscitado. (STJ - CC nº 30.260 - 3ª Seção - Rel. Min. Fontes Alencar - Public. 14/06/2006)

Em sendo assim, **com enfoque nesse critério para determinação da competência, passo ao exame das circunstâncias que permeiam a denúncia.**

A peça acusatória narra que o crime ambiental imputado ao denunciado consumou-se em função do funcionamento irregular de “lixão” (ou aterro sanitário) localizado no Município de Paulista/PB, onde seria lançado, em suma, lixo doméstico, hospitalar, de varrição, etc, sem critério algum de proteção ao meio ambiente e disposto em céu aberto.

Segundo conta, o “lixão” (ou aterro sanitário) perfaz uma área inclinada que termina na parte baixa de um açude – o qual está localizado a menos de 10 m da borda atual do lixão –, ou seja, em área de preservação permanente, com prejuízo direto ao meio ambiente e à saúde pública, conforme Laudo de Exame de Meio Ambiente elaborado pelo Setor Técnico-Científico da Polícia Federal (fls. 199/215).

À vista do Relatório de Vistoria do IBAMA ao local (nº 02016.002009/02-38), às fls. 40/42, em que também está embasada a

denúncia, “O lixão ora vistoriado está situado à margem direita da PB Paulista/São Bento, onde a Prefeitura paga ao Sr. José de Odilon – proprietário – anuidade sobre a ocupação da área”, e, com medida de “0,3782ha, encontra-se desprovida de cerca, estando a margem de uma lagoa natural, constituindo-se portanto área de preservação permanente, distando a 500 metros das moradias mais próximas”.

Destarte, pergunta-se: A situação acima retratada evidencia lesão a bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, nos termos do art. 109, IV, da CF/1988?

Para resposta, busquemos auxílio no que está prescrito no art. 20, III, da CF/1988, *in verbis*:

Art. 20. São bens da União:

I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;

II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;

III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

IV - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II;

V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

VI - o mar territorial;

VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos;

VIII - os potenciais de energia hidráulica;

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

§ 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.

§ 2º - A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

Pois então.

Em leitura ao dispositivo retromencionado, percebe-se que, conquanto mencionada a prática de crime ambiental em área rural, com resultados alegadamente lesivos à área que seria de preservação permanente (terreno lindeiro ao açude), constata-se que, in casu, a imputação contida na denúncia não revela prejuízo a bem da União, ou a alguma de suas entidades, a ponto de se destacar o interesse público federal.

Ao contrário, o que de fato está potencializado na denúncia é o **interesse da população local** diante da poluição (na visão da acusação) que, conforme verificado, atinge área de preservação ambiental localizada nos limites do Município de Paulista/PB, inclusive, em parte dela, de natureza privada.

Ressalte-se que, nos autos, não há elementos que sugiram que o referido açude ou lagoa natural (assim identificada no Relatório de Vistoria do IBAMA – fls. 40/42) tenha sido construído(a) pela União ou algum órgão ou entidade a ela vinculado, ou com recursos deles provenientes, a ponto de atrair a competência da Justiça Federal ante a ressalva do art. 26, I, da CF/1988<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;

(...). (Original sem destaque)

De outro lado, merece registro o fato de que o simples enquadramento geográfico do Município de Paulista/PB na bacia do Rio Piranhas-Açu, que corta os Estados da Paraíba e do Rio Grande do Norte, não é suficiente para revelar o interesse primário federal no caso concreto, pois não há nos autos elementos que demonstrem, ou sequer sugiram, que a alegada poluição causada pelo depósito irregular de detritos sólidos no lixão (ou aterro sanitário) localizado naquele Município atinja a área de preservação ambiental do Rio Piranhas, ou que o açude (na verdade um barreiro) próximo ao lixão tenham as suas águas lançadas no rio.

Apenas para exemplificar a conclusão ora esposada, transcrevo trecho da obra “Crimes Contra a Natureza”, de Vladimir e Gilberto Passos de Freitas:

Em realidade, nada há que justifique a competência federal, exceto se o delito foi praticado em detrimento de bem da União, ou seja, a uma unidade de conservação federal. Aí incide a regra geral do art. 109, inc. IV, da Constituição Federal. Por exemplo, se o infrator corta árvores clandestinamente no Parque Nacional de Itatiaia, incorrendo no delito previsto no art. 38 da Lei 9.605, de 1998, a competência será da Justiça Federal. Porém, se ele pratica a mesma ação contra árvores pertencentes a particulares (Código Civil, arts. 43 e 528), ao Estado ou a um Município, razão não há para a competência ser da Justiça Federal: a uma, porque a fiscalização não é mais privativa do órgão federal, mas comum aos órgãos ambientais estaduais ou municipais (CF, art. 23, incs. VI e VII).

Ante o exposto, declaro a incompetência da Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito, e, em analogia ao art. 113, § 2º, do CPC, determino a remessa dos autos ao egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba (art. 29, X, da CF/1988) para as providências que entenda cabíveis.

É como voto.

## INQUÉRITO Nº 2.455-AL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO WANDERLEY  
DE SIQUEIRA FILHO (CONVOCADO)  
Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Investigado: LUIZ DANTAS LIMA  
Adv./Proc.: DR. GUSTAVO MARTINS DELDUQUE DE MACEDO

**EMENTA: PROCESSUAL E PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. NULIDADE. REJEIÇÃO. VIOLAÇÃO À PRERROGATIVA DE FORO. INOCORRÊNCIA. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO LANÇAMENTO. DESNECESSIDADE. DECADÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ANÁLISE PREJUDICADA. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. AFASTAMENTO.**

**- Inexistem motivos para a decretação de nulidade do indiciamento do denunciado, por suposta violação à garantia de prerrogativa de foro, uma vez que o seu mandato de Deputado Federal expirou quando ainda estava em tramitação o presente inquérito policial.**

**- Hipótese em que, caso a instauração do procedimento investigatório tivesse sido levada a termo pelo Procurador-Geral da República, haveria a cessação da competência originária do col. Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, b, da CF/88), por ser o investigado, atualmente, Deputado Estadual em Alagoas, bem como em razão do cancelamento da Súmula 394/STF.**

**- O inquérito foi instaurado por requisição de Procurador da República no Estado de Alagoas, o qual compõe a estrutura do Ministério Público Federal e possui legitimidade para dar início à investigação, tendo em vista o princípio institucional da unicidade, estabelecido no art. 127, § 1º, da Constituição Federal.**



**- A infração capitulada no art. 168-A do CP não se confunde com os crimes previstos na Lei nº 8.137/90, já que estes, por ostentarem natureza material, exigem como condição para a propositura da ação penal o esgotamento da esfera administrativa, ao passo que àquele, delito omissivo próprio e de natureza formal, tal requisito é dispensável.**

**- Entendimento firmado com base em precedentes jurisprudenciais deste tribunal e do TRF-1ª Região, bem como em decisão monocrática proferida pelo Ministro Luiz Fux, nos autos do HC 97888/RJ, na data de 30/05/2011, em que restou afirmado que a jurisprudência do STF entende ser irrelevante o procedimento administrativo fiscal, em face da natureza formal do crime de apropriação indébita previdenciária.**

**- Por ser crime omissivo próprio e não depender da ocorrência do resultado naturalístico, a alegação de ocorrência da decadência do crédito tributário tem sua análise prejudicada, porque o simples fato de o agente não repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos empregados da empresa já é suficiente para a caracterização da conduta delitiva.**

**- Alegação de inépcia da denúncia rechaçada, uma vez que os fatos ali narrados encontram-se devidamente fundamentados, possibilitando a defesa dos denunciados.**

**- Constatada através de laudo criminal contábil a materialidade dos fatos imputados ao denunciado, atinentes à apuração de disponibilidade financeira da empresa para efetuar os recolhimentos das contribuições devidas e não repassadas à Previdência Social, na época própria.**

**- Em que pese não ser possível a responsabilização objetiva do denunciado, simplesmente por ostentar o cargo de Presidente da Cooperativa, há nos autos uma série de documentos em que**

***consta a prática de atos de gestão pelo investigado (assinatura de balanços contábeis e atas, por exemplo), inclusive no período em que ele alega estar afastado do comando empresarial (1991-2003), por, nesse lapso, ocupar o mandato de Deputado Federal.***

***- Considerando que a pena máxima cominada ao crime previsto no art. 168-A do Código Penal é de cinco anos, bem como que, entre a consumação dos fatos delitivos (junho/92 a maio/2001) e a presente data, não decorreram doze anos (art. 109, III, do CP), não há que se falar em extinção da punibilidade pela prescrição.***

***- Havendo indícios da materialidade e da autoria do crime imputado, há de ser processada a ação penal.***

***- Denúncia recebida quanto ao crime do art. 168-A do CP.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, receber a denúncia com relação ao delito descrito no art. 168-A do CP, nos termos do Relatório, do Voto do Relator e das Notas Taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 15 de agosto de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO - Relator Convocado

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO (Convocado):

Trata-se de denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal contra Luiz Dantas Lima, Deputado Estadual em Alagoas, pela configuração, em tese, do delito tipificado no art. 168-A c/c o art. 71 do Código Penal, por deixar de recolher ao INSS, no período de junho/

1992 a maio/2001, na qualidade de Presidente da Cooperativa Agropecuária de Major Isidoro Ltda (CAMIL), contribuições sociais descontadas da folha de pagamento dos empregados e dos ganhos de produção dos cooperados.

Narra a peça acusatória que a materialidade do crime pode ser constatada através do laudo financeiro-contábil, o qual destaca que, durante a maior parte do período de não recolhimento das contribuições, havia disponibilidade financeira da empresa, de acordo com registros de sua própria contabilidade. No tocante aos indícios de autoria, aduz que há elementos nos autos que atestam a sua existência em desfavor do denunciado, haja vista os atos comerciais por ele praticados na condição de Diretor-Presidente da referida Cooperativa.

Notificado, o investigado apresentou resposta, sustentando: a) a nulidade do inquérito por incompetência absoluta, eis que, ao tempo em que foi instaurado (21/01/2002), exercia o mandato de Deputado Federal, de modo que cabia apenas ao Procurador-Geral da República requisitar a sua abertura, sob a supervisão do col. STF; b) que é condição objetiva para o início da persecução penal que tenha havido, no âmbito fiscal, a constituição definitiva do crédito tributário (Súmula Vinculante nº 24), o que não ocorreu na hipótese em comento; c) a extinção dos créditos pela decadência, além da ausência de prova da materialidade; d) a prescrição da pretensão punitiva em relação aos fatos ocorridos até maio/2000; e) a inépcia da denúncia, por não descrever especificamente os fatos criminosos eventualmente cometidos pelo denunciado.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO (Relator Convocado):

Trata-se de denúncia ofertada em desfavor de Luiz Dantas Lima, Deputado Estadual/AL, pela configuração, em tese, do delito tipificado no art. 168-A do CP, na forma continuada.

*Ab initio*, convém apreciar a preliminar de nulidade do inquérito policial, suscitada sob o fundamento de que falecia competência ao Procurador da República em Alagoas para requisitar à Polícia

Federal a sua instauração, pois, à época, o denunciado era Deputado Federal.

Segundo informações colhidas na página eletrônica da Câmara dos Deputados (fls. 360/363), verifica-se que o indiciado exerceu o mandato eletivo na referida Casa do Congresso Nacional nos períodos de 1991-1995, 1995-1999, 1999-2003, sendo certo que, na legislatura de 2003-2007, assumiu o cargo na qualidade de suplente, de 03 de março a 05 de julho de 2004.

Em atendimento à requisição do MPF Regional, o inquérito policial foi instaurado em 21/01/2002, de acordo com a Portaria colacionada à fl. 02, coincidindo, portanto, com um dos períodos em que o denunciado exercia dito mandato (1999-2003).

A despeito das relevantes razões invocadas pelo investigado no tocante à ocorrência de violação à garantia constitucional da prerrogativa de foro (art. 53, § 1º), observo que inexistem motivos, igualmente importantes, para a decretação de nulidade do seu inquérito.

O primeiro deles – quiçá o principal – reside no fato de que o mandato eletivo do investigado expirou quando ainda estava em tramitação o presente inquérito policial, o que daria ensejo, caso a sua abertura tivesse sido levada a termo pelo Procurador-Geral da República, à cessação da competência originária do col. Supremo Tribunal Federal para processar e julgar o agente político detentor da prerrogativa de foro (art. 102, I, b, da CF/88<sup>1</sup>), especialmente se levado em consideração que a Súmula nº 394<sup>2</sup> restou cancelada pela aludida Corte em 25.08.99 (INQ nº 687-QO).

---

<sup>1</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, **os membros do Congresso Nacional**, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; (...). (Grifei)

<sup>2</sup> COMETIDO O CRIME DURANTE O EXERCÍCIO FUNCIONAL, PREVALECE A COMPETÊNCIA ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO, AINDA QUE O INQUÉRITO OU A AÇÃO PENAL SEJAM INICIADOS APÓS A CESSAÇÃO DAQUELE EXERCÍCIO.

Em segundo lugar, vale salientar que o procedimento investigatório não foi instaurado de ofício pela autoridade policial, mas por requisição de Procurador da República no Estado de Alagoas, o qual compõe a estrutura do Ministério Público Federal e possui legitimidade para dar início à investigação, tendo em vista o princípio institucional da unicidade, estabelecido no art. 127, § 1º, da Constituição Federal.

Demais disso, o inquérito tramitou sob a supervisão do Juízo Federal da 2ª Vara/AL, sendo certo que não houve determinação de qualquer medida judicial que afetasse o patrimônio do investigado (quebra de sigilo, busca e apreensão etc.), não havendo que se falar, portanto, em prejuízo à sua defesa.

Destarte, rechaçada a alegação de nulidade do indiciamento do parlamentar, que atualmente exerce o mandato de Deputado Estadual, permanece hígida a possibilidade de apreciação da peça acusatória, para fins de cumprimento do exercício da função jurisdicional.

Quanto à tese da impossibilidade de início da persecução penal sem o prévio exaurimento da via administrativa, constato que aos crimes de natureza formal, como o delito do art. 168-A, § 1º, CP, não se aplica o entendimento relativo ao atendimento de tal requisito, como condição de procedibilidade da actio penal.

Com efeito, a infração capitulada no dispositivo mencionado não se confunde com os crimes previstos na Lei nº 8.137/90, já que estes, por ostentarem natureza material, exigem como condição para a propositura da ação penal o esgotamento da esfera administrativa, ao passo que àquele, delito omissivo próprio e de natureza formal, tal requisito é dispensável.

Não desconheço que o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o AgRg no Inquérito nº 2537/GO, em 2008, lançou o entendimento segundo o qual, para o crime de apropriação indébita previdenciária, a necessidade de esgotamento da via administrativa seria uma condição de procedibilidade para a persecução penal. Confira-se o teor do julgado:

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. CRIME. ESPÉCIE. A apropriação indébita disciplinada no artigo 168-A do Código Penal consubstancia crime omissivo

material e não simplesmente formal. INQUÉRITO. SONEGAÇÃO FISCAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO. Estando em curso processo administrativo mediante o qual questionada a exigibilidade do tributo, ficam afastadas a persecução criminal e – ante o princípio da não-contradição, o princípio da razão suficiente – a manutenção de inquérito, ainda que sobrestado. (STF, Pleno, Inq 2537 AgR/GO, rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 13/06/2008)

O referido precedente passou a ser adotado como leading case, tendo a jurisprudência do eg. STJ trilhado no sentido de que a deflagração da persecução penal, no delito descrito no art. 168-A do CP, dependia da constituição definitiva do crédito tributário, conforme se observa dos seguintes julgados: HC 137761/SP, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 14/02/11; HC 124038/SP, 6ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* 23/08/2010.

É certo afirmar, outrossim, que o Pleno deste Tribunal Regional, em sessão do dia 10/11/2010, arquivou o procedimento investigatório do MP nº 40, com supedâneo no citado Inq 2537 AgR/GO.

Convém destacar, porém, que o referido aresto do STF deve ser analisado com o cuidado necessário, uma vez que a causa para o sobrestamento do inquérito policial foi a informação, oriunda da própria Previdência, de que o crédito tributário estava suspenso.

No entanto, consoante assentou a Des. Federal Assusete Magalhães, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao apreciar a ACR nº 2007.38.01.004182-7/MG, a referida condição de procedibilidade não deve ser estendida para todos os casos de apropriação indébita previdenciária, tendo em vista que, especificamente na hipótese do Inq 2537 AgR/GO, havia um questionamento administrativo acerca da exigibilidade do crédito, que estava suspensa, tendo a referida relatora destacado que, atualmente, o posicionamento das 1ª e 2ª Turmas do col. STF é no sentido de que o delito previsto no art. 168-A do CP, por ser formal, não exige a constituição definitiva do crédito tributário, nem o dolo específico. Eis o teor do julgado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. ART. 95, *D*, DA LEI 8.212/91. LEI 9.983, DE

14/07/2000. *ABOLITIO CRIMINIS*. INOCORRÊNCIA. CRIME OMISSIVO FORMAL. OMISSÃO DE RECOLHIMENTO, À PREVIDÊNCIA SOCIAL, DOS VALORES DESCONTADOS DA REMUNERAÇÃO DOS EMPREGADOS DA EMPRESA. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DIFICULDADES FINANCEIRAS. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. INOCORRÊNCIA DE PROVA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

I - Não há *abolitio criminis*, por ter o art. 3º da Lei 9.983, de 14/07/2000, revogado o art. 95 da Lei 8.212/91, pois o tipo penal, descrito anteriormente, passou a ser previsto, de maneira idêntica, no art. 168-A do Código Penal, acrescentado pela referida Lei 9.983/2000. Precedentes jurisprudenciais.

**II - Na esteira do entendimento firmado pelo colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AgRg no INQ 2537/GO (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, unânime, em 10/03/2008, DJe de 13/06/2008), diversos julgados das Turmas que compõem a 2ª Seção do TRF/1ª Região (inter plures: RSE 2006.34.00.023860-1/DF, Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, 3ª Turma, unânime, e-DJF1 de 07/11/2008, p. 62; ACR 2001.36.00.006738-6/MT, Rel. Juíza Federal Convocada Rosimayre Gonçalves de Carvalho, 4ª Turma, unânime, e-DJF1 de 03/11/2008, p.77) passaram a considerar o delito do art. 168-A do Código Penal como delito omissivo material, e não simplesmente formal, exigindo-se, portanto, para a sua configuração, a constituição definitiva do correspondente crédito tributário.**

**III - Conquanto a matéria tenha sido apreciada e julgada, à época (em 2008), pelo Plenário do colendo STF, o fundamento efetivamente acolhido, por todos os Ministros que participaram daquele julgamento, para declararem a necessidade da prévia constituição definitiva do crédito tributário como condição para a persecução penal, naquele caso específico – em que o crédito encontrava-se com a exigibilidade suspensa –, não autoriza a implementação do mesmo entendimento a todos os casos de apropriação indébita previdenciária ou a conclusão de que o delito do art. 168-A do Código Penal exige dolo especí-**

fico – *animus rem sibi habendi* –, conforme esclarece o voto condutor da eminente Ministra Cármen Lúcia, no julgamento do HC 96.092-8/SP, razão pela qual o julgado, antes mencionado como *leading case* de inúmeras outras decisões judiciais proferidas nas instâncias inferiores, revelou-se, em verdade, precedente isolado, na Corte Suprema, não sendo, inclusive, o posicionamento atualmente adotado pela 1ª e 2ª Turmas do STF, que mantêm, igualmente, o entendimento de ser o delito do art. 168-A do Código Penal crime formal, que não exige a constituição definitiva do crédito tributário e o dolo específico (*animus rem sibi habendi*) para a sua configuração, sendo a AP 516 (Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2010, DJe de 03/12/2010) o novo precedente do Plenário da Suprema Corte sobre a matéria.

**IV - Materialidade e autoria delitivas comprovadas.**

V - Para que as dificuldades financeiras da empresa sejam reconhecidas como de extrema gravidade, não bastam meras alegações. É necessária a efetiva comprovação de que a atividade empresarial das rés passava por profundos problemas financeiros – que não poderiam ser contornados inclusive com o sacrifício do patrimônio particular das acusadas –, capazes de impedir o repasse das contribuições à Previdência Social, o que não é caso dos autos.

VI - Apelação improvida. (TRF-1ª R., 3ª T., ACR 2007.38.01.004182-7/MG, rel. Des. Federal Assusete Magalhães, e-DJF1, p. 549 de 22/06/2012). (Grifei)

A respeito do entendimento esposado na ementa acima transcrita, vale salientar que em decisão monocrática proferida pelo Ministro Luiz Fux, nos autos do HC 97888/RJ, na data de 30/05/2011, restou afirmado que a jurisprudência do STF entende ser irrelevante o procedimento administrativo fiscal, em razão da natureza formal do crime de apropriação indébita previdenciária. Por oportuno, colaciono o inteiro teor do *decisum*:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. DECISÃO DE RELATOR, DO STJ, QUE INDEFERIU LIMINAR EM IDÊNTICA VIA PROCESSUAL. **APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PENDÊNCIA DE PROCEDIMEN-**



**TO ADMINISTRATIVO FISCAL. IRRELEVÂNCIA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA NA DECISÃO IMPUGNADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691-STF. NEGATIVA DE SEGUIMENTO À IMPETRAÇÃO. DECISÃO:** Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida acauteladora, impetrado contra decisão do Ministro Arnaldo Esteves Lima, do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu liminar em idêntica via processual, cujo teor é o seguinte:

A concessão de liminar, em *habeas corpus*, constitui medida excepcional, pois somente pode ser deferida pelo relator quando demonstrada, de forma inequívoca, flagrante ilegalidade na decisão impugnada, circunstância não evidenciada, de plano, na presente hipótese.

De mais a mais, não vislumbro, ao menos em exame superficial, a plausibilidade jurídica do pedido, sobretudo nesta fase.

Ante o exposto, indefiro o pedido de liminar.

O pedido de reconsideração também restou indeferido, mantendo-se os fundamentos da decisão anterior.

Colho dos autos que foi recebida, contra o paciente, denúncia imputando-lhe a omissão em repassar aos cofres do INSS contribuições previdenciárias descontadas de seus empregados. Adveio, então, condenação às penas do art. 168-A do CP (apropriação indébita previdenciária). O impetrante sustenta ausência de condição objetiva de procedibilidade ante a pendência de procedimento administrativo fiscal visando à constituição definitiva do crédito tributário.

A liminar foi deferida pelo então relator, Ministro Eros Grau, para suspender a execução penal em curso contra o paciente.

No mérito, requer seja declarada a nulidade da ação penal desde a sua propositura.

O parecer do MPF é pela denegação da ordem.

É o relatório. Decido.

A Súmula 691/STF veda o conhecimento de *habeas corpus* impetrado contra a decisão proferida por relator de tribunal superior que, em idêntica via processual, indefere pedido de liminar, *verbis*: “NÃO COMPETE AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONHECER DE *HABEAS CORPUS* CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE, EM *HABEAS CORPUS* REQUERIDO A TRIBUNAL SUPE-

RIOR, INDEFERE A LIMINAR”.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que, em situações teratológicas ou de flagrante ilegalidade, é possível a flexibilização da referida Súmula:

CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. LIMINAR INDEFERIDA PELO RELATOR, NO STJ. SÚMULA 691-STF. A Súmula 691-STF, que não admite *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em HC requerido a Tribunal Superior, indefere liminar, admite, entretanto, abrandamento: diante de flagrante violação à liberdade de locomoção, não pode a Corte Suprema, guardiã-maior da Constituição, portanto dos direitos e garantias constitucionais, quedar-se inerte. Prisão preventiva decretada por conveniência da instrução criminal. Conversa, pelo telefone, do paciente com outro corréu, conversa essa interceptada com autorização judicial. Compreende-se no direito de defesa estabelecerem os corréus estratégias de defesa. No caso, não há falar em aliciamento e constrangimento de testemunhas. Ademais, o corréu já foi ouvido em Juízo. Paciente com residência no distrito da culpa, onde tem profissão certa; não há notícia de que haja procrastinado a instrução ou o julgamento, tendo se apresentado à prisão imediatamente após a decretação desta. A prisão preventiva, principalmente a esta altura, constitui ilegalidade flagrante. Liminar deferida. (HC 86.864/SP, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 16/12/2005)

***In casu*, não há, no ato impugnado, situação teratológica ou consubstanciadora de flagrante ilegalidade a justificar exceção à Súmula 691-STF, máxime porque a pretensão do impetrante não encontra acolhida na jurisprudência desta Corte, que entende dispensável o procedimento administrativo fiscal ante a natureza formal do crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP). Confira-se trecho de decisão proferida pelo Ministro Cezar Peluso que bem equaciona a questão:**

[...]

**No caso dos chamados crimes tributários, a definição da instância administrativa é questão prévia à da existência, jurídica e definitiva, de crédito tributá-**

rio. Ou seja, na hipótese de não haver crédito tributário, à falta de lançamento definitivo, ou em caso de decisão administrativa que não reconheça a existência de crédito, não há o resultado material previsto pela norma e, pois, não há tipicidade do fato.

Mas isso não se dá na hipótese, pois não há necessidade de nenhum procedimento prévio para apurar o montante ou o valor da contribuição previdenciária devida. O desconto ou retenção de certa quantia ao salário é ato que concerne exclusivamente ao poder decisório do empregador. Ora, se há valor retido, apurado segundo o próprio juízo do empregador, há a obrigação do recolhimento respectivo aos cofres da Previdência Social, independente do fato de o valor descontado corresponder, ou não, ao do crédito exigível.

O tipo penal aperfeiçoa-se, em tese, no momento em que nasce ao empregador a obrigação jurídica de transferir à autarquia as importâncias que reteve a título de desconto previdenciário. Nesse caso, conjugam-se as duas condutas previstas no tipo penal – “descontar” e “deixar de recolher”. A discussão administrativa sobre o valor, portanto, é de todo irrelevante sob tal aspecto. [...] (HC 93874, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* de 11/4/08)

Sobre o tema, leciona Luiz Regis Prado que “a consumação delitiva se dá com a omissão do agente em repassar a contribuição na forma e no prazo estabelecidos pela lei previdenciária. Dessa forma, vencido o prazo do repasse, consubstancia-se o delito” (Comentários ao Código Penal, 4. ed., São Paulo: RT, 2007, p. 606).

Nesse mesmo sentido a doutrina de Guilherme Souza Nucci:

33. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que só pode ser cometido por sujeito qualificado, como mencionado supra); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico). Cremos ser formal e não simplesmente de mera conduta, pois a falta de repasse, conforme o montante e a frequência, pode causar autênticos “rombos” nas contas da previdência social, que constituem nítido e visível prejuízo para a adminis-

tração pública. [...] (Código Penal Comentado, 5. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 677)

Dessa linha de pensamento não destoou o Ministério Público no parecer de fls. 296-303, no qual consignado, *in verbis*:

10. Todavia, entendo, data venia, que os crimes de sonegação e apropriação indébita previdenciária não guardam relação com os crimes tributários, uma vez que o valor da contribuição previdenciária não depende, para sua apuração, de nenhum procedimento administrativo prévio. Não há que se apurar, como no crime tributário, a existência do crédito e a ocorrência ou não de seu lançamento definitivo. *In casu*, a existência (ou não) de procedimento administrativo relativo à sonegação ou apropriação de contribuição previdenciária, não interfere, muito menos condiciona, a apuração criminal da conduta delitiva – há independência de instâncias que, aliás, não se confundem. Consectariamente, no caso sub judice, em que imputada a prática de apropriação indébita previdenciária, a argumentação de que o julgamento definitivo do procedimento administrativo fiscal constitui condição objetiva de procedibilidade não se mostra relevante a ponto de excepcionar a incidência da Súmula nº 691/STF. (...). (Grifei)

O julgado em foco, inclusive, baseou-se em decisão prolatada pelo Ministro Cezar Peluso (HC 93874 MC/PA), exarada em 11/04/2008, ou seja, pouco tempo depois do julgamento do AgRg no Inquérito nº 2537/GO, tendo-se ressaltado que o mesmo tratamento conferido aos crimes contra a ordem tributária – exigência da constituição definitiva do crédito tributário – não poderia ser dado ao delito descrito no art. 168-A do CP, pois, em relação a este último, “(...) o tipo penal aperfeiçoa-se, em tese, no momento em que nasce ao empregador a obrigação jurídica de transferir à autarquia as importâncias que reteve a título de desconto previdenciário. Nesse caso, conjugam-se as duas condutas previstas no tipo penal – “descontar” e “deixar de recolher”. A discussão administrativa sobre o valor, portanto, é de todo irrelevante sob tal aspecto. (...)

Aplicando o posicionamento firmado no decisum proferido pelo Ministro Luiz Fux, a 3ª Turma deste Tribunal julgou a ACR6521/PE,

em 01/03/2012, rel. Des. Federal Marcelo Navarro, *DJe* 12/03/12, p. 161.

Na esteira, portanto, dos entendimentos aqui destacados, observe-se ser dispensável a constituição definitiva do crédito tributário como condição de procedibilidade para o início da persecução penal, sendo tal requisito, no entanto, exigido para os casos de crimes contra a ordem tributária (Lei 8.137/90), acerca dos quais o STF editou, inclusive, a Súmula Vinculante nº 24<sup>3</sup>, a qual, por seu turno, não tem aplicação à hipótese destes autos.

Assim, ainda que o investigado alegue que não houve o lançamento definitivo do crédito tributário, tal argumento se mostra irrelevante para que se dê início à persecução penal, não havendo, pois, ausência de justa causa para a ação penal em razão de tal motivo.

Por ser crime omissivo próprio e não depender da ocorrência do resultado naturalístico, sendo prescindível a constituição definitiva do crédito tributário para que tal delito se configure, a alegação de ocorrência da decadência do referido crédito tem sua análise prejudicada, porque o simples fato de o agente não repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos empregados da empresa já é suficiente para caracterização da conduta delitiva.

No que tange à materialidade da infração, verifico que restou demonstrada a partir da representação penal para fins penais apenas aos presentes autos e também do laudo criminal contábil, acostado às fls. 150-173, que, com base nos documentos apresentados pelo INSS e nos livros contábeis da Cooperativa Agropecuária de Major Isidoro Ltda, constatou que “foi apurada a disponibilidade de recursos da empresa, na data de vencimento das contribuições, de modo a verificar sua capacidade financeira imediata para efetuar os recolhimentos das contribuições devidas e não repassadas à Previdência Social, na época própria, através das contas ‘Caixa’ e ‘Bancos’ do ativo circulante”, sendo certo que o referido laudo ressaltou, no entanto, alguns períodos em que não havia

---

<sup>3</sup> NÃO SE TIPIFICA CRIME MATERIAL CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, PREVISTO NO ART. 1º, INCISOS I A IV, DA LEI Nº 8.137/90, ANTES DO LANÇAMENTO DEFINITIVO DO TRIBUTO.

disponibilidade financeira da pessoa jurídica para efetuar o recolhimento das exações.

Além disso, o laudo é contundente em afirmar que a empresa efetuou descontos na remuneração de seus empregados e retenções em Notas Fiscais quando da compra de produtos rurais (leite) adquiridos de produtores (pessoas físicas), de contribuições devidas à Previdência Social e posteriormente deixou de recolher ou recolheu a menor à Seguridade Social, no período de junho/92 a maio/01 (v. fl. 155).

Em relação à autoria, há que se afastar a alegação de inépcia da denúncia, pois os fatos nela descritos trazem os elementos necessários à defesa do investigado.

Em que pese não ser possível a sua responsabilização objetiva, simplesmente por ostentar o cargo de Presidente da Cooperativa, convém destacar que o segundo volume do apenso contém uma série de documentos em que consta a prática de atos de gestão pelo investigado (assinatura de balanços contábeis e atas, por exemplo), inclusive no período em que ele alegou estar afastado do comando empresarial (1991-2003), em face de, nesse lapso, ocupar o mandato de Deputado Federal.

Demais disso, como restou consignado na inicial acusatória, o próprio denunciado admitiu ser o Presidente da Cooperativa desde 1978 até a data em que foram tomadas as suas declarações na seara policial, em abril/2005 (fls. 79/80), sendo certo que o Sr. Adeildo Rodrigues Monteiro, que foi contador da referida pessoa jurídica nos idos de 1974 a 2000, às fls. 220/221, declarou que "(...) Luiz Dantas Lima, ainda quando deputado, assinava os balanços (...)".

Quanto à presença do elemento subjetivo dolo, tal aspecto conclama uma análise mais acurada, a bem da sua completa elucidação, o que poderá ser aferido durante a instrução criminal.

Em relação à prescrição da pretensão punitiva, observo que o art. 109 do CP assim dispõe acerca de tal instituto jurídico:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

(...)

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

(...)

A pena máxima cominada ao crime previsto no art. 168-A do Código Penal<sup>4</sup> é de cinco anos, de maneira que o lapso prescricional a ser considerado é o de doze anos, nos termos do citado art. 109, III, do Estatuto Penal.

Assim, considerando que, entre a consumação dos fatos delitivos (junho/92 a maio/2001) e a presente data, não transcorreram doze anos, não há que se falar em extinção da punibilidade pela prescrição.

Verifica-se, portanto, que as alegações apresentadas pelo denunciado são insuficientes para elidir, num primeiro momento, os elementos trazidos pelo MPF na peça acusatória.

Registre-se, por fim, que o rito a ser adotado no presente feito será o previsto na Lei nº 11.719/08, a qual empreendeu modificações no procedimento dos feitos criminais, inclusive no tocante ao momento de realização do interrogatório do réu (art. 400), prorrogando-o para o final da instrução, conforme entendimento consolidado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em detrimento dos ditames da Lei nº 8.038/90, por considerar dita prática mais benéfica à defesa.

Diante do exposto, porque existem indícios suficientes de materialidade e autoria, estando presentes os requisitos do art. 41 do CPP, recebo a denúncia com relação ao delito tipificado no art. 168-A do Código Penal, determinando, em consequência, a citação do acusado, nos termos do art. 396 do CPP, para que, no prazo de dez dias, apresente resposta à acusação.

É como voto.

---

<sup>4</sup> Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

**MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO (TURMA) Nº  
102.889-RN**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO  
Impetrantes: R & A COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA - ME, RJ  
MACEDO COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE ALI-  
MENTOS, CASA DO PÃO DE QUEIJO E PIAZZALE  
MALL RESTAURANTE LTDA.  
Impetrado: JUÍZO DA 2ª VARA FEDERAL DO RIO GRANDE DO  
NORTE  
Lit. Passivo: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Adv./Proc.: DR. ADEMAR RIGUEIRA NETO

***EMENTA: PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. SEQUESTRO DE BENS. DECISÃO PROFERIDA NA JUSTIÇA ESTADUAL. RATIFICAÇÃO POR JUIZ FEDERAL. POSSIBILIDADE. DEMORA EXCESSIVA NA APRECIÇÃO DOS PEDIDOS DE RESTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DE RECURSO CABÍVEL. CONHECIMENTO DO MANDAMUS COMO REQUERIMENTO DIRIGIDO À CORTE. INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS EMPRESAS. PARCIAL LIBERAÇÃO, MEDIANTE CAUTELAS.***

- “Este Tribunal fixara anteriormente entendimento no sentido de que, nos casos de incompetência absoluta, somente os atos decisórios seriam anulados, sendo possível a ratificação dos atos sem caráter decisório. Posteriormente, passou a admitir a possibilidade de ratificação inclusive dos atos decisórios”. (STF, RE-AgR 464894, rel. Min. EROS GRAU, DJe 15.8.2008)

- *Verificando-se a negativa de prestação jurisdicional, decorrente de impasse entre os juízes da Seção Judiciária em definir a quem incumbia se pronunciar sobre o pedido de restituição, não restou aos impetrantes outro remédio senão acudir a este Tribunal.*

- *Se a medida constritiva revelou-se adequada*



***num primeiro momento, hoje, após o oferecimento da denúncia, afigura-se um tanto excessiva, sobretudo porque o writ noticia, inclusive, a prisão de um dos administradores nomeados pelo Juiz, o que corrobora a alegação de que existiriam fundados riscos de dilapidação do patrimônio constrictado.***

***- Conhecimento do mandamus como requerimento dirigido à Corte. Deferimento, em parte, do pedido de liberação dos bens. Suspensão da intervenção judicial nas empresas, ficando, porém, os impetrantes na condição de depositários e obrigados a prestar a caução no valor de R\$ 101.000,00 (cento e um mil reais), que corresponde, em tese, ao prejuízo supostamente causado aos cofres públicos.***

## **ACÓRDÃO**

Vistos, etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conhecer do mandado de segurança como requerimento dirigido à Corte, e, por maioria, conceder, em parte, o pedido para liberar os bens e suspender a intervenção nas empresas, ficando os impetrantes na condição de depositários e obrigados a prestar caução no valor de R\$ 101.000,00 (cento e um mil reais), nos termos do Relatório, Voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 12 de junho de 2012. (Data de julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO:

Cuida-se de mandado de segurança coletivo impetrado por R & A COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA., RJ MACEDO COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS, CASA DO PÃO DE QUEI-

JO e PIAZZALE MALL RESTAURANTE LTDA., representadas por seus sócios gerentes, objetivando a desconstituição de constrangimento ilegal atribuído ao il. Juízo da 2ª Vara Federal do Rio Grande do Norte, que decretou medidas assecuratórias no Procedimento Criminal nº 0007296-34.2011.4.05.8400.

Iniciam aduzindo ter sido instaurado um inquérito policial em desfavor de alguns dos impetrantes, para a apuração da prática de supostos crimes perpetrados contra a Administração Pública, além de lavagem de dinheiro, quadrilha e outros.

Anotam que, durante a fase investigativa, o Juízo da 7ª Vara Criminal da Comarca de Natal/RN, atendendo a pleito formulado pelo Ministério Público estadual, deferiu a realização de uma série de medidas cautelares em desfavor dos impetrantes, a exemplo de sequestro de bens, prisão cautelar, busca e apreensão, quebra de sigilo telefônico e de dados fiscais e bancários.

Esclarecem que, após a apresentação de resposta à acusação por um dos denunciados, o Juízo Estadual declarou-se incompetente para a apreciação do feito, uma vez que a investigação estaria diretamente relacionada a órgão federal, ou seja, o INMETRO, e verbas federais oriundas do IPEM, razão pela qual foi o processo distribuído à 2ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte.

Salientam que, em seguida, o Ministério Público Federal apresentou sua denúncia, que, a rigor, seria apenas uma ratificação do trabalho levado a efeito pelo membro do *Parquet* estadual, enquadrando as condutas nas molduras dos arts. 1º, incisos V e VII, da Lei nº 9.613/98 e 288 do Código Penal, e, em separado, no tipo do art. 312 desse último diploma. Foram ratificadas, ainda, as medidas cautelares, dentre elas, o sequestro dos bens ora questionado.

Afirmam que os estabelecimentos comerciais de propriedade dos denunciados foram também sequestrados, ocasião em que a autoridade coatora nomeou interventores para a sua administração, o que teria resultado em numerosas irregularidades na gestão, devidamente comunicadas ao Magistrado em 12 (doze) petições, sendo a primeira protocolada em 26 de outubro de 2011, sem qualquer apreciação daquele.

Elucidam que essa inércia pode ser atribuída ao fato de o il. Juízo substituto ter-se averbado suspeito em 12 de dezembro de 2011 para atuar no processo criminal em discussão. Distribuídos os autos ao Juiz Titular da Vara, este se encontrava de férias até a data de 7 de fevereiro de 2012, restando impossibilitado de despachar os requerimentos da defesa.

Acrescentam que nem mesmo a remessa do feito ao Juízo da 4ª Vara Federal, então em substituição ao titular da 2ª Vara, serviu para resolver o problema, uma vez que este não determinou qualquer providência para sanar os “absurdos cometidos na administração das empresas constringidas”.

Ressalvam que a impetração é tempestiva, já que o writ teve lugar apenas 81 (oitenta e um) dias após a decisão judicial de ratificação do sequestro.

Entendem que o manejo do *mandamus* se revela adequado para atacar não só a decisão judicial, mas, também, a inércia da autoridade impetrada em adotar medidas emergenciais no sentido de sanar as irregularidades cometidas pelos interventores nomeados para a administração das empresas sequestradas.

Nesse contexto, sustentam que a questão da recorribilidade da decisão perde importância ante a teratologia que ensejou a impetração, até porque inexistiria recurso previsto em lei para pôr cobro à inércia do juízo monocrático.

Destacam uma série de falhas na decisão que ratificou o sequestro:

- a) ausência de fundamentação no ato de ratificação da medida cautelar, já que nada foi dito sobre a legalidade, o cabimento e a necessidade da constrição;
- b) refere-se a numerosos delitos que sequer foram elencados na denúncia;
- c) a abusividade do sequestro, por ter recaído sobre todo o patrimônio dos impetrantes, quando o prejuízo emergente do suposto peculato sequer teria sido quantificado;
- d) as medidas assecuratórias também incidiram sobre a administração das empresas constituídas pelos impetrantes, ten-

do sido nomeados administradores alheios às vicissitudes do mercado, que estariam violando deveres legais, dilapidando o patrimônio e causando prejuízo irreparável os bens sob tutela legal.

e) os próprios administradores judiciais afirmaram não ter detectado qualquer anormalidade nas movimentações financeiras dos comércios, o que evidenciaria a desnecessidade de manutenção da medida constritiva.

Pugnam, ao final, pela concessão da segurança, determinando-se a liberação de todos os bens móveis, imóveis e ativos financeiros pertencentes aos impetrantes, deixando constritos, se for o caso, apenas os bens equivalentes ao valor de R\$ 101.076,21 (cento e um mil, setenta e seis reais e vinte e um centavos), ou, ainda, a prestação de caução, em dinheiro, do referido valor.

Requerem, ainda, que se determine aos administradores, em atenção ao disposto no art. 5º, LXIX, da CF/88, a apresentação das prestações de contas até então pendentes, para efeito de responsabilidade civil (fls. 2-38).

Notificada, a ilustre autoridade impetrada apresentou as informações de estilo (fls. 733-745).

A douta Procuradoria Regional da República opinou pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CAUTELAR DE SEQUESTRO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO COMPROVADO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA.

- Nos termos do art. 1º da Lei nº 12.016/2009 e do art. 5º, LXIX, da Constituição Federal de 1988, o direito protegido em mandado de segurança deve ser líquido e certo, comprovado de plano, sem necessidade de instrução probatória, ausente *in casu*.

- Não se vislumbra qualquer ilegalidade ou abuso de poder na decisão combatida, que encontra respaldo nas disposições legais de regência.

- A questão da manutenção ou não dos bens sob constrição, bem como a qualidade da gestão que está sendo realizada pelos administradores judiciais, devem ser deci-

didadas ao longo do processo principal, não sendo o mandado de segurança via apropriada para tanto.

- Não conhecimento do *mandamus*. (fls. 749-751/v).

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO WILDO (Relator):

Conforme sumariado, o mandado de segurança investe contra a decisão com que o il. Juiz da 2ª Vara Federal do Rio Grande do Norte, nos autos do Processo nº 0007296-34.2011.4.05.8400, ratificou atos decisórios praticados no Juízo Estadual onde o feito inicialmente tramitou, mantendo, de consequência, o sequestro de bens por este último determinado.

Acrescentam que o remédio heróico teria por alvo não apenas a ratificação do sequestro, mas, também, a inércia da autoridade impetrada em adotar medidas emergenciais no sentido de sanar as irregularidades cometidas pelos interventores nomeados para a administração das empresas sequestradas.

Nesse contexto, é sabido que a impetração de mandado de segurança contra ato judicial somente tem lugar em duas hipóteses: a) quando a decisão não estiver sujeita a recurso próprio; e b) quando, embora existindo recurso próprio, este não possua efeito suspensivo, e o impetrante se encontre na iminência de sofrer dano irreparável ou de difícil reparação, em decorrência de manifesta ilegalidade perpetrada por autoridade jurisdicional.

A propósito, torrencial é a jurisprudência dos nossos tribunais superiores, da qual colho os precedentes que encontro mais à mão:

**AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. ORDEM DE AVALIAÇÃO E PENHORA. INEXISTÊNCIA DE ABUSO OU ILEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. NÃO CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL PASSÍVEL DE RECURSO (SÚMULA 267/STF), BEM COMO CONTRA DECISÃO JUDICIAL COM TRÂNSITO EM JULGADO (SÚMULA 268/STF). AGRAVO REGIMENTAL QUE SE NEGA PROVIMENTO.**

**1. Mandado de segurança contra ato judicial somente tem cabimento quando eivado o ato de manifesta ilegalidade ou teratologia, o que não é o caso dos autos.**

2. Inadmissível a dilação probatória em sede de mandado de segurança.

3. *“Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”* (Súmula 267/STF).

4. *“Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado”* (Súmula 268/STF).

5. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ, 4ª Turma, AgRg no RMS 37436/SP, Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe 29.5.2012) – destacamos.

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL QUE ORDENOU IMISSÃO DE POSSE DE IMÓVEL ARREMATADO EM EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO DE COBRANÇA DE DÉBITO CONDOMINIAL. AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. FASE PROCESSUAL QUE DESAFIA RECURSO ESPECÍFICO. SÚMULA 267 DO STF.

**1. O mandado de segurança é remédio cabível somente em situações excepcionais, para amparar direito líquido e certo, lastreado em prova pré-constituída e desde que não haja outro instrumento capaz de produzir o mesmo efeito prático.**

2. Na hipótese, não restou comprovado de plano, por meio de prova pré-constituída e embasada em uma situação fática perfeitamente delineada, o direito aventado pelo impetrante.

3. É incabível o mandado de segurança quando apresentado em fase processual onde existe decisão sujeita a recurso específico. Incidência da Súmula 267 do STF.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, 4ª Turma, AgRg no RMS 34446 / PR, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 22.5.2012)

Meu primeiro impulso, portanto, era não conhecer da presente impetração, por considerar que a discussão sobre a propriedade dos bens deveria ser travada nas vias ordinárias. No entanto, durante a sessão de julgamento, após ouvir as judiciosas ponderações do il. Des. Fed. Francisco Barros Dias, resolvi modificar meu

voto, para conferir uma solução diversa ao caso, como passo a expor.

Realmente, assiste razão aos impetrantes quando dizem que não havia um recurso a ser interposto diante da apatia do Juízo frente às insistentes petições formuladas no sentido de liberar os bens.

Embora exista, hoje, uma decisão de indeferimento do pleito – impugnada, a esta altura, por recurso de apelação em trâmite nesta Corte –, à época da impetração do presente mandado de segurança, já eram computadas mais de 10 (dez) petições pendentes de apreciação pelo Magistrado, sendo certo que as informações por ele prestadas não desmentem esse caótico quadro:

(...) Cumpre-me esclarecer, inicialmente, que em virtude do afastamento temporário do exercício jurisdicional do Juiz Federal Titular da Segunda Vara, Walter Nunes da Silva Júnior, em decorrência de licença médica, a partir de 8 de fevereiro, e da declaração de suspeição do Juiz Federal Substituto, Mário de Azevedo Jambo, os autos do Processo nº 0007486-94.2011.4.05.8400 (incidente de restituição de bens decorrente da investigação criminal denominada Operação “Pecado Capital”) foram encaminhados para a Juíza Federal Substituta, Gisele Maria da Silva Araújo Leite, da Quarta Vara para atuar em substituição legal, na forma da regulamentação do Provimento nº 01, de 25 de março de 2009, da Corregedoria Geral do Tribunal Regional Federal da Quinta Região. Conclusos os autos, a Juíza Federal Substituta, Gisele Leite, da Quarta Vara Cível afirmou suspeição para atuar em substituição legal nos processos relativos à operação “Pecado Capital”.

Em observação à ordem numérica de substituição legal, os autos foram remetidos ao Juiz Federal Titular da Quarta Vara Cível, Janilson Bezerra de Siqueira, que em virtude do seu afastamento para a composição da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais, os autos seguiram a ordem seguinte, na forma da regulamentação do Provimento nº 01/2009.

Na sequência, encaminharam-se os autos do processo para o Juiz Federal Substituto da Quinta Vara Cível, Vinícius Costa Vidor, em substituição legal na Segunda Vara, com base na previsão dos arts. 52 a 58 do Provimento nº

01, de 25 de março de 2009, da Corregedoria do Tribunal Regional Federal da Quinta Região, contudo, o referido magistrado, por via de decisão, posteriormente à conclusão de alguns incidentes e processos da Segunda Vara, firmou o entendimento de quebra da ordem natural de sucessão legal das substituições estabelecidas no provimento mencionado, determinando que a substituição legal para atuar nos processos semelhantes a dos autos compete ao Juiz Titular da Primeira Vara Cível.

Por sua vez, o Juiz Federal Titular da Primeira Vara Cível, Dr. Magnus Augusto Costa Delgado, nos termos da decisão proferida no Processo nº 0007486-94.2011.4.05.8400, suscitou o conflito de competência negativo, aduzindo que, na forma da previsão do art. 56, combinado com os arts. 53 e 54 do Provimento nº 01/2009, compete ao Juiz Federal Substituto da Quinta Vara desta Seção Judiciária processar e julgar os feitos e incidentes relativos à investigação criminal da operação “Pecado Capital”, cabendo ao egrégio Tribunal Regional Federal da Quinta Região, em observância ao disposto no art. 108, e, da Constituição da República de 1988 e à dicção dos arts. 113 a 116 do Código de Processo Penal, dirimir o referido conflito de competência.

Todavia, diante do Ato Normativo nº 116/CR, de 24 de fevereiro de 2012, do Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho, Corregedor-Regional do Tribunal Regional Federal da Quinta Região, designando-me para, sem prejuízo da jurisdição originária da Sexta Vara desta Seção Judiciária e de outras designações, responder pela Segunda Vara Criminal, de 27 de fevereiro de 2012 a 25 de março do ano em curso, em razão de convocação do Excelentíssimo Senhor Juiz Federal Walter Nunes da Silva Júnior, para compor o mencionado Tribunal, e de férias do Excelentíssimo Senhor Juiz Federal Substituto Mário Azevedo Jambo, incumbe-me prestar neste instante as respectivas informações no presente *writ*. (...) (fls. 733-734).

Inequívoca, pois, a negativa de prestação jurisdicional, decorrente de um verdadeiro impasse entre os juízes da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte em definir a quem incumbia se pronunciar sobre o pedido de restituição, pelo que não restou aos imetrantes outro remédio senão acudir a este Tribunal.



Por outro lado, é recomendável que se evite a banalização do mandado de segurança, com a criação de um temerário precedente jurisprudencial. Por isso, acompanhando a proposta do douto Des. Fed. Francisco Barros Dias (cf. notas taquigráficas), conheço do *mandamus* como requerimento dirigido à Corte, para apreciar a intervenção judicial nas empresas.

Resolvida essa questão processual, resta discutir o cerne da irresignação dos peticionários, é dizer, a ratificação, pelo Juízo impetrado, das medidas constritivas determinadas no foro estadual.

Na hipótese, a ação penal tramitou, inicialmente, perante a Justiça Estadual, quando numerosos atos instrutórios e decisórios foram praticados.

Posteriormente, o douto Juiz de Direito declinou da competência em favor da Justiça Federal, ocasião em que o il. Juiz Federal proferiu decisão em que ratificou os atos instrutórios e decisórios. E nesse procedimento não reside qualquer ilegalidade, como já proclamou o eg. Supremo Tribunal Federal, em sua atual orientação:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL PENAL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. ATOS DECISÓRIOS. POSSIBILIDADE DE RATIFICAÇÃO.

1. Este Tribunal fixara anteriormente entendimento o sentido de que, nos casos de incompetência absoluta, somente os atos decisórios seriam anulados, sendo possível a ratificação dos atos sem caráter decisório. **Posteriormente, passou a admitir a possibilidade de ratificação inclusive dos atos decisórios.** Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento." (STF, RE-AgR 464894, rel. Min. EROS GRAU, DJe 15.8.2008) - destacamos.

Nesse diapasão, cumpre observar que a decisão ratificada pelo Juízo Federal firmou-se no argumento de que as empresas R & A COMÉRCIO DE VEÍCULOS (**Platinum Automóveis**), RJ MACEDO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA (**Supermercado É Show**), RHANDSON ROSÁRIO DE MACEDO ME (**Casa do Pão de Queijo**) e PIAZZALE MALL RESTAURANTE foram constituídas no intuito de lavar dinheiro possivelmente obtido por meios criminosos.

No entanto, se a medida constritiva revelou-se adequada naquele primeiro momento, hoje, após o oferecimento da denúncia, afigura-se um tanto excessiva, sobretudo porque a exordial do *writ* notícia, inclusive, a prisão de um dos administradores nomeados pelo Juiz, o que corrobora a alegação dos impetrantes de que existiriam fundados riscos de dilapidação do patrimônio constritado.

Como é intuitivo, o ressarcimento aos cofres públicos não poderá ser levado a bom termo se, ao final do processo penal, as empresas estiverem na bancarrota.

Com essas considerações, reservando a discussão mais aprofundada para o momento em que for apreciado o recurso de apelação interposto pelas empresas, conheço do mandado de segurança como requerimento dirigido à Corte e DEFIRO, EM PARTE, o pedido de liberação dos bens, para suspender a intervenção judicial nas empresas, ficando, porém, os impetrantes na condição de depositários e obrigados a prestar a caução no valor de R\$ 101.000,00 (cento e um mil reais), que corresponde, em tese, ao prejuízo supostamente causado aos cofres públicos.

É como voto.

## **MEDIDA CAUTELAR (VICE-PRESIDÊNCIA) N° 2.645-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA  
Requerente: GIOVANA DE PAIVA LEITE  
Requerida: UNIÃO  
Agravante: ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO - AGU  
Adv./Proc.: DRA. MARIA RIZOMAR QUEIROZ CYSNEIROS

***EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO DA VICE-PRESIDÊNCIA. MEDIDA CAUTELAR DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MERO INCIDENTE NO PROCESSAMENTO DO RECURSO. DECISÃO DE ARQUIVAMENTO PROFERIDA NO EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA DELEGADA. IMPOSSI-***

**BILIDADE DE REVISÃO PELO ÓRGÃO COLEGIADO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. NÃO CONHECIMENTO DO REGIMENTAL.**

**- Agravo regimental (fls. 134/138) interposto pela União contra decisão da Vice-Presidência (fls. 119/120) que determinou o arquivamento de medida cautelar (MCVP2645-PE) manejada com o fito de atribuir efeito suspensivo a recurso extraordinário.**

**- Alegação da agravante no sentido de que a medida cautelar deveria ter sido extinta sem resolução do mérito, e não simplesmente arquivada como determinado na decisão recorrida, considerando que a prolação do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário ocasionou a perda do objeto da ação cautelar, restando conseqüentemente sem efeito a liminar deferida.**

**- No julgamento de agravo regimental interposto nos autos da MCVP 3.028-CE, este Tribunal Pleno, por unanimidade de votos, seguindo entendimento da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, decidiu ser incabível agravo regimental contra decisão da Presidência ou Vice-Presidência acerca de pedido de efeito suspensivo (e evidentemente de efeito suspensivo ativo e antecipação de tutela recursal) a recurso extraordinário ou especial.**

**- De acordo com a orientação da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, eventual inconformismo com a decisão que examina pedido de efeito suspensivo a recurso excepcional deve ser dirigido ao tribunal competente para o julgamento do recurso, visto que a competência delegada ao presidente do tribunal de origem para o juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais não se estende ao respectivo órgão colegiado (AgRg na MC 14639/AL, Rel. Ministro ARI PARAGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/05/2009, DJe 07/12/2009).**

**- Nos termos do voto-vista do Min. Teori Zavascki, as decisões que tratam de pedido de efeito suspensivo a recurso excepcional ou que cuidem da aplicação do regime de retenção a essa espécie de recurso, por se enquadrarem no âmbito genérico do juízo prévio de admissibilidade, são insuscetíveis de agravo regimental para o órgão colegiado de origem.**

**- Conclusão extraída da jurisprudência do STF e do STJ no sentido de que não só as decisões de atribuição de efeito suspensivo ou de aplicação do regime de retenção aos recursos especiais e extraordinários estão imunes à jurisdição do tribunal de origem, mas, na verdade, todas aquelas que vierem a ser proferidas pela Presidência ou Vice-Presidência no exercício da competência delegada pelas Cortes Superiores. Conseqüentemente, conclui-se que o recurso cabível contra essas decisões é o agravo do art. 544 do CPC.**

**- Não obstante, deve ser reconhecida a competência do tribunal recorrido para revisão das decisões da Presidência ou Vice-Presidência que tiverem por escopo a aplicação do regime de repercussão geral e da sistemática dos recursos repetitivos (arts. 542-B e 543-C do CPC). Isso porque, diferentemente do que ocorre no tradicional juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais, o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal atua nesses casos no desempenho da competência do próprio tribunal, e não como órgão delegado de tribunal superior**

**- Em síntese, se a decisão for proferida no âmbito genérico do Juízo de Admissibilidade, ou seja, no exercício da competência delegada pelos tribunais superiores, o recurso cabível será o Agravo do art. 544 do CPC. Se a decisão, no entanto, for proferida em sede de Juízo de Conformidade, isto é, no exercício de competência própria do tribunal (CPC, arts. 543-B e 543-C), o recurso**

***cabível será o Agravo Regimental.***

***- Pormenorizadamente, caberá agravo do art. 544 do CPC contra decisão do Presidente ou Vice-Presidente do tribunal de origem que: i) não admitir recurso extraordinário ou recurso especial no exercício do tradicional juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais (art. 542, § 1º); ii) não admitir recurso extraordinário, quando mantida pelo órgão julgador decisão contrária ao entendimento firmado pelo STF em sede de repercussão geral (art. 543-B, § 4º c/c art. 542, § 1º); iii) não admitir recurso especial, quando mantida pelo órgão julgador decisão contrária ao entendimento firmado pelo STJ em sede de recurso repetitivo (art. 543-C, § 8º c/c art. 542, § 1º); iv) deferir ou indeferir pedido de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou especial (art. 542, § 1º); iv) determinar que fique retido recurso extraordinário ou recurso especial (art. 542, § 3º c/c art. 542, § 1º)***

***- Será, no entanto, cabível agravo regimental para o órgão colegiado do próprio tribunal contra decisão que: i) declarar liminarmente indeferido recurso extraordinário que tenha por objeto controvérsia cuja repercussão geral tenha sido negada pelo STF (art. 543-A, § 5º); ii) determinar o sobrestamento de recurso extraordinário em razão da seleção de um ou mais recursos representativos da controvérsia para encaminhamento ao STF (art. 543-B, § 1º); iii) declarar automaticamente não admitido recurso extraordinário sobrestado, nos casos em que o STF negar a existência de repercussão geral da mesma controvérsia (art. 543-B, § 2º); iv) declarar prejudicado recurso extraordinário sobrestado, sempre que o acórdão recorrido estiver em conformidade com o posicionamento adotado pelo STF em recurso extraordinário submetido ao regime de repercussão geral (art. 543-B, § 3º); v) determi-***

***nar a suspensão de recurso especial em razão da seleção de um ou mais recursos representativos da controvérsia para encaminhamento ao STJ (art. 543-C, § 1º); vi) denegar seguimento a recurso especial, na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça (art. 543-C, § 7º, I).***

***- Caberá, ainda, agravo regimental para o órgão colegiado do próprio tribunal contra decisão que implique uma das seguintes providências, a despeito de não constarem expressamente do Código de Processo Civil: i) declarar prejudicado recurso extraordinário não submetido a sobrestamento, quando o acórdão recorrido estiver em conformidade com o posicionamento adotado pelo STF em recurso extraordinário submetido ao regime de repercussão geral (aplicação analógica do art. 543-B, § 3º); ii) declarar prejudicado recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido pelo tribunal recorrido no exercício do juízo de retratação (aplicação analógica do art. 543-B, § 3º, do CPC – vide QO AI 760358 QO, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2009, DJe 12-02-2010, seq. 1730); iii) denegar seguimento a recurso especial interposto contra acórdão que aplica entendimento firmado pelo STJ em recurso repetitivo, mesmo que a demanda não tenha sido suspensa (aplicação analógica do art. 543-C, § 7º, inciso I – vide Acordo de Cooperação firmado entre o STJ, TRF's e Tribunais de Justiça dos Estados, em 27/6/2012, embora este documento tenha se utilizado da expressão “inadmitir”).***

***- Vale, por fim, esclarecer que as providências acima elencadas também se aplicam aos recursos extraordinários e especiais de natureza criminal, tendo em vista que as Cortes Superiores vêm admitindo recursos extraordinários com repercussão geral e recursos especiais repetitivos em matéria penal e processual penal (RE***

**579167 RG, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, julgado em 03/04/2008, DJe-157 22-08-2008; RE 597133 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 04/06/2009, DJe-113 19-06-2009; REsp 1107314/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 05/10/2011; REsp 1112748/TO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/09/2009, DJe 13/10/2009).**  
**- Hipótese em que, o então Vice-Presidente desta Corte decidiu pelo arquivamento da medida cautelar de atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário, tendo em vista sua natureza meramente incidental. Inserindo-se, portanto, essa providência no âmbito genérico do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, contra ela não cabe agravo regimental.**  
**- Agravo regimental não conhecido.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide o Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, não conhecer do agravo regimental, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 11 de julho de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

## **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de agravo regimental (fls. 134/138) interposto pela União contra decisão da Vice-Presidência (fls. 119/120) que determinou o arquivamento de medida cautelar (MCVP2645-PE) manejada com o fito de atribuir efeito suspensivo a recurso extraordinário.

Considerou o então Vice-Presidente desta Corte, Des. Federal Marcelo Navarro, com base em entendimento consagrado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, respaldado em decisões do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AgRg na MC 14639/AL, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 06/05/2009, DJe 07/12/2009, que a medida cautelar destinada à atribuição de efeito suspensivo a recurso excepcional não possui natureza de ação autônoma, mas, sim, de mero incidente no processamento do recurso.

Sustenta a agravante, todavia, que a medida cautelar em apreço deveria ter sido extinta sem resolução do mérito, e não simplesmente arquivada como ficou determinado pela Vice-Presidência. Segundo a recorrente, o exame de admissibilidade do recurso extraordinário resultou na perda de objeto da cautelar, ficando, por conseguinte, sem efeito a medida liminar deferida.

É o que importa relatar.

## VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

### **DO NÃO CABIMENTO DE AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO PROFERIDA PELA PRESIDÊNCIA OU VICE-PRESIDÊNCIA NO EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA DELEGADA.**

No julgamento de Agravo Regimental interposto nos autos da MCVP 3.028-CE, este Tribunal Pleno, por unanimidade de votos, seguindo entendimento da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, decidiu ser incabível agravo regimental contra decisão da Presidência ou Vice-Presidência acerca de pedido de efeito suspensivo (e evidentemente de efeito suspensivo ativo e antecipação de tutela recursal) a recurso extraordinário ou especial.

De acordo com a orientação da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, eventual inconformismo com a decisão que defere ou indefere pedido de efeito suspensivo a recurso excepcional deve ser dirigido ao tribunal competente para o julgamento do recurso, porquanto a competência delegada ao Presidente ou Vice-Presidente do tribunal de origem para o juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais não se estende ao respectivo órgão colegiado. Vejamos:



PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR AJUIZADA PARA ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO SOBRESTADO. Subsiste a competência do Presidente do Tribunal, ou do Vice-Presidente quando isso estiver na sua alçada, para decidir acerca da atribuição de efeito suspensivo se o recurso extraordinário for sobrestado na forma do art. 543-B, § 1º, do Código de Processo Civil; **a eventual irresignação deve ser endereçada ao Supremo Tribunal Federal, porque o exercício dessa competência é delegado apenas ao Presidente do Tribunal, e não ao respectivo colegiado.** Agravo regimental não conhecido.

(AgRg na MC 14639/AL, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/05/2009, DJe 07/12/2009)

Nos termos do voto-vista do Min. Teori Zavascki, as decisões a respeito de pedido de efeito suspensivo a recurso excepcional ou concernentes à aplicação do regime de retenção a recurso excepcional, por se enquadrarem no âmbito genérico do juízo prévio de admissibilidade, são insuscetíveis de agravo regimental para o órgão colegiado de origem. Confira-se:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. INDEFERIMENTO, PELA VICE-PRESIDÊNCIA, DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO SOBRESTADO POR TRATAR DE MATÉRIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. Mesmo em se tratando de recurso extraordinário sobrestado por versar matéria de repercussão geral (CPC, 543-B, § 1º), é cabível pedido de medida cautelar para obtenção de efeito suspensivo, cuja decisão cabe ao Presidente ou ao Vice-Presidente do Tribunal recorrido, nos termos da súmula 634/STF (STF, Pleno, Questão de Ordem na AC 2177, julgamento de 12.11.08, Min. Ellen Gracie, Informativo 528).

**2. Segundo a jurisprudência do STF, as denominadas medidas cautelares para obter efeito suspensivo a recurso extraordinário não têm natureza de ação cautelar autônoma, mas de mero incidente no processamento do recurso (Ag. de Pet. 1.440-4, 1ª T., Min. Moreira Alves, DJ de 29-5-1998; Questão de Ordem na Pet. 2.466 MC-QO, 2ª T., Min. Celso de Mello, DJ de**

26-4-2002). As decisões a respeito, a exemplo das relacionadas à retenção ou não do recurso extraordinário (CPC, art. 542, § 3º), inserem-se no âmbito genérico do juízo prévio de admissibilidade, cometido, pela lei processual, não a órgão colegiado do Tribunal recorrido, mas sim ao seu Presidente (ou Vice-Presidente) (CPC, art. 541), que, nessa condição, atua como órgão delegado do STF.

3. Justamente por isso, não cabe agravo regimental para a Corte Especial das decisões do Vice-Presidente do STJ, proferidas no âmbito do juízo prévio de admissibilidade de recurso extraordinário (STJ, AgRg no RE no Ag 890875, CE, Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* de 17.03.08), inclusive as que dizem respeito à retenção ou não do recurso (CPC, art. 542, § 3º) ou à concessão ou não de efeito suspensivo.

4. Agravo regimental não conhecido.

(Ementa do voto-vista proferido pelo Min. Teori Zavascki no julgamento do AgRg na MC 14639/AL, que foi acolhido, pela maioria, da Corte Especial, não conhecendo do agravo regimental)

### **DO CABIMENTO DE AGRAVO DO ART. 544 DO CPC CONTRA DECISÃO PROFERIDA PELA PRESIDÊNCIA OU VICE-PRESIDÊNCIA NO EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA DELEGADA.**

No mesmo voto-vista, o Ministro Teori Zavascki, fazendo referência ao julgamento do AgRg na MC 14635/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 16/09/2008, *DJe* 22/09/2008, enfatizou que a falta de recurso previsto em lei para essa hipótese deve ser suprida com a aplicação analógica do art. 544 do CPC. Vejamos:

(...) Ora, no exercício das atribuições relacionadas com o juízo de admissibilidade de recursos para as instâncias extraordinárias – previstas nos artigos 542 e 543 do CPC e nas quais se inclui também a de atribuir ou não efeito suspensivo aos referidos recursos, quando ainda pendentes de admissão (Súmula 635/STF) – o vice-presidente atua como delegado do Tribunal *ad quem*. Nessas circunstâncias, as decisões que profere não estão sujeitas a controle por qualquer dos órgãos do Tribunal local. A propósito, em sede doutrinária, observei:

“Questão importante é a que diz respeito ao controle, por via recursal, da decisão que, no tribunal de origem, nega ou defere a medida cautelar. Considerando que se trata de decisão sobre matéria que, no tribunal *ad quem*, está sujeita ao princípio da colegialidade, como fazem certo os regimentos internos do STF (art. 21, IV e V, e art 317) e do STJ (art. 34, V e art. 258), não teria nenhum sentido lógico e muito menos sistemático considerá-la irrecorrível quando proferida ainda na origem. Por outro lado, considerando que se trata de decisão integrada ao juízo de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário, em que o presidente ou o vice-presidente do tribunal *a quo* atua como órgão delegado do STF ou do STJ, é certo que tais decisões devem ser submetidas a controle perante o tribunal competente para o julgamento do recurso cujo efeito suspensivo foi concedido ou negado. Descarta-se, com esse entendimento, a viabilidade de agravo regimental ou de qualquer outra medida (*v.g.*, mandado de segurança) para órgão colegiado do tribunal de origem. **Não havendo a lei previsto expressamente o recurso apropriado para a decisão do incidente (aliás, o próprio incidente é fruto de construção pretoriana e não da lei, conforme se viu), há que se aplicar aqui, por analogia, a disciplina prevista para as decisões proferidas no juízo de admissibilidade. Cabível será, portanto, a agravo de instrumento previsto no art. 544 do CPC, que será instruído com as peças adequadas ao exame, pelo tribunal, do objeto específico e peculiar do recurso: o cabimento ou não da antecipação da tutela recursal no recurso especial ou extraordinário.** É possível que, em situações de excepcional urgência, o recurso de agravo, pela demora em sua tramitação na origem, não tenha a agilidade suficiente para estancar o risco iminente de dano grave ao direito da parte. Em casos tais, evidenciada a relevância jurídica das alegações e o *periculum in mora*, a única alternativa que se mostra possível é, outra vez, a da medida cautelar, agora dirigida diretamente ao STF ou ao STJ, conforme o caso”. (ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela, 4ª ed. Saraiva, 2005, pp. 150-151)

Diante do que foi exposto até aqui, podemos concluir que não só as decisões de atribuição de efeito suspensivo ou de aplicação

do regime de retenção aos recursos especiais e extraordinários estão imunes à jurisdição do tribunal de origem, mas, na verdade, todas aquelas que vierem a ser proferidas pela Presidência ou Vice-Presidência no exercício da competência delegada pelas Cortes Superiores. Consectariamente, conclui-se que o recurso cabível contra essas decisões é o agravo do art. 544 do CPC.

Com efeito, atuando o Presidente ou Vice-Presidente na condição de órgão delegado dos tribunais de superposição, seria contrário à própria lógica do sistema admitir que o tribunal recorrido pudesse, através de agravo regimental, rever decisões de admissibilidade dos recursos interpostos contra seus acórdãos.

**DO CABIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO DA PRESIDÊNCIA OU VICE-PRESIDÊNCIA QUE PROMOVE A APLICAÇÃO DO REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL (CPC, ART. 543-B) E DA SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (CPC, ART. 543-C)**

Não obstante, deve ser reconhecida a competência do tribunal recorrido para revisão das decisões da Presidência ou Vice-Presidência que tiverem por escopo a aplicação do regime de repercussão geral e da sistemática dos recursos repetitivos (arts. 542-B e 543-C, do CPC). Isso porque, diferentemente do que ocorre no tradicional juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais, o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal atua nesses casos no desempenho da competência do próprio tribunal, e não como órgão delegado de tribunal superior.

Nessa linha, transcrevo julgado da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, fazendo referência a acórdão do Supremo Tribunal Federal, por meio do qual ficou assentada a competência do próprio tribunal recorrido para aplicação da sistemática do art. 543-B do CPC e, por conseguinte, para o julgamento de agravo regimental interposto em face das decisões proferidas com essa finalidade:

PROCESSO CIVIL. 1. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. CONSEQUÊNCIA DESSA DECISÃO NOS RECURSOS SOBRESTADOS NO REGIME DO ART. 543-B DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NOS RECURSOS

POSTERIORES. Se o Supremo Tribunal Federal não reconhece no tema controvertido a repercussão geral, os recursos sobrestados “**considerar-se-ão automaticamente não admitidos**” (CPC, 543-B, § 2º), e os posteriores “**serão indeferidos liminarmente**” (CPC, 543-A, § 5º). RECURSO. A decisão do presidente do tribunal *a quo*, ou de quem o substituir, que **negar seguimento** a esses recursos **decorre de competência própria e estará sujeita a agravo regimental**, sem qualquer recurso para o Supremo Tribunal Federal (Questão de Ordem em Agravo de Instrumento nº 760.358, SE, Relator o Ministro Gilmar Mendes). 2. JUÍZO DE PREJUDICIALIDADE. Julgado o mérito do recurso extraordinário representativo da controvérsia, o presidente do tribunal *a quo*, ou quem o substituir, **julgará prejudicado** o recurso extraordinário quando o acórdão recorrido estiver conformado ao precedente (CPC, art. 543-B, § 3º). RECURSO. A decisão, **também prolatada no exercício de competência própria, estará sujeita a agravo regimental**, sem qualquer recurso para o Supremo Tribunal Federal (Questão de Ordem em Agravo de Instrumento nº 760.358, SE, Relator o Ministro Gilmar Mendes). 3. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. Julgado o mérito do recurso extraordinário representativo da controvérsia, os acórdãos prolatados pelo tribunal *a quo*, ainda que posteriores ao precedente, estarão sujeitos ao juízo de retratação; **mantido nesse âmbito o acórdão divergente**, o presidente do tribunal *a quo*, ou quem o substituir, **fará o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário por delegação do Supremo Tribunal Federal**. RECURSO. A decisão que, nesse contexto, **não admitir o recurso extraordinário estará sujeita a agravo de instrumento** (CPC, art. 544). Agravo regimental não provido.

(AgRg no RE no AgRg nos EAg 602.830/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 28/10/2010, DJe 08/02/2011)

É verdade que os tribunais de segundo grau têm relutado em admitir o cabimento de agravo regimental contra decisões dirigidas à aplicação da sistemática dos recursos repetitivos e do regime da repercussão geral. Entretanto, não restam mais dúvidas de que o recurso cabível em face desse tipo de decisão é o agravo regimental.

Além dos precedentes já mencionados, confirmam-se, no mesmo sentido, os julgamentos realizados no AI 760358 QO, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2009, *DJe* 12-02-2010 e na QO no Ag 1154599/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, julgado em 16/02/2011, *DJe* 12/05/2011.

Observe-se que no voto proferido na QO AI 760358, o Ministro Gilmar Mendes deixou evidente que os tribunais de segundo grau e as turmas recursais detêm a competência para aplicação do entendimento firmado em sede de repercussão geral aos recursos extraordinários sobre idêntica controvérsia. O insigne Ministro Relator ainda afirmou não ser cabível o agravo do art. 544 do CPC para impugnação dessa espécie de decisão. Observe-se:

**Assim, a competência para aplicação do entendimento firmado pelo STF é dos tribunais e das turmas recursais de origem. Não se trata de delegação para que examinem o recurso extraordinário nem de inadmissibilidade ou de julgamento de recursos extraordinários ou agravos pelos tribunais e turmas recursais de origem. Trata-se, sim, de competência para os órgãos de origem adequarem aos casos individuais ao decidido no leading case,** mediante:

a) registro da automática inadmissibilidade (§ 5º do art. 543-A) ou do indeferimento liminar dos recursos sobrestados (§ 2º do art. 543-B), cujas matérias se identifiquem com aquelas em que se tenha negado repercussão geral; b) registro do prejuízo dos recursos contra decisões conformes à jurisprudência da Corte em matéria cuja repercussão geral já foi assentada às que já tiveram o mérito julgado; e c) juízo de retratação, nos casos em que a repercussão geral fora assentada e cujo julgamento posterior de mérito, pelo STF, resulte contrário ao entendimento a que chegou a Corte de origem, na decisão objeto de recurso extraordinário.

Os instrumentos para essa adequação de entendimentos aos casos que envolvam a mesma matéria constitucional serão a retratação, o registro de prejuízo a a automática inadmissibilidade, conforme prevê o supracitado art. 543-B, § 3º, do CPC.

**O cabimento de agravo de instrumento dirigido a esta Corte resume-se aos casos elencados nos art.s 544**

**do CPC e 313 do RISTF.** A presente hipótese não é contemplada em nenhum desses dispositivos.

No voto proferido na QO no Ag 1154599/SP, o Min. César Asfor Rocha seguiu integralmente o entendimento adotado pelo STF na QO AI 760358, conforme se verifica das seguintes passagens de seu voto:

[...]

**Sob esse enfoque, a norma do art. 544 do Código de Processo Civil, editada em outro momento do Poder Judiciário, deve ser interpretada restritivamente, incidindo, apenas, nos casos para os quais o agravo de instrumento respectivo foi criado, ou seja, nas hipóteses em que o órgão julgante do Tribunal de origem tenha apreciado efetivamente os requisitos de admissibilidade do recurso especial.**

O exame dos mencionados pressupostos recursais, sem dúvida, não alcança a norma do inciso I do § 7º do art. 543-C do Código de Processo Civil. **Nesse dispositivo, o apelo extremo tem seguimento negado com base no julgamento do mérito de apelo que serviu de paradigma ou, como dispõe a própria lei, de “recurso representativo de controvérsia” (§ 1º do mesmo dispositivo). Antecipa-se, enfim, no eleito recurso repetitivo, o resultado dos futuros recursos que cuidarem de matéria idêntica.**

[...]

III - Por último, cabe aqui discutir uma terceira questão. Poderá haver hipóteses em que, de fato, o recurso especial terá seguimento negado indevidamente, por equívoco do órgão julgador na origem. Nesse caso, caberá apenas agravo regimental no Tribunal *a quo*.

**Observe que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 760.358-7, decidiu de forma semelhante. Considerando inadequada a utilização da reclamação para correção de equívocos na aplicação da jurisprudência daquele Tribunal aos processos sobrestados na origem pela repercussão geral, entendeu**

**que o único instrumento possível a tal impugnação seria o agravo interno.**

Ante todo o exposto e tendo em conta que o presente agravo, inclusive no que se refere ao art. 535 do CPC, busca apenas a prevalência de tese rechaçada quando do julgamento do REsp nº 977.058/RS, sob o rito da novel legislação, não conheço do agravo de instrumento porquanto incabível.

Em reforço, colaciono recente julgado do STJ reafirmando competir ao próprio tribunal recorrido decidir, em sede de agravo regimental, sobre alegação de equívoco no sobrestamento ou na aplicação da sistemática dos recursos repetitivos. *In verbis*:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. DECISÃO DE SOBRESTAMENTO DO RECURSO ESPECIAL FUNDADA NO § 1º DO ART. 543-C DO CPC. NÃO CABIMENTO.

1. **Conforme decidiu a Corte Especial na QO no Ag 1154599/SP, CE, Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 12/05/2011, não cabe agravo de instrumento ao STJ contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no art. 543, § 7º, inciso I, do CPC, sendo da competência do próprio Tribunal recorrido, se provocado por agravo interno, decidir sobre a alegação de equívoco na aplicação de precedente do STJ em recurso especial representativo da controvérsia.**

2. Por idêntica razão e pela mesma via do agravo interno, cabe ao Tribunal recorrido julgar a alegação de equívoco no sobrestamento de recurso, na hipótese do § 1º do art. 543-C do CPC, no aguardo de pronunciamento do STJ. Em casos tais, será incabível, tanto o agravo de instrumento do art. 544 do CPC, quanto medida cautelar para o STJ com idêntica finalidade.

3. Recurso desprovido.

(EDcl na MC 18.822/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 15/03/2012)

Em síntese, podemos concluir que, se a decisão for proferida no âmbito genérico do **JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE**, ou seja, no exercício da competência delegada pelos tribunais superiores, o



recurso cabível será **AGRAVO DO ART. 544 DO CPC**. Se a decisão, no entanto, for proferida em sede de **JUÍZO DE CONFORMIDADE**, isto é, no exercício de competência própria do tribunal (CPC, arts. 543-B e 543-C), o recurso cabível será o **AGRAVO REGIMENTAL**.

Para facilitar a aplicação desses entendimentos aos casos concretos, passo à especificação das hipóteses de cabimento de agravo do art. 544 do CPC e do agravo do art. 200 do Regimento Interno desta Corte:

1) Caberá agravo do art. 544 do CPC contra decisão do Presidente ou Vice-Presidente do tribunal de origem que:

- i. **Não admitir** recurso extraordinário ou recurso especial no exercício do tradicional juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais (art. 542, § 1º)
- ii. **Não admitir** recurso extraordinário, quando mantida pelo órgão julgador decisão contrária ao entendimento firmado pelo STF em sede de repercussão geral (art. 543-B, § 4º c/c art. 542, § 1º).
- iii. **Não admitir** recurso especial, quando mantida pelo órgão julgador decisão contrária ao entendimento firmado pelo STJ em sede de recurso repetitivo (art. 543-C, § 8º c/c art. 542, § 1º).
- iv. **Deferir ou indeferir** pedido de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou especial (art. 542, § 1º).
- v. **Determinar que fique retido** recurso extraordinário ou recurso especial (art. 542, § 3º c/c art. 542, § 1º)

2) Será, no entanto, cabível agravo regimental para o órgão colegiado do próprio tribunal (Plenário, Corte Especial, Seção ou Colegiado dos Presidentes das Seções, conforme dispuser o respectivo regimento) contra decisão que:

- i. **Declarar liminarmente indeferido** recurso extraordinário que tenha por objeto controvérsia cuja repercussão geral tenha sido negada pelo STF (art. 543-A, § 5º).
- ii. **Determinar o sobrestamento** de recurso extraordinário em razão da seleção de um ou mais recursos representativos da controvérsia para encaminhamento ao STF (art. 543-B, § 1º).
- iii. **Declarar automaticamente não admitido** recurso extraordinário sobrestado, nos casos em que o STF negar

a existência de repercussão geral da mesma controvérsia (art. 543-B, § 2º).

iv. **Declarar prejudicado** recurso extraordinário sobrestado, sempre que o acórdão recorrido estiver em conformidade com o posicionamento adotado pelo STF em recurso extraordinário submetido ao regime de repercussão geral (art. 543-B, § 3º).

v. **Determinar a suspensão** de recurso especial em razão da seleção de um ou mais recursos representativos da controvérsia para encaminhamento ao STJ (art. 543-C, § 1º).

vi. **Denegar seguimento** a recurso especial, na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça (art. 543-C, § 7º, I).

3) Caberá, ainda, agravo regimental para o órgão colegiado do próprio tribunal contra decisão que implique uma das seguintes providências, a despeito de não constarem expressamente do Código de Processo Civil:

i. **Declarar prejudicado** recurso extraordinário não submetido a sobrestamento, quando o acórdão recorrido estiver em conformidade com o posicionamento adotado pelo STF em recurso extraordinário submetido ao regime de repercussão geral (aplicação analógica do art. 543-B, § 3º).

ii. **Declarar prejudicado** recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido pelo tribunal recorrido no exercício do juízo de retratação (aplicação analógica do art. 543-B, § 3º, do CPC - vide QO AI 760358 QO, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2009, *DJe* 12-02-2010, seq. 1730).

iii. **Denegar seguimento** a recurso especial interposto contra acórdão que aplica entendimento firmado pelo STJ em recurso repetitivo, mesmo que a demanda não tenha sido suspensa (aplicação analógica do art. 543-C, § 7º, inciso I - vide Acordo de Cooperação firmado entre o STJ, TRF's e Tribunais de Justiça dos Estados, em 27/6/2012, embora este documento tenha se utilizado da expressão "inadmitir").

Vale, por fim, esclarecer que as providências acima elencadas também se aplicam aos recursos extraordinários e especiais de natureza criminal, tendo em vista que as Cortes Superiores

vêm admitindo recursos extraordinários com repercussão geral e recursos especiais repetitivos em matéria penal e processual penal (RE 579167 RG, Relator(a): Min. Menezes Direito, julgado em 03/04/2008, *DJe*-157 22-08-2008; RE 597133 RG, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 04/06/2009, *DJe*-113 19-06-2009; REsp 1107314/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Rel. p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 13/12/2010, *DJe* 05/10/2011; REsp 1112748/TO, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 09/09/2009, *DJe* 13/10/2009).

No caso sob exame, o então Vice-Presidente desta Corte decidiu pelo arquivamento da medida cautelar de atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário, tendo em vista sua natureza meramente incidental. Inserindo-se, portanto, essa providência no âmbito genérico do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, contra ela não cabe agravo regimental.

Ante o exposto, não conheço do agravo regimental.

É como voto.

## **MEDIDA CAUTELAR INOMINADA (TURMA) Nº 3.137-PE**

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA  
Requerente: SUAPE - COMPLEXO INDUSTRIAL PORTUÁRIO  
Requerida: FAZENDA NACIONAL  
Advs./Procs.: DRS. RICARDO DO NASCIMENTO CORREIA DE CARVALHO E OUTROS (REQTE.)

***EMENTA: TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. SUAPE. IMUNIDADE RECÍPROCA. IMPOSTO TERRITORIAL RURAL. EMPRESA PÚBLICA ESTADUAL CUJO OBJETIVO É REALIZAR A INSTALAÇÃO, ADMINISTRAÇÃO E EXPLORAÇÃO DO PORTO DE SUAPE. A ATIVIDADE DE EXPLORAÇÃO DOS PORTOS MARÍTIMOS, FLUVIAIS E LACUSTRES TEM NATUREZA DE SERVIÇO PÚBLICO.***

**- Trata-se de medida cautelar incidental, interposta por SUAPE - COMPLEXO INDUSTRIAL PORTUÁRIO, na qual se requer a suspensão da cobrança de imposto sobre a propriedade territorial rural, até o julgamento final do Recurso de Apelação nº 527622-PE interposto no mandado de segurança impetrado em face da UNIÃO FEDERAL, com o desígnio de afastar a incidência do ITR, em relação aos imóveis pertencentes à requerente.**

**- A recorrente é empresa pública estadual, cujo objetivo, nos termos da Lei Estadual nº 7.763/78, é realizar a instalação, administração e exploração do Porto de Suape, para o que lhe compete, entre outros, “promover a alienação ou arrendamento de lotes de terreno para fins industriais, portuários ou correlatos”.**

**- Trata-se, portanto, de atividade cuja exploração está a cargo da União, de forma direta ou mediante autorização, concessão ou permissão, conforme previsto no art. 21, XII, f, da CF/88.**

**- As atividades de exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres têm natureza de serviço público. Precedentes STF: (RE 356.711, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ de 07.04.2006; RE 253.394, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ de 11.04.2003 e o RE 265.749, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ de 12.09.2003).**

**- Medida cautelar parcialmente procedente, para determinar a suspensão, até o julgamento do recurso de apelação do Mandado de Segurança, da cobrança do ITR, somente, quanto aos imóveis situados nas áreas declaradas de utilidade e necessidades públicas, bem como, aos imóveis da requerente sob sua posse direta, também enquanto serviço público estadual, desde que estejam afetos à exploração de sua atividade-fim.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos etc., decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, julgar parcialmente procedente a medida cautelar, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 31 de julho de 2012. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA - Relator

### **RELATÓRIO**

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA:

Trata-se de medida cautelar incidental, com pedido de liminar, interposta por SUAPE - COMPLEXO INDUSTRIAL PORTUÁRIO, na qual se pleiteia a suspensão da cobrança de imposto sobre a propriedade territorial rural, até o julgamento final do Recurso de Apelação nº 527622-PE interposto no mandado de segurança impetrado em face da UNIÃO FEDERAL, com o desígnio de afastar a incidência do ITR, em relação aos imóveis pertencentes à requerente.

Alega a requerente que é empresa pública estadual e exerce, por delegação, serviço público federal, razão pela qual defende o gozo da imunidade recíproca prevista no art. 150, inc. VI, a, da CF/88. Afirma, ainda, que sua atividade final não é a obtenção de lucro, mas sim prestação de serviço público de fomento ao desenvolvimento do Estado, cujo exercício lhe foi delegado pela União.

Requer a concessão de liminar para que a União se abstenha de cobrar o ITR, até o julgamento final do mandado de segurança supra mencionado.

Às fls. 78/81, o pedido de liminar foi deferido em parte, apenas para determinar a suspensão, até o julgamento do Mandado de Segurança, da cobrança do ITR, somente, quanto aos imóveis situados nas áreas declaradas de utilidade e necessidades públicas, bem como aos imóveis da requerente sob sua posse direta, também enquanto serviço público estadual, desde que estejam afetos à exploração de sua atividade-fim.

A Fazenda Nacional, em sua contestação de fls. 86/94, opõe-se à concessão da cautelar pleiteada, sob o fundamento de que SUAPE, empresa pública, desenvolve atividades empresariais e não se enquadra entre as entidades previstas no art. 150 da CF, que dispõe acerca da imunidade tributária. Afirma, ainda, que a empresa pública requerente submete-se às restrições dos §1º e 2º do art. 173 da CF, em razão de explorar atividade econômica. Requer que o pedido seja julgado improcedente ou, alternativamente, que a imunidade seja deferida apenas sobre imóveis que estejam na posse direta do Porto de Suape e afetos ao serviço público.

É o relatório.

### VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA (Relator):

A ação cautelar visa a preservar a eficácia da decisão final da ação principal. Destarte, o mérito da ação cautelar se consubstancia na existência da plausibilidade do direito da ação principal (*fumus boni iuris*) e do perigo de prejuízo enquanto se espera de julgamento dessa ação (*periculum in mora*).

Quanto à plausibilidade do direito invocado, cumpre, inicialmente, esclarecer que a requerente é empresa pública estadual, cujo objetivo, nos termos da Lei Estadual nº 7.763/78, é realizar a instalação, administração e exploração do Porto de Suape, para o que lhe compete, entre outros, “promover a alienação ou arrendamento de lotes de terreno para fins industriais, portuários ou correlatos”.

Trata-se, portanto, de atividade cuja exploração está a cargo da União, de forma direta ou mediante autorização, concessão ou permissão, conforme previsto no art. 21, XII, f, da CF/88:

Art. 21. Compete à União:

(...)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(...)

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

O Supremo Tribunal Federal consolidou a orientação de que a exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres caracteriza-se como serviço público. Observe-se:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA CONTROLADA POR ENTE FEDERADO. CONDIÇÕES PARA APLICABILIDADE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA. COMPANHIA DO CAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (CODESP). INSTRUMENTALIDADE ESTATAL. ARTS. 21, XII, F, 22, X, e 150, VI, A, DA CONSTITUIÇÃO. DECRETO FEDERAL 85.309/1980. 1. IMUNIDADE RECÍPROCA. CARACTERIZAÇÃO.

Segundo teste proposto pelo ministro relator, a aplicabilidade da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, a, da Constituição) deve passar por três estágios, sem prejuízo do atendimento de outras normas constitucionais e legais:

1.1. A imunidade tributária recíproca se aplica à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais iminentes do ente federado, cuja tributação poderia colocar em risco a respectiva autonomia política. Em consequência, é incorreto ler a cláusula de imunização de modo a reduzi-la a mero instrumento destinado a dar ao ente federado condições de contratar em circunstâncias mais vantajosas, independentemente do contexto.

1.2. Atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, devem ser submetidas à tributação, por apresentarem-se como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política.

1.3. A desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita. Em princípio, o sucesso ou a desventura empresarial devem pautar-se por virtudes e vícios próprios do mercado e da administração, sem que a intervenção do Estado seja fator preponderante.

2. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA. CONTROLE AÇIONÁRIO MAJORITÁRIO DA UNIÃO. AUSÊNCIA DE INTUITO LUCRATIVO. FALTA DE RISCO AO EQUILÍBRIO CONCORRENCIAL E À LIVRE INICIATIVA. Segundo se depreende dos autos, a Codesp é instrumentalidade estatal, pois: **2.1. Em uma série de precedentes, esta Cor-**

te reconheceu que a exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres caracteriza-se como serviço público. 2.2. O controle acionário da Codesp pertence em sua quase totalidade à União (99,97%). Falta da indicação de que a atividade da pessoa jurídica satisfaça primordialmente interesse de acúmulo patrimonial público ou privado. 2.3. Não há indicação de risco de quebra do equilíbrio concorrencial ou de livre iniciativa, eis que ausente comprovação de que a Codesp concorra com outras entidades no campo de sua atuação. 3. Ressalva do ministro-relator, no sentido de que “cabe à autoridade fiscal indicar com precisão se a destinação concreta dada ao imóvel atende ao interesse público primário ou à geração de receita de interesse particular ou privado”. Recurso conhecido parcialmente e ao qual se dá parcial provimento.

(STF, RE 253.472/SP, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 25.08.2010, DJe 01.02.2011)

No tocante à imunidade tributária recíproca pleiteada pela requerente, dispõe o art. 150, inc. VI, a, da CF/88:

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

(...)

VI - instituir impostos sobre:

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

Verifica-se que o Pretório Excelso tem reconhecido a imunidade tributária às empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, como se pode depreender do julgado acima transcrito.

Frise-se, ainda, que, em relação ao provimento concedido pela Corte Suprema, o Porto de Santos é sociedade de economia mista, com preponderância do capital público. A agravante, a seu turno, possui capital totalmente público, razão pela qual não vislumbro óbices à concessão da medida cautelar requerida.

Vê-se presente o perigo de dano pela demora na prestação jurisdicional, em razão de a irregularidade fiscal em que se encon-



tra a requerente, decorrente da cobrança, em tese indevida, dificultar a operacionalização de suas atividades.

Pelo exposto, vislumbram-se presentes os requisitos necessários à concessão da medida pleiteada.

Contudo, tendo em vista que é de competência de SUAPE, conforme, inclusive, prevê o art. 4º da Lei nº 7.763/78, a promoção, a alienação ou arrendamento de lotes para fins industriais, portuários ou correlatos, é necessário esclarecer que a imunidade deve abranger apenas as propriedades que estejam sob posse direta da requerente e as que possuam a característica primordial à concessão da prerrogativa requerida, a prestação de serviço público.

Por tais considerações, julgo parcialmente procedente a medida cautelar pleiteada, para determinar a suspensão, até o julgamento do recurso de apelação do Mandado de Segurança, da cobrança do ITR, somente, quanto aos imóveis situados nas áreas declaradas de utilidade e necessidades públicas, bem como aos imóveis da requerente sob sua posse direta, também enquanto serviço público estadual, desde que estejam afetos à exploração de sua atividade-fim.

É como voto.



## **ÍNDICE SISTEMÁTICO**

---



## **JURISPRUDÊNCIA**

### **AÇÃO RESCISÓRIA**

6631-SE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias .....	13
---------	---	----

### **AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA**

6645-AL	Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho .....	32
---------	---	----

### **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO**

21197-RN	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt .....	37
21626-PE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena .....	51
23228-RN	Rel. Des. Federal Marco Bruno Miranda Clementi- no (Convocado) .....	68
23354-CE	Rel. Des. Federal Marco Bruno Miranda Clementi- no (Convocado) .....	80

### **APELAÇÃO CÍVEL**

466200-AL	Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria .....	91
502790-SE	Rel. Des. Federal Francisco Wildo .....	100
515798-PE	Rel. Des. Federal Cesar Carvalho (Convocado) ..	137
518884-CE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães .....	152
520224-PB	Rel <sup>a</sup> . Des <sup>a</sup> . Federal Cíntia Menezes Brunetta (Convocada) .....	165
525609-PE	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt .....	193
527299-PB	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães .....	210
542308-CE	Rel <sup>a</sup> . Des <sup>a</sup> . Federal Cíntia Menezes Brunetta (Convocada) .....	218
542831-RN	Rel <sup>a</sup> . Des <sup>a</sup> . Federal Margarida Cantarelli .....	225
545155-PB	Rel <sup>a</sup> . Des <sup>a</sup> . Federal Margarida Cantarelli .....	234

### **APELAÇÃO CRIMINAL**

7865-CE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano .....	242
8905-RN	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano .....	251
9065-AL	Rel. Des. Federal Walter Nunes da Silva Júnior (Convocado) .....	262

## **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REVISÃO CRIMINAL**

115-RN Rel. Des. Federal Vladimir Souza Carvalho ..... 289

### **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO**

118751-CE Rel. Des. Federal Paulo Gadelha ..... 297

### **INQUÉRITO**

2373-PB Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira ..... 306

2455-AL Rel. Des. Federal Élio Wanderley de Siqueira Fi-  
lho (Convocado) ..... 320

### **MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO (TURMA)**

102889-RN Rel. Des. Federal Francisco Wildo ..... 336

### **MEDIDA CAUTELAR (VICE-PRESIDÊNCIA)**

2645-PE Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira ..... 346

### **MEDIDA CAUTELAR INOMINADA (TURMA)**

3137-PE Rel. Des. Federal Paulo Gadelha ..... 363

## **ÍNDICE ANALÍTICO**

---





## A

Econ e Cons	Ação civil pública. Financiamento de moradia própria. Captação de recursos de cidadão. Atividade financeira. Falta de autorização do BACEN. Ilegalidade. AC 515798-PE ..... 137
Adm e Amb	Ação civil pública. Funcionamento de carcinicultura sem o devido licenciamento. Consentimento da Administração. Dano ambiental. Constatação. Dano moral coletivo. Indenição. Cabimento. AC 520224-PB ..... 165
Adm, Ct e PrCv	Ação rescisória. Improbidade administrativa. Condenação na perda da função pública relacionada com o ato ímprobo. Direito da autora de exercer o cargo efetivo de professora da municipalidade, tendo em vista que o ato ímprobo foi realizado quando no exercício de cargo em comissão de licitação. AR 6631-SE ..... 13
PrCv	Agravo regimental. Decisão da vice-presidência. Medida cautelar de atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário. Mero incidente no processamento do recurso. Decisão de arquivamento proferida no exercício da competência delegada. Impossibilidade de revisão pelo órgão colegiado do tribunal de origem. Não conhecimento do agravo. MCVP 2645-PE ..... 346
Prev	Aposentadoria compulsória por idade. Servidor municipal regido pelo RGPS. Aposentadoria compulsória devida apenas a servidores vinculados a regime próprio. Autor que reúne os requisitos de idade e carência exigidos para a concessão da aposentadoria

por idade prevista na Lei dos Benefícios.  
Concessão da aposentadoria. APELREEX  
23228-RN ..... 68

## C

- Ct e Adm      Conflito envolvendo disputa de terras indígenas. Atuação irregular da Polícia Militar. Incompetência para dirimir conflitos dessa natureza. Competência complementar e cooperativa com os órgãos federais competentes para a tutela de direitos indígenas. Ofensas físicas e morais contra comunidade indígena. Dano moral coletivo configurado. Dever de indenizar. AC 518884-CE ..... 152
- Pen e PrPen      Conflito indígena. Homicídio qualificado. Julgamento pelo Tribunal do Júri. Ofensa ao CPP, art. 479. Não ocorrência. Indeferimento de acareação. Ausência de prejuízo à defesa. Preliminares de nulidade do julgamento. Rejeição. Decisão contrária à prova dos autos. Não ocorrência. Valor mínimo da indenização a título de reparação de danos. Não vinculação às condições econômicas do ofensor. Dosimetria da pena. ACr 9065-AL ..... 262
- Cv e PrCv      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. Adimplemento da CEF. Repasse dos valores do empréstimo por parte da

Cohabitar à construtora em desconformidade com o contrato de empreitada, ou seja, sem aplicação do indexador ali previsto (INCC). Inadimplência da Cohabitar. 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. Pedido de extinção da fiança ou de sua inexigibilidade. Impossibilidade. AC 502790-SE ..... 100

## D

Trbt e PrCv Débito tributário. Auto de infração. Ação ordinária para desconstituir o título. Reconhecimento da responsabilidade solidária. Relatório de fiscalização da Administração Fazendária. Prova de que os verdadeiros sócios da empresa são os apelantes. AC 527299-PB ..... 210

Ct, Pen e PrPen Denúncia contra prefeito. Crime contra o meio ambiente. Ausência de interesse público federal. Fatos que se potencializam exclusivamente no interesse da população local. Incompetência da Justiça Federal. Remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. INQ 2373-PB ..... 306

## E

Adm Embargos à execução fiscal. Multa administrativa. IBAMA. Ilícito ambiental. Pesca em área proibida. Auto de infração. Valor da multa. Desproporcionalidade. Redução. Competência do agente autuante. AC 542831-RN ..... 225

Pen e PrPen      Embargos declaratórios baseados em supostas omissões e contradições havidas no aresto embargado. Nítido intuito de rediscussão de matérias já dirimidas tanto pela Quarta Turma quanto pelo Pleno desta Corte Regional. Condenação proferida não apenas com base no laudo pericial, mas com supedâneo também em harmônico e robusto conjunto probatório. Revisão criminal que não se presta para o reexame das provas colhidas no curso da instrução criminal. Embargos declaratórios improvidos. ED na RvCr 115-RN ..... 289

PrCv                Emolumentos requeridos para registro de imóveis. Pretendida isenção do DNOCS. Impossibilidade. Decreto-Lei nº 1.537/77 não recepcionado pela CF/88. Vedação constitucional. Alegação de violação à cláusula de reserva de plenário. Juízo de não recepção de norma pré-constitucional. Desnecessidade de submissão ao Tribunal Pleno. Alegação de omissão quanto à aplicação da Lei 9.028/95, art. 24-A; da Lei 9.289/96, art. 1º, §§ 1º e 4º; da Lei 4.229/63, art. 31 e do Decreto-Lei 1.537/77, arts. 1º e 2º. Inocorrência. Discussão da matéria. Impossibilidade. ED no AgTr 118751-CE ..... 297

I

PrPen e Pen      Inquérito policial. Nulidade. Rejeição. Violação à prerrogativa de foro. Inocorrência. Apropriação indébita previdenciária. Constituição definitiva do lançamento. Desnecessidade. Decadência do crédito tributário. Análise prejudicada. Denúncia. Recebimento. Prescrição da pretensão punitiva. Não ocorrência. INQ 2455-AL ..... 320

Trbt e Adm	IPI. Isenção. Aquisição de veículo por deficiente físico. Acidente. Perda total do automóvel. Nova isenção antes do prazo legal. Possibilidade. AC 542308-CE ..... 218
------------	--

## M

PrPen	Mandado de segurança. Sequestro de bens. Decisão proferida na Justiça Estadual. Ratificação por Juiz Federal. Possibilidade. Demora excessiva da apreciação dos pedidos de restituição. Ausência de recurso cabível. Conhecimento do <i>mandamus</i> como requerimento dirigido à Corte. Intervenção judicial nas empresas. Suspensão. Parcial liberação dos bens mediante cautelas. MS (TR) 102889-RN ..... 336
-------	--

PrCv e Trbt	Mandado de segurança. Tempestividade. Interesse de agir. PIS e COFINS não cumulativos. Creditamento de insumos. Prescrição quinzenal. Sociedade empresária de logística e transporte de cargas. Insumos diretos e indiretos. Contratos de seguro. Serviços de telecomunicações. APELREEX 21626-PE ..... 51
-------------	--

Trbt e PrCv	Medida Cautelar. Complexo Industrial Portuário de Suape. Imposto territorial rural. Imunidade recíproca. Empresa pública estadual cujo objetivo é realizar a instalação, administração e exploração do Porto de Suape. Atividade que tem natureza de serviço público. Suspensão, até o julgamento do recurso de apelação no mandado de segurança, da cobrança do ITR, somente quanto aos imóveis situados nas áreas declaradas de utilidade e necessidade públicas, bem como aos imóveis da requerente sob
-------------	--

sua posse direta, também enquanto serviço público estadual, desde que estejam afeitos à exploração de sua atividade-fim. MCTR 3137-PE ..... 363

## P

PrCv	Pedido de justiça gratuita em ação rescisória. Indeferimento. Agravantes que não se situam na faixa dos necessitados dos benefícios da justiça gratuita. AgRg na AR 6645-AL ..... 32
Pen e PrPen	Pedofilia. Publicação gratuita na internet de imagens de menores de dez anos de idade em situações sexuais. Agente que agia em sua residência e nas <i>lan houses</i> do município. Insanidade mental. Inexistência. Agente capaz de entender o caráter ilícito dos fatos e de se determinar de acordo com este entendimento. Autoria e materialidade comprovadas. Dosimetria da pena. Atenuante genérica da confissão. Possibilidade. Redução da pena. Continuidade delitiva. Pena aplicada superior a seis anos de reclusão. Regime semi-aberto como inicial do cumprimento da pena. ACr 8905-RN ..... 251
Prev	Pensão por morte. Esposa. Desdobramento. Ex-companheira. Não comprovada a existência da alegada união estável nem a necessidade econômica superveniente da suposta ex-convivente. Cancelamento da cota a ela destinada. Percepção integral da pensão do falecido marido pela viúva. Tutela antecipada. Indeferimento. APELREEX 23354-CE ..... 80

Adm e Aeron	Pretensão da autora de ressarcimento por danos ocasionados por ação/inação de empresa pública federal. Infraero. Administração da Infraestrutura Aeroportuária. Prestação de serviço público. Responsabilidade civil objetiva. Armazenamento de mercadorias perecíveis. Perda total do bem importado, por acondicionamento inadequado no terminal de carga, após entrega pela transportadora. Perecibilidade e necessidade de refrigeração explicitados no conhecimento aéreo e nas embalagens. Afirmação de responsabilidade da ré pela Receita Federal. Condenação ao ressarcimento por danos emergentes. Direito a lucros cessantes. AC 525609-PE ..... 193
-------------	--

## R

Cv e Adm	Responsabilidade civil do Estado. Demora no atendimento de parturiente que necessitava se submeter a parto cesariano por orientação prévia de profissional médico que procedera ao exame pré-natal. Negativa da única unidade hospitalar conveniada ao SUS satisfatoriamente aparelhada para a realização do procedimento cirúrgico. Morte do recém-nascido. Condenação em danos morais do Município de Natal e da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. APELREEX 21197-RN ..... 37
----------	--

## S

Ct e Adm	SUS – Sistema Único de Saúde. Ressarcimento. Constitucionalidade reconhecida pelo STF. Alegação de que os procedimentos foram realizados por pacientes não usuários do plano de saúde da operadora. Não comprovação. AC 545155-PB ..... 234
----------	---

## T

Ct e Cv                    Tratamento médico domiciliar. Custeio por plano de saúde e realização do atendimento através de empresa por ele contratada. Inadimplência do contratante. *Home care* garantido ao autor por força de antecipação de tutela. Remoção do paciente de seu domicílio para unidade hospitalar. Desrespeito a ordem judicial. Dano moral. Existência. Indenização devida. AC 466200-AL ..... 91

## V

Pen e PrPen            Violação de domicílio. Inexistência. Busca autorizada pelo morador. Crime permanente. Flagrante. Desnecessidade de mandado judicial. Alegação de tortura nas dependências policiais. Ausência de comprovação. Condutas descritas no CP, arts. 289, § 1º, e 296, § 1º, I, em concurso formal. Guarda de cédulas falsas e uso de selos de imposto de importação falsificados. Desclassificação para o delito previsto no CP, art. 289, § 2º. Impossibilidade. Má-fé do agente demonstrada. Autoria e materialidade comprovadas. Estado de necessidade. Ausência de confirmação. Pena fixada no mínimo legal. ACr 7865-CE ..... 242