

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

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

Número 114 - Março/Abril - 2015

R. TRF 5ª Região, nº 114, pp. 1-353, Março/Abril - 2015

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

**Diretor da Revista
DESEMBARGADOR FEDERAL
EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR**

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 EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

Supervisão de Coordenação de Gabinete e Base de Dados
MARIA CAROLINA PRIORI BARBOSA

Supervisão de Pesquisa, Coleta, Revisão e Publicação
NIVALDO DA COSTA VASCO FILHO

Apoio Técnico

ARIVALDO FERREIRA SIEBRA JÚNIOR
ELIZABETH LINS MOURA ALVES DE CARVALHO

Diagramação

GABINETE DA REVISTA

Endereço eletrônico: www.trf5.jus.br

Correio eletrônico: revista.dir@trf5.jus.br

Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região v. 1 (1989)
Recife, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 1989

Bimestral, a partir do volume nº 73.

A partir do v. 4, nº 1, de 1992, a numeração passou a ser contínua.
ISSN 0103-4758

1. Direito - Periódicos. I. Brasil. Tribunal Regional Federal da 5ª Região

CDU 34(05)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

Desembargador Federal

MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS - 03.12.03

Presidente

Desembargador Federal

FRANCISCO **ROBERTO MACHADO** - 10.12.14

Vice-Presidente

Desembargador Federal

FERNANDO BRAGA DAMASCENO - 15.05.13

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

Desembargador Federal

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - 17.05.01

Desembargador Federal

FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS - 15.08.03

Desembargador Federal

MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT - 08.08.07

Desembargador Federal

VLADIMIR SOUZA CARVALHO - 27.02.08

Desembargador Federal

ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA - 05.05.08

Diretor da Escola de Magistratura Federal

Desembargador Federal
FRANCISCO **BARROS DIAS** - 12.01.09
Coordenador dos Juizados Especiais Federais

Desembargador Federal
EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR - 21.07.10
Diretor da Revista

Desembargador Federal
PAULO MACHADO CORDEIRO - 14.04.15

Desembargador Federal
IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO

TRIBUNAL PLENO (quartas-feiras)

Presidente: Desembargador Federal MARCELO NAVARRO
Vice-Presidente: Desembargador Federal ROBERTO MACHADO
Corregedor: Desembargador Federal FERNANDO BRAGA

PRIMEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal JOSÉ MARIA LUCENA - Presidente
Desembargador Federal FRANCISCO WILDO L. DANTAS
Desembargador Federal MANOEL ERHARDT

SEGUNDA TURMA (terças-feiras)

Desembargador Federal VLADIMIR SOUZA CARVALHO - Presidente
Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE O. LIMA
Desembargador Federal IVAN LIRA (CONVOCADO)

TERCEIRA TURMA (quintas-feiras)

Desembargador Federal PAULO MACHADO CORDEIRO - Presidente
Desembargador Federal GERALDO APOLIANO
Desembargador Federal FRANCISCO BARROS DIAS

QUARTA TURMA (terças-feiras)

Desembargador Federal ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Presidente
Desembargador Federal LÁZARO GUIMARÃES
Desembargador Federal EDILSON NOBRE

SUMÁRIO

1. Jurisprudência	13
2. Índice Sistemático	341
3. Índice Analítico	345

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 7.217-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Ré: MARIA DA CONCEIÇÃO ROZENO
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. RAIMUNDO NONATO ARAÚJO E OUTRO (RÉ)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, IV, DO CPC. OFENSA À COISA JULGADA. APOSENTADORIA ESPECIAL POR IDADE. MARISQUEIRA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL COMPLEMENTADO POR PROVA TESTEMUNHAL. COMPROVAÇÃO DO PERÍODO DE CARÊNCIA. DECLARAÇÃO DE FILIAÇÃO À COLÔNIA DE PESCADORES Z-2, DE ACARAÚ-CE. TEOR FALSO. IMPROCEDÊNCIA. NOVO AJUIZAMENTO. IDENTIDADE DA AÇÃO. MESMOS DOCUMENTOS.

- Ação rescisória ajuizada pelo INSS cujo objeto é a desconstituição do acórdão proferido pela Primeira Turma deste Tribunal, nos autos da APELREEX nº 21660-CE (Processo nº 0001076-39.2012.4.05.9999), da relatoria do Desembargador Federal Manoel Erhardt, por ofensa à coisa julgada, com suporte no art. 485, IV, do Código de Processo Civil.

- Cuidando-se de ações previdenciárias, o obstáculo da coisa julgada deve ser demonstrado também pela identidade em relação às provas e ao período de carência dos benefícios postulados nas respectivas ações. Não fosse assim, uma vez ajuizada ação com vistas à obtenção de aposentadoria por tempo de contribuição, por exemplo, em data anterior à complementação do tempo necessário para tanto, e tendo ela sido julgada improcedente por esse fundamento, não mais seria possível, depois de completado o tempo, o

ajuizamento de novo pedido com o mesmo objeto. A hipótese não é razoável. A satisfação dos requisitos para a obtenção dos benefícios previdenciários se protraí no tempo, seja por meio do agravamento de uma doença, que se torna incapacitante, seja pelo perfazimento do tempo de contribuição, ou da idade mínima etc. É intuitivo, portanto, que tais ações possam ser repetidas, mesmo sendo, em muitos aspectos, idênticas.

- Inicialmente, o pedido de aposentadoria como segurada especial formulado pela ora ré foi julgado improcedente pelo Juízo da 19ª Vara Federal de Sobral/CE, nos autos da Ação nº 0508971-66.2006.4.05.8103S, ao fundamento de que, a despeito de as testemunhas e demais documentos corroborarem a afirmação constante da inicial, de que a postulante seria marisqueira, perfazendo as condições legais para aposentadoria como segurada especial, a autora reconheceu, em depoimento pessoal, que havia procurado a Colônia de Pescadores Z-2, para filiação, em data próxima ao pedido de aposentadoria, deixando evidente a falsidade da declaração expedida pela mencionada Colônia de Pescadores, a atestar expressamente que ela seria “marisqueira, registrada nesta Colônia sob o nº 2711 desde 18.09.86”. A ação foi, por esse motivo, julgada improcedente, tendo transitado em julgado.

- Na hipótese, há plena identidade das provas carreadas em ambas as ações, tendo instruído a segunda ação, inclusive, a declaração formulada pela Colônia de Pescadores Z-2, de Acaraú/CE, a atestar o vínculo da ora ré desde 1986, cuja falsidade foi revelada pelo seu depoimento nos autos da ação que tramitou na 19ª Vara Federal, em Sobral/CE.

Ação rescisória procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Pleno do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, julgar procedente a ação rescisória, nos termos do relatório e voto constantes dos autos que integram o presente julgado.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

Cuida-se de ação rescisória ajuizada pelo INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, cujo objeto é a desconstituição do acórdão proferido pela egrégia Primeira Turma deste Tribunal, nos autos da APELREEX nº 21.660-CE (Processo nº 0001076-39.2012.4.05.9999), da relatoria do eminente Desembargador Federal Manoel Erhardt, por ofensa a coisa julgada, com suporte no art. 485, IV, do Código de Processo Civil.

Eis a ementa do julgado rescindendo, de 19 de abril de 2012:

PREVIDENCIÁRIO. COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO DE TRABALHADOR RURAL, PARA O FIM DE APOSENTADORIA ESPECIAL POR IDADE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL COMPLEMENTADA POR PROVA TESTEMUNHAL. COMPROVAÇÃO DO PERÍODO DE CARÊNCIA E DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURAL. ADMISSIBILIDADE.

1. O trabalhador rural tem direito à aposentadoria especial, aos 60 anos, se homem, e aos 55 anos, se mulher (art. 201, parágrafo 7º, da Carta Magna), comprovados o exercício de labor no campo e o período de carência (art. 143 da Lei 8.213/98).

2. É meramente exemplificativo o rol de documentos constante do art. 106, parágrafo único, da Lei 8.213/91, daí se poder aceitar qualquer outro indício de prova material, revelador da realidade e típicos da cultura rural, a ser com-

plementado com a prova testemunhal; neste caso, a carteira de identificação do pescador profissional, emitida pelo Ministério da Agricultura e do Abastecimento, em nome do marido da apelada, com registro em 2002 (fl. 8); o protocolo de recadastramento de pescador profissional, em nome da demandante, datada em 2005 (fl. 15); a carteira de identificação de sócio do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Acaraú, em nome do pai, com entrada em 1978 (fl. 15); a declaração assinada pelo Presidente da Colônia de Pescadores de Acaraú/CE, datada em 2006, informando que a apelada é marisqueira, registrada naquela colônia desde 1986 (fl. 16); a ficha de identificação de filiado à Colônia de Pescadores de Acaraú/CE, com data de admissão em setembro de 1986 (fl. 17); a declaração de exercício de atividade rural, atestando o trabalho na pesca de mariscos no período de 1986 a 2005 (fl. 18); a carta de concessão de benefício de seu companheiro, aposentado como pescador artesanal (fl. 19), e os testemunhos prestados em juízo demonstram satisfatoriamente a qualidade de trabalhadora rural da apelada pelo período de carência exigido.

3. Exigir-se prova material ou escrita de relações historicamente informais é o mesmo que fadar os pleitos dos trabalhadores rurais ao insucesso processual ou lhes vedar acessibilidade à jurisdição protectiva, máxime quando lhes é reconhecido o direito ao benefício da inativação, independentemente de contribuição ao sistema previdenciário, indicando que se trata de técnica de amparo à pessoa do hipossuficiente e de distribuição da renda social pela via da assistência estatal.

4. Não é necessária a comprovação, por documentos, de todo o período de carência, desde que a prova testemunhal amplie sua eficácia probatória ao tempo exigido por Lei.

5. Os valores em atraso deverão ser monetariamente corrigidos de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal e acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês, a partir da citação válida, até o advento da Lei 11.960/2009, quando passarão ambos a incidir na forma prevista no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação da nova Lei.

6. Apelação do INSS improvida e remessa oficial parcialmente provida, apenas para adequar os juros de mora.

(PROCESSO nº 00010763920124059999, APELREEX nº 21.660-CE, Relator Desembargador Federal Manoel

Erhardt, Primeira Turma, Julgamento: 19/04/2012, Publicação: DJe de 26/04/2012, pág. 214)

Aduz o autor que a concessão do benefício de aposentadoria rural por idade ofende coisa julgada, em virtude de idêntico pedido haver sido julgado improcedente pelo Juízo da 19ª Vara Federal - CE. Segue alegando que a identidade desta ação, em relação à actio da vara única da Comarca de Acaraú/CE, é total, de modo que, além de possuírem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, ambas são instruídas com as mesmas provas.

A requerida apresentou contestação, às fls. 74/79, alegando que a ação rescisória traduz o inconformismo desarrazoado do INSS, que se limita a apontar injustiça no julgamento. Afirma também que é possível a propositura de nova ação versando sobre o mesmo objeto de outra já julgada, em face da teoria do *secundum eventum probationis*. Nessa linha, defende que o acesso a novas provas, além das examinadas na primeira lide, possibilitaria o novo ajuizamento do pleito inicialmente rechaçado, sobretudo em se tratando de demonstrar o aperfeiçoamento das condições para aposentadoria.

Examinando o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, deferi em parte o pleito, apenas para suspender a execução dos valores pretéritos, relativos aos benefícios não atingidos pela prescrição, sem, contudo, obstar a percepção mensal do benefício previdenciário pela ré, dada a sua natureza alimentar.

Instado a se pronunciar, o Ministério Público apresentou parecer pela procedência da ação, às fls. 116/118, subscrito pelo Procurador Regional da República Marcos Antônio da Silva Costa.

Relatei.

Ao eminente Revisor, na forma regimental.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Postula-se a rescisão de julgado proferido nos autos da APEL-REEX nº 21.660-CE, em que funcionou como Relator o Desem-

bargador Federal Manoel de Oliveira Erhardt, o de, confirmando a sentença proferida pelo Juízo da Comarca de Acaraú/CE, julgar procedente o pedido de aposentadoria especial por idade, na condição de segurado especial da ora ré, Maria da Conceição Rozeno.

A pleiteada rescisão tem como fundamento ofensa a coisa julgada.

É que, inicialmente, o pedido de aposentadoria como segurada especial formulado pela ora ré foi julgado improcedente pelo Juízo da 19ª Vara Federal de Sobral/CE, nos autos da Ação nº 0508971-66.2006.4.05.8103S, ao fundamento de que, a despeito de as testemunhas e demais documentos corroborarem a afirmação constante da inicial, de que a postulante seria marisqueira, perfazendo as condições legais para aposentadoria como segurada especial, a autora reconheceu, em depoimento pessoal, que havia procurado a Colônia de Pescadores Z-2, para filiação, em data próxima ao pedido de aposentadoria, deixando evidente a falsidade da declaração expedida pela mencionada Colônia de Pescadores, a atestar expressamente que ela seria *“marisqueira, registrada nesta Colônia sob o nº 2711 desde 18.09.86”*.

Diante dessa constatação, entendeu o Juiz Federal Substituto Ricardo José Brito Bastos Aguiar de Arruda que o início de prova material restaria fragilizado, não servindo ao propósito de demonstrar o aperfeiçoamento das condições para aposentadoria, conforme pretendido.

Pois bem, cuidando-se de ações previdenciárias, embora as partes e o objeto das ações sejam idênticos, e na primeira ação o juízo federal tenha concluído que a então autora não logrou demonstrar indubitavelmente o atendimento aos requisitos legais para a obtenção do benefício, isso não implica, *ipso facto*, a impossibilidade de novo ajuizamento de ação com o mesmo objeto.

Como já afirmei anteriormente nestes autos, por ocasião do exame do pedido de antecipação dos efeitos da tutela, em casos tais, o obstáculo da coisa julgada deve ser demonstrado também pela identidade em relação às provas e ao período de carência dos benefícios postulados nas respectivas ações.

Não fosse assim, uma vez ajuizada ação com vistas à obtenção de aposentadoria por tempo de contribuição, por exemplo, em data anterior à complementação do tempo necessário para tanto, e tendo ela sido julgada improcedente por esse fundamento, não mais seria possível, depois de completado o tempo, o ajuizamento de novo pedido com o mesmo objeto.

A hipótese não é razoável. A satisfação dos requisitos para a obtenção dos benefícios previdenciários se protraí no tempo, seja por meio do agravamento de uma doença, que se torna incapacitante, seja pelo perfazimento do tempo de contribuição, ou da idade mínima etc. É intuitivo, portanto, que tais ações possam ser repetidas, mesmo sendo, em muitos aspectos, idênticas.

Sob esse fundamento, deferi em parte o pedido cautelar, para sobrestar apenas a execução dos valores pretéritos, mas assegurando a manutenção do benefício, em face da natureza alimentar da prestação.

Ocorre que, examinando com bastante cuidado todas as circunstâncias reveladas pelos autos, depois de devidamente instruído o feito, percebo que há plena identidade das provas carreadas em ambas as ações. Inclusive a declaração formulada pela Colônia de Pescadores Z2, de Acaraú/CE, a atestar o vínculo da ora ré desde 1986, cuja falsidade foi revelada pelo depoimento da então autora, nos autos da ação que tramitou na 19ª Vara Federal, em Sobral/CE.

Na hipótese, portanto, houve repetição da ação, com as mesmas partes, causa de pedir, o mesmo pedido e os mesmos documentos que antes serviram de início de prova material, cuja valoração já havia sido feita nos autos da primeira ação, ocasião em que o Juízo de Sobral as teve por insuficientes. Revela-se ainda mais grave a utilização da prova cuja falsidade foi revelada pelo depoimento da própria demandante, na primeira ação, documento que, inclusive, serviu de arrimo para o convencimento do Juízo na segunda ação, como se percebe do teor do voto do relator, ao se referir à data nele constante, 1986, como sendo a de registro da ré à Colônia de Pescadores.

Diante dessas constatações, impõe-se o reconhecimento do obstáculo da coisa julgada.

Nada obstante, devo registrar que, tivesse a autora recorrido da sentença de improcedência proferida na primeira ação – quando seria possível o reexame das provas trazidas àqueles autos –, ainda que se afastasse o documento falso, os demais documentos trazidos à guisa de início de prova material seriam bastantes, conforme podem atestar diversos precedentes da Primeira Turma, para o reconhecimento da condição de segurada especial da parte ré. Entretanto, uma vez transitada em julgado a decisão que atribuiu àqueles documentos valor probante insuficiente, a ação não poderia ser simplesmente repetida, com as mesmas provas, pena de afrontar, como efetivamente o fez, a coisa julgada.

Em vista do exposto, julgo procedente a ação rescisória, para deconstituir o julgamento proferido nos autos da APELREEX nº 21.660-CE.

Sem honorários, em face do benefício da justiça gratuita.

Assim voto.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 7.336-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
Autora: ESTELA VALENTE DANZI
Ré: DINORÁ GAIÃO DE OLIVEIRA
Advs./Procs.: DRS. FERNANDO PETRUCIO FRIEDHEIM JÚNIOR (AUTORA) E ALYSSON HENRIQUE DE SOUZA VASCONCELOS (RÉ)

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO DE USUCAPIÃO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO. NULIDADE DA SENTENÇA. PROCEDÊNCIA DA RESCISÓRIA.

- Ação Rescisória com base no art. 485, inciso V, do CPC, objetivando rescindir a sentença de procedência da ação de usucapião (Processo nº 0004172-18.2012.4.05.8300), a qual omitiu a par-

ticipação da possuidora direta do imóvel objeto dessa demanda, na qualidade de litisconsorte passivo necessário, violando a norma contida no art. 47 do Código de Processo Civil.

- A autora, na condição de terceira interessada, é legitimada a mover ação rescisória para rescindir sentença proferida em ação de usucapião, que teve por objeto a aquisição de bem imóvel, do qual tem a posse direta.

- Sobre o instituto do terceiro interessado o Superior Tribunal de Justiça (REsp 867.016/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 05/05/2009, DJe 06/08/2009) posicionou-se no seguinte sentido:

“(…)

A legitimidade ativa para a propositura da ação rescisória, em princípio, é conferida às partes do processo no qual proferida a sentença rescindenda, posto que nada mais lógico do que os destinatários do comando judicial viciado pretendem desconstituí-lo.

Como de sabença, o terceiro prejudicado, que de há muito é prestigiado pelos ordenamentos mais vetustos e que lhe permitem intervir em qualquer grau de jurisdição, também está habilitado à rescisão da sentença. Para esse fim, o seu legítimo interesse revela-se pela titularidade de relação jurídica conexa com aquela sobre a qual dispôs sentença rescindenda, bem como pela existência de prejuízo jurídico sofrido.

A doutrina especializada, ao discorrer acerca da definição de ‘terceiro juridicamente interessado’, deixa assente que o interesse deste, ensejador da legitimação para propositura da rescisória, não pode ser meramente de fato, vez que, por opção legislativa os interesses meramente econômicos ou morais de terceiros não são resguardados pela norma inserta no art. 487 do CPC. É o que se infere, por exemplo, da lição de Alexan-

dre Freitas Câmara, in verbis: ‘(...) No que concerne aos terceiros juridicamente interessados, há que se recordar que os terceiros não são alcançados pela autoridade de coisa julgada, que restringe seus limites subjetivos àqueles que foram partes do processo onde se proferiu a decisão. (...)’”.

- O interesse jurídico da autora – terceira interessada – é extraído da Escritura Pública lavrada pelo Cartório Paulo Guerra e a Certidão do Cartório de Imóveis Carlos Marinho, onde registra como proprietário o promitente vendedor nomeado no referido documento de compra e venda, firmado junto ao Sr. Arthur Danzi, esse, falecido esposo da requerente.

- A autora adquiriu o imóvel em tela por meio da herança deixada pelo seu falecido marido, o que implica na obrigatoriedade de sua citação na ação de usucapião, na qualidade de litisconsorte passivo necessário.

- A ação de usucapião foi movida pela parte ré desta rescisória, e esta omitiu a verdadeira titularidade da posse direta do imóvel em discussão, quando não requereu a citação da possuidora do bem imóvel pretendido, violando o disposto no art. 47 do CPC.

- Procedência desta ação rescisória, com fundamento no inciso V, do art. 485, do CPC (violação literal de lei), em face da presença de defeito irremediável na ação de usucapião, devido a omissão da participação da autora desta demanda, na qualidade de litisconsorte passiva necessária, violando o disposto no art. 47 do CPC.

- Nulidade da sentença. Sentença nulla ipso iure, que alguns preferem chamar de sentença “inexistente”, proferida à revelia do réu não sofre o efeito da coisa julgada.

- Ação rescisória 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 procedente a ação rescisória, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 19 de novembro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS:

Trata-se de ação rescisória com pedido de liminar, ajuizada, em 18/11/2013, por ESTELA VALENTE DANZI, com fulcro no art. 485, III, V e VII, objetivando rescindir sentença proferida em 28/05/2012, e transitada em julgado em 26/04/2013 (fls. 168, 169 e 216), nos autos da ação de usucapião (Processo nº 0004172-18.2012.4.05.8300) ajuizada pela ora ré – DINORÁ GAIÃO DE OLIVEIRA contra EDÍLSON DE LIRA PINTO, cuja tramitação se deu na 5ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco.

A decisão que se quer rescindir reconheceu o direito da senhora DINORÁ GAIÃO DE OLIVEIRA (ora demandada) à aquisição por usucapião de 350 m² do bem imóvel localizado na Avenida Presidente Kennedy, nº 820, Sapucaia, Olinda/PE.

A autora alega (fls. 02/10), em síntese, o seguinte:

1) o imóvel usucapido foi objeto da Ação de Despejo por falta de pagamento sob o nº 002233-13.2010.8.17.0990, ajuizada no ano de 2010, com tramitação na 5ª Vara Cível de Olinda/PE, cuja sentença transitada em julgado, em agosto de 2011, reconheceu a procedência do pedido de despejo, e teve por instrumento o contrato de locação, assinado em 1987, celebrado por MERLUSA LOPES DE OLIVEIRA (filha da ora demandada – DINORÁ GAIÃO DE OLIVEIRA), tendo a autora da rescisória como locadora do imóvel residencial situado na Av. Presidente Kennedy, nº 820, bairro de Peixinhos - Olinda/PE;

2) sustenta a autora que a ré DINORÁ GAIÃO DE OLIVEIRA agiu com má-fé, quando ajuizou a ação de usucapião omitindo nessa lide informações indispensáveis ao seu mérito, qual seja o fato de sua filha MERLUSA LOPES DE OLIVEIRA ter celebrado contrato de locação do imóvel comercial situado na Av. Presidente Kenedy, nº 820, bairro de Peixinhos - Olinda/PE, com ela autora.

DINORÁ (ré) ao ajuizar a ação de usucapião ignorou por completo a condição de proprietária do imóvel da autora, não a indicando como litisconsorte necessária para que fosse cientificada no feito usucapindo. Fato esse que ensejou a procedência da ação de usucapião em favor de DINORÁ.

3) aduz ainda a autora que:

(...) é legítima possuidora do imóvel em trato, adquirido de maneira correta pelo seu falecido marido, Arthur Danzi, conforme se observa da Escritura em anexo, lavrada pelo cartório Paulo Guerra. Ainda, segue certidão do cartório de imóveis Carlos Marinho, onde consta como proprietário o promitente vendedor nomeado no referido documento de compra e venda, firmado junto ao Sr. Arthur Danzi (docs. em anexo).

Além da informação acima narrada, a requerente sempre teve a responsabilidade e posse direta sobre o imóvel, tanto que este é uma de suas poucas fontes de renda, prova esta é o Contrato de Locação firmado junto a Merlusa Lopes de Oliveira, **coincidentemente, parente da demandante (FILHA), conforme extrato do SERASA**. A bem de ver, antes do ajuizamento da competente ação de despejo, julgada totalmente procedente, a locatária foi devidamente notificada para pagar o débito e devolver o imóvel, o que não surtiu efeito, hipótese que culminou com a sentença condenatória. (fl. 07 - grifos originais);

4) insiste a autora na má-fé da demandada com a propositura da ação de usucapião, tendo em vista a ausência dos requisitos indispensáveis à aquisição do imóvel pela ré pela via processual eleita;

Em sede de liminar, a autora requereu: a) a justiça gratuita a qual já foi deferida; e b) sem a ouvida da parte contrária, seja impedida qualquer negociação com relação ao imóvel, até ulterior decisão judicial.

Por fim, a autora requereu a procedência desta ação, para que seja rescindida a sentença ora impugnada, proferindo-se novo julgamento na ação de usucapião movida por DINORÁ GAIÃO DE OLIVEIRA, ora ré, e julgada essa improcedente.

A demandante, conseqüentemente, requereu a expedição do mandado de desocupação do imóvel e mandado de imissão de posse em seu favor. E, pleiteia também a condenação da demandada no pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 20% sobre o valor da causa.

Ademais, pede a requerente que seja oficiado o Juízo da 5ª Vara Cível de Olinda, onde tramitou a Ação de Despejo de nº 0002233-13.2010.8.17.0990, para que tome ciência da decisão a ser proferida por este Juízo.

A autora juntou os seguintes documentos:

1) declaração de imposto de renda pessoa física do ano-calendário 1999 da autora, na qual se declara o bem imóvel em questão (fls. 15/19);

2) carta de adjudicação passada em favor de Estela Valente Danzi extraída dos autos do inventário dos bens deixados pelo seu falecido esposo ARTHUR DANZI JÚNIOR, Processo nº 608/85. Documento esse que serve para título e conservação dos seus direitos, onde consta, entre os bens objeto do inventário, a Casa situada na Av. Presidente Kennedy/Antiga Estrada do Matumbo - Olinda, onde outrora havia a casa nº 820 (fls. 20/24);

3) documento da Serasa, com data de 17/10/2013, onde se identifica MERLUZA LOPES DE OLIVEIRA como filha de DINORÁ GAIÃO DE OLIVEIRA (fls. 25 e 26);

4. cópia dos autos da Ação de Usucapião nº 0004172-18.2012.4.05.8300, a petição inicial foi protocolada em 06/02/2012. Autora: DINORÁ GAIÃO DE OLIVEIRA, à época, tinha 68 (sessenta e oito) anos de idade.

Fatos processuais ocorridos nos autos usucapindo e respectivos documentos:

4.1 manifestação da União sobre o seu interesse na causa, por se tratar parte do imóvel de terreno de marinha,

bem público pertencente à União (fl. 122/123). Incompetente o Juízo Estadual Comum (fl. 129) para julgar aquela ação, e remetidos os autos à Justiça Federal de Pernambuco, a União apresentou contestação (fls. 145/150v).

4.2 O Juízo da 5ª Vara Federal de PE proferiu sentença reconhecendo como terreno de marinha, bem público pertencente à União, parte do imóvel em questão, isto é, a área de 810 m² (oitocentos e dez metros quadrados) (fls. 163/169).

4.3 Às fls. 208/212 constam sentença proferida na ação de usucapião, onde se reconheceu o direito aquisitivo da senhora DINORÁ GAIÃO DE OLIVEIRA de parte do imóvel situado na Avenida Presidente Kennedy nº 820, Sapucaia, Olinda/PE, correspondente à área de 350 m² (trezentos e cinquenta metros quadrados), não caracterizada como terreno de marinha. Decisão essa transitada em julgado em 26/04/2013 (fl. 216).

4.4 Em 22/07/2013, ESTELA VALENTE DANZI, à época com 94 anos de idade, protocolou pedido de nulidade da sentença usucapienda alegando que o referido bem é objeto de ação de despejo ajuizada em 2010 (Processo nº 002233-13.2010.8.17.0990), tendo sido proferida sentença de procedência do pedido em 14/03/2011, já com trânsito em julgado. Nessa demanda a senhora DINORÁ foi devidamente citada, mas não apresentou defesa, sendo assim considerada revel (fls. 229 e 230).

4.5 Registra, também, aquele pedido de nulidade da sentença usucapienda que a senhora DINORÁ GAIÃO DE OLIVEIRA ingressou com a Ação de Embargos de Terceiros por dependência de nº 0006603-98.2011.8.17.0990, e nesse ato processual a própria DINORÁ reconhece a existência e validade do contrato de locação firmado, e noticia a ciência da mencionada ação de despejo (fls. 225/227). Pedido de nulidade da sentença usucapienda indeferido por se tratar de coisa julgada material (fl. 246).

4.6 Cópias da petição de embargos de terceiros (fls. 233/239), acostadas a esta os seguintes documentos: cópia da escritura pública de promessa de compra e venda, lavrada em 09/04/1974, onde registra como promitente vendedor do imóvel em discussão SOCIEDADE BENEFI-

CIENTE E DE CARIDADE LAR BATISTA e como promissário comprador ARTHUR DANSI JÚNIOR (fls. 240/241v); cópia de certidão, datada em 26/10/2009, do 1º Ofício de Registro Geral de Imóveis do Cartório de Carlos Marinho, onde consta que, em 28/09/1962, a SOCIEDADE BENE-FICIENTE E DE CARIDADE LAR BATISTA adquiriu, mediante contrato de compra e venda, o referido bem imóvel de DR. JOSÉ RAMOS DE CASTRO VASCONCELOS (fl. 242).

4.7 Contrato de locação firmado entre ESTELA VALENTE DANZI (ora autora) e a filha da ré MERLUZA LOPES DE OLIVEIRA (fl. 243).

4.8 No segundo volume destes autos consta cópia do Processo da Ação de Despejo nº 0002233-13.2010.8.17.0990, que tramitou na 5ª Vara Cível da Comarca de Olinda, cuja sentença de procedência desta demanda reconheceu a relação locatícia entre as partes (fl. 310) e ordenou o despejo.

4.9 DINORÁ GAIÃO DE OLIVEIRA ingressa com embargos de terceiro - Processo nº 0006603-98.2011.8.17.0990 (fls. 303/305), alegando que adquiriu por usucapião o imóvel em discussão. A ação está julgada extinta sem resolução do mérito.

Contra essa decisão foi interposto recurso de apelação perante a 6ª Câmara Cível do TJPE, e com base no art. 557, § 1º, do CPC, esse órgão jurisdicional entendeu ser possível a propositura de embargos de terceiros em fase de execução de sentença que determinou o despejo e concluiu pelo provimento desta Apelação de nº 262231-5 (fls. 317/319), determinando o regular prosseguimento desta ação (fls. 317/319).

A Ação de Embargos de Terceiros nº 0006603-98.2011.8.17.0990 foi julgada extinta sem julgamento do mérito (art. 267, inciso I, do CPC). O julgador registrou que a Ação de Despejo nº 0002233-13.2010.8.17.0990 teve sua sentença transitada em julgado em 06/04/2011, e a senhora DINORÁ moveu os embargos de terceiros em 19/07/2011, contrariando o disposto no art. 1.048 do CPC (fl. 335).

Às fls. 337/517, cópia dos autos da ação de embargos de terceiros.

A ré da presente ação (Sr^a. DINORÁ) foi citada em 11/07/2014 (fl. 526v) e apresentou contestação em 21/08/2014 (fls. 540/543). Logo, após o prazo legal (v. certidão de fl. 527), armando:

a) que a ação de usucapião inicialmente teve sua tramitação na Justiça Comum Estadual, em 2008 (Proc. 226.2008.007916-6), e teve sua competência deslocada para Justiça Federal de Pernambuco, face o interesse da União;

b) em 2011, a autora ingressou com a ação de despejo por falta de pagamento contra a filha da defendente, que nada tem haver com o imóvel, nem mesmo qualquer tipo de convivência com a ré, sendo a demanda julgada à revelia da mesma;

c) a ora ré (DINORÁ) ingressou com embargos de terceiro na ação de despejo, processo esse julgado sem resolução do mérito, e contra essa decisão foi interposto o recurso de apelação, tendo o Tribunal de Justiça reformado a decisão impugnada sob o fundamento da existência da ação de usucapião tramitando desde 2008, determinando que se aguardasse o término desse feito;

d) alega violação do art. 5º, inciso II e XXXVI, da CF/88, matéria essa que não foi prequestionada na sentença rescindenda, isto é, não foi debatida nos autos originários;

e) cita decisão do TJSP no sentido de que na “usucapião exige a citação da pessoa cujo nome consta no registro público. Se, posteriormente, o registro vem a ser anulado e terceiros passam a constar como proprietários, esse fato não afeta a validade da usucapião, que é modo originário de aquisição do domínio;

f) por outro lado, nulidades relativas são convalidadas se não impugnadas a tempo e modo oportunos ao longo do processo.

Com os argumentos citados, a ré pede a improcedência da ação.

O pedido de liminar de Justiça Gratuita foi deferido à fl. 519.

O Ministério Público Federal, instado a se pronunciar, ofereceu parecer pela procedência da presente ação rescisória (fls. 530/539).

É o relatório.

Ao Revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS (Relator):

Ação rescisória, com pedido de liminar, ajuizada por ESTELA VALENTE DANZI contra DINORÁ GAIÃO DE OLIVEIRA, com fulcro no art. 485, III, V e VII, objetivando rescindir a sentença de procedência da ação de usucapião (Processo nº 0004172-18.2012.4.05.8300) proferida em favor de DINORÁ GAIÃO DE OLIVEIRA, autora do feito usucapindo e ré da presente rescisória.

A autora se diz terceira interessada no Processo de Usucapião nº 0004172-18.2012.4.05.8300 (processo principal) movido por DINORÁ GAIÃO DE OLIVEIRA contra EDÍLSON DE LIRA PINTO, para fins de aquisição **mediante** usucapião de 350 m² do bem imóvel localizado na Avenida Presidente Kennedy, nº 820, Sapucaia, Olinda/PE.

Alega a demandante que possui interesse jurídico e não apenas de fato na lide de usucapião, pois é proprietária do imóvel usucapido que herdou de seu esposo falecido, e não foi citada para participar daquela demanda.

Para qualificar-se como terceiro interessado há de demonstrar o interesse jurídico, e no caso concreto, esse requisito está representado na carta de adjudicação passada em favor de Estela Valente Danzi extraída dos autos do inventário dos bens deixados pelo seu falecido esposo ARTHUR DANZI JÚNIOR, Processo nº 608/85. Documento esse que representa o título e conservação dos direitos da autora dos bens objeto do inventário, e entre eles está a casa situada à Av. Presidente Kennedy/Antiga Estrada do Matumbo - Olinda, onde outrora havia a casa nº 820 (fls. 20/24).

Logo, a autora é terceira legitimada para propor a presente ação rescisória, para fins de rescindir a sentença de usucapião, pois esteve ausente no processo principal, embora dele devesse ter participado na condição de litisconsorte necessário, conforme dispõe o art. 47 do CPC, *in verbis*:

Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

O Superior Tribunal de Justiça reconhece legitimidade ao terceiro interessado para pleitear rescisão de sentença, como podemos ver no julgamento do REsp 867.016/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 05/05/2009, *DJe* 06/08/2009:

(...)

3. A legitimidade ativa para a propositura da ação rescisória, em princípio, é conferida às partes do processo no qual proferida a sentença rescindenda, posto que nada mais lógico do que os destinatários do comando judicial viciado pretenderem desconstituí-lo.

4. Como de sabença, o terceiro prejudicado, que de há muito é prestigiado pelos ordenamentos mais vetustos e que lhe permitem intervir em qualquer grau de jurisdição, também está habilitado à rescisão da sentença. Para esse fim, o seu legítimo interesse revela-se pela titularidade de relação jurídica conexa com aquela sobre a qual dispôs sentença rescindenda, bem como pela existência de prejuízo jurídico sofrido.

5. A doutrina especializada, ao discorrer acerca da definição de “terceiro juridicamente interessado”, deixa assente que o interesse deste, ensejador da legitimação para propositura da rescisória, não pode ser meramente de fato, vez que, por opção legislativa os interesses meramente econômicos ou morais de terceiros não são resguardados pela norma inserta no art. 487 do CPC. É o que se infere, por exemplo, da lição de Alexandre Freitas Câmara, *in verbis*: “(...) No que concerne aos terceiros juridicamente interessados, há que se recordar que os terceiros não são alcançados pela autoridade de coisa julgada, que restringe seus limites subjetivos àqueles que foram partes do processo onde se proferiu a decisão.

Pode haver, porém, terceiro com interesse jurídico (não com interesse meramente de fato), na rescisão da sentença. Como regra, o terceiro juridicamente interessado será

aquele que pode intervir no processo original como assistente. Considera-se, também, terceiro legitimado a propor a 'ação rescisória' aquele que esteve ausente do processo principal, embora dele devesse ter participado na condição de litisconsorte necessário". (In "Lições de Direito Processual Civil", vol. II, 10ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005, pp.24/25 - grifo nosso)

O fato de autora ser portadora de uma carta de adjudicação, embora não indique ser proprietária, por não se encontrar registrado tal documento, não afasta, no entanto, a condição de ser possuidora titularizada do imóvel, o que obrigaria o seu chamamento ao processo de usucapião.

Os autos demonstram que DINORÁ, quando do ajuizamento da ação de usucapião, possivelmente tinha conhecimento da existência do título de posse direta de ESTELA VALENTE no referido imóvel, haja vista a Ação de Despejo por falta de pagamento sob o nº 002233-13.2010.8.17.0990 ter sido ajuizada contra sua filha MERLUZA, no ano de 2010, com tramitação na 5ª Vara Cível de Olinda/PE (certidão de fl. 421), e a respectiva sentença foi prolatada pela procedência do pedido de despejo, havendo, assim, fortes indícios de essa circunstância ser sabida pela autora, bem como a validade e eficácia do contrato de locação assinado em 1987 (fl. 243), por MERLUSA LOPES DE OLIVEIRA (filha da ora demandada – DINORÁ GAIÃO DE OLIVEIRA) e a autora desta rescisória.

O imóvel em questão faz parte da herança deixada pelo falecido marido da autora (Arthur Danzi), conforme Escritura Pública lavrada pelo Cartório Paulo Guerra e a Certidão do Cartório de Imóveis Carlos Marinho, onde registra como proprietário o promitente vendedor nomeado no referido documento de compra e venda, firmado em favor do Sr. Arthur Danzi, falecido esposo da requerente (docs. fls. 20/24).

Portanto, os documentos demonstram a prova da posse titularizada do imóvel por ESTELA VALENTE e a presunção da conduta intencional da ré DINORÁ GAIÃO DE OLIVEIRA, em omitir essa situação, quando não requereu a citação de ESTELA VALENTE DANZI, na qualidade de litisconsorte passiva necessária na demanda de usucapião, que moveu, em 04/12/08, contra pessoa estranha à titularidade do imóvel, isto é, contra o Sr. EDÍLSON DE

LIRA PINTO, que, embora citado pessoalmente (fl. 382v), não apresentou resposta à ação de usucapião, processando-se essa demanda à sua revelia e ensejando a procedência da demanda.

Vimos aí uma presunção de dolo na conduta da parte ré, quando ajuíza ação de usucapião e não requer a citação da verdadeira possuidora direta do bem em litígio, dificultando a atuação processual do adversário e influenciando o juízo do magistrado no momento de proferir o provimento jurisdicional a seu favor, faltando, assim, com o dever de lealdade e boa-fé.

Observa-se na inicial que a autora utilizou como base jurídica para o ajuizamento da presente ação o art. 485 do CPC sem especificar quais dos incisos ali elencados estariam enquadrados nos fatos narrados na inicial.

Analisando os fatos verifico que esses estão traduzidos no inciso V do art. 485, que dispõe:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

V - violar literal disposição de lei;

A norma do inciso V (violação literal de disposição de lei), na hipótese dos autos, é vista no momento em que a autora silencia quanto à verdadeira titular da posse direta, não requerendo sua citação para integrar a lide na qualidade de litisconsorte passivo necessário, inobservando o disposto no art. 47 do CPC, que exige a citação de todos os litisconsortes necessários, *in verbis*:

Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Por outro lado, há uma presunção de que houve dolo processual por parte da ré DINORÁ, esse definido no inciso III do art. 485 do CPC, (III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei).

Mas a presunção de dolo processual não é capaz de rescindir um provimento judicial. Pois o dolo processual teria que ser de-

monstrado, dotado de influência determinante, sobre o convencimento do julgador. O que não ocorreu nos autos.

Com esses elementos, há de se concluir que na ação de usucapião houve ofensa ao disposto no art. 47 do CPC, ensejando violação literal a disposição de lei, hipótese essa prevista no inciso V do art. 485 do CPC. Logo, a ação de usucapião possui defeito irremediável, o que acarreta a nulidade da sentença, ora impugnada.

Sobre o instituto da nulidade, o Código Civil dispõe de regras que revelam que a nulidade absoluta e a inexistência jurídica são denominações que traduzem a mesma essência conceitual. Entre as regras destaca-se a norma contida no art. 169 do Código Civil, que dispõe:

Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

Ademais, registra-se que a sentença *nulla ipso iure*, que alguns preferem chamar de sentença “inexistente”, proferida à revelia do réu não sofre o efeito da coisa julgada. Desse modo, a sentença ora impugnada é passível de nulidade como assegura a lei de regência.

No que tange à necessidade de o possuidor ser citado em ação de usucapião, vejamos alguns julgados sobre a matéria:

STJ - Agravo em Recurso Especial nº 187.157 - SP (2012/0114063-4 - Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO - Data da Publicação 11/10/2013 - Decisão monocrática: “doutrina e jurisprudência vêm se firmando no sentido de reconhecer que a ausência de citação ou a citação inválida configuram nulidade absoluta insanável, por ausência de pressuposto de existência da relação processual, o que possibilita a declaração de sua inexistência, por meio da ação anulatória de ato jurídico (*querella nullitatis*) ou ação rescisória.”.

PROCESSUAL CIVIL. USUCAPIÃO. AÇÃO ANULATÓRIA. CITAÇÃO DOS POSSUIDORES. NECESSIDADE. NULIDADE DA SENTENÇA.

- “O possuidor deve ser citado pessoalmente para a ação de usucapião”. (Súmula nº 163 do STF)

- Não tendo os possuidores sido citados no processo de usucapião, os efeitos da sentença não poderão atingi-los, impondo-se, portanto, a decretação da nulidade do julgado proferido naquele feito. Apelação provida. Sentença anulada.

(TRF-5 - AC: 38828 CE 0041687-25.1993.4.05.0000, Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena, Data de Julgamento: 30/11/2006, Primeira Turma, Data de Publicação: Fonte: *Diário da Justiça* - Data: 21/12/2006 - Página: 267 - Nº: 102 - Ano: 2006)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. PRELIMINARES TRANSFERIDAS AO MÉRITO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DOS POSSUIDORES. TERCEIROS PREJUDICADOS. AFRONTA À SÚMULA 263 DO STF. NULIDADE DO PROCESSO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(TJ-RN, Relator: Des. Vivaldo Pinheiro, Data de Julgamento: 03/03/2009, 1ª Câmara Cível)

Com essas considerações, declaro a nulidade da sentença, e reconheço a procedência da presente ação rescisória, com fundamento no inciso V do art. 485 do CPC (violação literal de lei), em face da presença de defeito irremediável na ação de usucapião, devido à omissão da participação da autora ESTELA VALENTE na qualidade de litisconsorte passiva necessária, violando o disposto no art. 47 do CPC.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 134.244-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL RAIMUNDO ALVES DE CAMPOS JÚNIOR (CONVOCADO)
Agravante: JOALINA TRANSPORTES LTDA.
Agravada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. EDUARDO AUGUSTO PAURÁ PERES FILHO E OUTRO (AGRTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. RECUSA JUSTIFICADA DA FAZEN-

DA PÚBLICA. INDICAÇÃO PELA EXEQUENTE DE BEM IMÓVEL ONDE FUNCIONA A EMPRESA DE ÔNIBUS AGRAVANTE. IMÓVEL QUE JÁ SERVE DE GARANTIA PARA OUTRAS DÍVIDAS. AFETAÇÃO DOS BENS NÃO COMPROVADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA. POSSIBILIDADE.

- Agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, a desafiar decisão que, em execução fiscal, deferiu o pedido de substituição da penhora, feito pela exequente, ora agravada, determinando a expedição de mandado de penhora, avaliação, depósito e registro do imóvel constante da certidão cartorária acostada às fls. 157-159, bem este que, segundo a agravante, abriga a garagem, a oficina e o posto de combustível para os veículos da executada, que é uma empresa de ônibus.

- De início, descabe falar em ausência de fundamentação, eis que a decisão combatida, fl. 33, apenas corrobora o motivo de a parte exequente ter rejeitado o bem inicialmente indicado à penhora pela executada (uma área de terras rurais localizada em outro Estado e já sujeita a dois outros feitos executivos de valores muito superiores ao do próprio bem).

- Ademais, se é certo que “É possível a penhora de bens de prestadores de serviço público, desde que a execução da função não reste comprometida pela constrição” (REsp nº 521.047/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 16/02/04, p. 214), é também estreme de dúvidas que a agravante não cuidou de comprovar nos autos que o bem indicado à penhora pela Fazenda Nacional é imprescindível para o regular e completo funcionamento da sociedade empresária, ou para a esmerada prestação do serviço público, não trazendo sequer um laudo – ou mandado de constatação – do imóvel (terreno) indicado à penhora, onde restasse comprovada a afetação do bem ao serviço público e

a essencialidade de todo o terreno para tanto.

- *A se permitir a impenhorabilidade de bens de empresas privadas só pelo fato de algumas delas prestarem serviços públicos, isso significaria ferir de morte, por via transversa, o disposto no art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal de 1988, que, expressamente, submete até mesmo as empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.*
- *Não bastasse isso, e consoante o entendimento já consolidado no egrégio STJ (AgRg no AREsp nº 138.972 e REsp nº 1.090.898/SP) e neste Colegiado (AG125901/CE), é lícito ao exequente recusar o oferecimento à penhora de bens de difícil alienação e fora da ordem prevista no art. 11 da Lei nº 6.830/80, uma vez que a execução se processa no interesse do credor e não no interesse do devedor, merecendo também ser destacado que, conforme documentos extraídos dos próprios autos, fls. 157/159, o bem indicado à penhora pela exequente – e atacado neste agravo – já serve de garantia para outras dívidas da empresa executada, encontrando-se inclusive já penhorado por diversas vezes.*
- *Em outras palavras, e ainda que a agravante sustente a essencialidade do bem penhorado (terreno que compreende a garagem de ônibus, a oficina, o posto de combustível e o aparato administrativo da executada, que é uma empresa de ônibus), não se demonstra qualquer irregularidade no ato de penhora do imóvel, próprio do processamento do feito executivo, a impedir o regular funcionamento da mesma, não se constatando, tampouco, qualquer notícia de que os embargos (eventualmente interpostos) não foram recebidos no efeito suspensivo, ocasião em que, aí sim, se poderia falar em prejuízo irrepa-*

rável à empresa, caso tal bem viesse a ser levado à hasta pública.

- Se assim é, e se permanece sem garantia a execução fiscal ora profligada, é lícito ao exequente recusar o oferecimento à penhora de bens de difícil alienação e fora da ordem prevista no art. 11 da LEF, uma vez que a execução se processa no interesse do credor, e não no interesse do devedor, não se podendo aceitar de logo a impenhorabilidade do novo bem indicado pelo exequente sem a comprovação de sua afetação ao serviço público, mormente quando, refrise-se, o bem a sofrer a constrição – e atacado neste agravo – já serve de garantia para outras dívidas da própria executada. Precedentes desta Corte Regional: AGTR 136.599-AL, Relator Desembargador Federal Fernando Braga; AGTR 132.553-PE, Relator Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira; AGTR 122.808-CE, Relator Desembargador Federal Manoel Erhardt.

- Agravo de instrumento improvido, agravo regimental prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento e julgar prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Recife, 3 de fevereiro de 2015. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL RAIMUNDO ALVES DE CAMPOS JÚNIOR - Relator Convocado

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Joalina Transportes Ltda. em face da União

(Fazenda Nacional), a desafiar decisão do Juízo Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, fl. 33, que, em execução fiscal, deferiu o pedido de substituição da penhora feito pela exequente, ora agravada, e determinou a expedição de mandado de penhora, avaliação, depósito e registro do imóvel constante da certidão cartorária acostadas às fls. 157-159.

Alega a agravante que o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação consiste na possibilidade latente de ser alienada a sede da empresa (que compreende a garagem dos ônibus, a oficina, o posto de combustível e todo o aparato administrativo), bem indispensável à atividade-fim da empresa.

O pedido de efeito suspensivo foi inferido por decisão do eminente Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho, fl. 181.

Foi interposto agravo regimental contra o indeferimento liminar nos mesmos termos do pedido agravo de instrumento, fls. 183-188.

Foi apresentada contraminuta, fls. 197-200.

O juízo agravado prestou informações, fls. 205-207.

É o relatório.

VOTO

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

Agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, a desafiar decisão que, em execução fiscal, deferiu o pedido de substituição da penhora, feito pela exequente, ora agravada, determinando a expedição de mandado de penhora, avaliação, depósito e registro do imóvel constante da certidão cartorária acostadas às fls. 157-159.

Sendo assente que a execução se processa no interesse do credor, e tendo em vista a disposição benéfica ao direito do devedor, constante do artigo 620 do Código de Processo Civil, que objetiva dirigir o feito executivo do modo menos oneroso em desfavor deste, no caso em exame, contudo, tenho que tal singularidade não socorre à executada.

Ainda que a empresa agravante sustente a essencialidade do bem penhorado (sede de uma empresa de ônibus), prestadora, portanto, de serviço público, não se demonstra qualquer irregularidade no ato de penhora do imóvel, próprio do processamento do feito executivo, máxime quando, ao que se vê dos autos, tal providência só chegou a esse ponto pela não indicação da executada (e pela não localização, pela Fazenda Nacional) de outros bens (livres e desimpedidos) para garantir a execução, não havendo nos autos, tampouco, qualquer notícia de que os embargos (eventualmente interpostos) não foram recebidos no efeito suspensivo, ocasião em que, aí sim, se poderia falar em prejuízo irreparável à empresa, caso tal bem viesse a ser levado à hasta pública.

Não há igualmente que se falar em ausência de fundamentação, eis que a decisão combatida, fl. 33, apenas corrobora o motivo determinante de a parte exequente ter rejeitado o bem inicialmente indicado à penhora, que está localizado em outro Estado e já está sujeito a dois outros feitos executivos, de valores mais elevados do que a própria avaliação do bem, como se verifica da transcrição do petitório de fl. 155:

O bem indicado à penhora está localizado no Estado da Bahia. Ademais, nos termos da certidão atualizada em anexo, sobre o mesmo pendem penhoras nas Execuções Fiscais nºs 0001401-87.2005.4.05.8308 (CDA nº 35.588.274-4) e 0000790-66.2007.4.05.8308 (CDA nº 406 06 019569-45, 40 7 06 004123-70, cujos valores cobrados são, respectivamente, R\$ 51.060,69 e R\$ 3.090.427,57, valor bem superior ao valor do bem indicado sugerido pela executada. Sendo assim, com fulcro no art. 656, III, do CPC, a União requer seja determinada a penhora do imóvel (áreas 1 e 2) constante da matrícula em anexo.

Em decisões similares, assim trilhou a jurisprudência desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. RECUSA JUSTIFICADA DA FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. PENHORA SOBRE BEM IMÓVEL INDICADO PELA EXEQUENTE. CABIMENTO. 1. O cerne da controvérsia consiste em analisar se a Fazenda Pública pode recusar o bem móvel oferecido à penhora pelo executado e indicar outro à constrição.

2. O oferecimento de bens em garantia deve observar a gradação prevista no art. 11 da Lei 6.830/80. Impõe-se, ainda, avaliar se os bens oferecidos são suficientes para garantir a dívida, bem como se são de fácil alienação. A Fazenda Pública, credora na execução fiscal, não está obrigada a aceitar incondicionalmente o bem ofertado em garantia pelo devedor executado, principalmente quando a oferta não obedece à ordem legal prevista no art. 11 da Lei 6.830/80 e quando se trata de bem de difícil comercialização, conforme asseverou ao recusar o bem ofertado. A interpretação do art. 620 do Código de Processo Civil não pode se dar sem o devido cotejo com a gradação legal prevista no dispositivo supra, conforme, já decidiu o STJ, em julgamento sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1337790/PR).

3. A indicação, pela exequente, de bem da parte executada à penhora encontra amparo no disposto no art. 15, II, da Lei nº 6.830/80. Por outro lado, o argumento da agravada de que o imóvel em questão seria indispensável para o regular funcionamento da empresa, por servir de garantia para obtenção de financiamentos, não pode subsistir mesmo porque a certidão narrativa do imóvel já demonstra existir penhora sobre o mesmo.

4. Por seu turno, quanto à possibilidade de penhora sobre outro bem imóvel de sua propriedade, conforme pedido da agravada nas suas contrarrazões, cuida-se de pretensão que deve ser analisada posteriormente pelo Juízo de Primeira Instância, observada a inteligência do art. 15 da Lei 6.830/80, não se enquadrando no âmbito de devolutividade do presente recurso.

5. Precedentes dos STJ e desta Corte: REsp 1.337.790-PR; AG 134.841 e AG 135.167-PE.

6. Agravo de instrumento provido.

(AGTR 136.599-AL, Relator Desembargador Federal Fernando Braga, julgado em 29 de abril de 2014, publicado em 2 de maio de 2014)

EXECUÇÃO FISCAL. BENS DE DIFÍCIL ALIENAÇÃO INDICADOS À PENHORA. RECUSA. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA ORDEM CONTINUA NO ART. 11 DA LEI 6.830/80. PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO ATIVO NEGADO EM DECISÃO MONOCRÁTICA. DECISÃO MANTIDA EM TO-

DOS OS SEUS TERMOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

1. Agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra a decisão que, em execução fiscal, indeferiu o pedido de nomeação de bens à penhora por considerá-los de difícil alienação em hasta pública.

2. A questão posta no presente agravo de instrumento foi devidamente apreciada pela decisão monocrática proferida às fls. 151/152, que indeferiu o pedido liminar, à míngua de reparo à decisão agravada, não se constatando qualquer circunstância que implique a alteração de seus fundamentos.

3. Consoante o entendimento já consolidado no egrégio STJ (AgRg no AREsp nº 138.972 e REsp nº 1.090.898/SP) e neste Colegiado (AG125901/CE) é lícito ao exequente recusar o oferecimento à penhora de bens de difícil alienação e fora da ordem prevista no art. 11 da Lei nº 6.830/80, uma vez que a execução se processa no interesse do credor e não no interesse do devedor.

4. Improvimento do agravo de instrumento. Agravo regimental prejudicado.

(AGTR 132.553-PE, Relator Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, julgado em 3 de setembro de 2013, publicado em 5 de setembro de 2013)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGTR. NOMEAÇÃO PELO DEVEDOR DE BENS À PENHORA. RECUSA DO CREDOR. POSSIBILIDADE. BENS DE DIFÍCIL COMERCIALIZAÇÃO (86 BOTIJÕES DE AÇO, PARA GÁS). PENHORA DE DINHEIRO EXISTENTE NAS CONTAS BANCÁRIAS DA EXECUTADA ATÉ O LIMITE DO VALOR EXECUTADO. POSSIBILIDADE. AGTR PROVIDO.

1. A decisão agravada indeferiu o pedido de penhora eletrônica, via BACENJUD, de ativos financeiros de titularidade da executada, ora agravada, tendo em vista que a mesma, após ser citada, ofertou bens à penhora, contribuindo para a satisfação do crédito exequendo (fls. 47/49).

2. Sobre a matéria, o egrégio STJ tem se manifestado, inclusive em sede de recurso repetitivo, no sentido de ser possível a recusa, pelo exequente, de bem ofertado à penhora pelo executado, quando o bem é de difícil alienação ou quando não obedece à gradação legal, como acontece no caso em exame, no qual os bens ofertados são de

difícil comercialização (86 botijões de aço, para gás). Precedentes: AGA 200901043292, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJe DATA:08/02/2011; AGA 650.966/SP, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJU 30.05.05, p. 233; e REsp 612.686/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJU 23.05.05, p. 205.

3. Não estando a execução fiscal originária garantida por outros bens, faz-se possível a realização de penhora dos valores existentes em contas bancárias do executado, até o montante cobrado na execução fiscal em comento.

4. AGTR provido.

(AGTR 122.808-CE, Relator Desembargador Federal Manoel Erhardt, julgado em 17 de maio de 2012, publicado em 24 de maio de 2012)

É bem verdade que, caso comprovada a afetação do bem indicado pela Fazenda Nacional ao serviço público, poder-se-ia pensar na hipótese de impenhorabilidade do mesmo. Tal hipótese, contudo, no caso concreto, há de ser descartada (pelo menos por ora).

É que se é certo que “É possível a penhora de bens de prestadores de serviço público, desde que a execução da função não reste comprometida pela constrição” (REsp nº 521.047/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 16/02/04, p. 214), é também estreme de dúvidas que a agravante não cuidou de comprovar nos autos que o bem indicado à penhora pela Fazenda Nacional é imprescindível para o regular, total e completo funcionamento da sociedade empresária e para a esmerada prestação do serviço público, não trazendo sequer um laudo – ou mandado de constatação – do imóvel (terreno) indicado à penhora, onde restasse comprovada a afetação ao serviço público e a essencialidade de todo o terreno onde a agravante afirma abrigar a garagem, a oficina e o posto de combustível para os seus veículos.

Ademais, a se permitir a impenhorabilidade de bens de empresas privadas só pelo fato de prestarem serviços públicos, significaria ferir de morte, por via transversa, o disposto no art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal de 1988, que, expressamente, submete até mesmo as empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclu-

sive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Não bastasse isso, e consoante o entendimento já consolidado no egrégio STJ (AgRg no AREsp nº 138.972 e REsp nº 1.090.898/SP) e neste Colegiado (AG 125.901-CE), é lícito ao exequente recusar o oferecimento à penhora de bens de difícil alienação e fora da ordem prevista no art. 11 da Lei nº 6.830/80, uma vez que a execução se processa no interesse do credor e não no interesse do devedor, sendo de se destacar, por fim, que, conforme documentos extraídos dos próprios autos, fls. 157/159, o bem indicado à penhora pela exequente – e atacado neste agravo – já serve de garantia para outras dívidas da empresa executada, havendo vários precedentes desta Casa que permitem a penhora nesta hipótese.

Se assim é, e se permanece sem garantia a execução fiscal ora profligada, é lícito ao exequente recusar o oferecimento à penhora de bens de difícil alienação e fora da ordem prevista no art. 11 da LEF, uma vez que a execução se processa no interesse do credor, e não no interesse do devedor, não se podendo aceitar de logo a impenhorabilidade do novo bem indicado pelo exequente sem a comprovação de sua afetação ao serviço público, momentaneamente quando o bem a sofrer a constrição – e atacado neste agravo – já serve de garantia para outras dívidas da própria executada. Precedentes desta Corte Regional: AGTR 136.599-AL, Relator Desembargador Federal Fernando Braga; AGTR 132.553-PE, Relator Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira; AGTR 122.808-CE, Relator Desembargador Federal Manoel Erhardt.

Tecidas essas considerações, nego provimento ao agravo de instrumento, julgando prejudicado o agravo regimental.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 139.771-RN

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA
Agravante: HAROLDO BARRETO DE ARAÚJO BARROZO DE ANDRADE
Agravada: FAZENDA NACIONAL
Excdo.: COMERCIAL SABUGI LTDA.
Adv./Proc.: DR. WELLINTON MARQUES DE ALBUQUERQUE (AGRTE.)

EMENTA: PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INEXISTÊNCIA.

- Trata-se de agravo de instrumento interposto por HAROLDO BARRETO DE ARAÚJO BARROZO DE ANDRADE, em face da FAZENDA NACIONAL, contra decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu exceção de pré-executividade em que fora suscitado o reconhecimento da ilegitimidade passiva do ora agravante, bem como a prescrição dos créditos objeto da execução, vez que entendeu que o agravante não carrou aos autos quaisquer documentos aptos a corroborar suas alegações, assim como, no que tange à prescrição, entendeu que o processo não esteve paralisado por inércia da exequente.

- A questão em apreço, sem dúvida, demanda dilação probatória, com uma análise mais apurada dos argumentos apontados, vez que a simples alegação do agravante não é suficiente para desconstituir a pretensão da União em direcionar-lhe a execução. A instrução se faz necessária e imprescindível, portanto, sendo ônus do agravante provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da Fazenda. Destarte, não cabe, in casu, o uso pelo agravante de

exceção para rechaçar o redirecionamento da execução, restando-lhe a via dos embargos à execução.

- A prescrição é instituto que apanha a inércia, não sendo dado pronunciá-la em face do manifesto esforço envidado pelo autor para o andamento do processo. Ora, a Fazenda não deixou de atuar para obter a satisfação de seu crédito. Colhe-se dos autos que o crédito tributário foi constituído por auto de infração, notificado em 10/04/2003. A execução fiscal, ao seu turno, foi ajuizada em outubro de 2004, inferindo-se daí o manejo da execução antes de encerrado o prazo prescricional.

- Demais disso, em outubro de 2005, o juízo de origem determinou a suspensão dos autos até o trânsito em julgado da Ação Ordinária nº 2003.84.00.015570-9, a qual versava sobre a nulidade dos autos de infração que ensejaram a presente execução. O feito, portanto, ficou paralisado até 2010 quando a União requereu a substituição das CDA's, o que deu ensejo a que o juízo determinasse a intimação da executada, concedendo-lhe novo prazo para interposição de embargos.

- Posteriormente, constatada a dissolução irregular da empresa, restou determinado o redirecionamento e daí a exceção de pré-executividade. Como se vê, não há que se falar em inércia da Fazenda.

- Note-se que para o redirecionamento, restou considerado que o agravante é sócio-gerente da empresa Central de Comércio Distribuição de Alimento Bom Fim Ltda., que seria a sucessora da Comercial Sabugi, esta originariamente executada. É que o quadro societário da Central de Comércio Distribuição de Alimento Bom Fim Ltda. é composto por enteados da falecida esposa do agravante, a senhora Solange Barroso de Andrade, a qual, por sua vez, era sócia admi-

nistradora da Comercial Sabugi, o que indicaria a existência de grupo familiar que atua no mesmo ramo e funciona no mesmo endereço.

- Em síntese, em princípio, não é dado concluir pela ilegitimidade passiva do excipiente mercê da necessidade de dilação probatória, que se revela inviável em sede da estreita via da exceção e, de outra banda, não merece guarida o argumento da prescrição pelas razões já expedidas.
- Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

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

Recife, 17 de março de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Trata-se de agravo de instrumento interposto por HAROLDO BARRETO DE ARAÚJO BARROZO DE ANDRADE, em face da FAZENDA NACIONAL, contra decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu exceção de pré-executividade em que fora suscitado o reconhecimento da ilegitimidade passiva do ora agravante, bem como a prescrição intercorrente dos créditos objeto da execução, vez que entendeu que o agravante não carrou aos autos quaisquer documentos aptos a corroborar suas alegações, assim como, no que tange à prescrição, entendeu que o processo não esteve paralisado por inércia da exequente.

Sustenta, em suma, o agravante, que fora surpreendido com o pedido de redirecionamento da execução fiscal em seu desfa-

vor, posto que nunca participou do quadro societário da empresa Comercial Sabugi Ltda., devedora principal da execução fiscal, bem como não se encontra inserido nas certidões de dívida ativa executadas.

Diz que foi tão somente esposo de uma das sócias da empresa, a senhora Solange Barroso de Andrade (sócia administradora da Comercial Sabugi), tendo sido o casamento celebrado, sob o regime da comunhão parcial de bens, 4 anos após a constituição da sociedade empresarial.

Declara que o juízo de piso determinou a reunião dos presentes autos com a Ação de Execução Fiscal de nº 0004260-52.2009.4.05.8400, por requerimento da Fazenda Nacional. Afirma, ainda, que relativamente a esta ação há um agravo de Instrumento (AGTR nº 124.707/RN) no Tribunal da 5ª Região, devidamente julgado e provido em favor do agravante, e que está aguardando o julgamento do recurso especial interposto pela agravada apenas para apreciar a prescrição do débito do devedor principal, porém, já fora reconhecida a ilegitimidade do agravante para figurar na execução fiscal.

Alega que a existência do crédito fiscal e o seu não pagamento por si só não configura infração à lei para fins de redirecionamento da execução contra terceiros e que, de igual forma, a responsabilidade por excesso de poderes, se existente, deveria ser previamente apurada em procedimento administrativo onde fosse assegurado o contraditório e a ampla defesa, para só então ser alegado em execução fiscal.

Aduz que há mais de cinco anos vem se tratando de depressão decorrente do tratamento para o câncer a que sua esposa fora submetida até seu falecimento em 28 de janeiro de 2011, estando incapacitado para exercer qualquer tipo de trabalho ou direção.

Pondera que a empresa Comercial Sabugi Ltda. não se dissolveu de forma fraudulenta tendo em vista que, segundo informações de antigos funcionários e aferidas no contrato social, a empresa começou a operar em 10/04/2000 e teve o encerramento de suas atividades em 18/09/2009, com baixa na Secretaria de Tributação do Governo Estadual do Rio Grande do Norte e do CNPJ.

Ressalta que a empresa Comercial Sabugi Ltda. deixou de operar devido à concorrência local e à inadimplência de seus clientes o que veio a gerar o acúmulo de dívidas com os seus principais fornecedores. Ademais, observa que a referida empresa encerrou as suas atividades com o patrimônio livre de penhoras e passíveis de serem penhorados, conforme se pode verificar na escritura pública de compra e venda de 190 (cento e noventa) lotes de terreno localizados no Município de Extremoz/RN.

Afirma que os documentos de fls. 176/181 restringem-se a uma denúncia não apurada, o que lhe faz sustentar que a Fazenda Pública está, por meio desses documentos, tentando induzir este juízo a erro na medida em que conclui que era o agravante quem respondia de fato pela empresa Comercial Sabugi.

Frisa que não há provas concretas acerca da dissolução irregular, crime fiscal ou gerência de fato por sua parte. Assim como aduz não existir dilapidação do patrimônio da empresa comercial por parte dos sócios ou comprovação de que houve transferência de bens da empresa Comercial Sabugi Ltda. em seu favor.

Sustenta que no caso em espécie não estão configurados os requisitos necessários para legitimar a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, vez que se trata de medida de natureza excepcional a qual necessita de prova inconteste para ser aplicada.

Diz que não há prova de que tenha transferido o patrimônio da empresa Comercial Sabugi Ltda. em favor dos seus filhos, assim como não há provas de que usava seus filhos para exercer atividades comerciais.

Diz que, ao se aplicar a referida teoria da despersonalização, deve-se obedecer ao devido processo legal, oportunizando as partes a apresentarem suas defesas para que, só depois de esgotado todo o procedimento, seja desconsiderada a pessoa jurídica e levada a responsabilidade aos bens patrimoniais dos sócios e de terceiros.

Alega que para o sócio, gerente, mandatário ou diretor ser responsabilizado, necessário se faz a comprovação de ato ilícito doloso, praticado com excesso de poder, não sendo a mera inadimplência do tributo suficiente.

No que se refere à prescrição do crédito tributário, argumenta o agravante que ao considerar que a execução em tela diz respeito a exercícios tributários de 2000 a 2005 e que a citação até o presente momento não ocorreu, e tendo em vista que a demora na realização do ato citatório do executado tenha decorrido de desídia imputável exclusivamente ao serviço judiciário, tem-se por prescritos os referidos créditos.

Pondera que a movimentação da máquina judiciária pode restar paralisada por ausência de providências cabíveis ao exequente, uma vez que o princípio do impulso oficial não é absoluto, cabendo à Fazenda Nacional zelar pelo regular andamento do feito com a prática dos atos processuais pertinentes dentro do quinquênio estabelecido em lei.

A Fazenda agravada apresentou as contrarrazões no prazo legal.

É o relatório.

VOTO

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

A decisão vergastada rejeitara exceção de pré-executividade oposta pela parte ora agravante com o fito de declarar a sua ilegitimidade passiva para responder à presente execução.

É cediço que a exceção de pré-executividade constitui uma forma de defesa da demandada nos próprios autos da execução, e fora criada em sede de doutrina e jurisprudência para viabilizar ao executado arguir matérias de ordem pública, a exemplo da falta de condições da ação e dos pressupostos processuais, os quais podem ser declarados *ex officio* pelo juiz.

Isto é, para seu deferimento, necessário se faz que a prova objeto da exceção seja robusta, verossímil, pré-constituída, sob pena do seu não acolhimento, por se tratar de matéria a ser analisada em embargos à execução.

Em verdade, a exceção não é instrumento a ser banalizado a ponto de se apresentarem uma série de questões que demandem uma instrução probatória mais profunda, devendo ser aplicado

somente em situações excepcionais, de alarmante falta de executividade do crédito tributário.

Na espécie, todavia, não é isso o que se observa.

O agravante nega sua legitimidade passiva, principalmente, com base na ausência de provas acerca: a) da dissolução irregular da empresa devedora principal; b) de ter cometido crime fiscal; c) de ter, de fato, gerenciado a empresa Comercial Sabugi Ltda.; d) de ter transferido o patrimônio da empresa em favor dos seus filhos, e) e de ter usado seus filhos para exercer atividades comerciais.

Ora, nada obstante o alegado, a questão em apreço, sem dúvida, demanda dilação probatória, com uma análise mais apurada dos argumentos apontados, vez que a simples alegação do agravante não é suficiente para desconstituir a pretensão da União em direcionar-lhe a execução. A instrução se faz necessária e imprescindível, portanto, sendo ônus do agravante provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da Fazenda.

Note-se, a propósito, o que fora asseverado pelo juízo de origem, em decisão anterior à agravada, cuja cópia repousa às fls. 576/578v, no qual reconheceu a legitimação passiva do ora agravante:

Passo a analisar o pedido de redirecionamento da execução contra a empresa Comércio e Distribuição de Alimento Bomfim Ltda. e seus sócios-gerentes.

Constata-se nos presentes autos que a empresa pertencente aos enteados da executada Solange Barroso de Andrade foi estabelecida na Travessa Sampaio Correia, nº 31, Dix-Sept Rosado, Natal/RN (certidão da JUCERN de fl. 521), sendo esse o mesmo endereço da executada Comercial Sabugi Ltda., como se observa à fl. 03 dos autos. Foi para esse endereço que se remeteu a Carta de Citação, a qual foi devidamente recebida em 30 de março de 2005 pela Comercial Sabugi Ltda. (fl. 311), que imediatamente apresentou exceção de pré-executividade (fl. 181), fato que comprova o efetivo recebimento da citação.

Após ser citada em 2005, houve a dissolução irregular da empresa, tendo sido criada em 2006 a pessoa jurídica

Comércio e Distribuição de Alimento Bomfim Ltda., indicando como objeto as mesmas atividades econômicas da executada (comércio de carne, leite, laticínios e frios - fls. 520/521), que passaram a ser desempenhadas no mesmo endereço da executada, conforme visto no parágrafo anterior. Além desses dois fatos, os quais já bastariam para a configuração da sucessão empresarial, constata-se ainda que os sócios da nova empresa eram enteados da sócia-gerente da executada, sendo bastante jovens à época do registro: o Sr. Haroldo Barreto de Araújo Filho tinha 17 anos, enquanto seu irmão Hugo Barreto de Araújo tinha 22 anos quando os atos constitutivos da empresa foram registrados na JUCERN (fls. 521, 530 e 531).

Tendo em vista a caracterização do grupo familiar de empresas, reconheço a responsabilidade tributária de COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTO BOMFIM LTDA., bem como dos sócios administradores HAROLDO BARRETO DE ARAÚJO FILHO e HUGO BARRETO DE ARAÚJO, haja vista os indícios de fraude na abertura da nova empresa, que teria sido instituída com o único propósito de dar continuidade às atividades da executada Comercial Sabugi Ltda., sem as limitações impostas pela cobrança das elevadas dívidas geradas junto à Receita Federal.

Defiro, por fim, a responsabilização tributária do Sr. HAROLDO BARRETO DE ARAÚJO, que atende também por HAROLDO BARRETO DE ARAÚJO BARROSO DE ANDRADE, haja vista os indícios de que o referido senhor seria o principal gestor tanto da empresa executada, instituída em nome de sua falecida esposa, como da empresa sucessora, instituída em nome de seus filhos.

Há nos autos documentos atestando que o Sr. Haroldo foi intimado para prestar depoimento na Polícia Federal, haja vista a acusação de que teria cometido fraude na abertura de uma terceira empresa, também do ramo de comércio de alimentos, a Distribuidora de Alimentos Santa Maria Ltda. (fl. 533). Por ocasião do cumprimento da intimação, o agente da Polícia Federal intimou-o na sede da empresa executada nos presentes autos (fl. 534).

Em seu depoimento naquele órgão, o Sr. Haroldo informou que trabalha com o comércio de carnes (mesmo objeto das empresas ora executadas) desde o ano de 1989, ten-

do se retirado da Distribuidora de Alimentos Santa Maria Ltda. no ano de 1996, e que 'havia há pouco tempo saído de uma falência' na época da abertura da executada Comercial Sabugi Ltda. Esclareceu que já convivía com a falecida executada, Sra. Solange, quando a empresa em questão foi aberta (fls. 536/538).

Pelo exposto, **DEFIRO** parcialmente o pedido de fls. 494/504, determinando a citação dos executados ESPÓLIO DE SOLANGE BARROSO DE ANDRADE, COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTO BOMFIM LTDA., HAROLDO BARRETO DE ARAÚJO FILHO, HUGO BARRETO DE ARAÚJO FILHO E HAROLDO BARRETO DE ARAÚJO, que atende também por HAROLDO BARRETO DE ARAÚJO BARROSO DE ANDRADE, após a devida inclusão no polo passivo da execução fiscal.

Destarte, não cabe, *in casu*, o uso pelo agravante de exceção para rechaçar o redirecionamento da execução, restando-lhe a via dos embargos à execução.

De outra banda, também não colho a tese de que houve prescrição intercorrente do crédito tributário.

A prescrição é instituto que apanha a inércia, não sendo dado pronunciá-la em face do manifesto esforço envidado pelo autor para o andamento do processo. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 106, cujo teor expressamente ressalta que os institutos da prescrição e da decadência não se aplicam quando houver morosidade imputável exclusivamente ao Poder Judiciário.

Ora, a Fazenda não deixou de atuar para obter a satisfação de seu crédito. Colhe-se dos autos que o crédito tributário foi constituído por auto de infração, notificado em 10/04/2003. A execução fiscal, ao seu turno, foi ajuizada em outubro de 2004, inferindo-se daí o manejo da execução antes de encerrado o prazo prescricional.

Demais disso, percebe-se que a paralisação no trâmite processual não se deu, igualmente, por culpa da União. Com efeito, em outubro de 2005, o juízo de origem determinou a suspensão dos autos até o trânsito em julgado da Ação Ordinária nº 2003.84.

00.015570-9, a qual versava sobre a nulidade dos autos de infração que ensejaram a presente execução. O feito, portanto, ficou paralisado até 2010 quando a União requereu a substituição das CDA's, o que deu ensejo a que o Juízo determinasse a intimação da executada, concedendo-lhe novo prazo para interposição de embargos.

Por seu turno, em agosto de 2010, a empresa originariamente executada, Comercial Sabugi Ltda., atravessou exceção de pré-executividade que findou rejeitada em novembro de 2010 (fl. 499).

Em abril de 2011, a Fazenda requereu o bloqueio de ativos financeiros da Sabugi, o que findou deferido. Posteriormente, restou determinado o redirecionamento da execução em desfavor do ora agravante, porquanto figura como sócio gerente da empresa Central de Comércio Distribuição de Alimento Bom Fim Ltda., tida como sucessora da Comercial Sabugi, que a esta altura teria sido dissolvida irregularmente. É que o quadro societário da Central de Comércio Distribuição de Alimento Bom Fim Ltda. é composto por enteados da falecida esposa do agravante, a senhora Solange Barroso de Andrade, a qual, por sua vez, era sócia-administradora da empresa Comercial Sabugi, o que indicaria a existência de grupo familiar que atua no mesmo ramo e funciona no mesmo endereço. Esta decisão remonta a março de 2013.

Na sequência, adveio a exceção de pré-executividade pelo ora agravante e que restou rejeitada pela decisão agravada. Portanto, não há se falar em prescrição intercorrente.

Em síntese, em princípio, não é dado concluir pela ilegitimidade passiva do excipiente mercê da necessidade de dilação probatória, que se revela inviável em sede da estreita via da exceção e, de outra banda, não merece guarida o argumento da prescrição pelas razões já expedidas.

Mercê do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL
Nº 0801305-03.2013.4.05.8100-CE (PJe)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR
Agravante: DANIEL DE SOUZA GOMES
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advs./Procs.: DRA. VANESSA FERNANDES COSTA LANDIM (AGRTE.)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO QUE JULGOU PREJUDICADO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE 626.489-SE). PREVIDENCIÁRIO. PRAZO DECADENCIAL ESTABELECIDO PELA MEDIDA PROVISÓRIA 1.523/1997.

- Acórdão do Tribunal que levou em conta, para reconhecer a decadência, ter sido concedido o benefício em 1991 e o pedido para revisar o ato concessório formulado em 2007.

- Improvimento.

ACÓRDÃO

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

Recife, 11 de fevereiro de 2015. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR:

Trata-se de agravo regimental interposto por DANIEL DE SOUZA GOMES em face de decisão que, ao julgar prejudicado recurso extraordinário, considerou estar o acórdão deste Tribunal em conformidade com a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 626.489.

Sustenta a parte agravante, em resumo, que o caso dos autos não é de revisão do benefício, pois busca a realização de um direito anterior, que sequer havia sido apreciado pela Administração. Sustenta que o caso seria de aplicação do posicionamento apresentado no RE 630.501.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PE-REIRA NOBRE JÚNIOR (Relator):

A matéria objeto do presente feito foi decidida pelo STF no RE 626.489-SE, o qual assentou a possibilidade de poder ser aplicado o prazo decadencial estabelecido pela Medida Provisória 1.523/1997 aos benefícios previdenciários concedidos antes da respectiva vigência. O acórdão recorrido encontra-se em consonância com tal entendimento.

No caso dos autos, este Tribunal considerou expressamente tratar o pleito de revisão de aposentadoria, daí ser indiscutível a possibilidade de aplicação do paradigma invocado na decisão combatida.

No que diz respeito à aplicação da orientação firmada no RE 630.501, tal discussão somente seria passível de ocorrer se não tivesse sido reconhecida a ocorrência da decadência, nos termos do que foi decidido no RE 626.489-SE.

Ao tratar de discussão idêntica na qual o segurado insistia na aplicação da tese sufragada no RE 630.501 e a exclusão da decadência, o Supremo Tribunal Federal, por sua Segunda Turma, reafirmou a aplicação do que foi decidido no RE 626.489-SE, nos seguintes termos:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EFEITOS INFRINGENTES. CONVER-

SÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. PRAZO DECADENCIAL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.523/1997. APLICAÇÃO AOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTERIORMENTE À SUA VIGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(Emb. Decl. no AI 858.843-PR, Rel^a. Min^a. CARMEN LÚCIA)

Sendo assim, encontra perfeita sintonia com o paradigma do STF o julgado deste Tribunal que, ao verificar ter sido concedido o benefício em 1991, mas somente ajuizada a ação para revisar o ato concessório em 2007, reconheceu a ocorrência da decadência.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 31.446-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO
Apelantes: ROSEMARY CORDEIRO VILELA E LENI JOSEFA MUNIZ DA SILVA
Apelados: LENI JOSEFA MUNIZ DA SILVA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS E ROSEMARY CORDEIRO VILELA
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. MARIA DO SOCORRO E SOUZA BARROS E OUTRO E NEWTON GOMES DA SILVA

EMENTA: PENSÃO POR MORTE. TRABALHADOR URBANO. PROVA MATERIAL. UNIÃO ESTÁVEL. QUALIDADE DE COMPANHEIRA DA AUTORA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. LITIS-CONSORTE PASSIVA. UNIÃO ESTÁVEL NÃO COMPROVADA. RECEBIMENTO INDEVIDO DO BENEFÍCIO. EXCLUSÃO DA COTA-PARTE. PAGAMENTO RETROATIVO À AUTORA. POSSIBILIDADE. JUROS DE MORA. LEI 11.960/09. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA Nº 111

STJ. CUSTAS PROCESSUAIS. RÉ BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA.

- Apelações interpostas em face de sentença que julgou procedente, em parte, pedido de pagamento de pensão vitalícia integral, com retroação à data do óbito do instituidor, devidamente corrigido, até a data do efetivo pagamento, anulando o ato administrativo de concessão do benefício percebido pela litisconsorte passiva.

- Demonstrada a condição de companheira con-ferida à autora. Decisão judicial determinando pagamento de pensão alimentícia em favor da autora. Ação ordinária de dissolução de sociedade de fato da autora contra o falecido.

- Vínculo de dependência da litisconsorte passiva não demonstrado. Ré-apelante figurava na condição de 'cuidadora' do falecido. Fatos robo-rados pelos depoimentos do instituidor, da filha deste e da própria litisconsorte. Certidão de ca-samento da ré desde 2004, nome da ré em exa-mes médicos, consultas e fatura de cartão de crédito não se prestam, no caso concreto, a ca-racterizar condição de dependência, porém, tão somente, vinculam ao ofício desempenhado nos cuidados do segurado.

- Situação fática investigada atesta que a litiscon-sorte passiva recebeu o benefício de pensão por morte desde 12/02/2009 mediante documentos frágeis e falsa assinatura (parecer grafodocu-mentoscópico) do ex-segurado.

- Valores recebidos a título de pensão em favor da litisconsorte passiva pagos indevidamente. Autora que sofreu prejuízo no pagamento da verba alimentícia. Valores pagos, tão somente, pela metade. Quota-parte não paga que deve ser restituída, desde a morte do ex-segurado, sob pena de enriquecimento ilícito da outra benefi-ciária.

- **Concessão de benefícios previdenciários pela autarquia previdenciária é precedida de uma extensa averiguação das condições dos segurados. Qualquer que seja o ato administrativo que importe em concessão de benefícios previdenciários exige a observância estrita da autenticidade dos documentos apresentados, sob pena de pagamentos indevidos.**
- **Documentos juntados aos autos que se permite concluir pelo recebimento obtido por meios fraudulentos pela litisconsorte passiva (assinatura falsa).**
- **Autarquia previdenciária possui o controle sobre os pagamentos dos benefícios previdenciários. Constatada diminuição indevida nos proventos mensais da autora dependente do falecido. Negar o ressarcimento retroativo dos valores não recebidos seria transferir a responsabilidade pelo pagamento indevido ao particular, alheio ao controle daqueles.**
- **Autora que faz jus à percepção do benefício de pensão por morte no valor integral, com o pagamento das parcelas não recebidas em virtude do rateio da mesma, desde a época do óbito do instituidor.**
- **Correção monetária nos termos do Manual de Orientação de Procedimento para os Cálculos na Justiça Federal. Juros de mora pela Lei nº 11.960/09 (ação somente foi ajuizada após sua edição).**
- **Honorários advocatícios fixados em 5% do valor da condenação (art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC; SUM/111/STJ).**
- **Autarquia Previdenciária usufrui a prerrogativa da isenção do pagamento das custas nos feitos em que atue como autor, réu, assistente ou oponente. Disposição do § 1º do art. 8º da Lei nº 8.620/93 e do art. 4º, I, da Lei nº 9.289/96.**
- **Juros moratórios pela Lei nº 11.960/09 (ação ajuizada após a entrada em vigor da referida nor-**

ma). Correção monetária pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal. Apelação da autora provida, em parte; apelação da litisconsorte passiva e remessa necessária improvidas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 12 de março de 2015. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Apelações interpostas por ROSEMARY CORDEIRO VILELA e por LENI JOSEFA MUNIZ DA SILVA em face de sentença – fls. 548/552 – que julgou procedente, em parte, pedido de pagamento de pensão vitalícia integral, com retroação à data do óbito do instituidor, devidamente corrigido, até a data do efetivo pagamento, anulando o ato administrativo de concessão do benefício percebido pela litisconsorte Leni Josefa Muniz da Silva, c/c pedido de pagamento da pensão retida nos meses de janeiro a fevereiro/2009 e pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

A sentença rejeitou as preliminares suscitadas nos autos, indeferiu o pedido de tutela antecipada e, no mérito, determinou o cancelamento da quota-parte da pensão destinada à litisconsorte, Leni Josefa Muniz da Silva, devendo os proventos ser pagos, integralmente, à autora, a partir do trânsito em julgado, haja vista que a prova da ilegalidade do deferimento da pensão destinada à Sra. Leni Josefa Muniz da Silva só fora produzida em juízo. Sem custas, em face da sucumbência recíproca.

Nas razões do recurso, alega a autora, que o conjunto probatório apresentado pela litisconsorte, no processo administrativo de concessão, revela-se frágil, havendo, inclusive, má-fé por parte da mesma, ao receber o pagamento da quota-parte da pensão, em prejuízo da autora e do erário público. Alega, também, a negligência do INSS quando da oportunidade de rever o ato concessório. Por fim, reitera o pedido de antecipação dos efeitos da tutela e a reforma da sentença no sentido de determinar: *a) pagamento dos valores atrasados (retroativos ao óbito do titular), relativos à quota-parte ilegalmente concedida à litisconsorte; b) pagamento da pensão dos meses de jan/2009 e fev/2009; c) condenação dos apelados ao pagamento dos honorários e custas processuais.*

A litisconsorte, no seu apelo, pediu a reforma da decisão, sob os seguintes argumentos: *a) seu requerimento administrativo foi instrumentalizado com documentação hábil e suficiente à caracterização de união estável, nos termos do art. 4º da Orientação Normativa nº 9, de 5 de novembro de 2010; b) a prova documental apresentada perante a Seção de Recursos Humanos não deixara dúvidas quanto à validade formal e material dos documentos apresentados; c) no procedimento de justificação administrativo instaurado pelo SRH após denúncia de fraude na documentação apresentada foram ouvidas duas testemunhas que confirmaram unisonamente a convivência marital da litisconsorte com o falecido; d) o INSS não teve motivos para infirmar a inautenticidade dos documentos apresentados, restando-se válido o ato de concessão, visto que amparado em prova documental de “induidosa veracidade e autenticidade”. (Fl. 564)*

Por fim, pugna ainda, pela manutenção da pensão em seu favor, pela condenação de Rosemary Cordeiro Vilela, e ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes fixados no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

Requeru vistas dos autos ao Ministério Público Federal (fl. 570) – pedido deferido em despacho de fl. 596 – que opinou por não haver motivo a justificar intervenção do *Parquet* no feito.

Contrarrazões apresentadas às fls. 576/581 e 587/592. Sentença sujeita à remessa necessária. Dispensada a revisão.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLI-
LIANO (Relator):

O DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLI-
LATOR): A pretensão da autora é de que seja determinada a extin-
ção do benefício percebido pela Sra. Leni Josefa Muniz da Silva,
instituída pelo Sr. Rui Gondim Coutinho, procedendo-se ao paga-
mento integral dos valores não recebidos desde a morte do insti-
tuidor (03/01/2009, fl. 12), somado ao período entre janeiro a feve-
reiro de 2009.

É assegurada a pensão por morte ao conjunto de dependen-
tes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data
do óbito ou do requerimento administrativo, conforme previsto no
art. 74 da Lei nº 8.213/91, desde que comprovada a qualidade de
segurado especial do instituidor do benefício.

De acordo com o disposto no artigo 76, § 2º, da Lei nº 8.213/
91, o cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato que
recebia pensão de alimentos concorrerá em igualdade de condi-
ções com os dependentes referidos no inciso I do art. 16 da citada
Lei.

Sobre o requisito da qualidade de segurado do instituidor, ob-
servo que tal questão não é parte integrante do objeto da lide, não
havendo impugnação de nenhuma das partes quanto ao efetivo
desempenho de atividade urbana por parte do instituidor, fato este
que se torna incontroverso, desnecessária, portanto, maiores di-
vagações.

A questão controvertida cinge-se na discussão a respeito da
qualidade de dependentes conferida às apelantes, haja vista a ale-
gação de ilegalidade na concessão do benefício da Srª. Leni Josefa
Muniz, supostamente na qualidade de companheira do *de cujus*.

Pelo que dispõe o art. 16, I, § 4º, da Lei nº 8.213/91, a depen-
dência econômica é presumida, *verbis*:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência
Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não
emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e

um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

(...)

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Quanto à autora, Rosemary Cordeiro Vilella, bem decidiu o MM. Juiz sentenciante, motivo pelo qual transcrevo trecho importante da sentença e o adoto, também, como razões de decidir:

Por outro lado, não se questionou a percepção da pensão por parte da autora, que foi companheira do *de cujus* e, após a cessação do vínculo, fez jus a uma pensão alimentícia. Com o óbito, diante de tais circunstâncias, habilitou-se, legitimamente, à pensão por morte., fl. 549.

Ademais, o ofício emitido pelo Juízo de Direito da 4ª Vara de Família e Registro Civil da Comarca de Recife, nos autos do 001.1999.625996-2 (1963) através do qual se determinou descontos na aposentadoria do *de cujus* para pagamento de pensão alimentícia em favor da autora-apelante (fl. 17), a partir de setembro de 2007 (fl.22), somado ao fato de estar presente nos autos cópia da Ação Ordinária de Dissolução de Sociedade de Fato orquestrada pela autora contra o falecido (fls. 354/500), possuem força probante suficiente no presente feito.

Dito isto, entendo, pois, demonstrada a condição de dependente da autora (companheira), concluindo-se que a mesma faz jus à pensão por morte requerida na inicial, em razão de satisfeitos os requisitos estabelecidos na legislação de regência, conforme devidamente comprovado nos autos.

Passo, agora, a analisar o alegado vínculo *more uxorio* entre a ré-apelante Leni Josefa Muniz da Silva com o falecido, a ensejar direito à percepção do benefício em questão.

Para o atendimento às exigências legais foram colacionados vários documentos, dentre os quais, cumpre destacar: *Declaração de Dependência Econômica* (fls. 37/38); *Declaração Pessoal do de cujus* (fl. 39); *Declaração do IR atestando a Sra. Leni como dependente* (fls. 40/44); *Certidão da OAB/PE* (fl. 47); *Fatura do Hipercard* (fl. 42); *Declaração do Clube das Mães Margarida Al-*

ves (fl. 251); Declaração Oncoclínica Ltda. (fl. 277 e fl. 286); Declaração Clínica de Olhos Dr. Diomendes Barbosa (fl. 278); Declaração Dermo Center (fl. 280); Declaração Multimagem (fl. 281 e fl. 288); Declaração Prontimagem (fl. 282 e fl. 285); Declaração Hospital de Fraturas (fl. 283); Declaração Clínica Pulmonar (fl. 284 e fl. 287).

Pois bem, é digno de nota que as qualificações pessoais constantes em alguns documentos emitidos não podem ser tidas como prova incontestável daquela condição. Em geral, são informações registradas por mera declaração do interessado. Daí por que não se pode ter como absoluta a prova da manutenção do vínculo conjugal constante de registros históricos, ou de declarações pessoais (*ficha de saúde, declarações particulares, faturas de cartão de crédito, etc*) **mormente quando dissociadas de outros elementos** que venham a corroborar a condição pessoal alegada.

Alega a ré-apelante possuir convivência *more uxorio* sob o mesmo teto com o falecido, eis que figurava como dependente no cartão de crédito Hipercard e, a inclusão como dependente na Declaração do Imposto de Renda do instituidor. Penso, que a referida alegação não merece prosperar.

Na declaração de IR, fl. 44, o espaço “informações do cônjuge/companheiro(a)” está vazio, visto que neste ano (2007) o falecido já era divorciado de Rosemary. O fato de conter a Sra. Leni Josefa como dependente não presume união estável, documento de índole unilateral.

O fato de a Sra. Leni residir no mesmo lugar que o *de cujus*, e figurar como dependente em cartão de crédito, também não se presta como prova inquestionável e requisito de convivência *more uxorio*. Da análise dos autos, nota-se que a litisconsorte passiva era empregada do falecido, convivendo na residência do mesmo para prestar serviços domésticos em virtude do acometimento de um câncer no instituidor.

Para corroborar a informação supra, colaciono trecho do depoimento do próprio falecido, Sr. Rui Godim Coutinho, perante o juízo da Vara Privativa do Tribunal do Júri da Comarca de Camaragibe:

Que nunca teve qualquer problema com uma de suas empregadas; (...) que das duas pessoas que lhe ajudam, uma se chama 'Leni', fl. 110.

Oportuno é transcrever trecho do depoimento da filha do falecido, colhido pelo Departamento de Polícia Federal em Pernambuco:

QUE a senhora LENI JOSEFA prestou serviços domésticos de forma eventual ao pai da declarante entre 2004 e 2005, tornando-se efetivamente empregada doméstica do mesmo a partir do ano de 2005 em virtude do descobrimento do fato de que o pai da declarante era portador de um câncer; QUE em princípio, a senhora LENI trabalhava durante a semana tendo uma folga semanal, mas este horário de trabalho necessitou ser alterado em virtude do fato da mesma ser casada e esta escala de trabalho ser insatisfatória para a mesma e seu marido, fl. 93.

A própria litisconsorte passiva confirmou tal condição de empregada, em depoimento prestado perante o Tribunal do Júri da Comarca de Camaragibe. Vale transcrever:

QUE trabalha há muitos anos para a família do paciente; que desde que ele adoeceu, se prontificou a cuidar do mesmo; (...) que pretende continuar trabalhando para o paciente; (...) que ela é governanta e existe outra funcionária de nome Cristina; que na verdade ambas fazem todos os serviços da casa e tomam os cuidados necessários com o paciente, revezando de vinte e quatro em vinte quatro horas; fl. 111.

Em reforço a isto, adite-se que no processo foram colacionados comprovantes de pagamento emitido pelo Sr. Rui Gondim à Sra. Leni Josefa, pelos serviços prestados em sua residência (fl. 33). E, por força da certidão de casamento de fl.36, a mesma contraiu matrimônio com o Sr. SEBASTIÃO MUNIZ DA SILVA **desde 2004**.

Adite-se que a litisconsorte não desincumbiu-se do ônus de comprovar estar separada de fato do Sr. Sebastião. Além disso, a declaração do Clube das Mães Margarida Alves (fl. 251) declina força probatória, ante o documento de fé pública (certidão de casamento), eis que aquela fora emitida com base em mera declaração do interessado.

Ora, não me parece razoável a existência de vínculo *more uxorio* entre a Sra. Leni Josefa com o instituidor do benefício previdenciário em questão, se comprovado que a mesma conviveu com o Sr. Rui Gondim na qualidade de empregada, sendo casada com outro homem.

Justificado, portanto, está o fato de a mesma constar como ‘acompanhante’ do *de cujus* nos exames médicos e consultas, como também de estar como dependente na fatura do Hipercard, qualidades que se vinculam ao ofício desempenhado, nos cuidados da casa e do próprio segurado, doente.

Tais elementos, interpretados conjuntamente, têm o condão de concluir pela inexistência do vínculo alegado.

Por fim, resta salientar que o único documento, à primeira vista, hábil a reforçar a pretensão da litisconsorte passiva seria a declaração pessoal de Rui Gondim Coutinho (fl. 39) de que convive maritalmente com a Sra. Leni. Documento este alvo de denúncia, o qual fora submetido a análise pericial cujo parecer grafodocumentoscópico (fls. 50/66) concluiu “que a assinatura questionada aposta no documento apresentado para exame não foi produzida pelo punho escritor do Sr. Rui (...)”. **(Destaquei)**

Para fazer jus ao benefício em tela a ré-apelante LENI JOSEFA DA SILVA precisaria comprovar a existência de união estável com o ex-segurado, à época de sua morte, ou a sua dependência econômica em relação ao *de cujus*, o que não foi feito. Deve ser mantida, logo, a decisão de cancelamento da sua quota-parte da pensão, nos termos da sentença recorrida.

Com efeito, entendo que a prova produzida em seu favor perde força frente aos elementos de convicção que melhor retratam a situação fática investigada, atestando que, na verdade, a litisconsorte passiva recebeu o benefício de pensão por morte desde 12/02/2009 (fl. 24) mediante documentos frágeis e falsificando assinatura do ex-segurado.

Entendo que os valores recebidos a título de pensão em favor da litisconsorte passiva foram pagos indevidamente, assim como o recebimento pela, tão somente, metade da verba alimentícia em questão, por parte da autora-apelante. Entendo, pois, que a quota-

-parte não recebida pela autora Rosemary Cordeiro Vilela deverá lhe ser restituída, complementando, assim, os valores não recebidos desde a morte do instituidor, sob pena de enriquecimento ilícito da outra parte, indevidamente, beneficiada.

Por fim, resta analisar se o INSS está obrigado a arcar com o pagamento retroativo visto ter concedido erroneamente rateio de benefício previdenciário a quem não tem direito.

Consigna o art. 37, § 6º, da CF acerca da responsabilidade civil:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...) *omissis*

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

Sabe-se que no campo da responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva com base no risco administrativo, o dever de indenizar possui três requisitos: a conduta atribuída ao poder público (comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima), o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade entre ação e o dano sofrido pela vítima.

A concessão de benefícios previdenciários pela autarquia previdenciária é precedida de uma extensa averiguação das condições dos segurados; contudo, algumas incorreções podem ser cometidas. Qualquer que seja o ato administrativo que importe em concessão de benefícios previdenciários exige, sempre, a observância estrita da autenticidade dos documentos apresentados sob pena de pagamentos indevidos.

Compulsando os autos verifica-se que restou claro nos autos que o benefício da Sra. Leni Josefa fora obtido mediante fraude, haja vista que pautado em documento com assinatura falsificada, embora autenticado em cartório.

A autarquia previdenciária é quem possui o controle sobre os pagamentos dos benefícios previdenciários. Por mais que não tenha sido por sua culpa, houve uma diminuição indevida nos proventos mensais da Sra. Rosemary Cordeiro Vilela, ao ponto de, o não recebimento retroativo dos mesmos seria transferir a responsabilidade pelo pagamento indevido ao particular, alheio ao controle dos mesmos, causando-lhe prejuízo acumulado por mais de 4 anos.

Neste sentido, entendo que faz jus a autora à percepção do benefício de pensão por morte, no valor integral, com o pagamento das parcelas não recebidas em virtude do rateio da mesma, desde a época do óbito do instituidor.

No que tange ao pleito da autora para que recaia a condenação das custas processuais às apeladas, faz-se oportuno destacar que, no que tange ao INSS, a condenação em custas processuais, é tema disposto no § 1º do art. 8º da Lei nº 8.620/93, e nele, está expresso que o INSS, autarquia federal, usufrui a prerrogativa da isenção do pagamento das custas nos feitos em que atue como autor, réu, assistente ou oponente.

Neste sentido, entendo pela aplicação da sucumbência recíproca, que no caso concreto, afigura-se como a melhor solução, tendo em vista as partes decaíram de parte do que fora requerido/remetido. Neste caso, devem as despesas processuais ser rateadas entre as partes, de forma que os honorários advocatícios serão suportados por cada um destes (art. 21 do CPC).

No que diz respeito aos juros moratórios, somente a estes devem atender ao disposto na Lei nº 11.960/09, pois a presente ação foi ajuizada após a entrada em vigor da referida norma.

Quanto à correção monetária, deve ser aplicado o Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Esforçado nestas razões, dou provimento, em parte, à apelação da autora e nego provimento à remessa necessária, e à apelação da litisconsorte passiva.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 31.500-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)
Apelante: UNIÃO
Apelados: EVÓDIO OLIVEIRA DO NASCIMENTO E OUTRO, EDUARDO DA GAMA OLIVEIRA SANTOS (INCAPAZ) E GUILHERME DA GAMA OLIVEIRA (INCAPAZ)
Repte.: MARIA RAFAELA DOS SANTOS
Advs./Procs.: DRS. CLAUDIA ADRIANA ALCANTARA BALENCAR DE OLIVEIRA E OUTRO

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. ÓBITO DE PARTICIPANTE DE JOGO DE BOLA DENTRO DO QUARTEL EM ÁREA ABERTA AO PÚBLICO. ATIVIDADE NÃO PRATICADA NEM PROMOVIDA PELA ADMINISTRAÇÃO. MORTE CAUSADA POR TERCEIRO DESCONHECIDO. OMISSÃO DO DEVER DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA. NEXO DE CAUSALIDADE NÃO DEMONSTRADO. IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

- Trata-se de sentença que julgou parcialmente procedente os pedidos formulados na inicial para condenar a União a pagar: a) aos autores Guilherme da Gama Oliveira Santos e Eduardo da Gama Oliveira Santos (filhos menores da vítima) indenização por danos materiais, sob o regime de pensão mensal, no valor mensal de 1/3 do salário mínimo para cada um, desde a data do evento danoso (morte de Rafael da Gama Oliveira ocorrida em 05.03.2013) até a data em que os mencionados autores completarem 25 anos; b) indenização por danos morais aos autores Guilherme da Gama Oliveira Santos e Eduardo da Gama Oliveira Santos (filhos menores da vítima) e Evódio Oliveira do Nascimento e Marilane da Gama Oliveira (pais da vítima), no total de R\$

362.000,00 (trezentos e sessenta e dois mil reais), que será rateado em quatro partes iguais para cada um dos quatro autores.

- A responsabilidade civil do Estado, como sabido, é objetiva, constitucionalmente consignada no art. 37, parágrafo 6º, da CF/88, a qual está caracterizada, independentemente da presença de culpa da Administração, sempre que demonstrada a existência de nexo causal entre o dano sofrido e o fato administrativo, consistente em qualquer conduta estatal – comissiva ou omissiva, lícita ou ilícita.

- Verifica-se que o evento que deu origem à presente demanda cinge-se ao fato de que Rafael da Gama Oliveira, filho e pai dos autores, no dia 05 de março de 2013, por volta das 22:00 horas, participava de uma atividade esportiva no campo de futebol que fica localizado no interior do Quartel do Exército do Tiro de Guerra - Caruaru/PE, quando foi alvejado com três tiros de arma de fogo por sujeito desconhecido que se abrigou na guarita de entrada do local, e desferiu os tiros que ceifaram sua vida.

- Para a elucidação da lide é importante ressaltar que o Exército Brasileiro, através de suas Armas, (Infantaria, Cavalaria, Artilharia, Engenharia e Comunicações) tem como missão precípua preservar e garantir a defesa da pátria, zelar pelo cumprimento pleno da Constituição e pela manutenção da lei e da ordem. Em tempos de paz, uma das principais funções do Exército é defender as fronteiras brasileiras, garantindo a soberania nacional. Além da função precípua, existem as funções correlatas como as de coordenar ações de apoio à fiscalização ambiental, missões de paz (exemplo, a do Haiti); prestar socorro em caso de calamidade pública em comunidades isoladas, até mesmo na área da construção civil (como no caso da cidade de Palmares-

PE, construindo pontes sobre o Rio Una, em face da destruição das pontes permanentes pelas enchentes do ano de 2010, prestando serviços de assistência social e assistência à saúde à população local), dentre outras atividades em ocasiões excepcionais vivenciadas pala Nação.

- No caso em apreciação, constata-se que no momento do crime o Exército não praticava nenhuma de suas atividades, nem precípua nem correlata, conforme acima explanado, também não promovia o evento que deu causa ao fato que vitimou Rafael da Gama Oliveira. O dano derivou da conduta de terceiro desconhecido, revelando-se fato imprevisível, inevitável e estranho, alheio à vontade das partes (caso fortuito ou força maior).

- Nesse contexto, é de se concluir pela ausência de nexos de causalidade entre o fato danoso e a alegada conduta omissiva da Administração.

- Apelação parcialmente provida para acolher a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam da União, deixando de condenar a parte autora em honorários advocatícios, em face do gozo dos benefícios da justiça gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 24 de fevereiro de 2015. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO -
Relator Convocado

RELATÓRIO

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

Trata-se de sentença que julgou parcialmente procedente os pedidos formulados na inicial para condenar a União a pagar: a) aos autores Guilherme da Gama Oliveira Santos e Eduardo da Gama Oliveira Santos (filhos menores da vítima) indenização por danos materiais, sob o regime de pensão mensal, o valor mensal de 1/3 do salário mínimo para cada um, desde a data do evento danoso (morte de Rafael da Gama Oliveira ocorrida em 05.03.2013) até a data em que os mencionados autores completarem 25 anos; b) indenização por danos morais aos autores Guilherme da Gama Oliveira Santos e Eduardo da Gama Oliveira Santos (filhos menores da vítima) e Evódio Oliveira do Nascimento e Marilane da Gama Oliveira (pais da vítima) o total de R\$ 362.000,00 (trezentos e sessenta e dois mil reais), que será rateado em quatro partes iguais para cada um dos quatro autores.

Em suas razões de apelação, a parte apelante alegou, preliminarmente, ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, sustentou que não restou demonstrado nos autos a presença dos elementos que configuram a responsabilidade civil da União, ante a ausência do nexo de causalidade entre o fato danoso e suposta conduta omissiva da Administração a ensejar o dever de indenizar.

Apresentadas as contrarrazões às fls. 213/222.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 227/231, opinando pelo provimento da apelação da União.

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

É o relatório.

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

VOTO

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

Quanto à preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* defendida pela União, observa-se que tal pretensão se confunde com o próprio mérito da demanda, o qual será analisado adiante.

A responsabilidade civil do Estado, como sabido, é objetiva, constitucionalmente consignada no art. 37, parágrafo 6º, da CF/88, a qual está caracterizada, independentemente da presença de culpa da Administração, sempre que demonstrada a existência de nexos causal entre o dano sofrido e o fato administrativo, consistente em qualquer conduta estatal – comissiva ou omissiva, lícita ou ilícita.

Art. 37 - *omissis*.

(...)

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

Assim, para o deslinde da controvérsia torna-se necessário averiguar se existe o nexo de causalidade entre a conduta lesiva imputada à Administração e o dano efetivamente sofrido pelo particular para que se configure a obrigação de indenizar.

Com efeito, caso o dano decorra de fato não imputável ao Estado, inexistirá nexo causal e em virtude de tal fato, em conformidade com a teoria do risco administrativo, a responsabilidade do Estado será excluída, ou seja, quando o dano ocorre por culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito e força maior a responsabilidade do ente estatal será afastada.

Na primeira proposição, para a exclusão da responsabilidade do Estado há de se observar se houve a participação da vítima no evento que lhe causou o dano, que é um elemento de extrema relevância na apuração da responsabilidade estatal.

Já na segunda hipótese, caso fortuito ou força maior, para a exclusão da responsabilidade do Estado, há de se apurar se o acontecimento revela-se imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, caracterizando-se como fato que não possa ser imputável ao Estado ou a agente estatal, configurando-se assim a ausência de nexo de causalidade entre o dano e qualquer ação do Estado.

Noutras palavras, o Estado é responsabilizado por ação comissiva caso seja demonstrado que a ocorrência do dano se deu

em virtude de falha na prestação do serviço estatal, por não haver funcionado ou por ter funcionado de forma ineficiente, provocando danos ao particular. Ou, ainda, nos casos de conduta omissiva onde o Estado é responsável pela reparação do dano, apenas quando a sua omissão houver implicado descumprimento de dever legal que lhe impunha a obrigação de evitar o evento lesivo.

Tecidas essas considerações, verifica-se que o evento que deu origem à presente demanda cinge-se ao fato de que Rafael da Gama Oliveira, filho e pai dos autores, no dia 05 de março de 2013, por volta das 22:00 horas, participava de uma atividade esportiva no campo de futebol que fica localizado no interior do Quartel do Exército do Tiro de Guerra - Caruaru/PE, quando foi alvejado com três tiros de arma de fogo por sujeito desconhecido que se abrigou na guarita de entrada do local, e desferiu os tiros que ceifaram sua vida.

Sustentam os autores que o fato danoso só veio acontecer em virtude da desídia do ente estatal, vez que no momento do crime, apesar de a vítima estar localizada em área federal, sob a responsabilidade do Exército, não existia policiamento para garantir a segurança do local, estando os portões abertos ao público e a guarita abandonada, caracterizando, dessa forma, omissão da Administração, passando a existir sua responsabilidade civil de indenizar, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

A União rebate as argumentações, sustentando que não houve omissão de sua parte, pois por ocasião do evento danoso não estava sendo prestado nenhum serviço público por parte da Administração, apenas sendo realizada uma atividade recreativa por particulares (jogo de futebol), aduzindo, mais, que não houve prova de ato próprio de agente público federal capaz, de por si só, produzir evento danoso para efeito de indenização.

Para a elucidação da lide é importante ressaltar que o Exército Brasileiro, através de suas Armas, (Infantaria, Cavalaria, Artilharia, Engenharia e Comunicações) tem como missão precípua preservar e garantir a defesa da pátria, zelar pelo cumprimento pleno da constituição e pela manutenção da lei e da ordem.

Em tempos de paz, uma das principais funções do Exército é defender as fronteiras brasileiras, garantindo a soberania nacio-

nal. Além da função precípua, existem as funções correlatas como as de coordenar ações de apoio à fiscalização ambiental, missões de paz (exemplo a do Haiti); prestar socorro em caso de calamidade pública em comunidades isoladas, até mesmo na área da construção civil (como no caso da cidade de Palmares-PE, construindo pontes sobre o Rio Una, em face da destruição das pontes permanentes pelas enchentes do ano de 2010, prestando serviços de assistência social e assistência à saúde à população local), dentre outras atividades em ocasiões excepcionais vivenciadas pela Nação.

Nesse contexto, numa análise apurada dos autos, constata-se que a vítima participava de uma atividade recreativa (jogo de bola) em campo de futebol em área pertencente ao Quartel do Exército do Tiro de Guerra da cidade de Caruaru-PE, local destinado ao treinamento e recreação do efetivo do quartel, quando ausente essas atividades, aberta ao público para uso comum do povo para a prática de jogo de futebol.

Portanto, percebe-se que no momento do crime o Exército não praticava nenhuma de suas atividades, nem precípua nem correlata, conforme acima explanado, também não promovia o evento que deu causa ao fato que vitimou Rafael da Gama Oliveira, o dano derivou da conduta de terceiro desconhecido, revelando-se fato imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes (caso fortuito ou força maior).

Com essas considerações, conclui-se pela ausência de nexo de causalidade entre o fato danoso e a alegada conduta omissiva da Administração.

A respeito do tema, oportuna a transcrição dos precedentes desta Corte, inclusive do colendo STJ, cujos fundamentos, *mutatis mutandis*, aplicam-se à hipótese dos autos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESPONSABILIDADE POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. TUMULTO OCORRIDO EM FRENTE À BOATE. DISPARO DE ARMA DE FOGO NA VIA PÚBLICA. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA AJUIZADA CONTRA A CASA NOTURNA E O MUNICÍPIO. OMISSÃO DO DEVER DE SEGURANÇA. SÚMULA 7/STJ. OFENSA DOS ARTS. 927, PARÁGRAFO ÚNICO,

932, III E 933 DO CÓDIGO CIVIL. INCONGRUÊNCIA COM AS RAZÕES RECURSAIS. SÚMULA 284/STF.

1. Na origem, a demandante busca a reparação de danos morais e materiais em virtude do falecimento de sua filha, que foi alvejada por disparo fatal de arma de fogo oriundo de tumulto ocorrido na via pública, em frente ao estabelecimento noturno que é demandado juntamente com o município.

2. Não se conhece da divergência jurisprudencial se o recurso não traz as certidões previstas no art. 255 do RI/STJ nem procede ao cotejo analítico, limitando-se à transcrição de precedentes inespecíficos que versam hipótese distinta da tratada nos autos.

3. No caso concreto, o Tribunal a quo – soberano na análise do acervo fático-probatório – entendeu não estarem presentes os requisitos mínimos que autorizariam o reconhecimento da responsabilidade civil, uma vez ausente o nexo de causalidade e a prova da culpa dos demandados, que foram acionados em virtude de sua suposta omissão frente aos fatos havidos. Para chegar a conclusão diversa desta, seria necessário proceder ao reexame dos fatos e provas da causa, o que encontra vedação no enunciado da Súmula 7/STJ. Precedentes.

4. Ademais, os dispositivos que a recorrente tem por violados – arts. 927, parágrafo único, 932, III, e 933 do Código Civil – não se amoldam à espécie, já que o art. 927 refere-se a responsabilidade objetiva e, no caso, a recorrente aponta omissão dos demandados, o que atrai a modalidade subjetiva de responsabilização. Por outro lado, os arts. 932, II, e 933 do CC discorrem sobre responsabilidade do empregador por ato do empregado, situação que nenhuma relação tem com o caso concreto. Incidência da Súmula 284/STF.

5. Precedentes jurisprudenciais contrários à pretensão recursal.

6. Recurso Especial não conhecido.

EMENTA: (STJ - RESP 1322049 - Segunda Turma - Rel. Min. Herman Benjamin - DJe 13/09/2013) (destaque nosso)

ADMINISTRATIVO. ACIDENTE DE VEÍCULO EM RODOVIA FEDERAL. DNIT. INDENIZAÇÃO POR DANOS MO-

RAIS. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE NEXO DE CAUSALIDADE.

1. As autoras afirmam que no dia 02/07/2012, por volta das 03h20, a sua mãe, quando se deslocava da cidade de João Pessoa/PB com destino a Campina Grande/PB, bateu em um pontilhão, acidente que, em razão deste pontilhão não conter as proteções devidas, denominadas de “defensas metálicas”, o que seria obrigatório, ocasionou a morte da vítima.

2. A teoria da responsabilidade objetiva do Estado, consagrada no art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, impõe ao poder público o dever de ressarcir os danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros, independentemente da comprovação de culpa.

3. Para a caracterização da obrigação de indenizar, exige-se a presença de certos elementos. São eles: (a) o fato lesivo; (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público (nexo de causalidade) e (c) o dano. Na ausência de algum desses requisitos ou na presença de causa excludente ou atenuante – culpa exclusiva ou concorrente da vítima no evento danoso –, a responsabilidade estatal será afastada ou mitigada.

4. Da análise da documentação acostada aos autos, notadamente do boletim de acidente de trânsito, verifica-se não ter sido observada qualquer ausência de elementos de segurança na rodovia de maneira a possibilitar a forte colisão do veículo contra a mureta.

5. Ademais, conforme esclarecido pelo DNIT em sede de contestação, a defesa metálica, dispositivo para contenção de veículos que saiam da pista, ainda que estivesse presente e em perfeito estado, não teria o papel de impedir o choque frontal do veículo com o pontilhão. Isso porque, a função de defensas colocadas próximo a pontes rodoviárias não é defletir o veículo para o centro da pista e sim dar proteção para que o mesmo não caia a terra abaixo. Para que a defesa assumisse tal capacidade, deveria ser construída com material de maior resistência o que poderia implicar outros problemas, por desvirtuar a sua real função quando colocadas na proximidade de pontes.

6. Ausente a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público (nexo de causalida-

de). Portanto, *in casu*, não há que se falar em indenização por danos morais e materiais.

7. Não condenação das autoras em custas e em honorários advocatícios, por serem beneficiárias da Justiça Gratuita.

8. Apelação do DNIT provida. Apelação das autoras improvida.

(TRF5 - AC 569.386/PB - Primeira Turma - Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti - *DJe* 03/07/2014) (destaque nosso)

ADMINISTRATIVO. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. MILITAR. TRANSTORNOS MENTAIS E COMPORTAMENTAIS SUPOSTAMENTE DESENVOLVIDOS EM RAZÃO DO SERVIÇO MILITAR. NÃO COMPROVAÇÃO POR PERÍCIA. ALEGAÇÃO DE LICENCIAMENTO ARBITRÁRIO. DESCABIMENTO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE.

1. Apelação interposta pela parte autora, ex-militar, a desafiara sentença da lavra do Juízo da 2ª Vara Federal, sediado em Aracaju, que julgou improcedente a ação indenizatória por danos morais, movida contra a União Federal - Exército Brasileiro, condenando-o em custas e honorários advocatícios fixados em quinze por cento sobre o valor da causa, diferida a execução em vista de ser beneficiária da justiça gratuita nos termos da Lei nº 1.060/1950.

2. O apelante alega que ingressou no Exército Brasileiro em março de 2000, sendo posteriormente licenciado em abril de 2007, e que durante este período, desenvolveu sérios problemas de saúde, físicos e mentais, ocasionados pelo árduo regime ao qual era submetido e, que ainda não conseguiu se recuperar de tais enfermidades, afirmando, outrossim, nexos de causalidade a justificar pedido de indenização por danos morais.

3. Conforme a documentação acostada, especificamente, o laudo do perito nomeado pelo Juízo (fls.144-145v), o autor é portador da patologia denominada transtornos mentais e comportamentais devido ao uso de múltiplas drogas e ao uso de substâncias psicoativas – síndrome de dependência, CID - 10, F19.2, sendo tal patologia originada em momento posterior à baixa do autor do serviço militar, não existindo nexos causal entre a aludida patologia e a atividade desempenhada nas Forças Armadas, havendo, outrossim,

sim, possibilidade de retorno para toda e qualquer atividade laborativa, desde que se recupere da dependência química.

4. Afigura-se improcedente a súplica de indenização por danos morais, porquanto ausente o nexo de causalidade entre a patologia experimentada pelo autor e as atividades desenvolvidas junto à corporação a que servia, mormente quando há notícias nos autos de que o transtorno ou a síndrome que, infelizmente experimentou, tem origem posterior à baixa da caserna. Precedentes do TRF5: AC 553.207/RN, Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti, Primeira Turma; APELREEX 25.987/PB, Rel. Des. Fed. Marcelo Navarro, Terceira Turma. Apelação improvida. (TRF5 - AC 563.075/SE - Segunda Turma - Rel. Des. Federal André Dias Fernandes (convocado) - DJe 04/02/2014)

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação para acolher a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* da União, deixando de condenar a parte autora em honorários advocatícios, em face do gozo dos benefícios da justiça gratuita.

É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 31.643-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANUEL MAIA (CONVOCADO)
Apelante: FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE - FUNASA
Apelado: JACI DA FONSECAAVELAR
Parte Ré: ROMERO FONSECA DE AVELAR (INCAPAZ)
Cur. Esp.: CONCEIÇÃO LIMA DE OLIVEIRA CORDEIRO
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO
Advs./Procs.: DRS. VLADIMIR MORAES ALENCAR ARARIPE E OUTROS (APDO.)

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. PENSÃO RECEBIDA POR FILHO INVÁLIDO. REVERSÃO DA TOTALIDADE EM FAVOR DE SUA GENITORA, EM RAZÃO DO SEU DE-

SAPARECIMENTO. POSSIBILIDADE. MORTE PRESUMIDA. ART. 78 DA LEI 8.213/91 E ARTS. 221 E 223 DA LEI 8.112/90. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS.

- A pretensão da autora é de que haja a declaração da morte presumida do seu filho, para fins de percepção de pensão vitalícia, de acordo com o art. 78 da Lei 8.213/91.

- Há comprovação do desaparecimento do filho da demandante que faz presumir a sua morte. Com efeito, há mais de 6 (seis) anos não se tem notícia do pensionista, apesar de não haver prova concreta de seu falecimento. Sendo ele portador de graves transtornos mentais e estando desaparecido, conforme boletim de ocorrência de fls. 27/28, mesmo após a autora ter diligenciado pela imprensa, inclusive com outdoors na região metropolitana do Recife (fls. 30/31) cartazes e órgãos públicos (fls. 33/37) sem sucesso, presume-se seu desaparecimento.

- A situação se assemelha sobremaneira aos casos de ausência e, diante de tal contexto, é perfeitamente possível a equiparação dos seus efeitos àqueles decorrentes da morte de um dos pensionistas.

- A regra contida no art. 223 da Lei 8.112/90, consoante a qual por morte ou perda da qualidade de beneficiário, a respectiva cota reverterá da pensão vitalícia para os remanescentes desta pensão, deve ser interpretada à luz da realidade dos fatos, ensejando a conclusão de que a ausência do beneficiário também gera o mesmo efeito da reversão.

- Nesse sentido, não se afigura legal privar a demandante da percepção da referida pensão integral, quando sua condição de beneficiária da pensão se acha reconhecida pela própria ré.

- Manutenção do pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 3.000,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

- Apelação e remessa oficial não providas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELREEX 31.643-PE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL MANUEL MAIA - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANUEL MAIA (Convocado):

1. Trata-se de apelação interposta pela FUNASA e remessa oficial, em face da sentença que rejeitou as preliminares suscitadas, e, no mérito, julgou procedente o pedido, confirmando a antecipação dos efeitos da tutela, para declarar a morte presumida do Sr. Romero Fonseca de Avelar e, em consequência, condenou a FUNASA a reverter em favor da autora a cota-parte da pensão de Sílvio Soares de Avelar, percebida por Romero Fonseca de Avelar, pagando-lhe as parcelas vencidas desde a data do ajuizamento desta ação (04/11/2013). A ré foi condenada, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC.

2. Nas razões recursais a FUNASA alega, preliminarmente, carência de ação por ausência de interesse processual e ilegitimidade passiva; incompetência da Justiça Federal para processar o feito, por não ter sido postulado pedido de condenação em relação à autarquia; no mérito, aduz, em síntese, ter sido suspenso, automaticamente, o pagamento da pensão percebida pelo desapareci-

do em virtude do seu não comparecimento ao cadastramento anual dos servidores pensionistas. Afirmar ser irrelevante a existência de mais de um beneficiário, uma vez que o valor do benefício seria sempre o mesmo, pois haveria reversão. Argumentou, ainda, caber à parte autora ter providenciado a declaração judicial de ausência do filho, a fim de evitar a suspensão do benefício, o que não foi feito. Requer, assim, a reforma da sentença.

3. Contrarrazões apresentadas (fls. 174/177).

4. É o que havia de relevante para relatar.

5. Dispensada revisão. Inclua-se o feito em pauta para julgamento.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANUEL MAIA
(Relator Convocado):

1. Como relatado, cuida-se de apelação interposta pela FUNASA contra a sentença que, confirmando a antecipação dos efeitos da tutela, julgou procedente o pedido, para declarar a morte presumida do Sr. Romero Fonseca de Avelar e, em consequência, condenou a FUNASA a reverter em favor da autora a cota-parte da pensão de Sílvio Soares de Avelar, percebida por Romero Fonseca de Avelar, pagando-lhe as parcelas vencidas desde a data do ajuizamento desta ação.

2. A autora aduziu na inicial ser mãe de Romero Fonseca de Avelar, que sofria de transtornos mentais graves (esquizofrenia e epilepsia), o qual desapareceu em 21.02.2008; que o desaparecido foi interditado através do Processo nº 2004.0163.0002645, exercendo ela a função de curadora; ter diligenciado de todas as formas para a localização do seu filho, sem sucesso até a presente data; serem ambos beneficiários da pensão por morte deixada por Sílvio Soares de Avelar, falecido no ano de 2003; ter sido cancelada a cota-parte do desaparecido em setembro de 2013; fazer jus ao restabelecimento do pagamento, além do levantamento dos valores devidos desde o cancelamento.

3. Assim, a pretensão da autora é de que haja a declaração da morte presumida do seu filho, Romero Fonseca de Avelar, para

fins de percepção de pensão vitalícia, de acordo com o art. 78 da Lei nº 8.213/91.

4. A sentença prolatada pelo Juízo *a quo*, não merece reforma. Trago a fundamentação da mesma como motivação deste voto¹:

1. Das Questões Preliminares

1.1. Preliminar de ausência de interesse processual

Arguiu a FUNASA a preliminar de ausência de interesse de agir, aduzindo não haver a parte autora demonstrado resistência da Administração Pública à sua pretensão.

No âmbito processual, o interesse processual configura-se na presença do binômio interesse-necessidade e interesse-utilidade, em que a necessidade corresponde justamente ao provimento jurisdicional sem o qual a lide não se soluciona, enquanto a utilidade corresponde à eficácia daquele provimento em atender a necessidade do demandante.

Nas palavras de Fredie Didier Júnior:

Há utilidade da jurisdição toda vez que o processo puder propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido.

Prossegue o autor:

O exame da “necessidade da jurisdição” fundamenta-se na premissa que a jurisdição tem de ser encarada como última forma de solução do conflito.

Assim, o interesse processual evidencia-se na necessidade de obtenção do provimento jurisdicional para satisfação do direito e na utilidade que aquela específica prestação jurisdicional proporcionará à parte autora.

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

No caso dos autos, o interesse processual em suas duas vertentes (necessidade/utilidade) encontra-se presente na medida em que, até o ajuizamento da presente ação, os pagamentos da cota-parte da pensão estavam suspensos, sendo efetuados somente após a determinação judicial, em decisão deferitória da antecipação dos efeitos da tutela. Rejeita-se a preliminar, portanto.

1.2. Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*.

A FUNASA suscita sua ilegitimidade passiva por não haver oposição quanto à declaração de ausência, nem aos seus efeitos, visto se tratar de instituição de direito privado, só interessando aos familiares do desaparecido a declaração perseguida.

Entretanto, infere-se que a fundação detém legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, pois os efeitos decorrentes de eventual procedência do pedido serão inevitavelmente por ela suportados, visto ser o órgão responsável pelo pagamento da pensão pretendida.

Ademais, observa-se existir pedido formulado contra a FUNASA de liberação dos pagamentos retidos desde setembro de 2013, sendo, portanto, titular da relação jurídica de direito material deduzida em juízo.

Assim, rejeita-se a preliminar.

1.3 Preliminar de incompetência da Justiça Federal.

Argumenta a FUNASA a incompetência do juízo para processar o feito, por não ter sido a demanda proposta originariamente contra a FUNASA, não havendo postulação de condenação em relação à fundação.

Razão não assiste à FUNASA.

Com efeito, o cerne da questão posta em juízo não é apenas a declaração de morte presumida. Busca a parte autora, através da presente ação, a condenação da FUNASA em reverter cota-parte de pensão estatutária percebida pelo seu filho, com o pagamento de parcelas atrasadas, situação que se amolda perfeitamente ao disposto no art. 109, I, da CF/88.

Inobstante não ter havido, na petição inicial, a indicação da FUNASA como parte ré, até porque a demanda foi proposta originariamente na Justiça Estadual, decisão posterior na

esfera federal determinou o seu ingresso na lide, com a finalidade de justificar a competência federal.

Observa-se, o pronunciamento do juízo federal sobre a ausência será feito unicamente como razão de decidir do pedido, e não jungido pelo manto da coisa julgada (art. 469, CPC). A jurisprudência já se pronunciou sobre a questão:

PREVIDENCIÁRIO. DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA. FINS PREVIDENCIÁRIOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. DESAPARECIMENTO POR MAIS DE SEIS MESES. ART. 78 DA LEI 8.213/91.

1. A declaração de ausência para fins previdenciários pretendida visa atender ao disposto no art. 78 da Lei nº 8.213/91, no qual se basearia a autora para requerer pensão provisória por morte presumida de segurado desaparecido por mais de seis meses.

2. Quanto às preliminares trazidas pela autarquia em sua contestação, cumpre afastar, pois, a de incompetência absoluta do Juízo, tendo em vista a já exposta orientação firmada na jurisprudência, bem como o que dispõe o art. 109, I, da Constituição Federal. Do mesmo modo deve ser afastada a de ilegitimidade passiva, eis que o INSS é parte interessada como réu, considerando que é o órgão responsável pelo pagamento da pensão provisória de que trata o art. 78 da Lei nº 8.213/91.

3. (...)

(TRF 2ª Região; Primeira Turma Especializada; REO 199951010007306; REO - REMESSA *EX OFFICIO* - 343408; Relator(a) Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES; Fonte *DJU* - Data: 05/10/2006 - Página: 153)

Desse modo, rejeita-se a preliminar suscitada.

2. Do julgamento antecipado da lide

Por entender não haver necessidade de produção de outras provas além daquelas já constantes nos autos, suficientes, portanto, para o deslinde da demanda, decido proferir o julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, I, do Código de Processo Civil.

3. Mérito

3.1. A pretensão da autora consiste em obter provimento jurisdicional para reverter a cota-parte de pensão estatutária percebida por seu filho, desaparecido, de modo a receber o pagamento integral da pensão em seu favor.

Depreende-se dos documentos acostados aos autos que a autora e seu filho percebiam, respectivamente, pensão vitalícia e pensão temporária por morte deixada pelo ex-servidor da FUNASA, Sílvio Soares de Avelar, conforme se verifica dos comprovantes de rendimentos de fls. 45/48 (em nome do desaparecido) e 51/53 (em nome da demandante).

Constata-se ter o Ministério do Planejamento suspenso, a partir de setembro de 2013, o pagamento da cota-parte percebida pelo filho da autora, em virtude do não comparecimento ao cadastramento anual dos servidores aposentados e pensionistas.

Cumpra-se iniciar distinguindo os institutos da declaração de ausência com fins sucessórios, prevista nos arts. 22 a 39 do Código Civil de 2002, cujo procedimento é previsto nos arts. 1.159 e 1.169 do Código de Processo Civil, em relação à declaração de morte presumida do segurado, regulada no art. 78 da Lei nº 8.213/91.

A declaração judicial de ausência, de competência da justiça estadual, tem finalidade sucessória, permitindo a administração dos bens do ausente por curador nomeado pelo juiz e, decorrido certo prazo, a abertura de sua sucessão provisória, a qual poderá converter-se em definitiva 10 (dez) anos após o trânsito em julgado da sentença que determinou sua abertura.

A legislação previdenciária, por seu turno, utilizou-se do conceito de ausência dado pelo código civil para fins de concessão de pensão provisória aos dependentes dos segurados declarados presumidamente mortos, sem, contudo, adotar o procedimento processual da declaração de ausência previsto na lei processual civil já citada.

A jurisprudência pátria vem procurando estabelecer claramente as distinções entre a “declaração de ausência”, com finalidade sucessória, da “declaração de morte presumida”, com finalidade previdenciária, como se pode verificar através da leitura das ementas dos seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL. PENSÃO. MORTE PRESUMIDA. COMPETÊNCIA.

1. O reconhecimento da morte presumida do segurado, com vistas à percepção de benefício previdenciário (art. 78 da Lei nº 8.213/91), não se confunde com a declaração de ausência prevista nos Códigos Civil e de Processo Civil, razão pela qual compete à Justiça Federal processar e julgar a ação.

2. Recurso conhecido e provido.

(STJ, RESP 256547/SP, 6ª Turma, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ de 11/9/2000, p. 303)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE PRESUMIDA DO SEGURADO. DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA. ART. 78 DA LEI 8.213/91.

- O reconhecimento da morte presumida, com o fito de concessão de pensão previdenciária, não se confunde com a declaração de ausência regida pelos diplomas cível e processual. *In casu*, obedece-se ao disposto no artigo 78 da Lei 8.213/91. Precedentes.

- Recurso conhecido, mas desprovido.

(STJ, REsp 232.893; PR 1999/0088085-4, 5ª Turma, Rel. Min. JORGE SCARTEZZIN, DJ 07.08.2000, p. 135)

Assim, para fins previdenciários, fazem jus os dependentes do segurado à pensão por morte, a ser concedida provisoriamente, sem necessidade de atender-se a todos os trâmites previstos no CPC.

O dispositivo legal que autoriza a concessão de pensão provisória em virtude de declaração de morte presumida por ausência é o art. 78 da Lei 8.213/91, que dispõe:

Por morte presumida do segurado, declarada pela autoridade judicial competente, depois de 6 (seis meses) de ausência, será concedida pensão provisória, na forma desta Subseção.

§ 1º Mediante prova do desaparecimento do segurado em consequência de acidente, desastre ou catástrofe, seus dependentes farão jus à pensão provisória independentemente da declaração e do prazo deste artigo.

§ 2º Verificado o reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão cessará imediatamente, desobrigados os dependentes da reposição dos valores recebidos, salvo má-fé.

A concessão do benefício pode ser deferida em caso de ausência, cujo conceito pode ser extraído do art. 22 do Código Civil (quando uma pessoa desaparece do seu domicílio sem dela haver notícia e não deixa representante ou procurador). Porém, diferentemente da lei civil e processual civil, para efeito de pensão provisória, a morte presumida do segurado ausente pode ser declarada em esfera judicial após seis meses.

Por sua vez, sobre a morte presumida, assim dispõe o Estatuto dos Servidores Públicos Civis Federais:

Art. 221. Será concedida pensão provisória por morte presumida do servidor, nos seguintes casos:

I - declaração de ausência, pela autoridade judiciária competente;

II - desaparecimento em desabamento, inundação, incêndio ou acidente não caracterizado como em serviço;

III - desaparecimento no desempenho das atribuições do cargo ou em missão de segurança.

Parágrafo único. A pensão provisória será transformada em vitalícia ou temporária, conforme o caso, decorridos 5 (cinco) anos de sua vigência, ressalvado o eventual reaparecimento do servidor, hipótese em que o benefício será automaticamente cancelado.

Embora o referido artigo trate do servidor público, não há razão para que não se aplique o seu entendimento aos dependentes do instituidor.

Da mesma forma, sendo possível a concessão de pensão por morte aos dependentes de segurados declarados ausentes por morte presumida, deve-se conceder a reversão de cota-parte da pensão recebida por dependente considerado ausente por declaração judicial.

Tal reversão encontra amparo no artigo 223 da Lei nº 8.112/90, que estabelece:

(...) Por morte ou perda da qualidade de beneficiário, a respectiva cota reverterá:

(...)

II - da pensão temporária para os co-beneficiários ou, na falta destes, para o beneficiário da pensão vitalícia.

Como se vê, em caso de morte ou perda da qualidade de segurado do segundo réu, a sua cota parte reverterá em proveito da demandante, titular da pensão vitalícia.

Ademais, o art. 223 da Lei nº 8.112/90 acima transcrito assegura a reversão da cota-parte da pensão não apenas no caso de morte, mas de simples perda da qualidade de dependente, o que seria o caso, por exemplo, de eventual cancelamento do benefício pela superação da invalidez ou por não comparecimento a recadastramento.

3.2 No caso dos autos, a comprovação do desaparecimento em situação que faz presumir a morte do segundo réu resta comprovada.

Com efeito, há mais de 6 (seis) anos não se tem notícia de um dos pensionistas, apesar de não haver prova concreta de seu falecimento. Sendo ele portador de graves transtornos mentais e estando desaparecido, conforme boletim de ocorrência de fls. 27/28, mesmo após a autora ter diligenciado pela imprensa, inclusive com *outdoors* na região metropolitana do Recife (fls. 30/31) cartazes e órgãos públicos (fls. 33/37) sem sucesso, presume-se seu desaparecimento.

Portanto, a situação se assemelha sobremaneira aos casos de ausência e, diante de tal contexto, é perfeitamente possível a equiparação dos seus efeitos àqueles decorrentes da morte de um dos pensionistas.

A regra contida no art. 223 da Lei nº 8.112/90, consoante a qual por morte ou perda da qualidade de beneficiário, a respectiva cota reverterá da pensão vitalícia para os remanescentes desta pensão, deve ser interpretada à luz da realidade dos fatos, ensejando a conclusão de que a ausência do beneficiário também gera o mesmo efeito da reversão.

Nesse sentido, não se afigura legal privar a demandante da percepção da referida pensão integral, quando sua condição de beneficiária da pensão se acha reconhecida pela própria ré.

A matéria já foi objeto de análise pela jurisprudência em casos análogos:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PENSÃO MILITAR QUE ERA DIVIDADA EM COTAS IGUAIS, ENTRE A FILHA E SUA MÃE. REVERSÃO DA TOTALIDADE EM FAVOR DA FILHA, EM RAZÃO DO DESAPARECIMENTO DA MÃE. POSSIBILIDADE. MORTE PRESUMIDA. ART. 24 DA LEI Nº 3.765/60, C/C ART. 78 DA LEI 8.213/90. COM-

PETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS.

1. A autora, filha do ex-militar falecido, que dividia com sua mãe, que está desaparecida, a pensão deixada por ele, requer a declaração de ausência com a consequente reversão, em seu favor, da cota-parte que cabia à mãe.
2. As provas produzidas nos autos não deixam dúvidas quanto ao desaparecimento da beneficiária da pensão, até mesmo quanto ao seu provável óbito, conforme informações trazidas pelo inquérito policial.
3. O fato de os documentos não estarem autenticados não lhes retira a validade, mesmo porque não houve impugnação ao seu conteúdo. Precedentes do STJ (REsp 94894/SP - Rel.: Min. Edson Vidigal - DJ 18/08/97 - pg. 37.901).
4. Assim, em razão da presumida morte da viúva beneficiária da pensão militar, esta reverterá em favor de sua filha. É de se aplicar aqui, por analogia, o art. 78, §§ 1º e 2º, da Lei 8.213/90, c/c o art. 24 da Lei nº 3.765, de 04-05-1960.
5. No presente caso, o que a autora requer é a declaração de ausência da mãe (morte presumida) com a única finalidade de obtenção de benefício de pensão militar, não se confundindo com a declaração de ausência prevista nos Códigos Civil e Processual Civil. Precedentes do STJ (REsp 256547/SP - Rel.: Min. Fernando Gonçalves - DJ 11/09/2000 - pg. 00303; CONFLITO DE COMPETÊNCIA 1995/0003573-1 - Rel.: Min. Fontes de Alencar - 2ª Seção - DJ 24/04/1995 - pg. 10377). Assim, firma-se a competência da Justiça Federal.
6. Apelação e remessa necessária improvidas. (TRF 2ª Região QUINTA TURMA ESPECIALIZADA; AC 200002010655616 AC - APELAÇÃO CÍVEL - 252093; Relator Desembargador Federal ANTÔNIO CRUZ NETTO; DJU - Data: 09/12/2005 - Página: 328/9) com grifos acrescidos.

Desse modo, por entender presentes elementos suficientes a caracterizar a ausência do Sr. Romero Fonseca de Avelar, declaro sua morte presumida, devendo sua genitora passar a perceber a pensão por morte vitalícia.

Posto isto, rejeito as preliminares suscitadas, e, no mérito, julgo procedente o pedido, confirmando a antecipação dos

efeitos da tutela, pelo que declaro a morte presumida do Sr. Romero Fonseca de Avelar e, em consequência, condeno a FUNASA a reverter em favor da autora a cota-parte da pensão de Sílvio Soares de Avelar, percebida por Romero Fonseca de Avelar, pagando-lhes as parcelas vencidas desde a data do ajuizamento desta ação (04/11/2013).

5. Quanto aos honorários advocatícios, o Código de Ritos é expresso ao impor os ônus da sucumbência à parte vencida. Assim, realizando-se uma apreciação equitativa sobre a matéria, entendo razoável a condenação dos honorários sucumbenciais em R\$ 3.000,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

6. Diante do exposto, nego provimento à apelação da FUNASA e à remessa de ofício, mantendo a sentença de origem pelos seus próprios fundamentos.

7. É como voto.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO Nº 31.791-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GUSTAVO DE PAIVA GADELHA (CONVOCADO)
Apelantes: MARIA DO CARMO CORREA DE ARAÚJO FRAGA
Apelada: FAZENDA NACIONAL
Advs./Procs.: DRS. JOSÉ LUÍS WAGNER E JEFFERSON LEMOS CALAÇA E OUTROS

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IMPOSTO DE RENDA. APOSENTADO PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE (NEOPLASIA MALIGNA). ISENÇÃO. ART. 6º DA LEI 7.713/88 COM ALTERAÇÕES POSTERIORES. ROL TAXATIVO. ART. 111 DO CTN. VEDAÇÃO À INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. JULGAMENTO DEFINITIVO PELO STJ SOB O MANTO DE RECURSO REPETITIVO. TERMO INICIAL: DATA DO DIAGNÓSTICO DA PATOLOGIA. DEMONSTRAÇÃO DA CONTEMPORANEIDADE DOS SINTOMAS. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. TAXA SELIC.

ART. 39, § 4º, DA LEI Nº 9.250/95. JULGAMENTO PELO STJ EM RECURSO REPETITIVO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EM VALOR ADEQUADO À CAUSA.

- *Apelação interposta contra sentença que julgou procedente pedido para declarar a autora isenta da incidência do IR sobre os seus proventos, bem como condenar a ré a proceder à restituição dos valores indevidamente descontados dos proventos da autora, da referida exação, nos últimos (5) cinco anos, contados a partir do ajuizamento da ação.*

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

ção extensiva do aludido benefício à situação que não se enquadre no texto expresso da lei, em conformidade com o estatuído pelo art. 111, II, do CTN” (REsp 1.116.620/BA, decidido no regime do art. 543-C do CPC).

- In casu, comprovou-se, por laudo médico, que a autora teve a moléstia grave (neoplasia maligna). A mens legis foi no sentido de proteger os portadores de certas doenças consideradas graves pelo legislador, independentemente do período de eclosão da enfermidade. A lei isenta, inclusive, as moléstias passíveis de controle, desde que comprovadas por laudo médico oficial.

- Descabe questionar quanto à gravidade ou curabilidade do contribuinte, mas, tão somente, que ele cumpra a exigência prevista no art. 30 da Lei nº 9.250/05, ou seja, demonstre a existência do câncer, como ocorreu no caso em tela, para fazer jus ao benefício fiscal.

- Reconhecida a moléstia grave, não é imprescindível a demonstração da contemporaneidade dos sintomas ou a comprovação de recidiva da enfermidade para que o contribuinte faça jus à isenção do IR. A retirada do tumor não significa a cura definitiva, estando o paciente submetido, pelo resto da vida, a consultas e exames periódicos, bem como à aquisição de medicamentos, sob pena de enfrentar regressão no quadro clínico.

- É pacífica a jurisprudência do colendo STJ na esteira de que:

- “o termo inicial da isenção do imposto de renda sobre proventos de aposentadoria prevista no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88 é a data de comprovação da doença mediante diagnóstico médico. Precedentes: REsp 812.799/SC, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 12.06.2006; REsp 677.603/PB, 1ª T., Ministro Luiz Fux, DJ de 25.04.2005; REsp 675.484/SC, 2ª T., Min. João Otávio de Noronha,

DJ de 01.02.2005)” (REsp 900.550/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki);

- “reconhecida a neoplasia maligna, não se exige a demonstração da contemporaneidade dos sintomas, nem a indicação de validade do laudo pericial, ou a comprovação de recidiva da enfermidade, para que o contribuinte faça jus à isenção de Imposto de Renda prevista no art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88” (REsp 1.125.064/DF, Relª. Minª. Eliana Calmon).

- O colendo STJ, ao julgar os REsp's nºs 1111189/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, e 1111175/SP, Relª. Minª. Denise Arruda, submetidos ao regime do art. 543-C do CPC, decidiu que:

- “relativamente a tributos federais, a jurisprudência da 1ª Seção está assentada no seguinte entendimento: na restituição de tributos, seja por repetição em pecúnia, seja por compensação, (a) são devidos juros de mora a partir do trânsito em julgado, nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN e da Súmula 188/STJ, sendo que (b) os juros de 1% ao mês incidem sobre os valores reconhecidos em sentenças cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 1º.01.1996, porque, a partir de então, passou a ser aplicável apenas a taxa SELIC, instituída pela Lei 9.250/95, desde cada recolhimento indevido (EResp 399.497, EResp 225.300, ERESP 291.257, EResp 436.167, EResp 610.351). Relativamente a tributos estaduais ou municipais, a matéria continua submetida ao princípio geral, adotado pelo STF e pelo STJ, segundo o qual, em face da lacuna do art. 167, parágrafo único, do CTN, a taxa dos juros de mora na repetição de indébito deve, por analogia e isonomia, ser igual à que incide sobre os correspondentes débitos tributários estaduais ou municipais pagos com atraso; e a taxa de juros incidente sobre esses débitos deve ser de 1% ao mês, a não ser que o legislador, utilizando

a reserva de competência prevista no § 1º do art. 161 do CTN, disponha de modo diverso” (REsp nº 1.111.189/SP);

- “aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsps 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC” (REsp nº 1.111.175/SP).

- O valor arbitrado de R\$ 3.000,00 equivale a cerca de 10% do valor da causa (R\$ 35.000,00), quantia essa que o Juiz a quo fixou em atenção aos critérios do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, notadamente a natureza da causa e o trabalho desenvolvido pelo profissional. Verba honorária fixada em valor adequado à causa.

- Remessa oficial não provida. Apelação da autora parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial e dar parcial provimento à apelação da autora, 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, 15 de janeiro de 2015. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL GUSTAVO DE PAIVA GADELHA - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GUSTAVO DE PAIVA GADELHA (Convocado):

Cuida-se de remessa obrigatória e apelação interposta contra sentença que julgou procedente pedido para declarar a autora isenta da incidência do IR sobre os seus proventos, bem como condenar a ré a proceder à restituição dos valores indevidamente descontados dos proventos da autora, da referida exação, nos últimos cinco anos, contados do ajuizamento da ação.

Apenas a autora apelou. Na apelação, requereu:

a) que a restituição dos valores já indevidamente descontados a título de IR se dê a partir de novembro de 1997, respeitada a prescrição quinzenal desde o requerimento administrativo (11/08/2010);

b) a incidência da Taxa SELIC a contar do recolhimento indevido do IR;

c) sejam os honorários advocatícios fixados entre 10% e 20% sobre o valor da condenação.

Contrarrazões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GUSTAVO DE PAIVA GADELHA (Relator Convocado):

Com relação à isenção do IR em face de acometimento de moléstia grave, o posicionamento está consagrado no colendo STJ, ao julgar o REsp nº 1116620/BA, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 25/08/2010, **decidido sob o manto do regime de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC)**, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE. ART. 6º DA LEI 7.713/88 COM ALTERAÇÕES POSTERIORES. ROL TAXATIVO. ART. 111 DO CTN. VEDAÇÃO À INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.

1. A concessão de isenções reclama a edição de lei formal, no afã de verificar-se o cumprimento de todos os requisitos estabelecidos para o gozo do favor fiscal.

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

3. Consectariamente, revela-se interditada a interpretação das normas concessivas de isenção de forma analógica ou extensiva, restando consolidado entendimento no sentido de ser incabível interpretação extensiva do aludido benefício à situação que não se enquadre no texto expresso da lei, em conformidade com o estatuído pelo art. 111, II, do CTN. (Precedente do STF: RE 233.652/DF - Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, DJ 18-10-2002. Precedentes do STJ: EDcl no AgRg no REsp 957.455/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 09/06/2010; REsp 1.187.832/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010; REsp 1.035.266/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 04/06/2009; AR 4.071/CE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 18/05/2009; REsp 1.007.031/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2008, DJe 04/03/2009; REsp 819.747/CE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/06/2006, DJ 04/08/2006)

4. *In casu*, a recorrida é portadora de distonía cervical (patologia neurológica incurável, de causa desconhecida, que

se caracteriza por dores e contrações musculares involuntárias - fls. 178/179), sendo certo tratar-se de moléstia não encartada no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88.

5. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

In casu, comprovou-se, por laudo médico, que a autora teve a moléstia grave (neoplasia maligna).

A *mens legis* foi no sentido de proteger os portadores de certas doenças consideradas graves pelo legislador, independentemente do período de eclosão da enfermidade. A lei isenta, inclusive, as moléstias passíveis de controle, desde que comprovadas por laudo médico oficial.

Por isso, descabe questionar quanto à gravidade ou curabilidade do contribuinte, mas tão somente que ele cumpra a exigência prevista no art. 30 da Lei nº 9.250/05, ou seja, demonstre a existência do câncer, como ocorreu no caso em tela, para fazer jus ao benefício fiscal.

Reconhecida a moléstia grave, como *in casu*, não é imprescindível a demonstração da contemporaneidade dos sintomas ou a comprovação de recidiva da enfermidade para que o contribuinte faça jus à isenção do IR aqui debatida. A retirada do tumor não significa a cura definitiva, estando o paciente submetido, pelo resto da vida, a consultas e exames periódicos, bem como à aquisição de medicamentos, sob pena de enfrentar regressão no quadro clínico.

A respeito, a jurisprudência do distinto STJ já firmou entendimento, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. INCIDÊNCIA DO ART. 6º, XIV, DA LEI 7.713/1988. NEOPLASIA MALIGNA. DEMONSTRAÇÃO DA CONTEMPORANEIDADE DOS SINTOMAS. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. PRESCRIÇÃO. ARTIGO 3º DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DIREITO INTERTEMPORAL. FATOS GERADORES ANTERIORES À LC 118/2005. APLICAÇÃO DA TESE DOS “CINCO MAIS CINCO”. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.002.932-SP (ART. 543-C DO CPC).

1. Hipótese em que se analisa, para os efeitos de isenção do imposto de renda previsto no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88, a necessidade ou não da contemporaneidade dos sintomas de neoplasia maligna do autor, militar reformado do Exército, que se submeteu à retirada da lesão cancerígena.

2. O Tribunal de origem, mantendo incólume a sentença, afastou o reconhecimento do direito à isenção do imposto de renda, por estar o autor curado da neoplasia maligna, por não necessitar de tratamento coadjuvante em razão da doença, e em face da perspectiva de recidiva do tumor ser muito baixa.

3. O recorrente argumenta que o laudo emitido pela Junta de Inspeção Médica não representa instrumento hábil a permitir a cassação da isenção de IR ao requerente, e, portanto, não pode ser considerado, em face do art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88. Quanto ao prazo prescricional, requer a prevalência da tese dos “cinco mais cinco”.

4. “Reconhecida a neoplasia maligna, não se exige a demonstração da contemporaneidade dos sintomas, nem a indicação de validade do laudo pericial, ou a comprovação de recidiva da enfermidade, para que o contribuinte faça jus à isenção de imposto de renda prevista no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88. Precedentes do STJ” (RMS 32.061/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJe* de 20.8.2010).

5. ‘É certo que a Primeira Seção, ao julgar o REsp 1.116.620/BA, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux e mediante a sistemática de recursos repetitivos prevista no art. 543-C do CPC, decidiu ser incabível a extensão da norma de isenção contida no art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88, a situação que não se enquadre no texto expresso da lei, em conformidade com o disposto no art. 111, II, do CTN (*DJe* 25.8.2010). A neoplasia maligna, no entanto, encontra-se relacionada no rol taxativo do art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88’ (EDcl no REsp 1.202.820/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, *DJe* 02/12/2010).

6. (...)

8. Recurso especial provido.

(REsp 1.235.131/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, *DJe* 25/03/2011)

TRIBUTÁRIO. ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE PROVENTOS DE APOSENTADORIA. NEOPLASIA MALIGNA. DEMONSTRAÇÃO DA CONTEMPORANEIDADE DOS SINTOMAS. DESNECESSIDADE.

1. Há entendimento jurisprudencial desta Corte no sentido de que, após a concessão da isenção do Imposto de Renda sobre os proventos de aposentadoria ou reforma percebidos por portadores de moléstias graves, nos termos do art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88, o fato de a Junta Médica constatar a ausência de sintomas da doença não justifica a revogação do benefício isencional, tendo em vista que a finalidade desse benefício é diminuir o sacrifícios dos aposentados, aliviando-os dos encargos financeiros.

2. Recurso especial provido.

(REsp 1202820/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, *DJe* 15/10/2010)

TRIBUTÁRIO. ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE PROVENTOS DE REFORMA DE PORTADOR DE NEOPLASIA MALIGNA. DEMONSTRAÇÃO DA CONTEMPORANEIDADE DOS SINTOMAS. DESNECESSIDADE.

1. (...)

3. Há entendimento jurisprudencial desta Primeira Seção no sentido de que, após a concessão da isenção do Imposto de Renda sobre os proventos de aposentadoria ou reforma percebidos por portadores de moléstias graves, nos termos do art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88, o fato de a Junta Médica constatar a ausência de sintomas da doença pela provável cura não justifica a revogação do benefício isencional, tendo em vista que a finalidade desse benefício é diminuir o sacrifícios dos aposentados, aliviando-os dos encargos financeiros.

4. Em conformidade com o § 4º do art. 14 da Lei 12.016/2009 e as Súmulas 269 e 271 do STF, não procede o pleito de devolução dos valores descontados a título de Imposto de Renda.

5. Mandado de segurança parcialmente concedido.

(MS 15261/DF, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, *DJe* 05/10/2010)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. IMPOSTO DE RENDA. ART. 6º, XIV, DA LEI 7.713/1988. NEOPLASIA MALIGNA. DEMONSTRAÇÃO DA CONTEMPORANEIDADE DOS SINTOMAS. DESNECESSIDADE. RESERVA REMUNERADA. ISENÇÃO. OFENSAO ART. 111 DO CTN NÃO CARACTERIZADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.

1. (...)

2. Reconhecida a neoplasia maligna, não se exige a demonstração da contemporaneidade dos sintomas, nem a indicação de validade do laudo pericial, ou a comprovação de recidiva da enfermidade, para que o contribuinte faça jus à isenção de Imposto de Renda prevista no art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88. Precedentes do STJ.

3. (...)

6. Recurso especial conhecido parcialmente e não provido. (REsp 1125064/DF, Relª. Minª. ELIANA CALMON, DJe 14/04/2010)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MOLÉSTIA GRAVE. ART. 6º, XIV, DA LEI 7.713/88. ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. TERMO A QUO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO JUROS. CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. A jurisprudência do STJ tem decidido que o termo inicial da isenção da imposto de renda sobre proventos de aposentadoria prevista no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88 é a data de comprovação da doença mediante diagnóstico médico. (Precedentes: REsp 812.799/SC, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 12.06.2006; REsp 677.603/PB, 1ª T., Ministro Luiz Fux, DJ de 25.04.2005; REsp 675.484/SC, 2ª T., Min. João Otávio de Noronha, DJ de 01.02.2005)

2. No caso concreto, há laudo emitido pelo serviço médico oficial do Município de Araras - SP reconhecendo que o recorrente é portador de neoplasia maligna desde setembro de 1993, devendo a isenção, em consonância com o disposto nos artigos 30 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 95, e 39, §§ 4º e 5º, III, do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, ser reconhecida desde então.

3. (...)

6. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 900550/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 12/04/2007)

TRIBUTÁRIO. MOLÉSTIA GRAVE. ART. 6º, XIV, DA LEI 7.713/88. ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. TERMO A QUO.

1. A jurisprudência do STJ tem decidido que o termo inicial da isenção da imposto de renda sobre proventos de aposentadoria prevista no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88 é a

data de comprovação da doença mediante diagnóstico médico, e não a data de emissão do laudo oficial. Precedentes: REsp 812.799/SC, 1ª T., Min. José Delgado, *DJ* de 12.06.2006; REsp 677.603/PB, 1ª T., Ministro Luiz Fux, *DJ* de 25.04.2005; REsp 675.484/SC, 2ª T., Min. João Otávio de Noronha, *DJ* de 01.02.2005)

2. Hipótese em que a paralisia começou a dar sinais de aparecimento em 1991 e o laudo médico oficial atesta como marco, para efeito de isenção do imposto de renda, o ano de 1995. Como o crédito tributário refere-se ao ano-base de 1994 e o próprio exame do INSS referido na sentença revela a anterioridade e progressividade da doença desde 1991, não é razoável adotar como marco da isenção a data em que reconhecida a invalidez pelo Ministério da Fazenda.

3. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 780.122/PB, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, *DJ* 29/03/2007)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. INCIDÊNCIA SOBRE PROVENTOS DE APOSENTADORIA. CARDIOPATIA GRAVE. ISENÇÃO. TERMO INICIAL: DATA DO DIAGNÓSTICO DA PATOLOGIA. DECRETO REGULAMENTADOR (DECRETO Nº 3.000/99, ART. 39, § 5º) QUE EXTRAPOLA OS LIMITES DA LEI (LEI 9.250/95, ART. 30). INTERPRETAÇÃO.

1. Trata-se de ação processada sob o rito ordinário ajuizada por TEREZINHA MARIA BENETTI PORT objetivando ver reconhecida a isenção de imposto de renda retido sobre os seus proventos de aposentadoria com fundamento na Lei 9.250/95, art. 30, por ser portadora de cardiopatia grave. A sentença julgou procedente o pedido ao reconhecer que a restituição deve ocorrer a partir do acometimento da doença. O TRF/4ª Região negou provimento ao apelo voluntário e à remessa oficial sob os mesmos fundamentos utilizados na sentença. Recurso especial da Fazenda apontando violação dos arts. 30 da Lei 9.250/95 e 39, §§ 4º e 5º, do Decreto 3.000/99. Defende que o art. 39, §§ 4º e 5º, do Decreto 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda) estabelece que as isenções no caso das moléstias referidas no art. 30 da Lei 9.250/95 aplicam-se a partir da emissão do laudo ou parecer que as reconhecem. Sem contrarrazões.

2. A Lei 9.250/95, em seu art. 30, estabelece que, para efeito de reconhecimento da isenção prevista no inciso XIV do art. 6º da Lei 7.713/88, a doença deve ser comprovada mediante laudo pericial emitido por serviço médico oficial (da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios). O Decreto 3.000/99, art. 39, § 5º, por sua vez, preceitua que as isenções deverão ser aplicadas aos rendimentos recebidos a partir do mês da emissão do laudo pericial ou parecer que reconhecer a moléstia, se esta for contraída após a aposentadoria, reforma ou pensão.

3. Do cotejo das normas dispostas, constata-se claramente que o Decreto 3.000/99 acrescentou restrição não prevista na lei, delimitando o campo de incidência da isenção de imposto de renda. Extrapola o Poder Executivo o seu poder regulamentar quando a própria lei, instituidora da isenção, não estabelece exigência, e o decreto posterior o faz, selecionando critério que restringe o direito ao benefício.

4. As relações tributárias são revestidas de estrita legalidade. A isenção por lei concedida somente por ela pode ser revogada. É inadmissível que ato normativo infralegal acrescente ou exclua alguém do campo de incidência de determinado tributo ou de certo benefício legal.

5. Entendendo que o Decreto 3.000/99 exorbitou de seus limites, deve ser reconhecido que o termo inicial para ser computada a isenção e, conseqüentemente, a restituição dos valores recolhidos a título de imposto de renda sobre proventos de aposentadoria, deve ser a partir da data em que comprovada a doença, ou seja, do diagnóstico médico, e não da emissão do laudo oficial, o qual certamente é sempre posterior à moléstia e não retrata o objetivo primordial da lei.

6. A interpretação finalística da norma conduz ao convencimento de que a instituição da isenção de imposto de renda sobre proventos de aposentadoria em decorrência do acometimento de doença grave foi planejada com o intuito de desonerar quem se encontra em condição de desvantagem pelo aumento dos encargos financeiros relativos ao tratamento da enfermidade que, em casos tais (previstos no art. 6º da Lei 7.713/88) é altamente dispendioso.

7. Recurso especial não provido.

(REsp 812.799/SC, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ 12/06/2006)

Verifica-se que o posicionamento daquela distinta Casa Superior é no sentido de que:

a) o contribuinte aposentado que sofre de moléstia grave tem direito à isenção do pagamento de imposto de renda sem a necessidade de demonstrar a existência de sintomas recentes;

b) não é necessária a indicação de data de validade do laudo pericial ou comprovação de possível recaída da doença, uma vez que o entendimento do STJ é na linha de diminuir o sacrifício do inativo, aliviando os encargos financeiros relativos ao acompanhamento médico e remédios;

c) o termo inicial da isenção do imposto de renda sobre proventos de aposentadoria prevista no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88 é a data de comprovação da doença mediante diagnóstico médico.

Destarte, estando inserido no rol acima delineado, o contribuinte faz jus à isenção de IR prevista no art. 6º da Lei nº 7.713/88.

Quanto à incidência da SELIC, a questão em tela (termo inicial de vigência da taxa) já foi julgada em definitivo pelo colendo STJ, ao se apreciar os REsp nºs 1.111.189/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJe* de 25/05/2009, e 1.111.175/SP, Relª. Minª. Denise Arruda, *DJe* de 01/07/2009, **submetidos ao regime de recurso repetitivo**, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE TRIBUTO ESTADUAL. JUROS DE MORA. DEFINIÇÃO DA TAXA APLICÁVEL.

1. Relativamente a tributos federais, a jurisprudência da 1ª Seção está assentada no seguinte entendimento: na restituição de tributos, seja por repetição em pecúnia, seja por compensação, (a) são devidos juros de mora a partir do trânsito em julgado, nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN e da Súmula 188/STJ, sendo que (b) os juros de 1% ao mês incidem sobre os valores reconhecidos em sentenças cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 1º.01.1996, porque, a partir de então, passou a ser aplicável apenas a taxa SELIC, instituída pela Lei 9.250/95, desde cada recolhimento indevido (REsp 399.497, EREsp 225.300, EREsp 291.257, EREsp 436.167, EREsp 610.351).

2. Relativamente a tributos estaduais ou municipais, a

matéria continua submetida ao princípio geral, adotado pelo STF e pelo STJ, segundo o qual, em face da lacuna do art. 167, parágrafo único, do CTN, a taxa dos juros de mora na repetição de indébito deve, por analogia e isonomia, ser igual à que incide sobre os correspondentes débitos tributários estaduais ou municipais pagos com atraso; e a taxa de juros incidente sobre esses débitos deve ser de 1% ao mês, a não ser que o legislador, utilizando a reserva de competência prevista no § 1º do art. 161 do CTN, disponha de modo diverso.

3. Nessa linha de entendimento, a jurisprudência do STJ considera incidente a taxa SELIC na repetição de indébito de tributos estaduais a partir da data de vigência da lei estadual que prevê a incidência de tal encargo sobre o pagamento atrasado de seus tributos. Precedentes de ambas as Turmas da 1ª Seção.

4. No Estado de São Paulo, o art. 1º da Lei Estadual 10.175/98 prevê a aplicação da taxa SELIC sobre impostos estaduais pagos com atraso, o que impõe a adoção da mesma taxa na repetição do indébito.

5. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. (REsp nº 1.111.189/SP)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º, DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos devidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo *a quo* a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996.

Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsps 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ. (REsp nº 1.111.175/SP)

Por fim, quanto aos honorários advocatícios, *in casu*, não vislumbro ser ínfimo *quantum* fixado.

Conforme se depara, R\$ 3.000,00 equivale a cerca de 10% do valor da causa (R\$ 35.000,00), quantia essa que o Juiz *a quo* fixou em atenção aos critérios do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, notadamente a natureza da causa e o trabalho desenvolvido pelo profissional.

Assim, mantenho o *quantum* arbitrado na r. sentença.

Diante disso, nego provimento à remessa oficial e dou parcial provimento à apelação da autora.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 549.870-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelados: ZULEIDO SOARES DE VERAS, FLORÊNCIO BRITO VIEIRA, JOEL ALMEIDA DE LIMA E FRANCISCO DE ASSIS BORGES CATELINO
Partes Int.: RUBEM PAULO DE C. PATURY FILHO E MAGNA SORAYA DA SILVA PATURY
Advs./Procs.: DRS. RODOLFO DANTAS ANDRADE E OUTROS, ROSBERG DE SOUZA CROZARA E OUTROS E GAMIL FOPPEL EL HIRECHE E OUTROS (APDOS.)

EMENTA: APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUPERINTENDENTE DA POLÍCIA FEDERAL. TRÁFICO DE INFLUÊNCIA PARA ACOBERTAMENTO DE

FRAUDES À LICITAÇÃO. FINANCIAMENTO ILEGAL DE CAMPANHA PARA DEPUTADO ESTADUAL. CONSTRUTORA GAUTAMA. TRANSCRIÇÃO DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS COM CONVERSAS INCONCLUSIVAS. SUSPEITA DE CORRUPÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL SEM LASTRO EM OUTRAS PROVAS. SUPosição GENÉRICA PLAUSÍVEL, MAS FRÁGIL EM TERMOS PROBATÓRIOS. EXCEPCIONALIDADE DA CONDENAÇÃO POR IMPROBIDADE. NECESSIDADE DE PROVA ROBUSTA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE REJEITOU A AÇÃO COM BASE NO ART. 17, § 8º, DA LEI Nº 8.429/92. ADOÇÃO DA TÉCNICA DA MOTIVAÇÃO REFERENCIADA (PER RELATIONEM). AUSÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. ENTENDIMENTO DO STF.

- Trata-se de ação civil pública de improbidade administrativa ajuizada pelo MPF contra RUBEM PAULO DE CARVALHO PATURY FILHO, MAGNA SORAYA DA SILVA PATURY, esposa, ZULEIDO SOARES DE VERAS, FRANCISCO DE ASSIS BORGES CATELINO, JOEL ALMEIDA DE LIMA e FLORÊNCIO BRITO VIEIRA. Em apertada síntese, o MPF alega que RUBEM PAULO DE CARVALHO PATURY, quando exerceu o cargo de Superintendente da Polícia Federal em Sergipe, recebera a quantia de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) de ZULEIDO VERAS, empresário da Construtora Gautama, para o custeio da festa de posse no cargo. Além disso, o policial teria realizado tráfico de influência para impedir investigações do DPF e do MPF quanto a supostas fraudes licitatórias, além de ter recebido vantagens financeiras indevidas em apoio a sua candidatura ao cargo de Deputado Estadual em Tocantins. Todo o esquema envolveria terceiros, quais sejam, os demais nominados na exordial, qualificados como lobistas e tesoureiro.

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

- Transcrição do núcleo do exame probatório da sentença: “A despeito de toda seriedade com que o Ministério Público Federal trata das questões jurídicas a ele atinentes, o que se vê nesta demanda são apenas suposições desprovidas de elementos probatórios mínimos aptos a demonstrarem a prática de improbidade administrativa por parte dos réus. Os trechos das conversas retratados na petição inicial apenas demonstram a existência de laços de amizade entre Rubem Patury e Francisco Catelino, e entre o primeiro e Joel Lima, o que foi admitido por todos eles, em suas manifestações. Inclusive, Rubem Patury assumiu ter recebido R\$ 7.000,00 (sete mil reais) de Francisco Catelino, a título de empréstimo, valor que, segundo os dois réus, foi devolvido em duas parcelas de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), pouco tempo depois da avença, feita em razão da amizade existente entre eles. Explicou, ainda, que o dinheiro do empréstimo saiu da conta bancária da Gautama porque Francisco Catelino tinha honorários advocatícios a receber dessa empresa, em razão do patrocínio de algumas ações em que esta figurava como parte, preferindo-se transferir o valor emprestado diretamente ao seu destino final. De fato, os extratos bancários existentes nas fls. 139/140 e 271/278 comprovam dois depósitos feitos por Patury na conta bancária de Francisco Catelino, no valor, cada um, de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), totalizan-

do a quantia que o MPF diz ser produto de improbidade administrativa. E não há qualquer indício, nestes autos, de que o repasse não se tratou verdadeiramente de um empréstimo entre amigos, o que não é vedado pelo ordenamento jurídico. aos demais fatos, trata-se de conversas esparsas e que ensejam diversas interpretações. E, ademais, elas não foram transcritas em sua integralidade, de modo a ter-se uma visão global do contexto fático em que ocorreram. O Parquet Federal, em grande parte dos fundamentos fáticos da demanda, limitou-se a expressar o que entendeu ter havido, presumindo a má-fé dos réus, sem sequer ter juntado cópia das transcrições dos aludidos diálogos. Por exemplo: a) no trecho sobre o diálogo ocorrido entre Joel e Zuleido no dia 25/02/2006, no qual o MPF diz que eles comentam sobre um 'material' a ser levado por Catelino a Aracaju, não há qualquer garantia que o tal material seja realmente dinheiro e, além disso, que tenha sido realmente endereçado a Patury. O fato de este ter ido à casa de Catelino no mesmo dia da conversa não quer dizer nada, visto que eles são amigos de longa data, e era normal um frequentar a casa do outro. E, outrossim, Catelino, à época, residia em Jacuípe, na Bahia, cidade localizada a centenas de quilômetros de Aracaju, e se Patury foi naquele dia a um local tão distante, é porque a viagem já estava programada há algum tempo. Dessa forma, o lógico seria pensar que, se o tal material fosse endereçado a Patury, a conversa interceptada entre Zuleido e Joel perderia totalmente o sentido, pois não haveria a necessidade deles estarem combinando, no mesmo dia da referida viagem, de Catelino levar o material a Aracaju, já que Patury mesmo iria recebê-lo em Jacuípe/BA; b) Da mesma forma, nos diálogos ocorridos em 2006, já depois do afastamento de Patury da Po-

lícia Federal, não se pode extrair que este interferiu no trabalho da Polícia Federal ou do Ministério Público Federal. Pelas próprias afirmações feitas na peça póstica, extrai-se que o referido réu somente foi consultado por Joel após a apreensão do material de licitação em questão pelo reportado órgão policial, ou seja, a diligência foi efetivamente cumprida, indício de que não houve interferência naquela ocasião. Desse modo, não se desincumbiu, o órgão acusatório, do seu ônus de demonstrar em que consistiu o auxílio prestado por Rubem Patury à empresa Gautama, e qual a ligação dele com o proprietário da aludida empresa, Zuleido Veras. Não há qualquer ligação telefônica transcrita que tenha esses dois personagens como interlocutores, ou qualquer prova de encontros presenciais dos dois, ou, ao menos, prova do efetivo recebimento indevido de vantagens por parte de Patury. Aliás, o requerido Rubem Patury respondeu ao Processo Administrativo Disciplinar nº 016/2007-COGER/DPF (cópia nas fls. 72/113), perante a Corregedoria-Geral de Polícia Federal, cujo objeto se confunde com o analisado nesta demanda, tendo a referida comissão chegado à seguinte conclusão: “Diante do exposto, a Comissão de Processo Disciplinar após analisar todos os elementos dos autos, entendeu que a única falta do acusado foi a de tomar emprestado dinheiro de pessoa que era alvo da investigação Octopus, mas por outro lado aceita como argumento que o acusado desconhecia a existência da investigação, e que não era razoável exigir dele que soubesse a origem de dinheiro que lhe era emprestado por amigo de tantos anos, razão pela qual aceita a defesa escrita convencendo-se da não existência da prática de transgressão disciplinar por parte do acusado Rubem Paulo de Carvalho Patury Filho, sugerindo, destarte, o arquivamento

do presente processo, deixando de sugerir apuração de responsabilidade funcional dos DPF's Andréa Tsuruta e Antônio de Pádua Vieira Cavalcanti, por haverem trabalhado mal, intencionalmente ou por negligência, conforme preceitua o item XXIX, art. 43 da Lei 4.878/66, em virtude de já ter sido objeto de solicitação formulada quando da conclusão do PAD nº 013/2007-COGER/DPF". Nesse procedimento administrativo, inclusive, os Delegados Federais responsáveis pela investigação dos fatos depuseram, Andrea Tsuruta e Antônio de Pádua Vieira Cavalcanti, afirmando, textualmente, que os indícios da prática de corrupção por Rubem Patury não restaram confirmados, valendo destacar os seguintes trechos dos seus depoimentos: ANDREA TSURUTA, fls. 108/110: "QUE em contrapartida ao depósito dos sete mil reais, o acusado Rubem Patury teria marcado um encontro com o Sr. Zuleido Veras para o dia 22.06.2006 em Aracaju/SE, intermediado por Joel e Catelino, não restando comprovado o objetivo de tal encontro. QUE os demais indícios envolvendo o acusado Rubem Patury, existentes nestes autos, acerca de mala, dinheiro, licitações, 'material', não foram confirmados, limitando-se a captações telefônicas que sugeriam 'acordos' entre as pessoas envolvidas; QUE desconhece qualquer outra prática de transgressão ou prática de delito que se possa atribuir ao acusado Patury, cuja investigação tenha sido coordenada pela depoente e que tenha sido comprovada; QUE tinha conhecimento que o Doutor Rubem Patury já era aposentado do cargo de Delegado da Polícia Federal, muito antes de sua posse de Superintendente da Polícia Federal em Sergipe e do recebimento dos sete mil reais depositados na conta de sua esposa. (...) Ato contínuo foi dada a palavra ao acusado para inquirir a testemunha por

meio do presidente desta Comissão, tendo perguntado: se a depoente presenciou ou sabe de algum diálogo, pessoal ou por telefone, entre o acusado e Zuleido Veras, tendo respondido que não; (...) QUE perguntado o motivo pelo qual os relatórios constantes dos presentes autos basearam-se apenas em indícios e suposições, sem que tenham sido realizadas diligências para as devidas comprovações, respondeu que para a depoente os fatos relatados estavam comprovados; (...); Se a depoente presenciou o acusado receber dinheiro ou qualquer outra vantagem de Zuleido Veras, sendo respondido que não; (...); Se tem conhecimento da ‘Operação Fox’ ocorrida em Sergipe em Janeiro/2006 e que apurava fraude em licitações públicas, sendo respondido que sim; Se a depoente tem conhecimento da intermediação do acusado em algum ato de licitação pública em prol de qualquer empresa ou construtora, respondeu que não. (...)” - Sem grifo no original. ANTÔNIO DE PÁDUA VIEIRA CAVALCANTI, fls. 111/113: “(...) QUE, além de algumas situações hipotéticas não comprovadas, a única coisa de concreta que pode citar, quanto ao acusado, foi o recebimento da quantia de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), em depósito efetuado na conta corrente da esposa do acusado Rubem Patury, segundo consta das transcrições telefônicas para custear a festa de posse do referido delegado em Sergipe; (...)” Ou seja, as próprias autoridades policiais responsáveis pela apuração dos fatos em tela admitiram que a conclusão sobre a ilicitude destes foi baseada apenas em suposições e indícios de corrupção que não foram confirmados posteriormente. Por fim, friso, por oportuno, que, em demandas nas quais estão em jogo direitos tão relevantes quanto os discutidos em ações de improbidade não cabem presunções ou ilações de qualquer natureza, prin-

principalmente em desfavor da parte requerida, nem mesmo para o simples processamento do feito. E, aliás, justamente pelas gravíssimas sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa pela Lei nº 8.429/92 – entre elas a perda da função pública, motivo de grandes preocupações e dissabores não só para os apenados, mas, também, para suas famílias – é que somente as condutas causadoras de efetivo dano à Administração Pública têm sido enquadradas na reportada lei, por refletirem atitudes desonestas, imorais e que denotem, por parte do praticante, um indubitável comportamento ímprobo. Não é o caso desta demanda”.

- Apelação improvida.

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 maioria, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Recife, 22 de janeiro de 2015. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA:

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL interpõe apelação contra sentença da lavra do MM. Juiz Federal Edmilson da Silva Pimenta, da 1ª Vara da Seção Judiciária de Sergipe, proferida na Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa nº 0003355-04.2010.4.05.8500, fls. 607/620, v. 3.

Ela foi ajuizada contra RUBEM PAULO DE CARVALHO PATURY FILHO, MAGNA SORAYA DA SILVA PATURY, esposa, ZU-

LEIDO SOARES DE VERAS, FRANCISCO DE ASSIS BORGES CATELINO, JOELALMEIDA DE LIMA e FLORÊNCIO BRITO VIEIRA. Em apertada síntese, o MPF alega que RUBEM PAULO DE CARVALHO PATURY, quando exerceu o cargo de Superintendente da Polícia Federal em Sergipe, recebera a quantia de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) de ZULEIDO VERAS, empresário da Construtora Gautama, para o custeio da festa de posse no cargo. Além disso, o policial teria realizado tráfico de influência para impedir investigações do DPF e do MPF quanto a supostas fraudes licitatórias, além de ter recebido vantagens financeiras indevidas em apoio a sua candidatura ao cargo de deputado estadual em Tocantins. Todo o esquema envolveria terceiros, quais sejam, os demais nominados na exordial, qualificados como lobistas e tesoureiro.

A sentença considerou ausente prova cabal das acusações, salientando que as interceptações telefônicas da Ação Criminal nº 2007.85.00.003276-0 são bastante frágeis. Assim, rejeitou a ACP com base no art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92.

O *Parquet* opina pelo provimento do recurso apelatório para que seja regularmente processada a ação, fls. 855/859, v. 4.

Relatei.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ MARIA LUCENA (Relator):

Considerando que a mais alta Corte de Justiça do país já firmou entendimento no sentido de que a motivação referenciada (*per relationem*) não constitui negativa de prestação jurisdicional, tendo-se por cumprida a exigência constitucional da fundamentação das decisões judiciais¹, adoto como razões de decidir os ter-

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

mos da sentença, que passo a transcrever, grifando os trechos mais importantes:

Em princípio, manifesto-me sobre as questões preliminares suscitadas pelas partes rés.

No que pertine à inépcia da inicial e à impossibilidade jurídica do pedido, a exordial descreve, de forma adequada, as condutas que o autor defende serem ímprobas, individualizando quem teria sido o responsável por cada uma delas, possibilitando o contraditório e a ampla defesa; e os pedidos feitos pelo autor são albergados pelo ordenamento jurídico brasileiro, tanto na esfera constitucional (CF, art. 37, § 4º) quanto na esfera infraconstitucional (Lei nº 8.429/92).

De outra banda, mas ainda no âmbito das questões acima vistas, a não individualização, na peça póstica, da pena a ser aplicada a cada requerido, em caso de condenação, não se transmuda em pedido genérico, haja vista que cabe ao julgador aplicar a sanção que mais se adegue ao caso concreto (Lei nº 8.429/92, art. 12, parágrafo único).

Entretanto, no concernente à ausência de documentos necessários à propositura da ação e de justa causa para a demanda, vislumbro plausibilidade nas alegações dos requeridos, pelas razões que passo a expor a seguir.

A Lei nº 8.429/92 determina que a parte autora, já no momento da propositura da ação de improbidade administrativa, traga à baila elementos de prova que indiquem a prática de atos ímprobos, de modo a caracterizar justa causa para o desenrolar da demanda. Vejamos:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

(...)

§ 6º A ação será instruída com documentos ou justificacão que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

(...)

§ 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da impropriedade da ação ou da inadequação da via eleita. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001) (...)- Sem grifo no original.

Sob outro enfoque, a Carta da República, no seu art. 37, *caput*, dispõe que a Administração Pública direta e indireta deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, comungando, outrossim, no § 4º do mesmo dispositivo constitucional, que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e graduação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para que o ato de improbidade administrativa possa acarretar a aplicação das medidas sancionatórias previstas no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, devem estar presentes determinados elementos, quais sejam: o sujeito passivo ser uma das entidades mencionadas no art. 1º da Lei nº 8.429/92; o sujeito ativo ser um agente público ou terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie; a ocorrência de ato danoso causador de enriquecimento ilícito para o sujeito ativo, prejuízo para o erário ou atentado contra os princípios da Administração Pública e a presença do elemento subjetivo: dolo ou culpa.

Nos arts. 9º, 10 e 11, a reportada lei traz hipóteses exemplificativas do que podem ser considerados atos de improbidade administrativa, nesta sequência: os que causam o enriquecimento ilícito do ímprobo; os que causam lesão ao Erário Público; e os que violam os princípios da Administração Pública. Merecem transcrição os referidos dispositivos legais:

CAPÍTULO II

Dos Atos de Improbidade Administrativa

Seção I

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa im-
portando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de
vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de
cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas enti-
dades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamen-
te:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel
ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, dire-
ta ou indireta, a título de comissão, percentagem, grati-
ficação ou presente de quem tenha interesse, direto ou
indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação
ou omissão decorrente das atribuições do agente públi-
co;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta,
para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem
móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas
entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor
de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta,
para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem
público ou o fornecimento de serviço por ente estatal
por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, má-
quinas, equipamentos ou material de qualquer nature-
za, de propriedade ou à disposição de qualquer das
entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como
o trabalho de servidores públicos, empregados ou ter-
ceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza,
direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática
de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de con-
trabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita,
ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza,
direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre me-
dição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro
serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade
ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a
qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta
lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de
mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de

qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

Seção II

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou as-

sistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV - celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

XV - celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

Seção III

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

No caso ora em apreço, o *Parquet* Federal enquadrou as condutas dos demandados nos arts. 9º, *caput*, e inciso I, e 11, *caput*, e inciso I, ambos da Lei de Improbidade Administrativa, acima identificada. De acordo com a sua ótica, Rubem Patury teria recebido vantagens indevidas de Zuleido Veras, dono da empresa Gautama, para interferir, na qualidade de Superintendente da Polícia Federal em Sergipe, a favor da citada empresa, nas investigações feitas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal. Em um primeiro momento, Patury teria recebido R\$ 7.000,00 (sete mil reais), depositados na conta da sua esposa, Magna Soraya, com o pleno conhecimento desta, os quais serviram para custear sua posse no referido cargo público. Posteriormente, o aludido réu ainda teria recebido valores indevidos da construtora Gautama para que pudesse financiar sua candidatura a Deputado Federal pelo Estado de Tocantins, agora em espécie. Todas as transações ilícitas ocorriam por intermédio dos de-

mais réus, Francisco Catelino, Joel Lima e Florêncio Vieira, os dois primeiros supostamente “lobistas” da construtora Gautama; e o último, tesoureiro.

Para demonstrar a ligação ilícita entre eles, o *Parquet* Federal transcreve extratos das conversas telefônicas interceptadas, afirmando que são provas cabais da prática dos atos de improbidade administrativa anteriormente atribuídos a eles.

A respeito do recebimento indevido de R\$ 7.000,00 (sete) mil reais, o MPF selecionou o seguinte trecho:

PATURY - Rapaz, o negócio aqui, o rapaz aí pode dar até quanto?

CATELINO - Quanto é que você precisa?

PATURY - Aqui tá dando sete mil reais, acho muito...

CATELINO - Pode fechar...chegar aí eu lhe entrego...

NDR (fala amenidades com esposa de Patury)

CATELINO - Quer que eu mande?

PATURY - Você quem sabe...

CATELINO - Então dê...pra onde eu mandar...

PATURY - Depois eu dou o número...

CATELINO - Anote o número de fax aí...34514544...é o de minha casa...

PATURY - Ok.

(Interceptação feita em dezembro de 2005)

Esclareceu, em seguida, que, na mesma época, houve um registro de conversa travada entre Zuleido Veras e Francisco Catelino na qual o primeiro demonstrava preocupação quanto à requisição, feita pela Procuradoria da República do Estado de Sergipe, de notas fiscais referentes à obra da Adutora do São Francisco.

Mais à frente, o autor extrai mais um trecho das conversas telefônicas interceptadas, com o intuito de provar que as relações ímprobas existentes entre os réus perduraram mesmo depois do afastamento de Patury da Polícia Federal, de maneira que Zuleido Veras ainda contava com o auxílio e a influência daquele, perante o reportado órgão federal, para resolver problemas que surgissem em procedimentos licitatórios. Trata-se de um diálogo entre Zuleido e Joel, ocorrido no dia 10/04/2006, no qual aquele fala o seguinte:

ZULEIDO - “Nós tivemos uns probleminhas lá em... nós tivemos não, o processo licitatório lá de... esse telefone

eu posso falar um pouquinho... lá em Tocantins" (...) "O Patury não tá mais lá"...

Explícita, em sequência, porém sem transcrever mais nenhuma parte das conversas, que, na questão acima reportada por Zuleido, atinente à apreensão pela Polícia Federal de material de licitação em Tocantins, Joel procurou saber, com Patury, o que estava acontecendo, tendo este se comprometido a colocar-se a par da situação com alguns conhecidos.

Além desses trechos, também aponta, como indícios de corrupção praticada por Patury, uma conversa ocorrida entre Zuleido e Joel, datada do dia 25/02/2006, na qual eles mencionam um "material" que Catelino deveria trazer para Aracaju. Supôs, nessa parte, o MPF, que esse "material" seria dinheiro a ser entregue a Patury, visto que, no mesmo dia, este foi à casa de Catelino em Jacuípe, na Bahia.

A despeito de toda seriedade com que o Ministério Público Federal trata das questões jurídicas a ele atinentes, o que se vê nesta demanda são apenas suposições desprovidas de elementos probatórios mínimos aptos a demonstrarem a prática de improbidade administrativa por parte dos réus.

Os trechos das conversas retratados na petição inicial apenas demonstram a existência de laços de amizade entre Rubem Patury e Francisco Catelino, e entre o primeiro e Joel Lima, o que foi admitido por todos eles, em suas manifestações. Inclusive, Rubem Patury assumiu ter recebido R\$ 7.000,00 (sete mil reais) de Francisco Catelino, a título de empréstimo, valor que, segundo os dois réus, foi devolvido em duas parcelas de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), pouco tempo depois da avença, feita em razão da amizade existente entre eles. Explicou, ainda, que o dinheiro do empréstimo saiu da conta bancária da Gautama porque Francisco Catelino tinha honorários advocatícios a receber dessa empresa, em razão do patrocínio de algumas ações em que esta figurava como parte, preferindo-se transferir o valor emprestado diretamente ao seu destino final.

De fato, os extratos bancários existentes nas fls. 139/140 e 271/278 comprovam dois depósitos feitos por Pa-

tury na conta bancária de Francisco Catelino, no valor, cada um, de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), totalizando a quantia que o MPF diz ser produto de improbidade administrativa. E não há qualquer indício, nestes autos, de que o repasse não se tratou verdadeiramente de um empréstimo entre amigos, o que não é vedado pelo ordenamento jurídico.

Quanto aos demais fatos, trata-se de conversas esparsas e que ensejam diversas interpretações. E, ademais, elas não foram transcritas em sua integralidade, de modo a ter-se uma visão global do contexto fático em que ocorreram. O *Parquet* Federal, em grande parte dos fundamentos fáticos da demanda, limitou-se a expressar o que entendeu ter havido, presumindo a má-fé dos réus, sem sequer ter juntado cópia das transcrições dos aludidos diálogos. Por exemplo:

a) No trecho sobre o diálogo ocorrido entre Joel e Zuleido no dia 25/02/2006, no qual o MPF diz que eles comentam sobre um “material” a ser levado por Catelino a Aracaju, não há qualquer garantia que o tal material seja realmente dinheiro e, além disso, que tenha sido realmente endereçado a Patury. O fato de este ter ido à casa de Catelino no mesmo dia da conversa não quer dizer nada, visto que eles são amigos de longa data, e era normal um frequentar a casa do outro. E, outrossim, Catelino, à época, residia em Jacuípe, na Bahia, cidade localizada a centenas de quilômetros de Aracaju, e se Patury foi naquele dia a um local tão distante, é porque a viagem já estava programada há algum tempo. Dessa forma, o lógico seria pensar que, se o tal material fosse endereçado a Patury, a conversa interceptada entre Zuleido e Joel perderia totalmente o sentido, pois não haveria a necessidade deles estarem combinando, no mesmo dia da referida viagem, de Catelino levar o material a Aracaju, já que Patury mesmo iria recebê-lo em Jacuípe/BA.

b) Da mesma forma, nos diálogos ocorridos em 2006, já depois do afastamento de Patury da Polícia Federal, não se pode extrair que este interferiu no trabalho da Polícia Federal ou do Ministério Público Federal. Pelas próprias afirmações feitas na peça póstica, extrai-se que

o referido réu somente foi consultado por Joel após a apreensão do material de licitação em questão pelo reportado órgão policial, ou seja, a diligência foi efetivamente cumprida, indício de que não houve interferência naquela ocasião.

Desse modo, não se desincumbiu, o órgão acusatório, do seu ônus de demonstrar em que consistiu o auxílio prestado por Rubem Patury à empresa Gautama, e qual a ligação dele com o proprietário da aludida empresa, Zuleido Veras. Não há qualquer ligação telefônica transcrita que tenha esses dois personagens como interlocutores, ou qualquer prova de encontros presenciais dos dois, ou, ao menos, prova do efetivo recebimento indevido de vantagens por parte de Patury.

Aliás, o requerido Rubem Patury respondeu ao Processo Administrativo Disciplinar nº 016/2007-COGER/DPF (cópia nas fls. 72/113), perante a Corregedoria-Geral de Polícia Federal, cujo objeto se confunde com o analisado nesta demanda, tendo a referida comissão chegado à seguinte conclusão:

Diante do exposto, a Comissão de Processo Disciplinar após analisar todos os elementos dos autos, entendeu que a única falta do acusado foi a de tomar emprestado dinheiro de pessoa que era alvo da investigação Octopus, mas por outro lado aceita como argumento que o acusado desconhecia a existência da investigação, e que não era razoável exigir dele que soubesse a origem de dinheiro que lhe era emprestado por amigo de tantos anos, razão pela qual aceita a defesa escrita convencendo-se da não existência da prática de transgressão disciplinar por parte do acusado Rubem Paulo de Carvalho Patury Filho, sugerindo, destarte, o arquivamento do presente processo, deixando de sugerir apuração de responsabilidade funcional dos DPF's Andréa Tsuruta e Antônio de Pádua Vieira Cavalcanti, por haverem trabalhado mal, intencionalmente ou por negligência, conforme preceitua o item XXIX, art. 43 da Lei 4.878/66, em virtude de já ter sido objeto de solicitação formulada quando da conclusão do PAD nº 013/2007-COGER/DPF.

Nesse procedimento administrativo, inclusive, os Delegados Federais responsáveis pela investigação dos fatos depuseram, Andrea Tsuruta e Antônio de Pádua Vieira Cavalcanti, afirmando, textualmente, que os indícios da prática de corrupção por Rubem Patury não restaram confirmados, valendo destacar os seguintes trechos dos seus depoimentos:

ANDREA TSURUTA, fls. 108/110:

QUE em contrapartida ao depósito dos sete mil reais, o acusado Rubem Patury teria marcado um encontro com o Sr. Zuleido Veras para o dia 22.06.2006 em Aracaju/SE, intermediado por Joel e Catelino, não restando comprovado o objetivo de tal encontro. QUE os demais indícios envolvendo o acusado Rubem Patury, existente nestes autos, acerca de mala, dinheiro, licitações, 'material', não foram confirmados, limitando-se a captações telefônicas que sugeriam 'acordos' entre as pessoas envolvidas; QUE desconhece qualquer outra prática de transgressão ou prática de delito que se possa atribuir ao acusado Patury, cuja investigação tenha sido coordenada pela depoente e que tenha sido comprovada; QUE tinha conhecimento que o Doutor Rubem Patury já era aposentado do cargo de Delegado da Polícia Federal, muito antes de sua posse de Superintendente da Polícia Federal em Sergipe e do recebimento dos sete mil reais depositados na conta de sua esposa. (...) Ato contínuo foi dada a palavra ao acusado para inquirir a testemunha por meio do presidente desta Comissão, tendo perguntado: se a depoente presenciou ou sabe de algum diálogo, pessoal ou por telefone, entre o acusado e Zuleido Veras, tendo respondido que não; (...) QUE perguntado o motivo pelo qual os relatórios constantes dos presentes autos basearam-se apenas em indícios e suposições, sem que tenham sido realizadas diligências para as devidas comprovações, respondeu que para a depoente os fatos relatados estavam comprovados; (...); Se a depoente presenciou o acusado receber dinheiro ou qualquer outra vantagem de Zuleido Veras, sendo respondido que não; (...);

Se tem conhecimento da ‘Operação Fox’ ocorrida em Sergipe em Janeiro/2006 e que apurava fraude em licitações públicas, sendo respondido que sim; Se a depoente tem conhecimento da intermediação do acusado em algum ato de licitação pública em prol de qualquer empresa ou construtora, respondeu que não. (...) - Sem grifo no original.

ANTÔNIO DE PÁDUA VIEIRA CAVALCANTI, fls. 111/113:

(...) QUE, além de algumas situações hipotéticas não comprovadas, a única coisa de concreta que pode citar, quanto ao acusado, foi o recebimento da quantia de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), em depósito efetuado na conta corrente da esposa do acusado Rubem Patury, segundo consta das transcrições telefônicas para custear a festa de posse do referido Delegado em Sergipe; (...)

Ou seja, as próprias autoridades policiais responsáveis pela apuração dos fatos em tela admitiram que a conclusão sobre a ilicitude destes foi baseada apenas em suposições e indícios de corrupção que não foram confirmados posteriormente.

Por fim, friso, por oportuno, que, em demandas nas quais estão em jogo direitos tão relevantes quanto os discutidos em ações de improbidade não cabem presunções ou ilações de qualquer natureza, principalmente em desfavor da parte requerida, nem mesmo para o simples processamento do feito. E, aliás, justamente pelas gravíssimas sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa pela Lei nº 8.429/92 – entre elas a perda da função pública, motivo de grandes preocupações e dissabores não só para os apenados, mas, também, para suas famílias – é que somente as condutas causadoras de efetivo dano à Administração Pública têm sido enquadradas na reportada lei, por refletirem atitudes desonestas, imorais e que denotem, por parte do praticante, um indubitável comportamento ímprobo. Não é o caso desta demanda.

Pelo exposto, rejeito a ação, com base no art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92, por não vislumbrar a prática de ato ímprobo por parte dos réus.

Adotando como meus tais fundamentos, nego provimento à apelação, mantendo integralmente a sentença.

Assim voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 573.442-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO
Apelante: UNIÃO
Apelado: EBERTH JOSÉ DANTAS PIMENTEL
Advs./Procs.: DRS. UILTON PEIXOTO DE CARVALHO SILVA E OUTROS (APDO.)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REMESSA OFICIAL TIDA POR MANEJADA E APELAÇÃO. DESNECESSIDADE DE REMESSA DOS AUTOS À DPU. PRISÃO DISCIPLINAR POR TRANSGRESSÃO MILITAR. DECRETO Nº 4.346/2002 (REGULAMENTO DISCIPLINAR DO EXÉRCITO). ART. 47 DA LEI Nº 6.880/1980. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DA REGULAMENTAÇÃO EM FACE DO ART. 5º, LXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. MOTIVAÇÃO ADICIONAL SUFICIENTE À MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE INVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO DE APRISIONAMENTO DISCIPLINAR E DE CONDENAÇÃO DO ENTE PÚBLICO EM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DESPROVIMENTO.

- A sentença não se limitou à condenação da União em indenização por danos morais de R\$ 20.000,00, impondo, também, a invalidação do ato administrativo de prisão disciplinar sofrida pelo militar no período de 13 a 15.03.2013, o que afasta a aplicação do § 2º do art. 475 do CPC,

tratando-se de hipótese de duplo grau de jurisdição obrigatório.

- O fato de o autor estar litigando sob o pálio da justiça gratuita não impõe a remessa dos autos à DPU, para apresentação de contrarrazões de apelação, porque ele está representado em juízo por advogado particular que, regularmente intimado a contrarrazoar o recurso, quedou-se silente. Configuraria violação à ampla defesa e ao contraditório a ausência de intimação do advogado do autor para realizar o ato processual, o que não ocorreu.

- O quadro fático revelado pelos autos é o seguinte: 1) o autor (soldado Dantas) se encontrava no alojamento, entre 19 e 20 horas, preparando-se para deixar o aquartelamento, após o dia de serviço, quando adentraram no recinto dois outros militares (soldado Mailton e recruta Heitor); 2) sob as vistas do autor, o soldado Mailton, o mais antigo entre eles, sujeitou o recruta Heitor, o mais novo, à realização de exercício físico (flexões de braço), a despeito de sua situação de baixado à enfermaria por se encontrar adoentado e em circunstâncias totalmente inapropriadas; 3) o acontecimento foi flagrado pelo Capitão da Companhia, que se deparou, segundo sua descrição, com o recruta Heitor “na posição de flexão demonstrando visível fadiga muscular como consequência dos exercícios repetitivos”, tendo a autoridade militar bradado por justificativas aos envolvidos e saído a comunicar o ocorrido aos superiores; 4) o Capitão da Companhia informou o que acontecera ao Comandante da Companhia, ao Subcomandante do Batalhão e ao Comandante do Batalhão, que exarou a ordem de prisão disciplinar como pronta intervenção para a preservação da disciplina, de 13 a 15.03.2013, com base no art. 12, § 3º, e no art. 31 do Decreto nº 4.346/2002; 5) o autor não mais se

encontrava no quartel quando da expedição da ordem de prisão disciplinar, porque entre o flagrante e a determinação de recolhimento decorreram cerca de 2 horas, tendo sido convocado por ligações telefônicas a retornar ao quartel para ser recolhido; 6) o autor permaneceu preso 3 dias, após o que após o seu ciente no Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar (FATD), a ele se abrindo, apenas então, oportunidade de defesa; 7) após defesa e instrução (inclusive com reconstituição dos fatos), o processo administrativo foi julgado, concluindo-se ter o autor cometido transgressão disciplinar grave, ao deixar de cumprir as determinações contidas nas diretrizes do Comandante de Batalhão insertas no Boletim Interno Especial nº 2, de 27.02.2013, e por não levar a ocorrência da irregularidade presenciada ao conhecimento da autoridade competente no mais curto prazo (itens 6 e 17 do Anexo I do Decreto nº 4.346/2002), a ele sendo cominada a pena de 5 dias de prisão disciplinar, deles a descontar os 3 dias de recolhimento já cumpridos; 8) segundo o Boletim Interno Especial nº 2/2013, “é proibido o castigo físico, assim como qualquer tipo de atitude que atente contra a honra pessoal e contra o preceito que deve ser dispensado aos irmãos de farda e ao público civil”, fixando a Diretriz Geral de Instrução – 2013 que “os maus tratos aos subordinados, em especial aos recrutas, com ofensas à sua dignidade, constituem transgressão grave ou até crime militar e isso deverá ser motivo de orientação e de rigoroso controle [...]”; 9) o autor se insurge apenas contra a prisão disciplinar do período de 13 a 15.03.2013, alegando violação à ampla defesa e ao contraditório, impossibilidade de que tivesse interferido ou revogado a ordem de militar mais antigo e ferimento à razoabilidade e à proporcionalidade.

- O controle judicial dos atos da Administração Pública abusivos e ilegais é plenamente admitido pelo ordenamento jurídico (sistema de freios e contrapesos ou checks and balances), não equivalendo à indevida interferência jurisdicional no mérito administrativo, que se funda em exclusivas razões de conveniência e oportunidade.

- O reconhecimento da responsabilidade civil do Estado e das suas consequências reparatórias exige o aperfeiçoamento de três requisitos essenciais: ação/omissão, prejuízo e nexos causal entre conduta e resultado danoso (§ 6º do art. 37 da CF/1988).

- Danos causados a agentes estatais não estão excluídos da responsabilidade do Estado prevista no § 6º do art. 37 da CF/1988, ainda que previstas outras consequências ao causador do prejuízo em legislação específica (como a punição disciplinar, por exemplo), sendo essa a linha interpretativa que vem sendo perfilhada pelo STF, à vista da expressão “terceiros” constante do referido dispositivo constitucional.

- Embora o STF não tenha conhecido a ADI nº 3.340, na qual se sustentava a inconstitucionalidade do Decreto nº 4.346/2002, pela generalidade da petição inicial vis a vis a complexidade da norma regulamentar debatida, as discussões travadas antes de se chegar a essa solução obstativa do ingresso no mérito são importantes para a construção de um caminho na ponderação sobre a compatibilidade, ou não, da prisão disciplinar por transgressão militar arrimada no Decreto nº 4.346/2002, à luz da regra do art. 5º, LXI, da CF/1988.

- No debate inicialmente instalado no STF, em enfrentamento do mérito, três posições se enunciavam: a) de um lado, o Ministro Marco Aurélio e a Ministra Ellen Gracie esposaram a compreen-

são de que, versando sobre transgressões disciplinares circunscritas ao campo administrativo, o Decreto nº 4.346/2002 estava arrimado no art. 47 da Lei nº 6.880/1980, tendo sido essa recepcionada pela CF/1988, porque o art. 5º, LXI, do Texto Constitucional, ao impor “definidos em lei”, estaria se referindo apenas aos crimes militares e não às transgressões disciplinares; b) os Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto divergiram, invocando o princípio da reserva legal, sendo o decreto inconstitucional, porque a expressão “definidos em lei” abrangeria os crimes e as transgressões militares; c) o Ministro Cezar Peluso exarou voto médio, entendendo que o decreto poderia definir transgressões militares e suas punições, salvo se a penalidade fosse de prisão, caso em que a transgressão militar que daria ensejo à privação de liberdade de locomoção deveria estar definida em lei, para atender ao comando do art. 5º, LXI, da CF/88.

- O art. 5º, LXI, da CF/88 estabelece que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Estando a expressão “definidos em lei” no plural, abrange ela o que está antecedentemente posto no singular e reunido num conjunto (“nos casos de transgressão militar e crime propriamente militar”). A fundamentalidade do bem juridicamente protegido pela norma constitucional justifica a imposição do princípio da legalidade estrita, mesmo no tocante aos militares, porque hierarquia e disciplina, inerentes à caserna, não se confundem com ilegalidade e arbitrariedade. A privação da liberdade de locomoção de qualquer pessoa, militar ou não, jamais deve ser imposta à revelia da lei, tratando-se de matéria reservada à lei formal.

- É possível assentar que o art. 47 da Lei nº 6.880/1980 foi recepcionado pela CF/88 (os arts. 5º, LXI, e 142, § 3º, X são seus fundamentos de validade), no sentido de admitir que transgressões militares sejam detalhadas em decreto, desde que para elas a norma regulamentar não comine prisão disciplinar. Por outro ângulo, não se tem por recepcionada pela CF/1988 a possibilidade de cominação de prisão disciplinar por transgressões militares em decreto. No ponto em que admitiu a prisão disciplinar para as transgressões militares que especificou autonomamente, o decreto tratou de matéria afeta à lei, do que decorre sua inconstitucionalidade.

**- Repercussão geral reconhecida (REx 603.116).
Precedente do TRF4.**

- É cediço que declarações incidentais de inconstitucionalidade estão reservadas ao Plenário dos Tribunais Regionais Federais, a teor do art. 97 da CF/88, de modo que o órgão turmário não poderia, sem invasão de competência que não lhe é própria, decidir o caso concreto a partir do reconhecimento da inconstitucionalidade do Decreto nº 4.346/2002 e, por consequência, da prisão disciplinar imposta ao autor. Entretanto, o caso concreto comporta solução por outros fundamentos, mostrando-se desnecessária a instauração do incidente de inconstitucionalidade.

- A par da discussão acerca da constitucionalidade do Decreto nº 4.346/2002, é cediço que qualquer preceito que imponha privação de liberdade ao indivíduo deve ser interpretado de modo restritivo, por sua excepcionalidade. Nesse ponto, a prisão disciplinar como pronta intervenção para a manutenção da disciplina castrense prevista nos arts. 12, §§ 2º e 3º, 31, parágrafo único, primeira parte, e 35, § 3º, do Decreto nº 4.346/2002, antecedente às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e

LV, da CF/88), exige que ela seja uma resposta imediata à transgressão militar, o que não restou materializado no caso concreto, em que a ordem de prisão foi expedida cerca de 2 horas depois de a irregularidade ter sido flagrada e cessada pelo Capitão da Companhia, que, por sua ascendência funcional, tinha autoridade para determinar a prisão no momento do flagrante, mas não o fez. O que concretamente se materializou, in casu, foi a aplicação de uma sanção antes do devido processo legal, tanto que o militar que dirigiu o processo administrativo ressaltou o caráter pedagógico, educativo, objetivado com a prisão em exame, o que restou reforçado pela União.

- O autor foi acusado de ter se mantido inerte, deixando de dar ciência aos seus superiores, ao presenciar passivamente a sujeição, por mero capricho, de recruta enfermo por outro soldado a exercício físico (flexões de braço), em desconformidade com as regras da caserna, porque o recruta, baixado à enfermaria, não estava liberado à realização de atividade física, que lhe foi imposta irregularmente em circunstâncias totalmente inapropriadas (à noite e dentro do alojamento), o que restou qualificado pela Administração como maus tratos a subordinado. Ocorre que dos autos não se extrai tenha tido o autor tempo hábil para comunicar, por escrito ou verbalmente, a irregularidade aos seus superiores, à vista do tempo transcorrido entre o início das flexões de braço e a chegada do Capitão, ainda que se considere que esse período foi de pouco mais de um minuto, segundo calculou a União, em oposição à afirmação dos envolvidos de que o flagrante ocorreu segundos de minuto após o início do exercício físico. Logo, mostra-se insustentável a tese da União de que o autor deixou de dar cumprimento ao caput do art. 12 do De-

creto nº 4.346/2002, segundo o qual “todo militar que tiver conhecimento de fato contrário à disciplina, deverá participá-lo ao seu chefe imediato por escrito”.

- Seja pela constatação de que não houve tempo para comunicar aos superiores o acontecido, seja pela compreensão quanto à severidade com que é tratada a questão da hierarquia na caserna, que não autoriza que os militares mais modernos interfiram ou revoguem as ordens dos mais antigos, exigir do autor, para isentá-lo de responsabilidade, dar ciência aos superiores ou interferir na determinação do colega mais antigo equivaleria a ordenar-lhe o impossível. Ad impossibilia nemo tenetur.

- O dano moral decorrente de prisão ilegal, por sua gravidade, existe in re ipsa.

- O montante definido pelo Juízo a quo a título de indenização por dano moral mostra-se razoável e proporcional, notadamente à vista dos parâmetros fixados pelo STJ.

- Remessa oficial e apelação improvidas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 5 de março de 2015. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO:

Trata-se de remessa oficial tida por manejada e de apelação interposta pela União contra sentença que invalidou a prisão disci-

plinar sofrida pelo autor, soldado do Exército, ocorrida no período de 13 a 15.03.2013, e condenou a ré a pagar-lhe indenização por danos morais no importe de R\$ 20.000,00.

A apelante alega: 1) o autor não interferiu, nem revogou o ato ilícito perpetrado por outro soldado, sob as suas vistas, deixando de dar cumprimento à regra do art. 12 do Regulamento Disciplinar do Exército - RDE (Decreto nº 4.346/2002); 2) não houve violação à ampla defesa e ao contraditório, face ao disposto no § 3º do art. 35 do RDE, segundo o qual “*o militar poderá ser preso disciplinarmente, por prazo que não ultrapasse setenta e duas horas, se necessário para a preservação do decoro da classe ou houve necessidade de pronta intervenção*”, tendo regular prosseguimento e conclusão o processo administrativo disciplinar militar; 3) são intoleráveis os maus tratos aos subordinados; 4) a prisão disciplinar teve caráter educativo; 5) apenas se deu publicidade à prisão no dia posterior, porque a falta foi cometida após o término do expediente do dia antecedente; 6) o Poder Judiciário não pode se imiscuir em atos administrativos *interna corporis*; 7) não se configurou a responsabilidade civil imputável à União, porque o suposto dano não atingiu terceiros, mas outro agente do Estado, não se configurando a hipótese do art. 37, § 6º, da CF/88, além do que a prisão disciplinar em discussão “*foi plenamente pautada dentro dos princípios norteadores do ordenamento jurídico vigente*”, inexistindo conduta administrativa ilícita; 8) a ação sem prova consistente pode acarretar prejuízo à aplicação dos preceitos de hierarquia e disciplina militar; 9) o autor não provou ter sofrido dano, sendo seu o ônus de prová-lo; 10) a fixação da indenização no importe de R\$ 20.000,00 foi desproporcional.

Sem contrarrazões recursais.

Ouvido, nesta instância, o MPF opinou pela oitiva da DPU a apresentar contrarrazões de apelação e, no mérito, pelo não provimento da apelação, segundo parecer de fls. 211/224.

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

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO (Relator):

Como relatado, trata-se de remessa oficial tida por manejada e de apelação interposta pela União contra sentença que invalidou a prisão disciplinar sofrida pelo autor, soldado do Exército, ocorrida no período de 13 a 15.03.2013, e condenou a ré a pagar-lhe indenização por danos morais no importe de R\$ 20.000,00.

Algumas questões preliminares devem ser resolvidas.

É de se notar que a sentença não se limitou à condenação da União em indenização por danos morais de R\$ 20.000,00, impondo, também, a invalidação do ato administrativo de prisão disciplinar sofrida pelo militar no período de 13 a 15.03.2013, o que afasta a aplicação do § 2º do art. 475 do CPC, tratando-se de hipótese de duplo grau de jurisdição obrigatório, diversamente do assentado no dispositivo da sentença.

Outrossim, o fato de o autor estar litigando sob o pálio da justiça gratuita não impõe a remessa dos autos à DPU, para apresentação de contrarrazões de apelação, porque ele está representado em juízo por advogado particular que, regularmente intimado a contrarrazoar o recurso, quedou-se silente. Configuraria violação à ampla defesa e ao contraditório a ausência de intimação do advogado do autor para realizar o ato processual, o que não ocorreu. Assim, indefere-se a providência sugerida pelo *Parquet*.

Ao mérito.

Segundo consta dos autos, o autor (soldado Dantas) se encontrava no alojamento, entre 19 e 20 horas, preparando-se para deixar o quartelamento, após o dia de serviço, quando adentraram ao recinto dois outros militares (soldado Mailton e recruta Heitor).

Sob as vistas do autor, o soldado Mailton, o mais antigo entre eles, sujeitou o recruta Heitor, o mais novo, à realização de exercício físico (flexões de braço), a despeito de sua situação de baixado à enfermaria por se encontrar adoentado e em circunstâncias totalmente inapropriadas.

O acontecimento foi flagrado pelo Capitão da Companhia, que se deparou, segundo sua descrição, com o recruta Heitor “*na posição de flexão demonstrando visível fadiga muscular como consequência dos exercícios repetitivos*”, tendo a autoridade militar bradado por justificativas aos envolvidos e saído a comunicar o ocorrido aos superiores.

Na sequência, o Capitão da Companhia informou o que acontecera ao Comandante da Companhia, ao Subcomandante do Batalhão e ao Comandante do Batalhão, que exarou a ordem de prisão disciplinar como pronta intervenção para a preservação da disciplina, de 13 a 15.03.2013, com base no art. 12, § 3º, e no art. 31 do Decreto nº 4.346/2002.

O autor não mais se encontrava no quartel quando da expedição da ordem de prisão disciplinar, porque entre o flagrante e a determinação de recolhimento decorreram cerca de 2 horas, tendo sido convocado por ligações telefônicas a retornar ao quartel para ser recolhido.

O autor permaneceu preso 3 dias, após o que apôs o seu ciente no Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar (FATD), a ele se abrindo, apenas então, oportunidade de defesa.

Extrai-se ainda dos autos que, após defesa e instrução (inclusive com reconstituição dos fatos), o processo administrativo foi julgado, concluindo-se ter o autor cometido transgressão disciplinar grave, ao deixar de cumprir as determinações contidas nas diretrizes do Comandante de Batalhão inseridas no Boletim Interno Especial nº 2, de 27.02.2013, e por não levar a ocorrência da irregularidade presenciada ao conhecimento da autoridade competente no mais curto prazo (itens 6 e 17 do Anexo I do Decreto nº 4.346/2002), a ele sendo cominada a pena de 5 dias de prisão disciplinar, deles a descontar os 3 dias de recolhimento já cumpridos.

Segundo o Boletim Interno Especial nº 2/2013, “*é proibido o castigo físico, assim como qualquer tipo de atitude que atente contra a honra pessoal e contra o preceito que deve ser dispensado aos irmãos de farda e ao público civil*”, fixando a Diretriz Geral de Instrução - 2013 que “*os maus tratos aos subordinados, em especial aos recrutas, com ofensas à sua dignidade, constituem trans-*

gressão grave ou até crime militar e isso deverá ser motivo de orientação e de rigoroso controle [...]”.

Consigne-se que **o autor se insurge apenas contra a prisão disciplinar do período de 13 a 15.03.2013**, alegando violação à ampla defesa e ao contraditório, impossibilidade de que tivesse interferido ou revogado a ordem de militar mais antigo e ferimento à razoabilidade e à proporcionalidade.

É tranquilo o entendimento no sentido de que o controle judicial dos atos da Administração Pública abusivos e ilegais é plenamente admitido pelo ordenamento jurídico (sistema de freios e contrapesos ou *checks and balances*), não equivalendo à indevida interferência jurisdicional no mérito administrativo, que se funda em exclusivas razões de conveniência e oportunidade¹.

Também está consolidada a compreensão de que o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado e das suas consequências reparatórias exige o aperfeiçoamento de três requisitos essenciais: ação/omissão, prejuízo e nexa causal entre conduta e resultado danoso (§ 6º do art. 37 da CF/1988)².

Outrossim, diversamente do defendido pela União, o danos causados a agentes estatais não estão excluídos da responsabilidade do Estado prevista no § 6º do art. 37 da CF/1988, ainda que previstas outras consequências ao causador do prejuízo em legislação específica (como a punição disciplinar, por exemplo), sendo essa a linha interpretativa que vem sendo perfilhada pelo STF, à vista da expressão “terceiros” constante do referido dispositivo constitucional³.

¹ Cf. STF, ARE 830814 AgR, Relator Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/10/2014; RE 580642 AgR, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/09/2014; RE 739187 AgR, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 05/08/2014.

² STF, ARE 751186 AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014.

³ STF, AI 858600 AgR, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 29/04/2014; RE 435444 AgR, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 18/03/2014.

Tenho comigo que o Decreto nº 4.346/2002, na parte que lastreou a prisão disciplinar sofrida pelo autor pelo suposto cometimento de transgressão militar, é incompatível com CF/1988.

A propósito, embora o STF não tenha conhecido a ADI nº 3340, na qual se sustentava a inconstitucionalidade do Decreto nº 4.346/2002, pela generalidade da petição inicial *vis a vis* a complexidade da norma regulamentar debatida, as discussões travadas antes de se chegar a essa solução obstativa do ingresso no mérito são importantes para a construção de um caminho na ponderação sobre a compatibilidade, ou não, da prisão disciplinar por transgressão militar arrimada no Decreto nº 4.346/2002, à luz da regra do art. 5º, LXI, da CF/1988.

No debate inicialmente instalado no STF, em enfrentamento do mérito, três posições se enunciavam:

a) de um lado, o Ministro Marco Aurélio e a Ministra Ellen Gracie esposaram a compreensão de que, versando sobre transgressões disciplinares circunscritas ao campo administrativo, o Decreto nº 4.346/2002 estava arrimado no art. 47 da Lei nº 6.880/1980⁴, tendo sido essa recepcionada pela CF/1988, porque o art. 5º, LXI, do Texto Constitucional, ao impor “*definidos em lei*”, estaria se referindo apenas aos crimes militares e não às transgressões disciplinares;

b) os Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto divergiram, invocando o princípio da reserva legal, sendo o decreto inconstitucional, porque a expressão “*definidos em lei*” abrangia os crimes e as transgressões militares;

c) o Ministro Cezar Peluso exarou voto médio, entendendo que o decreto poderia definir transgressões militares e suas punições,

⁴ “Art. 47. Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificarão e classificarão as contravenções ou transgressões disciplinares e estabelecerão as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares, à classificação do comportamento militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares./§ 1º As penas disciplinares de impedimento, detenção ou prisão não podem ultrapassar 30 (trinta) dias./§ 2º À praça especial aplicam-se, também, as disposições disciplinares previstas no regulamento do estabelecimento de ensino onde estiver matriculada”.

salvo se a penalidade fosse de prisão, caso em que a transgressão militar que daria ensejo à privação de liberdade de locomoção deveria estar definida em lei, para atender ao comando do art. 5º, LXI, da CF/88.

O art. 5º, LXI, da CF/88 estabelece que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, **definidos em lei**”. Estando a expressão “definidos em lei” no plural, abrange ela o que está antecedentemente posto no singular e reunido num conjunto (“nos casos de transgressão militar e crime propriamente militar”). A fundamentalidade do bem juridicamente protegido pela norma constitucional justifica a imposição do princípio da legalidade estrita, mesmo no tocante aos militares, porque hierarquia e disciplina, inerentes à caserna, não se confundem com ilegalidade e arbitrariedade. A privação da liberdade de locomoção de qualquer pessoa, militar ou não, jamais deve ser imposta à revelia da lei, tratando-se de matéria reservada à lei formal.

Logo, é possível assentar que o art. 47 da Lei nº 6.880/1980 foi recepcionado pela CF/88 (os arts. 5º, LXI, e 142, § 3º, X são seus fundamentos de validade), no sentido de admitir que transgressões militares sejam detalhadas em decreto, desde que para elas a norma regulamentar não comine prisão disciplinar. Por outro ângulo, não se tem por recepcionada pela CF/1988 a possibilidade de cominação de prisão disciplinar por transgressões militares em decreto. No ponto em que admitiu a prisão disciplinar para as transgressões militares que especificou autonomamente, o decreto tratou de matéria afeta à lei, do que decorre sua inconstitucionalidade.

De resto, cumpre frisar que a matéria teve repercussão geral reconhecida pelo STF, a teor da ementa que segue:

CONSTITUCIONAL. ESTATUTO DOS MILITARES DAS FORÇAS ARMADAS. CONTRAVENÇÕES E TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES. ACÓRDÃO QUE DECLAROU NÃO RECEPCIONADO O ARTIGO 47 DA LEI Nº 6.880/80 PELO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL VIGENTE À LUZ DO ART. 5º, INCISO LXI, DA CF. TEMA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL E QUE NÃO SE

CONFUNDE COM A AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL FIXADA NO RE Nº 610.218/RS-RG (TEMA 270). REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. (RE 603.116 RG, Relator Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 06/03/2014)

O TRF4 já teve oportunidade de se manifestar a respeito:

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. SANÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. CF, ART. 142, § 2º. CABIMENTO DO *WRIT* PARA A ANÁLISE DA LEGALIDADE DA PUNIÇÃO ADMINISTRATIVA. DEFINIÇÃO DAS HIPÓTESES DE PRISÃO E DETENÇÃO DISCIPLINARES. RESERVA LEGAL. CF, ART. 5º, XLI. NÃO RECEPÇÃO DO ART. 47 DA LEI Nº 6.880/80. ILEGALIDADE DO ART. 24, IV E V, DO DECRETO Nº 4.346/02.

- As sanções de detenção e prisão disciplinares, por restringirem o direito de locomoção do militar, somente podem ser validamente definidas através de lei *stricto sensu* (CF, art. 5º, LXI), consistindo a adoção da reserva legal em uma garantia para o castrense, na medida que impede o abuso e o arbítrio da Administração Pública na imposição de tais reprimendas.

- Ao possibilitar a definição dos casos de prisão e detenção disciplinares por transgressão militar através de decreto regulamentar a ser expedido pelo Chefe do Poder Executivo, o art. 47 da Lei nº 6.880/80 restou revogado pelo novo ordenamento constitucional, pois que incompatível com o disposto no art. 5º, LXI. Consequentemente, o fato de o Presidente da República ter promulgado o Decreto nº 4.346/02 (Regulamento Disciplinar do Exército) com fundamento em norma legal não recepcionada pela Carta Cidadã viciou o plano da validade de toda e qualquer disposição regulamentar contida no mesmo pertinente à aplicação das referidas penalidades, notadamente os incisos IV e V de seu art. 24. Inocorrência de repristinação dos preceitos do Decreto nº 90.604/84 (ADCT, art. 25).

(TRF4, 8T, HC 00021357920134040000, Rel. Des. Federal PAULO AFONSO BRUM VAZ, publ. em 04/06/2013)

Todavia, cumpre frisar que declarações incidentais de inconstitucionalidade estão reservadas ao Plenário dos Tribunais Regionais Federais, a teor do art. 97 da CF/88, de modo que o órgão turmário não poderia, sem invasão de competência que não lhe é

própria, decidir o caso concreto a partir do reconhecimento da inconstitucionalidade do Decreto nº 4.346/2002 e, por consequência, da prisão disciplinar imposta ao autor. Entretanto, o caso concreto comporta solução por outros fundamentos, mostrando-se desnecessária a instauração do incidente de inconstitucionalidade.

A par da discussão acerca da constitucionalidade do Decreto nº 4.346/2002, é cediço que qualquer preceito que imponha privação de liberdade ao indivíduo deve ser interpretado de modo restritivo, por sua excepcionalidade.

Nesse ponto, a prisão disciplinar como pronta intervenção para a manutenção da disciplina castrense prevista nos arts. 12, §§ 2º e 3º, 31, parágrafo único, primeira parte, e 35, § 3º, do Decreto nº 4.346/2002, antecedente às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF/88), exige que ela seja uma resposta imediata à transgressão militar, o que não restou materializado no caso concreto, em que a ordem de prisão foi expedida cerca de 2 horas depois de a irregularidade ter sido flagrada e cessada pelo Capitão da Companhia, que, por sua ascendência funcional, tinha autoridade para determinar a prisão no momento do flagrante, mas não o fez.

O que concretamente se materializou, *in casu*, foi a aplicação de uma sanção antes do devido processo legal, tanto que o militar que dirigiu o processo administrativo ressaltou o caráter pedagógico, educativo, objetivado com a prisão em exame, o que restou reforçado pela União.

Como antes realçado, o autor foi acusado de ter se mantido inerte, deixando de dar ciência aos seus superiores, ao presenciar passivamente a sujeição, por mero capricho, de recruta enfermo por outro soldado a exercício físico (flexões de braço), em desconformidade com as regras da caserna, porque o recruta, baixado à enfermaria, não estava liberado à realização de atividade física, que lhe foi imposta irregularmente em circunstâncias totalmente inapropriadas (à noite e dentro do alojamento), o que restou qualificado pela Administração como maus tratos a subordinado.

Ocorre que dos autos não se extrai tenha tido o autor tempo hábil para comunicar, por escrito ou verbalmente, a irregularidade

aos seus superiores, à vista do tempo transcorrido entre o início das flexões de braço e a chegada do capitão, ainda que se considere que esse período foi de pouco mais de um minuto, segundo calculou a União, em oposição à afirmação dos envolvidos de que o flagrante ocorreu segundos de minuto após o início do exercício físico.

Logo, mostra-se insustentável a tese da União de que o autor deixou de dar cumprimento ao *caput* do art. 12 do Decreto nº 4.346/2002, segundo o qual “*todo militar que tiver conhecimento de fato contrário à disciplina, deverá participá-lo ao seu chefe imediato por escrito*”.

Seja pela constatação de que não houve tempo para comunicar aos superiores o acontecido, seja pela compreensão quanto à severidade com que é tratada a questão da hierarquia na caserna, que não autoriza que os militares mais modernos interfiram ou revoguem as ordens dos mais antigos, exigir do autor, para isentá-lo de responsabilidade, dar ciência aos superiores ou interferir na determinação do colega mais antigo equivaleria a ordenar-lhe o impossível. *Ad impossibilia nemo tenetur*.

Frise-se que o dano moral decorrente de prisão ilegal, por sua gravidade, existe *in re ipsa*.

Por derradeiro, tenho comigo que o montante definido pelo Juízo *a quo* a título de indenização por dano moral mostra-se razoável e proporcional, notadamente à vista dos parâmetros fixados pelo STJ, a teor dos seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO INDEVIDA. DANOS MORAIS. VALOR EXCESSIVO OU IRRISÓRIO. REVISÃO. POSSIBILIDADE.

1. É assente nesta Corte a impossibilidade de revisar o valor estabelecido em indenização por danos morais, uma vez que depende de reexame do conjunto fático-probatório. Excepcionalmente, admite-se tal revisão quando à condenação é fixado um valor indenizatório exorbitante ou irrisório.

2. No caso dos autos, o Tribunal *a quo* reformou a sentença para reduzir a indenização por danos morais de R\$ 15.000,00 para R\$ 5.000,00, em razão de erro da adminis-

tração pública por realizar prisão ilegal da autora, sem antecedentes criminais e sendo que sequer existia mandado de prisão.

3. Conforme as circunstâncias delineadas nos julgados das instâncias ordinárias, o *quantum* fixado no primeiro grau apresenta-se mais condizente com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, considerando-se o caráter pedagógico e compensatório da indenização.

4. Recurso especial provido.

(REsp 1.496.335/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 12/12/2014)

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO ILEGAL. DANOS MORAIS. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. A Corte de origem, ao analisar o conteúdo fático-probatório dos autos, concluiu pela existência dos danos morais e fixou o valor da indenização em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). Assim, para alterar a conclusão do Tribunal a *quo*, como requer o recorrente, é imprescindível adentrar a seara dos fatos, o que esbarra na Súmula 7/STJ.

2. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1465876/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 04/12/2014)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO ILEGAL. DANOS MORAIS. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. VALOR IRRISÓRIO. REVISÃO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O entendimento jurisprudencial do STJ é no sentido de que, em regra, no âmbito do recurso especial, não é possível a revisão da quantia arbitrada a título de indenização por danos morais, em razão do óbice da Súmula 7/STJ, visto que requer o reexame do conjunto fático e probatório dos autos. Tal situação, no entanto, pode ser excepcional quando o referido valor se mostrar exorbitante ou irrisório, diante de ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

2. No caso concreto, verifica-se que o *quantum* indenizatório, estipulado no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais),

em decorrência de prisão ilegal, se mostra irrisório e desproporcional diante da situação fática considerada no acórdão impugnado, de forma a autorizar sua revisão, para fixá-lo em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), nos termos da sentença.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1400349/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/04/2014, DJe 09/04/2014)

Assim, nego provimento à remessa oficial e à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 574.373-PB

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES
Apelante: VALTER FERREIRA DE SOUSA
Apelada: FAZENDANACIONAL
Advs./Procs.: DRS. GILSON BATISTA DOS SANTOS E OUTROS (APTE.)

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. IMPOSTO DE RENDA. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. SIGILO FISCAL. LEGALIDADE (LC 105/2001). DECADÊNCIA AFASTADA (ART. 173, I, DO CTN). FATOR GERADOR. OCORRÊNCIA. VALORES CREDITADOS EM CONTA BANCÁRIA CUJA ORIGEM NÃO SEJA COMPROVADA PELO TITULAR. MULTA REDUZIDA DE 75% PARA 50% (ART. 112 DO CTN). APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

- Trata-se de ação anulatória de débito fiscal proposta pelo Sr. Valter Ferreira de Sousa, tendo em vista procedimento fiscal que culminou em processo de execução, em face da omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada.

- Para a hipótese aplica-se o art. 173, I, do CTN, e não o § 4º do art. 150 do CTN. O início do prazo para a Receita Federal constituir o crédito seria o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Assim, em estrita observância ao princípio da verdade material, os rendimentos que deram origem ao auto de infração não foram declarados pelo apelante, referem-se a rendimentos não declarados, a típica omissão de receita, gerando, dessa forma, lançamento de ofício.

- Nada obstante os argumentos do apelante, no sentido de que apresentou a Declaração do IRPF acompanhada de pagamento antecipado a menor, conforme atestam as alegações do fiscal fazendário na folha de rosto do auto de infração, o que se verifica é que no ano-calendário de 2001 os valores declarados na DIRPF/2002 resultaram em R\$ 41.192,80, enquanto a movimentação financeira líquida apurada no ano-calendário foi de R\$ 1.835.253,83. Dessa forma, não há que se falar em decadência porquanto o crédito cobrado refere-se não ao valor R\$ 41.192,80 apresentado em declaração de ajuste, referente ao lançamento de homologação, acompanhados de pagamento, mas sim, à movimentação financeira, que gerou os créditos impugnados constituídos mediante lançamento de ofício. Logo, não há que se invocar a aplicação do § 4º do art. 150 do CTN, porém sim, a do art. 173, I, do CTN.

- A questão acerca da ilegitimidade restou provado que o titular da conta de depósito ou de investimento não demonstrou que os valores nele acrescidos encontram-se excluídos da hipótese de incidência do imposto de renda. Assim, resta ao Fisco o poder-dever de lançar o tributo, com base no caso dos extratos de movimentação bancária (LC 105/2001).

- Quanto à quebra do sigilo fiscal e a ilegitimidade do lançamento com base apenas em presunção, mantenho os mesmos fundamentos exarados pelo douto julgador, os quais transcrevo, porquanto reconheço que o sigilo não pode ser absoluto, sob pena de prejudicar a Administração Tributária, que, ciente da sonegação fiscal, ficaria impedida de apurar o ilícito.

- Contudo, reconhece-se que o apelante não sonegou completamente seus rendimentos, tendo apresentado a declaração de rendimentos, mesmo que, com valores muito inferiores à renda demonstrada mediante extratos. Logo, não houve falta de declaração. Assim, avaliando o art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96 com o art. 112 do CTN, entendo que a multa deva ser reconsiderada.

- Nestes termos, reduzo a multa de 75% (setenta e cinco por cento) para 50% (cinquenta por cento), haja vista a aplicação da multa moratória ter o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia, mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos. (RE 582.461, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2011).

- Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

Recife, 24 de fevereiro de 2015. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

O Sr. Valter Ferreira de Sousa apela ante sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba/PB, Dr. Sérgio de Norões Milfont Júnior, que além de rejeitar a preliminar, julgou improcedente o pedido, extinguindo o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 269, inciso I, do CPC.

O apelante alega (fls. 324/348):

1) cerceamento de defesa por ter sido negada a realização de diligência;

2) decadência em relação aos fatos geradores do crédito tributário de IRPF referentes aos meses de janeiro a junho de 2001, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN;

3) irregular quebra de sigilo bancário das contas correntes do apelante, uma vez que foram efetuadas de forma arbitrária e ilegal pela Receita Federal, ante a inexistência de ordem judicial autorizando a conduta;

4) a não ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda;

5) a ilegitimidade do lançamento com base apenas em presunção;

6) a ilegitimidade da multa no percentual de 75% aplicada em desfavor do apelante, por ofensa literal ao princípio constitucional da vedação ao confisco.

Afirma que a contagem do prazo prescricional feito mediante o lançamento de ofício, nos moldes do art. 173, inciso I, do CTN, não retrata a realidade e nem mancha a presunção de certeza e liquidez do título. Sustenta que, diferentemente do que foi proferido na dita sentença, no tocante à omissão de rendimentos por parte do devedor, houve sim, a apresentação da Declaração do IRPF

de ajuste, referente aos exercícios de 2001, 2002 e 2003, acompanhadas de pagamentos dos créditos tributários do IRPF condizentes aos exercícios mencionados, conforme atestam as alegações do fiscal fazendário na folha de rosto do auto de infração. Dessa forma conclui que, considerando a ocorrência do lançamento por homologação, ou autolancamento, nos moldes do art. 150 e § 4º do CTN, a cobrança do crédito fiscal estaria extinta no que tange aos períodos anteriores a julho de 2001.

Sustenta também ser irreal o entendimento de que o fato gerador do IR se realize ao final de cada ano-base e não mês a mês como suscitado pelo apelante, já que a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim entende é o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, ou de proventos de qualquer natureza (art. 43 do CTN). Sendo assim, o marco inicial para a contagem do prazo decadencial do IRPF deve ser o momento da aquisição da disponibilidade econômica do contribuinte. Ressalta, assim, que deve ser reconhecida a inexigibilidade parcial do crédito tributário do IRPF relativos aos meses de janeiro a junho de 2001.

Outro ponto que o apelante reforça é no tocante à ilegitimidade do ato de quebra do sigilo bancário pelo fisco, em razão da violação das garantias constitucionais. Aduz que, como cabe ao Fisco a capacidade de investigar o sujeito passivo, igualmente lhe compete a obrigação de manter sigilo sobre as informações obtidas durante os processos de fiscalização. Afirma ser ilegítimo o lançamento do IRPF com base em extratos bancários pelo fato de a metodologia do lançamento utilizar de forma extrema o critério da “presunção”, o que pode levar a situações absurdas, gerando base de tributação irreal, como ocorreu no presente caso.

E ao final, alega a que a multa fixada no percentual de 75%, com base no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, incidente sobre o débito de IRPF inscrito em dívida ativa sob o nº 42111004396-91, extrapola os limites do razoável, sendo razoável sua redução visando não ferir o princípio do não confisco.

Contrarrazões apresentadas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de ação anulatória de débito fiscal proposta pelo Sr. Valter Ferreira de Sousa, tendo em vista procedimento fiscal que culminou em processo de execução, em face da omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada.

Entre seus argumentos, o apelante suscita violação ao direito à ampla defesa. Nada obstante, verifico que o contribuinte apresentou impugnação nas vias administrativas (fls. 296/317 do apenso vol. 02), bem como na judicial, logo é inviável a alegação de cerceamento de defesa. Quanto ao pedido de realização de diligência o qual foi indeferido, observa-se que, nos termos do art. 16, inciso IV, do Decreto nº 70.235/1972, o requerimento deve conter os motivos que justificam e os quesitos referentes aos exames desejados, o que não ocorreu no presente caso.

O apelante suscita a prejudicial de decadência, nos termos do § 4º do art. 150 do CTN. Afirma que os créditos referem-se ao imposto de renda de fatos geradores ocorridos nos anos de 2001 a 2003. Argumenta que o crédito mais antigo refere-se à janeiro de 2001 (fl. 20). Afirma que apresentou a declaração de rendimentos referente àquele ano-base, acompanhada de pagamento antecipado a menor, de acordo com o § 4º do art. 150 do CTN que prevê a contagem de cinco anos a partir do fato gerador, porém como tomou ciência da cobrança mediante auto de infração em 21.06.2006, já tinha sido consumada a decadência.

Para a hipótese aplica-se o art. 173, I, do CTN, e não o § 4º do art. 150 do CTN. O início do prazo para a Receita Federal constituir o crédito seria o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Assim, em estrita observância ao princípio da verdade material, os rendimentos que deram origem ao auto de infração não foram declarados pelo apelante, referem-se a rendimentos não declarados, a típica omissão de receita, gerando, dessa forma, lançamento de ofício.

Portanto, voltando às alegações do apelante, no sentido de que, pelo menos em relação aos fatos geradores do crédito tribu-

tário de IRPF referentes aos meses de janeiro a junho de 2001 aplicar-se-ia os termos do art. 150, § 4º, do CTN, haja vista tratar-se de lançamento por homologação com a devida apresentação da DIRPF/2001, não prospera. A contagem a partir do lançamento por homologação, como alega o contribuinte, se faz a partir do vencimento do tributo ou da entrega da declaração o que vier depois. Logo, como a declaração é anual, a contagem seria a partir de abril de 2002, o prazo só expiraria em abril de 2007.

Nada obstante os argumentos do apelante, no sentido de que apresentou a Declaração do IRPF acompanhada de pagamento antecipado a menor, conforme atestam as alegações do fiscal fazendário na folha de rosto do auto de infração, o que se verifica é que no ano-calendário de 2001 os valores declarados na DIRPF/2002, resultaram em R\$ 41.192,80, enquanto a movimentação financeira líquida apurada no ano-calendário foi de R\$ 1.835.253,83. Dessa forma, não há que se falar em decadência porquanto o crédito cobrado refere-se não ao valor R\$ 41.192,80 apresentado em declaração de ajuste, referente ao lançamento de homologação, acompanhados de pagamento, mas sim, à movimentação financeira, que gerou os créditos impugnados constituídos mediante lançamento de ofício. Logo, não há que se invocar a aplicação do § 4º do art. 150 do CTN, que informa acerca do instituto da prescrição, porém sim, a do art. 173, I, do CTN.

A questão acerca da ilegitimidade restou provado que o titular da conta de depósito ou de investimento não demonstrou que os valores nele acrescidos encontram-se excluídos da hipótese de incidência do imposto de renda. Assim, resta ao Fisco o poder-dever de lançar o tributo, com base no caso dos extratos de movimentação bancária (LC 105/2001).

Quanto à quebra do sigilo fiscal e a ilegitimidade do lançamento com base apenas em presunção, mantenho os mesmos fundamentos exarados pelo douto julgador, os quais transcrevo, porquanto reconheço que o sigilo não pode ser absoluto, sob pena de prejudicar a Administração Tributária, que, ciente da sonegação fiscal, ficaria impedida de apurar o ilícito.

(...)

4. Quebra do sigilo bancário.

A parte autora insurge-se contra a quebra do seu sigilo bancário, operada no curso do procedimento administrativo fiscal, sem autorização judicial, por configurar, ao seu ver, indevida intromissão na privacidade do cidadão, em desrespeito ao art. 5º, inciso X, da Constituição Federal.

É certo, porém, que nenhum direito, por mais fundamental que seja, possui natureza absoluta, de modo que poderá ser excepcionado para tutelar bens jurídicos outros, de igual ou superior relevância. Nesse sentido, o sigilo bancário, apesar de assegurado pela Constituição, abre espaço diante das ressalvas legais, a fim de salvaguardar não só os interesses sociais inerentes à Administração Tributária, mas também a moralidade e a legalidade que deve reger tanto as relações públicas quanto privadas.

Noutras palavras, não pode a proteção à intimidade e à vida privada servir de escudo para acobertar irregularidades e ilicitudes praticadas pelo contribuinte, sendo legítimo ao Fisco acessar os seus dados bancários sempre que as operações financeiras indicarem a ocorrência de sonegação fiscal.

Nesse diapasão, a Lei Complementar nº 105/2001 ampliou as hipóteses de exceção ao sigilo bancário, independentemente da intervenção do Poder Judiciário, autorizando os agentes fiscais tributários a adotarem tal medida. A despeito dos entendimentos existentes acerca da inconstitucionalidade da citada lei, alinhemo-nos, pelas razões já expostas, à corrente contrária, admitindo a quebra do sigilo bancário pela fiscalização tributária.

Esse posicionamento é seguido, igualmente, nos julgados abaixo colacionados:

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. OMISSÃO DE RECEITAS. POSSIBILIDADE DE QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. APLICAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/01 E LEI Nº 10.174/01 AOS FATOS GERADORES OCORRIDOS ANTES DA SUA VIGÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 42 DA LEI 9.430/96. APURAÇÃO MENSAL DO TRIBUTO. MAJORAÇÃO DA MULTA EM RAZÃO DO NÃO ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC.

1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico no sentido de ser possível a quebra do sigilo bancário com fulcro na Lei Complementar nº 105/01 e na Lei nº 10.174/01, sem necessidade de prévia autorização judicial e com aplicação imediata, ainda que recaiam sobre fatos geradores ocorridos em data anterior à vigência das referidas normas.

2. Inexiste qualquer mácula à Constituição Federal no que se refere à presunção legal fixada no art. 42 da Lei nº 9.430/96. Com efeito, a existência de depósitos em conta corrente do contribuinte configura acréscimo patrimonial, de modo a subsumir-se na hipótese prevista no art. 43, II, do Código Tributário Nacional, devendo o contribuinte realizar a declaração ou o respectivo ajuste destes valores, sob pena de se caracterizar a omissão de receita ou rendimento.

3. A apuração do imposto de renda passou a ser mensal com a edição da Lei 8.383/91, posteriormente, referendada na Lei 8.541/92. Assim, não há qualquer inconstitucionalidade na regra inserta no § 1º do art. 42 da Lei nº 9.430/96.

4. Agiu com acerto a autoridade fiscal ao lavrar o auto de infração a pessoa física, eis que inexiste comprovação de que o apelante exercia atividades econômicas de forma habitual e profissional.

5. Tendo sido demonstrado que o contribuinte não atendeu à intimação da autoridade administrativa para manifestar-se acerca da origem dos depósitos nas suas contas bancárias, requisito indispensável à incidência da multa de 112,5%, deve ser mantida a sua aplicação, nos termos do § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, vigente à época dos fatos.

6. Encontra-se pacificada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte sobre a aplicabilidade da SELIC na correção do crédito tributário.

7. Apelação desprovida.

(AC 200333000246321, JUIZ FEDERAL WILSON ALVES DE SOUZA, TRF1 - 5ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 DATA: 28/08/2013, PÁGINA: 317.) (grifou-se)

E, em decisão paradigmática, decidiu o STJ:

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI

COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ARTIGO 144, § 1º, DO CTN. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. RECURSO ESPECIAL Nº 1.134.665 REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C DO CPC.

1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN.

2. O § 1º do artigo 38 da Lei 4.595/64 (revogado pela Lei Complementar 105/2001), autorizava a quebra de sigilo bancário, desde que em virtude de determinação judicial, sendo certo que o acesso às informações e esclarecimentos, prestados pelo Banco Central ou pelas instituições financeiras, restringir-se-iam às partes legítimas na causa e para os fins nela delineados.

3. A Lei 8.021/90 (que dispôs sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais), em seu artigo 8º, estabeleceu que, iniciado o procedimento fiscal para o lançamento tributário de ofício (nos casos em que constatado sinal exterior de riqueza, vale dizer, gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte), a autoridade fiscal poderia solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no artigo 38 da Lei 4.595/64.

4. O § 3º do artigo 11 da Lei 9.311/96, com a redação dada pela Lei 10.174, de 9 de janeiro de 2001, determinou que a Secretaria da Receita Federal era obrigada a resguardar o sigilo das informações financeiras relativas à CPMF, facultando sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente.

5. A Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, revogou o artigo 38 da Lei 4.595/64, e passou a regular o sigilo das operações de instituições financeiras, preceituando que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações, à Secretaria da Receita Federal, sobre as operações financeiras efetuadas pelos usuários dos servi-

ços (artigo 1º, § 3º, inciso VI, c/c o artigo 5º, *caput*, da aludida lei complementar, e 1º do Decreto 4.489/2002).

6. As informações prestadas pelas instituições financeiras (ou equiparadas) restringem-se a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (artigo 5º, § 2º, da Lei Complementar 105/2001).

7. O artigo 6º da lei complementar em tela, determina que:

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

8. A Primeira Seção, quando do julgamento do REsp 1.134.665/SP, *DJe* 18/12/2009, sujeito ao regime dos “recursos repetitivos”, reafirmou o entendimento de que:

8. O lançamento tributário, em regra, reporta-se à data da ocorrência do fato ensejador da tributação, regendo-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada (artigo 144, *caput*, do CTN).

9. O artigo 144, § 1º, do *Codex* Tributário, dispõe que se aplica imediatamente ao lançamento tributário a legislação que, após a ocorrência do fato impositivo, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

10. Consequentemente, as leis tributárias procedimentais ou formais, conducentes à constituição do crédito tributário não alcançado pela decadência, são aplicá-

veis a fatos pretéritos, razão pela qual a Lei 8.021/90 e a Lei Complementar 105/2001, por envergarem essa natureza, legitimam a atuação fiscalizatória/investigativa da Administração Tributária, ainda que os fatos impositivos a serem apurados lhes sejam anteriores (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 806.753/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 22.08.2007, *DJe* 01.09.2008; EREsp 726.778/PR, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 14.02.2007, *DJ* 05.03.2007; e EREsp 608.053/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 09.08.2006, *DJ* 04.09.2006).

11. A razoabilidade restaria violada com a adoção de tese inversa conducente à conclusão de que Administração Tributária, ciente de possível sonegação fiscal, encontrar-se-ia impedida de apurá-la.

12. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da personalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º).

13. Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.

14. O suposto direito adquirido de obstar a fiscalização tributária não subsiste frente ao dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto.

15. *In casu*, a autoridade fiscal pretende utilizar-se de dados da CPMF para apuração do imposto de renda relativo ao ano de 1998, tendo sido instaurado procedimento administrativo, razão pela qual merece reforma o acórdão regional.

16. O Supremo Tribunal Federal, em 22.10.2009, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 601.314/SP, cujo *thema iudicandum* restou assim identificado: “Fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao Fisco por meio de procedimento administrativo, sem a prévia autorização judicial. Art. 6º da Lei Complementar 105/2001”.

17. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B do CPC, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.

18. Os artigos 543-A e 543-B do CPC asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, *DJe* 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, *DJe* 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, *DJe* 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, *DJe* 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, *DJe* 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, *DJe* 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, *DJe* 29.09.2008).

19. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do *thema iudicandum*, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.

9. À luz da novel metodologia legal, publicado o acórdão do julgamento do recurso especial, submetido ao regime previsto no artigo 543-C do CPC, os demais recursos já distri-

buídos, fundados em idêntica controvérsia, deverão ser julgados pelo relator, nos termos do artigo 557 do CPC (artigo 5º, I, da Res. STJ 8/2008).

10. A ofensa a princípios e preceitos constitucionais não é passível de apreciação em sede de recurso especial.

11. Agravo regimental desprovido.

(AGA 201001324727, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJe DATA: 22/02/2011) (grifou-se)

Desta feita, não merece prosperar o argumento de inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário no bojo do procedimento administrativo fiscal.

5. Da não ocorrência do fato gerador

Alega o autor a inoccorrência do fato imponible do IRPF, definido no artigo 43 do CTN, com base nos seguintes argumentos: 1) os recursos tidos como omitidos são decorrentes da comercialização de peles bovinas pela empresa ALIMAP - Alimentos e Matérias-Primas Comércio Ltda., da qual é sócio-administrador, sendo ela o verdadeiro sujeito passivo da obrigação tributária; e 2) o singelo somatório de depósitos/créditos em conta corrente bancária não caracterizam, por si só, disponibilidade rendas e proventos, para fins de incidência do imposto em comento.

A respeito do fato gerador do imposto de renda, dispõe o Código Tributário Nacional:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. (Incluído pela LCP nº 104, de 10.1.2001)

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo. (Grifou-se)

Tratando-se de imposto lançado por homologação, cumpre ao contribuinte verificar a ocorrência do fato gerador, calcular o montante devido e antecipar o seu pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa (art. 150, *caput*, CTN). Caso deixe de declarar algum rendimento tributável, poderá ser autuado pelo órgão encarregado da administração tributária, aplicando-se-lhe as sanções cabíveis.

No tocante à omissão de rendimentos, a Lei nº 9.430/96 estabeleceu uma presunção, em favor do Fisco, em relação aos valores creditados em conta bancária cuja origem não seja suficientemente comprovada pelo respectivo titular. Confira-se:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais). (*Vide* Lei nº 9.481, de 1997)

§ 4º Tratando-se de pessoa física, os rendimentos omitidos serão tributados no mês em que considerados recebidos, com base na tabela progressiva vigente à época em que tenha sido efetuado o crédito pela instituição financeira.

§ 5º Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, eviden-

ciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

§ 6º Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002) (grifou-se)

Assim, caso o titular da conta de depósito ou de investimento não demonstre que os valores nela acrescidos estão excluídos da descrição do fato gerador do imposto de renda, está o Fisco autorizado a lançar o tributo, arbitrando o *quantum debeat* com base nos extratos de movimentação bancária.

Tal procedimento, além de respaldo legal, encontra igual amparo na jurisprudência pátria:

TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO NÃO ANTECIPADO PELO CONTRIBUINTE. INCIDÊNCIA DO ART. 173, I, DO CTN. IMPOSTO DE RENDA. ARBITRAMENTO. DEPÓSITOS E EXTRATOS BANCÁRIOS. SÚMULA 182/TFR. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DO TRIBUTO. MULTA MORATÓRIA. INCIDÊNCIA DO ART. 44, I E II, DA LEI Nº 9.430/96. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME.

(...)

4. A jurisprudência desta Corte inaugurou novo entendimento no sentido da inaplicabilidade da Súmula 182/TFR ("é ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários"), e da possibilidade de autuação do Fisco com base em demonstrativos de movimentação bancária, em decorrência da aplicação imediata da Lei nº 8.021/90 e Lei Complementar nº 105/2001, como exceção ao princípio da irretroatividade tributária.

(...)

(EDAGRESP 201201925073, HUMBERTO MARTINS, STJ
- SEGUNDA TURMA, *DJe* DATA: 13/12/2012)

Compulsando os autos, verifica-se que, no processo administrativo, houve apresentação de defesa pelo promovente (fls. 189/191, apenso I), por meio da qual foi comprovada a origem de apenas parte dos recursos financeiros creditados em suas contas bancárias.

Por esta razão, foi lavrado o respectivo auto de infração (fls. 278/284, apenso II), no qual se acolheram parcialmente as suas justificativas, “tendo em vista que do total da movimentação de R\$ 7.831.455,43, somente R\$ 1.635.400,26 teve sua origem comprovada como oriunda de atividade comercial”. Naquela oportunidade, destacou-se que os depósitos que tiveram sua origem comprovada foram excluídos da planilha de créditos.

Vê-se, portanto, que a Receita Federal adotou o procedimento determinado pela lei, conferindo oportunidade de defesa ao autuado e reduzindo o montante do débito de acordo com a prova por ele oferecida.

Tendo em vista que, em juízo, não fora apresentado qualquer novo documento, além daqueles que já integravam o processo administrativo fiscal, não subsiste razão para anulação do auto de infração impugnado.

No mais, o simples fato de parcela dos depósitos serem comprovadamente relativos à atividade da empresa apontada não faz presumir que o restante possui a mesma origem, isto porque o § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430/96, determina que a análise seja realizada de modo individualizado.

Mais uma vez, não assiste razão à parte autora.

Passo agora a análise da multa aplicada no patamar de 75% (setenta e cinco por cento), consoante previsão do art. 44, I, Lei nº 9.430/96.

No presente caso, a conduta do contribuinte mostrou-se contrária ao ordenamento jurídico, posto que o auto de infração reconheceu uma movimentação de R\$ 7.8831.455,43, e, somente R\$ 1.635.400,26 teve sua origem comprovada como oriunda de atividade comercial (fl. 281 – apenso vol. 02) e, neste ponto, não houve apresentação de qualquer novo documento, visando a anulação dos dados rigorosamente coletados pela Receita Federal.

Da análise dos dados carreados, destaco (fl. 279 – apenso vol. 02):

- 1) ANO CALENDÁRIO 2001:
VALORES DECLARADOS NA DIRPF/2002: R\$ 41.192,80
MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA LÍQUIDA APURADA NO ANO-CALENDÁRIO: R\$ 1.835.253,83
- 2) ANO CALENDÁRIO 2002:
VALORES DECLARADOS NA DIRPF/2003: R\$ 50.541,37
MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA LÍQUIDA APURADA NO ANO-CALENDÁRIO: R\$ 795.157,24
- 3) ANO-CALENDÁRIO 2003:
VALORES DECLARADOS NA DIRPF/2004: R\$ 56.289,32
MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA LÍQUIDA APURADA NO ANO-CALENDÁRIO: R\$ 1.518.625,64.

O art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96 tem a seguinte dicção:

Art. 44 - Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

Contudo, reconhece-se que o apelante não sonegou completamente seus rendimentos, tendo apresentado a declaração de rendimentos, mesmo que, com valores muito inferiores à renda demonstrada mediante extratos. Logo, não houve falta de declaração.

Assim, avaliando o art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96 com o art. 112 do CTN, entendo que a multa deva ser reconsiderada. Neste ponto, destaco o referido dispositivo:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se de maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Nestes termos, reduzo a multa de 75% (setenta e cinco por cento) para 50% (cinquenta por cento), haja vista a aplicação da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia, mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos. (RE 582.461, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2011)

Neste ponto destaco os fundamentos do voto proferido pelo ilustre Desembargador Federal Edilson Nobre, que entendeu por reduzir o percentual da multa aplicada pelo Fisco (AGA - Agravo Regimental no Agravo de Instrumento - 132322/02), haja vista reconhecer que o princípio do não confisco não estava atrelado apenas ao tributo, podendo estender-se à multa, à penalidade aplicada diversa de tributo:

(...)

A discussão relativa ao alcance do princípio constitucional de vedação ao confisco, encartado no art. 150, IV, da Constituição de 1988, à multa e, portanto, à penalidade pecuniária diversa de tributo, restou superada há muito pelo Supremo Tribunal Federal e, no RE 582.461/SP, consolidada a tese do caráter não confiscatório da multa moratória no patamar de 20% (vinte por cento).

Ora, se o montante da multa pode ser submetido à análise com base nos princípios constitucionais da vedação ao confisco e da capacidade contributiva, é forçoso reconhecer que a redução do percentual de 75% (setenta e cinco por cento) para 50% (cinquenta por cento) encontra-se alinhado com o que fora decidido no RE 582.461/SP.

(...)

AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDUÇÃO DO PERCENTUAL DA MULTA DE 75% PARA 50% ENCONTRA-SE ALINHADA COM O QUE FORA DECIDIDO NO RE 582.461/SP. INEXISTÊNCIA DE EFEI-

TO CONFISCATÓRIO. ACÓRDÃO COMBATIDO EM CONFORMIDADE COM O PARADIGMA REPRESENTATIVO. IMPROVIMENTO. (Recife, 1º de outubro de 2014 (data do julgamento). Desembargador Federal EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR - Vice-Presidente.

Assim, ante tais considerações, dou parcial provimento à apelação apenas para reduzir o percentual da multa de 75% para 50%.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 575.360-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARIA DE LOURDES DA SILVA
Parte Int.: BANCO VOTORANTIM FINANCEIRA S/A
Repte.: PROCURADORIA DO INSS
Advs./Procs.: DRS. WILSON MARQUES DE MATOS (APDA.) E SUIANNY FAUTH E OUTROS (PARTE INT.)

EMENTA: DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. FRAUDE. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO SEGURADO. ATO ILÍCITO. RESPONSABILIDADE CIVIL SOLIDÁRIA DO INSS E DO BANCO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO EM DOBRO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. - Cuida-se de apelação cível interposta pelo INSS contra sentença que o condenou, solidariamente com o Banco Votorantim Financeira S/A, a devolver em dobro valor descontado da aposentadoria da autora a título de empréstimo que não havia sido por ela realizado (fraudulento) bem como a pagar indenização por danos morais. O apelante argui preliminar de ilegitimidade para figurar no polo passivo da lide e, no mérito, sustenta a inexistência de obrigação legal de posuir os documentos autorizadores do emprésti-

mo e do correspondente desconto nos proventos da aposentada. Também pugna pela inexistência de ato lesivo do INSS a ensejar o alegado dano moral.

- Não havia Juizado Especial Federal nem Vara da Justiça Federal na comarca onde a ação foi proposta, motivo pelo qual a competência para conhecer originariamente do feito se estabeleceu por delegação ao Juízo Estadual de Direito, ainda não verse a causa sobre matéria previdenciária, posto que a Constituição, em seu artigo 109, § 3º, exige apenas se tratem de “causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado”.

- “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras” (Súmula 297 do STJ).

- No caso, o INSS efetuou os descontos destinados a amortizar o suposto empréstimo consignado, o que implica responsabilidade para responder por esse ato no polo passivo da lide. Precedente: TRF5, AC 544257, Terceira Turma, rel. Des. Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, DJe 24.08.12.

- Ilícitude dos descontos realizados pelo INSS nos proventos da autora sem sua devida autorização, requisito previsto no art. 6º da Lei 10.820/03.

- Embora o INSS não tenha impugnado sua condenação na repetição do indébito em dobro, nem seja o caso, pela alçada, submetido à remessa oficial, registra-se que essa parte da condenação encontra amparo no parágrafo único do art. 42 do CPC. Não pode ser considerado engano justificável o desconto realizado pelo réu nos proventos da autora sem sua autorização expressa.

- Entretanto, no que diz com o dano moral, tem-se ausente prova de que os descontos acarretaram efeitos que transbordaram a esfera patrimonial, atingindo sua honra e/ou dignidade, o que

ocorreria, por exemplo, se houvesse inscrição do nome da beneficiária em cadastro de inadimplentes.

- Apelação parcialmente provida, para afastar a condenação em danos morais.

ACÓRDÃO

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

Recife, 10 de março de 2015. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA:

Cuida-se de apelação cível interposta pelo INSS contra sentença que o condenou, solidariamente com o Banco Votorantim Financeira S/A, a devolver em dobro valor descontado da aposentadoria da autora a título de empréstimo que não havia sido por ela realizado (fraudulento) bem como a pagar indenização por danos morais.

O apelante argui preliminar de ilegitimidade para figurar no polo passivo da lide e, no mérito, sustenta a inexistência de obrigação legal de possuir os documentos autorizadores do empréstimo e do correspondente desconto nos proventos da aposentada. Também pugna pela inexistência de ato lesivo do INSS a ensejar o alegado dano moral.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA (Relator):

- Da competência para julgar a causa.

Inicialmente, cabe verificar a competência do Juízo de Direito Estadual para julgar o feito em primeira instância e deste Tribunal em sede recursal.

Dispõe a Lei 10.259/01:

Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.

(...)

§ 3º No foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta.

Por sua vez, dispõe a Constituição Federal:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...)

§ 3º - **Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal**, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

§ 4º - **Na hipótese do parágrafo anterior, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau.**

No caso, o valor do total do empréstimo foi de R\$ 4.193,00 (fl. 13). Como houve pedido de devolução do indébito em dobro, esse valor poderia, em tese, subir para R\$ 8.386,00. Somados aos R\$ 10.000,00 pedidos a título de indenização por danos morais, o valor total da condenação, à época da propositura da ação, não passaria de R\$ 18.386,00. Embora o valor da causa seja inferior à alçada prevista na Lei 10.259/01 (sessenta salários mínimos = R\$ 27.900,00, na época), a ação foi proposta na Comarca de Pacajus - CE, onde não há Juizado Especial Federal nem Vara Federal. Dessarte, a competência se estabeleceu por delegação ao Juízo de Direito Estadual, que proferiu a sentença. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MUNICÍPIO DO INTERIOR. VARA FEDERAL. INEXISTÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL. COMPETÊNCIA.

1 - As causas previdenciárias poderão ser promovidas na justiça estadual, no foro do domicílio do autor, quando a comarca não for sede de vara federal (art. 109, parágrafo 3º, CF).

2 - O disposto no art. 3º, parágrafo 3º, da Lei nº 10.259/2001 aplica-se apenas aos casos em que há vara do Juizado Especial Federal instalada no domicílio do autor, hipótese não verificada *in casu*.

3 - Conflito conhecido. Competência do MM. Juízo Suscitado.

(TRF5, CC 1.158, rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, Pleno, *DJ* 02.02.06)

Embora não se trate de causa de natureza previdenciária, a presente ação foi proposta contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, aplicando-se-lhe os §§ 3º e 4º do art. 109 da CF.

Reconheço, portanto a competência do Juízo de Direito para julgar a ação em primeira instância e desta Casa para julgar o recurso interposto.

- Da (i)legitimidade do INSS.

Conforme disposto na Súmula 297 do STJ, “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Trata-se, portanto, de relação de consumo, regida pelo CDC, o qual assim dispõe:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

No caso, o INSS efetuou os descontos destinados a amortizar o suposto empréstimo consignado, o que implica responsabilidade para responder por esse ato no polo passivo da lide. Nesse sentido: TRF5, AC 544257, Terceira Turma, rel. Des. Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, *DJe* 24.08.12¹. Por sua vez, a Lei

¹ “Legítima a participação do INSS no polo passivo da lide, pois ‘na condição de fonte pagadora, efetua descontos destinados a amortizar empréstimo consignado’ (3ª T., AC 412588, *DJe* 10/03/2011)”.

10.820/03, que disciplina o chamado “crédito consignado”, prevê seja dada autorização do devedor para que esse desconto se realize (art. 6º).

Dessarte, não pode a autarquia previdenciária se esquivar de sua responsabilidade, cabendo responder à pretensão mediante ingresso no polo passivo da lide.

- Mérito.

Por força do art. 6º, VIII, do CDC, cabe aplicar a inversão do ônus da prova, em favor da autora, sendo ônus dos réus comprovar ter a autora realizado o referido empréstimo bem como autorizado o desconto em folha de valor equivalente a 30% de seus proventos de aposentadoria, o que não ocorreu no caso.

Nenhum dos réus acostou aos autos qualquer documento que pudesse dar embasamento ao referido empréstimo e ao seu correspondente desconto em folha. O banco simplesmente reconheceu a existência de fraude, da qual alega também ter sido vítima. O INSS apenas alega não ter obrigação legal de apresentar esses documentos e sustenta não ter praticado nenhum ilícito.

Ocorre que os descontos realizados pelo INSS nos proventos da autora – sem a devida autorização, como previsto no art. 6º da Lei 10.820/03 – eram indevidos e, portanto, ilícitos.

Sobre a ilicitude da conduta e a correspondente responsabilidade civil, dispõe o CPC:

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.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

(...)

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Dessarte, devida é a reparação do dano material causado pelo INSS à sua segurada ao suprimir-lhe parte significativa (30%) de seus proventos.

Embora o INSS não tenha impugnado sua condenação na repetição desse indébito em dobro, nem haver remessa oficial (em face de o valor da causa ser inferior a sessenta salários mínimos, § 2º do art. 475 do CPC) a devolver a matéria, registro, *obter dictum*, que essa parte da condenação encontra amparo no parágrafo único do art. 42 do CPC: “O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”.

Por óbvio, não pode de ser considerado engano justificável o desconto realizado pelo réu nos proventos da autora sem sua autorização expressa. Devida, portanto, a devolução em dobro dos valores indevidamente descontados dos proventos da autora.

Entretanto, no que diz com o dano moral, tem-se ausente prova de que os descontos acarretaram efeitos que transbordaram a esfera patrimonial, atingindo sua honra e/ou dignidade, o que ocorreria, por exemplo, se houvesse inscrição do nome da beneficiária em cadastro de inadimplentes.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação, para afastar a condenação em danos morais.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 575.659-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
Apelantes: CLAUDENY CUTÓDIO RIBEIRO E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelados: OS MESMOS
Advs./Procs.: DRS. SAMARA DA PAZ OLIVEIRA E OUTROS E DAVID SOMBRA PEIXOTO E OUTROS

EMENTA: CIVIL. APELAÇÕES ATACANDO SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE, EM PARTE, O PEDIDO PARA DETERMINAR O ESTORNO DOS RECURSOS DO FGTS UTILIZADO EM

FORMA DE DESCONTO NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL FINANCIADO PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, COM CONDENAÇÃO DO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS, DESDE A DATA DO ATO ILÍCITO E AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

- A matéria examinada em primeira instância diz respeito ao cancelamento do Contrato de Compra e Venda (nº 855551582107-4), ocasionado pelo cumprimento da decisão judicial que anulou a execução extrajudicial do imóvel (Ação 0506656-92.2011.4.05.8102) e, em consequência, a ineficácia da adjudicação efetuada pela EMGEA, circunstância que compeliu a demandante a devolver o imóvel que havia adquirido em concorrência pública.

- O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras (Súmula 297/Superior Tribunal de Justiça).

- No relacionamento com seus clientes, a responsabilidade da Caixa Econômica Federal é objetiva, excluída somente pela demonstração inequívoca da culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, de acordo com o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

- A nulidade da execução extrajudicial do imóvel foi causada pela própria instituição financeira que deixou de notificar o mutuário em relação ao primeiro leilão, tornando-a ilícita, cujos reflexos incidiram para a esfera jurídica da demandante que, se tivesse ciência das irregularidades que permeavam o procedimento de execução, não teria sido conduzida a participar da concorrência pública, tampouco de efetuar gastos com a reforma do imóvel, comprovados nos autos.

- Conquanto a Caixa Econômica Federal tenha restituído todos os valores financeiros envolvi-

dos no distrato, estando incluso o valor da entrada, o montante das prestações pagas e as taxas e despesas comprovadas, cumpre-lhe ressarcir, também, os danos materiais refletidos nos gastos com a reforma do imóvel, externados pelas notas fiscais de aquisição de material de construção, constantes dos autos, cujo montante é de R\$ 7.818,61 (sete mil, oitocentos e dezoito reais e sessenta e um centavos), com acréscimo da correção monetária e juros moratórios, contados a partir da data em que a demandante foi notificada do cancelamento do negócio jurídico, consistente no contrato de compra e venda do imóvel em comento. É cabível, também, o estorno dos recursos do FGTS, utilizados no contrato como desconto para a celebração do pacto.
- O valor da indenização por danos morais deve servir como compensação para diminuir o impacto da ofensa causada, mantido, no caso, o valor fixado pela sentença em dez mil reais, por ser condizente com a ausência de culpa da adquirente do imóvel em concorrência pública, e, ainda, considerado o nível sócioeconômico e a capacidade econômica da instituição financeira.
- Apelações improvidas.

ACÓRDÃO

Decide a egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO
- Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO:

Trata-se de apelações interpostas por Claudeny Custódio Ribeiro e pela Caixa Econômica Federal contra sentença proferida pela MM^a. Juíza Federal (substituta) da 16^a Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará, em Juazeiro do Norte, que, nos autos de ação ordinária, julgou procedente, em parte, o pedido para determinar o estorno dos recursos do FGTS utilizado em forma de desconto no contrato de compra e venda de imóvel financiado pela instituição financeira, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), bem como condenou à restituição do valor de R\$ 7.818,61 (sete mil, oitocentos e dezoito reais e sessenta e um centavos), a título de danos materiais, desde a data do ato ilícito e ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

A demandante, ora recorrente, alega que o valor da indenização por danos morais arbitrado pela sentença não satisfaz a pretensão autoral, uma vez que considera ínfimo o valor em relação aos problemas suportados em decorrência do cancelamento do contrato.

A Caixa Econômica Federal, por sua vez, argumenta que a venda do imóvel foi feita de boa fé, em concorrência pública, e que na ocasião não havia qualquer impedimento legal que pudesse obstar o negócio jurídico, tanto que a declaração de nulidade da execução extrajudicial e a consequente ineficácia da adjudicação do imóvel são atos posteriores, circunstância que, por si só, afasta da instituição financeira qualquer responsabilidade pelo desfazimento do negócio, devendo ser reformada a sentença condenatória em danos materiais e morais.

Houve resposta ao recurso (fls. 219-225).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VLADIMIR SOUZA CARVALHO (Relator):

Examino simultaneamente os recursos das partes que devolvem a questão do cancelamento do Contrato de Compra e Venda de Imóvel (nº 855551582107-4), adquirido mediante concorrência pública nº 12/2011, destinada à alienação do bem imóvel, com condenação em danos materiais e morais.

Dos autos, deflui a situação jurídica em que a Caixa Econômica Federal colocou a demandante ao cancelar o contrato de compra e venda para dar cumprimento à decisão judicial que anulou a execução extrajudicial (2º leilão público), nos autos da Ação 0506656-92.2011.4.05.8102 e, em consequência a adjudicação efetuada pela EMGEA, circunstância, aliás, autorizada da devolução do imóvel ao mutuário originário.

Convém esclarecer a visão da Caixa Econômica Federal em relação aos valores financeiros envolvidos no distrato, componentes do alegado dano material. Nesse aspecto, foi alegado pela instituição financeira que o valor da venda do imóvel foi de R\$ 26.000,00 (vinte e seis mil reais), tendo recebido de entrada, em espécie, R\$ 5.128,00 (cinco mil, cento e vinte e oito reais) e financiado o valor de R\$ 20.872,00 (vinte mil, oitocentos e setenta e dois reais). Até este ponto, efetuou a restituição dos seguintes valores à demandante:

a) R\$ 5.128,00 (cinco mil, cento e vinte e oito reais), em 8 de fevereiro de 2013;

b) R\$ 1.963,43 (um mil, novecentos e sessenta e três reais e quarenta e três centavos), equivalente ao valor das prestações pagas;

c) R\$ 997,14 (novecentos e noventa e sete reais e catorze centavos), relativos às taxas e despesas comprovadas; e, tudo somado, a restituição atingiu o montante de R\$ 8.088,57 (oito mil, oitocentos e oitenta e oito reais e cinquenta e sete centavos).

Não se pode olvidar que a relação contratual, no caso, pela natureza da prestação contínua de serviços (bancários), enquadra-se na Lei 8.078/1990, cuja matéria encontra-se sumulada:

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras (Súmula 297/Superior Tribunal de Justiça).

No relacionamento com seus clientes, a responsabilidade da Caixa Econômica Federal é objetiva, excluída somente pela demonstração inequívoca da culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, nos termos do art. 14 do referido Código de Defesa do Consumidor:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Ademais, o liame jurídico estabelecido entre o banco e seu cliente faz prevalecer a tese da responsabilidade contratual, que impõe a teoria do risco profissional ao estabelecimento de crédito prestador do serviço, dada sua finalidade lucrativa e por deter condições financeiras mais favoráveis frente a prováveis prejuízos que lhe forem atribuídos. Nesse caso, não se pode deixar de atribuir à Caixa Econômica Federal o dever de indenização pelos riscos do negócio jurídico, como bem destacado pela sentença, por ser a parte mais forte na relação contratual, máxime porque a nulidade da execução extrajudicial do imóvel foi causada pela própria instituição financeira que deixou de notificar o mutuário em relação ao primeiro leilão.

Se a demandante tivesse ciência das irregularidades que permeavam o procedimento de execução extrajudicial, à toda evidência, não teria a iniciativa de participar da concorrência pública, tampouco de efetuar gastos com a reforma do imóvel, comprovadamente expostos nos autos, de acordo com as notas fiscais que instruem a ação.

Destarte, a documentação que torna legítima a reparação por danos materiais encontra-se externada pelas notas fiscais de aquisição de material de construção, no valor de R\$ 1.292,81 (um mil, duzentos e noventa e dois reais e oitenta e um centavos) – fl. 64; outra no valor de R\$ 5.837,90 (cinco mil, oitocentos e trinta e sete reais e noventa centavos) – fl. 65; e, ainda, R\$ 365,90 (trezentos e

sessenta e cinco reais e noventa centavos) – fl. 66; R\$ 322,00 (trezentos e vinte e dois reais) – fl. 70, atingindo o montante de R\$ 7.818,61 (sete mil, oitocentos e dezoito reais e sessenta e um centavos).

O valor do montante gasto, a ser ressarcido, a título de danos materiais, retromencionado, deverá sofrer o acréscimo da correção monetária e juros moratórios, com taxa de 1% ao mês, contados a partir da data em que a demandante foi notificada do cancelamento do negócio jurídico, consistente no contrato de compra e venda do imóvel em comento (Súmula 362 do STJ).

Escorreita a sentença, ainda, quanto ao estorno dos recursos do FGTS (R\$ 5.000,00 – cinco mil reais), utilizados no contrato como desconto para a celebração do pacto.

Da análise dos três elementos essenciais na definição da responsabilidade civil (a ofensa a uma norma preexistente ou erro na conduta, um dano e o nexo de causalidade entre um e outro), verifica-se que a questão, colocada neste feito, amolda-se perfeitamente aos parâmetros jurídicos do dever da responsabilização da Caixa Econômica Federal em detrimento dos prejuízos sofridos pela autora.

Em casos como o presente, tem-se reconhecido não apenas a finalidade reparatória da indenização, mas sua natureza didática, por servir de instrumento para inibir a prática comum dos bancos de se eximirem da responsabilidade na celebração desses contratos, cujas práticas abusivas podem causar, além de prejuízos, sérios constrangimentos aos clientes, sem olvidar que a instituição financeira não deve se ater somente à grandeza dos lucros, mas sujeita-se, também, aos riscos na gerência das contas correntes.

A jurisprudência desta Corte não discrepa desse entendimento:

CIVIL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. APLICAÇÃO DO CDC ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. RETIRADAS INDEVIDAS EM CONTA POUPANÇA. RESPONSABILIDADE DO BANCO DEPOSITÁRIO. DANOS MORAIS DEVIDOS. QUANTUM FIXADO EM R\$ 4.000,00 (QUATRO MIL REAIS). MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

1. A responsabilidade civil da CEF pelos danos comprovadamente causados em razão de saques indevidos, por intermédio do *Internet Banking*, na conta da autora é de natureza objetiva, dependendo, para a sua configuração, da presença simultânea dos requisitos extraídos do art. 14 do CDC (defeito na prestação do serviço; dano patrimonial ou moral; nexo de causalidade), aplicável às instituições financeiras por força do art. 3º, parágrafo 2º, do Estatuto Consumerista.

2. O valor da indenização por danos morais deve ser suficiente para, a um só tempo, desestimular reiteração da conduta lesiva pelo réu e abrandar, na medida do possível, o constrangimento e a humilhação causados ao autor lesado. Contudo, o *quantum* indenizatório deve ser proporcional ao dano moral causado, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa.

3. Na hipótese dos autos, a indenização fixada pela sentença em R\$ 4.000,00, por danos morais causados à autora, mostra-se razoável e proporcional, sendo suficiente a atender os critérios acima aludidos.

4. Apelação não provida.

(AC 421.804-PB, des. Rogério Fialho Moreira, *DJU-I* de 01 de outubro de 2008, p. 150)

O valor da indenização por danos morais deve servir como compensação para diminuir o impacto da ofensa causada, não sendo admissível que o montante fixado possa caracterizar o enriquecimento ilícito, devendo ser levado em consideração não apenas o caráter sancionatório da reparação para o agente do dano, mas principalmente a natureza ressarcitória da indenização.

Ambas as partes recorreram da condenação por danos morais. Enquanto a demandante considera ínfimo o recebimento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) como indenização pelos danos morais, a instituição financeira considera simplesmente indevido esse pagamento.

Deve ser mantido o valor da indenização por ser condizente com a ausência de culpa da adquirente do imóvel em concorrência pública, e, ainda, considerado o nível socioeconômico e a capacidade econômica da instituição financeira.

Por este entender, nego provimento às apelações.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 576.072-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA
Apelantes: CUSTOM COMÉRCIO DE BLINDAGENS LTDA.,
MARCOS SOARES DA CUNHA E UNIÃO
Apelados: OS MESMOS E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Advs./Procs.: DRS. ANTÔNIO EDUARDO GONÇALVES DE RUE-
DA E OUTROS

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PELÍCULA DE PROTEÇÃO DE SEGURANÇA DE VEÍCULO. PROTEÇÃO BALÍSTICA NÍVEL I. AUTORIZAÇÃO DO EXÉRCITO BRASILEIRO. INEXISTENTES. PROPAGANDA ENGANOSA. OFENSA À DIREITO CONSUMEIRISTA. DANOS MATERIAIS E MORAIS COLETIVOS CONFIGURADOS. APELAÇÕES IMPROVIDAS.

- Apelações interpostas contra sentença que condenou a CUSTOM COMÉRCIO DE BLINDAGEM LTDA. e seu representante legal ao pagamento de indenização por danos materiais e morais coletivos em face da comercialização de películas ineficazes para blindagem de veículos, utilizando-se do nome do Exército Brasileiro.

- Preliminar de nulidade da citação afastada. Somente após reiteradas tentativas de citação pessoal da parte ré, todas elas infrutíferas, determinou-se a citação por edital, esta procedida regularmente nos termos da lei, sendo nomeado curador especial (DPU), após o fim do prazo para manifestação.

- Diante da regularidade da atuação administrativa, não há que se questionar a força probante do laudo elaborado pelo Exército Brasileiro, não desconstituída pela parte ré em momento oportuno, seja na esfera administrativa seja em juízo, mostrando-se adequado o posicionamento do julgador sentenciante no sentido de considerá-lo

elemento probatório idôneo a fundamentar o reconhecimento do ato ilícito imputado à parte ré (comercialização de película que não se prestavam aos fins divulgados). É no mínimo estranho que os demandados, somente após a prolação de sentença, manifestem-se no processo, com advogado constituído, alegando não só desconhecem os termos da demanda e a consequente nulidade da citação, como questionando a consideração pelo Juízo de origem de prova regularmente produzida no Processo Administrativo que instruiu o feito, em estrita observância ao contraditório e ampla defesa.

- A eventual reparação pecuniária em face da utilização indevida da imagem do Exército Brasileiro constitui interesse secundário e individual da União, de modo que, ainda que figure como litisconsorte ativa ao lado do MPF, seu pedido de indenização por danos morais não pode ser processado no bojo da ação civil pública.

- Acertada a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do artigo 28, § 5º, do CDC c/c Súmula 435 do STJ, haja vista a presunção de término irregular das atividades da Custom Comércio de Blindagem Ltda. por ter deixado de funcionar no endereço declarado ao Poder Público.

- Os elementos constantes nos autos são suficientes para evidenciar que a empresa ré usou documento oficial para comprovar, de forma indevida e enganosa, que a “Película de Proteção de Segurança” tinha a mesma capacidade de proteção balística de nível I da Película “Clear Defense 335 Max Pro”, esta sim homologada pelo Exército Brasileiro, colocando em risco de vida uma quantidade considerável de consumidores, que passaram a se comportar como se protegido estivessem, desarmados do cuidado natural que teriam se não se sentissem resguardados pelo produto adquirido.

- Evidenciado o vício do produto, a reparação material é medida que se impõe, consubstanciada, no caso, na restituição aos consumidores dos valores pagos para aquisição/instalação da “Película de Proteção de Segurança” em seus veículos, além da retirada, às expensas da parte ré, da reportada película, caso seja de interesse dos consumidores.

- A comercialização de produto que oferece risco à segurança dos consumidores mediante divulgação de propaganda enganosa, utilizando-se do nome do Exército Brasileiro, consiste em conduta grave, que ultrapassa os limites da tolerabilidade, capaz de causar intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva, a ensejar o reconhecimento de dano moral coletivo, expressamente previsto no art. 6º, VI, do CDC (STJ REsp 1.221.756/RJ).

- Não há que se falar em redução do quantum indenizatório, haja vista que o valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) arbitrado na sentença recorrida mostra-se razoável e adequado à capacidade financeira da parte ré e ao tipo de lesão ao interesse consumerista narrado nos autos.

- Apelações improvidas.

ACÓRDÃO

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

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

DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA:

Trata-se de apelações interpostas nos autos da presente ação civil pública contra sentença que condenou a CUSTOM COMÉRCIO DE BLINDAGEM LTDA. e seu representante legal ao pagamento de indenização por danos materiais e morais coletivos em face da comercialização de películas ineficazes para blindagem de veículos, utilizando-se do nome do Exército Brasileiro.

Em suas razões de recurso, alega a parte ré: a) nulidade da citação por edital; b) nulidade da sentença diante da violação ao princípio da ampla instrução probatória; c) inexistência de ato ilícito e de efetivo prejuízo aos consumidores a ensejar o reconhecimento de sua responsabilidade e a consequente condenação ao pagamento de indenização por danos morais e materiais coletivos; d) exorbitância do *quantum* indenizatório; e) impossibilidade de desconsideração da pessoa jurídica. Ao final, pugna pela reforma da sentença para que seja julgado totalmente improcedente o pedido.

Por sua vez, insurge-se a União contra a sentença quanto à parte que extinguiu o processo sem resolução do mérito em relação à pretensão de condenação da parte ré à indenização de danos morais a seu favor, alegando que, quanto à mesma, o interesse difuso e coletivo se origina na atividade emanada no poder de polícia (art. 255, II, do Decreto 3.665/2000), no caso, representada pela aprovação ou reprovação dos anteparos de blindagem), o que confere a ela, União, condição bastante para buscar em juízo, em sede de ação civil pública, a tutela dos interesses ora perseguidos, em comunhão de objetos com o MPF. Sustenta, ainda, que os danos morais alegados decorrem da conduta dos demandados de usar de documento oficial militar para fim outro que não o que se destinava, numa prática sutil de tentar convencer a opinião pública e o mercado de consumo de que detinha a aprovação do Exército, o que inegavelmente fere a imagem e reputação da instituição. Com esses argumentos pugna pela reforma parcial da sentença para que seja reconhecida a sua pretensão indenizatória.

Contrarrazões da União apresentadas às fls. 198/214.

Contrarrazões do MPF apresentadas às fls. 239/253.

É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA (Relator):

Antes de adentrar no mérito propriamente dito do objeto da presente ação civil pública, cumpre analisar as preliminares suscitadas pelas partes.

1. Nulidade da citação por edital

Suscita o réu MARCOS SOARES DA CUNHA a nulidade da citação por edital, alegando que, por mais de 02 (dois) anos, encontrava-se em intensivo tratamento de saúde na cidade de Atlanta, Estado da Geórgia - EUA, não residindo no país à época das tentativas de citação realizadas no feito, sendo impossível sua notificação quanto à demanda nos endereços indicados pelo MPF; que a citação editalícia é exceção à regra, sendo admitida apenas quando for impossível realizar a citação pessoal, e, mesmo assim, pela sua extrema fragilidade, pode ser declarada nula a qualquer tempo, quando demonstrado que o réu não sabia da existência do processo por razões que fogem ao seu controle, sendo esta, segundo alega, a hipótese dos autos.

Os argumentos não se sustentam.

Pelo que se depreende da análise dos autos, foram procedidas múltiplas e exaustivas tentativas de citação pessoal do demandado, em endereços fornecidos pelo MPF e colhidos por meio de sua Assessoria de Análise de Pesquisa, tendo-se, inclusive, chegado à informação, após consulta na base de dados da Receita Federal, que o réu MARCOS SOARES DA CUNHA não residia no exterior e estava domiciliado no mesmo endereço indicado na petição inicial. Convém ressaltar, quanto a este ponto, a obrigação legal do contribuinte de comunicar ao Fisco a retirada temporária do território nacional, nos termos do art. 195, parágrafo único, do Decreto-Lei 5.844/1943.

O que se percebe é que, somente após reiteradas tentativas de citação pessoal, todas elas infrutíferas, determinou-se a cita-

ção por edital, esta procedida regularmente nos termos da lei, sendo nomeado curador especial (DPU), após o fim do prazo para manifestação.

2. Nulidade da sentença em face da violação ao princípio da ampla instrução probatória

Alega a parte ré a nulidade da sentença pela violação ao princípio da ampla instrução probatória, tendo em vista a ausência de sua participação no processo de produção de provas, mormente na perícia realizada pelo Exército na esfera administrativa.

Pelo que se depreende da análise dos autos, após a realização da perícia questionada, no Centro Tecnológico do Exército, houve decisão da Chefia da Divisão de Fiscalização de Produtos controlados, determinando a suspensão das atividades da empresa ré, com arrimo no art. 45 da Lei nº 9.784/99¹, e posterior notificação da demandada, após a qual foi iniciado o processo administrativo com estrita observância ao contraditório, tendo a parte ré, inclusive, em virtude de tal decisão, ajuizado Mandado de Segurança na Justiça Federal de Pernambuco (Processo nº 0008951-55.2008.4.05.8300).

Resta clara, portanto, a regularidade da atuação administrativa, não havendo que se questionar a força probante do laudo em questão, não desconstituída pela parte ré em momento oportuno, seja na esfera administrativa seja em juízo, mostrando-se adequado o posicionamento do julgador sentenciante no sentido de considerá-lo elemento probatório idôneo a fundamentar o reconhecimento do ato ilícito imputado à parte ré (comercialização de película que não se prestavam aos fins divulgados).

Ademais, como bem observado pela União em suas contrarrazões, é no mínimo estranho que os demandados, somente após a prolação de sentença, manifestem-se no processo, com advo-

¹ Lei nº 9.784/99

(...)

Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

gado constituído, alegando não só desconhecerem os termos da demanda e a conseqüente nulidade da citação, como questionando a consideração pelo Juízo de origem de prova regularmente produzida no Processo Administrativo que instruiu o feito, em estrita observância ao contraditório e ampla defesa.

Em vistas desses argumentos, impõe-se afastar a alegação de nulidade da sentença.

3. Extinção do processo sem resolução do mérito em relação à União

Há de ser mantida a sentença recorrida na parte em que extingue o processo sem resolução do mérito, por ausência de pressuposto processual, quanto à pretensão indenizatória deduzida pela União, uma vez que a eventual reparação pecuniária em face da utilização indevida da imagem do Exército Brasileiro constitui interesse secundário e individual, de modo que, ainda que figure como litisconsorte ativa ao lado do MPF, o pedido de indenização por danos morais não pode ser processado no bojo da ação civil pública.

4. Desconsideração da personalidade jurídica

Igualmente acertada a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do artigo 28, § 5º, do CDC c/c Súmula 435 do STJ, haja vista a presunção de término irregular das atividades da Custom Comércio de Blindagem Ltda. por ter deixado de funcionar no endereço declarado ao Poder Público.

5. Mérito

Passando-se à análise do mérito propriamente dito da questão, persegue o MPF a condenação da Custom Comércio de Blindagem Ltda. e de seu representante legal ao pagamento de indenização por danos materiais e morais coletivos decorrentes da comercialização de películas ineficazes para blindagem de veículos, utilizando-se do nome do Exército Brasileiro.

Alega a parte ré a inexistência de ato ilícito e de efetivo prejuízo concreto aos consumidores a ensejar o reconhecimento de responsabilidade pelos danos suscitados. Sustenta que o MPF tenta aduzir que comercializava películas protetoras como se fossem

um tipo de blindagem, o que não condiz com a realidade fática, já que os clientes que instalaram as reportadas películas nos vidros de seus veículos foram devidamente notificados das corretas características do produto, que são diversas das da blindagem, possuindo um potencial protetivo menor do que o desta, mas que ofertam uma maior segurança para o automóvel, já que suporta o impacto de armas de baixo calibre, bem como marretadas, pedradas, dentre outras.

Trata-se de alegações que destoam do que se observa da análise dos autos, especialmente da cópia de folheto de propaganda veiculada pela Custom Comércio de Blindagem Ltda. (fls. 11/16), onde consta informações no sentido de afirmar que a Película de Segurança e Proteção em questão oferece proteção balística de nível I, estando apta a segurar projéteis de calibre 22, 32 e 38, suscitando como prova, testes balísticos realizados por diversos órgãos competentes e credenciados como o Exército Brasileiro.

Trata-se, em verdade, de propaganda irregular e enganosa, já que, a película reportada não resistiu ao teste de disparo de calibre 38, conforme consta no Laudo de Perícia Técnica nº 01/08/DS-CTEX realizada no Centro Tecnológico do Exército (fls. 93/98)

Encontra-se igualmente comprovado nos autos que a empresa ré utilizou documento oficial referente à “Película Clear Defense 335 Max Pro” (fl.) para comercializar a “Película de Proteção de Segurança”, induzindo os consumidores a acreditarem que estavam adquirindo produto blindado homologado pelo Exército Brasileiro.

Em suma, o que se observa na hipótese apresentada é que a empresa Custom Comércio de Blindagem Ltda. usou documento oficial para comprovar, de forma indevida e enganosa, que a “Película de Proteção de Segurança” tinha a mesma capacidade de proteção balística de nível I da Película “Clear Defense 335 Max Pro”, esta sim homologada pelo Exército Brasileiro, colocando em risco de vida uma quantidade considerável de consumidores, que passaram a se comportar como se protegidos estivessem, desarmados do cuidado natural que teriam se não se sentissem resguardos pelo produto adquirido.

Evidenciado o ato ilícito imputado à parte ré, importa aferir a existência de danos a serem indenizados.

Como bem registrado na sentença recorrida, evidenciado o vício do produto, a reparação material é medida que se impõe, consubstanciada, no caso, na restituição aos consumidores dos valores pagos para aquisição/instalação da “Película de Proteção de Segurança” em seus veículos, além da retirada, às expensas da parte ré, da reportada película, caso seja de interesse dos consumidores.

Por outro lado, a comercialização de produto que oferece risco à segurança dos consumidores mediante divulgação de propaganda enganosa, utilizando-se do nome do Exército Brasileiro, consiste em conduta grave, que ultrapassa os limites da tolerabilidade, capaz de causar intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva, a ensejar o reconhecimento de dano moral coletivo, expressamente previsto no art. 6º, VI, do CDC (STJ Resp. 1.221.756/RJ).

Por fim, não há que se falar em redução do *quantum* indenizatório, haja vista que o valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) arbitrado na sentença recorrida mostra-se razoável e adequado à capacidade financeira da parte ré e ao tipo de lesão ao interesse consumerista narrado nos autos.

Em face dessas considerações, nego provimento às apelações.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 576.529-CE

Relator: DESEMBARGADOR PAULO MACHADO CORDEIRO (CONVOCADO)
Apelantes: PROEL INDÚSTRIA COMÉRCIO REPRESENTAÇÕES E SERVIÇOS LTDA. E OUTROS
Apelados: FRANCISCO LUZIMAR CAVALCANTE LIMA-ME E OUTRO
Advs./Procs.: DRS. VALMIR PONTES FILHO E OUTROS E FRANCISCO ÉRICO CARVALHO SILVEIRA (APTES.) E JOSE CAUBY ANSELMO DA SILVA (APDOS.)

EMENTA: CIVIL. DANOS MORAIS. DENÚNCIA. ACUSAÇÕES DE MONOPOLIZAÇÃO DE MERCADO E IMPROBIDADE. EMPRESAS DE MANUTENÇÃO DE EQUIPAMENTOS HOSPITALARES. RESPONSÁVEL TÉCNICO E CÔNJUGE DE SÓCIA UTILIZANDO-SE DE POSIÇÃO NO CREA PARA PREJUDICAR EMPRESA CONCORRENTE.

- Em sentença que julgou a Ação de nº 0010648-90.2012.4.05.8100, foi detalhadamente analisada a relação existente entre recorrentes e recorridos.

- Flagrante animosidade entre as partes, extrapolando a concorrência entre empresas. Ambas fizeram denúncias a variados entes públicos, e interuseram diversas demandas.

- Embora reiteradamente pontuem a gravidade da denúncia que foi feita pelo promovido, tal conduta já havia sido anteriormente praticada por um dos insurgentes.

- Em denúncia feita por um dos apelantes, faz-se expressa referência à sua condição de Conselheiro do CREA, entretanto, não menciona que é responsável técnico por empresa concorrente.

- Recorrente que, atuando como membro do CREA, reiteradamente emitiu pareceres em vitórias técnicas realizadas em diferentes estabe-

lecimentos hospitalares, afirmando que os equipamentos da empresa concorrente encontravam-se sucateados, recomendando a contratação da empresa PROEL.

- Como se vê, não há nos autos participação do CREA na lide, e nem seria o caso de sua participação pela falta de interesse, sendo certo que o thema decidendum versa unicamente sobre indenização a ser paga pelo réu ao autor, por atos ilícitos praticados supostamente no exercício da função de Conselheiro do CREA.

- Flagrante incompetência da Justiça Federal pela ausência na relação processual das entidades submetidas à jurisdição da Justiça Federal.

- Sentença anulada e devolução do autos à 18ª Vara da Justiça do Estado do Ceará.

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, reconhecendo, de ofício, a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, anular a sentença e determinar o retorno dos autos à 18ª Vara da Justiça do Estado do Ceará, nos termos do relatório, do voto do relator e das notas taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 22 de janeiro de 2015. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (Convocado):

Cuida-se de apelação interposta por PROEL - Indústria Comércio Representações e Serviços LTDA., Soraya Roque Pinheiro e Manoel Décio Pinheiro Filho, contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 5ª Vara Federal - CE (fls. 1576/1581), que julgou im-

procedente ação de indenização por danos morais, extinguida simultaneamente reconvenção.

Sustentam os apelantes (fls. 1605/1623), em suma: a) que as alegações tecidas pelos recorridos, em demanda própria e em denúncia feita junto ao MPF, são caluniosas e desprovidas de sustentação probatória; b) que a reconvenção foi oposta irregularmente, extrapolando o direito de defesa e utilizando-a como via para dupla condenação; c) que são os perseguidos, não os perseguidores.

Contrarrazões (fls. 1632/1641).

É o relatório.

VOTO

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

Após examinar o álbum processual, verifico que a decisão recorrida não merece retoques.

A sentença que julgou a Ação de nº 0010648-90.2012.4.05.8100 (v. fls. 1.642/1.663) analisou detalhadamente a relação existente entre recorrentes e recorridos. Ao apreciar a referida decisão, bem como os documentos carreados aos autos, não há dúvida de que as alegações trazidas pelo apelado são verossímeis, não carecendo de provas que as sustentem. Confira-se o que foi constatado pelo julgador de piso na referida lide (sem grifos no original):

(...) É flagrante que há forte animosidade entre o autor e os promovidos MANOEL DÉCIO PINHEIRO FILHO e MARIA SORAYA ROQUE PINHEIRO, animosidade que extrapolou em muito a concorrência entre empresas e passou a tomar feição pessoalizada. **Ambas as partes fizeram denúncias aos mais variados entes públicos**, como a Promotoria de Saúde da Procuradoria da Justiça do Estado do Ceará e ao Ministério Público Federal. Também travaram duelos sucessivos perante o Poder Judiciário, com a interposição de diversas demandas. Na presente ação, o que será analisado é se as condutas imputadas aos promovidos configuraram atos ilícitos que causaram dano moral e material aos autores.

Ressai da prova dos autos que as empresas dos promovidos MANOEL DÉCIO PINHEIRO FILHO e MARIA SORAYA

ROQUE PINHEIRO, **marido e mulher, muitas vezes participavam da mesma licitação**, o que pode, em tese, caracterizar até crime, porém, tais condutas fogem ao objeto da presente ação e já foram analisadas pela Promotoria de Saúde da Procuradoria da Justiça do Estado do Ceará, que já solicitou a apuração dos fatos pela Promotoria Criminal.

Constata-se que o senhor FRANCISCO LUZIMAR CAVALCANTE LIMA, titular da empresa individual FRANCISCO LUZIMAR CAVALCANTE LIMA - ME, ambos autores, por meio da empresa atua na área de manutenção de equipamentos, tendo prestado serviços a inúmeros hospitais, clínicas e consultórios, públicos e particulares. A sua capacitação técnica não é posta em dúvida, embora não seja engenheiro elétrico. Nos autos, às folhas 1.083 a 1.094 e 1.257 a 1.260, **constam diversos documentos que atestam a sua capacidade técnica.**

Também demonstra a capacitação do autor o depoimento das **testemunhas arroladas nos autos do processo da Ação Ordinária 0011643-06.2012.4.05.8100**, que tramita perante esta Vara, em que é autor MANOEL DÉCIO PINHEIRO FILHO contra FRANCISCO LUZIMAR CAVALCANTE LIMA, nos autos, às folhas 2.229 a 2.236, tomados como prova emprestada na presente ação:

(...)

A capacidade técnica dos autores foi, de forma inequívoca, questionada. Para **além do mero questionamento, foi propalada a sua incapacidade pelas promovidas PROEL**, sua sócia SORAIA PINHEIRO e por DÉCIO PINHEIRO. A prova consta dos autos, nos diversos **relatórios técnicos assinados por DÉCIO PINHEIRO**, na condição de responsável técnico, **informando que a manutenção realizada pelos autores não era adequada e recomendando que a manutenção dos equipamentos da marca DIXTAL fosse sempre realizada pela empresa PROEL**, cuja sócia era sua esposa, SORAIA PINHEIRO, nos autos às folhas 970 a 999.

(...)

Em 27 de junho de 2008, o promovido **MANOEL DÉCIO fez denúncia à Procuradoria Geral do Estado do Ceará**

rá, nos autos às folhas 1.968 e 1.969, relatando que a participação dos autores no Pregão Eletrônico 618/2007, para a contratação de serviços de manutenção para o Hospital Infantil Alberto Sabin, configura verdadeiro “perigo”, apontando que no Hospital Geral César Cals as centrais de UTI foram destruídas pelos autores. **No ofício denúncia, o promovido faz expressa referência a sua condição de Conselheiro do CREA, entretanto, não menciona que é responsável técnico por empresa concorrente (PROEL)**, pertencente a sua esposa e filha, nem que é sócio de empresas que também disputam licitações na área de serviços de manutenção de equipamentos hospitalares.

Impende salientar que embora reiteradamente pontuem a gravidade da denúncia que foi feita pelo promovido, tal conduta foi igualmente praticada pelos apelantes. Manoel Décio já havia encaminhado denúncia à Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde Pública em 2004 (cf. fl. 581), enquanto somente em 2008 foi protocolada a supracitada denúncia subscrita por Francisco Luzimar (fls. 30/113).

Em 2006, atuando como membro do CREA, Manoel Décio emitiu parecer em vistoria técnica realizada no Instituto Dr. José Frota (IJF), afirmando que os equipamentos encontravam-se sucateados, recomendando a contratação da empresa PROEL (fls. 626/641). Tal procedimento foi semelhantemente adotado em inspeção realizada no Instituto do Câncer do Ceará (ICC), em 2005 (fls. 642/644) e em 2006 (fls. 650/655), bem como no Hospital Universitário Walter Cantídeo (HUWC) (fls. 700/702), 2005.

Ademais, em um dos hospitais no qual o recorrido prestava serviços (“Hospital Maracanaú”), foram distribuídos panfletos “em que se destacava a incapacidade técnica da empresa FLAMED” (v. fl. 1166).

Em contraste, os depoimentos às fls. 1.166/1.173, aliados a atestados/declarações de satisfação distribuídos nos autos, corroboram a qualidade dos serviços prestados pela FLAMED em diversos estabelecimentos.

Quanto à capacitação técnica formal de Francisco Luzimar, desde 2002 sua experiência foi reconhecida pelo Conselho de

Educação do Ceará como equivalente ao de um Técnico de nível médio em Eletrônica (cf. fls. 374/375). No entanto, o registro provisorio junto ao CREA somente se deu em razão de sentença em mandado de segurança (fls. 390 e 394), porquanto o referido conselho persistia em cunhar óbices à sua efetivação.

A documentação constante dos autos indica que a “perseguição” se deu contra Francisco Luzimar e sua microempresa (FLAMED), causando-lhes significativo prejuízo em decorrência das falsas alegações de desqualificação técnica difundidas pela PROEL e seus representantes, e das dificuldades administrativas impostas pelo CREA sob a influência de Manoel Décio. Conclui-se, portanto, que a presente demanda foi proposta como retaliação à de nº 0010648-90.2012.4.05.8100, em que restou assente o prejuízo dos apelados.

No que tange à afirmação de que a reconvenção foi uma extrapolção ao direito de defesa, carece ao recorrente o requisito do interesse recursal quanto a esse item, tendo em vista que o citado instrumento processual – embora regularmente proposto, à luz do art. 315, CPC – foi extinto na sentença objurgada.

Como se vê, não há nos autos participação do CREA na lide, e nem seria o caso de sua participação pela falta de interesse, sendo certo que o *thema decidendum* versa unicamente sobre indenização a ser paga pelo réu ao autor, por atos ilícitos praticados supostamente no exercício da função de Conselheiro do CREA.

Flagrante incompetência da Justiça Federal pela ausência na relação processual das entidades submetidas à jurisdição da Justiça Federal.

Sentença anulada e devolução do autos à 18ª Vara da Justiça do Estado do Ceará.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 577.517-CE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APO-
LIANO
Apelante: TERMACO TERMINAIS MARÍTIMOS DE CONTAI-
NERS E SERVIÇOS ACESSÓRIOS LTDA.
Apelados: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉ-
GRAFOS - ECT E INSTITUTO NACIONAL DE PRO-
PRIEDADE INDUSTRIAL - INPI
Repte.: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª RE-
GIÃO
Advs./Procs.: DRS. LAERTE MEYER DE CASTRO ALVES E OU-
TROS (APTE.) E BRUNO CHAGAS COSTA DE VAS-
CONCELOS E OUTROS

***EMENTA: DIREITO COMERCIAL. PROPRIEDA-
DE INDUSTRIAL. REGISTRO DE MARCA. COLI-
DÊNCIA RECONHECIDA. INEGÁVEIS SEME-
LHANÇAS GRÁFICA E FONÉTICA. SERVIÇOS
DESTINADOS AO MESMO SEGMENTO MERCA-
DOLÓGICO. IMPOSSIBILIDADE DE COEXISTÊN-
CIA ENTRE AS MARCAS. CONFUSÃO AO CON-
SUMIDOR. AFASTAMENTO DA MULTA POR
EMBARGOS CONSIDERADOS PROTELATÓRIOS.
- Conforme previsão legal, a hipótese de incidên-
cia da multa do art. 538 do CPC é a oposição de
embargos declaratórios manifestamente prote-
latórios. No caso em apreço, não se evidencia o
intuito procrastinatório do recurso. Tanto é as-
sim que a julgadora não rejeitou de plano os
embargos, discorrendo sobre a suposta omis-
são apontada pela embargante e, assim, sobre o
mérito daqueles, ainda que para lhes negar pro-
vimento. Considerando que só foi oposto um
recurso de embargos, e ausente o seu caráter
protelatório, deve ser afastada a aplicação da alu-
dida multa.
- Afigura-se incontroversa nos autos a similar-
idade entre as marcas “SEDEX” e “SETEX”, tan-***

to no que diz respeito à similitude gráfica e fonética, quanto no que se refere à exploração do mesmo segmento de mercado, qual seja, serviços de entrega expressa de encomendas. Apesar de a imitação ser parcial, pois há o acréscimo à marca SETEX da expressão Serviço de Entrega Termaco Expressa, a adição é insuficiente para a descaracterização da similaridade entre ambas.

- Não restam dúvidas de que, devido às suas semelhanças e aos serviços oferecidos (que são os mesmos – entrega de encomendas), as marcas discutidas são hábeis a propiciar confusão ou associação entre elas no mercado consumidor.

- Exclusão da multa aplicada à embargante. Apelação provida, em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento, 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, 5 de fevereiro de 2015. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO:

Apelação desafiada por Termaco - Terminais Marítimos de Containers e Serviços Acessórios Ltda., em face da sentença que julgou improcedente o pedido de desconstituição da decisão administrativa proferida pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, nos autos do Processo Administrativo nº 900092289, publi-

cada na Revista de Marcas nº 2.081, de 23/11/2010, que indeferiu o registro da marca mista SETEX SERVIÇO DE ENTREGA TERMACO EXPRESSA.

Nas razões recursais, a apelante pugnou pela reforma da sentença, sustentando, em síntese: a) a licitude na utilização da marca “SETEX”, uma vez que não reproduz e nem imita a marca “SEDEX”, em razão da existência de um complemento distintivo; b) a distinção das artes gráficas questionadas que compõem as marcas “SETEX” e “SEDEX”, bem assim dos *slogans* usados pelas empresas para promoverem publicamente as suas respectivas marcas no mercado; c) coexistência da marca “SEDEX” com outras marcas semelhantes, prestando o mesmo tipo de serviços, tais como FedEx Express; d) por fim, aduziu que deveria ser afastada a aplicação da multa do art. 538 do CPC, posto que os embargos de declaração foram manejados com base em causa legítima, qual seja, a existência de omissão na sentença, e não, com o objetivo de procrastinar o feito.

As contrarrazões estão, pela ordem, às fls. 254/288 e 292/304. É, no que importa, o relatório.

Dispensada a revisão.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (Relator):

De início, analiso o pleito recursal referente à exclusão da multa do art. 538 do CPC. Conforme previsão legal, a hipótese de incidência daquela sanção é a oposição de embargos de declaração manifestamente protelatórios.

Contudo, no caso em apreço, não vislumbro o intuito procrastinatório do recurso da parte. Tanto é assim que a julgadora não rejeitou de plano os embargos, discorrendo sobre a suposta omissão apontada pela embargante e, assim, sobre o mérito daqueles, ainda que para lhes negar provimento. Considerando, pois, que só foi oposto um recurso de embargos, e ausente o seu caráter protelatório, deve ser afastada a aplicação da aludida multa.

Por outro lado, compulsando os autos, verifico que não merece reparo a v. sentença, pelos mesmos argumentos expendidos

pela douta Magistrada *a quo*, os quais adoto, como razões de decidir, *in verbis*:

FUNDAMENTAÇÃO

Compulsando os autos, constato que este processo comporta o julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, I, do CPC. De fato, a plena cognição dos fatos reclama apenas o estudo de provas eminentemente documentais, as quais, mesmo na hipótese de não terem sido produzidas de maneira satisfatória, já se encontram preclusas.

O cerne da questão em deslinde refere-se à possibilidade de de anular decisão do Instituto Nacional da Propriedade Industrial que indeferiu o registro da marca SETEX SERVIÇO DE ENTREGA TERMACO EXPRESSA, em razão de sua semelhança com a marca SEDEX, previamente registrada pelos Correios.

Em se tratando de decisão proferida em processo administrativo, é importante a ressalva de que não cabe ao Poder Judiciário invadir a esfera discricionária da Administração Pública, devendo o controle dos atos administrativos se ater ao exame da legalidade do ato, eximindo-se o juiz de reapreciar o mérito administrativo.

Levando em consideração tais asserções, verifico que a pretensão da promovente não merece o amparo judicial pretendido.

Observo, no entanto, que a decisão administrativa impugnada é suscetível de controle judicial, ao contrário do que alega o INPI, pois, no caso, a solução do conflito não demanda incursão no juízo discricionário da autoridade, sendo suficiente, para tanto, o exame da legalidade do ato, bem como a sua apreciação à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Nesse sentido, a Lei nº 9.279/96, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, dispõe em seu art. 124 as diversas hipóteses de inadmissibilidade de registro como marca. No que toca a este processo, convém transcrever o que estabelece o inciso XIX:

Art. 124. Não são registráveis como marca:

(...)

XIX - reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia. (Grifo nosso)

A meu ver, a semelhança entre as marcas SEDEX e SETEX é inequívoca, prescindindo-se de maiores esforços intelectuais para essa constatação, sendo, aliás, perceptível para qualquer pessoa de senso comum.

A imitação, sem dúvida, é parcial, pois há o acréscimo à marca SETEX da expressão SERVIÇO DE ENTREGA TERMACO EXPRESSA, todavia a adição é insuficiente para a descaracterização da similaridade das marcas. SETEX e SEDEX são palavras manifestamente semelhantes foneticamente, havendo a modificação apenas de uma letra, “t” por “d”, ambas representativas de fonemas símile do português brasileiro. Ambas as marcas se referem a serviço de entrega expressa de encomendas, chegando a promoverem ao cúmulo de se utilizar do nome “Correio”, indelevelmente associado à ECT, para promover, em seu *slogan* publicitário, o serviço denominado SETEX. Ademais, o exame da representação gráfica da marca da autora mostra que o foco e o destaque estão todos no nome SETEX, enquanto o complemento, que, em tese, deveria ser distintivo, está totalmente em segundo plano, ficando mesmo ilegível a pouca distância, como se observa na imagem reproduzida pela ECT em sua contestação (v. fl. 76).

Sendo assim, é patente, a meu sentir, o propósito da promotente de se aproveitar da semelhança com a marca SEDEX, largamente conhecida, bem como de todos os predicados que lhes são associados, em benefício dos seus serviços, causando confusão em seus consumidores.

Na esteira desse entendimento, o STJ, especificamente quanto a litígios que versam sobre registros de marcas similares no INPI, tem se pronunciado nos seguintes termos:

DIREITO MARCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA PARA JULGAR PEDIDO DE PERDAS E DANOS DECORRENTES DO USO DA MARCA, CUJO REGISTRO PRETENDE-SE AANULAÇÃO. LIDE QUE NÃO ENVOLVE A UNIÃO, AUTAR-

QUIA, FUNDAÇÃO OU EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. REGISTRO DA MARCA “CHEESE.KI.TOS”, EM QUE PESE A PREEXISTÊNCIA DO REGISTRO DA MARCA “CHEE.TOS”, AMBAS ASSINALANDO SALGADINHOS “SNACKS”, COMERCIALIZADOS NO MESMO MERCADO. IMPOSSIBILIDADE, VISTO QUE A COEXISTÊNCIA DAS MARCAS TEM O CONDÃO DE PROPICIAR CONFUSÃO OU ASSOCIAÇÃO AO CONSUMIDOR.

1. A autora pretende cumular duas ações: a primeira a envolver a nulidade do registro marcário, obtido pela empresa ré e efetuado pelo INPI, e a segunda buscando a reparação dos danos alegadamente causados pela sociedade ré, isto é, lide que não envolve a autarquia. Destarte, como o artigo 292, § 1º, II, do CPC restringe a possibilidade de cumulação de pedidos, admitindo-a apenas quando o mesmo Juízo é competente para conhecer de todos e o artigo 109, I, da Constituição Federal prevê que compete aos juízes federais processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, é descabida a cumulação, sob pena de usurpação da competência residual da Justiça Estadual.

2. Em que pese o artigo 124, XIX, da Lei da Propriedade Industrial vedar a reprodução ou imitação da marca, suscetível de causar confusão ou associação com outra, para a recusa de registro, por haver anterior de marca assemelhada, deve a autoridade administrativa tomar em conta se há identidade dos produtos e se pertencem ao mesmo gênero de indústria e comércio, consistindo a novidade marcária, sobretudo, na impossibilidade de confundir-se com qualquer outra empregada para produtos ou serviços semelhantes.

3. No caso, a recorrente tem registro de marca que, apesar da conclusão da Corte de origem de que evoca ao termo comum anglo-saxão *cheese* (queijo), é incontroverso que ambas assinalam salgadinhos *snacks*, exploram o mesmo mercado consumidor e têm grafia e pronúncia bastante assemelhadas – hábeis a propiciar confusão ou associação entre as marcas no mercado consumidor.

4. “A finalidade da proteção ao uso das marcas – garantida pelo disposto no art. 5º, XXIX, da CF/88 e regulamentada pelo art. 129 da LPI – é dupla: por um lado protegê-la contra usurpação, proveito econômico parasitário e o desvio desleal de clientela alheia e, por outro, evitar que o consumidor seja confundido quanto à procedência do produto (art. 4º, VI, do CDC). (Resp 1.105.422/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 18/05/2011)

5. A possibilidade de confusão ou associação entre as marcas fica nítida no caso, pois, como é notório e as próprias embalagens dos produtos da marca “CHEE.TOS” e “CHEESE.KI.TOS” reproduzidas no corpo do acórdão recorrido demonstram o público consumidor alvo do produto assinalado pelas marcas titularizadas pelas sociedades empresárias em litígio são as crianças, que têm inegável maior vulnerabilidade, por isso denominadas pela doutrina – o que encontra supedâneo na inteligência do 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor – como consumidores hipervulneráveis.

6. O registro da marca “CHEESE.KI.TOS” violou o artigo 124, XIX, da Lei da Propriedade Industrial e não atende aos objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo, consoante disposto no artigo 4º, incisos I, III e VI, do Código de Defesa do Consumidor, sendo de rigor a sua anulação.

7. Recurso especial parcialmente provido.

RECURSO ESPECIAL. PROTEÇÃO À MARCA. ART. 124, XIX, DA LEI Nº 9.279/96. CONFLITO ENTRE OS SIGNOS “DAVE” E “DOVE”. INEGÁVEL SEMELHANÇA GRÁFICA E FONÉTICA. PRODUTOS DESTINADOS AO MESMO SEGMENTO MERCADOLÓGICO. IMPOSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA. PREVALÊNCIA DO REGISTRO MAIS ANTIGO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Art. 124, XIX, da Lei nº 9.279/96. Interpretação.

2. Conflito entre os signos “DAVE” e “DOVE”. Utilização em produtos idênticos, semelhantes ou afins. Marcas registradas na mesma classe perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI.

3. Semelhança gráfica e fonética entre as expressões. Inadmissível a coexistência de ambas no mesmo ramo de atividade comercial, sob pena de gerar indesejável confusão mercadológica.

4. Registro da expressão mais moderna – “DAVE” – invalidado, em face da anterioridade do registro da marca “DOVE”.

5. Recurso especial improvido.

Na mesma linha de raciocínio são os precedentes de nossos tribunais, conforme ementas a seguir transcritas:

DIREITO COMERCIAL. MARCA. REGISTRO. POSSIBILIDADE DE CONFUSÃO COM MARCA JÁ REGISTRADA NO MESMO RAMO DE ATIVIDADE. VEDAÇÃO LEGAL.

1. A coincidência quase total das marcas “DUPLO A” e “DUPLO M” é suficiente, ante o potencial de confusão entre elas e a vedação de registrabilidade de marca prevista no art. 124, incisos V e XIX, da Lei nº 9.279/96, quando pretendido o registro no mesmo ramo de atividade, como é o caso dos autos.

2. A proteção legal ao nome comercial está restrita, atualmente, à unidade federativa de jurisdição da Junta Comercial em que registrados os atos constitutivos da empresa, enquanto a proteção da marca tem abrangência nacional, razão pela qual o fato de a autora ter registrado seu nome comercial no Estado de Pernambuco não lhe garante o direito ao registro da marca nele baseada no INPI, sobretudo, quando, anteriormente, outro titular já registrou marca no mesmo ramo de atividade apta a ser com aquela confundida.

3. Não provimento da apelação da autora.

PROPRIEDADE INDUSTRIAL. NULIDADE DE REGISTRO. COLIDÊNCIA DE MARCAS. DORFLEX E DORLESS.

- Apelações e remessa em face de sentença que julgou procedente o pedido autoral, para decretar a nulidade do ato administrativo do INPI que concedeu o registro nº 819753637, referente à marca “DORLESS” classe de medicamentos alopáticos, homeopáticos, veterinários, correlatos em geral, produtos para tratamento odontológico e membro e órgãos artificiais; medicamentos que atuam no sistema nervoso central e periférico, com especificação “ANALGÉSICO NARCÓTICO”, de titularidade da empresa ré. Determinou, ainda, a suspensão imediata dos efeitos do registro com a publicação da decisão na próxima RPI e no site oficial do INPI.

- A função principal das marcas é distinguir os produtos de outros idênticos, semelhantes ou afins, de origens diversas, nos termos do artigo 123, I, da Lei nº 9.279/96, bem como de identificação da origem dos produtos.
- O art. 124, XIX, da Lei de Propriedade Industrial consigna que não é registrável como marca a “reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia”.
- Evidente risco de confusão entre os consumidores quanto às marcas DORFLEX e DORLESS, tendo em vista a similitude gráfica e fonética, quando consideradas, ainda, como produtos do mesmo segmento de mercado.
- Apelações e remessa desprovidas. Sentença integralmente confirmada.

EMBARGOS INFRINGENTES. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. INPI. INTERESSE RECURSAL. ANULAÇÃO DO ATO QUE DEFERIU O REGISTRO DE MARCA. FARMODERM E FARMA-DERM. OCORRÊNCIA DE COLIDÊNCIA. LEI Nº 9.279/96. ANTERIORIDADE DO REGISTRO IMPEDITIVO. CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO.

I - Não obstante figurar como réu, o INPI restou vencido no julgamento que, por maioria, deu provimento ao recurso de apelação interposto pela empresa ré e à remessa necessária, para reformar a sentença que havia julgado procedente o pedido de anulação de seu ato administrativo, uma vez que todas as vezes em que teve oportunidade de se pronunciar nos autos, manifestou-se de maneira favorável à parte autora, razão pela qual não há que se falar em falta de interesse em recorrer.

II - A função primordial da marca é identificar um produto, distinguindo-o de outros iguais ou similares existentes no mercado, de forma a evitar que os consumidores se confundam com produtos afins da concorrência.

III - A legislação marcária veda o registro de marca colidente com uma marca anteriormente registrada, sendo imprescindível que a similitude entre as marcas seja capaz de gerar confusão ou associação indevida pelo consumidor entre produtos afins de diferentes origens,

bem como prejuízo para a reputação da marca original. Inteligência do artigo 124, inciso XIX, da Lei nº 9.279/96. IV - Inviável a aplicação do princípio da especialidade com o fim de respaldar a coexistência das marcas em cotejo, pois embora as marcas pertençam a classes diversas, existe a possibilidade de ocorrência de confusão ao público consumidor, ante a identidade gráfica e fonética das marcas em litígio e também tendo em vista que as marcas em cotejo alcançam segmento mercadológico semelhante e a mesma clientela.

V - O fato de uma marca ter apresentação mista e outra, nominativa, em nada interfere com a aferição de similaridade e reconhecimento de eventual colidência, uma vez constatada a semelhança fonética e gráfica do elemento nominativo integrante de marca mista a distinguir a mesma classe de produtos ou serviços ou classes semelhantes.

VI - Ainda que se adotasse o entendimento no sentido da impossibilidade legal de apropriação exclusiva do termo FARMODERM – pela empresa autora, por se tratar de termo de uso comum ou genérico, a marca criada pela empresa ré (embargada) deveria ser dotada de suficiente distintividade, o que não se verifica na hipótese, havendo efetiva possibilidade de acarretar confusão ao consumidor quanto à origem dos produtos ou serviços oferecidos, uma vez que ambas as empresas atuam em segmentos mercadológicos afins.

VII - Embargos infringentes providos.

Cumprido ressaltar, por fim, que a eventual similitude das marcas SEDEX e SETEX com outras que já foram objeto de registro, tais como FedEx Express e SERTEX, não constituem objeto deste processo. Em relação à FedEx Express, a promotora não tem legitimidade para alegar prejuízo do detentor daquela marca em decorrência da existência da marca SEDEX, o que caberia à pessoa jurídica proprietária da marca. Por outro lado, no que se refere à preexistência da marca SERTEX, além de não constituir objeto deste litígio judicial, uma possível admissão do registro da marca com ofensa ao disposto no art. 124, XIX, da Lei nº 9.279/96 por parte do INPI não serviria de justificativa para nova ilicitude praticada com o mesmo fundamento – e, nesse caso, caberia à prejudicada, ECT, o resguardo de seus direitos na via administrativa ou na judicial.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido.

Condeno a promovente ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para cada um dos réus, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Sob o influxo de tais considerações, dou provimento, em parte, à apelação, apenas para excluir a multa aplicada à embargante.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0800671-07.2013.4.05.8100-CE (PJe)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT
Apelante: CHARLIE JONAS
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

EMENTA: DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. ESTRANGEIRO. EXPULSÃO. ART. 75, II, B, LEI Nº 6.815/80. FILHO BRASILEIRO NASCIDO APÓS A PRÁTICA DA INFRAÇÃO PENAL. CAUSA OBSTATIVA DE EXPULSÃO. INOCORRÊNCIA. GUARDA E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. NÃO COMPROVAÇÃO. IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO. TÉCNICA DA MOTIVAÇÃO REFERENCIADA (PER RELATIONEM).

- A sentença julgou improcedente o pedido exordial que objetivava anular o ato que impede o demandante de adentrar no território nacional (Portaria nº 1088, de 22 de abril de 2004, do Ministério da Justiça).

- Não se admite a expulsão de estrangeiro com filho brasileiro residente no país, acaso reste comprovada a dependência econômica da prole

em relação ao genitor e a convivência entre ambos, à época do fato que deu ensejo à aplicação da penalidade.

- Contudo, consoante entendimento firmado na jurisprudência acerca do tema, possível é a anulação do decreto de expulsão de estrangeiro em razão do nascimento de filho em território nacional posteriormente à edição do ato, desde que atendidos os requisitos previstos na hipótese excludente de expulsabilidade (art. 75, II, b).

- Na hipótese dos autos, não restou demonstrado, à saciedade, o preenchimento das exigências previstas no art. 75, II, b, da Lei nº 6.815/80. É que, os documentos que acompanham a exordial não se prestam a evidenciar o atendimento ao requisito atinente à dependência econômica, vez que, como bem assinalou a ré, trata-se de comprovações de remessas de dinheiro para a Sra. Valdiana Alves de Sousa feitas por terceiros e não pelo autor, não se podendo inferir que o montante transferido se destine à assistência financeira do filho do promovente.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes Autos nº 0800671-07.2013.4.05.8100, em que são partes as acima mencionadas, ACORDAM os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em negar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Recife, 26 de fevereiro de 2015. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA
ERHARDT - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT:

1. Trata-se de apelação contra sentença que julgou improcedente o pedido exordial que objetivava anular o ato que impede o demandante de adentrar no território nacional (Portaria nº 1088, de 22 de abril de 2004, do Ministério da Justiça).

2. Em sede de razões de apelação aduz, em apertada síntese, que é descabido o ato que o expulsou do país, vez que, conforme dispõe o Estatuto do Estrangeiro (art. 75, II, *b*), não é possível a aplicação de tal sanção quando o estrangeiro tiver filho sob sua guarda e dependência econômica, hipótese em que, conforme alega, estaria enquadrado. Defende, ainda, que o Poder Público deve lhe assegurar o trânsito livre no país para que possa acompanhar a educação do seu filho menor, que, por sua vez, tem direito à convivência com o pai, conforme prevê a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. Contrarrazões apresentadas.

4. Parecer do MPF pelo não provimento da apelação.

5. É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

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

1. A sentença julgou improcedente o pedido exordial que objetivava anular o ato que impede o demandante de adentrar no território nacional (Portaria nº 1088, de 22 de abril de 2004, do Ministério da Justiça).

2. O provimento jurisdicional de Primeira Instância não merece reparos. Trago, aqui, a fundamentação do mesmo como motivação deste voto¹, na medida em que o MM. Juiz de Primeiro Grau

¹ Sobre a adoção da técnica, v. decisão do e. STF no julgamento do AI 852.520 (AgRedD). Impende registrar, também, o posicionamento da doutrina, explicitando que a fundamentação *per relationem* pode ser utilizada pelo julga-

demonstrou, com propriedade, as razões pelas quais não deve prosperar a presente remessa obrigatória:

2. FUNDAMENTAÇÃO:

De pronto, há que ser afastada a prejudicial alegada pela ré, vez que a lide, ainda que por via reflexa, envolve interesse de menor, em relação ao qual não corre prescrição nos termos do art. 198, I, cumulado com o art. 3º, I, do Código Civil.

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

(...)

Art. 198. Também não corre a prescrição:

I - contra os incapazes de que trata o art. 3º;

Superada tal questão, passa-se ao exame do mérito.

Na hipótese, o autor pretende anular o ato que lhe impede de adentrar no território nacional (Portaria nº 1.088, de 22 de abril de 2004, do Ministério da Justiça).

Acerca da matéria, a Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro) assim dispõe:

Art. 75. Não se procederá à expulsão: (Renumerado e alterado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)

I - se implicar extradição inadmitida pela lei brasileira; ou (incluído incisos, alíneas e §§ pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)

II - quando o estrangeiro tiver:

(...)

b) filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente.

§ 1º não constituem impedimento à expulsão a adoção ou o reconhecimento de filho brasileiro supervenientes ao fato que o motivar. (Grifos nossos)

dor desde que: “a) não tenha havido suscitado de fato ao argumento novo, b) a peça processual à qual se reporta a decisão esteja substancialmente fundamentada, aplicando-se, ainda tudo o que se disse até aqui sobre os fundamentos da própria decisão, c) a peça que contém a fundamentação referida esteja nos autos e que a ela possam ter acesso às partes”. (*In* Curso de Processo Civil, vol. 02, Fredie Didier Junior e outros, p. 272)

Consoante se vê, nos estritos termos dos dispositivos acima mencionados, não se admite a expulsão de estrangeiro com filho residente no país, acaso reste comprovada a dependência econômica da prole em relação ao genitor e a convivência entre ambos, à época do fato que deu ensejo à aplicação da penalidade.

Contudo, consoante entendimento firmado na jurisprudência acerca do tema, possível é a anulação do decreto de expulsão de estrangeiro em razão do nascimento de filho em território nacional posteriormente à edição do ato, desde que atendidos os requisitos previstos na hipótese excludente de expulsabilidade (art. 75, II, *b*).

Sobre o tema, cumpre colacionar o seguinte aresto do STJ:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. DECRETO DE EXPULSÃO DE ESTRANGEIRA. CONDENAÇÃO ANTERIOR POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NASCIMENTO DE PROLE NACIONAL. MUDANÇA PARA O EXTERIOR ANTES DA EFETIVAÇÃO DA MEDIDA. COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA E DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Cuida-se de *habeas corpus* contra ato praticado pelo Ministro de Estado da Justiça que determinou a expulsão da alienígena do território nacional, após o cumprimento de pena por tráfico internacional de drogas. Almeja a anulação do ato impugnado, a fim de inviabilizar sua expulsão, fundamentando o pedido no direito à convivência familiar e no princípio da máxima prioridade da criança, nascida em território nacional.

2. Caracteriza-se situação excludente de expulsabilidade, mesmo na hipótese em que o nascimento da prole nacional ocorre após a condenação criminal ou a edição do decreto de expulsão, quando há comprovação inequívoca da relação de dependência econômica e do vínculo socioafetivo entre estrangeiro e prole nacional, resguardando-se a proteção à unidade familiar e aos interesses da criança. Precedentes.

3. O *habeas corpus* é ação constitucional que deve ser instruída com todas as provas necessárias à constatação de plano da ilegalidade praticada pela autoridade impetrada, não se admitindo dilação probatória.

4. A proibição de expulsar estrangeiro que tenha prole brasileira objetiva não somente proteger os interesses da cri-

ança no que se refere à assistência material, mas também, resguardar os direitos à identidade, à convivência familiar e à assistência pelos pais.

5. Ainda que não haja prova explícita da dependência econômica, essa se presume da situação fática, qual seja, uma criança com três anos incompletos, sem indicação de paternidade no registro de nascimento ou informação de outros parentes, além de sua mãe, ora impetrante e paciente.

6. Ordem concedida.

(HC 201001544837, CASTRO MEIRA, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJe DATA: 11/05/2011. DTPB) (grifos nossos)

Na hipótese dos autos, contudo, não restou demonstrado, à saciedade, o preenchimento das exigências previstas no art. 75, II, *b*, da Lei nº 6.815/80. É que, os documentos que acompanham a exordial não se prestam a evidenciar o atendimento ao requisito atinente à dependência econômica, vez que, como bem assinalou a ré, trata-se de comprovações de remessas de dinheiro para a Sra. Valdiana Alves de Sousa feitas por terceiros e não pelo autor, não se podendo inferir que o montante transferido se destine à assistência financeira do filho do promovente.

Ademais, regularmente intimado o autor para produzir provas, requereu o julgamento antecipado da lide, não se desincumbindo do ônus de comprovar fato constitutivo de seu direito, na forma do artigo 333, inciso I, do CPC.

Destarte, não há de se acolher a pretensão autoral.

3. DISPOSITIVO:

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido.

Deixo de condenar o autor no pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios, por ser beneficiário da justiça gratuita.

Decorrido *in albis* o prazo para recursos, arquivem-se.

P.R.I.

3. Diante do exposto, nego provimento à apelação, mantendo a sentença recorrida pelos seus próprios e doutos fundamentos.

4. É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0802368-45.2013.4.05.8300-PE (PJe)

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO)
Apelantes: RONALDO FRANCISCO DA SILVA JÚNIOR E OUTRO
Apelados: UNIÃO FEDERAL E OUTRO
Repte.: MEURY ISABELA HENRIQUE DA SILVA (PAIS)
Adv./Proc.: DRA. ALDICEIA SOARES LINS (APTES.)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. ACIDENTE DE MOTO EM RODOVIA FEDERAL. LINHA DE CEROL. RESPONSABILIDADE DE TERCEIRO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. INCABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA UNIÃO E DO DNIT.

- Trata-se de apelação de sentença que julgou improcedente pedido de indenização por danos materiais e morais por acidente sofrido pelo marido e pai dos autores na condução de sua motocicleta, quando trafegava na BR-232 em Pernambuco, ferido mortalmente por uma 'linha de cerol' na altura do pescoço, vindo a falecer no local.

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

- No caso, conforme se verifica nos documentos acostados aos autos, a vítima trafegava na BR 232 quando foi atingida por linha de cerol, falecendo por esgorjamento. Do relatório do inquérito policial, consta que, no dia 31/12/2011, por volta das 17:40 h, faleceu Ronaldo Francisco da

Silva, quanto trafegava pela BR 232, Km 11. A vítima teve o seu pescoço envolto por uma linha de pipa cortante, o que causou a sua morte.

- A Administração Pública, na hipótese, não contribuiu para o evento danoso. O evento danoso foi produto da ação de terceiros: colocação de “linha de cerol”.

- Neste caso específico, não se faz possível exigir que a União e o DNIT fiscalizem as pessoas que estão empinando pipa perto da rodovia, até porque não tem como evitar que uma pessoa pratique tal ato, não podendo ser imputado a eles, a responsabilidade pelo evento. Precedente: TRF, Número do Processo: 0800319-31.2013.4.05.8300, Relator: Desembargador Federal Geraldo Apoliano, julg. 10.6.2014.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acordam os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em negar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.

Recife, 24 de fevereiro de 2015. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO -
Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação de sentença que julgou improcedente pedido de indenização por danos materiais e morais, diante de acidente sofrido pelo marido e pai dos autores, quando trafegava na BR-232 em Pernambuco.

Sustentam os autores que no dia 31/12/2011, Ronaldo Francisco da Silva, na época com 26 anos de idade, na condução de

sua motocicleta, quando trafegava na BR-232, foi ferido mortalmente por uma linha com cerol na altura do pescoço, vindo a falecer no local. Entende que tal fato faria exsurgir a responsabilidade por omissão da União Federal e DENIT ante a suposta falta de fiscalização eficaz. Argumenta que a sentença ao não conceder indenização requerida, não observou a realidade dos fatos.

É o relatório.

Após contrarrazões, subiram os autos, sendo-me conclusos por força de distribuição.

Inclua-se o feito em pauta.

VOTO

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

LEGITIMIDADE PASSIVA

A União defende sua ilegitimidade passiva e a legitimidade do DNIT para integrar o polo passivo da ação. Assiste razão à União Federal quanto à necessidade de figurar no polo passivo o DNIT. Ante a descentralização da Administração Pública, tendo a Lei nº 10.233/01 conferido personalidade jurídica própria àquele ente quanto à manutenção das rodovias federais, deverá o DNIT figurar no polo passivo da lide. Quanto ao DNIT, este alega que não teria legitimidade para figurar na lide, pois “o acidente noticiado nos autos teria ocorrido no dia 31.12.2011, portanto, durante a vigência do Convênio nº 012/2002, celebrado entre a União e o Estado de Pernambuco, que transfere toda a responsabilidade pela manutenção (causa de pedir) da rodovia BR - 232/PE, antes a cargo do DNIT, para o governo estadual”. A legitimidade do DNIT e da União, confunde-se com o mérito, pelo que será apreciada em sua análise.

MÉRITO

Ensina a melhor doutrina que o Poder Público, como qualquer sujeito de direito, obriga-se a reparar economicamente os danos que causar ao patrimônio jurídico de outrem, através de comportamentos lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, puramente fáticos ou jurídicos. Acerca desta matéria, dispõe o § 6º do artigo 37 da Constituição da República, de 1988:

Art. 37.

(...)

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

A análise do dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. É a tese da responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo.

A teoria do risco administrativo esteia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais.

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

Convém ressaltar que a responsabilidade do Estado concretiza-se em ocorrendo um dano juridicamente reparável, além de reclamar ofensa a algo que o ordenamento jurídico reconheça em favor de um sujeito de direito. Neste diapasão, dano juridicamente reparável não pressupõe necessariamente dano econômico, podendo atingir, por certo, o patrimônio moral do indivíduo.

No caso, conforme se verifica nos documentos acostados aos autos, a vítima trafegava na BR 232 quando foi atingida por linha de cerol, falecendo por esgorjamento. Do relatório do inquérito policial, consta que, no dia 31/12/2011, por volta das 17:40 h, faleceu Ronaldo Francisco da Silva, quanto trafegava pela BR 232, Km 11. A vítima teve o seu pescoço envolto por uma linha de pipa cortante, o que causou a sua morte.

Na hipótese, a Administração Pública não contribuiu para o evento danoso. Não houve “concausa”. O evento danoso foi produto da ação de terceiros: colocação de “linha de cerol”.

O DNIT não poderia responder pela morte do marido e pai dos autores, pois a responsabilidade daquela autarquia reside na manutenção e conservação de rodovias, aplicável em casos como acidentes decorrentes de má-conservação ou sinalização de rodovias, o que não é o caso em apreço. A causa determinante do acidente, não foi a suposta omissão de fiscalização do Estado, mas a indevida e perigosa colocação, por terceiros, da “linha de cerol” na rodovia.

Também neste caso específico é impossível exigir que a União fiscalize as pessoas que estão empinando pipa perto da rodovia, até porque não tem como evitar que a criança, o adolescente ou até mesmo o adulto pratique tal ato, não podendo imputar a responsabilidade da União a esse nível de fiscalização

Ressalte-se que, diante de prova testemunhal prestada nos autos, constata-se que a vítima prestava o serviço de moto-taxista no momento de sua morte. Nesse contexto, aplicável as normas de segurança à luz do art. 2º, I, da Resolução nº 356 do CONTRAN, que ao se reportar ao anexo IV, exige o aparador de linha, que tem por objetivo a proteção do tórax, pescoço e braços do condutor e passageiro.

Como fundamentado na sentença “por ser obrigatório o uso do aparador de linha, o condutor não poderia se furtar ao dever de se proteger adequadamente. Ademais, só para argumentar, ainda que a atividade desempenhada pela vítima fosse irregular, ante a possível ausência de autorização de moto-táxi a teor do art. 5º da mencionada Resolução, é certo que não poderia o condutor da moto se beneficiar de sua própria torpeza para se omitir ao dever de promover a sua segurança e do passageiro utilizando tais dispositivos de proteção. É certo que além da ausência de tais dispositivos de proteção, foi determinante para a morte precoce da vítima a conduta de terceiros que, ao manusear linha com substância cortante, ceifaram a vida do condutor da moto. Infelizmente, conforme o inquérito policial, não foram localizadas as pessoas que praticaram tal conduta ilícita. Apesar de a parte autora buscar

o mesmo tratamento jurídico para o acidente que vitimou seu ente querido e colisão decorrente da presença indevida de animais nas rodovias federais, não resta dúvida de que se trata de situações totalmente diversas. É que, em relação aos animais na pista, resta evidente a falta do serviço quando o desastre decorre da ausência de construção de mureta de proteção a fim de impedir/minimizar a presença de animais e colocação de placas de trânsito a fim de advertir os motoristas de tal perigo. Tal cautela não tem lugar quando se trata de linha com cerol”.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ACIDENTE OCORRIDO EM RODOVIA FEDERAL, OCASIONADO POR ACIDENTE DE MOTO, ENVOLVENDO “LINHA DE CEROL”. MORTE DO PAI DO DEMANDANTE. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. FISCALIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA UNIÃO. PRECEDENTES.

1. Apelação interposta pela União e pelo particular, em face da sentença que julgou procedente, em parte, pedido de indenização formulado em razão do falecimento do pai do autor, ocasionado por acidente de moto envolvendo “linha de cerol”, ocorrido nas margens da BR-101-Norte, no Município do Paulista/PE, condenando-a ao pagamento de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) devidamente corrigidos, a contar da sentença (Súmula nº 362, STJ), acrescido de juros de mora, na forma do disposto no Manual de Cálculos da Justiça Federal, a contar de 27-5-2011 (Súmula 362, STJ).

2. A responsabilidade das pessoas jurídicas por conduta omissiva – defeito de fiscalização – é subjetiva, e não objetiva. Embora não se exija a comprovação do elemento subjetivo do agente público, é indispensável a presença da denominada “culpa do serviço”. Ou seja, que o dano tenha sido causado por defeito do serviço público (ou da falta dele).

3. Hipótese em que a Administração Pública não contribuiu para o evento danoso. Não houve “concausa”. O evento danoso foi produto da ação de terceiros: colocação de “linha de cerol”. A causa determinante não foi a (suposta) omissão de fiscalização do Estado, mas a indevida e perigosa colocação, por terceiros, da “linha de cerol” na rodovia.

4. “Para a caracterização da obrigação de indenizar, exige-se a presença de certos elementos, quais sejam: a ação estatal, a ocorrência de dano e o nexo de causalidade. Na ausência de algum desses requisitos ou na presença de causa de causa excludente ou atenuante – culpa exclusiva ou concorrente da vítima no evento danoso – a responsabilidade estatal será afastada ou mitigada. 3. Ausência de nexo de causalidade entre o evento danoso e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, tendo em vista que os autores/apelantes não lograram comprovar se a causa direta do acidente sofrido foi a existência do buraco na rodovia ou se ocorreu por conta da negligência ou imprudência do próprio condutor da moto”. (PJe: 08000756420114058400, AC/RN, Terceira Turma, julg. 5-12-2013, Rel. Des. Fed. Marcelo Navarro)

5. Sem inversão dos ônus da sucumbência, em virtude de o autor militar sob o pálio de gratuidade processual. Apelação da União e remessa necessária providas. Prejudicada a apelação do particular. (TRF, Número do Processo: 08003193120134058300, Relator: Desembargador Federal Geraldo Apoliano, julg. 10.6.2014)

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 11.142-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E JOSÉ MÁRCIO DE FREITAS

Apelados: OS MESMOS E NAYARA MARIA DA COSTA

Advs./Procs.: DRS. FLÁVIO MAURÍCIO SANTANA DE MELLO E FLÁVIO MAURÍCIO SANTANA DE MELLO

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL. CONTRABANDO, RECEPÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO INDEVIDA DE PRODUTOS DESTINADOS A FINS

TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. CP, ART. 334, § 1º, III; ART. 273, §1º-B, I E V; E ART. 180, § 1º. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO DO RÉU VARÃO E ABSOLVIÇÃO DA RÉ, SUA ESPOSA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

- A exordial acusatória narrou que os réus, na qualidade de proprietários de uma farmácia, foram presos (flagrante) por manterem em depósito:

(i) medicamentos que foram produto de crime, qual seja, roubo realizado tendo por vítima a Transportadora Ramos;

(ii) medicamentos de uso controlado, em relação aos quais não possuíam autorização para a venda e, portanto, nocivos à saúde (Bromazepam, Uni Diazepaax, Lorazepam, Alprozolam e Bromoxon);

(iii) medicamentos de uso proibido no país, sem registro na ANVISA (Cytotec e Pramil) e de origem estrangeira, introduzidos de forma clandestina no país;

(iv) medicamento (Ácido Bórico) oriundo de laboratório interdito pela ANVISA;

(v) medicamento com adulteração de embalagem, adquiridos de ambulantes e de procedência ignorada.

- Ao cabo da instrução, sobreveio sentença absolvendo a ré por insuficiência de provas quanto à autoria (CPP, art. 386, VII), mas condenando seu marido nos seguintes termos:

(i) CP, art. 334, § 1º, III; e art. 273, §1º-B, I e V - pena de 13 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão, mais 240 dias-multa;

(ii) CP, art. 180, § 1º - pena de 04 anos de reclusão, mais 60 dias-multa;

(iii) os crimes do chamado “primeiro bloco” (i) teriam sido praticados, entre si, através de concurso formal (CP, art. 70), o qual, depois de devi-

damente aferido, ligar-se-ia ao crime do “segundo bloco” (ii) através de concurso material (CP, art. 69);

(iv) daí, então, as penas finais de 17 (dezesete) anos, 2 (dois) meses e 12 (dias de reclusão), mais 300 dias-multa, cada um deles dosado à razão de 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos.

- Houve, então, dois apelos:

(i) do MPF, desejando apenas a condenação da sócia (esposa); e

(ii) do marido (sócio), alegando, em sede preliminar, cerceamento do seu direito de defesa, porquanto lhe teria sido negada a produção de prova pericial; no mérito, insuficiência de provas para condená-lo.

- Inexiste cerceamento de defesa pelo indeferimento de realização de prova pericial, haja vista a desnecessidade de realização de exame que tivesse por finalidade averiguar a efetiva nocividade e/ou necessidade de proibição das mercadorias apreendidas, bastando a classificação formal dos medicamentos nesta condição. Se é verdade competir ao Poder Judiciário o dever de velar pela rápida solução dos litígios (CF, art. 5º, LXXVIII), é decorrentemente verdadeira a necessidade de obstar a prática de atos processuais supérfluos, impertinentes ou irrelevantes.

- A materialidade do delito encontra-se fartamente demonstrada através do auto de prisão em flagrante (fls. 06/07), do auto de apresentação e apreensão (fls. 24/34), dos laudos de constatação (fls. 44/50), dos boletins de ocorrência quanto aos medicamentos outrora roubados (fls. 68/69 e 74/75), das fotografias (fls. 458/463), além dos testemunhos prestados pelos policiais presentes à prisão – não há como ser acolhida a tese de insuficiência de provas.

- Os depoimentos do funcionário da farmácia, dos clientes e dos vizinhos, bem como as declarações dos próprios réus, foram todos no sentido de que apenas o marido era o responsável pelo gerenciamento da farmácia, sendo, sua esposa, uma simples dona de casa, apenas formalmente titular da empresa; não há prova da participação da ré nos crimes perpetrados, mas presunções e ilações decorrentes de sua condição conjugal, o que é insuficiente para uma condenação criminal, sempre exigente de prova robusta, inconcussa.

- Cumpre um comentário obiter dictum: sim, a pena final é elevadíssima. Tal, porém, não decorreu de mensuração exagerada que houvesse sido feita em sentença (que estipulou punições quase no mínimo legal), nem mesmo dos concursos que reconheceu (um deles aliás formal, sendo valorado em fração próxima à mínima estabelecida no CP, art. 70). A questão diz com as punições abstratamente estabelecidas no art. 273, § 1º-B.

- Esta Corte não ignora a opinião dos que alegam a desproporcionalidade da pena referida. Mas não se vê espaço, no ambiente de prática jurisdicional, para diminuições no “tipo”, tarefa sabidamente afeta à política legislativa. De outro lado, o incidente capaz de permitir o controle difuso de sua constitucionalidade (CF, art. 97) não parece, por agora, ser de bom alvitre deflagrar, porque o Superior Tribunal de Justiça já o fez (seu incidente originou-se no julgamento do HC 239.363-PR; a tramitação parece caminhar para o fim).

- Eventual ajuste na condenação e/ou na dosimetria das penas poderá ser feito, assim, a depender do julgamento mencionado, seja ainda em recurso especial, seja já em revisão criminal.

- Apelações do MPF e da defesa, com estas considerações, improvidas.

ACÓRDÃO

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

Recife, 3 de fevereiro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA:

Trata-se de duas apelações, interpostas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e por JOSÉ MÁRCIO DE FREITAS contra sentença que, julgando parcialmente procedente a denúncia:

- absolveu Nayara Maria da Costa quanto aos delitos capitulados no art. 180, § 1º, art. 278, art. 273, § 1º-B, I, V e VI e art. 344, § 1º, c, todos do CP;
- absolveu José Márcio de Freitas quanto aos delitos capitulados no art. 278 e art. 273, § 1º-B, VI, todos do CP;
- condenou José Márcio de Freitas pelo crime previsto no art. 180, §1º, em concurso material com o art. 273, § 1º-B, I e V, e o art. 334, § 1º, c, todos do CP.

O Órgão Ministerial apela pugnando pela condenação de Nayara Maria da Costa pelos delitos tipificados nos arts. 180, § 1º, 273, § 1º-B, I e V, e 334, § 1º, c, todos do Código Penal, sob o argumento de que a autoria delitiva da ré restaria comprovada nos autos, inclusive através de prova testemunhal.

O recurso de José Márcio alega, preliminarmente, cerceamento do direito de defesa, porquanto lhe teria sido negada a produção

de prova pericial; no mérito, alega insuficiência de provas para sua condenação.

Contrarrazões apresentadas por Nayara Maria da Costa (fls. 670/671) e pelo Ministério Público Federal (fls. 686/695).

Nesta instância, remetidos os autos à Procuradoria Regional da República, opinou o ilustre representante do *Parquet* pelo provimento apenas do apelo do Ministério Público.

Houve revisão.

É o que importa relatar.

VOTO

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

A exordial acusatória narrou que os réus, na qualidade de proprietários de uma farmácia, foram presos (flagrante) por manterem em depósito:

(i) medicamentos que foram produto de crime, qual seja, roubo realizado tendo por vítima a Transportadora Ramos;

(ii) medicamentos de uso controlado, em relação aos quais não possuíam autorização para a venda e, portanto, nocivos à saúde (Bromazepam, Uni Diazepaax, Lorazepam, Alprozolam e Bromoxon);

(iii) medicamentos de uso proibido no país, sem registro na ANVISA (Cytotec e Pramil) e de origem estrangeira, introduzidos de forma clandestina no país;

(iv) medicamento (Ácido Bórico) oriundo de laboratório interdito pela ANVISA;

(v) medicamento com adulteração de embalagem, adquiridos de ambulantes e de procedência ignorada.

Ao cabo da instrução, adveio sentença, de um lado, absolvendo a ré por insuficiência de provas quanto à autoria (CPP, art. 386, VII), mas, de outro, condenando seu marido nos seguintes termos:

(i) CP, art. 334, § 1º, III; e art. 273, § 1º-B, I e V - pena de 13 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão, mais 240 dias-multa;

(ii) CP, art. 180, § 1º - pena de 4 anos de reclusão, mais 60 dias-multa;

(iii) os crimes do chamado “primeiro bloco” (i) teriam sido praticados, entre si, através de concurso formal (CP, art. 70), o qual, depois de devidamente aferido, ligar-se-ia ao crime do “segundo bloco” (ii) através de concurso material (CP, art. 69);

(iv) daí, então, as penas finais de 17 (dezesete) anos, 2 (dois) meses e 12 (dias de reclusão), mais 300 dias-multa, cada um deles dosado à razão de 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos.

Houve, então, dois apelos:

(i) do MPF, desejando apenas a condenação da sócia (esposa); e

(ii) do marido (sócio), alegando, em sede preliminar, cerceamento do seu direito de defesa, porquanto lhe teria sido negada a produção de prova pericial; no mérito, insuficiência de provas para condená-lo.

Passo a analisá-los.

Inexiste cerceamento de defesa pelo indeferimento de realização de prova pericial, haja vista a desnecessidade realização de exame que tivesse por finalidade averiguar a efetiva nocividade e/ou necessidade de proibição das mercadorias apreendidas, bastando a classificação formal dos medicamentos nesta condição. Se é verdade competir ao Poder Judiciário o dever de velar pela rápida solução dos litígios (CF, art. 5º, LXXVIII), é decorrentemente verdadeira a necessidade de obstar a prática de atos processuais supérfluos, impertinentes ou irrelevantes. Eis a sentença:

Partindo dessa premissa, volto-me aos autos para verificar que a defesa pugnou pela realização de nova perícia, a qual deveria ter por objeto apontar os medicamentos apreendidos como de origem nacional ou estrangeira, esclarecendo ainda se seriam ou não nocivos à saúde e/ou de comercialização proibida.

Ora, a origem dos medicamentos (nacional ou estrangeira) já foi apontada nas perícias realizadas, consoante será exposto quando da análise das provas.

Apenas a título de registro, basta ver o laudo de fls. 44/45, o qual destaca a apreensão de Pramil, medicamento de uso proibido no Brasil, sem registro na ANVISA e de origem estrangeira.

No mesmo sentido foi o laudo de fls. 47/48, que dá conta da apreensão de Cytotec, medicamento abortivo proibido no Brasil, sem registro na ANVISA e de origem estrangeira.

Portanto, absolutamente desnecessária a realização de nova perícia que tivesse a mesma intenção já abarcada na primeira, qual seja, indicar a origem dos medicamentos apreendidos.

No mesmo passo, também desnecessária a realização de perícia que tivesse por finalidade esclarecer se os produtos seriam ou não nocivos à saúde e/ou de comercialização proibida.

É que, como se sabe, o crime previsto no art. 273, § 1º-B, do CPB é delito formal, que se consuma com a simples venda, depósito, distribuição e/ou entrega de medicamentos apontados formalmente – e não no caso em concreto – pelo órgão competente como nocivos à saúde e/ou de venda proibida no país.

Em suma, não são as características em concreto do medicamento que devem ser averiguadas, mas sim a simples classificação formal desses como proibidos e/ou com a venda controlada. Assim, não é necessário que o medicamento seja analisado e efetivamente apontado como nocivo à saúde a ponto de ser proibido. Basta que formalmente seja classificado como tal.

Portanto, desnecessária a realização de exame que tenha por finalidade averiguar a nocividade e/ou necessidade de proibição.

(...)

Some-se a tais argumentos, outro: os laudos já referidos também elucidaram que parte dos medicamentos apreendidos era sim de uso proibido no país e/ou controlado, evento que, por si só, torna indubitosa a capacidade nociva dos medicamentos.

Enfim, por todas as razões acima pontuadas, este juízo não hesitou em destacar (fls. 364/365) a desnecessidade

de realização de nova perícia, nos termos perseguidos pela defesa.

Na ocasião, o juízo sustentou, inclusive, que já haviam sido realizados os pertinentes exames periciais nos bens apreendidos, de sorte que não se justificaria – ao reverso, deveria ser repelida – a intenção de realizar nova perícia tendo os mesmos objetos por alvo.

E mais. Diante da insistência da defesa, o juízo exarou novamente decisão indeferindo a realização do exame pericial, utilizando-se dos mesmos argumentos acima declinados, conforme se infere das fls. 422/424.

No mesmo sentido, pontuou o órgão ministerial às fls. 557/560 e fls. 581/583, máxime ao enfatizar não haver que se falar em cerceamento ao direito de defesa, já que a prova pleiteada – exame pericial – já consta dos autos.

Em suma, conforme já exaustivamente exposto por este juízo, absolutamente desnecessária a realização de nova perícia, não havendo, portanto, que se cogitar em repetição da prova, tampouco em cerceamento ao direito de defesa em face do indeferimento observado.

De sua vez, a materialidade do delito encontra-se demonstrada – fartamente demonstrada – através do auto de prisão em flagrante (fls. 06/07), do auto de apresentação e apreensão (fls. 24/34), dos laudos de constatação (fls. 44/50), dos boletins de ocorrência quanto aos medicamentos outrora roubados (fls. 68/69 e 74/75), das fotografias (fls. 458/463), além dos testemunhos prestados pelos policiais presentes à prisão – não há como ser acolhida a tese de insuficiência de provas, esgrimida pela defesa do cônjuge varão.

Por outro lado, os depoimentos do funcionário da farmácia, dos clientes e dos vizinhos, bem como as declarações dos próprios réus, foram todos no sentido de que apenas o marido era o responsável pelo gerenciamento daquela empresa, sendo, sua esposa, uma simples dona de casa, apenas formalmente titular do empreendimento. Não há, assim, prova da participação da ré nos crimes perpetrados, mas presunções e ilações decorrentes de sua condição conjugal, o que é insuficiente para uma condenação criminal, sempre exigente de prova robusta, inconcussa.

Transcrevo a sentença:

É bem verdade que, para socorrer o marido, a acusada sustentou a tese de que ela mesma utilizava o Cytotec, sendo o Pramil para o uso pessoal do acusado. Sobre a ausência de razoabilidade da afirmação, este juízo já traçou as merecidas considerações.

Nesse diapasão registro que o fato de a acusada ter faltado com a verdade não a torna autora dos crimes. Assim agiu claramente para proteger o acusado. Em suma, embora a versão não mereça credibilidade, não se pode impor a ela o cometimento dos delitos, quando não há prova efetiva de sua participação na empreitada.

E repito: a prova demonstra que a acusada apenas era a proprietária formal da farmácia, sendo o verdadeiro responsável pela condução dos negócios o acusado.

Poderia terminar meu voto por aqui, superando as teses postas nos apelos. Permito-me, porém, antes, um comentário final, *obiter dictum*: sim, a pena cominada ao réu é elevadíssima. Tal, porém, não decorreu de mensuração exagerada que houvesse sido feita em sentença (que estipulou punições quase no mínimo legal), nem mesmo dos concursos que reconheceu (um deles aliás formal, sendo valorado em fração próxima à mínima estabelecida no CP, art. 70) – a questão diz com as punições abstratamente estabelecidas no art. 273, § 1º-B.

Esta Corte não ignora – muito pelo contrário – a opinião dos que alegam a desproporcionalidade da pena referida. Mas não se vê espaço, no ambiente de prática jurisdicional, para diminuições no “tipo”, tarefa sabidamente afeta à política legislativa.

De outro lado, o incidente capaz de permitir o controle difuso de sua constitucionalidade (CF, art. 97) não parece, por agora, ser de bom alvitre deflagrar, porque o Superior Tribunal de Justiça já o fez (seu incidente originou-se no julgamento do HC 239.363-PR). Tome-se o voto proferido pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura:

Com efeito, há verdadeira e gritante desproporção entre a gravidade da conduta de vender remédio sem registro e a gravidade da pena cominada. Assim, mostra-se impres-

cindível que o judiciário dê uma aplicação razoável à norma em apreço, ajustando-a aos princípios constitucionais.

Conforme salientado por Alberto Silva Franco, “a inconstitucionalidade assinalada pelos doutrinadores, principalmente derivada da inobservância aos princípios da razoabilidade e da ofensividade, em que condutas diversas alcançando interesses cuja relevância foi linear e arbitrariamente concebida, com reprimenda penal exagerada (entre 10 e 15 anos de reclusão), poderá ser obviada com o recurso da interpretação conforme à Constituição invocado por Reale Jr., ‘ao custo de ponderável esforço hermenêutico’ (...). Socorrendo-se o intérprete desse princípio, que ‘permite uma renúncia ao formalismo jurídico e às interpretações convencionais em nome da idéia de Justiça material e da segurança jurídica, elementos tão necessários para um Estado democrático de direito’, na lição do mestre Celso Ribeiro Bastos (...)”. (Código Penal e sua interpretação . 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1311).

Destaque-se que a escolha do preceito secundário da Lei de Drogas não se mostra despropositada. Com efeito, tendo sido a recorrida presa em flagrante com remédios sem registro no órgão competente, e sendo o delito do artigo 273 do Código Penal considerado crime hediondo, tem-se por razoável a analogia realizada, de modo a não tornar a pena nem tão severa nem tão branda, mantendo-se, ademais, a hediondez do delito. Ademais, ambos os delitos têm como bem jurídico tutelado a saúde pública e são crimes de perigo abstrato.

Poder-se-ia ter considerado também como preceito secundário, *in casu*, a pena do crime de provocar aborto, artigos 125 e 126 do Código Penal, por ser o crime de dano que pode, eventualmente, decorrer do crime de perigo de vender remédio abortivo. Contudo, não será sempre esse o delito, pois, em hipóteses outras, o produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais pode não ser o Cytotec, devendo-se, portanto, fazer uma analogia mais ampla, de modo a abranger os demais casos análogos.

Não obstante todos os comentários tecidos, deixo de conhecer do recurso especial do Ministério Público, em razão deste não ter ultrapassado o juízo de admissibilidade,

incidindo, *in casu*, conforme inicialmente destacado, o enunciado 126 da Súmula desta Corte. REsp 915.442/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 01/02/2011.

Alfim, a Turma remeteu os autos à Corte Especial para julgamento do incidente de inconstitucionalidade, cuja tramitação parece caminhar para o fim:

HABEAS CORPUS. CRIME DE FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS (ART. 273, § 1º-B, V, DO CP). MITIGAÇÃO DO PRECEITO SECUNDÁRIO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. OBSERVÂNCIA. ARGUIÇÃO DE INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACOLHIMENTO. SUBMISSÃO À APRECIÇÃO DA CORTE ESPECIAL. SÚMULA VINCULANTE 10/STF.

1. A aplicação da pena prevista para o delito inscrito no art. 273, § 1º-B, do Código Penal mostra-se excessivamente desproporcional, contudo, para que a Sexta Turma afaste a incidência do preceito secundário da norma, cumpre antes, em respeito à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF) e tendo em consideração o disposto na Súmula Vinculante 10/STF, a declaração expressa da Corte Especial acerca da sua eventual inconstitucionalidade.

2. Acolhimento da arguição de inconstitucionalidade, com a devida remessa dos autos à Corte Especial, conforme a previsão dos arts. 97 da Constituição Federal, 480 e 481 do Código de Processo Civil, e 200 do RISTJ, para que julgue o incidente.

(HC 239.363/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2012, DJe 18/12/2012)

Deste modo, eventual ajuste na condenação e/ou na dosimetria das penas poderá ser feito, a depender do julgamento mencionado, seja ainda em recurso especial, seja já em revisão criminal.

Com estas considerações, nego provimento às apelações criminais.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 11.192-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES

Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, FÁBIO RAMON COELHO RAMOS, INALDO FRANCISCO DOS SANTOS FILHO, RONALDO DE MORAIS SOARES, LUIZ MAURO PEREIRA BORGES, RICARDO JOSÉ RODRIGUES GOMES DE MATTOS, RODRIGO BELO OSÓRIO, WILLIAMS MONTEIRO DA SILVA, ANTÔNIO MULATO DE PAULA, LUIZ CARLOS DA SILVA, ROGÉRIO DE MOURA COSTA, ÉRICO BRANDÃO ARCOVERDE E MÔNICA CILENE ZLOCCOWICK GUIMARÃES

Apelados: OS MESMOS

Repte.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Advs./Procs.: DRs. EDUARDO MARQUES DA TRINDADE E OUTROS, CÉLIO AVELINO DE ANDRADE E ANTÔNIO SIQUEIRA DE MIRANDA E OUTRO

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIMES CONTRA A PAZ PÚBLICA. QUADRILHA OU BANDO. COMPRA DE DÓLARES DE MANEIRA IRREGULAR, COM A DECLARAÇÃO DE FINALIDADE DIVERSA DA REAL UTILIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO. CRIMES COM PENA EM CONCRETO EM PATAMAR INFERIOR A 2 ANOS, PRESCREVENDO A PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL EM 4 ANOS. PRESCRIÇÃO OCORRIDA NO LAPSO TEMPORAL ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A PROLAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. TRANSCURSO DE MAIS DE 4 ANOS. READEQUAÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA DOS RÉUS REMANESCENTES. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS.

- Cuida-se de recursos de apelação criminal interpostos contra sentença que: a) condenou Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zlocowick Guimarães, Ricardo José Rodrigues Go-

mes de Mattos, Williams Monteiro da Silva, Rodrigo Belo Osório, Fábio Ramon Coelho Ramos, Ronaldo de Moraes Soares, Antônio Mulato de Paula, Luiz Carlos da Silva, Inaldo Francisco dos Santos Filho, Rogério de Moura Costa e Luiz Mauro Pereira Borges pelo cometimento do delito capitulado no art. 21, parágrafo único in fine, da Lei nº 7.492/86, c/c os art. 71 e 62, I e II, do Código Penal, este último relativamente aos acusados Érico Brandão Arcoverde e Mônica Cilene Zloccowick Guimarães; b) condenou os acusados Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zloccowick Guimarães e Ricardo José Rodrigues Gomes de Mattos pela prática do crime descrito no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, c/c o art. 71 do Código Penal; c) condenou os acusados Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zloccowick Guimarães e Ronaldo de Moraes Soares pela prática do crime de quadrilha, constante do art. 288 do Código Penal; d) absolveu os acusados Fábio Ramon Coelho Ramos, Inaldo Francisco dos Santos Filho, Ronaldo de Moraes Soares, Luiz Mauro Pereira Borges, Rodrigo Belo Osório, Williams Monteiro da Silva, Antônio Mulato de Paula, Luiz Carlos da Silva e Rogério de Moura Costa da imputação relativa ao crime de sonegação fiscal, descrito no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal; e e) absolveu os acusados Fábio Ramon Coelho Ramos, Inaldo Francisco dos Santos Filho, Luiz Mauro Pereira Borges, Ricardo José Rodrigues Gomes de Mattos, Rodrigo Belo Osório, Williams Monteiro da Silva, Antônio Mulato de Paula, Luiz Carlos da Silva e Rogério de Moura Costa da imputação relativa ao crime de quadrilha, constante do art. 288 do Código Penal, haja vista a inexistência de provas suficientes para a condenação, em consonância com o art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

- Assim, tendo em vista que a denúncia foi recebida em abril de 2003 e a sentença foi prolatada em julho de 2010, e sabendo-se que as penas em concreto dos réus Antônio Mulato, Fábio Ramon, Luís Mauro, Williams Monteiro, Rodrigo Belo, Inaldo Francisco, Luís Carlos e Rogério de Moura, relativamente à prática do delito constante do art. 21, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 e aos réus Ronaldo de Moraes, Mônica Cilene e Érico Arcoverde em relação à prática do delito de formação de quadrilha, o qual hoje possui nova nomenclatura, qual seja associação criminosa, constante do art. 288 do Código Penal, foram todas abaixo de 2 (dois) anos de detenção, resta-se, pois, inconteste a ocorrência da referida prescrição retroativa, pois conforme o art. 109, V, do Código Penal, o lapso temporal da prescrição é de 4 (quatro) anos para os crimes com a pena concreta de até 2 (dois) anos.

- Ademais, a justificativa utilizada para valorar negativamente a culpabilidade dos réus, qual seja o prejuízo causado aos cofres públicos, é consequência inerente ao tipo penal em questão, pois este condena o ato de sonegar informação que devia prestar ou prestar informação falsa para realização de operação de câmbio, isto é, o prejuízo financeiro do erário é inerente ao tipo penal em questão.

- Reforma da dosimetria para fixar a pena-base dos réus Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zloccowick, Ricardo José Mattos e Ronaldo de Moraes no mínimo legal, qual seja, um ano de detenção, pelo cometimento do delito constante do art. 21, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 e dos réus Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zloccowick Guimarães e Ricardo José Rodrigues Gomes de Mattos em 2 (dois) anos de detenção, no tocante ao crime descrito no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90.

- Incidência da agravante prevista no art. 62, I e II, do Código Penal relativamente aos acusados Érico Brandão Arcoverde e Mônica Cilene Zlocowick Guimarães, de modo que aumento a pena fixada para esses réus em 1/6 (um sexto), passando estas a totalizarem 1 ano e 2 (dois) meses de detenção para cada réu, pelo cometimento do delito constante do art. 21, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86. Já no tocante ao crime previsto no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, com a incidência da agravante prevista no art. 62, I e II, do Código Penal, as penas imputadas aos réus Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zlocowick Guimarães e Ricardo José Rodrigues Gomes de Mattos passaram ao patamar de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção.

- Além disso, quanto à aplicação da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, destaca-se que a circunstância atenuante pertinente à confissão espontânea, ainda que parcial, é aplicável àquele que confessa a autoria do crime independentemente da admissão do dolo ou das demais circunstâncias narradas na denúncia. Atenuação das penas dos réus Érico Brandão Arcoverde e Mônica Cilene Zlocowick Guimarães em 1/6 (um sexto), com a fixação das penas dos réus em 1 (um) ano de detenção, em relação aos delitos do art. 21, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 e em 2 (dois) anos, em relação aos delitos constantes do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90.

- Presença da causa de aumento de pena decorrente da continuidade delitiva, constante do art. 71 do Código Penal, em relação aos delitos do art. 21, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, tendo em vista que foram praticadas pelos réus Érico Brandão Arcoverde e Mônica Cilene Zlocowick Guimarães 18 (dezoito) condutas delitivas e pelo

réu Ricardo José Rodrigues Gomes de Mattos 12 (doze) condutas delitivas, razão pela qual fixo o percentual de aumento a ser aplicado em 2/3 (dois terços) em relação aos réu Ricardo José Rodrigues Gomes de Mattos, Érico Brandão Arcoverde e Mônica Cilene Zloccowick Guimarães, passando as penas definitivas destes réus para o patamar de: a) Érico Brandão Arcoverde: 1 (um) ano e 8 (oito) meses de detenção; b) Mônica Cilene Zloccowick Guimarães: 1 (um) ano e 8 (oito) meses de detenção; c) Ricardo José Rodrigues Gomes de Mattos: 1 (um) ano e 8 (oito) meses de detenção. Em relação ao delito constante do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, a pena fixada para os réus Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zloccowick Guimarães e Ricardo José Rodrigues Gomes de Mattos foi fixada no patamar de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção, em virtude da aplicação de 1/6 (um sexto) de aumento em decorrência da continuidade delitiva.

- Com base nas mesmas razões acima esposadas, pelo cometimento do delito constante do art. 21, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, foi fixada a pena do réu Ronaldo de Moraes em 1 (um) ano e 3 (três) meses de detenção. Readequando a pena de multa à nova pena privativa de liberdade imposta, determinou-se que o acusado seja condenado ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos fatos, tendo em vista o grau de reprovação social da sua conduta e as demais circunstâncias judiciais e legais ponderadas.

- Assim, pelo cometimento do delito constante do art. 21, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, foi fixada a pena dos réus Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zloccowick e Ricardo José Mattos em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de detenção. Rea-

dequando a pena de multa às novas penas privativas de liberdade impostas, determinou-se que os acusados Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zloccowick e Ricardo José Mattos fossem condenados ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

- Ademais, em relação ao delito constante do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, fixou-se para os réus Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zloccowick Guimarães e Ricardo José Rodrigues Gomes de Mattos a pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção e 12 (doze) dias-multa, no valor de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

- Em virtude do concurso material, constante do art. 69 do Código Penal, a pena total dos réus Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zloccowick e Ricardo José Mattos foi fixada em 4 (quatro) anos de detenção e 25 (vinte e cinco) dias-multa, no valor de 1/3 (um terço) do salário mínimo à época dos fatos.

- Dado parcial provimento aos recursos de apelação interpostos.

ACÓRDÃO

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

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

DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES:

Cuida-se de apelações interpostas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, FÁBIO RAMON COELHO RAMOS, INALDO FRANCISCO DOS SANTOS FILHO, RONALDO DE MORAIS SOARES, LUIZ MAURO PEREIRA BORGES, RICARDO JOSÉ RODRIGUES GOMES DE MATTOS, RODRIGO BELO OSÓRIO, WILLIAMS MONTEIRO DA SILVA, ANTÔNIO MULATO DE PAULA, LUIZ CARLOS DA SILVA, ROGÉRIO DE MOURA COSTA, ÉRICO BRANDÃO ARCOVERDE, MÔNICA CILENE ZLOCCOWICK GUIMARÃES, irresignados com a sentença da lavra do Dr. Allan Endry Veras Ferreira, MM. Juiz da 13ª Vara Federal de Pernambuco (Privativa em Matéria Penal e Competente p/ Execuções Penais) da Seção Judiciária de Pernambuco, o qual: a) condenou Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zloccowick Guimarães, Ricardo José Rodrigues Gomes de Mattos, Williams Monteiro da Silva, Rodrigo Belo Osório, Fábio Ramon Coelho Ramos, Ronaldo de Moraes Soares, Antônio Mulato de Paula, Luiz Carlos da Silva, Inaldo Francisco dos Santos Filho, Rogério de Moura Costa e Luiz Mauro Pereira Borges pelo cometimento do delito capitulado no art. 21, parágrafo único *in fine*, da Lei nº 7.492/86, c/c os arts. 71 e 62, I e II, do Código Penal, este último relativamente aos acusados Érico Brandão Arcoverde e Mônica Cilene Zloccowick Guimarães; b) condenou os acusados Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zloccowick Guimarães e Ricardo José Rodrigues Gomes de Mattos pela prática do crime descrito no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, c/c o art. 71 do Código Penal; c) condenou os acusados Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zloccowick Guimarães e Ronaldo de Moraes Soares pela prática do crime de quadrilha, constante do art. 288 do Código Penal; d) absolveu os acusados Fábio Ramon Coelho Ramos, Inaldo Francisco dos Santos Filho, Ronaldo de Moraes Soares, Luiz Mauro Pereira Borges, Rodrigo Belo Osório, Williams Monteiro da Silva, Antônio Mulato de Paula, Luiz Carlos da Silva e Rogério de Moura Costa da imputação relativa ao crime de sonegação fiscal, descrito no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal; e e) absolveu os acusados Fábio Ramon Coelho Ramos, Inaldo Francisco dos

Santos Filho, Luiz Mauro Pereira Borges, Ricardo José Rodrigues Gomes de Mattos, Rodrigo Belo Osório, Williams Monteiro da Silva, Antônio Mulato de Paula, Luiz Carlos da Silva e Rogério de Moura Costa da imputação relativa ao crime de quadrilha, constante do art. 288 do Código Penal, haja vista a inexistência de provas suficientes para a condenação, em consonância com o art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Sustentam os apelantes Luiz Carlos da Silva e Rogério de Moura Costa, em síntese, que por parte deles não houve dolo, mas simples irreflexão, boa-fé e confiança em pessoa perpicaz, inexistindo nos autos provas de terem eles participado do delito de que trata a denúncia. Dito isso, pugnam para que a sentença de primeiro grau seja reformada de forma a absolvê-los, com fulcro no art. 386, IV, do Código Penal, bem como que seja a sentença reformada para isentá-los do pagamento da pena de multa e custas processuais, tendo em vista serem desprovidos de recursos econômicos e assistidos pela assistência judiciária.

Pugna o Ministério Público Federal, por sua vez, nas razões do seu recurso de apelação para que: a) seja majorada a pena-base aplicada aos condenados, mediante a valoração da reprovação social de suas condutas em grau máximo e, quanto aos réus Williams Monteiro da Silva, Rodrigo Belo Osório, Fábio Ramon Coelho Ramos, Antônio Mulato de Paulo, Luiz Carlos da Silva, Inaldo Francisco dos Santos Filho, Rogério de Moura Costa e Luís Mauro Pereira Borges, para que seja fixada a pena-base acima do mínimo legal, considerando a circunstância judicial desfavorável incidente, a culpabilidade; b) seja afastada a circunstância atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal, a confissão espontânea, em relação aos réus Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zloccowick Guimarães, Williams Monteiro da Silva, Rodrigo Belo Osório, Fábio Ramon Coelho Ramos, Inaldo Francisco dos Santos Filho, Rogério de Moura Costa e Luiz Carlos da Silva, mantendo-a em relação a Antônio Mulato de Paulo; e c) relativamente ao crime do art. 21, parágrafo único, *in fine*, da Lei nº 7.492/86, aplicar aos réus Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zloccowick Guimarães. Ricardo José Matos, Ronaldo de Moraes Soares, Fábio Ramon Coelho Ramos, Antônio Mulato de Paulo, Luís Mauro Pereira Borges, Williams Monteiro da Silva, Inaldo Francisco dos San-

tos Filho, Luiz Carlos da Silva e Rogério de Moura Costa a causa de aumento relativa à continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal) nos patamares referidos na tabela constante da fl. 1.326 (verso).

Já os apelantes Fábio Ramon Coelho Ramos e Inaldo Francisco dos Santos Filho requerem nas suas razões de apelação que a sentença *a quo* seja reformada, nos moldes do art. 386, III, VI ou VII, do Código de Processo Penal, sob os fundamentos de erro de tipo e erro de proibição, tendo em vista que são pessoas honestas e não têm qualquer experiência sobre o mercado ou operações cambiais, tendo sido enganados pelos verdadeiros aliciadores para fazerem o trabalho ilegal. Ademais, pugnam para que a sentença seja reformada de forma a aplicar a pena de multa no seu mínimo legal, isentando-os também das custas processuais, por serem beneficiários da justiça gratuita.

Nas suas razões de apelação, pugna o réu Luís Mauro Pereira Borges para que o decisum atacado seja reformado para o fim de absolvê-lo, seja porque a conduta a ele atribuída é atípica, ante a ausência de dolo (art. 386, III, do Código de Processo Penal), seja porque não existe prova suficiente do pretense dolo apta a ensejar um juízo condenatório (art. 386, VII, do Código de Processo Penal).

Por sua vez, o réu Rodrigo Belo Osório interpôs recurso de apelação no sentido de que a sentença de primeiro grau deve ser reformada para absolvê-lo, nos termos do art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, *c/c* 21 do Código Penal, vez que o mesmo incorreu em erro sobre a ilicitude do fato e agiu em obediência a ordens do seu superior.

Os réus Érico Brandão Guimarães e Mônica Cilene Zlococowick Guimarães destacam no seu recurso de apelação que em toda a instrução processual não se vê nenhuma prova de que os apelantes possam ser enquadrados no que dita o art. 21 da Lei nº 7.492/86, uma vez que inexistiu o dolo em suas condutas. Sendo assim, o juiz *a quo* não poderia aceitar um pedido de condenação pelo Ministério Público Federal, uma vez que o diploma legal não admite a teoria do dolo presumido. Dito isto, pugnam para que a sentença seja reformada de forma a decretar a absolvição dos

rés pela falta de provas suficientes a ensejar uma condenação penal.

Por fim, a Defensoria Pública da União, em assistência a Ricardo José Gomes de Mattos, Antônio Mulato de Paula, Ronaldo de Moraes Soares e Williams Monteiro da Silva, em sede de apelação criminal, requer que seja reformada a sentença de mérito, com o acolhimento da prescrição retroativa ou reconhecendo a absolvição dos denunciados nos termos do art. 386, VI ou VII, do Código de Processo Penal. Alternativamente requer a diminuição das penas-bases aplicadas aos apelantes, haja vista a exacerbação injustificada quando da aplicação das mesmas, conforme restou demonstrado na análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal. Requer ainda a Defensoria Pública da União o reconhecimento da atenuante de confissão espontânea prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal e a readequação da pena de multa, a fim de que fique em patamar compatível com a situação financeira dos acusados.

Nas contrarrazões ao recurso interposto pelo Ministério Público Federal, o réu Rodrigo Belo Osório pugna pelo seu não provimento, tendo em vista que este é totalmente desprovido de procedência. Já nas contrarrazões dos réus Érico Brandão Arcoverde e Mônica Cilene Zloccovick Guimarães, estes alegam que são inocentes e que nunca adquiriram dólares americanos em seu favor, sem auferir lucro algum nas transações dos dólares americanos, já que estes eram para o pagamento dos pacotes turísticos de seus clientes. Dessa forma, pugnam pela decretação da nulidade da sentença prolatada em seu desfavor, tendo em vista serem inocentes de todas as acusações constantes da ação penal em questão.

Os réus Fábio Ramon Coelho Ramos e Inaldo Francisco dos Santos Filho, em sede de contrarrazões, requerem que seja negado provimento ao recurso do Ministério Público Federal, sendo mantida, pois, a decisão de primeiro grau no tocante a fixação da pena-base no mínimo legal.

Já nas contrarrazões do réu Luís Mauro Pereira Borges, este requereu: a) o não conhecimento do recurso de apelação ora contrariado, porque intempestivo; b) caso ultrapassado o pedido su-

pra, seja, no mérito, rechaçado o recurso de apelação, mantendo-se a pena-base imposta ao apelante no patamar mínimo; c) também no mérito, seja rechaçado o recurso de apelação para que seja mantida a fixação da causa de aumento de pena decorrente da continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal) no patamar estabelecido pelo Juízo *a quo*.

O Ministério Público Federal, em contrarrazões, pugnou pela total improcedência aos recursos interpostos pelos réus Luiz Carlos da Silva, Rogério de Moura Costa, Fábio Ramon Coelho Ramos e Inaldo Francisco dos Santos Filho, bem como destacou que é possível a cobrança das custas processuais, sendo cabível apenas a sua suspensão por até 5 (cinco) anos, na hipótese de qualquer dos condenados afirmar ser pobre na forma da lei. O Ministério Público Federal ainda ofereceu contrarrazões aos recursos de apelação interpostos pelos réus Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zlocowick Guimarães, Ricardo José Rodrigues Gomes de Mattos, Williams Monteiro da Silva, Rodrigo Belo Osório, Ronaldo de Moraes Soares e Antônio Mulato de Paula, pugnando pelo desprovimento de todos estes.

Por fim, os réus Ricardo José Gomes de Mattos, Antônio Mulato de Paula, Ronaldo de Moraes Soares, Williams Monteiro da Silva, Luiz Carlos da Silva e Rogério de Moura Costa apresentaram contrarrazões ao recurso interposto pelo Ministério Público Federal no sentido de que seja reformada a sentença de mérito ora combatida, com o acolhimento da prescrição retroativa ou reconhecendo a absolvição dos denunciados nos termos do art. 386, VI ou VII, do Código de Processo Penal. Alternativamente, requerem a diminuição das penas-bases a eles aplicadas, haja vista a exacerbação injustificada quando da aplicação das mesmas, conforme restou demonstrado ante a análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal. Requerem ainda o reconhecimento da atenuante de confissão espontânea prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal e a readequação da pena de multa, a fim de que fique em patamar compatível com a situação financeira dos acusados.

Em sede de parecer de lavra do Dr. Fernando José Araújo Ferreira, a Procuradoria Regional da República requer o não provi-

mento dos recursos de apelação interpostos pelos réus, e o provimento do recurso interposto pelo *Parquet* Federal.

É o relatório.

À revisão regimental.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL LÁZARO GUIMARÃES (Relator):

Inicialmente, por questão de prejudicialidade, passarei a análise da prescrição da pretensão punitiva estatal em relação aos réus apelantes.

Em assistência a Ricardo José Gomes de Mattos, Antônio Mulato de Paula, Ronaldo de Moraes Soares e Williams Monteiro da Silva, a Defensoria Pública da União interpôs apelação criminal, requerendo que seja reformada a sentença de mérito, com o acolhimento da prescrição retroativa em relação aos réus Antônio Mulato de Paula, Ronaldo de Moraes Soares e Williams Monteiro da Silva, que seja reconhecida a ocorrência de erro de proibição e que seja decretada a absolvição dos denunciados nos termos do art. 386, VI ou VII, do Código de Processo Penal. Alternativamente requer a diminuição das penas-bases aplicadas aos apelantes, haja vista a exacerbação injustificada quando da aplicação das mesmas, conforme restou demonstrado na análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal. Requer ainda a Defensoria Pública da União o reconhecimento da atenuante de confissão espontânea prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal e a readaptação da pena de multa, a fim de que fique em patamar compatível com a situação financeira dos acusados.

Neste sentido, destaco que ante uma análise sistemática dos arts. 109 e 110 do Código Penal, percebe-se que a prescrição se consuma em 4 (quatro) anos quando o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois) anos, caso este que é o dos autos, tendo em vista que os réus Antônio Mulato, Fábio Ramon e Luís Mauro foram condenados à pena de 1 (um) ano e 3 (três) meses de detenção e os réus Williams Monteiro, Rodrigo Belo, Inaldo Francisco, Luís Carlos e Rogério de Moura foram condenados a 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção,

todos pela prática do delito constante do art. 21, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 e os réus Ronaldo de Moraes, Mônica Cilene e Érico Arcoverde foram condenados a 1 (um) ano de detenção pela prática do delito de formação de quadrilha, o qual hoje possui nova nomenclatura, qual seja associação criminosa, constante do art. 288 do Código Penal.

Ademais, acrescente-se que com o advento da Lei 12.234/10, a qual alterou a redação do § 1º e revogou o § 2º do art. 110 do Código Penal, foi proibida a utilização de lapso temporal anterior ao recebimento da denúncia ou queixa-crime para calcular o prazo prescricional. Dessa forma, a prescrição retroativa pode operar-se apenas entre a data do julgamento da apelação ou do eventual recurso extraordinário e a data da sentença condenatória e entre a data da sentença condenatória e a data do recebimento da denúncia, não mais se dando entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia.

In casu, tomando como parâmetro de cálculo o intervalo entre o recebimento da denúncia, em abril de 2003, e a prolação da sentença, ocorrida somente em julho de 2010 e sabendo-se que as penas em concreto dos réus acima referidos foram todas abaixo de 2 (dois) anos de detenção, resta-se, pois, incontestemente a ocorrência da referida prescrição retroativa, pois conforme o art. 109, V, do Código Penal, o lapso temporal da prescrição é de 4 (quatro) anos para os crimes com a pena concreta de até 2 (dois) anos.

Assim, tendo em vista que a denúncia foi recebida em abril de 2003 e a sentença foi prolatada em julho de 2010, já tinha transcorrido um lapso temporal maior que 4 (quatro) anos, restando claramente demonstrada a prescrição da pretensão punitiva estatal em relação aos réus Antônio Mulato, Fábio Ramon, Luís Mauro, Williams Monteiro, Rodrigo Belo, Inaldo Francisco, Luís Carlos e Rogério de Moura, relativamente à prática do delito constante do art. 21, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 e aos réus Ronaldo de Moraes, Mônica Cilene e Érico Arcoverde em relação à prática do delito de formação de quadrilha, o qual hoje possui nova nomenclatura, qual seja associação criminosa, constante do art. 288 do Código Penal.

Os réus Érico Brandão Guimarães e Mônica Cilene Zloccock Guimarães destacaram no seu recurso de apelação que em

toda a instrução processual não se vê nenhuma prova de que os apelantes possam ser enquadrados no que dita o art. 21 da Lei nº 7.492/86, uma vez que inexistiu o dolo em suas condutas. Ademais, alegam que vendiam pacotes turísticos para diversos destinos nos Estados Unidos, como Orlando, Miami, Nova York etc., e como os seus clientes compram os pacotes em real, os apelantes eram obrigados a comprar dólares para custear as passagens e as estadias dos clientes, não tendo usado os dólares para se beneficiarem de quaisquer vantagens. Dito isto, pugnam pela reforma da sentença de forma a decretar a sua absolvição pela falta de provas suficientes a ensejar uma condenação penal e pela ausência de dolo.

Sobre esse aspecto, destaco que há um vasto lastro probatório que comprova que o apelantes prestaram informação falsa a fim de realizar operação de câmbio, conduta descrita no art. 21, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86. Nestes termos, colaciona-se excerto da sentença:

A defesa de Érico Brandão e Mônica Cilene afirma que os dólares adquiridos por esses acusados destinavam-se a custear despesas de clientes no exterior, e que, por tal serviço, os mesmos recebiam uma percentagem sobre o valor do “pacote” vendido aos clientes, hipótese que não se enquadraria como “captação de recurso para formação de poupança”, como aduzido pela acusação, mas sim “viagens internacionais – turismo no exterior”, como declarado pelos acusados.

Como bem explicitou a defesa, a aquisição de dólares americanos pelos acusados Érico Brandão e Mônica Cilene foi feita com recursos de clientes, portanto terceiros, com a finalidade de custear despesas destes no exterior.

Por tal serviço, os acusados recebiam uma percentagem sobre o valor do pacote de turismo vendido.

Neste caso, os turistas eram as pessoas que compravam tais pacotes, e não os acusados, que agiam no desempenho de atividade lucrativa.

A hipótese, portanto, melhor se enquadraria na categoria de “captação de recurso para formação de poupança”, ou, tratando-se, como afirmado pelos acusados, de pessoas

domiciliadas no exterior, onde exerceriam tal atividade lucrativa, na categoria “investimento no exterior”.

Ademais, ao serem interrogados, os acusados admitiram ter adquirido a moeda estrangeira com finalidade diversa da declarada. Dessa forma, tendo em vista que a materialidade e autoria delitiva restaram devidamente comprovadas, principalmente diante dos ofícios encaminhados pelo Banco Central do Brasil, informando as operações de câmbio realizadas pelos acusados, bem como dos extratos comprobatórios das referidas operações cambiais e das provas testemunhais, não há dúvidas de que os apelantes realizaram a conduta tipificada no art. 21 da Lei nº 7.492/86, devendo, pois, ser tida como descabida a alegação de ausência de dolo dos recorrentes, com a manutenção da sua condenação penal.

Em assistência a Ricardo José Gomes de Mattos, Antônio Mulato de Paula, Ronaldo de Moraes Soares e Williams Monteiro da Silva, a Defensoria Pública da União interpôs apelação criminal, requerendo que seja reformada a sentença de mérito, com o acolhimento da prescrição retroativa em relação aos réus Antônio Mulato de Paula, Ronaldo de Moraes Soares e Williams Monteiro da Silva, que seja reconhecida a ocorrência de erro de proibição e que seja decretada a absolvição dos denunciados nos termos do art. 386, VI ou VII, do Código de Processo Penal. Alternativamente requer a diminuição das penas-bases aplicadas aos apelantes, haja vista a exacerbação injustificada quando da aplicação das mesmas, conforme restou demonstrado na análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal. Requer ainda a Defensoria Pública da União o reconhecimento da atenuante de confissão espontânea prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal e a readequação da pena de multa, a fim de que fique em patamar compatível com a situação financeira dos acusados.

No referente à pena concreta aplicada ao réu Ronaldo de Moraes de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de detenção e 90 (noventa) dias-multa, no valor de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à data dos fatos, pela prática do delito previsto no art. 21, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, destaco que a pena cominada no tipo varia de 1 (um) a 4 (quatro) anos, tendo sido a pena-base do apelante fixada no patamar de 2 (dois) anos, pois o juiz *a quo* valorou negativamente a culpabilidade do acusado, considerando-a de

grau mediano tendo em vista o prejuízo causado aos cofres públicos. Ocorre que esta justificativa (prejuízo aos cofres públicos) é consequência inerente ao tipo penal em questão, pois este condena o ato de sonegar informação que devia prestar ou prestar informação falsa para realização de operação de câmbio, isto é, o prejuízo financeiro do erário é inerente ao tipo penal em questão. Dito isto, destaco que tal justificativa não é adequada para embasar a fixação da pena-base do apelante acima do mínimo legal, razão pela qual reformo a sentença prolatada em discussão para fixar a pena-base do recorrente Ronaldo de Moraes, no tocante ao crime previsto no art. 21, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, no mínimo legal, qual seja, 1 (um) ano.

Dando prosseguimento, percebo que o juiz *a quo* deixou de aplicar ao réu Ronaldo de Moraes a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, *d*, do Código Penal, por entender se tratar de confissão qualificada, na qual o agente confessa a autoria do fato, mas nega parte da imputação ou invoca alguma excludente da ilicitude ou da culpabilidade. Ocorre que o agente confessou a conduta praticada, ficando apenas de ser analisado o dolo da conduta, sendo o resultado dependente apenas da análise do juiz e do seu livre convencimento. Ademais, a redação do art. 65, III, do Código Penal não faz nenhuma ressalva referente à confissão parcial. Nestes termos, colaciona-se jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PENAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. **ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE: POSSIBILIDADE**. PRECEDENTES. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO.

1. A circunstância atenuante pertinente à confissão espontânea, ainda que parcial, é aplicável àquele que confessa a autoria do crime independentemente da admissão do dolo ou das demais circunstâncias narradas na denúncia. Precedentes.

2. *Habeas corpus* concedido.

(HC 99.436, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 26/10/2010, *DJe*-235 DIVULG 03-12-2010 PUBLIC 06-12-2010 EMENT VOL-02445-01 P-00113)

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO SIMPLES. MOMENTO CONSU-

MATIVO. PRESCINDIBILIDADE DA POSSE TRANQUILA DA RES. ADOÇÃO DA TEORIA DA AMOTIO. ART. 65, III, D, DO CÓDIGO PENAL. **CONFISSÃO PARCIAL. ATENUANTE CONFIGURADA.** AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. SÚMULA 269 DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Os Tribunais Superiores adotaram a teoria da *apprehensio*, também denominada de *amotio*, segundo a qual o crime de roubo, assim como o de furto, consuma-se no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, pouco importando se por longo ou breve espaço temporal, sendo prescindível a posse mansa, pacífica, tranquila e/ou desviada.

3. No caso em exame, mostra-se incontroverso que o crime de roubo foi consumado porque houve inversão da posse e o bem subtraído chegou a ser retirado da esfera de disponibilidade da vítima, ainda que por curto período de tempo.

4. Segundo a jurisprudência desta Corte de Justiça, para haver a incidência da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, mostra-se irrelevante a forma que tenha sido manifestada a confissão, se integral ou parcial, notadamente quando o juiz a utiliza para fundamentar a condenação.

5. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS, pacificou o entendimento de que, observadas as peculiaridades do caso concreto, “é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o artigo 67 do Código Penal”.

6. Sendo estabelecida pena de 4 (quatro) anos a réu reincidente, bem como favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59, consoante dispõe o art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal e a Súmula 269 do STJ, o regime deve ser o semiaberto.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, reconhecida a violação ao artigo 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, reduzir a pena para 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no regime inicial semiaberto, mantidos os demais termos da condenação. (HC 181.003/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 26/11/2014)

Assim, não vislumbro qualquer óbice para que seja aplicada, *in casu*, a atenuante da confissão espontânea, não havendo, além disso, qualquer agravante em desfavor do réu ou causa de diminuição da pena. Contudo, vislumbro estar presente a causa de aumento de pena decorrente da continuidade delitiva, constante do art. 71 do Código Penal, e, por ter o réu Ronaldo de Moraes Soares praticado 11 (onze) condutas delitivas, mantenho o *quantum* de aumento no patamar de 1/4 (um quarto), conforme foi fixado na sentença. Assim, pelo cometimento do delito constante do art. 21, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, fixo a pena do réu Ronaldo de Moraes em 1 (um) ano e 3 (três) meses de detenção. Readequando a pena de multa à nova pena privativa de liberdade imposta, determino que o acusado seja condenado ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos fatos, tendo em vista o grau de reprovação social da sua conduta e as demais circunstâncias judiciais e legais ponderadas.

Em continuidade à análise dos recursos interpostos, destaco que pugna o Ministério Público Federal, nas razões do seu recurso de apelação para que: a) seja majorada a pena-base aplicada aos condenados, mediante a valoração da reprovação social de suas condutas em grau máximo e, quanto aos réus Williams Monteiro da Silva, Rodrigo Belo Osório, Fábio Ramon Coelho Ramos, Antônio Mulato de Paulo, Luiz Carlos da Silva, Inaldo Francisco dos Santos filho, Rogério de Moura Costa e Luís Mauro Pereira Borges, para que seja fixada a pena-base acima do mínimo legal, considerando a circunstância judicial desfavorável incidente, a culpabilidade; b) seja afastada a circunstância atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal, a confissão espontânea, em relação aos réus Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zloccowick Guimarães, Williams Monteiro da Silva, Rodrigo Belo Osório, Fábio Ramon Coelho Ramos, Inaldo Francisco dos Santos Filho, Rogé-

rio de Moura Costa e Luiz Carlos da Silva, mantendo-a em relação a Antônio Mulato de Paulo; e c) relativamente ao crime do art. 21, parágrafo único, *in fine*, da Lei nº 7.492/86, aplicar aos réus Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zloccowick Guimarães. Ricardo José Matos, Ronaldo de Moraes Soares, Fábio Ramon Coelho Ramos, Antônio Mulato de Paulo, Luís Mauro Pereira Borges, Williams Monteiro da Silva, Inaldo Francisco dos Santos Filho, Luiz Carlos da Silva e Rogério de Moura Costa a causa de aumento relativa à continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal) nos patamares referidos na tabela constante da fl. 1.326 (verso).

Em relação ao primeiro pleito do Ministério Público Federal, destaco que, o juiz *a quo* valorou negativamente a culpabilidade dos acusados, conforme percebe-se com a análise do excerto da sentença abaixo colacionado:

No caso, verifica-se que os réus se valeram conscientemente de fraude para realizar diversas operações de câmbio proibidas, deixando os acusados Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zloccowick Guimarães e Ricardo José Rodrigues Gomes Mattos, ainda de declarar à Receita Federal os recursos envolvidos nessas operações, suprimindo, com tal conduta, o pagamento do imposto de renda devido. Além disso, ficou constatado que os acusados Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zloccowick Guimarães e Ronaldo de Moraes Soares agiram em comunhão de desígnios. Sobre a conduta dos acusados Williams Monteiro da Silva, Rodrigo Belo Osório, Fábio Ramon Coelho Ramos, Antônio Mulato de Paulo, Luiz Carlos da Silva, Inaldo Francisco dos Santos Filho, Rogério de Moura Costa e Luís Mauro Pereira Borges, pois, incide reprovação de grau mínimo, **enquanto que sobre a conduta dos acusados Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zloccowick Guimarães, Ronaldo de Moraes Soares e Ricardo José Rodrigues Gomes de Mattos incide reprovação social de grau mediano, mormente considerando o prejuízo causado aos cofres públicos.** (Grifos nossos)

Conforme já aqui explicitado, a justificativa utilizada para valorar negativamente a culpabilidade dos réus, qual seja o prejuízo causado aos cofres públicos, é consequência inerente ao tipo penal em questão, pois este condena o ato de sonegar informação

que devia prestar ou prestar informação falsa para realização de operação de câmbio, isto é, o prejuízo financeiro do erário é inerente ao tipo penal em questão.

Dessa forma, percebe-se que tal justificativa não é adequada para embasar a fixação das pena-bases dos apelantes Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zloccowick Guimarães, Ronaldo de Moraes Soares e Ricardo José Rodrigues Gomes de Mattos acima do mínimo legal, e, inexistindo qualquer circunstância judicial constante do art. 59 do Código Penal a eles desfavoráveis, reformo a sentença prolatada em discussão para fixar a pena-base dos supracitados recorrentes, no tocante ao crime previsto no art. 21, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, no mínimo legal, qual seja, 1 (um) ano, e no tocante ao crime descrito no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, no mínimo legal, qual seja, 2 (dois) anos. Em tendo sido a dosimetria da pena do réu Ronaldo de Moraes refeita quando da análise da apelação por ele interposta, darei continuidade, portanto, à análise da dosimetria da pena dos réus Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zloccowick Guimarães e Ricardo José Rodrigues Gomes de Mattos.

Ademais, destaco incidir a agravante prevista no art. 62, I e II, do Código Penal relativamente aos acusados Érico Brandão Arcoverde e Mônica Cilene Zloccowick Guimarães, de modo que aumento a pena fixada para esses réus em 1/6 (um sexto), passando estas a totalizarem 1 ano e 2 (dois) meses de detenção para cada réu, pelo cometimento do delito constante do art. 21, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86. Já no tocante ao crime previsto no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, com a incidência da agravante prevista no art. 62, I e II, do Código Penal, aumento em 1/6 (um sexto) as penas imputadas aos réus Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zloccowick Guimarães e Ricardo José Rodrigues Gomes de Mattos, passando estas penas ao patamar de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses.

Além disso, quanto à aplicação da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal, conforme já foi aqui explicitado, destaco que a circunstância atenuante pertinente à confissão espontânea, ainda que parcial, é aplicável àquele que confessa a autoria do crime independentemente da admissão do dolo ou das demais circunstâncias narradas na denúncia.

Dessa forma, tendo em vista que a redação do citado artigo não faz nenhuma ressalva referente à confissão parcial, entendo, pois, ser aplicável a atenuante da confissão espontânea no caso em questão.

Assim, atenuo a pena dos réus Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zloccowick Guimarães e Ricardo José Rodrigues Gomes de Mattos em 1/6 (um sexto) e, tendo em vista que a Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça não permite que a incidência da circunstância atenuante conduza à redução da pena abaixo do mínimo legal, fixo as penas dos réus em 1 (um) ano de detenção, em relação aos delitos do art. 21, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 e em 2 (dois) anos, em relação aos delitos constantes do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90. Pelas mesmas razões aqui esposadas, mantenho a aplicação da confissão espontânea aos réus Williams Monteiro da Silva, Rodrigo Belo Osório, Fábio Ramon Coelho Ramos, Inaldo Francisco dos Santos Filho, Rogério de Moura Costa, Luiz Carlos da Silva e Antônio Mulato de Paulo.

Vislumbro ainda estar presente a causa de aumento de pena decorrente da continuidade delitiva, constante do art. 71 do Código Penal, em relação aos delitos do art. 21, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, tendo em vista que foram praticadas pelos réus Érico Brandão Arcoverde e Mônica Cilene Zloccowick Guimarães 18 (dezoito) condutas delitivas e pelo réu Ricardo José Rodrigues Gomes de Mattos 12 (doze) condutas delitivas, razão pela qual fixo o percentual de aumento a ser aplicado em 2/3 (dois terços) em relação aos réus Ricardo José Rodrigues Gomes de Mattos, Érico Brandão Arcoverde e Mônica Cilene Zloccowick Guimarães, passando as penas definitivas deste destes réus para o patamar de: a) Érico Brandão Arcoverde: 1 (um) ano e 8 (oito) meses de detenção; b) Mônica Cilene Zloccowick Guimarães: 1 (um) ano e 8 (oito) meses de detenção; c) Ricardo José Rodrigues Gomes de Mattos: 1 (um) ano e 8 (oito) meses de detenção. Neste sentido, destaco o excerto do HC 76.148/RJ, STJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18/12/200, o qual atesta que “na fixação do *quantum* de aumento de pena na continuidade delitiva, o critério fundamental é o número de infrações praticadas, sendo adequado estabelecer-se no máximo o incremento quando da prática de sete crimes”.

Já em relação ao delito constante do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, fixo para os réus Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zlocowick Guimarães e Ricardo José Rodrigues Gomes de Mattos o *quantum* de aumento a ser aplicado, pela continuidade delitiva, em 1/6 (um sexto), passando as penas deles ao patamar de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção. Nestes termos, colaciona-se jurisprudência pátria:

HABEAS CORPUS. DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 89, *CAPUT*, DA LEI 8.666/93 C/C O ART. 71, *CAPUT*, DO CPB). PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL: 3 ANOS. PENA CONCRETIZADA: 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. PERCENTUAL DE AUMENTO PELA CONTINUIDADE DELITIVA. ELEVADO NÚMERO DE INFRAÇÕES (20). AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRECEDENTES DO STJ. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. Para o aumento da pena pela continuidade delitiva dentro do intervalo de 1/6 a 2/3, previsto no art. 71 do CPB, deve-se adotar o critério da quantidade de infrações praticadas. Assim, aplica-se o aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações.

2. *In casu*, cometidas pelo menos 20 infrações no período de um ano, correto o aumento em 2/3 fixado no acórdão impugnado.

3. Os fatos abrangidos pela denúncia ocorreram de janeiro a dezembro de 1996. A inicial acusatória foi recebida em setembro/2003 e proferida a sentença em novembro/2004; dessa forma, não se constata tenha transcorrido o lapso temporal de 8 anos entre os diversos marcos interruptivos previstos na legislação penal.

4. HC denegado, em consonância com o parecer ministerial.

(HC 105.077/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 29/04/2010, DJe 07/06/2010)

Assim, em definitivo, pelo cometimento do delito constante do art. 21, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, fixo a pena dos réus Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zloccowick e Ricardo José Mattos em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de detenção, e em relação ao delito constante do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, fixo para os réus Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zloccowick Guimarães e Ricardo José Rodrigues Gomes de Mattos a pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção.

Readequando a pena de multa às novas penas privativas de liberdade impostas, determino que os acusados Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zloccowick e Ricardo José Mattos sejam condenados ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pelo cometimento do delito constante do art. 21, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 e de 12 (doze) dias-multa, em relação ao delito constante do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, no valor de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Por fim, em virtude do concurso material, constante do art. 69 do Código Penal, fixo a pena total dos réus Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zloccowick e Ricardo José Mattos em 4 (quatro) anos de detenção e 25 (vinte e cinco) dias-multa, no valor de 1/3 (um terço) do salário mínimo à época dos fatos.

Feitas essas considerações, dou parcial provimento às apelações interpostas para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva estatal em relação aos réus Antônio Mulato, Fábio Ramon, Luís Mauro, Williams Monteiro, Rodrigo Belo, Inaldo Francisco, Luís Carlos e Rogério de Moura, relativamente à prática do delito constante do art. 21, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 e aos réus Ronaldo de Moraes, Mônica Cilene e Érico Arcoverde em relação à prática do delito de formação de quadrilha, o qual hoje possui nova nomenclatura, qual seja associação criminosa, constante do art. 288 do Código Penal.

Ademais, reformo as penas dos réus remanescentes, fixando a pena do réu Ronaldo de Moraes Soares em 1 (um) ano e 3 (três) meses de detenção e 12 (doze) dias-multa, no valor de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos fatos, e dos réus Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zloccowick e Ricardo José

Mattos em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de detenção e 13 (treze) dias-multa, no valor de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos fatos, em relação ao delito constante do art. 21, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, e em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção para os réus Érico Brandão Arcoverde, Mônica Cilene Zloccowick e Ricardo José Mattos, em relação ao delito constante do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 11.688-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EMILIANO ZAPATA LEITÃO (CONVOCADO)
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelados: GILMAR TENÓRIO ROCHA FILHO E ADÃO AUGUSTO DE ALMEIDA
Advs./Procs.: DRS. MARIA CAROLINA DE AMORIM E OUTROS E ROSÂNGELA DE MELO CAHU ARCOVERDE DE SOUZA (APDOS.)

EMENTA: PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO PENAL. SONEGAÇÃO FISCAL. ACUSADO FILHO DO TITULAR DO GRUPO ECONÔMICO. AUTORIA. AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES PARA CONDENAÇÃO. ACUSADO SÓCIO-GERENTE. PRÁTICA DE ATOS DE GESTÃO FINANCEIRA E TRIBUTÁRIA DEMONSTRADA. CONDENAÇÃO. CRIME. ART. 1º, INCISO I, DA LEI Nº 8.137/90. CONCURSO FORMAL E MATERIAL. AFASTAMENTO. CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 71 DO CP). OCORRÊNCIA. CAUSA DE AUMENTO DA PENA DO ART. 12, INCISO I, DA LEI Nº 8.137/90. INCIDÊNCIA. CRIME DO ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.137/90. AFASTAMENTO. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. FIXAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E DE MULTA.

- A fundamentação da sentença apelada que, acolhida como razões de decidir no presente julgado em relação ao acusado Gilmar Tenório Rocha Filho, evidencia que:

I - o acusado Gilmar Tenório Rocha Filho exercia atividades administrativas nas empresas indicadas na denúncia, mas que suas atribuições estavam restritas ao setor comercial, não havendo a prova dos autos demonstrado que ele, efetivamente, tivesse ingerência na administração financeira, contábil e tributária dessas empresas.

II - ademais, a prova testemunhal, como corretamente examinada na sentença apelada, além de dirigir-se no sentido da conclusão acima, também, deixou evidenciado que:

(a) o acusado Gilmar Tenório Rocha Filho, mesmo na área comercial, não tinha autonomia para decisões em negócios de grande porte, restando evidente que o real gestor e dono das empresas era seu pai (Gilmar Tenório Rocha), que centralizava as decisões empresariais;

(b) o acusado Gilmar Tenório Rocha Filho não atuava de forma muito responsável, não cumprindo horários, e que, nas reuniões das empresas, quando participava, o fazia apenas como ouvinte, sem influenciar nas decisões a cargo de seu pai.

- Os fundamentos da sentença apelada, que, também, são adotados, nesses pontos, como razões de decidir deste julgado, demonstram a incorreção das teses acusatórias relativas:

I - ao período em que o pai do acusado Gilmar Tenório Rocha Filho ficou preso e a questão da gestão das empresas nesse período, vez que os elementos ali indicados indicam, ao contrário da tese acusatória, que houve, sim, continuidade do controle daquele sobre as atividades das empresas indicadas na denúncia;

II - à questão da diferenciação entre as atividades de gestão comercial e de gestão financeira e

contábil das empresas indicadas na denúncia, não se podendo extrair da participação do acusado Gilmar Tenório Rocha Filho na primeira a sua responsabilidade pelas últimas, sobretudo ante os elementos já acima referidos em sentido contrário, que não indicam, em nenhum momento, que ele, de fato, tivesse poder de controle (“domínio”) sobre a gestão financeira e contábil dessas empresas;

III - ao expediente datado de 01.10.2001 da Distribuidora Express relativo a prêmios e metas de funcionários citado nas fls. 786v./787 da sentença apelada, o qual não indica responsabilidade do acusado Gilmar Tenório Rocha Filho sobre a gestão financeira e contábil da empresa, mas, ao contrário, atuação na área comercial da empresa e subordinação, inclusive quanto a esta, em relação ao seu genitor;

IV - ao pagamento de despesas de viagens do acusado Gilmar Tenório Rocha Filho registrado em livro contábil da DSM Ltda., vez que, também, constam no referido livro registros de pagamentos de viagens a trabalho de outros funcionários, a reforçar a tese defensiva de que o referido acusado era tratado como funcionário, não tendo autonomia para efetuar gastos por conta própria, além de que, como concluído corretamente pela sentença apelada, o fato de viajar a trabalho não conduz à conclusão de responsabilidade pela administração das empresas;

V - e, ao registro de pagamento em favor da mãe do acusado Gilmar Tenório Rocha Filho (e esposa de seu pai) no mesmo livro, tendo em vista o seu registro com finalidade específica de contraprestação por serviços e a ausência de demonstração de vinculação ao acusado em questão, sem indício de qualquer ligação com eventual responsabilidade dele pela administração contábil e financeira das empresas.

- Em reforço aos fundamentos e conclusões da sentença apelada analisados, tem-se a pouca idade do acusado Gilmar Tenório Rocha Filho na época dos fatos objeto da acusação (em 1999 tinha ele 18 anos de idade) e sua condição de estudante então (secundarista) e nos anos seguintes (universitário), que, conforme entendido, também, no julgamento da ACR nº 8.341/PE pela 1ª Turma do TRF da 5ª Região (PROCESSO: 2005 83000058530, ACR 8341/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT, Primeira Turma, JULGAMENTO: 10/10/2013, PUBLICAÇÃO: DJe 07/11/2013 - Página 140) em relação ao qual deduzida acusação símile à presente em relação ao acusado Gilmar Tenório Rocha Filho, mas, daquela feita, quanto a outra empresa do grupo econômico gerido por seu genitor, a Imbiribeira Distribuidora Ltda. - Indel, contribuem para a conclusão de ausência de domínio sobre a gestão financeira, contábil e tributária das empresas objeto da acusação neste feito e, portanto, sobre a conduta delituosa societária a ele imputada.

- Sentença apelada mantida quanto à absolvição do acusado Gilmar Tenório Rocha Filho.

- Os elementos documentais indicados nos itens 111 a 116 da sentença apelada, ao contrário do entendido pelo Juízo de 1º Grau, mostram-se suficientes para demonstrar que, além de sócio-gerente da empresa DSM Ltda. (sucédida pela Jiquiá Ltda.), praticou o acusado Adão Augusto de Almeida, concretamente, atos enquadráveis como de gestão financeira e contábil das empresas do grupo econômico indicado na denúncia, vez que outorgou procurações para atuação perante a Receita Federal e a Fazenda Estadual nos anos de 2000 a 2003, assinou termos de abertura e encerramento do Livro Diário nos anos de 1999 a 2001 e, além disso, como indicado no item 122

da transcrição acima da sentença apelada, era, confessadamente, “Diretor Presidente do holding de que faziam parte as empresas Juquiá e a DSM”.

- Esses elementos, tanto formais como materiais relativos à posição ocupada pelo acusado Adão Augusto de Almeida no grupo empresarial em questão e à prática de atos concretos relativos à gestão contábil e financeira deste (outorga de procurações e assinatura de livros contábeis), evidenciam a sua participação importante e necessária ao cometimento do delito tributário objeto da acusação e que esta se deu de forma consciente, como efetivo “testa de ferro” do grupo econômico instituído e gerido por Gilmar Tenório Rocha (pai), não havendo, nesse aspecto, para demonstração de sua coautoria delituesa que seus atos praticados encontrem correspondência com a conduta descrita no núcleo do tipo penal, vez que natural nos delitos de natureza societária a existência de uma divisão de tarefas que contribui para a realização da conduta criminoso.

- As provas relativas ao acusado Adão Augusto de Almeida mostram-se, pois, idôneas a embasar a sua condenação pelos crimes de sonegação fiscal cuja materialidade delitiva está devidamente explicitada nos itens 54 e 55 da sentença apelada, ante à atuação fiscal realizada pela Receita Federal, bem como diante da sucessão de empresas descrita nos itens 49 a 53 da sentença apelada, que, nesses pontos, também, adoto como razões de decidir.

- Na inexistência de causas excludentes de ilicitude e/ou de culpabilidade que o beneficiem, impõe-se a condenação do acusado Adão Augusto de Almeida como incurso nas penas do art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90.

- **Quanto ao crime do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.137/90, deve ser ele afastado, no caso concreto, vez que a conduta de não apresentação de documentos e livros da SMI Ltda. que embasou a acusação nesse aspecto enquadra-se dentro da garantia constitucional contra a autoincriminação (art. 5º, inciso LXIII da CF/88) (TRF da 4ª Região, ACR 9704516533, JOSÉ LUIZ BORGES GERMANO DA SILVA, TRF4 - SÉTIMA TURMA, DJ 31/07/2002 PÁGINA: 839; (ACR 200004011147234, FÁBIO BITTENCOURT DA ROSA, TRF4 - SÉTIMA TURMA, DJ 24/04/2002 PÁGINA: 1160; HC 200304010248512, LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO, TRF4 - OITAVA TURMA, DJ 17/09/2003 PÁGINA: 986).**
- **Deve ser reconhecida, ademais, a ocorrência de continuidade delitiva na conduta criminosa em questão, aplicando-se a majorante respectiva na proporção de 1/3, ante a extensão temporal e quantidade dos fatos delituosos objeto da condenação judicial nos anos de 1999 a 2003.**
- **É de se afastar o postulado reconhecimento de concurso formal e, também, de concurso material, vez que a supressão de tributos distintos realizada através de uma mesma conduta não dá ensejo a crimes autônomos, bem como que a reiteração das condutas nos anos de 1999 a 2003 dá ensejo à aplicação do instituto da continuidade delitiva acima já reconhecido.**
- **Incide, contudo, no caso, também, a causa de aumento da pena prevista no art. 12, inciso I, da Lei nº 8.137/90, ante a grande dimensão financeira da sonegação fiscal realizada (na casa das dezenas de milhões de reais), devendo esta ser fixada em 1/3 da pena alcançada na fase anterior da dosimetria.**
- **Pena definitiva fixada em 4 anos de reclusão, com substituição por duas penas restritivas de direito de prestação de serviços a serem fixadas**

pelo Juiz da Execução Penal, conforme julgamento, por maioria, da eg. 4ª Turma, vencido o relator nessa parte (dosimetria concreta).

- Tendo em vista que a Fazenda Nacional já detém título executivo extrajudicial próprio para ressarcimento dos valores subtraídos através da sonegação fiscal ora examinada, mostra-se desnecessária a fixação de valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração (art. 387, inciso IV, do CP, na redação dada pela Lei nº 11.719/08), também, postulado pelo MPF em sede recursal.

- Negar provimento à apelação do Ministério Público Federal quanto ao acusado GILMAR TENÓRIO ROCHA FILHO e dar-lhe provimento em parte quanto ao acusado ADÃO AUGUSTO DE ALMEIDA para reformar a sentença de primeiro grau e condená-lo às penas do art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, em continuidade delitiva (art. 71 do CP) e com a incidência da causa de aumento do art. 12, inciso I, da Lei nº 8.137/90. Vencido o relator, quanto à fixação da pena definitiva aplicada em 4 anos de reclusão, substituída por duas penas restritivas de direito de prestação de serviços a serem fixadas pelo Juízo da Execução Penal.

ACÓRDÃO

Vistos etc., decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negar provimento à apelação do Ministério Público Federal quanto ao acusado Gilmar Tenório Rocha Filho e dar-lhe provimento em parte quanto ao acusado Adão Augusto de Almeida para reformar a sentença de primeiro grau e condená-lo às penas do art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, em continuidade delitiva (art. 71 do CP) e com a incidência da causa de aumento do art. 12, inciso I, da Lei nº 8.137/90 e, por maioria, vencido o Relator, fixar a pena definitiva privativa de liberdade em 4 anos de reclusão, substituída por duas penas restritivas de direito de prestação de serviços a serem fixadas pelo Juízo da Execução

Penal, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

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

DESEMBARGADOR FEDERAL EMILIANO ZAPATA LEITÃO -
Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EMILIANO ZAPATA LEITÃO (Convocado):

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal (fls. 802/842) contra sentença proferida pelo Juízo Federal da 4ª Vara/PE (Recife) - fls.763/791, que julgou improcedente a denúncia para absolver, com arrimo no artigo 386, VII, do CPP, os acusados GILMAR TENÓRIO ROCHA FILHO e ADÃO AUGUSTO DE ALMEIDA da imputação do crime contra a ordem tributária (artigo 1º, inciso I e parágrafo único, c/c artigos 11 e 12 da Lei 8.137/90, c/c artigos 69 e 70 do Código Penal).

Consoante a denúncia, os acusados, GILMAR TENÓRIO ROCHA FILHO, ADÃO AUGUSTO DE ALMEIDA e ARMANDO PEREIRA FONTES, na condição, respectivamente, de sócios e contador da empresa JIQUIÁ DISTRIBUIÇÃO LTDA. (que a partir de setembro de 2002 é a nova razão social da DSM - DISTRIBUIDORA SÃO MIGUEL LTDA.), nos exercícios financeiros dos anos de 2000, 2001 e 2002, prestaram declarações falsas à Receita Federal, consistentes na informação de que não auferiram qualquer receita e de que não havia tributos a pagar, omitindo-se na entrega da declaração do ano calendário de 2002, o que acarretou a supressão de pagamento de impostos e contribuições devidos ao Fisco (PIS, CONFINS e CSLL).

Consoante a Receita Federal, os valores suprimidos totalizaram um crédito tributário à ordem de R\$ 60.855.722,42 (sessenta milhões e oitocentos e cinquenta e cinco mil e setecentos e vinte e dois reais e quarenta e dois centavos).

Giza a denúncia, ainda, que os acusados, respectivamente, na condição de administradores de fato e de direito e contador da

empresa SMI - SÃO MIGUEL INDUSTRIAL LTDA. (pessoa jurídica distinta, apesar de componentes de um mesmo grupo econômico), no exercício do ano de 2004, prestaram declarações falsas à Receita Federal, consistentes na informação de fatos geradores do PIS e da COFINS a menor no ano-calendário de 2003, o que acarretou a supressão de pagamento desses tributos, gerando um crédito tributário à ordem de R\$ 12.529.774,79 (doze milhões, quinhentos e vinte e nove mil e setecentos e setenta e quatro reais e setenta e nove centavos).

Os autos da ação penal foram desmembrados, em virtude do determinado no incidente de insanidade mental requerido pela defesa do acusado ARMANDO PEREIRA PONTES (fls. 122 e 125), passando esse réu a figurar no polo passivo da nova ação penal (Processo nº 0003050-67.2012.4.05.8300).

Impetrado o *Habeas Corpus* (HC nº 4960/PE) nesta Corte Regional, a egrégia 4ª Turma concedeu parcialmente a ordem para considerar como inválidas, na qualidade de elementos de convicção, as informações de movimentação bancária, requisitadas sem ordem judicial, determinando a sua retirada dos autos (fls. 560/568).

Decisão de fl. 618, que determinou o desentranhamento das peças indicadas pelo MPF às fls. 581/582, bem como a formação de apenso específico.

A defesa do acusado GILMAR TENÓRIO ROCHA FILHO impetrou o HC nº 4936/PE perante esta Corte com o fim de garantir que seu interrogatório fosse realizado no final da produção de todas as provas requeridas. Foi concedida a ordem pela egrégia 4ª Turma deste Tribunal (fl. 486).

Argumenta a acusação, nas suas razões de apelação, que existem provas satisfatórias a ensejar o decreto condenatório, pelo que devem ser condenados das imputações dos crimes narrados na denúncia, o acusado ADÃO AUGUSTO DE ALMEIDA, na qualidade de “testa de ferro” do grupo econômico, e GILMAR TENÓRIO ROCHA FILHO, na qualidade de administrador das empresas indicadas na denúncia.

Contrarrazões apresentadas (fls. 847/902 e 905/910).

No Parecer Ministerial de fls. 917/926, o Exmo. Sr. Procurador Regional da República, Uairandyr Tenório de Oliveira, opinou pelo provimento do recurso interposto pela acusação com o fim de os acusados, ora apelados, GILMAR TENÓRIO ROCHA FILHO e ADÃO AUGUSTO DE ALMEIDA, serem condenados em face do crime previsto no artigo 1º, I, parágrafo único, c/c artigos 11 e 12 da Lei nº 8.137/90.

É o que havia de relevante para relatar.

Ao eminente Revisor, nos termos do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EMILIANO ZAPATA LEITÃO (Relator Convocado):

A sentença apelada absolveu os acusados Gilmar Tenório Rocha Filho e Adão Augusto de Almeida, nos termos do art. 386, inciso VII, do CPP, sob o entendimento de ausência de prova suficiente para uma condenação em relação à acusação deduzida na denúncia de, na condição de administradores, de fato e de direito, respectivamente, das empresas:

I - Jiquiá Distribuição Ltda., nos exercícios financeiros de 2000, 2001 e 2002, terem prestado declarações ideologicamente falsas à Receita Federal, consistentes na informação de que não auferira ela qualquer receita e de que não havia tributos a pagar, e terem se omitido na entrega da declaração do ano-calendário de 2002, o que acarretou a supressão do pagamento de impostos e contribuições devidos pela empresa em questão (PIS, COFINS e CSLL), com sonegação de R\$ 60.855.722,42 (sessenta milhões, oitocentos e cinquenta e cinco mil, setecentos e vinte e dois reais e quarenta e dois centavos), em valores históricos com os devidos acréscimos legais;

II - e SMI - São Miguel Industrial Ltda., no exercício financeiro de 2004, terem prestado declarações ideologicamente falsas à Receita Federal, consistentes na informação de fatos geradores do IRPJ e da CSLL zerados e fatos geradores do PIS e COFINS a

menor, no ano-calendário de 2003, o que acarretou a supressão do pagamento desses tributos devidos pela empresa, com sonegação de R\$ 12.529.774,79 (doze milhões, quinhentos e vinte e nove mil, setecentos e setenta e quatro reais e setenta e nove centavos), em valores históricos com acessórios.

Em relação à conclusão de ausência de prova suficiente à condenação penal do acusado Gilmar Tenório Rocha Filho em relação à autoria das condutas delituosas acima descritas a ele imputadas pela acusação, a sentença apelada trouxe os seguintes fundamentos:

65. Em epítome, no meu sentir, o órgão acusador não exauriu o ônus da prova neste feito. A denúncia traduz suspeitas da participação de GILMAR TENÓRIO ROCHA FILHO na prática da infração, suficientes para o Juízo inicial da verossimilhança, mas frágeis para embasar uma condenação.

66. De outro giro, a defesa do acusado logrou produzir a contraprova das alegações contidas na exordial acusatória, demonstrando a este Juízo que, pela realidade factual, GILMAR TENÓRIO ROCHA FILHO não possuía, na época descrita na denúncia, poder de mando nas empresas Jiquiá Distribuição Ltda. e São Miguel Industrial Ltda., no sentido de direcionar as atividades da empresa, reunindo elementos aptos a demonstrar a sua subordinação ao pai (Gilmar Tenório Rocha), sendo este último o verdadeiro responsável pelo poder de controle da sociedade para o efeito de decidir pela consumação do delito.

67. Dito isso, passo à análise descritiva das provas constantes dos autos, iniciando pelos depoimentos das testemunhas inquiridas no presente feito, que foram de relevante papel para a busca da verdade real dos fatos.

68. Em que pese as testemunhas arroladas pela acusação afirmarem que viam GILMAR FILHO como “dono da empresa” (ao lado do pai), ao passo que iam detalhando a função que exerciam, o contato pessoal que tiveram com o réu e o assunto tratado com ele, percebe-se que as funções de GILMAR FILHO estavam diretamente relacionadas ao setor comercial.

69. Extrai-se, ainda, dos depoimentos a existência de uma hierarquia/subordinação dentro da empresa, em que Gilmar Tenório Rocha estava no topo da pirâmide e que GILMAR FILHO era solicitado a resolver problemas do dia a dia, auxiliando o supervisor e o gerente do setor de telemarketing nos assuntos relacionados ao setor de tele vendas, que fazia parte do setor comercial.

70. Relevante transcrever os depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação (*vide* mídias acostadas às fls. 392 e 404), *in verbis*:

- Ângela Honorato:

Trabalhou na INDEL, ingressou no ano de 1997, tendo a empresa funcionado na Imbiribeira. Foi transferida, junto com outros empregados, para a Distribuidora São Miguel (DSM), localizada em Afogados. Foi demitida em 2001, a sua CTPS era assinada pela empresa BSL, mas nunca trabalhou para essa última empresa e não sabe onde fica.

O emprego, a depoente foi procurar na COMAFAL, em Afogados, para onde levou a documentação para ser contratada, sendo a CTPS assinada pela BSL em 1998, antes era pela INDEL. Sua função era operadora de telemarketing.

Em 1998 fez um acordo, saiu da INDEL e a partir de então sua CTPS passou a ser assinada pela BSL. Afirmou que quem era o dono da empresa INDEL era Gilmar Tenório (pai), sempre o avistava na empresa, ele sempre dava as ordens para o gerente comercial, Flávio Celestino. Que a INDEL emitia notas fiscais em seu próprio nome, mas depois passou para a denominação Atacado Express (nome fantasia), cuja razão social era DSM e que os funcionários desta empresa também se dirigiam a Gilmar Tenório da Rocha Filho como um dos donos. Não sabe informar se os nomes deles estavam no contrato social.

Afirmou que por várias vezes teve contato com Gilmar Tenório Filho para saber como realizar vendas de produto da empresa. No momento da sua demissão foi também Gilmar Filho que foi lhe procurar para oferecer um acordo.

O marido da depoente também era funcionário da INDEL e da DSM. Que o prédio onde funcionou a DSM foi o local

onde depois funcionou a SMI (Super Atacado Express). Sempre teve a mesma função da DSM que teve na INDEL. Afirmou que não aceitou a proposta e foi demitida da DSM por volta do ano de 2001.

Luciano Gomes de Araújo somente recorda vagamente devido ao tempo, mas se lembra que ele era do setor fiscal. Na reclamação trabalhista, entrou contra a INDEL, DSM e BSL.

Gilmar pai viajava muito, às vezes ficava mais de uma semana sem comparecer à empresa. Na empresa havia muitos funcionários, do depósito, escritório e vendas, somente de telemarketing eram dez. Vendia por telemarketing tudo de um supermercado. Confirma o que disse no depoimento na Justiça Estadual sobre os mesmos fatos.

Não sabe informar qual era a função de Gilmar Tenório Filho na empresa, mas afirma que na ausência do pai os funcionários se dirigiam a ele como dono da empresa, ele quem dava as ordens finais. Não sabe dizer se ele tinha uma função específica.

Afirmou que no setor de televendas, onde trabalhava, se reportava no dia a dia aos seus chefes diretos: a supervisora do setor – Soraia – ou ao gerente, Flávio Celestino, na ausência da primeira. Frisou que não tinha acesso a Gilmar Tenório (pai), completando que em casos excepcionais se dirigia a Gilmar Tenório Filho, por ser mais maleável.

Indagada se ela recordava alguma vez que tinha se dirigido diretamente a Gilmar Filho, respondeu que sobre assunto de trabalho não se recorda, que lembra apenas quando ele lhe procurou para falar sobre a causa trabalhista de seu marido e na época em que pediu demissão da empresa.

Disse que quem se dirigia a Gilmar Tenório Filho diretamente era o seu chefe. Afirmou que a parte de telemarketing fica dentro do setor comercial da empresa.

Não soube informar quem estava à frente do Setor de Gestão e de Contabilidade.

Quando esteve pessoalmente com Gilmar Filho, ele disse que tinha recebido um telefonema do pai e teria sido ele quem pedira para que fosse feita a proposta que lhe fez.

Não conhece o réu Adão Augusto de Almeida. Na CTPS não tem vínculo com a Jiquiá.

- Edjane Elizabete Silva de Vasconcelos:

Trabalhou na Distribuidora Express, não se recorda o período, mas afirmou que em média há dez anos atrás. Sua CTPS foi assinada pela BSL, mas nunca trabalhou para essa empresa e não sabe onde fica. Trabalhava como operadora de telemarketing.

Sempre visualizava Gilmar Tenório e seu filho na empresa, mas com mais frequência o segundo, uma vez que o pai constantemente estava viajando.

Não conhece o réu Adão Augusto. Afirmou que na empresa havia mais de 50 funcionários. Aduziu que no escritório funciona tudo: administração, departamento de pessoal, contas a pagar, contas a receber, cadastro.

Afirmou que tinha uma supervisora, Flávia, um coordenador, Leonardo, e um gerente, nesta ordem de hierarquia.

Aduziu que na ausência de Gilmar Tenório, o seu filho detinha poder de mando. Indagada sobre o motivo desta afirmativa, respondeu que a administração da empresa fica no andar de cima do escritório e que sempre subia para pedir autorização de estoque de vendas a seu coordenador, sendo que neste ambiente as salas eram de vidros e dava para visualizar as pessoas. Assim, afirmou que o seu coordenador sempre se reportava a Gilmar Tenório Filho. Trabalhou na empresa por cerca de dois anos e seis meses. Não participava de reuniões com os donos, pois se respeitava a hierarquia.

Indagada sobre quem tinha o poder de mando na ausência de Gilmar Tenório e seu filho, afirmou que acredita que devia ser o gerente à época, Marco Antônio. Não era tão frequente, frisando que Gilmar Tenório era quem mais se ausentava.

Aduziu que nunca se dirigiu diretamente a Gilmar Tenório Filho, uma vez que existia essa hierarquia, ela não tinha acesso.

Questionada se sabia qual o setor que era ligado a Gilmar Tenório Filho, respondeu que os chefes de cada setor ti-

nham acesso a ele, complementando que se tratava de setores comerciais.

Quanto aos setores de contabilidade e tributação não sabe se havia acesso a Gilmar Filho. O coordenador na época é Leonardo, que está fora da sala de audiência para depor nesta data. Havia reuniões do setor de telemarketing para discutir atingimento de metas, mas nunca participou.

Aduziu que o setor de telemarketing era no mesmo escritório, que este era subdividido em térreo, balcão externo e primeiro andar. No térreo ficava localizado o setor de vendas e a sala era toda de vidro, cada funcionário de telemarketing dava apoio a uma equipe de vendas, em torno de 6 funcionários. No balcão externo, os clientes iam buscar as mercadorias e no primeiro andar fica o Setor Administrativo (departamento de pessoal, contas a pagar, contas a receber, setor de cadastro).

- Janaína Bezerra de Lima:

Trabalhou na empresa DSM no ano de 1999 a 2003, mas sua carteira era assinada pela empresa BSL. Ingressou na empresa inicialmente na função de auxiliar administrativa e depois foi ser operadora de telemarketing. Visualizava na empresa diariamente Gilmar Filho, já o Gilmar Tenório (pai) viajava com muita frequência.

Afirmou que não tinha contato direto com eles porque na empresa havia regras de hierarquia: gerência, coordenação, etc. Assim, para falar com eles era muito difícil.

Chegou a falar com Gilmar Filho em três oportunidades sobre pedidos de cliente, frisando que a norma da empresa era não perder vendas. Assim, na ausência do coordenador e do gerente procurou ele diretamente para liberar um cheque de um cliente, que inclusive o cadastro não tinha sido liberado, ressaltando que Gilmar Filho deu um visto no cheque do cliente que estava com restrição no SERASA.

Nas outras oportunidades, falou sobre desconto de mercadorias, visto que mensalmente havia promoção de bebida e o desconto tinha que estar no pedido com a assinatura dele. Assim, diante da norma da empresa de não perder vendas e na ausência dos superiores hierárquicos procurou diretamente Gilmar Tenório Filho.

Não conhece o réu Adão Augusto.

Sobre a estrutura física da empresa, narrou os mesmos detalhes que a testemunha Edjane afirmou, acrescentando que Gilmar Tenório e Gilmar Tenório Filho ficavam na sala da gerência.

Afirmou que vendia para outras empresas bebidas, produtos de limpeza e de higiene.

Não sabe informar quem eram os responsáveis pela parte de contabilidade e de pagamentos. Informou que o pai e o filho eram tidos como os donos da empresa.

- Redjane Freitas de Melo:

Trabalhou no setor de compras de uma empresa com sede em Natal, ela mora em Natal, na época tinha o gerente lá em Natal, Sr. André, bem como havia os gerentes dos setores.

Quando tinha reuniões, quem vinha para Natal era um senhor de Recife. O nome da empresa era Distribuidora Produtos Natal, era conhecida como Express (nome fantasia).

Não propôs reclamação trabalhista contra a empresa. Não sabe dizer quem era o dono no papel, mas o dono de fato era Gilmar Tenório.

Afirmou que quando tinha a reunião da empresa em Natal vinha um grupo de Recife, entre eles o Sr. Gilmar Tenório e seu filho, acrescentou que o tema da reunião era para traçar diretrizes de gestão da empresa, mas quem participava era Gilmar Tenório (pai), os demais componentes do grupo de Recife ficavam de fora.

Não presenciou Gilmar Tenório Filho dar ordens na empresa, afirmou que em Natal ficavam subordinados aos gerentes do Setor Comercial e Administrativo. Afirmou que Gilmar Tenório Filho não determinava nenhuma diretriz a ser seguida aos gerentes em atuação em Natal.

Não conhece o réu Adão Augusto.

Indagada se a empresa de Natal era filial da empresa de Recife, respondeu que fazia parte do mesmo grupo econômico porque era Gilmar Tenório (pai) quem administrava.

A sua CTPS era assinada pela empresa BSL, mas prestava serviço para a Distribuidora Produtos Natal. Tinha conhecimento que em Recife havia também uma distribuidora, mas não havia uma relação de filial e matriz, eram independentes. Não sabe se a empresa de Natal tinha um setor de Contabilidade próprio.

Inicialmente trabalhou na empresa no setor de vendas, comprava os produtos que eram vendidos em Natal, no comércio local. Antes de a empresa fechar eles deram férias coletivas e não voltou mais a trabalhar, souberam do encerramento por terceiros. Não sabe se a empresa deixou débitos fiscais.

Trabalhou na empresa em torno de 03 anos. Via como dono da empresa Gilmar Tenório, já o filho ela considerava como um apoio. A empresa funcionou até 2000 a 2001.

71. Em que pese as testemunhas acima afirmarem que era GILMAR TENÓRIO FILHO quem dava as ordens finais na empresa na ausência do pai (que se ausentava frequentemente), verifico que as depoentes se atrapalharam ao serem indagadas se as funções de GILMAR FILHO estavam vinculadas à função de gestão da empresa.

72. Ora, com exceção de Redjane Freitas, todas as testemunhas eram operadoras do setor de telemarketing, que fazia parte da área comercial. Assim, nas oportunidades em que alegaram que GILMAR FILHO era quem dava a ordem final na empresa, acrescentaram que visualizavam os seus supervisores, gerentes ou coordenadores se dirigindo a ele, sendo óbvio que se tratava de assuntos relacionados ao setor de vendas. Qual a justificativa para tratarem de outros assuntos durante o expediente, senão do setor em que exerciam suas atividades? Ademais, as operadoras de telemarketing trabalhavam numa sala isolada, no piso térreo da empresa, em face da função específica que exerciam (vendas pelo telefone), apenas visualizavam o movimento da empresa através das divisórias de vidro, não participavam das conversas e muito menos das reuniões do setor.

73. Outrossim, quando atestaram que tiveram contato direto com GILMAR FILHO, o assunto tratado também foi sobre o setor comercial (autorizar um desconto, visar um

cheque de cliente, etc.). Ademais, a maioria das testemunhas não soube apontar quem estava à frente da administração e contabilidade da empresa. As que souberam nomear os responsáveis pela contabilidade, indicaram nomes diversos do de GILMAR FILHO.

74. A testemunha Ângela Honorato, em seu depoimento, afirmou inicialmente que se dirigiu a GILMAR FILHO várias vezes, todavia, depois narrou que sobre assunto de trabalho não se recorda, lembra apenas quando ele lhe procurou para falar sobre a causa trabalhista de seu marido e na época em que pediu demissão da empresa, esclarecendo que quando esteve pessoalmente com Gilmar Filho, ele disse que tinha recebido um telefonema do pai e teria sido ele quem pedira para que fosse feita a proposta que lhe fez.

75. Já a testemunha Redjane Freitas afirmou que Gilmar Filho acompanhava o pai nas viagens a Natal, mas que o réu não participava das reuniões da empresa, que apenas ia a passeio, acrescentando que nunca presenciou Gilmar Filho dar ordens na empresa sediada em Natal e que lá havia uma independência do setor comercial, por ser outra empresa, ainda que integrante do grupo econômico liderado por Gilmar Tenório Rocha (pai).

76. Pois bem. Como GILMAR FILHO seria o segundo na hierarquia da empresa, apenas abaixo do pai, e não participava das reuniões da empresa sediada em Natal, inclusive do mesmo setor comercial, em que atuava em Recife?

77. Diante disso, concluo que quando as testemunhas Ângela, Edjane e Janaína afirmaram que viam GILMAR FILHO como dono da empresa ostentaram, além da sua condição de “filho do dono”, a sua atuação dentro do setor comercial, em que possuía poder decisório, ainda que limitado.

78. De outro giro, as testemunhas arroladas pela defesa atestaram que Gilmar Tenório Rocha (pai) era o real gestor e dono das empresas, em que atuava com o poder centralizador das decisões. Frisaram, ainda, que, mesmo na área comercial, GILMAR FILHO não possuía autonomia de decisão quando se tratava de negócios de grande porte.

79. Afirmaram, ainda, que GILMAR FILHO não tinha muita responsabilidade, não cumpria os horários como os demais funcionários e que quando participava das reuniões era apenas um ouvinte, um “aprendiz”, sem influenciar nas decisões finais da empresa, que ficava a cargo de seu pai. Vejamos as transcrições dos depoimentos abaixo:

- Franklin Bittencourt de Almeida Jr.:

Conhece Gilmar Filho desde que nasceu e tem uma amizade com Gilmar (pai) desde os 11 anos de idade. Tem conhecimento que Gilmar Filho estagiava na empresa do pai, acredita que ele auxiliava nas tarefas como forma de aprendizado. Não sabe dizer se Gilmar Filho tinha uma função específica, um cargo maior na empresa, apenas sabe que ele estava estagiando. Gilmar Tenório nunca mencionou que o filho seria responsável por algum setor.

Não conhece Adão Augusto. Acredita que Gilmar foi preso no ano de 2005 a 2006. Aduziu que Gilmar filho iniciou o estágio desde quando estudava no 1º grau, dando continuidade na faculdade.

Frequentava o escritório da Distribuidora São Miguel (Express) para comprar bebida, uma vez por mês, procurava Gilmar (pai) e via que o filho estava presente na empresa. Acredita que o filho ficava em todos os setores para ter conhecimento do funcionamento do todo. Não acredita, pela pouca idade e falta de experiência, que Gilmar Filho fosse responsável por algum setor.

- Genaldo Cabral M. da Silva:

Trabalhou em meados de 2004 na Distribuidora Express, no setor de telemarketing, que ficava no térreo, bem atrás existindo uma escada que levava ao 1º andar, onde funcionavam outros setores.

O pessoal do telemarketing tirava dúvidas com o supervisor, não tinha contato com os diretores. Lembra-se de Gilmar Filho, acreditando que ele trabalhava na área comercial, pois ele era solicitado sobre aumentos de mercadorias, promoções, etc. O dono da empresa conheceu de vista, era o Gilmar pai.

Não conhece Adão Augusto.

Trabalhou na empresa por pouco tempo, pois a empresa fechou. Foi menos de um ano. Quem assinou a CTPS não lembra e o vínculo não lembra se foi assinado exatamente com a Distribuidora Express. Trabalhou duas vezes, primeiro no telemarketing, depois como conferente. No intervalo trabalhou por conta própria. Não foi nem um ano somando os dois períodos.

Sabia que Gilmar pai era o dono, mas ele era na dele, não falava com ninguém, mas todos o apontavam como o dono. Via ele diariamente, embora fosse de um setor diverso, pois havia um vidro grande na sala (visualizava o movimento de quem saía e de quem chegava).

Gilmar Filho também participava da administração, conhecendo também alguns supervisores e pessoas da área de compras, como Kleber, Ronaldo. O Gilmar pai viajava às vezes uma semana, não sabendo nessas ausências quem o substituíria, acreditando que seu supervisor se reportava nesses períodos ao Gilmar Filho, frisando que era quando se tratava de questão comercial.

Havia mais de 100 funcionários na empresa, que era um supermercado. O supervisor era Fabiano, mas não sabe o nome dele completo. O nome de fantasia era Super Atacado Express. Não sabe se existia outro administrador que não ficava no local. O depoente trabalhava interno, excepcionalmente é que ia a um cliente externamente. Ao sair da empresa, passou a trabalhar por conta própria.

Não sabe se, além de questões comerciais, Gilmar Filho tratava de outras questões.

- Kleber Carrilho dos Santos:

Trabalhou na SMI, no setor de compras, nos anos de 2004 a 2007. Conhece Gilmar Filho, sabendo que ele trabalhava na área comercial, sendo a empresa administrada pelo Gilmar pai. Gilmar Filho estava presente na empresa diariamente, com contato frequente, dividindo a mesma sala.

Gilmar Filho cuidava da aquisição de mercadorias a partir de um teto X, mas a partir de um teto maior somente o Gilmar pai decidia. Nunca viu Gilmar Filho decidindo nada fora da área comercial, a exemplo da área de gestão, financeira ou de contabilidade.

Armando Pontes era contador da empresa e recebia ordens de Gilmar pai, nunca viu Gilmar Filho decidindo questões com Armando (era um terceirizado, trabalhava para as empresas de Gilmar Tenório). Não conhece o réu Adão Augusto.

Pedro Vicente era o gerente de compras, acima dele o Gilmar Filho e acima deste o Gilmar pai.

Gilmar Filho era novo à época, ele estava na empresa aprendendo, assim como a irmã dele trabalhava um turno nas férias desde os 14 anos na construtora da empresa.

O Gilmar pai, nas ausências, era substituído por uma pessoa de cada setor, sendo na comercial o Gilmar Filho.

Gilmar pai não estava na empresa todos os dias, pois ele ia também à construtora e outros negócios do grupo e ele também viajava muito, às vezes uma vez por dia. Gilmar pai centralizava algumas coisas, por exemplo, somente ele assinava contratos da construtora.

Na parte financeira era Alberto Ferreira que cuidava; no telemarketing era Fabiano e Ronaldo Moraes era o gerente de vendas.

Nas ausências do pai, decisões administrativas eram tomadas por ele mesmo, entrava-se em contato com ele por telefone.

Não sabe dizer se Gilmar Filho chegou a assinar documentos como diretor. O depoente trabalhava em horário comercial, mas Gilmar Filho não tinha horário de expediente, às vezes nem ia, pois era menino, não queria muita responsabilidade com a empresa, às vezes ficavam com decisões pendentes na empresa dependendo dele e somente quando ele aparecia decidiam.

Os três filhos de Gilmar pai trabalharam como aprendizes na empresa.

Quando o Gilmar pai foi preso, ainda assim iam os funcionários até o presídio para decidir as questões da empresa, para ele assinar documentos, etc. (Afirmou que a testemunha Pedro chegou a ir algumas vezes ao presídio).

- Pedro Vicente Bianchin Viero:

Trabalhou de 2002 a meados de 2005 na SMI Express na área comercial, na área de compras e administração da loja de varejo.

Lembra de Gilmar Filho, que trabalhava com o depoente e ele decidia quando o departamento precisava realizar algum negócio que dependia de um valor maior, antes ele consultava o pai e decidia. Quem administrava a empresa era o Gilmar pai. Não sabe de outra atuação de Gilmar Filho na empresa além da área comercial.

Gilmar Filho não demonstrava muito interesse em fazer as coisas acontecer, tocar os negócios da empresa, geralmente o pai era quem decidia. O filho não cumpria horário, às vezes chegava meio dia nas segundas e na sexta não ia trabalhar.

Participou de reuniões mensais com o pai e o filho e os gerentes de departamentos sobre decisões da empresa, sendo sempre o pai quem comandava a reunião e dava as diretrizes. Gilmar Filho participava dessas reuniões mais como ouvinte.

Não conheceu Adão Augusto.

Na hierarquia da empresa estava no topo o pai e depois vinha o filho, mas este não tinha um cargo formal (atuava na empresa como filho do dono).

Havia o setor comercial (de compras), o de vendas, contábil, financeiro, informática. O contador era um senhor de idade de nome Armando. Nos outros setores não sabe como era a hierarquia.

As reuniões mensais acima faladas eram para analisar o comportamento da empresa, analisando-se vendas, compras, lucro, prejuízo, questões comerciais, nada aí se discutindo sobre contabilidade e financeiro.

Participavam dessas reuniões mais os chefes de alguns setores. O depoente não possuía registro na CTPS do vínculo com a empresa, mas os dos funcionários em geral acha que eram com a SMI.

Reportava-se o depoente aos Gilmar pai ou filho, pois às vezes aquele estava ausente, porque estava em outras empresas ou viajando. O depoente era o consultor de com-

pras, para indicar, orientar sobre os melhores negócios da empresa, a área operacional da empresa etc.

Estava na empresa quando Gilmar pai foi preso, indo despachar com ele no COTEL sobre problemas na empresa, por 6 ou 7 meses, mas não era em dias de visitas, era em qualquer dia.

Chegou a ir 6 ou 7 vezes lá talvez. Não trabalhou para outras empresas do grupo. O nome do estabelecimento era SMI Express, salvo engano.

Às vezes o filho, que estava em São Paulo, dava ordens nesse período de prisão do pai, ou o funcionário do financeiro, cujo nome não lembra, que tinha contato com a família do dono.

Não falava com Gilmar pai por telefone enquanto esteve no COTEL. Não sabe se outros supervisores de outros setores falavam por telefone com o pai no COTEL.

80. Consoante se depreende dos depoimentos das testemunhas de defesa, acima transcritos, Gilmar Tenório Rocha (pai) realizava uma administração centralizadora, ainda mesmo no período em que esteve encarcerado (de 01/02/2005 a 17/12/2005), recebendo visitas de funcionários, a exemplo da testemunha Pedro Vicente Bianchin Viero, para despachar sobre os assuntos da empresa, inclusive fora dos dias de visitação formal.

81. Importante registrar, por oportuno, que o documento acostado à fl. 697 pelo MPF não é apto a comprovar o recebimento de visitas a Gilmar (pai) no período em que esteve custodiado no COTEL. Primeiro, porque o ofício versa sobre consulta aos registros de visitas conjugais, que não é o caso em apreço. Segundo, na informação há uma ressalva de que a atual gestão daquele estabelecimento prisional iniciou-se em junho/2009, em data posterior ao período em que Gilmar Tenório Rocha esteve preso, sendo uma forma de não se responsabilizar sobre a gestão anterior. Terceiro, foi amplamente divulgado na mídia local o tratamento diferenciado recebido por alguns empresários, dentre eles Gilmar Tenório (pai), presos no COTEL quando do cumprimento de prisões cautelares, acarretando até mesmo o afastamento do diretor daquele estabelecimento prisional (o *site google* ainda traz notícias sobre o fato).

82. Realmente, é de se estranhar que Gilmar Tenório Rocha não tenha recebido qualquer visita nos dez meses em que ficou custodiado. Não é crível que nem os familiares e seus advogados não lhe procurassem.

83. Cabia à acusação desconstituir a alegação comprovada pela defesa, acostando aos autos, acaso inverídica a informação, documentos idôneos a comprovar os registros de entrada e saída do estabelecimento prisional no período em questão.

84. Insubsistentes, ainda, as alegações de acusação de que “a parte comercial é a principal, o ‘coração’ da pessoa jurídica”. E, vale lembrar que as imputações se referem sobretudo à ausência de declaração de renda decorrente da venda de mercadorias, ou seja, eram dados do setor comercial, sob a supervisão confessa do denunciado Gilmar Tenório Filho.

85. Pois bem. Os responsáveis pelo departamento comercial de uma empresa planejam, dirigem e coordenam as atividades de comercialização e venda dos produtos e/ou serviços da empresa. É através desse departamento que a empresa promove e realiza suas vendas.

86. As principais atividades do departamento comercial são controlar e indicar o desempenho dos vendedores, definir as áreas de venda, prospectar clientes, elaborar e negociar propostas de venda, analisar o mercado, analisar as condições da empresa e propor melhorias nas vendas da empresa, intermediar as relações da empresa com os clientes, entre outras.

87. Assim, não se confundem com a atuação da área financeira e administrativa da empresa.

88. O setor financeiro, em regra, fica responsável pela administração dos fundos, com isso é aplicado uma série de princípios econômicos e financeiros objetivando a maximização da riqueza, ou seja, investimentos que possuem a melhor compensação entre riscos e retorno da empresa. Preocupa-se com a contabilidade de custos e a contabilidade financeira, com os pagamentos de impostos e com os sistemas de informação gerencial.

89. Já a noção de “gestão” de determinada sociedade empresária traz consigo a ideia de “autonomia”, atributo

que não se consegue extrair dos depoimentos testemunhais transcritos acima, bem como do documento assinado pelo réu GILMAR TENÓRIO ROCHA FILHO colacionado aos autos, que será amplamente analisado abaixo.

90. Repito. *In casu*, o propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente que pode evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. Nisso está a ação final.

91. Em seu interrogatório, o réu afirma, em suma, que trabalhou no setor comercial da empresa para aprender o seu funcionamento, a pedido de seu pai. Atestou ter participado de reuniões de assuntos desse setor, bem como era responsável em divulgar aos empregados as diretrizes da empresa, preestabelecidas pelo seu pai, na sua área de atuação. Admitiu, ainda, ter viajado para a feira da ABRAS, juntamente com outros funcionários, com o fito de entender o seu funcionamento. Passo a transcrição de seu interrogatório (*vide* mídia à fl. 637):

A acusação não é verdadeira. Afirmou que o seu pai era responsável por essas empresas, era quem administrava os negócios.

Indagado sobre o que fazia na época dos fatos (1999 a 2003), respondeu que em 1999 foi o ano em que completou 18 anos de idade, que estudou sua vida toda em Recife em um colégio integral, muito rígido e que aquele ano era o ano do pré-vestibular, que prestou vestibular no final de 1999 e era apenas um estudante naquela época. Ingressou na universidade em 2000, na qual ficou até 2003 e depois se mudou para São Paulo para tentar terminar seus estudos.

Afirmou que, quando saiu do colégio, foi estagiário da empresa que pertencia a seu pai, a pedido deste, para aprender o funcionamento da mesma. Jamais pertenceu ao quadro societário.

Afirmou que exercia suas atividades na área comercial, que a empresa era de compra e venda de mercadorias.

Alegou que não tinha acesso à parte gerencial, administrativa da empresa. Atestou que seu pai era muito novo, centralizador, e que ele é quem decidia e tomava a rédea da parte contábil e administrativa. Afirmou que seu pai administrava sozinho, sem auxílio de terceiros. Seu pai era responsável pela parte contábil, juntamente com Sr. Armando. Nunca teve acesso aos livros contábeis, era um menino, tinha 19 anos na época, estudava em escola integral quando estava iniciando na empresa. Veio morar em São Paulo no final de 2004.

Afirmou que conhecia Sr. Armando e que nunca conheceu Adão Augusto. Conhece algumas testemunhas arroladas nos autos, não tem nada a declarar sobre elas.

Questionado pela sua advogada como ficou a administração da empresa quando o seu pai foi preso, respondeu que o pai foi preso no ano de 2005, que ele já se encontrava morando em São Paulo, e que seu pai administrava a empresa de dentro do presídio. Afirmou que os funcionários envolvidos na administração da empresa iam ao estabelecimento prisional diariamente despachar com seu pai sobre todos os assuntos do negócio.

Afirmou que quando estagiava na empresa dividia a sala com outras pessoas: os compradores que trabalhavam lá, com o Sr. Pedro Vicente, com o Sr. Kleber Carrilho.

Sobre a estrutura da empresa, afirmou que existia o depósito onde ficavam as mercadorias e o escritório. Este último dividido em dois andares, no andar térreo funcionava o setor de telemarketing (onde as pessoas vendiam por telefone) e em cima funcionava o setor de compras e administração da empresa. A área contábil não era dentro da empresa, era terceirizada ao contador, funcionava no escritório deste último.

Sua defensora afirmou que algumas testemunhas arroladas pelo MPF atestaram que ele era visto como filho do dono e que na ausência do seu pai ele quem respondia pela empresa. Questionado se ele conhecia as testemunhas Ângela Barbosa, Janaína Bezerra de Lima e Edjane Elisabeth, afirmou que essas testemunhas trabalhavam na área de telemarketing da empresa. Aduziu que se tratava de uma empresa grande e que possuía hierarquia, os fun-

cionários do telemarketing se reportavam ao gerente do telemarketing, a equipe externa de vendedores se reportava ao gerente deste setor etc.

Sabia que era visto como filho do dono, mas afirmou que o pessoal do telemarketing não tinha acesso à administração da empresa, não sabiam o que ia ser feito ou não na empresa, o que ia comprar e vender, sobre as declarações e recolhimentos de impostos, coisas que até ele, como filho do dono, não tinha acesso. Então, essas testemunhas não tinham visão e não sabiam realmente como funcionava a administração da empresa, apenas lhe viam como filho do dono, ou seja, o dono da empresa consequentemente. Afirmou que o setor de telemarketing não tinha acesso às salas da administração para saber do seu funcionamento, que trabalhavam em uma área exclusiva.

Alegou que participou com o seu pai de algumas reuniões da empresa, que versavam sobre a área em que atuava, porém não para a definição de estratégia da empresa ou assuntos deste tipo. Afirmou que seu pai não lhe pedia a sua opinião sobre as estratégias da empresa, em face de sua pouca idade, era seu pai quem definia tudo.

Questionado sobre os pagamentos registrados no Livro da empresa com despesas de viagem, respondeu que se recorda da viagem que fez para a Feira da ABRAS no Rio de Janeiro. Afirmou que viajou acompanhando de dois compradores e o gerente da empresa, que nunca tinha participado de nenhuma feira até então e foi lá conhecer como funcionava. Afirmou que era comum a empresa pagar essas viagens para os funcionários, frisou que toda vez que tivesse uma solicitação de viagem para qualquer Estado, passagens de avião, alimentação, isso tudo era solicitado para a Aveloz Turismo, que era a operadora que fazia a reserva, e diretamente ia para o setor financeiro da empresa para serem pagas as despesas, como em qualquer empresa.

Sobre o ofício direcionado aos funcionários, assinado por ele em 1º de outubro de 2001, versando sobre metas de vendas de telemarketing, afirmou que a empresa tinha políticas que eram revistas semestralmente, às vezes anualmente e às vezes até mensalmente, e que cada definição ou mudança que havia, seja ela de remuneração da área

comercial ou qualquer coisa vinculada à área comercial, o seu pai definia as mudanças e era passado um comunicado através dele para serem divulgadas essas mudanças referentes ao setor comercial. Ressaltou que o ofício versa sobre diretrizes definidas pelo seu pai e que ele apenas assinou, não foi ele quem redigiu esse documento, foi redigido por ele ou pela secretária dele.

Indagado se o seu pai chegou a comentar sobre alguma irregularidade ou indício de irregularidade na empresa, por exemplo, sobre as sucessões de empresas ou até mesmo sobre a sonegação fiscal, informou que em algumas conversas particulares com o pai chegou a questionar se a empresa estava operando de forma regular e ele sempre informou que sim. Ele trabalhava na área comercial, sabia que as mercadorias eram compradas com nota fiscal e vendiam também com as respectivas notas, então, o seu pai lhe disse que na empresa nunca houve nada de errado. Questionado se ele chegou a ter conhecimento sobre as irregularidades no período em que seu pai esteve preso, disse que não teve conhecimento de todos os fatos, que seu pai gostava de definir a forma de atuação no processo e que chegou a explicar alguns pontos para ele. Disse que responde por outro processo na 4ª Vara pelo mesmo período (1999, 2000 e 2001), mas que se refere a outras empresas que seu pai também era sócio.

Por fim, gostaria de expressar sua indignação, uma vez que acha humanamente impossível que um garoto de 18 anos, recém saído da escola, sem experiência nenhuma, ter capacidade de administrar cinco a dez empresas diferentes, de setores e ramos diferentes, em Estados diferentes.

92. O expediente, datado de 01/10/2001, em nome da Distribuidora Express (nome fantasia da Distribuidora São Miguel - DSM), assinado por GILMAR FILHO e endereçado a Gilmar Tenório Rocha, indicando os prêmios e metas atingidas pela empresa para os vendedores iniciantes, supervisores iniciantes, vendedores antigos e setor de telemarketing (*vide* fls. 697/698 do Anexo 3/18 do PIC nº 1.26.000.003031/2009-05), reforça a tese defensiva sobre a atuação de GILMAR FILHO no setor comercial da empresa, bem como a subordinação exercida pelo réu ao seu

pai, demonstrando a ausência de poder de mando por parte do primeiro.

93. Nesse tocante, de logo cumpre registrar que, se fosse verdadeira a imputação de que o réu fosse o segundo nome na hierarquia das empresas e substituísse seu pai na gestão da sociedade nas suas ausências (que foram inúmeras e constantes, consoante os depoimentos das testemunhas inquiridas nos autos), muitos outros documentos teriam sido assinados por GILMAR FILHO, como por exemplo, memorando com ordens administrativas, atas de reuniões, contrato com fornecedores. Ao revés, apenas este documento, assinado em 2001, foi colacionado aos autos para vincular o réu à administração das empresas em tesilha nos anos de 1999 a 2002.

94. Pois bem. O assunto tratado no documento está diretamente relacionado à fixação de metas de venda e aos percentuais de bonificação dos funcionários quando atingidas as referidas metas, ou seja, versa sobre as atividades do setor comercial da empresa, no qual o próprio réu confirma a sua atuação, consoante foi dedilhado acima.

95. De mais a mais, o fato de o documento ser endereçado a Gilmar Tenório Rocha (o pai), e não diretamente aos funcionários da empresa (interessados diretos do teor da comunicação), reflete com clareza meridiana a conclusão de que o réu necessitava de uma prévia autorização do pai para validar a sua atuação dentro do setor comercial, demonstrando que apesar de possuir alguma autonomia decisória na sua área de atuação (autorizava descontos nas mercadorias, permitia a celebração de contratos com pequenos e médios compradores, entre outros), a palavra sobre as diretrizes de política de vendas cabia sempre a seu pai, que centralizava a gestão da administração, mesmo na sua ausência física da empresa (viagens ou no período em que esteve preso).

96. Outrossim, não foram encontrados documentos assinados pelo réu que comprovasse a sua atuação na área fiscal das empresas.

97. No que tange ao registro no livro analítico da DSM Ltda., no ano de 2000, de pagamentos à empresa Aveloz Turismo de despesas de viagens efetuadas por Gilmar Fi-

lho (fls. 336, 350, 351 e 373 do anexo 2/18 do PIC nº 1.26.000.003031/2009-05) e de pagamento a sua genitora, Tanagra Rodrigues Valença Tenório Rocha (fl. 492 do anexo 2/18 e fl. 504 do anexo 3/18, ambos do PIC nº 1.26.000.003031/2009-05), no ano de 2001, também é imprestável para comprovar a vinculação de GILMAR FILHO à frente da administração da empresa.

98. Como bem asseverou a defesa, em suas alegações finais, “(...) Acaso o requerente fosse, de fato, o administrador das empresas em discussão, não precisaria constar no livro razão da empresa a justificativa para as despesas por ele efetuadas. Se, ao contrário, encontra-se a justificativa do referido gasto, é porque ele não detinha regalia ou poder algum na empresa, e seus gastos deveriam ser comprovados e registrados na contabilidade, como o de qualquer outro funcionário”.

99. Importante frisar que no citado livro razão analítico também há pagamentos com outros funcionários, o que corrobora a tese de defesa sobre o controle da empresa acerca dos pagamentos de viagens ou qualquer outro motivo/serviço, a demonstrar que GILMAR FILHO era tratado como um funcionário e que não possuía autonomia para efetuar gastos por conta própria.

100. Ademais, não consta no livro analítico registro de retiradas e saques em altos valores para GILMAR FILHO, como por exemplo, de *pro labore*.

101. Assim, o simples fato de o réu viajar a trabalho, acompanhado ou não com outros funcionários do setor de vendas (“pag. A Aveloz Turismo ref. desp. com passagem aérea do Sr. Gilmar Filho, Sr. Reinaldo, Sr. Marcos, Srta. Roselivia, para feira da ABRAS no Rio de Janeiro”), não o torna responsável pela gestão das empresas.

102. É cediço que grandes empresas realizam gastos com seus funcionários para participarem de feiras, exposições de produtos, bem como investem em capacitação dos empregados. Portanto, entendo que não há qualquer peculiaridade a ser comentada sobre esse fato.

103. Na mesma linha é o registro no livro razão analítico de pagamentos a Sra. Tanagra Rodrigues, que além de ser mãe de GILMAR FILHO, era esposa de Gilmar Tenório

Rocha, o verdadeiro gestor da empresa. Neste caso, consta no livro que o pagamento foi efetuado em decorrência de prestação de serviços (“propaganda com projeto”) e não por mera liberalidade.

104. Restou, portanto, provado que não há um nexo necessário entre os registros de despesas apontados no livro razão da DSM e quem era o responsável pelo poder de controle da sociedade, para o efeito de decidir pela consumação do delito em questão.

105. Assim, não se consegue vislumbrar, das provas de autoria apontadas pela acusação contra o réu GILMAR TENÓRIO ROCHA FILHO, onde, precisamente, residiria o seu “poder de gerência” no âmbito das empresas em questão.

106. Diante deste panorama, entendo que ao final ficou demonstrado que o réu não concorreu para a infração penal, sendo a absolvição medida que se impõe.

107. Por derradeiro, faz-se necessário ressaltar que não há qualquer contradição entre o julgamento dos presentes autos com o julgamento da Ação Penal nº 0005853-67.2005.4.05.8300, ambos exarados por esta mesma signatária.

108. Na presente ação penal, diversamente do que se deu naqueloutra, verifico que a defesa do réu GILMAR FILHO produziu de forma satisfatória a contraprova das alegações ministeriais, arrolando testemunhas que trabalharam diretamente com o réu, que foram uníssonas em alegar que ele não exercia a gestão da empresa e estava alheio às questões contábeis, portanto não concorreu para ação criminosa, ao passo que, de outra banda, a acusação não se desincumbiu de demonstrar a autenticidade da imputação contida na inicial, haja vista não ter trazido elementos indispensáveis a esse desiderato, tais como, *verbi gratia*, o testemunho de pessoas que pudessem afirmar, de forma segura, que era o acusado o responsável pela sociedade empresária, bem como de documentos que o vinculassem à efetiva gestão da empresa. Sabe-se que a parte que bem desempenhar seu ônus, produzindo as provas pertinentes, cabíveis e adequadas, terá maior chance de obter triunfo na ação penal. É o caso em questão.

109. Diversamente, na outra ação penal, em que a conclusão da sentença foi diversa, os indícios de autoria inicialmente apontados na denúncia foram confirmados por outros elementos de prova produzidos pela acusação, ao passo que a defesa ali conduzida não apresentou contraprovas a esses elementos reunidos, por isso a conclusão então exarada foi pela condenação, neste novo feito não mais possível, muito menos devida.

110. O trabalho do magistrado, diante das provas que lhe são postas à apreciação e atento às regras de distribuição do ônus da prova, é a elas ater-se (“o que não está nos autos não está no mundo”) e por meio delas buscar aproximar-se o mais possível da verdade real, por isso que, a depender de como a prova é produzida em cada caso, pode (e deve, se assim o contexto o ditar) o julgador exarar pronunciamentos diversos, desde que justificados e adequados a cada situação.

A fundamentação acima transcrita, que acolho, também, como razões de decidir no presente julgado, evidencia que:

I - o acusado Gilmar Tenório Rocha Filho exercia atividades administrativas nas empresas indicadas na denúncia, mas que suas atribuições estavam restritas ao setor comercial, não havendo a prova dos autos demonstrado que ele, efetivamente, tivesse ingerência na administração financeira, contábil e tributária dessas empresas;

II - ademais, a prova testemunhal, como corretamente examinada na sentença apelada, além de dirigir-se no sentido da conclusão acima, também, deixou evidenciado que:

(a) o acusado Gilmar Tenório Rocha Filho, mesmo na área comercial, não tinha autonomia para decisões em negócios de grande porte, restando evidente que o real gestor e dono das empresas era seu pai (Gilmar Tenório Rocha), que centralizava as decisões empresariais;

(b) o acusado Gilmar Tenório Rocha Filho não atuava de forma muito responsável, não cumprindo horários, e que, nas reuniões das empresas, quando participava, o fazia apenas como ouvinte, sem influenciar nas decisões a cargo de seu pai.

Por outro lado, os fundamentos acima transcritos da sentença apelada, que, também, são adotadas, nesses pontos, como razões de decidir deste julgado, demonstram a incorreção das teses acusatórias relativas:

I - ao período em que o pai do acusado Gilmar Tenório Rocha Filho ficou preso e a questão da gestão das empresas nesse período, vez que os elementos ali indicados indicam, ao contrário da tese acusatória, que houve, sim, continuidade do controle daquele sobre as atividades das empresas indicadas na denúncia;

II - à questão da diferenciação entre as atividades de gestão comercial e de gestão financeira e contábil das empresas indicadas na denúncia, não se podendo extrair da participação do acusado Gilmar Tenório Rocha Filho na primeira a sua responsabilidade pelas últimas, sobretudo ante os elementos já acima referidos em sentido contrário, que não indicam, em nenhum momento, que ele, de fato, tivesse poder de controle (“domínio”) sobre a gestão financeira e contábil dessas empresas;

III - ao expediente datado de 01.10.2001 da Distribuidora Express relativo a prêmios e metas de funcionários citado na fl. 786v./787 da sentença apelada, o qual não indica responsabilidade do acusado Gilmar Tenório Rocha Filho sobre a gestão financeira e contábil da empresa, mas, ao contrário, atuação na área comercial da empresa e subordinação, inclusive quanto a esta, em relação ao seu genitor;

IV - ao pagamento de despesas de viagens do acusado Gilmar Tenório Rocha Filho registrado em livro contábil da DSM Ltda., vez que, também, constam no referido livro registros de pagamentos de viagens a trabalho de outros funcionários, a reforçar a tese defensiva de que o referido acusado era tratado como funcionário, não tendo autonomia para efetuar gastos por conta própria, além de que, como concluído corretamente pela sentença apelada, o fato de viajar a trabalho não conduz à conclusão de responsabilidade pela administração das empresas;

V - e, ao registro de pagamento em favor da mãe do acusado Gilmar Tenório Rocha Filha (e esposa de seu pai) no mesmo livro, tendo em vista o seu registro com finalidade específica de contra-

prestação por serviços e a ausência de demonstração de vinculação ao acusado em questão, sem indício de qualquer ligação com eventual responsabilidade dele pela administração contábil e financeira das empresas.

Por fim, em reforço aos fundamentos e conclusões da sentença apelada acima transcritos e analisados, tem-se a pouca idade do acusado Gilmar Tenório Rocha Filho na época dos fatos objeto da acusação (em 1999 tinha ele 18 anos de idade) e sua condição de estudante então (secundarista) e nos anos seguintes (universitário), que, conforme entendido, também, no julgamento da ACR nº 8.341/PE pela 1ª Turma do TRF da 5ª Região (PROCESSO: 200583000058530, ACR 8.341/PE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT, Primeira Turma, JULGAMENTO: 10/10/2013, PUBLICAÇÃO: *DJe* 07/11/2013 - Página 140) em relação ao qual deduzida acusação símile à presente em relação ao acusado Gilmar Tenório Rocha Filho, mas, daquela feita, quanto à outra empresa do grupo econômico gerido por seu genitor, a Imbiribeira Distribuidora Ltda. - Indel, contribuem para a conclusão de ausência de domínio sobre a gestão financeira, contábil e tributária das empresas objeto da acusação neste feito e, portanto, sobre a conduta delituosa societária a ele imputada.

Não merece, pois, reparo a sentença que apela quanto à absolvição do acusado Gilmar Tenório Rocha Filho.

Quanto ao acusado Adão Augusto de Almeida, a sentença apelada, assim, fundamentou a sua absolvição:

111. Analisado o contrato social da empresa DSM e suas alterações, confirmo que o réu Adão consta como sócio-gerente nos anos de 1999 a 2000 (fls. 782/788 do anexo 4/18 do Procedimento Investigatório Criminal nº 1.26.000.003031/2009-5).

112. Verifico, também, que em maio/2000 o réu passou a ser sócio juntamente com a empresa CEP - Comércio Empreendimentos e Participação Ltda., a qual também faz parte do quadro societário, juntamente com Gilmar Tenório Rocha, Cláudio da Silva Rocha Júnior e Alberto Costa Ferreira.

113. Percebo, ainda, que a oitava alteração no contrato social, pela qual Adão se retirava formalmente da DSM Ltda., que no mesmo ato mudou a denominação social para Jiquiá Ltda., datada de 30.06.2000, só foi registrada na JUCEPE em 19/09/2002 (fl. 788 do anexo 4/18 do PIC nº 1.26.000.003031/2009-05).

114. O réu, no entanto, assinou procurações em nome da DSM nos anos de 2000 a 2003 (em datas posteriores à sua saída formal da pessoa jurídica), outorgando poderes para terceiros (funcionários da empresa e contador) atuarem perante a Receita Federal e a Fazenda Estadual (*vide* fls. 14 e 16 do anexo 1/18 e fls. 794 e 812 do anexo 4/18 do PIC 1.26.000.003031/2009).

115. Consta, ainda, assinatura do réu nos termos de abertura e encerramento do Livro Diário, nos anos de 1999 e 2001 (fls. 260, 261, 266, 271, 276, 277, 278, 279, 283, 284, 285, 286, 287, 407 e 408 do anexo 2/18 do PIC nº 1.26.000.003031/2009-05).

116. Também consta seu nome no contrato social da empresa SMI Ltda. como sócio-gerente, juntamente com a CEP Ltda. (fls. 41/45 do anexo 1 da PI nº 1.26.000.0003220/2009-70).

117. Em relação à DIPJ da SMI Ltda., do exercício de 2004, o representante ministerial alegou que o denunciado figurava como representante da pessoa jurídica e como responsável pelo preenchimento das informações, todavia, analisando o referido documento, acostado às fls. 73/74 do anexo 1 da PIC nº 1.26.000.0003220/2009-70, verifico que ADÃO AUGUSTO apenas consta como representante da pessoa jurídica, sendo o contador, ARMANDO PEREIRA PONTES, o responsável pelo preenchimento das informações direcionadas ao Fisco.

118. Como se vê, a acusação reuniu no tocante a esse acusado vários documentos em que ele se apresenta como sócio-gerente da empresa em foco.

119. Bem analisando todos os documentos que instruem o processo e a exata descrição fática contida na denúncia, percebo, contudo, a ausência de elementos de prova suficientes para embasar uma condenação desse outro

acusado, o que deflui da imperativa observância do princípio do *in dubio pro reo*.

120. Explico.

121. Nenhuma das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa de GILMAR TENÓRIO ROCHA FILHO, em sua maioria ex-funcionários das empresas em testilha, conhecem o réu ADÃO AUGUSTO ou já o viram no dia a dia do escritório. O próprio GILMAR FILHO, em seu interrogatório, afirmou que não sabe quem é ADÃO AUGUSTO, o que corrobora a tese defensiva de que o réu apenas figurava no contrato social, sem ter real conhecimento da administração e contabilidade das empresas.

122. ADÃO AUGUSTO DE ALMEIDA, por sua vez, aduziu em seu interrogatório que era Diretor Presidente do *holding* de que faziam parte as empresas Jiquiá e a DSM, esclarecendo que era Gilmar Tenório Rocha (pai) o verdadeiro responsável pela parte administrativa e contábil e lhe ofereceu cotas da sociedade a título de pagamento de uma dívida moral. Atestou, ainda, que não tinha conhecimento do dia a dia da empresa, uma vez que sempre morou na cidade de Mairiporã/SP e atuava no ramo de importação e exportação.

123. Com o fito de empregar maiores esclarecimentos, passo a transcrição de seu interrogatório judicial (*vide* mídia digital à fl. 614):

Indagado quem era Gilmar Filho, respondeu que era o filho do empresário que faleceu, que era o dono da empresa, Sr. Gilmar Tenório. Não conhece Armando, acredita que ele tinha um escritório de contabilidade.

Afirmou que era diretor presidente do *holding*, que se chamava CEP, e de que a Jiquiá e a DSM faziam parte. Atestou que eram empresas que foram se sucedendo.

Não soube informar se essas empresas mantinham o mesmo endereço físico e a mesma atividade porque não estava à frente da empresa. Quem estava à frente era o Sr. Gilmar Tenório, ele era um dos diretores. Afirmou que não participava do quadro estatutário e nem da administração em si.

Indagado quem era responsável pela parte contábil da empresa, respondeu que era o Sr. Gilmar Tenório. Não soube informar se havia um contador próprio. Não sabe dizer quem prestava as DIRPJ's.

Não sabe precisar até quando essas empresas permaneceram, de fato, funcionando. Atestou que foi funcionário de Gilmar Tenório por muitos anos em uma outra empresa e como “bônus” ele deu a participação nas empresas, assim que ele saiu. Desligou-se de Gilmar Tenório nos anos de 2002/2003, salvo engano, e iniciou suas atividades em 1997/1998.

Questionado em que se consubstanciava esse “bônus” que recebeu, afirmou que Gilmar Tenório tinha uma dívida moral com ele, tinham que pagar um valor, assim propuseram essa atividade de estar dentro do quadro societário das empresa, com uma participação pequena.

Afirmou que participava como sócio minoritário das Assembleias, mas não no sentido de gestão do dia a dia da empresa.

Afirmou que a questão contábil ficava a cargo de Gilmar Tenório, que era o gestor direto e centralizador de toda a operação. Quando se retirou das empresas elas ainda, de fato, funcionavam.

Não tem conhecimento de quem era responsável pelas informações e recolhimento ao Fisco, não era sua atribuição. Sua atividade sempre foi focada em importação.

Informou que a sua participação nas cotas das empresas não chegava a seis por cento e que havia outros sócios, não sabe informar. Atestou que a *holding* tinha um braço muito grande de empresas e que cada empresa tinha os seus acionistas.

Quando se retirou da empresa manteve contato com Gilmar, mas não uma relação comercial.

Não sabe dizer qual a atividade que exercia Gilmar Filho, disse que não tinha mais contato com a família desde 2005. Afirmou que não conhece pessoalmente Gilmar Filho.

Tem uma firma aberta em Minas Gerais, a qual emite nota, declara IRPJ, é um escritório, uma representação.

124. De outro giro, as testemunhas arroladas pela sua defesa confirmaram que o réu sempre residiu em Mairiporã/SP e que atuava no ramo de importação e exportação, não sabendo informar se figurava como sócio nas empresas Jiquiá e SMI.

125. Assim, há que se ponderar a versão do réu sob a sua perspectiva, que encontra certo grau de razoabilidade, tendo sua defesa apresentado contraprovas convincentes e passíveis de desacreditar os indícios de autoria que justificaram o inicial recebimento da denúncia contra ele.

126. É que não se logrou comprovar cabalmente a participação do réu no delito em análise. E, consoante acima aduzido, a mera menção no contrato social e em outros documentos é insuficiente para se responsabilizar criminalmente o agente, devendo ser punido aquele que, de fato, geria a empresa. Em que pese tal prova ser suficiente para dar início a uma investigação ou a um processo criminal, não o é para autorizar a prolação de decretação judicial condenatória eis que nesse momento já não vigora mais a presunção.

127. Isto porque, o Direito Penal, inclusive nos delitos societários, não admite a imputação objetiva, ou seja, aquela que tem por nascedouro o simples fato de determinada pessoa constar no instrumento formal de constituição de empresa como administrador. Nesta intelecção:

AÇÃO PENAL. ART. 168-A DO CP. APROPRIAÇÃO INDEBITA PREVIDENCIÁRIA. CONTRATO SOCIAL DA EMPRESA. SÓCIO QUE NÃO EXERCE GERÊNCIA. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PELO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. ABSOLVIÇÃO.

(...)

2. O fato de figurar o réu em contrato social como sócio e/ou presidente da empresa não autoriza, por si só, uma condenação, se comprovado, como está, que não exercia efetivamente a gerência, e, conseqüentemente, o não recolhimento das contribuições previdenciárias não ocorreu por interferência ou conviência sua. Precedentes do eg. STJ e desta eg. Corte.

3. Aplicação à hipótese do princípio *in dubio pro reo*.

(...)

(TRF da 1ª Região. Segunda Seção. Rel. Carlos Olavo. APN 200901000242681. DJ 25.08.2010. p. 09)

128. Considero, portanto, que a tese lançada pelo réu não é absurda.

129. Reconheço, é verdade, que não pode sua tese ser aceita como incondicionalmente verdadeira, uma vez que se pode admitir saber ele que estava sendo utilizado como testa de ferro e teria anuído, ainda que não de forma direta, com a pretendida ocultação do GILMAR TENÓRIO (pai) de seu próprio nome como o verdadeiro responsável pelas empresas do grupo econômico tratado.

130. Ocorre que não há prova irrefutável dessa possível consciência do réu ADÃO, o que faz com que um decreto condenatório contra ele torne-se inapropriado, devido à falta de certeza quanto à sua participação na prática do crime.

131. Com efeito, a falta de maiores elementos de prova não pode servir de motivo à condenação do réu, em razão das regras de distribuição do ônus da prova, cabendo à acusação apresentar/produzir prova suficiente que ateste a autoria do delito pelo acusado, ônus de que não se desincumbiu no presente caso.

132. As provas e alegações trazidas pela defesa, se por um lado não são suficientes para que se tenha certeza a respeito da alegação do réu, por outro lado conferem debilidade aos indícios em sentido contrário.

133. Sendo assim, caberia à acusação aprofundar a busca da verdade, procurando trazer aos autos fortes elementos de prova que confirmassem que o réu, de fato, tinha conhecimento e ingerência sobre os atos financeiros das contribuintes JIQUIÁ LTDA. e SMI LTDA. – não obstante fosse o único sócio-gerente das empresas declinado no contrato social – a fim de se lhe atribuir a responsabilidade pelas sonegações de tributos perpetradas contra o Fisco nos exercícios de 2000 a 2004.

134. Repito. A conhecida dificuldade na comprovação da autoria delitiva nos casos desse jaez, que envolvem crimes societários, haja vista a teoria do domínio do fato, não pode servir de manto para a aplicação da inadmitida responsabilidade objetiva.

135. À vista das circunstâncias acima enumeradas, não gozam os autos de força probante tal para alicerçar uma sentença condenatória também em relação a esse segundo réu, eis que a presunção não legitima um decreto condenatório, que não pode se fundar em suspeitas de autoria.

136. Pelo contrário, a condenação deve basear-se em provas claras e seguras, produzidas sob o pálio do contraditório, ou em relevantes elementos de convicção colhidos na fase extrajudicial, desde que corroborados por prova judicial escorreita.

137. Diante da falta de qualquer outro elemento de convicção, em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo*, a absolvição do acusado ADÃO AUGUSTO é medida que se impõe.

Os elementos documentais indicados nos itens 111 a 116 da transcrição acima da sentença apelada, ao contrário do entendido pelo Juízo de 1º Grau, mostram-se suficientes para demonstrar que, além de sócio-gerente da empresa DSM Ltda. (sucudida pela Jiquiá Ltda.), praticou ele, concretamente, atos enquadráveis como de gestão financeira e contábil das empresas do grupo econômico indicado na denúncia, vez que outorgou procurações para atuação perante a Receita Federal e a Fazenda Estadual nos anos de 2000 a 2003, assinou termos de abertura e encerramento do Livro Diário nos anos de 1999 a 2001 e, além disso, como indicado no item 122 da transcrição acima da sentença apelada, era, confesadamente, “Diretor Presidente do *holding* de que faziam parte as empresas Juquiá e a DSM”.

Esses elementos, tanto formais como materiais, relativos à posição ocupada pelo acusado Adão Augusto de Almeida no grupo empresarial em questão e à prática de atos concretos relativos à gestão contábil e financeira deste (outorga de procurações e assinatura de livros contábeis), evidenciam a sua participação importante e necessária ao cometimento do delito tributário objeto da acusação e que esta se deu de forma consciente, como efetivo “testa de ferro” do grupo econômico instituído e gerido por Gilmar Tenório Rocha (pai), não havendo, nesse aspecto, para demonstração de sua coautoria delituosa que seus atos praticados encon-

trem correspondência com a conduta descrita no núcleo do tipo penal, vez que natural nos delitos de natureza societária a existência de uma divisão de tarefas que contribui para a realização da conduta criminosa.

As provas relativas ao acusado Adão Augusto de Almeida mostram-se, pois, idôneas a embasar a sua condenação pelos crimes de sonegação fiscal cuja materialidade delitativa está devidamente explicitada nos itens 54 e 55 da sentença apelada, ante à atuação fiscal realizada pela Receita Federal, bem como diante da sucessão de empresas descrita nos itens 49 a 53 da sentença apelada, que, nesses pontos, também, adoto como razões de decidir.

Assim, na inexistência de causas excludentes de ilicitude e/ou de culpabilidade que o beneficiem, impõe-se a condenação do acusado Adão Augusto de Almeida como incurso nas penas do art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90.

Quanto ao crime do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.137/90, deve ser ele afastado, no caso concreto, vez que a conduta de não apresentação de documentos e livros da SMI Ltda. que embasou a acusação nesse aspecto enquadra-se dentro da garantia constitucional contra a autoincriminação (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) (TRF da 4ª Região, ACR 9704516533, JOSÉ LUIZ BORGES GERMANO DA SILVA, TRF4 - SÉTIMA TURMA, DJ 31/07/2002 PÁGINA: 839; (ACR 200004011147234, FÁBIO BITTENCOURT DA ROSA, TRF4 - SÉTIMA TURMA, DJ 24/04/2002 PÁGINA: 1160; HC 200304010248512, LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO, TRF4 - OITAVA TURMA, DJ 17/09/2003 PÁGINA: 986).

Deve ser reconhecida, ademais, a ocorrência de continuidade delitiva na conduta criminosa em questão, aplicando-se a majorante respectiva na proporção de 1/3, ante à extensão temporal e quantidade dos fatos delituosos objeto da condenação judicial nos anos de 1999 a 2003.

É de se afastar o postulado reconhecimento de concurso formal e, também, de concurso material, vez que a supressão de tributos distintos realizada através de uma mesma conduta não dá ensejo a crimes autônomos, bem como que a reiteração das condutas nos anos de 1999 a 2003 dá ensejo à aplicação do instituto da continuidade delitiva acima já reconhecido.

Incide, contudo, no caso, também, a causa de aumento da pena prevista no art. 12, inciso I, da Lei nº 8.137/90, ante a grande dimensão financeira da sonegação fiscal realizada (na casa das dezenas de milhões de reais), devendo esta ser fixada em 1/3 da pena alcançada na fase anterior da dosimetria.

Levando-se em conta que, das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, apenas a culpabilidade pode ser valorada negativamente, em grau alto, em desfavor do acusado Adão Augusto de Almeida (diante do elevado grau de reprovabilidade social de sua atuação como “testa de ferro”), vez que, em relação às demais circunstâncias, ou não há elementos que permitam sua valoração ou já estão eles sendo utilizados nas fases seguintes da dosimetria penal, entendo que a pena-base do crime do art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90 deve ser fixada em 2 anos e 4 meses de reclusão.

Não havendo atenuantes ou agravantes a serem consideradas, deve a pena-base ser majorada em 1/3 em decorrência da continuidade delitiva acima reconhecida (art. 71 do CP) e em mais 1/3 em função da causa de aumento do art. 12, inciso I, da Lei nº 8.137/90, também, acima reconhecida, resultando, assim, em 4 anos, 1 mês e 23 dias de reclusão, a ser cumprida, inicialmente, em regime aberto, vez que as circunstâncias judiciais acima analisadas não recomendam regime inicial mais gravoso (art. 33, § 2º, incisos *b* e *c*, e § 3º, do CP).

Por outro lado, em face do montante da pena privativa de liberdade acima fixada não é cabível a sua substituição por penas restritivas de direito, nos termos do art. 44 do CP.

Deve, outrossim, ser fixada a pena de multa em 155 dias-multa, sendo cada dia-multa fixado em 1 salário mínimo diante das evidentes circunstâncias econômicas favoráveis do acusado Adão Augusto de Almeida.

Tendo em vista que a Fazenda Nacional já detém título executivo extrajudicial próprio para ressarcimento dos valores subtraídos através da sonegação fiscal ora examinada, mostra-se desnecessária a fixação de valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração (art. 387, inciso IV, do CP, na redação dada

pela Lei nº 11.719/08), também, postulado pelo MPF em sede recursal.

Ante o exposto, dou provimento, em parte, à apelação do MPF apenas reformar a sentença de 1º Grau em relação ao acusado Adão Augusto de Almeida para condená-lo às penas do art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, em continuidade delitiva (art. 71 do CP) e com a incidência da causa de aumento do art. 12, inciso I, da Lei nº 8.137/90, na forma acima explicitada.

É como voto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 11.935-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (CONVOCADO)
Apelante: GIL TEOBALDO DE AZEVEDO
Apelado: FRANCISCO RODRIGUES DOS SANTOS SOBRI-NHO
Advs./Procs.: DRS. RODRIGO JOSÉ DA COSTA SILVA (APTE.) E LÍTIO TADEU COSTA RODRIGUES DOS SANTOS E OUTROS (APDO.)

EMENTA: PENAL. CRIME CONTRA A HONRA. CALÚNIA. ATRIBUIÇÃO DE FATOS CONFIGURADOS COMO CRIME A PROCURADOR DA REPÚBLICA NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. EXISTÊNCIA DE AÇÕES PENAIS EM CURSO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. MULTA APLICADA. MANUTENÇÃO.

- Ação penal privada promovida por Procurador Regional da República contra advogado (queixa-crime), tendo o réu sido condenado à pena de 1 ano, 10 meses e 20 dias de detenção (pena-base de 1 ano e 9 meses com redução de 4 meses – art. 65, I e III, d, do CP – e aumento de 1/3 – art. 141, IV, do CP), em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos, e multa

(60 salários mínimos), por ter imputado falsamente ao ofendido fato definido como crime (art. 138 do Código Penal).

- Não há de se falar em deserção da queixa-crime, diante do comprovante de pagamento das custas processuais, ocorrido antes de o Juízo Estadual declinar de sua competência em favor da Justiça Federal.

- A cautela recomenda que o artigo 806 do CPP não seja aplicado ao querelado, uma vez beneficiário da regra constitucional da ampla defesa. Pedido de não conhecimento do recurso por falta de preparo que se rejeita.

- Afastado o argumento do apelante de que o Juízo de origem não poderia, para embasar a condenação, valer-se de fatos expostos em documentos não relatados na queixa-crime (documentos estes em que o advogado sugere que o querelante estaria envolvido na prática de crime de apropriação indébita e em irregularidade na aquisição de prédio da Procuradoria Regional da República), considerando que tais peças faziam parte da representação ofertada no CNMP.

- Oferecida a queixa-crime dentro do prazo legal de 6 meses (art. 38 do CPP), não há de se falar em decadência.

- O eg. STJ tem precedentes no sentido de que o defeito de representação na queixa-crime, à mínima do preenchimento dos requisitos do art. 44 do CPP, pode ser sanado até mesmo após o decurso do prazo decadencial.

- Inocorrência da prescrição, tendo em vista a pena in concreto (1 ano, 10 meses e 20 dias), porquanto o lapso temporal observado entre o recebimento da queixa-crime (10/10/12) e a sentença (03/09/14) não excede o prazo legal (que, reduzido de metade por conta do disposto no art. 115 do CP, passou de 4 anos para 2 anos).

- O querelado, ao ofertar representação perante

o Conselho Nacional do MPF, asseverou que o querelante seria o autor de crimes contra o erário e teria quebrado o “decoro da função” e “a improbidade funcional”, sustentando, de forma gratuita e reprovável, que ele estaria envolvido em irregularidade na aquisição de prédio da Procuradoria Regional da República e no cometimento do ilícito de apropriação indébita.

- Inexistência de qualquer elemento apto a comprovar as acusações, o que caracteriza a conduta criminosa, fazendo incidir na espécie o delito tipificado no art. 138 do Código Penal. Digno de nota o fato de que, ao ser interrogado, o querelado reiterou expressamente todas as afirmações caluniosas, esclarecendo, porém, naquela oportunidade, que não possuía nenhum documento para demonstrar tais alegações.

- Comprovada a materialidade e a autoria delitiva, em face do conjunto probatório dos autos, há de se manter a condenação do réu pela prática do crime de calúnia.

- Em atenção às regras dispostas no art. 59 do Código Penal, nortes do juiz na individualização da pena, impõe-se a manutenção da pena-base fixada na sentença acima do mínimo legal, merecendo valoração negativa, como bem asseverou o Juízo de origem, os seguintes fatos: a) advogado com vários anos de carreira, o qual utilizou seus conhecimentos técnicos para cometer o crime sem nenhuma provocação do querelante; b) repetição das ofensas no interrogatório, referindo-se, inclusive, a outras pessoas de maneira pejorativa; c) calúnia que foi encaminhada ao CNMP, com a intenção de prejudicar profissionalmente o querelante.

- Inquéritos policiais ou ações penais em curso ou, ainda, condenações não transitadas em julgado não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personali-

dade voltada ao crime, sob pena de lesão ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade (v. Súmula nº 444 do STJ).

- Diminuição da pena-base de 1 ano e 9 meses para 1 ano e 7 meses, de modo que, uma vez consideradas as atenuantes (art. 65, I e III, d, do CP) e a causa de aumento (art. 141, IV, do CP), a sanção definitiva há de ser fixada em 1 ano e 8 meses, sendo digno de registro o fato de que, com a diminuição, não há mudança no critério de contagem do prazo prescricional.

- A despeito da redução da pena-base, deve ser mantida a multa imposta na sentença (60 salários mínimos), prestigiando-se o critério de fixação que tem como norte a situação econômica do réu, inclusive declarada por ele em audiência.

- Pleito do querelado de modificação da pena restritiva de direitos estabelecida na sentença que não merece acolhimento (prestação de serviço a entidade pública à razão de uma hora por dia de condenação), à míngua de comprovação das limitações físicas por ele alegadas para o seu cumprimento.

- Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial 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, 29 de janeiro de 2015. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (Convocado):

Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedente a queixa-crime formulada por FRANCISCO RODRIGUES DOS SANTOS SOBRINHO (Procurador Regional da República), para condenar GIL TEOBALDO DE AZEVEDO (Advogado) à pena 1 ano, 10 meses e 20 dias de detenção (pena-base de 1 ano e 9 meses com redução de 4 meses – art. 65, I e III, *d*, do CP – e aumento de 1/3 – art. 141, IV, do CP), em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos (prestação de serviço a entidade pública à razão de uma hora por dia de condenação e prestação pecuniária de R\$ 500,00 mensais), e multa (60 salários mínimos), por ter imputado falsamente ao ofendido fato definido como crime (art. 138 do Código Penal).

O apelante sustenta, em síntese, que:

a) diante da ausência do recolhimento das custas devidas à Justiça Federal, há de ser reconhecida a deserção da presente ação penal;

b) quando da condenação, o Juízo *a quo* não poderia apreciar o contido nas petições de fls. 29/34 e 56/61, pois não abrangidas pelas procurações nem pela queixa-crime;

c) a peça de fls. 29/34 não deve ser considerada para a condenação, por ser apócrifa;

d) houve violação ao disposto no art. 44 do CPP, uma vez não preenchidos os requisitos ali estabelecidos, respeitantes à outorga de poderes especiais e indicação do fato delituoso na procuração;

e) ocorreu a decadência do direito de queixa;

f) deve ser decretada a prescrição, tendo em vista a data dos fatos;

g) as afirmações feitas são verídicas, não havendo calúnia a ser punida;

h) como as suas declarações configuram em tese os crimes de injúria e difamação (e não o delito de calúnia), está acobertado pela imunidade judiciária.

Por fim, pugna, caso mantida a condenação: a) pela redução da pena-base, asseverando que não possui maus antecedentes, e da multa aplicada; b) pela modificação das penas restritivas de direitos, não tendo o Juízo de origem considerado as limitações decorrentes da sua idade avançada.

Contrarrazões, pugnando pelo não conhecimento do recurso.

Manifestação do *Parquet*, em que opina pelo não provimento da apelação, ratificando o parecer de fls. 268/272.

Dispensada a revisão, tendo em vista o disposto no art. 29, IV, do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

VOTO

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

Pretende o apelante a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente a queixa-crime formulada por FRANCISCO RODRIGUES DOS SANTOS SOBRINHO (Procurador Regional da República à época dos fatos), para condená-lo à pena 1 ano, 10 meses e 20 dias de detenção (pena-base de 1 ano e 9 meses com redução de 4 meses – art. 65, I e III, *d*, do CP – e aumento de 1/3 – art. 141, IV, do CP), em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos (prestação de serviço a entidade pública à razão de uma hora por dia de condenação e prestação pecuniária de R\$ 500,00 mensais), e multa (60 salários mínimos), por ter imputado falsamente ao ofendido fato definido como crime (art. 138 do Código Penal).

Inicialmente, não há de se falar em deserção da queixa-crime, diante do comprovante de pagamento das custas processuais, ocorrido antes de o Juízo Estadual declinar de sua competência em favor da Justiça Federal (v. fl. 12).

Quanto ao pedido de não conhecimento do apelo por falta de preparo formulado nas contrarrazões, tenho que não merece am-

paro. A esse respeito, Guilherme de Souza Nucci, comentando o art. 806 do CPP¹, pontua que “há entendimentos de que o disposto neste artigo somente poderia ser aplicado ao querelante, pois o querelado seria beneficiário da regra constitucional da ampla defesa”, nada lhe podendo “obstar a realização de diligência para provar sua inocência ou mesmo para garantir o seu direito ao recurso” (*in* Código de Processo Penal Comentado, 11ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, p. 1190).

Por outro lado, é de se rejeitar o argumento de que o Juízo de origem não poderia, para embasar a condenação, valer-se do contido nas petições de fls. 29/34 (contestação da ação de reintegração de posse ajuizada por LUCENA S/A INDÚSTRIAS METALÚRGICAS E JJ PATICIPAÇÕES E PROJETOS LTDA.) e 56/61 (ação popular promovida por Gil Teobaldo, em que sustenta a ocorrência de “negociata” havida para aquisição de prédio da Procuradoria Regional da República), uma vez não abrangidas pelas procurações nem pela queixa-crime. Na inicial e na procuração de fl. 287, o querelante faz alusão aos ataques à sua pessoa pelo advogado Gil Teobaldo por meio de representação perante o Conselho Nacional do Ministério Público. Pois bem. Pela leitura da representação, vê-se que ali foram anexados documentos, dentre os quais se incluem as peças de fls. 29/34 e 56/61 (v. fl. 23).

Registre-se que não merece relevo o fato de a peça de fls. 29/34 não estar assinada, uma vez que, em seu interrogatório, o próprio querelado reiterou as afirmações ali contidas, suprimindo a falta.

Melhor sorte não assiste ao apelante quanto à alegação de decadência. Explico.

Sobre o tema, assim dispõe o art. 38 do CPP:

Art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor

¹ Art. 806. Salvo o caso do art. 32, nas ações intentadas mediante queixa, nenhum ato ou diligência se realizará, sem que seja depositada em cartório a importância das custas.

do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia. (Grifei)

In casu, o querelante tomou, através do Ofício nº 914/2011 CGMPF, ciência da representação ofertada contra ele pelo advogado Gil Teobaldo em 13/07/11, consoante se verifica à fl. 18. Considerando que a queixa-crime foi ajuizada em 09/01/12, não está caracterizada a decadência.

A alegação de violação ao disposto no art. 44 do CPP² também deve ser rechaçada, pois, ao ser dada oportunidade para regularização da procuração, o querelante sanou o vício trazendo novo instrumento de mandato (v. fl. 287).

Impende realçar que o eg. STJ tem precedentes no sentido de que o defeito de representação na queixa-crime pode ser sanado até mesmo após o decurso do prazo decadencial.

A propósito, observem-se os julgados a seguir:

CRIMINAL. RHC. INTEMPESTIVIDADE. EXAME DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE *WRIT* DE OFÍCIO. ESTUPRO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. TRANCAMENTO DAAÇÃO PENAL. NULIDADES. PROCURAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OUTORGA DE PODERES ESPECIAIS. AUSÊNCIA DE MENÇÃO AO FATO DELITUOSO. VÍCIOS SANÁVEIS A QUALQUER TEMPO. QUEIXA-CRIME. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE FALSIDADE DE DOCUMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO NÃO CONHECIDO.

I. O recurso ordinário em *habeas corpus* interposto após o quinquídio legal previsto pelo art. 30 da Lei nº 8.038/90, é intempestivo, porém, em homenagem ao princípio da ampla defesa e precedentes desta Corte, examina-se a possibilidade de concessão de *writ* de ofício.

II. Hipótese em que foi apresentada queixa-crime contra o paciente pela suposta prática dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

² Art. 44. A queixa poderá ser dada por procurador com poderes especiais, devendo constar do instrumento do mandato o nome do querelante e a menção do fato criminoso, salvo quando tais esclarecimentos dependerem de diligências que devem ser previamente requeridas no juízo criminal.

III. A falta de menção do fato delituoso na procuração, bem como do nome dos querelados, configura defeito sanável a qualquer tempo, pois não interfere na *legitimatío ad causam*. Precedentes.

IV. Não procede a alegação de decadência do direito de queixa, pois, como já ressaltado, o vício do instrumento procuratório pode ser sanado a qualquer tempo, sendo independente do prazo decadencial determinado pela lei processual para a propositura da queixa-crime.

V. A alegação de ausência de justa causa para o prosseguimento do feito só pode ser reconhecida quando, sem a necessidade de exame aprofundado e valorativo dos fatos, indícios e provas, restar inequivocamente demonstrada, pela impetração, a atipicidade flagrante do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação, ou, ainda, a extinção da punibilidade – hipóteses não verificadas *in casu*.

VI. A questão relativa à falsidade do documento de procuração apresentado pelo querelante não foi apreciada em 2º grau de jurisdição.

VII. A análise do tema por esta Corte ocasionaria indevida supressão de instância.

VIII. Não sendo caso de concessão de *habeas corpus* de ofício, não se conhece do recurso ordinário.

IX. Recurso não conhecido.

(STJ, 5ª T., RHC 16221, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 06/09/04) (grifei)

AÇÃO PENAL PRIVADA. QUEIXA-CRIME. PROCURAÇÃO. REQUISITOS DO ART. 44 DO CPP. VÍCIO SANÁVEL A QUALQUER TEMPO. CRIME DE INJÚRIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO.

1. É despciendo, para fins de oferecimento da queixa-crime, a descrição minuciosa do fato criminoso e de suas circunstâncias, bastando para satisfazer as exigências do art. 44 do Código de Processo Penal a indicação do artigo de lei em que se encontra capitulada a conduta do agente.

2. Omissões ou irregularidades da procuração outorgada pelo querelante, com exceção daquelas que se referam à *legitimatío ad causam*, podem ser sanadas a qualquer tempo, consoante dispõe o art. 569 do Código de Processo Penal. Precedentes do STJ e do STF.

3. Quanto ao crime de injúria, vislumbra-se a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição da pena *in*

abstracto, por já haver transcorrido o lapso prescricional de dois anos, contado da última causa interruptiva, qual seja, a data do recebimento da queixa-crime.

4. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido apenas para declarar a extinção da punibilidade estatal pela prescrição relativamente ao crime tipificado no art. 140, nos termos do art. 109, inciso VI, ambos do Código Penal.

(STJ, 5ª T., REsp 299284, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 17/11/03) (grifei)

Noutro turno, não há de se falar em prescrição. Com efeito, tendo em vista a pena *in concreto* (1 ano, 10 meses e 20 dias), o lapso temporal observado entre o recebimento da queixa-crime (10/10/12 - v. fls. 148/151) e a sentença (03/09/14 - v. fls. 298/306) não excede o prazo legal (que, reduzido de metade nos termos do art. 115 do CP, passou de 4 anos para dois anos), de acordo com o disposto nos arts. 109, V, 110, § 1º, e 115, todos do CP, os quais ostentam o seguinte teor:

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:

(...)

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

(...)

Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.

(...)

Art. 115. São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

Tecidas essas considerações, observo que o réu, ao ofertar representação perante o Conselho Nacional do MPF, asseverou que o querelante seria o autor de crimes contra o erário e teria quebrado o “decoro da função” e “a improbidade funcional”, sustentando, de forma gratuita e reprovável, que ele estaria envolvido em irregularidade na aquisição de prédio da Procuradoria Regional da República e no cometimento do ilícito de apropriação indébita.

Notem-se, a exemplo, excertos da representação e de documentos a ela anexados, os quais revelam as acusações do Advogado Gil Teobaldo contra o querelante:

GIL TEOBALDO DE AZEVEDO (...) vem (...) promover, como promovido fica, REPRESENTAÇÃO contra o Procurador Regional da República, FRANCISCO RODRIGUES DOS SANTOS SOBRINHO (...), tudo com fundamento na prova documental em anexo, constante de um Memorial Descritivo (...), Protesto contra uma ação que lhe promove a empresa JJ PARTICIPAÇÕES E PROJETOS LTDA. e mais a cópia de uma ação popular promovida pelo representante contra FRANCISCO RODRIGUES DOS SANTOS SOBRINHO (...), em razão de “NEGOCIATA” havida para aquisição do atual prédio da Procuradoria Regional da República (...).

(...) em termos de ética, de moral, a denúncia caluniosa não pode ser admitida naqueles que são autores de crimes contra o erário, contra o Ministério Público, quer Federal, quer Estadual, quer contra a Justiça, como vêm fazendo os representados.

(...) a presente Representação que se oferece a V. Exa., nobre Procurador e Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público, prova existir a quebra do decoro da função que exercem os representados, a improbidade funcional dos representados, eles que são fiscais da Lei, quando as atuações dos representados dão causa à instauração do procedimento criminal para que a sociedade, mesmo neste mar de lama, onde se encontra atolada a pátria brasileira, veja que ainda há os que pugnam pela moralidade pública.

(...) os representados que são os agentes criminosos, sabem, têm consciência própria, em razão dos seus cargos,

que seus procedimentos são, efetivamente, um crime definido, de omissão pela conveniência, ou até pela conviência, que são os elementos constitutivos, que mais se agravam para a constituição do crime, no fato de serem praticados, em procedimento doloso, contra a seriedade do cargo, além do compromisso assumido de zelo pelo erário e pela sociedade, quando suas práticas vêm causando graves prejuízos ao erário e à moral dos homens. (...) (v. fls. 22/26 e 29/34)

É importante registrar que, conforme se infere da fl. 31 dos autos, o querelado afirma que EULER FRADIQUE teria se apropriado indevidamente da quantia de R\$ 580.000,00, com a cobertura que passou a ter do querelante.

Em que pesem as afirmações do querelado, inexistem nos autos qualquer elemento apto a comprovar as suas acusações, o que caracteriza a conduta criminosa, fazendo incidir na espécie o delito tipificado no art. 138 do Código Penal³.

Sobreleva consignar que, ao ser interrogado, o querelado reiterou expressamente todas as afirmações caluniosas. Na oportunidade, esclareceu que não possuía nenhum documento para comprovar tais alegações (v. fls. 201/202 e 302).

Desse modo, comprovada a materialidade e a autoria, tendo em vista o conjunto probatório constante dos autos, há de se manter a condenação do réu pela prática do crime de calúnia.

Em atenção às regras dispostas no art. 59 do Código Penal, nortes do juiz na individualização da pena, impõe-se a manutenção da pena-base fixada na sentença acima do mínimo legal, merecendo valoração negativa, como bem asseverou o Juízo de origem, os seguintes fatos: a) advogado com vários anos de carreira, o qual utilizou seus conhecimentos técnicos para cometer o

³ **Calúnia**

Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

crime sem nenhuma provocação do querelante; b) repetição das ofensas no interrogatório, referindo-se, inclusive, a outras pessoas de maneira pejorativa; c) calúnia que foi encaminhada ao CNMP, com a intenção de prejudicar profissionalmente o querelante. (v. fl. 304)

Entretanto, inquéritos policiais, ações penais em curso ou condenações não transitadas em julgado não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade voltada ao crime, sob pena de lesão ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. Tendo o Juiz considerado para aferição da pena-base os documentos de fls. 207/213, merece retoque a sentença nesse ponto (v. fl. 304).

Vale conferir:

PENAL. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO (ARTIGO 157, § 2º, I E II, CÓDIGO PENAL). PARTICIPAÇÃO. COMPROVAÇÃO INSUFICIENTE. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. DOSIMETRIA. ANTECEDENTES CRIMINAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO. MANUTENÇÃO DAS PENAS FIXADAS. *REFORMATIO IN PEJUS*.

1. Não tendo ficado demonstrado nos autos, com a segurança necessária, a participação do acusado LEANDRO VENTURA no crime objeto da denúncia, não há como lhe impor condenação pela conduta delitativa que lhe é imputada, em face do princípio *in dubio pro reo*.

2. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento ou sem certificação do trânsito em julgado, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. Precedentes STF e STJ.

3. Em que pese o MM. Juízo *a quo* ter reduzido abaixo do mínimo legal, pelo reconhecimento das atenuantes do art. 65, I e III, *d*, do Código Penal, em desacordo com a Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, a mesma não pode ser majorada nesta instância, em prejuízo do réu, em virtude da ausência de recurso específico da acusação.

4. Recurso do Ministério Público Federal não provido. Recurso de apelação de ALAN BISPO ANDRE provido para

reduzir-lhe as penas-bases ao mínimo legal, sem alterar o *quantum* das penas, em face do princípio da *non reformatio in pejus*.

(TRF-1ª R., 4ª T., ACR 200638000281475, Juiz Federal Klaus Kuschel (Convocado), DJ 16/09/10) (grifei)

Nesse sentido, é a Súmula nº 444 do STJ, segundo a qual “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Assim, ao observar as regras dispostas no art. 59 do Código Penal, verifico que a pena-base deve ser reduzida de 1 ano e 9 meses para 1 ano e 7 meses, de modo que, uma vez consideradas as atenuantes (art. 65, I e III, *d*, do CP) e a causa de aumento (art. 141, IV, do CP), a sanção definitiva há de se fixar em 1 ano e 8 meses, sendo digno de registro o fato de que, com a diminuição, não há mudança no critério analisado neste voto de contagem do prazo prescricional.

A despeito da redução da pena-base, deve ser mantida a multa imposta na sentença (60 salários mínimos), prestigiando-se o critério de fixação que tem como norte a situação econômica do réu, inclusive declarada por ele em audiência.

Por fim, não merece amparo o pedido do querelado de modificação da pena restritiva de direitos estabelecida na sentença (prestação de serviço a entidade pública à razão de uma hora por dia de condenação), à míngua de comprovação das limitações físicas por ele alegadas para o seu cumprimento.

Posto isso, dou parcial provimento à apelação, apenas para fixar a pena privativa de liberdade em 1 ano e 8 meses de detenção, mantendo-se os demais termos da sentença.

É como voto.

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 526.991-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA
Embargante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Embargados: AGÊNCIA ESTADUAL DE REGULAÇÃO DE SERVIÇOS DELEGADOS DO ESTADO DE PERNAMBUCO - ARPE E SERVIÇOS E ADMINISTRAÇÃO PERNAMBUCO DA SORTE LTDA.
Advs./Procs.: DRS. ROBERTO PIMENTEL TEIXEIRA E OUTROS E ALEXANDRE WANDERLEY LUSTOSA E OUTROS

EMENTA: CONSTITUCIONAL. EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE LOTÉRICA. LEI ESTADUAL Nº 73/47 ANTERIOR À EDIÇÃO DO DECRETO-LEI Nº 204/67, QUE FOI RECEBIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. ENTENDIMENTO DO STF. RECONHECIMENTO DE LEGALIDADE NO FUNCIONAMENTO DE LOTERIA ESTADUAL INSTITUÍDA ATÉ A ENTRADA EM VIGOR DO DECRETO-LEI Nº 204/67.

- Trata-se de embargos infringentes interpostos pelo Ministério Público Federal contra acórdão que, por maioria, deu parcial provimento às apelações da Agência Estadual de Serviços Delegados do Estado de Pernambuco - ARPE e Serviços e Administração Pernambuco da Sorte LTDA, apenas para reconhecer a possibilidade de funcionamento de loterias nos estritos termos da Lei Estadual nº 73/47.

- O voto vencido, proferido pelo Des. Francisco Cavalcanti, negou provimento à apelação, sob o fundamento de que a Constituição Federal determinou a competência exclusiva da União para legislar sobre jogos de azar, motivo pelo qual as normas anteriores perderam efeito por não terem sido recepcionadas pela Carta Magna.

- O Supremo Tribunal Federal – quando do julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade

dade sobre legislações estaduais pertinentes à exploração de atividade lotérica – sedimentou o entendimento segundo o qual o Decreto-Lei nº 204/67 foi recebido pela atual Constituição Federal (ADIn 2690/RN - fls. 12/13; ADIn 2995/PE - fls. 42-44; ADIn 3189/AL - fls. 14/15).

- Consequentemente, o STF chegou à conclusão de que é possível a manutenção pelos Estados de serviços de loterias desde que existentes até a edição do Decreto-Lei nº 204/67 e que mantenham os limites impostos por seu art. 32, § 1º – proibição de ampliação e de instituição de novas loterias –, a exemplo da Lei Estadual nº 73/47 que criou o serviço da Loteria do Estado de Pernambuco.

- Da leitura da Lei Estadual nº 73/47, em conjunto com o art. 32, § 1º, do Decreto-Lei nº 204/67, infere-se que a Loteria do Estado de Pernambuco – explorada pelo próprio Estado ou por pessoa jurídica de direito privado através de concessão ocorrida até a edição desta norma – é a única cujo funcionamento é legal. Por conseguinte, não poderia qualquer outro serviço lotérico ter sido instituído com base na Lei Estadual nº 73/47 após a edição do Decreto-Lei nº 204/67. Ademais, destaca que referida lei do Estado de Pernambuco permitia a exploração ou concessão de apenas uma Loteria pelo Estado.

- O voto vencedor merece ser ainda mais restritivo, pois, ao reconhecer a possibilidade de funcionamento de loterias nos estritos termos da Lei Estadual nº 73/47, admite a instituição de loterias baseadas nesta norma estadual, quando, na verdade, apenas uma loteria que tenha sido instituída antes da edição do Decreto-Lei nº 204/67 pode manter seu funcionamento.

- Precedente deste Tribunal: AC 490147/CE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS, Segunda Turma, JULGAMENTO: 25/05/2010.

- Embargos infringentes parcialmente providos apenas para restringir o alcance do voto vencedor, reconhecendo a possibilidade de funcionamento da Loteria do Estado de Pernambuco que tenha sido instituída até a edição do Decreto-Lei nº 204/67.

ACÓRDÃO

Decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 25 de fevereiro de 2015. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA:

Trata-se de embargos infringentes interpostos pelo Ministério Público Federal contra acórdão que, por maioria, deu parcial provimento às apelações da Agência Estadual de Serviços Delegados do Estado de Pernambuco - ARPE e Serviços e Administração Pernambuco da Sorte LTDA., apenas para reconhecer a possibilidade do funcionamento de loteria nos estritos termos da Lei Estadual nº 73/47.

O voto vencido, proferido pelo Des. Francisco Cavalcanti, negou provimento à apelação, sob o fundamento de que a Constituição Federal determinou a competência exclusiva da União para legislar sobre jogos de azar, motivo pelo qual as normas anteriores perderam efeito por não terem sido recepcionadas pela Carta Magna (notas taquigráficas de fl. 1214).

O voto vencedor, proferido pelo Des. César Carvalho (convocado), chegou às seguintes conclusões: a) as loterias cujas permissões foram concedidas com base na Lei nº 12.343/03 são inconstitucionais; b) encontram-se permitidas a exploração das lo-

téricas pelos Estados nos termos dos art. 32 e 33 do Decreto-Lei nº 204/67; c) tendo em vista que a Lei Estadual nº 73/47 é anterior à entrada em vigor do Decreto-Lei nº 204/67 e ambos foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, as loterias com base na referida norma estadual são legais (fls. 1184/1207).

O MPF sustenta que o Decreto-Lei nº 204/67 não foi recepcionado pela Constituição de 1988 (art. 22, XX, da CF), no ponto em que reconheceu a possibilidade de Estados continuarem a explorar, direta ou indiretamente, serviços lotéricos, motivo pelo qual a Lei Estadual de 47 também não foi recepcionada pela nova ordem constitucional. Requer, por fim, o conhecimento e provimento dos embargos infringentes para fazer prevalecer o entendimento minoritário do acórdão.

Contrarrrazões apresentadas pela ARPE requerendo o não provimento dos embargos infringentes.

É o relatório.

Ao revisor.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal – quando do julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade sobre legislações estaduais pertinentes à exploração de atividade lotérica – sedimentou o entendimento segundo o qual o Decreto-Lei nº 204/67 foi recebido pela atual Constituição Federal (ADIn 2690/RN - fls. 12/13; ADIn 2995/PE - fls. 42-44; ADIn 3189/AL - fls. 14/15).

Consequentemente, o STF chegou à conclusão de que é possível a manutenção pelos Estados de serviços de loterias desde que existentes até a edição do Decreto-Lei nº 204/67 e que mantenham os limites impostos por seu art. 32, § 1º – proibição de am-

¹ Art 32. Mantida a situação atual, na forma do disposto no presente Decreto-Lei, não mais será permitida a criação de loterias estaduais.

§ 1º As loterias estaduais atualmente existentes não poderão aumentar as suas emissões ficando limitadas às quantidades de bilhetes e séries em vigor na data da publicação deste Decreto-Lei.

pliação e de instituição de novas loterias –, a exemplo da Lei Estadual nº 73/47, que criou o serviço da Loteria do Estado de Pernambuco, nos seguintes termos:

ART. 1º - É criado o serviço da Loteria do Estado de Pernambuco, subordinado à Secretaria de Estado dos Negócios do Interior e Justiça.

PARÁGRAFO ÚNICO - A exploração da Loteria Estadual sujeitar-se-á, no que couber, às disposições dos Decretos-Leis nºs 854 e 2.980, de 1938 e 1941, respectivamente, inclusive ao pagamento de imposto federal de 5% sobre a importância total de cada emissão.

ART. 2º - O serviço de Loteria, a que se refere o art. anterior, será explorado, diretamente, pelo Estado ou mediante concessão, precedida de concorrência pública.

PARÁGRAFO ÚNICO - É defeso a exploração ou concessão de mais de uma Loteria, pelo Estado.

ART. 3º - A Loteria Estadual terá livre circulação em todo território de Pernambuco e os lucros dela decorrentes serão escriturados na Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda, como rendas com aplicação especial para os serviços de assistência e desenvolvimento da cultura física e intelectual.

ART. 4º - Deixam de subsistir quaisquer contratos de concessão de Loteria Estadual, suspensa em virtude de legislação anterior.

ART. 5º - Será expedido pelo Governador do Estado e fará parte integrante desta lei, o Regulamento da “Loteria do Estado de Pernambuco”.

ART. 6º - Revogam-se as disposições em contrário.

Da leitura da lei estadual acima transcrita, em conjunto com o art. 32, § 1º, do Decreto-Lei nº 204/67, infere-se que a Loteria do Estado de Pernambuco – explorada pelo próprio Estado ou por pessoa jurídica de direito privado através de concessão ocorrida até a edição desta norma – é a única cujo funcionamento se compatibiliza com o ordenamento jurídico.

Por conseguinte, não poderia qualquer outro serviço lotérico ter sido instituído com base na Lei Estadual nº 73/47 após a edição do Decreto-Lei nº 204/67. Ademais, destaco que referida lei do Es-

tado de Pernambuco permitia a exploração ou concessão de apenas uma Loteria pelo Estado.

Assim, entendo que o voto vencedor merece ser restringido, pois, ao reconhecer a possibilidade de funcionamento de loterias nos estritos termos da Lei Estadual nº 73/47, acaba por admitir a instituição de loterias baseadas nesta norma estadual, quando, na verdade, apenas aquela única loteria já instituída antes da edição do Decreto-Lei nº 204/67 é que poderia manter-se em funcionamento e, mais, com suas emissões limitadas às quantidades de bilhetes e séries em vigor na data da publicação da referida norma - 27/2/1967 - (Art 32 - § 1º).

No mesmo sentido, cito o seguinte julgado proferido por este Tribunal:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLORAÇÃO LOTERIA. LEI ESTADUAL. CRIAÇÃO ANTERIOR AO DECRETO-LEI Nº 204/67. SÚMULA VINCULANTE Nº 2 DO STF. INAPLICABILIDADE. POSSIBILIDADE DE EXPLORAÇÃO. LIMITES. IMPOSSIBILIDADE DE EXPLORAÇÃO POR CONCESSÃO OU OUTRA FORMA INDIRETA.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao proferir os julgamentos que levaram à edição da Súmula Vinculante, fez ressalva expressa no que diz respeito a loterias criadas pelos estados antes da entrada em vigor do Decreto-Lei nº 204/67.

2. A situação da loteria do Ceará não se enquadra na moldura fixada pela Súmula Vinculante nº 2, isso porque foi criada por meio da Lei nº 52, de 7 de novembro de 1947, ou seja, em momento anterior à edição do Decreto-Lei nº 204/67.

3. Se é certo que as loterias estaduais existentes antes do advento do Decreto-Lei nº 204/67 continuaram a ser regidas pelo Decreto-Lei nº 6.259/44 (art. 32 do Decreto-Lei nº 204/67), não menos certo é que as disposições deste diploma legal que permitiam a concessão da exploração do serviço não foram mantidas pelo Decreto-Lei nº 204/67 (art. 1º c/c art. 33). **Tem-se, assim, que desde o advento do Decreto-Lei nº 204/67 as concessões passaram a ser proibidas, sendo inadmissível que os Estados-Membros atribíssem a terceiros tal atividade.**

4. No presente caso, há uma pessoa jurídica de direito privado que explora o serviço da loteria do Estado do Ceará, mas isso não mais poderia estar ocorrendo pelo menos desde o advento do Decreto-Lei nº 204/67 – este ato normativo passou a proibir expressamente a concessão do serviço de loterias –, ou pelo menos desde 5 (cinco) anos a contar da vigência deste diploma legal, isso porque o Decreto-Lei nº 6.259/44 somente permitia a concessão por tal prazo (art. 9º, item 1º). Situação que se agrava porque sequer há notícia de regular contrato de concessão em favor da ESCOL.

5. O Estado do Ceará poderia continuar explorando o serviço de loteria, desde que, nos termos do parágrafo 1º do art. 32 do Decreto-Lei nº 204/67, não aumentasse as suas emissões e ficasse limitada “às quantidades de bilhetes e séries em vigor na data da publicação deste Decreto-Lei”.

6. Dos produtos lotéricos descritos na inicial (totolec, loteria dos sonhos e bilhete tradicional) tem-se como evidente, até mesmo pela denominação, que “totolec” e “loteria dos sonhos” não existiam na época em que editado o Decreto-Lei nº 204/67. Admite-se, assim, apenas o denominado “bilhete tradicional” de loteria.

7. Inexistência de prova de que, na exploração do sistema tradicional de loteria, tenha sido desrespeitado o disposto no parágrafo 1º do art. 32 do Decreto-Lei nº 204/67.

8. Procedência em parte do pedido formulado na ação civil pública no sentido de proibir a exploração do serviço de loteria por parte da pessoa jurídica de direito privado, como também proibir a exploração por parte do Estado do Ceará do serviço de loteria que não seja o denominado “bilhete tradicional”.

9. Apelação parcialmente provida.

(PROCESSO: AC 490.147/CE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS, Segunda Turma, JULGAMENTO: 25/05/2010, PUBLICAÇÃO: DJe 02/06/2010 - Página 481)

Diante do exposto, dou parcial provimento aos embargos infringentes, apenas para restringir a exceção trazida no acórdão turmário, passando a se reconhecer tão somente a possibilidade de funcionamento daquela Loteria Estadual de Pernambuco já (e tal e qual) existente quando da edição do Decreto-Lei nº 204/67,

restando vedados/invalidados: a) concessões a particulares realizadas em data posterior a 26/2/1967; e b) aumentos nos quantitativos de suas emissões, tanto no que se refere com os “bilhetes” como com as “séries”.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 5.681-SE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO (CONVOCADO)
Impetrante: CLEUBER BITTENCOURT BARBOSA
Impetrado: JUÍZO DA 9ª VARA FEDERAL DE SERGIPE
Paciente: LUANE BARROS DOS SANTOS (RÉU PRESO)

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. MATERIALIDADE E ÍNDICIOS DE AUTORIA DEMONSTRADOS. CUSTÓDIA CAUTELAR LASTREADA NA GARANTIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES. IMPOSSIBILIDADE. DENEGACÃO DA ORDEM.

- A prisão preventiva, por se tratar de medida cautelar de constrição à liberdade, reveste-se de excepcionalidade, somente justificando sua decretação quando configurada a potencialidade lesiva a quaisquer dos juízos tutelados na legislação de regência, ainda assim quando satisfeitos os requisitos da materialidade do delito e os indícios suficientes de autoria (art. 312 do CPP).

- Conforme descrito pelo Juiz a quo, na decisão que decretou a prisão preventiva da paciente, a materialidade do crime e os indícios suficientes de autoria restam caracterizados, tendo em vista os elementos de prova colhidos nos autos do inquérito policial, através de informações obtidas após a quebra do sigilo bancário e de dados,

assim também pelos depoimentos prestados perante a autoridade policial.

- No âmbito do Inquérito Policial nº 594/2014, instaurado para apurar o desvio de recursos federais vinculados ao Município de Santana do São Francisco/SE, as diligências demonstraram que Otaviano Gutemberg Fernandes e Silva (Guto), proprietário de loja de imóveis e agiota, constrange seus devedores (da loja e de mútuos ilegais) a entregar os cartões e as senhas de movimentação, fazendo uso deles para receber seus créditos e os recursos do FUNDEB desviados da prefeitura. As transferências dos valores desviados para as contas bancárias dos devedores de Guto são realizadas por Gabriela Pereira de França, concunhada dele, que trabalha no escritório de contabilidade contratado pela Prefeitura e possui a senha de acesso à internet, fato confessado por ela em seu interrogatório. Além disso, também auxiliam no esquema delituoso, de acordo com as provas colhidas, a paciente, Luane Barros dos Santos (que comparece na agência bancária para sacar os valores e tem a função de ameaçar quem resistir ao esquema) e José Emirson Fernandes e Silva (irmão de Guto).

- No que se refere ao fundamento da conveniência da instrução criminal, verificou-se, através dos depoimentos, que as testemunhas estavam sofrendo ameaças pelos investigados Luane Barros dos Santos, Otaviano Gutemberg Fernandes e Silva e Emirson Fernandes e Silva. A propósito, confira-se trecho de um dos depoimentos prestados à autoridade policial: "(...) QUE no decorrer desta semana, GUTO, LUANE e EMERSON, irmão de GUTO, passaram a ameaçar a declarante de morte, dizendo que 'o rapaz que depositava o dinheiro havia sido preso por culpa da declarante', pois 'tudo havia sido desco-

berto por causa da conta da declarante’; QUE na noite de ontem, EMERSON foi até a casa da declarante, exibiu um revólver e falou: ‘GUTO mandou dizer que precisou fugir por culpa sua e que não ficaria nada bom para você quando ele voltasse’”.

- Ademais, como ressaltou o juiz, consta dos depoimentos prestados por Maria Célia Farias Santos e David Campos Silva que o investigado Guto teria tentado influir ou, pelo menos, monitorar a participação das testemunhas na delegacia através de advogada por ele contratada.

- Quanto ao pedido de substituição da prisão preventiva por outras medidas cautelares previstas no art. 317, III, da Lei nº 12.403/2011, tampouco merece prosperar, pois conforme ressaltado na decisão que decretou a prisão preventiva, “há fundado temor de que a liberdade dos referidos indiciados configure perigo à conveniência da instrução criminal. É inegável que a coação de testemunhas ocasiona a perturbação do regular andamento das investigações, em prejuízo manifesto para a instrução criminal. (...) No caso em apreço, vislumbra-se que o estabelecimento de outras medidas diversas da prisão mostrar-se-ia inócuo e ineficaz, uma vez que não seriam suficientes para cessar as ameaças”.

- A primariedade, os bons antecedentes, a profissão lícita e o endereço certo são elementos que não se prestam, isoladamente, para afastar a incidência da regra do art. 312 do CPP, quando verificados os requisitos e as condições definidos no mencionado dispositivo legal para a decretação da custódia preventiva. Neste sentido, precedentes do STF e STJ.

- Ordem de habeas corpus denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do relatório e voto anexos, que passam a integrar o presente julgamento.

Recife, 27 de novembro de 2014. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO (Convocado):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Cleuber Bittencourt Barbosa e outro em favor de Luane Barros dos Santos, em face do ato imputado ao MM. Juiz Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária de Sergipe.

Os impetrantes alegaram, em resumo: 1) a paciente foi presa em 16 de outubro de 2014 em sua residência, não havendo razão para manter uma mãe de família em cumprimento antecipado de uma pena sem o preenchimento dos requisitos previstos no art. 312 do CPP; 2) em caso de condenação, a paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, pois é possível verificar desde logo a presença dos requisitos do art. 44 do CP e, além disso, seria aplicado regime menos rigoroso, em razão da pena mínima prevista para o delito; 3) a decisão do juízo apontado como autoridade coatora não descreve como a paciente contribuiu para a infração, devendo ser aplicada uma das medidas cautelares previstas no art. 317, III, da Lei nº 12.403/2011.

Às fls. 76/77, o Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho, que recebeu o processo no plantão judiciário, indeferiu o pedido liminar.

Devidamente notificada, a autoridade impetrada apresentou as informações de estilo (fls. 83/97), aduzindo, em síntese: 1) a paciente investigada nos autos do Inquérito Policial nº 594/2014 SR/DPF/SE (*que visa apurar desvio de verbas públicas federais de*

conta pertencente à Prefeitura de Santana de São Francisco/SE) foi presa em 16 de outubro de 2014 com base no fundamento da conveniência da instrução criminal, haja vistas as informações trazidas nos depoimentos colhidos perante a autoridade policial de que as testemunhas estavam sofrendo ameaças da paciente juntamente com ou outros investigados; 2) no dia 31 de outubro de 2014, os autos do inquérito policial, com relatório final das atividades policiais, foi remetido ao juízo, que abriu vistas ao MPF para eventual oferecimento de denúncia.

O Ministério Público Federal ofertou parecer, opinando pela denegação da ordem (v. fls. 100/102v).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO (Relator Convocado):

Ab initio, cumpre ter presente que a prisão preventiva, por se tratar de medida cautelar de constrição à liberdade, reveste-se de excepcionalidade, somente justificando sua decretação quando configurada a potencialidade lesiva a quaisquer dos juízos tutelados na legislação de regência, ainda assim quando satisfeitos os requisitos da materialidade do delito e os indícios suficientes de autoria.

A propósito, preconiza o art. 312 do Código de Processo Penal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

No caso em apreço, entendeu o MM. Juiz *a quo* pela segregação cautelar da paciente, fundamentando-se na conveniência da

instrução criminal, entendimento corroborado integralmente pelo parecer ministerial.

A despeito das razões deduzidas pelos impetrantes, tenho por irretorquível a medida constritiva aplicada, porquanto demonstra da nos autos a presença dos requisitos legais autorizadores da sua decretação.

No que pertine à caracterização da materialidade e da autoria delitiva, em juízo de prelibação e à luz do que consta dos autos, tenho comigo que estão presentes a materialidade dos delitos e os indícios suficientes de autoria.

Com efeito, conforme descrito pelo Juiz *a quo* na decisão que decretou a prisão preventiva da paciente, a materialidade do crime e os indícios suficientes de autoria restaram caracterizados, tendo em vista os elementos de prova colhidos nos autos do inquérito policial, através de informações obtidas após a quebra do sigilo bancário e de dados, assim também pelos depoimentos prestados perante a autoridade policial.

No âmbito do Inquérito Policial nº 594/2014, instaurado para apurar o desvio de recursos federais vinculados ao Município de Santana do São Francisco/SE, as diligências demonstraram que Otaviano Gutemberg Fernandes e Silva (Guto), proprietário de loja de imóveis e agiota, constrange seus devedores (da loja e de mútuos ilegais) a entregar os cartões e as senhas de movimentação, fazendo uso deles para receber seus créditos e os recursos do FUNDEB desviados da prefeitura.

Além disso, conforme apurado, as transferências dos valores desviados para as contas bancárias dos devedores de Guto são realizadas por Gabriela Pereira de França, concunhada dele, que trabalha no escritório de contabilidade contratado pela prefeitura e possui a senha de acesso à *internet*, fato confessado por ela em seu interrogatório. Também auxiliam no esquema delituoso, de acordo com as provas colhidas, paciente, Luane Barros dos Santos (que comparece na agência bancária para sacar os valores e tem a função de ameaçar quem resistir ao esquema) e José Emirson Fernandes e Silva (irmão de Guto).

No que se refere ao fundamento da conveniência da instrução criminal, verificou-se, através dos depoimentos, que as testemunhas estavam sofrendo ameaças pelos investigados Luane Barros dos Santos, Otaviano Gutemberg Fernandes e Silva e Emerson Fernandes e Silva, o que justifica a manutenção da custódia cautelar, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça¹. A propósito, confira-se trecho do depoimento de Michele Araújo Dantas (fl. 46):

(...) QUE no decorrer desta semana, GUTO, LUANE e EMERSON, irmão de GUTO, passaram a ameaçar a declarante de morte, dizendo que “o rapaz que depositava o dinheiro havia sido preso por culpa da declarante”, pois “tudo havia sido descoberto por causa da conta da declarante”; QUE na noite de ontem, EMERSON foi até a casa da declarante, exibiu um revólver e falou: “GUTO mandou dizer que precisou fugir por culpa sua e que não ficaria nada bom para você quando ele voltasse”.

Ademais, como ressaltou o juiz, consta dos depoimentos prestados por Maria Célia Farias Santos e David Campos Silva que o investigado Guto teria tentado influir ou, pelo menos, monitorar a participação das testemunhas na delegacia através de advogada por ele contratada.

Quanto ao pedido de substituição da prisão preventiva por outras medidas cautelares previstas no art. 317, III, da Lei nº 12.403/2011, tampouco merece prosperar. Conforme ressaltou o juiz, “há fundado temor de que a liberdade dos referidos indiciados configure perigo à conveniência da instrução criminal. É inegável que a coação de testemunhas ocasiona a perturbação do regular andamento das investigações, em prejuízo manifesto para a instrução criminal. (...) No caso em apreço, vislumbra-se que o estabelecimento de outras medidas diversas da prisão mostrar-se-ia inócua e ineficaz, uma vez que não seriam suficientes para cessar as ameaças”.

¹ RHC 47.132/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 14/10/2014, *DJe* 29/10/2014; RHC 47.157/TO, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/08/2014, *DJe* 02/09/2014.

De resto, a primariedade, os bons antecedentes, a profissão lícita e o endereço certo são elementos que não se prestam, isoladamente, para afastar a incidência da regra do art. 312 do CPP, quando verificados os requisitos e as condições definidos no mencionado dispositivo legal para a decretação da custódia preventiva. Neste sentido, precedentes do STF e STJ.²

Com essas considerações, denego a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

² STF, HC 122.409, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 10-09-2014 PUBLIC 11-09-2014;

STJ, RHC 43.239/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 02/09/2014.

HABEAS CORPUS Nº 5.754-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GUSTAVO DE PAIVA GADELHA (CONVOCADO)
Impetrante: EDGAR MOURY FERNANDES NETO E OUTROS
Impetrado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Pacientes: ANDRÉ GUSTAVO DE ALBUQUERQUE PEREIRA, MARCONI JOSÉ DE ALBUQUERQUE PEREIRA E ANDRÉ GUSTAVO DE CARVALHO LEANDRO

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR LONGO DECURSO DE PRAZO DE INQUÉRITO POLICIAL (7) ANOS, INSTAURADO POR INTERMÉDIO DE DENÚNCIA APÓCRIFA, ALÉM DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA O SEU PROSSEGUIMENTO. PLEITO DE TRANCAMENTO E ARQUIVAMENTO DO PROCEDIMENTO POLICIAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SUBSUNÇÃO DA HIPÓTESE AOS DITAMES DOS ARTS. 647 E SEQUINTE DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INQUÉRITO INSTAURADO A PARTIR DE REQUISIÇÃO MINISTERIAL, APÓS AVALIAÇÃO E CHANCELA QUANTO AOS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDADE DA INSTAURAÇÃO DO INVESTIGATÓRIO, E NÃO DIRETAMENTE PELA AUTORIDADE POLICIAL. DENÚNCIA APÓCRIFA HAVIDA, PELA JURISPRUDÊNCIA, COMO MERO PONTO DE PARTIDA. AMPLO ESPECTRO DA INVESTIGAÇÃO: EMPRESAS DE FACTORING ENVOLVIDAS, EM TESE, EM ESQUEMAS DE EVASÃO DE DIVISAS E DE SONEGAÇÃO FISCAL. EFETIVA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. DECISÕES JUDICIAIS DE DEFERIMENTO, IN CASU, DE QUEBRA DE SIGILOS. EVIDENCIADO INTERESSE PÚBLICO NO PROSSEGUIMENTO DAS INVESTIGAÇÕES. PLEITO QUE ESBARRA EM EVENTUAL SUPRESSÃO DE

INSTÂNCIA JUDICIAL PROCESSANTE E JULGADORA, NA MEDIDA EM QUE SUBSTITUI EVENTUAL DEFLAGRAÇÃO DE PERSECUÇÃO PENAL, IMPORTANDO EM IMPRÓPRIA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA ANTECIPADA.

- Deve ser realçada a possibilidade, legal, de servir a denúncia anônima como mero suporte à deflagração de investigação formal pelo Estado, desde que reúna, em consórcio com outros elementos integrativos, o mínimo de plausibilidade fático-jurídica aceitável, como bem demonstra o direcionamento dominante da jurisprudência pátria, a exemplo do respeitável acórdão proferido no julgamento do RHC 117972, Rel. Min. Luiz Fux (STF, 1ª Turma, maioria, julg. 18.2.14).

- Observa-se, in casu, que a autoridade policial não instaurou o IPL em comento a partir, tão-somente, de denúncia anônima, mas somente após os informes, supostamente indiciários, havidos como “apócrifos” pela parte impetrante, passarem pelo crivo ministerial, como comprovam, por exemplo, expedientes trazidos aos autos e que apontam para a integração e as tratativas prévias entre a Polícia Federal e o Ministério Público Federal, acerca da viabilidade da instauração do procedimento inquisitório.

- Inexiste comprovação de qualquer constrangimento ilegal a partir da instauração em si mesma do combatido inquérito policial, ou seja, dela não decorreu qualquer medida de caráter invasivo, por exemplo, ao patrimônio ou à liberdade de locomoção dos pacientes, como se infere do próprio teor da portaria que determinou a instauração do IPL, com indicação de adoção apenas de providências meramente preliminares de investigação reservada. Nesse sentido, aresto recentemente firmado no HC nº 199.086/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, STJ, 5ª Turma, julgado

em 06/05/2014.

- Há, sim, prorrogação para além do razoável, quanto ao prazo para conclusão das investigações, justificável, todavia, pelo espectro das apurações haver se espraído para além das fronteiras do país, sem falar na complexidade em si mesma considerada quanto à apuração que decorre da análise das condutas de per si dos investigados, no que diz respeito a eventuais cometimentos de crimes societários, económicos, de lavagem de ativos etc., a depender, inclusive, de diferenciada logística policial e, quase sempre, como in casu, de cooperação jurídica internacional.

- Evidenciou-se, das investigações em curso, nítido interesse público, a partir do plexo de elementos jurídicos reunidos e que, não apenas sob a ótica do Ministério Público Federal, mas também do juízo de origem competente para a apreciação dos incidentes de quebra de sigilos (4ª Vara Federal-PE), como se infere do conteúdo das fundamentações judicantes expostas nas Decisões trazidas à baila, que bem demonstram a plausibilidade da continuação do investigatório em causa.

- Concorrem, ainda, para a não concessão da ordem: pacientes em gozo de liberdade; ausência de demonstração, de plano, de irrefutável constrangimento ilegal – atual ou iminente; excepcionalidade da medida extrema requerida não demonstrada satisfatoriamente; descabimento, na estreita via do habeas corpus, de decretação, pura e simplesmente, de medida equivalente à absolvição sumária dos investigados, a importar em antecipada supressão indevida das instâncias processantes e julgadoras, dada a eventual possibilidade de instauração de ação penal.

- Impõe-se a denegação da ordem de habeas corpus.

ACÓRDÃO

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, 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 fevereiro de 2015. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL GUSTAVO DE PAIVA GADELHA - Relator Convocado

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GUSTAVO DE PAIVA GADELHA (Convocado):

Cuida-se, em síntese, de *habeas corpus* impetrado em prol dos pacientes em epígrafe, objetivando o trancamento e, também, o arquivamento de inquérito policial instaurado por requisição ministerial, visto que, dentre outros argumentos, apresenta vícios de origem invencíveis, a saber, em essência: instauração do procedimento a partir de denúncia apócrifa; decurso, inaceitável, de mais de 7 (sete) anos das investigações, sem qualquer indiciamento formal relativo a eventual culpabilidade dos pacientes; plena insuficiência probante dos documentos apreendidos ou das informações oficiais colhidas dos mais diversos órgãos da administração pública nacional e de instituições estrangeiras, visto que sequer servíveis para o mínimo de suporte indiciário, imprestáveis, portanto, para atestar eventuais autoria e materialidade delituosas em desfavor dos investigados, ora pacientes, notadamente quanto ao cometimento, em tese, das figuras típicas próprias ou associadas, por exemplo, aos crimes de evasão de divisas e de sonegação fiscal.

Alegou-se ausência de justa causa para prosseguimento do inquisitório, como também a persistência de constrangimento ilegal, de há muito revelado pelo prazo infundável do IPL, e, por fim, de abuso iminente traduzido pela possibilidade, factível, de acolhimento, no juízo de origem, de “*representações pela quebra de algumas garantias constitucionais (sigilo bancário, fiscal, telefônico), sem motivo para tanto (...)*”.

Inicial acompanhada de farta documentação (cópia).

À fl. 390, decisão conhecedora do *writ*, pela qual foram determinados os encaminhamentos de praxe.

A autoridade impetrada prestou as informações de fls. 392/402, justificando a regularidade da instauração, bem como a necessidade de prosseguimento das investigações ainda em curso no Inquérito Policial nº 893/2007, objeto da insurgência manifestada neste *habeas corpus*.

Por intermédio do parecer de fls. 405/412, o representante ministerial – *custos legis* – pugnou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL GUSTAVO DE PAIVA GADELHA (Relator Convocado):

Insurgem-se os pacientes, sócios gerentes de empresa de *factoring*, qualificados na atrial, contra o que entendem devidamente caracterizado constrangimento ilegal associado à apuração policial objeto de inquérito que se protai há quase 7 (sete) anos, sem qualquer definição razoável quanto a eventual indiciamento, se o caso, dos investigados.

Relatam inexistir quaisquer evidências de prática criminosa justificante do prolongamento desarrazoado da investigação em causa, mesmo a partir do quanto já foi trazido aos autos, a título de documentação que, por sua vez, não reúne o mínimo valor indiciário de eventual culpa dos pacientes.

Pois bem. Primeiramente deve ser realçada a possibilidade, legal, de servir a denúncia anônima como mero suporte à deflagração de investigação formal pelo estado, desde que reúna, em consórcio com outros elementos integrativos, o mínimo de plausibilidade fático-jurídica aceitável, como bem demonstra o direcionamento dominante da jurisprudência pátria, a exemplo do respeitável acórdão proferido no julgamento do RHC 117972, Rel. Min. Luiz Fux (STF, 1ª Turma, maioria, julg. 18.2.14), cuja ementa segue adiante reproduzida:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAES CORPUS*. CONTRABANDO OU DESCAMINHO E SONEGAÇÃO FISCAL. **DENÚNCIA ANÔNIMA. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PARA APURAR OS FATOS NELA NOTICIADOS. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.** INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAES CORPUS* A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. **A denúncia anônima é apta à deflagração da persecução penal, desde que seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração de inquérito policial.** Precedentes: HC 108.147, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, *DJe* de 1º.02.13; HC 105.484, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, *DJe* de 16.04.13; HC 99.490, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, *DJe* de 1º.02.11; HC 98.345, Primeira Turma, Relator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli, *DJe* de 17.09.10; HC 95.244, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, *DJe* de 30.04.10.

2. **In casu, a Polícia Federal, a partir de denúncia anônima,** deu início a investigações para apurar a eventual prática de crimes de contrabando e sonegação fiscal por sócios da empresa Transnardo Transporte Ltda., que estariam efetuando exportação fictícia de pneus para vendê-los no território nacional. No curso daquelas investigações, constatou-se a existência de grande organização criminosa, da qual participavam, inclusive, servidores da Receita Federal. Destarte, foram realizadas diligências a fim de apurar o envolvimento destes servidores – dentre os quais, as ora recorrentes (auditoras fiscais) – nos crimes de corrupção e facilitação ao contrabando/descaminho.

3. **Deveras, a denúncia anônima constituiu apenas o “ponto de partida” para o início das investigações antes da instauração do inquérito policial.**

4. Ademais, os autos não estão instruídos com documentos que comprovem que o procedimento penal foi instaurado tão somente com base na **denúncia anônima.**

5. Por outro lado, o juiz singular, constatando a existência de “indícios razoáveis da autoria ou participação” das recorrentes nos crimes de contrabando ou descaminho, bem como verificando que a prática criminosa vinha ocorrendo

desde 1998, concluiu que “a interceptação telefônica e de dados mostra-se, neste momento, meio eficiente que deve ser disponibilizado à autoridade policial a fim de que ela possa concluir, com êxito, as investigações iniciadas”.

6. O prazo originalmente estabelecido para a interceptação telefônica pode ser prorrogado. As decisões posteriores que autorizarem a prorrogação sem acrescentar novos motivos “evidenciam que essa prorrogação foi autorizada com base na mesma fundamentação exposta na primeira decisão que deferiu o monitoramento”. Precedente: HC 100.172, Plenário, Relator o Ministro Dias Toffoli, *DJe* de 25.09.13.

7. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se nega provimento. (s/grifos no original)

Observa-se, *in casu*, que a autoridade policial não instaurou o IPL em comento a partir, tão somente, de denúncia anônima, mas somente após os informes, supostamente indiciários, havidos como “apócrifos” pela parte impetrante, passarem pelo crivo ministerial, como comprovam, por exemplo, os expedientes (cópias) de fls. 28/53, que apontam para a integração e as tratativas prévias entre a Polícia Federal e o Ministério Público Federal, acerca da viabilidade da instauração do procedimento inquisitório.

Sublinho, também, a inexistência de comprovação de qualquer constrangimento ilegal a partir da instauração em si mesma do combatido inquérito policial, ou seja, dela não decorreu qualquer medida de caráter invasivo, por exemplo, ao patrimônio ou à liberdade de locomoção dos pacientes, como se infere do próprio teor da portaria que determinou a instauração do IPL nº 893/2007 (cópia à fl. 28), com indicação de adoção apenas de providências meramente preliminares de investigação reservada, visando “angariar o máximo de informações possíveis acerca do assunto em referência, apresentando relatório circunstanciado;”. Aliás, a hipótese trazida nesta impetração guarda incontestemente similitude com o que fora recentemente decidido em julgamento no Superior Tribunal de Justiça - STJ (HC 199.086/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 06/05/2014, *DJe* 21/05/2014), cuja ementa segue adiante em parte transcrita, naquilo que interessa a este feito:

(...) 3. Todavia, na hipótese específica dos autos, a instauração do Inquérito Policial nº 09/2009 não ocasionou nenhum constrangimento ilegal ao paciente na medida em que somente culminou na ordem de serviço para a realização de diligências investigatórias, as quais poderiam ter sido perfeitamente requeridas por via de VPI (Verificação de procedência de informação), como cotidianamente ocorre no meio policial. Desse modo, constatado que o inquérito policial deflagrado a partir da delação apócrifa se limitou a ordenar a realização de diligências que poderiam ser – e possivelmente seriam – livremente determinadas sem a formalização da investigação; que o inquérito em comento não culminou em nenhuma medida cautelar em desfavor do paciente – tais como, prisão cautelar, busca e apreensão e interceptação telefônica – e que nem sequer houve indiciamento, afigura-se excesso de formalismo proclamar, no caso, a ilegalidade da deflagração do Inquérito Policial nº 09/2009.

4. Ademais, o princípio do prejuízo deve aqui ser aplicado em toda a sua amplitude. Se as formas processuais constituem apenas instrumentos para a correta aplicação do Direito, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador somente impregnará o ato quando a finalidade buscada pela norma for comprometida pelo vício. É dizer, apenas a atipicidade relevante, capaz de produzir dano evidente ao direito da parte, autoriza o reconhecimento da invalidade. Logo, embora deva se exigir da autoridade policial uma atuação ponderada e prudente em casos em que a notícia do suposto crime se deu de forma anônima, coibindo-se, assim, que os constrangimentos inerentes a uma formal investigação criminal sejam impingidos aos acusados sem nenhuma análise acerca da verossimilhança das condutas delatadas, o fato é que, na espécie, a instauração do Inquérito Policial nº 09/2009 para a simples deflagração das diligências, sem a adoção de medidas assecuratórias invasivas e sem a determinação de indiciamento, não se diferenciou em nada do procedimento de verificação preliminar de informação que comumente precede a instauração do inquérito policial.

Há, sim, prorrogação para além do razoável, quanto ao prazo para conclusão das investigações, justificável, todavia, pelo espectro das apurações haver se espreado para além das fronteiras

do país, sem falar na complexidade em si mesma considerada quanto à apuração que decorre da análise das condutas *de per se* dos investigados, no que diz respeito a eventuais cometimentos de crimes societários, econômicos, de lavagem de ativos etc., a depender, inclusive, de diferenciada logística policial e, quase sempre, como *in casu*, de cooperação jurídica internacional.

Nessa linha – do complexo alcance do leque investigativo –, o recente Termo de Declarações relativo ao também investigado, Sr. Carlos Frederico da Câmara Pinto, de fls. 382/384 (cópia), datado de 10.10.14, ao contrário da alegação do caráter genérico – em relação aos pacientes – das investigações, aponta, em seu conteúdo, para eventual integração ou liame societário entre os pacientes e as demais empresas e respectivos sócios igualmente investigados no IPL nº 893/2007, sendo de realçar, a título ilustrativo, que “(...) *II. Tratando-se de delito em contexto societário, prescinde a peça acusatória de extenso detalhamento das ações imputadas aos réus, ante a complexidade do feito, exigindo-se tão somente a relação entre eles e as empresas que tenham objeto ou fins ilícitos.*” (TRF/5ª Região. 4ª Turma. ACR 9506/RN. Rel. Des. Fed. Margarida Cantarelli, julg. 24.09.2013, *DJe* 26.09.2013, pág. 453)

De sorte que não há mais que se falar, doravante, em solução injustificada de continuidade, dado o nítido interesse público que se evidenciou a partir do plexo de elementos jurídicos reunidos e que, não apenas sob a ótica do Ministério Público Federal, mas também do juízo de origem competente para a apreciação dos incidentes de quebra de sigilos (4ª Vara Federal-PE), como se infere do conteúdo das fundamentações judicantes expostas nas Decisões de fls. 133/136, 287/288 e 348/353 (cópias), que bem demonstram a plausibilidade da continuação do investigatório em causa.

Ressaltem-se, para além das razões antes delineadas, as constatações adiante apontadas, que em tudo concorrem para a não concessão da ordem pleiteada: pacientes em gozo de liberdade; ausência de demonstração, de plano, de irrefutável constrangimento ilegal - atual ou iminente; excepcionalidade da medida extrema requerida não demonstrada satisfatoriamente; descabimento,

na estreita via do *habeas corpus*, de decretação, pura e simplesmente, de medida equivalente à absolvição sumária dos investigados, a importar em antecipada supressão indevida das instâncias processantes e julgadoras, dada a eventual possibilidade de instauração de ação penal. É o quadro que ora se apresenta.

Assim, em decorrência, também, da justificação idônea do Ministério Público Federal para o prosseguimento do curso regular do Inquérito Policial nº 893/2007 – lançadas em suas manifestações neste *writ*, e à míngua, então, de elementos mínimos, juridicamente aceitáveis, de prova de constrangimento, não reconheço ilegalidade (arts. 647 e seguintes do CPP) na manutenção das investigações associadas ao aludido inquérito, pelo que **denego a ordem de *habeas corpus***.

É como voto.

PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO Nº 155-PE

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR
Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Investigados: OS MESMOS E MARQUIDOVES VIEIRA MARQUES
Advs./Procs.: SEMADVOGADO/PROCURADOR E LUCICLAUDIO GOIS DE OLIVEIRA SILVA

EMENTA: PENAL. PREFEITO. CRIME DE RESPONSABILIDADE. DECRETO-LEI 201/67. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

- O fato do denunciado, na qualidade de chefe do Poder Executivo do Município de Lagoa do Ouro (PE), não ter, segundo entendimento da auditoria levada a efeito pelo Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, aplicado, durante o manuseio de recursos do FUNDEB, o percentual mínimo de 60%, mas apenas de 54,96%: a) não caracteriza o delito do art. 1º, III, do Decreto-Lei

201/67, uma vez não ocorrida a mínima demonstração – melhor dizendo, sequer alegação – da ocorrência de desvio, ou emprego irregular, pois inexistente pagamento de outra rubrica com tal numerário; b) igualmente, incabível se cogitar da prática do crime do art. 1º, XIV, do mesmo diploma, haja vista que os elementos informativos já são capazes de apontar para a inexistência de dolo em se deixar de cumprir o estatuído no art. 22 da Lei 11.494/2007, pois tal ocorreu por a auditoria ter inadmitido que, no perfazimento de tal percentual, fossem considerados os pagamentos aos auxiliares de sala de aula, não tendo a conduta do agente público evidenciado qualquer menoscabo na observância do referido comando de lei federal.

- A circunstância do denunciado, para cumprimento de programa do governo federal (PETI), ter optado pelo regime da contratação temporária, e, com isso não ter realizado concurso público para admissão de pessoal, não configurou – nem de longe – o tipo do art. 1º, XIII, do Decreto-lei 201/67, tendo em vista: a) a contratação temporária, por implicar no exercício unicamente de função pública, não está abrangida pela regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, II, CF), a qual se refere, apenas e tão só, a cargos e empregos; b) ademais, por se tratar de programa onde os aportes financeiros não seriam provisórios, não se justificava a criação de cargos no âmbito municipal, o que poderia onerar demasiada e injustificadamente o erário municipal, sendo de notar que o denunciado, para tanto, valeu-se da Lei municipal 270/2006, a qual, prevendo a hipótese, não teve em nenhum momento a sua presunção de constitucionalidade impugnada.

- Rejeição da denúncia por inexistência de justa causa para a persecução criminal.

ACÓRDÃO

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

Recife, 4 de março de 2015. (Data do julgamento)

DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE
JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR:

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, por seu lídimo representante, denunciou MARQUIDOVES VIEIRA MARQUES, qualificado nos autos, pela suposta prática dos delitos tipificados no art. 1º, III, e XIV, e XIII, todos do Decreto-Lei 201/67, narrando, para tanto, os motivos de fato seguintes:

1 - consoante informações constantes do procedimento anteriormente nominado, o denunciado, no exercício de 2008, na condição de Prefeito do Município de Lagoa do Ouro/PE, *status* que dele exigia a vigilância e a coordenação para cumprimento do princípio da legalidade, praticou, consoante ato administrativo provido de presunção de legitimidade, as seguintes irregularidades:

1.1 - descumprindo o comando constante do art. 22 da Lei nº 11.494/07 aplicou apenas 54,96% dos recursos do FUNDEF na remuneração dos professores municipais responsáveis pela educação básica, quando a norma tratada estabelece que tal percentual deve ser de 60%, consoante apurado pela fiscalização do TCE (NF, fl. 28/29, 42/43);

1.2 - descumprindo a regra constitucional de que o ingresso no serviço público somente pode ocorrer por concurso público, exceto nos casos de cargos em comissão ou

naqueles especiais estabelecidos em lei em decorrência “de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público” (regime especial) (CF, art. 37, incisos II e IX), contratou, mediante pagamento, com recursos oriundos do Governo Federal, através do elemento “Outros Serviços de Terceiros - Pessoa Física, Aldilane da Silva Santana (Monitor do PETI), Alice Antônia Torres Monteiro Melo (Monitor do PETI), Jucilene da Silva Lucena (Monitor do PETI), Rosiane de Oliveira Gomes (Monitor do PETI), Vera Lúcia Araújo Farias (Monitor do PETI), Aymone Flávia de Queiroz Moraes (Assistente Social do PAIF), Cleonice Brasil da Silva (Coordenadora do Programa Bolsa Família), Gabriela Monique de Freitas Araújo (Digitadora do Programa Bolsa Família), Maria Aparecida Freire Silva (Cadastradora, Atualizadora e Revisora do Cadastro Único do Programa Bolsa Família) e Suilan Ferreira Simão (Acompanhamento e Informações sobre as condicionalidades do Bolsa Família) (NF, fls. 53/55), fato que, além de violar o dever de igualdade das demais pessoas ao acesso ao serviço público, com prêmio aos capacitados (= melhor prestação de serviços públicos à comunidade), caracteriza uma clara transformação do que é público em propriedade privada (patrimonialismo).

2 - O primeiro fato relatado, como se percebe, caracteriza desvio ou aplicação irregular de verbas acumulado com negativa de cumprimento de lei federal, enquanto o segundo é sinônimo de admissão de servidor contra expressa vedação legal, fatos tipificados nos incisos III e XIV do Decreto-Lei nº 201/67, em concurso formal (CP, art. 70), praticados em concurso material (CP, art. 69) com o inciso XIII do mesmo Diploma legal. (fls. 02 e 03)

Notificado, o denunciado apresentou defesa às fls. 138-190, sustentando: a) inépcia da peça acusatória; b) a inexistência do crime de responsabilidade, por não ter havido dolo na sua conduta, pois foi aplicado o mínimo legal na remuneração dos profissionais de magistério, tendo em vista que o TC/CE não considerou o valor gasto com os auxiliares na sala de aula, ao final aprovando as contas ante a ausência de dolo ou dano, inclusive em relação à contratação de pessoal, já que foi visto que os educadores de sala tinham a titulação necessária.

É o relatório.

VOTO

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

A denúncia imputa ao investigado dois fatos que, no entender do seu subscritor, seriam capazes de repercutir na esfera criminal.

Ambas as situações decorreram de narrativa constante de auditoria levada a efeito pelo Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco.

A primeira delas estaria na circunstância consoante a qual o investigado, na condição de Prefeito do Município de Lagoa do Ouro (PE), por ocasião do exercício financeiro de 2008, aplicou no pagamento da remuneração dos profissionais do magistério da educação básica em efetivo exercício, apenas e tão só, o percentual de 54,96% (cinquenta e quatro vírgula noventa e seis por cento) dos correspondentes recursos anuais repassados do FUNDEB quando, a esse respeito, o art. 22, *caput*, da Lei 11.494/2007, exige o gasto mínimo, em tal rubrica, do percentual de 60% (sessenta por cento).

Não consta – e isso é de grande importância – afirmação nem às fls. 16-18 (manifestação do Ministério Público de Pernambuco, descrevendo o fato) nem à fl. 183 (relatório da auditoria do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco) de que a diferença de 5,04% (cinco vírgula zero quatro por cento) teria sido paga noutra rubrica de despesa. A denúncia é, igualmente, omissa a esse respeito.

Não obstante, ao qualificar tal fato, a denúncia diz configurar, em tese, os delitos tipificados no art. 1º, III e XIV, do Decreto-Lei 201/67.

Com o devido respeito, não vislumbro – nem de longe – que tal ação possa sequer ser delituosa.

Quanto ao art. 1º, III, do Decreto-Lei 201/67, é preciso notar que o primeiro dos núcleos do tipo se centra no núcleo “desviar”. A denúncia não narra desvio no particular do percentual não empregado de tal verba.

Ao depois, vem a aplicação indevida ou irregular de tal verba. Da mesma forma, não houve menção na denúncia de que tal diferença foi transferida para a quitação de outra rubrica.

Consta – não da denúncia, mas do relatório da auditoria realizada pelo Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, o qual foi juntado pelo investigado (fls. 182-190) – informação de que a irregularidade em causa, da qual decorreu o entendimento de não ter sido considerada a aplicação do mínimo legal, consistiu no fato do pagamento, a título de docentes, dos auxiliares de sala de aula, os quais não tinham a formação legal exigida. Não houve – e isso é indubitável – utilização de tal verba para quitação de outra rubrica de despesa.

Ao sentir do *Parquet*, ao não atingir, com as verbas do FUNDEB, o custeio do percentual de sessenta por cento somente para o pagamento de docentes, o investigado teria infringido o art. 1º, XIV, do Decreto-Lei 200/67, mais precisamente por descumprir lei federal.

Referido tipo não se materializa pelo descumprimento de qualquer dispositivo de lei federal, até porque nem mesmo os juristas conseguem, na inflação legislativa vivenciada na atualidade, conhecer todos os dispositivos legais em vigor em nosso sistema jurídico.

Da mesma forma, não é qualquer descumprimento, mas o menoscabo ou o desprezo em aplicar tal norma.

Essa situação não se corporifica quando se tem que o investigado deu cabo à aplicação de substancial percentual, equivalente a mais de noventa por cento daquele a que se encontrava obrigado. E, diga-se, se não aplicou o percentual integral, tal emergência da não aceitação do pagamento dos auxiliares de sala de aula, os quais, segundo a fiscalização, não poderiam ser considerados por falta de formação específica, quando a Lei 11.494/2007 é omissa a esse respeito.

Isso evidencia, de antemão, a ausência de elemento volitivo para infringir o art. 22, *caput*, do mencionado diploma legal e, de consequente, o tipo do art. 1º, XIV, do Decreto-Lei 201/67.

Remanesce a imputação, consignada no item 1.2 da peça vestibular, consoante a qual o investigado teria descumprido a regra constitucional do concurso público ao realizar, com recursos do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil - PETI, contratação temporária.

Tal conduta, segundo o Ministério Público, estaria tipificada no art. 1º, XIII, do Decreto-Lei 201/67, consistente na admissão ou designação de servidor contra expressa disposição de lei.

Algumas considerações precisam ser tecidas. Inicialmente, a legislação regente do referido programa federal, não exige – e nem poderia fazê-lo, diante da autonomia política municipal – que os agentes que deles participem sejam admitidos por concurso público.

Poder-se-ia dizer, então, que tal resultaria de uma injunção constitucional inarredável. Penso que não. A obrigatoriedade de realização de concurso público adveio ao sistema jurídico pátrio com a Constituição de 1967-69 (art. 96, § 1º), estando então restrita à investidura em cargos públicos. Ao depois, a Constituição de 1988 (art. 37, II) ratificou tal vinculação para os cargos, estendendo-a aos empregos públicos.

A contratação temporária para atender à necessidade excepcional de interesse público, figura jurídica à qual ocorreu o investigado, envolve – e a doutrina é categórica (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. Direito administrativo. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 502) – o exercício de função, sem vinculação a cargo ou emprego público.

Portanto, a hipótese não se encaixa sob o regramento do art. 37, II, da Constituição Federal.

No caso em tela, a admissão das pessoas mencionadas na denúncia sucedeu mediante o instituto da contratação temporária para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, a qual se desenvolveu nos termos do art. 1º, IV, da Lei Municipal 270/2006, que prevê, dentre as respectivas hipóteses, aquela da implementação de trabalho nas áreas de saúde, educação, administração, assistência social, transporte, agricultura, obras e serviços públicos e outros programa que venham a ser implementados pelo Poder Executivo.

De fato, cuidava-se a hipótese da execução de programa em cooperação com o Governo Federal, com recursos custeados por este, cuja temporariedade de sua realização não justifica a admissão de servidores titulares de cargos efetivos, pena de um aumento injustificado da máquina administrativa e das despesas permanentes a título de pessoal.

A própria Lei 8.745/93, a qual disciplina a contratação temporária no âmbito da Administração Pública Federal, especifica, dentre as diversas hipóteses que prevê, cujo aumento progressivo sucedeu no curso do tempo, situações onde se tem o desenvolvimento de programas governamentais. É que, em tais situações, tem-se, justamente, que o ente público necessita desenvolver atividades que, em não sendo permanentes, não justificariam o aumento do corpo de pessoal com a admissão de servidores titulares de cargos efetivos. Embora não haja uma coincidência de redação, há, sem sombra de dúvida, forte similitude do art. 1º, IV, da Lei municipal 270/2006, com algumas das inúmeras previsões do art. 2º, I a XI, da Lei 8.745/93.

De mais a mais, um ponto é inquestionável, ao assim agir, o investigado o fez ao abrigo de diploma legal editado no âmbito de competência que a Lei Maior atribuiu aos municípios, o qual porta presunção de constitucionalidade.

Vislumbrar no ato de admissão temporária levado a cabo pelo investigado, nos termos de lei específica, equivale, na prática, à desconsideração, sem mais nem mais, a atividade legislativa de um ente político.

O só fato de alguém – agente público ou particular – atuar de acordo com lei vigente e que não teve a sua inconstitucionalidade reconhecida, constitui evidência da falta de dolo, elemento volitivo essencial ao tipo em causa.

Um ponto que merece destaque: o presente procedimento investigativo foi instaurado, a partir e, unicamente com lastro, em autos de prestação de contas que tramitou perante o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, relacionada à fiscalização da Prefeitura de Lagoa do Ouro (PE) quanto ao exercício financeiro do ano de 2008.

Pois bem. À vista das irregularidades apuradas, as quais, no plano financeiro, ostentam menor gravidade do que um crime ou delito, a Corte de Contas aprovou as contas do investigado, apondo-lhe, apenas e tão só, ressalvas. Foi afastada aplicação de qualquer penalidade.

Isso, a meu sentir, já se afigura, isoladamente, o bastante para não vislumbrar conduta típica.

Com essas considerações, voto pelo não recebimento da denúncia, por ausência de justa causa para o processo e julgamento de ação penal.

É como voto.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA

7217-CE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	13
7336-PE	Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias	20

AGRAVO DE INSTRUMENTO

134244-PE	Rel. Des. Federal Raimundo Alves de Campos Júnior (Convocado)	34
139771-RN	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.	44

AGRAVO REGIMENTAL

0801305-03.2013.4.05.8100-CE (PJe)		
	Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior ...	54

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO

31446-PE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	56
31500-PE	Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho (Convocado)	68
31643-PE	Rel. Des. Federal Manual Maia (Convocado)	78
31791-PE	Rel. Des. Federal Gustavo de Paiva Gadelha (Convocado)	90

APELAÇÃO CÍVEL

549870-SE	Rel. Des. Federal José Maria Lucena	105
573442-PB	Rel. Des. Federal Roberto Machado	126
574373-PB	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	144
575360-CE	Rel. Des. Federal Fernando Braga	163
575659-CE	Rel. Des. Federal Vladimir Carvalho	169
576072-PE	Rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira	177
576529-CE	Rel. Des. Federal Paulo Machado Cordeiro (Convocado)	186

577517-CE	Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano	192
0800671-07.2013.4.05.8100-CE (PJe)		
	Rel. Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt	202
0802368-45.2013.4.05.8300-PE (PJe)		
	Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho (Convocado)	208

APELAÇÃO CRIMINAL

11142-PE	Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima.	214
11192-PE	Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães	226
11688-PE	Rel. Des. Federal Emiliano Zapata Leitão (Convocado)	249
11935-PE	Rel. Des. Federal Paulo Machado Cordeiro (Convocado)	291

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL

526991-PE	Rel. Des. Federal Fernando Braga	305
-----------	--	-----

HABEAES CORPUS

5681-SE	Rel. Des. Federal Roberto Machado (Convocado)	312
5754-PE	Rel. Des. Federal Gustavo de Paiva Gadelha (Convocado)	320

PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

155-PE	Rel. Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior .	329
--------	--	-----

ÍNDICE ANALÍTICO

A

PrCv	Ação de usucapião. Ação rescisória. Ausência de citação do litisconsorte passivo necessário. Nulidade da sentença. Procedência da rescisória. AR 7336-PE 20
Cv	Acusações de monopolização de mercado e improbidade. Danos morais. Denúncia. Empresas de manutenção de equipamentos hospitalares. Responsável técnico e cônjuge de sócia utilizando-se de posição no CREA para prejudicar empresa concorrente. AC 576529-CE 186
Prev	Agravo regimental. Recurso interposto em face de decisão que julgou prejudicado recurso extraordinário (RE 626.489-SE). Prazo decadencial estabelecido pela Medida Provisória 1.523/1997. Acórdão do tribunal que levou em conta, para reconhecer a decadência, ter sido concedido o benefício em 1991 e o pedido para revisar o ato concessório formulado em 2007. Improvimento. Processo: 0801305-03.2013.4.05.8100-CE (PJe)..... 54
Cv	Apelações atacando sentença que julgou procedente, em parte, o pedido para determinar o estorno dos recursos do FGTS utilizado em forma de desconto no contrato de compra e venda de imóvel financiado pela instituição financeira, com condenação do pagamento de indenização por danos materiais e morais, desde a data do ato ilícito e ao pagamento de indenização por danos morais. AC 575659-CE 169

Trbt e PrCv Aposentado portador de moléstia grave (neoplasia maligna). Imposto de renda. Isenção. Art. 6º da Lei nº 7.713/88 com alterações posteriores. Rol taxativo. Art. 111 do CTN. Vedação à interpretação extensiva. Julgamento definitivo pelo STJ sob o manto do recurso repetitivo. Termo inicial: data do diagnóstico da patologia. Demonstração da contemporaneidade dos sintomas. Desnecessidade. Precedentes. Taxa SELIC. Art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95. Julgamento pelo STJ em recurso repetitivo. Honorários advocatícios. Fixação em valor adequado à causa. APELREEX 31791-PE 90

PrCv Aposentadoria especial por idade. Ação rescisória. Art. 485, IV, do CPC. Ofensa à coisa julgada. Marisqueira. Início de prova material complementado por prova testemunhal. Comprovação do período de carência. Declaração de filiação à colônia de pescadores Z-2 de Acaraú-CE. Teor falso. Improcedência. Novo ajuizamento. Identidade da ação. Mesmos documentos. AR 7217-CE 13

C

Pen Calúnia. Crime contra a honra. Atribuição de fatos configurados como crime a procurador da república no exercício da função pública. Autoria e materialidade comprovadas. Existência de ações penais em curso. Exasperação da pena-base. Impossibilidade. Multa aplicada. Manutenção. ACR 11935-PE 291

Pen e PrPen Compra de dólares de maneira irregular, com a declaração de finalidade diversa da real utilização. Crimes contra a paz públi-

	ca. Quadrilha ou bando. Prescrição. Crimes com pena em concreto em patamar inferior a 2 anos, prescrevendo a pretensão punitiva estatal em 4 anos. Prescrição ocorrida no lapso temporal entre o recebimento da denúncia e a prolação da sentença condenatória. Transcurso de mais de 4 anos. Readequação da dosimetria da pena dos réus remanescentes. Apelações parcialmente providas. ACR 11192-PE 226
Pen e PrPen	Contrabando, receptação e comercialização indevida de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais. CP, art. 334, § 1º, III; art. 273, § 1º-B, I e IV; e art. 180, § 1º. Materialidade e autoria comprovadas. Condenação do réu varão e absolvição da ré, sua esposa. Manutenção da sentença. ACR 11142-PE 214
Pen	Crime de responsabilidade. Prefeito. Decreto-Lei nº 201/67. Ausência de justa causa. Não recebimento da denúncia. PIMP Nº 155-PE 329

D

PrCv e Trbt	Dilação probatória. Exceção de pré-executividade. Agravo de instrumento. Prescrição intercorrente. Inexistência. AGTR 139771-RN 44
-------------	--

E

Int Pub	Estrangeiro. Expulsão. Art. 75, II, <i>b</i> , Lei nº 6.815/80. Filho brasileiro nascido após a prática da infração penal. Causa obstativa de expulsão. Inocorrência. Guarda e depen-
---------	---

dência econômica. Não comprovação. Improvimento da apelação. Técnica da motivação referenciada (*per relationem*). AC 0800 671-07.2013.4.05.8100-CE (PJe)..... 202

Ct Exploração de atividade lotérica. Lei Estadual 73/47 anterior à edição do Decreto-Lei nº 204/67, que foi recebido pela Constituição Federal de 1988. Entendimento do STF. Reconhecimento de legalidade no funcionamento de loteria estadual instituída até a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 204/67. EINFAC 526991-PE 305

F

Cv Fraude. Empréstimo consignado. Ausência de autorização do segurado. Ato ilícito. Responsabilidade civil solidária do INSS e do Banco. Repetição do indébito em dobro. Indenização por danos morais. Legitimidade passiva do INSS. AC 575360-CE 163

H

PrPen *Habeas corpus*. Alegação de constrangimento ilegal por longo decurso de prazo de inquérito policial (7) anos, instaurado por intermédio de denúncia apócrifa, além de ausência de justa causa para o seu prosseguimento. Pleito de trancamento e arquivamento do procedimento policial. Denegação da ordem. Ausência de comprovação da subsunção da hipótese aos ditames dos arts. 647 e seguintes do Código de Processo Penal. Inquérito instaurado a partir de requisição ministerial, após avaliação e chancela quanto aos requisitos de procedi-

bilidade da instauração do investigatório, e não diretamente pela autoridade policial. Denúncia apócrifa havida, pela jurisprudência, como mero ponto de partida. Amplo espectro da investigação: empresas de *factoring* envolvidas, em tese, em esquemas de evasão de divisas e de sonegação fiscal. Efetiva cooperação jurídica internacional. Decisões judiciais de deferimento, *in casu*, de quebra de sigilos. Evidenciado interesse público no prosseguimento das investigações. Pleito que esbarra em eventual supressão de instância judicial processante e julgadora, na medida em que substitui eventual deflagração de persecução penal, importando em imprópria absolvição sumária antecipada. HC 5754-PE 320

I

Trbt e PrCv Imposto de renda. Sigilo fiscal. Legalidade (LC 105/2001). Ação anulatória de débito fiscal. Omissão de rendimentos. Decadência afastada (art. 173, I, do CTN). Fator gerador. Ocorrência. Valores creditados em conta bancária cuja origem não seja comprovada pelo titular. Multa reduzida de 75% para 50% (art. 112 do CTN). Apelação parcialmente provida. AC 574373-PB 144

M

Ct, Adm e PrCv Morte causada por terceiro desconhecido. Óbito de participante de jogo de bola dentro do quartel em área aberta ao público. Atividade não praticada nem promovida pela administração. Omissão do dever de segurança. Inexistência. Nexo de causalidade

não demonstrado. Impossibilidade de responsabilização do Estado. Improcedência do pedido. APELREEX 31500-PE 68

P

- Adm Pensão recebida por filho inválido. Servidor. Reversão da totalidade em favor de sua genitora, em razão do seu desaparecimento. Possibilidade. Morte presumida. Art. 78 da Lei 8.213/91 e arts. 221 e 223 da Lei 8.112/90. Competência da Justiça Federal para declaração de ausência para fins previdenciários. APELREEX 31643-PE 78
- PrCv, Ct e Adm Prisão disciplinar por transgressão militar. Decreto nº 4.346/2002 (Regulamento disciplinar do Exército). Art. 47 da Lei nº 6.880/1980. Remessa oficial tida por manejada e apelação. Desnecessidade de remessa dos autos à DPU. Considerações acerca da inconstitucionalidade da regulamentação em face do art. 5º, LXI, da Constituição Federal de 1988. Cláusula de reserva de plenário. Motivação adicional suficiente à manutenção da sentença de invalidação do ato administrativo de aprisionamento disciplinar e de condenação do ente público em indenização por danos morais. Desprovimento. AC 573442-PB 126
- PrPen Prisão preventiva. Materialidade e indícios de autoria demonstrados. Custódia cautelar lastreada na garantia da instrução criminal. *Habeas corpus*. Substituição da prisão preventiva por outras medidas cautelares. Impossibilidade. Denegação da ordem. HC 5681-SE 312

Adm	Proteção balística nível I. Película de proteção de segurança de veículo. Ação civil pública. Autorização do exército brasileiro. Inexistentes. Propaganda enganosa. Ofensa a Direito Consumerista. Danos materiais e morais coletivos configurados. Apelações improvidas. AC 576072-PE 177
-----	---

R

Trbt e PrCv	Recusa justificada da fazenda pública. Nomeação de bens à penhora. Execução fiscal. Indicação pela exequente de bem imóvel onde funciona a empresa de ônibus agravante. Imóvel que já serve de garantia para outras dívidas. Afetação dos bens não comprovada. Substituição da penhora. Possibilidade. AGTR 134244-PE 34
Com	Registro de marca. Propriedade industrial. Colidência reconhecida. Inegáveis semelhanças gráfica e fonética. Impossibilidade de coexistência entre as marcas. Serviços destinados ao mesmo segmento mercadológico. Confusão ao consumidor. Afastamento da multa por embargos considerados protelatórios. AC 577517-CE 192
Ct, Adm e PrCv	Responsabilidade de terceiro. Acidente de moto em rodovia federal. Linha de cerol. Danos morais e materiais. Incabimento. Inexistência de responsabilidade da União e do DNIT. AC 0802368-45.2013.4.05.8300-PE (PJe) 208

S

PrPen e Ct	Sonegação fiscal. Acusado filho do titular do grupo econômico. Ação penal. Autoria. Ausência de provas suficientes para condenação. Acusado sócio-gerente. Prática de atos de gestão financeira e tributária demonstrada. Condenação. Crime. Art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90. Concurso formal e material. Afastamento. Continuidade delitiva (art. 71 do CP). Ocorrência. Causa de aumento da pena do art. 12, inciso I, da Lei nº 8.137/90. Incidência. Crime do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.137/90. Afastamento. Garantia constitucional de não autoincriminação. Fixação das penas privativas de liberdade e de multa. ACR 11688-PE 249
------------	--

T

Prev	Trabalhador urbano. Pensão por morte. Prova material. União estável. Qualidade de companheira da autora. Dependência econômica. Litisconsorte passiva. União estável não comprovada. Recebimento indevido do benefício. Exclusão da cota-parte. Pagamento retroativo à autora. Possibilidade. Juros de mora. Lei 11.960/09. Honorários advocatícios. Súmula nº 111 STJ. Custas processuais. Ré beneficiária da justiça gratuita. APELREEX 31446-PE 56
Adm	Tráfico de influência para acobertamento de fraudes à licitação. Superintendente da polícia federal. Financiamento ilegal de campanha para deputado estadual. Improbidade administrativa. Ação civil pública. Apela-

ção. Construtora Gautama. Transcrição de interceptações telefônicas com conversas inconclusivas. Suspeita de corrupção da autoridade policial sem lastro em outras provas. Suposição genérica plausível, mas frágil em termos probatórios. Excepcionalidade da condenação por improbidade. Necessidade de prova robusta. Manutenção da sentença que rejeitou a ação com base no art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92. Adoção da técnica da motivação referenciada (*per relationem*). Ausência de negativa de prestação jurisdicional. Entendimento do STF. AC 549870-SE 105